

Per E-Mail: COMP-NEW-COMPETITION-TOOL@EC.EUROPA.EU
Europäische Kommission
Generaldirektion Wettbewerb
Place Madou 1
1210 Brüssel
Belgien

STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT E.V.

www.studienvereinigung-kartellrecht.de

Feldmühleplatz 1
40545 Düsseldorf | Deutschland

Postfach 10 17 43
40008 Düsseldorf | Deutschland

Büroanschrift des Vorsitzenden:

Karl-Scharnagl-Ring 6
80539 München | Deutschland

Tel: +49 89 21667 0

Fax: +49 89 21667 111

ingo.brinker@gleisslutz.com

08.09.2020

Öffentliche Konsultation der Europäischen Kommission über ein neues Zusatzinstrument zur besseren Durchsetzung des Wettbewerbsrechts

Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht

A. Über die Studienvereinigung

Die Studienvereinigung Kartellrecht (im Folg.: Studienvereinigung) ist ein eingetragener Verein deutschen Rechts, dessen Zweck die Förderung von Wissenschaft und Forschung auf dem Gebiet des nationalen, europäischen und internationalen Kartellrechts ist und der mehr als 1.300 Rechtsanwälte/-innen sowie Wettbewerbsökonom/-innen aus Deutschland, Österreich und der Schweiz zu seinen Mitgliedern zählt. Die Mitglieder der Studienvereinigung beraten und vertreten regelmäßig Unternehmen und natürliche Personen in Missbrauchsverfahren des Bundeskartellamtes, der Europäischen Kommission sowie vor weiteren nationalen Kartellbehörden sowie in Zivilrechtsstreitigkeiten innerhalb Europas. Sie verfügen deshalb in besonderem Maße über Erfahrung in der Anwendung der Vorschriften zur kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht.

B. Einleitung

- (1) Die Studienvereinigung begrüßt ausdrücklich das Interesse der Kommission, zu diesem Thema von Marktteilnehmern Informationen zu sammeln, um insbesondere auch die praktische Relevanz der einzelnen Punkte abzufragen und einzuordnen, bevor es zu legislativen Vorschlägen kommt.
- (2) Die Studienvereinigung sieht davon ab, den von der Kommission vorbereiteten Online-Fragebogen zu beantworten, da sich dieser nach dem Verständnis der Studienvereinigung in erster Linie an Unternehmen richtet. Diese Stellungnahme erläutert die Einschätzung der Studienvereinigung zu den im Online-Fragebogen aufgeworfenen Punkten und folgt dabei dem Aufbau des Fragebogens, ohne jedes der im Fragebogen genannten Marktszenarien gesondert zu beleuchten.

C. Strukturelle Wettbewerbsprobleme (Fragen 6 – 23)

- (3) In diesem Abschnitt nehmen wir im Einzelnen dazu Stellung, welche Marktmerkmale zu strukturellen Wettbewerbsproblemen führen können und insbesondere, welche der im Fragebogen genannten Marktszenarien zu strukturellen Wettbewerbsproblemen führen könnten.

I. Marktmerkmale

- (4) Dieser Abschnitt des Fragebogens führt eine Reihe von Merkmalen von Märkten auf, welche zu strukturellen Wettbewerbsproblemen führen können (Frage 6), und zwar in der Form von struktureller Risiken für den Wettbewerb oder strukturellem Wettbewerbsmangel.¹ Auch aus Sicht der Studienvereinigung können diese Merkmale, einzeln oder in Kombination miteinander, durchaus zu Wettbewerbsproblemen auf Märkten führen, allerdings hängt dies maßgeblich von den sonstigen Marktgegebenheiten im Einzelfall ab.

¹ Es handelt sich dabei um Marktkonzentration, ein hohes Maß an vertikaler Integration, hohe Gründungskosten, hohe fixe Betriebskosten, regulatorische Hindernisse, die Bedeutung von Rechten des geistigen Eigentums (Markteintrittsschranken), eine Informationsasymmetrie auf Kundenseite, hohe Umstellungskosten des Kunden, fehlender Zugang zu notwendigen Einsatzmitteln, extreme Größenvorteile und Verbundvorteile, starke direkte Netzwerkeffekte, starke indirekte Netzwerkeffekte, Single-Homing von Kunden, die „Doppelrolle“ von Plattformbetreibern (Betreiber und Konkurrent der kommerziellen Nutzer der Plattform auf den zumeist nachgelagerten Märkten), bedeutende Finanzkraft, Nullpreismärkte, Datenabhängigkeit und Verwendung von Algorithmen zur Preisgestaltung.

- (5) Die Studienvereinigung weist dabei darauf hin, dass einige der genannten Merkmale grundsätzlich neutral oder positiv sind, d.h. sie können durchaus zu Effizienzen führen (auch für die Nutzer/Kunden). Dies betrifft etwa direkte und indirekte Netzwerkeffekte, extreme Größenvorteile, Nullpreismärkte, Preisalgorithmen sowie vertikale Integration.² Das bedeutet nicht, dass diese Merkmale nicht auch problematisch für den Wettbewerb werden können – aber das scheint typischerweise erst dann der Fall zu sein, wenn Marktbeherrschung oder signifikante Marktmacht bestehen. Insofern stellt sich die Frage, ob diese Merkmale als hinreichende Voraussetzung für strukturelle Wettbewerbsprobleme gelten können. Häufig sind zahlreiche der vorstehend genannten Merkmale Plattformmärkten inhärent, ohne dass diese per se von strukturellen Wettbewerbsproblemen gekennzeichnet wären. Informationsasymmetrien auf Kundenseite schließlich können auch auf Wettbewerbsmärkten auftreten und werden auch nicht notwendigerweise durch mehr Wettbewerb verringert. Insofern stellt sich die Frage, ob dieses Merkmal tatsächlich ein Wettbewerbsproblem und mithilfe eines Wettbewerbsinstruments zu lösen ist. Jedenfalls sollten die aufgeführten Kriterien aus Sicht der Studienvereinigung daher insgesamt nicht als schematische Kriterien „abgehakt“ werden, um strukturelle Wettbewerbsprobleme festzustellen. Dies gilt auch für das Merkmal der bedeutenden Finanzkraft. Aus ökonomischer Sicht wird es häufig eher als Problem betrachtet, wenn kleinere Unternehmen Schwierigkeiten haben, ihre Investitionen zu finanzieren, als dass große Unternehmen finanzkräftig wären.

II. Marktszenarien

- (6) Der Fragebogen führt verschiedene Marktszenarien auf und bittet um Einordnung, ob diese als strukturelle Wettbewerbsprobleme bezeichnet werden können (Frage 7).
- (7) Diese Szenarien umfassen
- die Ausdehnung von Marktmacht (eines nicht unbedingt marktbeherrschenden Unternehmens) von einem Kernmarkt auf andere Märkte;
 - die wettbewerbswidrige Monopolisierung;
 - Oligopolmärkte;

² Diese Merkmale können unterschiedliche Folgen haben: Netzwerkeffekte und extreme Größenvorteile können z.B. herkömmlicherweise eher zu Konzentration und Markteintrittsbarrieren führen, was wiederum Wettbewerbsprobleme wahrscheinlicher werden lässt, als dies grundsätzlich bei vertikaler Integration der Fall ist.

- der weitverbreitete Einsatz von Preisalgorithmen, der eine einfache Abstimmung von Preisen ermöglicht;
 - Tipping- oder “Winner-takes-most”-Märkte; und
 - Torwächter-Szenarien.
- (8) Der Fragebogen geht dann im Einzelnen näher auf die einzelnen Marktszenarien ein und fragt u.a., ob sie in der digitalen Wirtschaft weit verbreitet sind, ob eine Interventionsmöglichkeit der Kommission erforderlich ist und ob die Instrumentarien nach Art. 101 und 102 AEUV ausreichen. Wie bereits ausgeführt, wird diese Stellungnahme im Folgenden die einzelnen Fragen nicht einzeln für jedes Marktszenario beantworten, sondern die Themen insgesamt kommentieren.
- (9) Insgesamt ist festzustellen, dass die Szenarien Ausdehnung von Marktmacht, Oligopolmärkte und Torwächter-Szenarien in der Fall-Praxis der Kommission (und der nationalen Behörden) bereits vorkommen. Es handelt sich dabei also grundsätzlich nicht um „neue“ kartellrechtliche Probleme. Die Szenarien mögen allerdings im Zusammenhang mit digitalen Plattformmärkten neue Aspekte und Herausforderungen für die Kartellrechtsdurchsetzung aufweisen. Dagegen sind die Szenarien weitverbreiteter Einsatz von Preisalgorithmen und Tipping im EU-Kartellrecht und entsprechend auch in der Durchsetzung desselben relativ neu.
- (10) Bei der jeweiligen Frage nach erforderlichen Interventionsmöglichkeiten der Kommission unterscheidet der Fragebogen nicht ausdrücklich nach ex-post-Intervention (derzeitiges Design von Art. 101 und 102 AEUV) oder vorbeugenden Maßnahmen. Letztere scheinen insbesondere bei den Themen wettbewerbswidrige Monopolisierung und Tipping eine Rolle zu spielen und wären neu – bislang gibt es eine vorbeugende Intervention lediglich in der Fusionskontrolle.

1. Ausdehnung von Marktmacht

- (11) Die Ausdehnung von Marktmacht stellt zunächst eher ein Verhalten einzelner Unternehmen als ein strukturelles Marktszenario dar. Insofern geht es hier eher um eine Verhaltenskontrolle als um strukturelle Wettbewerbsprobleme. Das Verhalten spielt in der Praxis der Rechtsanwendung und -durchsetzung von Art. 102 AEUV eine bekannte Rolle, soweit es sich um die Ausdehnung einer marktbeherrschenden Position auf andere Märkte handelt (z.B. bereits *Tetra Pak II*³). Das gilt

³ EuGH, Urteil v. 14.11.1996, Fall C-333/94 P, ECR 1996 I-05951.

unabhängig davon, welche Art von Märkten betroffen sind (mehrseitige Märkte, digitale oder analoge Märkte). Es dürfte auch unstrittig sein, dass ein solches „Leveraging“-Verhalten, also das Hebeln von Marktmacht (z.B. durch Bündelungs- oder Kopplungsmaßnahmen, Exklusivitätsvereinbarungen mit Kunden, etc.) grundsätzlich einen Verstoß gegen Art. 102 AEUV darstellen kann.⁴ Dabei ist es in traditionellen Märkten für ein solches Vorgehen nicht erforderlich, wie die Frage 8 suggeriert, dass sich ein Unternehmen auf große Datenmengen stützen kann. Daten sind eher in digitalen Märkten ein relevanter Parameter, der einen Wettbewerbsvorteil verschaffen kann und für das „Leveraging“ oder sog. „Enveloping“ genutzt werden könnte.⁵ Im Übrigen ist bislang (also bei Vorliegen von Marktbeherrschung) für die Tatbestandserfüllung auch nicht erforderlich, dass es sich dabei um „wiederholte“ Strategien handeln muss.

- (12) Umgekehrt dürfte es unstrittig sein, dass ein entsprechendes einseitiges Handeln derzeit nicht in den Anwendungsbereich von Art. 102 AEUV fällt, wenn keine Marktbeherrschung vorliegt. Soweit es darum gehen soll, entsprechende Praktiken unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle zu erfassen, gibt es das Instrument des Art. 101 AEUV. Darunter können bestimmte Hebelstrategien fallen, soweit sie sich in Vereinbarungen, z.B. mit Kunden, niederschlagen, die wettbewerbsbeschränkende Wirkungen bezwecken oder bewirken und nicht nach der Gruppenfreistellungsverordnung für Vertikalvereinbarungen („Vertikal-GVO“) oder nach Art. 101 Abs. 3 AEUV freigestellt sind, wie Exklusivitätsvereinbarungen. Die Studienvereinigung gibt insoweit zu bedenken, dass die Kommission der Durchsetzung von Art. 101 AEUV – jenseits der Hardcore-Kartellverfolgung – erst in den letzten Jahren wieder mehr Aufmerksamkeit und Ressourcen gewidmet hat. Hier könnte der Kommission Gelegenheit gegeben werden, ihre praktischen Durchsetzungsmaßnahmen auszuweiten. Dies würde nicht erfordern, ein neues Wettbewerbsinstrument zu schaffen. Da oberhalb der Marktanteilsschwelle von 30% die Vertikal-GVO nicht greift, weil dann nicht mehr vermutet wird, dass die Effizienzen die möglichen Wettbewerbsbeschränkungen überwiegen, kann es sich ggf. auch um ein geeignetes Instrument handeln, um Unternehmen mit Marktmacht zu erfassen. Allerdings werden bestimmte Hebel-Praktiken davon nicht erfasst, wie z.B. die Bündelung von Produktangeboten.

⁴ Streitig sind in Einzelfällen zumeist, ob die Voraussetzungen dann tatsächlich vorliegen.

⁵ Hier stellt sich im Übrigen die Frage, ob die Datenmenge allein entscheidend ist oder es um einen exklusiven Zugriff auf bestimmte Daten geht.

- (13) Die Frage ist daher, ob marktstarke Unternehmen in der Praxis unterhalb der Schwelle von Marktbeherrschung tatsächlich entsprechende Hebelstrategien durchsetzen können und falls ja, ob dies tatsächlich solche negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb hat (gegenüber Kunden und/oder Wettbewerbern), dass hier eine zusätzliche Interventionsmöglichkeit der Kommission – neben möglicher intensiverer Durchsetzung von Art. 101 AEUV – erforderlich wäre. Die Studienvereinigung kann dies nicht beantworten.
- (14) Sie weist darauf hin, dass die meisten der derzeit anhängigen Verfahren in der Digitalwirtschaft potenziell marktbeherrschende Unternehmen zu betreffen scheinen (wobei natürlich die Marktbeherrschung nachgewiesen werden muss). Insofern stellt sich die Frage, ob es aufgrund dieser Fälle wirklich einer weiteren Interventionsmöglichkeit in Form eines Wettbewerbsinstruments unterhalb der Schwelle der Marktbeherrschung bedarf. Sollte dies bejaht werden, gibt die Studienvereinigung zu bedenken, dass es hier im Sinne der Einheit der Kartellrechtsordnung einen Gleichlauf mit den Wertungen der Vertikal-GVO geben sollte: danach dürfen Unternehmen mit einem Marktanteil von unter 30% praktisch alles vereinbaren, soweit es sich nicht um eine Kernbeschränkung handelt. Insofern sollte es, falls eine zusätzliche Interventionsmöglichkeit gefordert wird, möglichst eine klare Definition oder Schwellenwerte geben, was unter „marktstark“ zu verstehen ist und wie das Verhältnis zur Vertikal-GVO ist. Es wird auch darum gehen, Innovationswettbewerb nicht zu behindern.
- (15) Die Studienvereinigung weist schließlich darauf hin, dass es im deutschen Recht im § 20 GWB Regelungen gibt, die letztlich das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung auch auf Unternehmen mit relativer Marktmacht (wenn kleinere oder mittlere Unternehmen von ihnen abhängig sind, Abs. 1 und 2) und für Unternehmen mit einer gegenüber ihren kleineren oder mittleren Wettbewerbern überlegener Marktmacht (Abs. 3) übertragen. In der Digitalwirtschaft sind diese Vorschriften grundsätzlich auch anwendbar.⁶ Insofern sollte aus Sicht der Studienvereinigung zumindest die Frage diskutiert werden, ob es sinnvoll wäre, diese Konzepte, die es auf Ebene einiger Mitgliedstaaten schon gibt⁷, auf EU-

⁶ Vgl. etwa Übersicht in Schweitzer, Haucap, Kerber Welker, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht, 29. August 2018, S. 47 ff.

⁷ Österreich hat vergleichbare Regeln, und Belgien hat am 12. August 2020 den Missbrauch ökonomischer Abhängigkeit eingeführt.

Ebene aufzugreifen. Es gibt innerhalb der Studienvereinigung keine einheitliche Meinung dazu. Das Bundeskartellamt („BKartA“) war bislang in der Praxis allerdings recht zurückhaltend in der Anwendung der Norm in der Digitalwirtschaft.⁸ Im Rahmen der 10. GWB-Novelle sind Änderungen zu § 20 GWB geplant, gerade auch im Hinblick auf mehrseitige (digitale) Märkte. Insoweit verweist die Studienvereinigung auf ihre (durchaus auch kritischen) Anmerkungen zum Referentenentwurf zur 10. GWB-Novelle dazu.⁹

2. Wettbewerbswidrige Monopolisierung

- (16) Diese Schadenstheorie ist derzeit nicht ausdrücklich vom EU-Recht gedeckt, soweit es sich nicht um den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung i.S.d. Art. 102 AEUV handelt. Etwas anderes gilt für Praktiken in Form von Vereinbarungen, die auch unterhalb der Schwelle von Marktbeherrschung gegen Art. 101 AEUV verstoßen können (z.B. Exklusivitätsvereinbarungen). Die Schadenstheorie ist aus dem US-amerikanischen Recht bekannt (Section 2 Shearman Act). Die Studienvereinigung sieht sich nicht als Spezialist für die Anwendung des US-amerikanischen Kartellrechts. Sie merkt dennoch folgendes an:
- (17) Der Vorteil der Schadenstheorie ist eine Anwendung von aus der Missbrauchsaufsicht grundsätzlich bekannten Konzepten (wie Marktbeherrschung und bekannten missbräuchlichen Praktiken, wie etwa Hebelstrategien) – es wäre also kein Wettbewerbsinstrument mit völlig neuem Inhalt nötig, wie es nach dem Entwurf der 10. GWB-Novelle für das deutsche Recht vorgesehen ist. Diese stellt in dem derzeit geplanten § 19a GWB auf ein Unternehmen mit „überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb“ ab.
- (18) Die Anwendung einer Vorschrift zu wettbewerbswidriger Monopolisierung unterhalb der Schwelle von Marktbeherrschung („monopoly power“) in der Praxis scheint jedoch komplex und schwierig, u.a. weil die Beweisanforderungen für die

⁸ Z.B. wurde § 20 Abs. 1 GWB ausdrücklich neben der Anwendung von Art. 101 AEUV/§ 1 GWB in den Hotelreservierungsplattform-Fällen herangezogen. In den Missbrauchsverfahren des BKartA wurde bislang nicht auf diese Vorschrift abgestellt, sondern auf das Missbrauchsverbot einer marktbeherrschenden Stellung in § 19 GWB.

⁹ Vgl. Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht zum Referentenentwurf zur 10. GWB-Novelle, 14. Februar 2020, verfügbar unter https://www.studienvereinigung-kartell-recht.de/sites/default/files/stellungnahmen/73a15d4c84c8c2c30822454ada3ed1fa/200214_stuv_stellungnahme_digitalisierung_missbrauchsaufsicht_10_gwb_novelle_bmwi.pdf, S. 23 ff.

(drohende) Entstehung einer Monopolposition hoch sind. Dementsprechend beschäftigt sich die Mehrzahl der Fälle in der Praxis mit der Aufrechterhaltung einer schon bestehenden Marktbeherrschung.¹⁰ In dieser Fallkonstellation dürfte eine neue Vorschrift zu wettbewerbswidriger Monopolisierung allerdings kaum einen signifikanten Mehrwert zur bestehenden Rechtslage nach Art. 102 AEUV geben.

- (19) Die Erlangung einer marktbeherrschenden Stellung ist nach EU-Recht grundsätzlich nicht verboten. Derzeit gibt es lediglich Beschränkungen nach den Regeln der Fusionskontrolle, soweit im Rahmen einer Konzentration der Wettbewerb erheblich beeinträchtigt würde. Exklusivitätsvereinbarungen oder Bündel- bzw. Koppelungspraktiken mögen für Marktbeherrscher ggf. verboten sein, für nicht-marktbeherrschende Unternehmen galt das bislang grundsätzlich nicht. Vielmehr können solche Strategien zu Effizienzen führen, die auch den Kunden zugutekommen – auch in der Digitalwirtschaft.¹¹ Die Schadenstheorie der wettbewerbswidrigen Monopolisierung ist auch deshalb komplex, weil sich schwierige Abgrenzungsfragen beispielsweise zu einem zulässigen oder sogar wünschenswerten verbesserten Leistungsangebot und internem Wachstum stellen. Falls die Kommission diese Schadenstheorie der wettbewerbswidrigen Monopolisierung aufnehmen und in ein Wettbewerbsinstrument übernehmen wollen würde, wäre es aus Sicht der Studienvereinigung jedenfalls essenziell, klare und für alle Marktteilnehmer erkennbare Tatbestandsmerkmale zu schaffen. Zudem sollte es auch einen Gleichklang mit den Wertungen der Vertikal-GVO geben.

3. Oligopolmärkte

- (20) Nicht jede Form der Kollusion als Folge einer oligopolistischen Marktstruktur ist nach derzeitigem EU-Kartellrecht verboten. (Es gibt lediglich im Rahmen der Fusionskontrolle die Gelegenheit, gegen koordinierte Effekte vorzugehen.) Explizite Kollusion ist dagegen als Hardcore-Kartell nach Art. 101 AEUV verboten und bußgeldbewehrt. Die Studienvereinigung möchte klarstellen, dass es aus juristischer Sicht auch sinnvoll ist, zwischen expliziter und impliziter Kollusion zu unterscheiden. Denn das Unwerturteil bezogen auf das Handeln ist jeweils vollkommen unterschiedlich.

¹⁰ Insofern verweist die Studienvereinigung auf die Ausführungen der Monopolkommission, XXIII. Hauptgutachten, 29. Juli 2020, Rn. 67 f.

¹¹ Crémer/de Montjoye/Schweitzer, Competition Policy for the digital era, 2019, S. 69.

- (21) Insofern stellt sich die Frage, ob Aspekte der Digitalwirtschaft dazu führen, dass zusätzliche Interventionsmöglichkeiten für oligopolistisch geprägte Märkte erforderlich wären. Die Studienvereinigung kann das nicht beantworten. Mehrseitige digitale Plattformmärkte neigen laut ökonomischer Theorie u.a. aufgrund starker direkter und indirekter Netzwerkeffekte, extremer Skalenerträge, der wichtigen Rolle von gesammelten Daten und entsprechender Verbundvorteile ohnehin zur Konzentration.¹² Dies muss aber nicht per se schlecht für den Verbraucher sein, der etwa von den Netzwerkeffekten ebenfalls profitiert. Insofern unterscheiden sich digitale Plattformmärkte von traditionellen Märkten in dem Sinne, dass eine größere Anzahl von Wettbewerbern nicht automatisch zu stärkerem Wettbewerb führen muss. Eine Marktkonzentration auf digitalen Plattformmärkten kann sogar die Wettbewerbsintensität erhöhen.¹³ Vor diesem Hintergrund ist die Studienvereinigung hinsichtlich einer allgemeinen, neuen Interventionsmöglichkeit für oligopolistische Märkte skeptisch, aber auch hinsichtlich einer speziellen Interventionsmöglichkeit für oligopolistische digitale Plattformmärkte. In beiden Alternativen stellt sich zudem die Frage, wie eine sinnvolle Intervention aussehen sollte.

4. Einsatz von Preisalgorithmen (insbesondere für Einzelhandelspreise)

- (22) Die Studienvereinigung weist darauf hin, dass der Einsatz von Preisalgorithmen nicht per se als wettbewerbsschädlich angesehen werden kann. Zunächst handelt es sich dabei lediglich um eine Automatisierung von Wettbewerbsbeobachtung („Benchmarking“), und die unilaterale Anpassung von Preisen im Wettbewerb ist nach EU-Kartellrecht zulässig. Eine automatisierte Wettbewerbsbeobachtung hat für die einsetzenden Unternehmen Effizienzvorteile und kann dies auch für Kunden haben. Vor diesem Hintergrund muss der Einsatz von Preisalgorithmen nicht notwendig nachteilige Wirkungen auf den Wettbewerb haben.
- (23) Der mögliche Einsatz von Algorithmen bei der Umsetzung von Hardcore-Kartellen oder Kernverstößen im Vertikalbereich (wie Verkaufspreisbindung) fällt bereits jetzt schon unter Art. 101 AEUV.¹⁴ Individualisierte Preissetzung mithilfe von Algo-

¹² Crémer/de Montjoye/Schweitzer, Competition Policy for the digital era, 2019, S. 28.

¹³ Vgl. etwa Fallbericht des BKartA zu B6-39/15 – *Immonet/Immowelt* v. 25.06.2015, S. 4.

¹⁴ Vgl. dazu etwa den Fall Online-Verkäufe von Postern und Rahmen, CMA, Entscheidung vom 30. September 2016, case reference 50223, <https://www.gov.uk/cma-cases/online-sales-of-discretionary-consumer-products>, bei Nutzung von Preissoftware eines Dritten, EuGH EuGH, Urteil vom 21.01.16, Case C-74/14 – *Eturas*, sowie die Bußgeldentscheidungen der Kommission gegen vier Verbraucherelekt-

rithmen könnte ggf. bei Marktbeherrschung einen Missbrauch nach Art. 102 AEUV (Diskriminierung) darstellen.¹⁵

- (24) Darüber hinaus wird diskutiert, inwieweit der Einsatz von Preisalgorithmen zu weiteren Wettbewerbsproblemen führen kann. Dabei geht es um die Verstärkung koordinierter Effekte im Oligopol sowie um die Frage, ob bestimmte Formen von Algorithmen oder KI zukünftig ggf. von sich aus „entscheiden“, miteinander zu kommunizieren und so die Schwelle zu expliziter Kollusion zu überschreiten.¹⁶ Aus Sicht der Studienvereinigung ist diese Diskussion sehr wichtig und sollte fortgeführt werden, einschließlich der theoretischen Grundlagenarbeit dazu, etwa zur Frage der Haftung für den Einsatz von möglicherweise wettbewerbsschädlichen Algorithmen. Allerdings gibt es bislang praktisch noch keine (zumindest öffentlich bekannten) Fälle zu diesen neuen Problemen. Insofern wäre es aus Sicht der Studienvereinigung sinnvoll abzuwarten, ob mögliche zukünftige Fälle mit dem bewährten Kartellrechtsinstrumentarium der Art. 101 und 102 AEUV bewältigt werden können, bevor konkret die Entwicklung neuer Instrumente dafür erwogen wird. Das hindert die Kartellbehörden nicht daran, ihre technologischen Fähigkeiten zur Aufdeckung möglicher Fälle zu erweitern und „aufzurüsten“.

5. Tipping/Winner-takes-most-Märkte

- (25) Das Phänomen des Tipping ist zwar nicht zwingend auf digitale Plattformmärkte beschränkt, wird aber zumeist in diesem Zusammenhang diskutiert. Nach der ökonomischen Theorie neigen solche Märkte zur Konzentration, zumindest bei starken Netzwerkeffekten. Eine Konzentration auf solchen Märkten kann nicht nur zu Effizienzen für die Unternehmen, sondern auch für die Nutzer führen.
- (26) Aus kartellrechtlicher Sicht kann es kritisch werden, wenn nach dem Kippen eines Markts kein Wettbewerb mehr besteht. Bei digitalen Plattformmärkten ist allerdings zu bedenken, dass das Winner-takes-most-Szenario gerade der Antrieb für viele digitale Geschäftsmodelle ist und den Wettbewerb bis zum angestrebten Ziel intensivieren kann. Grundsätzlich gilt hier ähnliches wie bei dem Szenario Mono-

ronik-Hersteller wegen vertikaler Preisbindung vom 24.07. 2018 (vgl. Pressemeldung https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/IP_18_4601).

¹⁵ Zum Thema individualisierte Preise auch BKartA, Big Data und Wettbewerb, Oktober 2017, S. 14.

¹⁶ Vgl. dazu Bundeskartellamt und Autorité de la Concurrence, 16. Januar 2020, Algorithmen und Wettbewerb, S. 8 f.

polisierung: das Kippen eines Markts und die Monopolisierung oder Oligopolisierung an sich sind nach derzeitigem Kartellrecht nicht verboten. Ausnahmen gibt es bei externem Wachstum in der Fusionskontrolle, sowie bei bestimmten vertikalen Vereinbarungen, die nicht nach der Vertikal-GVO oder Art. 101 Abs. 3 AEUV freigestellt sind. Auch hier hat die Kommission in der Praxis bislang Art. 101 AEUV kaum im Bereich digitaler Plattformmärkte angewandt, soweit es sich nicht um die Verfolgung von Kernbeschränkungen handelte.

- (27) Insofern stellt sich auch hier die Frage, ob eine vorbeugende Intervention zur Verhinderung des Szenarios außerhalb bestehender Interventionsmöglichkeiten erforderlich ist. Die Studienvereinigung kann dies nicht beantworten. Wenn dies bejaht wird, stellt sich die Frage, zu welchem Zeitpunkt, also in welchem Entwicklungsstadium des Markts, eine Intervention möglich sein sollte und in welcher Form. Echte ökonomische Erfahrungssätze außerhalb von Fusionskontrollfällen scheint es (noch) nicht zu geben, und es stellen sich Fragen der Wirksamkeit möglicher Maßnahmen.¹⁷ Es gibt in der Diskussion zur Anpassung der Kartellrechtsregeln an die Herausforderungen der Digitalwirtschaft dazu auch keinen breiten Konsens. So lehnt der Expertenbericht für die Kommission die Regelung von Verbotsnormen für nicht-marktbeherrschende Plattformen ab, weil bestimmte Praktiken unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle auch effizient und wünschenswert sein können.¹⁸ Insofern geht es auch darum, durch Intervention unterhalb von Marktbeherrschung nicht den Innovationswettbewerb zu behindern.
- (28) Jedenfalls sollten neue Regeln klare Tatbestandsvoraussetzungen aufweisen, und soweit es sich um die Einführung eines Wettbewerbsinstruments handeln sollte, sollte es einen Gleichklang mit den Wertungen der Vertikal-GVO geben. Deutschland plant derzeit die Einführung einer Interventionsmöglichkeit unterhalb der Schwelle von Marktbeherrschung mit einer neuen Vorschrift in § 20 Abs. 3a GWB. Die Studienvereinigung verweist insoweit auf ihre Stellungnahme dazu, in der insbesondere die Unbestimmtheit der Tatbestandsmerkmale kritisiert wird.¹⁹

¹⁷ Vgl. dazu auch Monopolkommission, Hauptgutachten XXIII, S. 12, 14.

¹⁸ Crémer/de Montjoye/Schweitzer, Competition Policy for the digital era, 2019, S. 69.

¹⁹ Vgl. Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht zum Referentenentwurf zur 10. GWB-Novelle, 14. Februar 2020, S. 17ff.

6. Torwächter-Szenario

- (29) Hier gelten ähnliche Überlegungen wie beim Szenario Ausdehnung von Marktmacht oben. Bei Marktbeherrschung sind mögliche Verhaltensweisen von Art. 102 AEUV erfasst; unterhalb der Schwelle ist derzeit ggf. nach Art. 101 AEUV eine Intervention möglich oder im Rahmen der Fusionskontrolle. Insofern stellt sich auch hier die Frage, ob eine neue Interventionsmöglichkeit tatsächlich erforderlich ist oder ggf. die Ausdehnung bestehender Möglichkeiten und Durchsetzungsaktivitäten sinnvoll wäre.
- (30) Die Studienvereinigung weist darauf hin, dass die Kommission aufgrund ihrer getroffenen Durchsetzungsprioritäten in der Praxis derzeit weitgehend davon absieht, Ausbeutungsmisbräuche zu verfolgen, und sich auf Verdrängungspraktiken fokussiert. Dies betrifft also Fälle, bei denen sogar (potenziell) eine Marktbeherrschung vorliegt. Damit kann sich auf EU-Ebene in einigen Fällen eine Durchsetzungslücke ergeben, soweit z.B. Praktiken der Regelsetzung von marktbeherrschenden Plattformbetreibern gegenüber Unternehmen auf der Marktgegenseite einer Plattform betroffen sind.²⁰ Nationale Behörden, wie etwa das BKartA, verfolgen dagegen auch ausdrücklich Fälle von Ausbeutungsmisbrauch in der Digitalwirtschaft. Die Studienvereinigung regt daher zumindest eine Diskussion darüber an, ob die derzeitigen Prioritäten der Kommission zur Durchsetzung von Art. 102 AEUV in der jetzigen Form noch zeitgemäß sind.
- (31) Sollte es zu einem neuen Wettbewerbsinstrument für die Erfassung von Fällen des Torwächter-Szenarios unterhalb der Schwelle von Marktbeherrschung kommen, wären auch hier die Wertungen der Vertikal-GVO zu beachten und dass Innovationswettbewerb nicht behindert wird. Die Studienvereinigung weist darauf hin, dass Deutschland derzeit u.a. für dieses Markt-Szenario eine spezielle Interventionsmöglichkeit plant, die Marktbeherrschung nach dem aktuell vorgesehenen Wortlaut nicht als zwingende Voraussetzung hat, nämlich § 19a GWB. Die Studienvereinigung verweist insoweit auf ihre Stellungnahme zur geplanten Vorschrift, die u.a. kritisch hinsichtlich der mangelnden Marktbeherrschungsvoraussetzung war.²¹

²⁰ Crémer/de Montjoye/Schweitzer, Competition Policy for the digital era, 2019, S. 59 ff.

²¹ Vgl. Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht zum Referentenentwurf zur 10. GWB-Novelle, S. 27ff.

7. Wirtschaftssectoren und strukturelle Wettbewerbsprobleme

- (32) Die Praxis der Kommission selbst illustriert letztlich, dass ganz unterschiedliche Wirtschaftssectoren von den im Fragebogen aufgeführten Wettbewerbsproblemen betroffen sein können. In der derzeitigen Diskussion nehmen digitale Wirtschaftssectoren aus unterschiedlichen Gründen eine Priorität ein: Etwa weil sie tatsächlich regelmäßig von bestimmten Merkmalen gekennzeichnet sind (Netzwerkeffekte, extreme Größenvorteile, Datenrelevanz), die zu einer höheren Konzentration führen können. Zudem betreffen die großen Missbrauchsverfahren in letzter Zeit (einschließlich laufender Verfahren) fast überwiegend Fälle aus der digitalen Plattformwirtschaft. Die rasante digitale Durchdringung der Wirtschaft und der Gesellschaft zeigt zudem die Bedeutung digitaler Plattformen für das Wirtschaftsleben auf. Digitale Wirtschaftssectoren sind aber nicht die einzigen Bereiche, in denen die genannten strukturellen Wettbewerbsprobleme auftreten können. Und auch andere mehrseitige Märkte waren typischerweise immer schon von Netzwerkeffekten gekennzeichnet (im Pressebereich etwa die Anzeigen-Auflagen-Spirale). Oligopolistische Marktstrukturen treten in verschiedensten Industriebereichen auf.

8. Sind Art. 101 und 102 AEUV ausreichend wirksame Instrumente gegen strukturelle Wettbewerbsinstrumente?

- (33) Wie in diesem Abschnitt schon dargestellt wurde, bietet Art. 102 AEUV bereits Möglichkeiten, gegen marktbeherrschende Unternehmen ex post vorzugehen, also den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zu beenden und zu sanktionieren. Bei den genannten Szenarien betrifft dies insbesondere die Ausdehnung einer Position auf verbundene Märkte und Torwächter-Szenarien. Bei letzterem könnte die Kommission wie gesehen ihre eigenen Durchsetzungsprioritäten auch noch im Hinblick darauf überprüfen, ob sie zukünftig in der Praxis in diesen Konstellationen auch gegen Ausbeutungsmissbrauch vorgehen würde.
- (34) Es gibt eine Diskussion dazu, ob diese Instrumente ausreichen und effektiv genug sind (auch und gerade im Bereich marktbeherrschender Stellung). Anlass dazu boten insbesondere die teilweise jahrelangen Verfahren der Kommission in der Digitalwirtschaft (etwa im Google Shopping-Fall). Neben der langen Verfahrensdauer stehen in der Praxis auch die Gestaltung und Effektivität von Abstellungsverfügungen in der Diskussion. Insofern gibt es Forderungen nach Änderungen, z.B. einer Erleichterung der Nachweisvoraussetzungen für einen Verstoß/Missbrauch, aber

auch nach prozessualen Erleichterungen (inklusive der Voraussetzungen für den Einsatz einstweiliger Maßnahmen). Umgekehrt wird die Gefahr der Verletzung der Einzelfallgerechtigkeit und der Verteidigungsrechte gesehen. Schließlich wird auch die Möglichkeit diskutiert, bestimmte Verhaltensregeln als spezielle ex-ante-Regulierung aufzusetzen, also letztlich ein Sonderrecht außerhalb des allgemeinen Kartellrechts zu schaffen. In der Studienvereinigung gibt es dazu keine einheitliche Position, insoweit kann auch keine einheitliche Empfehlung ausgesprochen werden.

- (35) Allerdings weist die Studienvereinigung darauf hin, dass die effektive Rechtsdurchsetzung nicht allein eine Frage der rechtlichen Instrumente ist, sondern immer auch der Ressourcen, die zur Verfügung stehen. Die Kommission sollte daher – unabhängig davon, ob und in welcher Form ein neues Wettbewerbsinstrument geschaffen wird – anstreben, dass ihre Ressourcen in diesem Bereich hinreichend aufgestockt werden. Das betrifft tatsächlich auch die technische Expertise für digitale Plattformmärkte und Daten. Hier wäre es sinnvoll, das Team um den Chefökonom mit Data Scientists auszuweiten oder ggf. eine eigene Einheit zu gründen.
- (36) Unterhalb der Schwelle von Marktbeherrschung greift Art. 102 AEUV nicht ein. Hier kann wie gesehen ggf. das Instrument des Art. 101 AEUV genutzt werden (vorbehaltlich von möglichen Freistellungen, z.B. aufgrund der Vertikal-GVO). Die Kommission war in der Praxis in den letzten Jahren bei der Durchsetzung von Art. 101 AEUV jenseits von Kernbeschränkungen sehr zurückhaltend. Hier wäre ggf. zu überprüfen, in der Praxis (z.B. bei Exklusivitätsvereinbarungen) tatsächlich auch unterhalb der Schwelle von Marktbeherrschung auf Basis von Art. 101 AEUV einzugreifen.
- (37) Es stellt sich damit die Frage, ob die Ausdehnung einer marktmächtigen Marktposition und Torwächter-Szenarien bei Fehlen von Marktbeherrschung tatsächlich eine zusätzliche Interventionsmöglichkeit erfordern. Die Studienvereinigung kann dies nicht beantworten. Allerdings wäre dabei zu bedenken, dass solche Konstellationen auch Effizienzen generieren können und eine Interventionsmöglichkeit nicht den Innovationswettbewerb in solchen Szenarien behindern sollte. Insoweit wären auch die Wertentscheidungen der Vertikal-GVO zu beachten, um einen Gleichlauf des Kartellrechts zu gewährleisten.

- (38) Dies gilt auch für ein vorbeugendes Eingreifen, um die Entstehung von wettbewerbswidriger Monopolisierung oder ein Tipping zu verhindern. Insbesondere zu letzterem gibt es bislang noch keine bestehenden ökonomischen Erfahrungssätze, die einer Interventionsmöglichkeit zugrunde gelegt werden könnten.

D. Bewertung der politischen Optionen

I. Bedarf für ein neues Wettbewerbsinstrument über Art. 101, 102 AEUV hinaus (Fragen 24, 25, 26)

- (39) Mit ihrer Initiative für ein neues Wettbewerbsinstrument leistet die Kommission einen Beitrag zur weltweiten Diskussion über nötige Veränderungen des bestehenden wettbewerbsrechtlichen Rahmens. Neue Fragestellungen können neue Regelungen erfordern und die Studienvereinigung begrüßt, im Interesse der Einheitlichkeit des europäischen Rechtsrahmens und eines level-playing-field für die Marktteilnehmer über die nationalen Grenzen hinaus die Initiative der Kommission bei der Anpassung des Kartellrechts an neue Herausforderungen.
- (40) Bislang vertrat die Kommission insoweit die Auffassung, dass die bestehenden Instrumente in Art. 101 und 102 AEUV flexibel genug sind, um den Wettbewerb in der digitalen Wirtschaft zu schützen. Der Expertenbericht hat diese Sichtweise zuletzt bestärkt und dargetan, dass die geltenden EU-Wettbewerbsregeln weiterhin eine solide und ausreichend flexible Grundlage für den Schutz des Wettbewerbs im digitalen Zeitalter darstellen.²² Diese Flexibilität hat sich nicht zuletzt in den Verfahren gezeigt, die die Kommission auf Grundlage von Art. 101 und 102 AEUV gegen Unternehmen aus der digitalen Wirtschaft geführt und mit der Verhängung von Bußgeldern auch erfolgreich abgeschlossen hat.
- (41) Mit Blick auf eine Einführung eines neuen Wettbewerbsinstruments rät die Studienvereinigung zu einer Abwägung zwischen dem erstrebten zusätzlichen Schutz vor strukturellen Wettbewerbsproblemen und den Auswirkungen eines neuen Instruments auf die wirtschaftlichen Anreize für Innovationen und Investiti-

²² Crémer/de Montjoye/Schweitzer, Competition Policy for the digital era, 2019, S. 3. Dabei wurde offenbar davon ausgegangen, dass bestimmte Aspekte – Beweismaßstab, Nachweisvoraussetzungen – ohne Gesetzesänderung weiterentwickelt werden können. Siehe auch Ausführungen der Monopolkommission, XXIII. Hauptgutachten, 29. Juli 2020, Rn. 62ff.

onen. Die Kommission verfügt grundsätzlich über die notwendigen Instrumente, den Wettbewerb auch in der Digitalwirtschaft effektiv zu schützen. Etwaigen Vollzugsdefiziten (etwa aufgrund langer Verfahrensdauern) könnte stattdessen auch mit einer Aufstockung personeller Ressourcen zur Anwendung des vorhandenen Instrumentariums begegnet werden.

- (42) Anlass für die Initiative zu einem neuen Wettbewerbsinstrument geben aus Sicht der Kommission „strukturelle Wettbewerbsprobleme“. Solche Probleme sollen „strukturelle Marktmerkmale [betreffen], die negative Konsequenzen für den Wettbewerb“ haben. Dabei unterscheidet die Kommission zwischen Marktstrukturen mit strukturellen Risiken für den Wettbewerb sowie Marktstrukturen mit strukturellen Wettbewerbsmängeln.
- (43) Mit diesem Ansatz stellt die Kommission die Struktur des Marktes in den Fokus ihrer Überlegungen für ein neues Wettbewerbsinstrument. Soll ein solches Instrument – wie die gegenwärtige Fusionskontrolle – eine Art Marktstrukturkontrolle bezwecken, würden bei der Beurteilung eines Sachverhaltes das spezifische Verhalten eines Unternehmens sowie die Ergebnisse solchen Verhaltens (zunächst) in den Hintergrund gerückt. Damit schlägt die Kommission einen Weg vor, der sich deutlich von Art. 101 und 102 AEUV unterscheidet, für deren Durchsetzung die Kommission seit 2004 einen „more economic approach“ verfolgt, der auf evidenzbasierten Methoden fußt. Gleichzeitig rückt die Kommission komplexe Fragen der Marktabgrenzung in den Mittelpunkt, die gerade im Bereich der Digitalwirtschaft relevant sind. Wenn die Eingriffsschwellen abgesenkt werden, ist jedenfalls eine belastbare wettbewerbsökonomische Fundierung erforderlich, um eine rechtssichere Anwendung der Kriterien zu ermöglichen.
- (44) Die Kommission benennt „Tipping-Märkte“ beispielhaft als Märkte, auf denen strukturelle Risiken für den Wettbewerb bestehen können. Damit greift sie eine Diskussion auf, die die Frage des „Tipping“ zunehmend als mögliches Problem in der Digitalwirtschaft thematisiert, dazu bislang aber keinen Konsens hervorgebracht hat. Insbesondere fehlen Erfahrungswerte zur effektiven Verhinderung eines drohenden Tipping und zur Festlegung der Eingriffsschwelle und des Zeitpunkts – gerade auch aus ökonomischer Sicht. Aus der Fallpraxis lassen sich diesbezügliche Erfahrungssätze (bislang) jedenfalls nicht ableiten.

- (45) Vor diesem Hintergrund lehnt der Expertenbericht die Einführung von Verhaltensnormen für nicht-markbeherrschende Plattformen ab, da bestimmte Praktiken unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle auch effizient und wünschenswert sein könnten.²³ Auch die Studienvereinigung gibt zu bedenken, dass es an belastbarer ökonomischer Evidenz weiterhin fehlt, wonach das Vorhandensein von Netzwerk- und Skaleneffekten, das Fehlen von Multi-Homing oder das Auftreten von Lock-in-Effekten tatsächlich in aller Regel zur Gefahr einer Monopolisierung des betroffenen Marktes führen würde. Gleiches gilt für den Zeitpunkt, ab wann in einem Markt ein Tipping droht oder ab welcher Schwelle eine Intervention erforderlich und gerechtfertigt wäre.
- (46) Will man dennoch bereits jetzt ein neues Wettbewerbsinstrument einführen, das der Kommission etwa im Fall eines „Tipping“ die Auferlegung von Verhaltenspflichten ermöglichen soll, wäre es für die Normadressaten umso wichtiger, dafür klare und nachprüfbare Tatbestandsvoraussetzungen zu schaffen. Die Folgenabschätzung lässt bislang offen, unter welchen konkreten Voraussetzungen die Kommission ein Verfahren einleiten und einem Unternehmen Verhaltenspflichten auferlegen können soll. Es ist damit unklar, wo die Grenze zwischen den Folgen legitimen Qualitäts- und Innovationswettbewerbs einerseits und wettbewerblich problematischem Verhalten andererseits verlaufen soll.
- (47) Die Studienvereinigung gibt deshalb zu bedenken, dass die mit neuen Eingriffstatbeständen einhergehenden Rechtsunsicherheiten sich auch negativ auf Innovationen und Investitionen in der Digitalwirtschaft auswirken können. Das gilt insbesondere dann, wenn von spezifischen Marktstrukturmerkmalen eine Vermutung für wettbewerbsschädigendes Verhalten der Marktteilnehmer ausgehen soll. Hier ist noch einmal daran zu erinnern, dass die genannten Strukturmerkmale vielfältige Wirkungen entfalten können und nicht per se wettbewerbsschädlich wirken. Wettbewerbliches Streben nach Erfolg und Wachstum sollte dabei jedenfalls legitim bleiben und nicht unter einen ordnungspolitischen Generalverdacht gestellt werden.
- (48) Neben Tipping nennt die Kommission als weiteres Beispiel für „strukturelle Wettbewerbsprobleme“ das Auftreten eines „strukturellen Marktversagens“, das vor allem in oligopolistischen Märkten oder Märkten mit „systemischen Mängeln“

²³ Crémer/de Montjoye/Schweitzer, Competition Policy for the digital era, 2019, S. 69.

auftreten könne. Auch hier bleibt die Folgenabschätzung insgesamt noch sehr vage. Es wären – wie beim Tipping – wiederum klare Eingriffsvoraussetzungen zu schaffen. Die potentiell betroffenen Unternehmen müssen erkennen können, in welchen Fällen ein „struktureller Wettbewerbsmangel“ vorliegt und inwieweit sich dieser beispielsweise von fehlendem Wettbewerb in einem Markt unterscheiden soll.

- (49) Die Studienvereinigung möchte in diesem Zusammenhang darauf hinweisen, dass die Digitalwirtschaft auch einen Wettbewerb *zwischen* Plattformen mit sich bringt. Die Auferlegung von Verhaltenspflichten nur für bestimmte Plattformen birgt insoweit die Gefahr von Wettbewerbsverzerrungen, insbesondere in dynamischen Märkten. Geht es um die Kontrolle „struktureller Wettbewerbsprobleme“, regt die Studienvereinigung daher an, anstatt eines neuen Wettbewerbsinstruments eine Regulierung von Plattformen im Sinne einer Plattformverordnung für marktbeherrschende Online-Plattformen in Betracht zu ziehen. In diesem Sinne haben sich auch bereits die Monopolkommission und die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 positioniert.²⁴

II. Grundlage für den Einsatz des neuen Wettbewerbsinstruments (Frage 27)

- (50) Es gibt keine einheitliche Position der Studienvereinigung für die Grundlage eines neuen Wettbewerbsinstruments. Es sprechen sowohl gute Gründe dafür, die Anwendbarkeit eines neuen Wettbewerbsinstruments auf marktbeherrschende Unternehmen zu beschränken, als auch dafür, auch nicht-marktbeherrschende Unternehmen in den Anwendungsbereich einzubeziehen. Falls man generell von der Erforderlichkeit eines neuen Wettbewerbsinstruments ausgeht, dürften wohl überwiegende Gründe für eine Einbeziehung auch nicht-marktbeherrschender Unternehmen sprechen.

1. Argumente für eine Beschränkung auf Marktbeherrscher

- (51) Für eine Beschränkung der Anwendbarkeit eines neuen Wettbewerbsinstruments auf marktbeherrschende Unternehmen spricht die damit verbundene klare Begren-

²⁴ Monopolkommission, Hauptgutachten XXIII: Wettbewerb 2020, Rn. 85 ff; Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, S. 52 f.

zung des Anwendungsbereichs, die einer Überregulierung vorbeugt und zu mehr Rechtssicherheit für die Marktteilnehmer beiträgt.

- (52) Nach der bisherigen Konzeption der Art. 101, 102 AEUV ist die Kontrolle unilateralen Verhaltens im EU Kartellrecht auf Marktbeherrscher beschränkt. Nur ein Marktbeherrscher verfügt nämlich (alleine oder gemeinsam mit anderen Marktbeherrschern) definitionsgemäß über eine wirtschaftliche Machtstellung, die ihn in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Konkurrenten, seinen Kunden und letztlich den Verbrauchern gegenüber in nennenswertem Umfang unabhängig zu verhalten.²⁵
- (53) Der Begriff Marktbeherrschung bildet die durch eine jahrzehntelange Rechtsprechung und Entscheidungspraxis definierte Grenzlinie zwischen Märkten, die noch hinreichenden Wettbewerb aufweisen, und Märkten bzw. Marktteilnehmern, die aufgrund von Marktbeherrschung einer besonderen Verhaltenskontrolle zu unterwerfen sind. Diese Grenzlinie führt einerseits zu einem gewissen Grad an Rechtssicherheit für die Marktteilnehmer, andererseits beugt sie auch einer behördlichen Überregulierung vor. Wenn man nunmehr durch ein neues Wettbewerbsinstrument auch Verhaltensweisen aufgreifen möchte, die wettbewerbsschädlich sind, aber die Schwelle eines Missbrauchs nicht erreichen, kann argumentiert werden, dass zur Vermeidung eines zu weitgehenden Anwendungsbereichs jedenfalls der Filter „Marktbeherrschung“ bestehen bleiben sollte.
- (54) Dies gilt insbesondere in Fällen, in denen die Anwendung des neuen Wettbewerbsinstruments nicht auf eine Verhinderung der Entstehung von Marktmacht und strukturellen wettbewerblichen Mängeln ex-ante gerichtet ist, sondern auf eine ex-post Kontrolle von Verhaltensweisen und Ergebnissen in bereits wettbewerblich defizitären Märkten. Letztere sind nämlich bereits Gegenstand des Missbrauchsverbots des Art. 102 AEUV mit seiner hergebrachten Grenzlinie der Marktbeherrschung.
- (55) Allerdings stellen sich auch bei der Anwendung eines neuen Wettbewerbsinstruments zur Verhinderung von Marktmacht oder Marktbeherrschung komplexe Fragen, insbesondere ab welcher Schwelle welche konkreten Praktiken nicht mehr dem Leistungswettbewerb unterfallen sollen. So können Bündelungen, Bestpreis-

²⁵ EuGH, Urteil vom 14. Februar 1978 – Rs. 27/76 – *United Brands*, Rn. 65.

klauseln, Selbstbevorzugung und auch Exklusivvereinbarungen derzeit grds. für nicht marktbeherrschende Unternehmen zulässig sein.

2. Argumente für die Einbeziehung nicht-marktbeherrschender Unternehmen

(56) Gegen eine Beschränkung der Anwendung eines neuen Wettbewerbsinstruments auf Marktbeherrscher spricht jedoch, dass der Anwendungsbereich hierdurch zu eng werden könnte. Dabei kann zwischen den von der Kommission identifizierten Arten von Wettbewerbsproblemen unterschieden werden, die das neue Wettbewerbsinstrument adressieren soll.²⁶

a) Strukturelle Risiken für den Wettbewerb

(57) Gegenstand des neuen Wettbewerbsinstruments sollen zum einen Märkte mit strukturellen Risiken für den Wettbewerb sein. Strukturelle Risiken für den Wettbewerb können nach Auffassung der Kommission bei bestimmten Markteigenschaften wie bspw. Netzwerk- und Skaleneffekten, Mangel an Multi-Homing sowie Lock-in-Effekten vorliegen. Diese Marktstrukturen könnten zur Entstehung beherrschender oder zumindest bedeutender Marktstellungen in dem betroffenen oder angrenzenden Märkten beitragen.²⁷ Das neue Wettbewerbsinstrument könnte ein solches Kippen von Märkten durch frühzeitige ex-ante Intervention vermeiden, ist hier also auf eine Offenhaltung der Märkte gerichtet.

(58) Dies spricht dafür, dass ein neues Wettbewerbsinstrument auch auf nicht-marktbeherrschende Unternehmen angewandt werden sollte, jedenfalls soweit es um den Markt geht, auf dem die strukturellen Risiken identifiziert wurden. Die Entstehung von Marktbeherrschung soll durch das neue Wettbewerbsinstrument gerade vermieden werden. (Es stellt sich allerdings die Frage, welche Anforderungen für die Feststellungen solcher struktureller Risiken gelten sollen.)

(59) Im Hinblick auf einen Ausbau von Marktmacht in angrenzenden Märkten mit Mitteln, die dem Leistungswettbewerb fremd sind (sog. Enveloping), könnte man

²⁶ Vgl. Hierzu Kommission, „Inception Impact Assessment New Competition Tool“, 04. Juni 2020, S. 2 - abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12416-New-competition-tool>.

²⁷ Kommission, „Inception Impact Assessment New Competition Tool“, 04. Juni 2020, S. 2 - abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12416-New-competition-tool>.

zwar eine marktbeherrschende Stellung des Adressaten in dem Markt mit den strukturellen Risiken fordern. Doch würde dies zu Anwendungslücken führen, wenn bereits eine Marktstellung unterhalb der Schwelle von Marktbeherrschung ein Enveloping benachbarter Märkte ermöglicht. Zudem wäre ein Enveloping durch Marktbeherrscher wohl grds. ohnehin schon nach Art. 102 AEUV untersagt. Allerdings stellen sich auch hier Abgrenzungsfragen hinsichtlich der leistungswettbewerblichen Praktiken (s.o.). Insofern müssten auch die Wertungen der Vertikal-GVO beachtet werden (siehe dazu bereits Abschnitt C, II, Rn. 14).

b) Struktureller Mangel an Wettbewerb

- (60) Zum anderen sollen Gegenstand des neuen Wettbewerbsinstruments Märkte mit einem strukturellen Mangel an Wettbewerb sein. Hierbei handelt es sich nach den Ausführungen der Kommission um Märkte, die bereits aufgrund ihrer Struktur nicht richtig funktionieren und keine wettbewerblichen Ergebnisse hervorbringen. Als Beispiele nennt die Kommission Märkte mit Eigenschaften wie hoher Konzentration, hohen Marktzutrittsschranken, Lock-in von Verbrauchern, Datenakkumulation bei bestimmten Marktteilnehmern und mangelndem Datenzugang bei anderen Marktteilnehmern sowie Märkte mit oligopolistischen Strukturen, die ein erhöhtes Risiko stillschweigender Koordinierung mit sich bringen. Das Risiko einer stillschweigenden Koordinierung sieht die Kommission auch auf Märkten mit einer erhöhten horizontalen Transparenz aufgrund von (Preis-)Algorithmen, die nicht zwangsläufig oligopolistisch sein müssen.²⁸
- (61) Wenn Märkte dergestalt wettbewerbliche Defizite aufweisen, kann die Zielsetzung des neuen Wettbewerbsinstruments nicht nur eine Offenhaltung von Märkten durch ex-ante Intervention sein. Vielmehr sollen mittels des Instruments auch nicht-wettbewerbliche Verhaltensweisen und Marktergebnisse korrigiert werden.
- (62) Zwar sprechen in der Konstellation einer ex-post Kontrolle von Verhaltensweisen in bereits wettbewerblich defizitären Märkte die oben unter 1. genannten Gründe dafür, es bei einer Anwendung des Artikel 102 AEUV oder zumindest bei der Grenze der Marktbeherrschung zu belassen.

²⁸ Kommission, „Inception Impact Assessment New Competition Tool“, 04. Juni 2020, S. 2 - abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12416-New-competition-tool>.

- (63) Für eine Anwendbarkeit des neuen Wettbewerbsinstruments unter Einbeziehung nicht-marktbeherrschender Unternehmen spricht allerdings zum einen, dass die hohen Anforderungen an den Nachweis von (gemeinsamer) Markbeherrschung²⁹ und an einen Missbrauch³⁰ oft einer zügigen und effizienten Durchsetzung des Kartellrechts gerade in dynamischen, sich schnell entwickelnden Märkten entgegenstehen. Zum anderen gibt es – geht man generell von der Erforderlichkeit eines neuen Wettbewerbsinstruments aus – Regelungslücken bspw. auf Märkten, die (noch) nicht die Schwelle zur (gemeinsamen) Markbeherrschung überschritten haben, aber durch den Einsatz von Algorithmen Strukturen aufweisen, die zu ähnlichen Wettbewerbsproblemen wie ein oligopolistischer Markt führen. Weitere Regelungslücken existieren, wo wettbewerbsfremde Ergebnisse nicht zwangsläufig auf einen Missbrauch zurückzuführen sein müssen, wie bspw. in Fällen einer rein strukturell bedingten stillschweigenden Koordinierung.

III. Der Anwendungsbereich und die Reichweite des neuen Wettbewerbsinstruments (Fragen 28, 29)

- (64) Es sprechen gute Gründe dafür, die Anwendbarkeit eines neuen Wettbewerbsinstruments nicht schon qua Gesetz auf bestimmte Märkte zu beschränken. Andererseits sprechen auch gute Gründe dafür, nur solche Märkte zum Gegenstand behördlicher Maßnahmen zu machen, die wettbewerbsliche Defizite aufweisen, die mit der Digitalisierung in Zusammenhang stehen. Beide Ansätze schließen sich jedoch nicht zwangsläufig aus, sondern können sinnvoll kombiniert werden.

1. Argumente für eine horizontale Anwendbarkeit

- (65) Für eine horizontale Anwendbarkeit des neuen Wettbewerbsinstruments auf grundsätzlich alle Märkte spricht, dass strukturelle Risiken für den Wettbewerb oder ein struktureller Mangel an Wettbewerb oft nicht unmittelbar erkennbar sind oder sich erst im zeitlichen Verlauf entwickeln. Wollte man das neue Wettbewerbsinstrument von vorneherein auf bestimmte Märkte beschränken, bestünde das Risiko entsprechender Anwendungslücken.
- (66) Gegen eine Beschränkung eines neuen Wettbewerbsinstruments auf digitale Märkte kann zudem eingewandt werden, dass mittlerweile zahlreiche, wenn nicht

²⁹ Vgl. bspw. EuG, Urteil vom 06.06.2002 - Rs. T-342/99 – Airtours, Rn. 61 ff, 192.

³⁰ Vgl. bspw. EuGH, Urteil vom 06. September 2017 – C-413/14 P – Intel, Rn. 111 ff.

fast alle Märkte auch digitale Elemente aufweisen. Diese können, wie bspw. die Angewiesenheit auf Daten oder die Transparenz durch Preisalgorithmen, zu strukturellen wettbewerblichen Defiziten führen, auch wenn es sich nicht um digitale (Plattform-) Märkte im engeren Sinne handelt. Vor diesem Hintergrund kann auch das wettbewerbliche Gefährdungspotential der Digitalisierung nicht auf bestimmte digitale Märkte beschränkt werden. Schließlich erscheint eine saubere Abgrenzung zwischen digitalen und analogen Märkten kaum möglich.

2. Argumente gegen eine horizontale Anwendbarkeit

- (67) Gegen eine horizontale Anwendbarkeit eines neuen Wettbewerbsinstruments spricht dagegen insbesondere, dass die Regelungen der Art. 101 und 102 AEUV (bzw. die Vorgänger-Regelungen) über einen Zeitraum von mehr als 60 Jahren genug Flexibilität bewiesen haben, Wettbewerb in sich ändernden und neu entstehenden Märkten zu schützen.³¹ Die Einführung zusätzlicher Regelungen bedarf daher einer besonderen Rechtfertigung in Form einer neuen Risikolage für den Wettbewerb.
- (68) Eine solche könnte sich ggf. aus der Digitalisierung ergeben. So scheinen digitale Plattformmärkte bestimmte Eigenschaften aufzuweisen, mit denen besondere wettbewerbliche Risiken einhergehen, wie insbesondere ausgeprägte Skalen- und Netzwerkeffekte sowie eine überragende Bedeutung des Zugangs zu Daten für den Wettbewerb. Zwar existieren solche Merkmale auch in herkömmlichen analogen Märkten. Allerdings scheinen sie bei digitalen Märkten ein zuvor nicht dagewesenes Ausmaß zu erreichen.³²
- (69) Andererseits lässt sich, wie oben dargestellt, das wettbewerbliche Gefährdungspotential der Digitalisierung wohl nicht auf digitale (Plattform-) Märkte beschränken.

³¹ Vgl. Jacques Crémer, Yves-Alexandre de Montjoye, Heike Schweitzer, „Competition policy for the digital era Final Report“, 2019, S. 3 - abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>.

³² Jacques Crémer, Yves-Alexandre de Montjoye, Heike Schweitzer, „Competition policy for the digital era Final Report“, 2019, S. 2 - abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>.

3. Möglicher Kompromiss und Zusammenspiel mit sektorspezifischen Rechtsvorschriften

- (70) Ein denkbarer Kompromiss unter Berücksichtigung der Rechtssicherheit für die Marktteilnehmer, der Vermeidung von Überregulierung, aber auch der Schließung von Regulierungslücken, bestünde darin, ein neues Wettbewerbsinstrument zwar unterschiedslos auf alle Märkte anzuwenden, aber konkrete Maßnahmen nur auf solchen Märkten zuzulassen, in denen die Kommission strukturelle Risiken oder Mängel feststellt, die mit der Digitalisierung im Zusammenhang stehen.
- (71) Dies muss sich nicht auf digitale (Plattform-)Märkte beschränken. Vielmehr könnten auch nicht digitale bzw. gemischte Märkte, die wettbewerbliche Risiken oder Mängel aufweisen, die durch die Digitalisierung verursacht werden (bspw. Bedeutung von Daten, Einsatz von Algorithmen), Gegenstand des neuen Wettbewerbsinstruments sein.
- (72) Denkbar wäre zudem ein zweistufiges Verfahren. In einem ersten Schritt könnten die Unternehmen bzw. Märkte identifiziert werden, die dem neuen Wettbewerbsinstrument unterliegen sollen und in einem zweiten Schritt könnten konkrete Maßnahmen erlassen werden (siehe unten Abschnitt E, I, Rn. 84 ff.). Grundsätzlich haben Kartellrecht und sektorspezifische Regulierung unterschiedliche Regelungsgegenstände. Während das Kartellrecht einen allgemeingültigen Ordnungsrahmen für den Wettbewerb setzt, stellt die sektorspezifische Regulierung eine andauernde Verhaltenskontrolle dar, die sektorspezifische Probleme zum Gegenstand hat. Jedenfalls wenn man die Anwendbarkeit des neuen Wettbewerbsinstruments nicht auf digitale (Plattform-)Märkte im engeren Sinne beschränkt, so dass dieses Instrument nicht in die Nähe keiner eigenen sektorspezifischen Regulierung käme, sollte das neue Wettbewerbsinstrument grds. parallel zu einer bereits bestehenden sektorspezifischen Regulierung anwendbar sein.
- (73) Eine Ausnahme kann jedoch bestehen, wenn eine sektorspezifische Regulierung konkret die strukturellen wettbewerblichen Risiken und Mängel zum Gegenstand hat, die auch Gegenstand des neuen Wettbewerbsinstruments sind.
- (74) So ist es bspw. denkbar, dass bestimmte Märkte natürliche Monopole darstellen. Dies gilt bspw. für den leitungsgebundenen Energietransport, ist aber auch bei digitalen (Plattform-)Märkten denkbar. In einem solchen Fall wäre die Verhinderung eines Monopols durch das neue Wettbewerbsinstrument wirtschaftlich ineffizient.

Aufgrund der natürlichen Monopolstellung und der Auswirkungen in den betroffenen sowie in benachbarten Märkten muss jedoch der Monopolist besonderen Verhaltensanforderungen unterworfen werden. Wie u.a. die leitungsgebundene Energiewirtschaft gezeigt hat, ist Art. 102 AEUV hierfür manchmal nicht ausreichend und es bedarf eine sektorspezifischen Regulierung. Dieser sollte dann, soweit sie sich mit dem Anwendungsbereich des neuen Wettbewerbsinstruments überschneidet, ausdrücklicher Vorrang vor dem NCT eingeräumt werden.

IV. Befugnisse der Kommission auf Grundlage des neuen Wettbewerbsinstruments, Art und Ausgestaltung möglicher Abhilfemaßnahmen (Fragen 30, 31, 32)

- (75) Entscheidende Bedeutung für die Bewertung des neuen Wettbewerbsinstruments hat die Frage, welche Eingriffsbefugnisse die Kommission im Anwendungsbereich des Instruments haben soll. Insbesondere stellt sich die Frage, ob das neue Wettbewerbsinstrument neben unverbindlichen Maßnahmen (wie Empfehlungen und/oder Interpretationshilfen) und vorbereitenden Aktivitäten (wie Gesetzgebungsinitiativen und/oder Regulierungsvorschlägen) auch zu Abhilfemaßnahmen der Kommission berechtigen soll.
- (76) Die Befugnis zu Abhilfemaßnahmen ist im Zusammenhang mit dem neuen Wettbewerbsinstrument keinesfalls selbstverständlich: Keine der von der Kommission vorgeschlagenen Optionen setzt einen Kartellrechtsverstoß der betroffenen Unternehmen voraus. Abhilfemaßnahmen im Kontext des neuen Wettbewerbsinstruments würden der Kommission mithin (weitreichende) Eingriffsbefugnisse verleihen, ohne dass diese ein Fehlverhalten der Unternehmen voraussetzen würden. Andererseits dürfte das neue Wettbewerbsinstrument aber im Vergleich zu den bisher bestehenden Handlungsoptionen der Kommission nur dann einen „Mehrwert“ bieten, wenn es auch effektive Durchsetzungsmöglichkeiten vorsieht. Insbesondere dürfte das neue Wettbewerbsinstrument andernfalls gegenüber dem Instrument der Sektoruntersuchung nach Art. 17 VO 1/2003 keinen entscheidenden Zusatznutzen bieten. Die Zielsetzung des neuen Wettbewerbsinstruments, strukturellen Wettbewerbsproblemen frühzeitig und wirksam zu begegnen, dürfte auf Basis von Abhilfemaßnahmen deutlich effektiver erreicht werden können.
- (77) Die dargestellte Ausgangslage, also das Fehlen eines Verstoßerfordernisses, spricht aber jedenfalls dafür, sich möglichen Abhilfebefugnissen mit Zurückhaltung

zu nähern und einen restriktiven Ansatz zu wählen. In welchem Umfang Abhilfemaßnahmen der Kommission gerechtfertigt werden können, wird hierbei maßgeblich durch die zuvor in Abschnitt D.II. diskutierten Anwendungsvoraussetzungen vorgeprägt. Je geringer die Voraussetzungen eines Einschreitens auf Grundlage des neuen Wettbewerbsinstruments sind, desto restriktiver sollten mögliche Abhilfemaßnahmen ausgestaltet sein.

- (78) Während mit einer Anwendungsschwelle, die auf einer marktbeherrschenden Stellung basiert, weiterreichende Eingriffsbefugnisse einhergehen können, dürfte eine rein marktstrukturbasierte Anwendung des neuen Wettbewerbsinstruments nach Auffassung der Studienvereinigung nur deutlich eingeschränkte Abhilfemaßnahmen rechtfertigen. Ein Anknüpfen an eine marktbeherrschende Stellung bringt ein durch jahrzehntelange Behördenpraxis und Rechtsprechung konkretisiertes und nachvollziehbares Eingriffskriterium zur Anwendung. Auch die ökonomische Rechtfertigung eines Eingreifens bei Überschreiten der Schwelle der Marktbeherrschung ist anerkannt. Im Fall eines marktstrukturbasierten Ansatzes lässt sich die Vorhersehbarkeit und die wirtschaftliche Rechtfertigung eines Eingreifens zwar ebenfalls durch einen klaren Eingriffstest mit greifbaren und nachprüfbaren Kriterien erreichen. Der „adverse effect on competition“ (AEC)-Test des Market Investigation Regime in Großbritannien mag hier bspw. Anschauungsmaterial liefern. Es bleibt aber dabei, dass ein rein marktstrukturbasierter Test nicht die aus der marktbeherrschenden Stellung folgende Rechtfertigung einer besonderen Verantwortung der betroffenen Unternehmen beanspruchen kann, wie dies im Falle einer festgestellten Marktbeherrschung der Fall ist.
- (79) Auch bei Umfang und Ausgestaltung möglicher Abhilfemaßnahmen ist Zurückhaltung geboten. Auch hier kommt zum Tragen, dass nach dem Vorschlag der Kommission Abhilfemaßnahmen auch bei Fehlen eines Kartellrechtsverstoßes angeordnet werden können. Vor diesem Hintergrund dürften weitreichende strukturelle Maßnahmen wie beispielsweise Veräußerungsverpflichtungen wegen der damit verbundenen schwerwiegenden Eingriffe in die Unternehmensstruktur unverhältnismäßig sein. Hierbei ist fraglich, ob derartige Maßnahmen von den Eingriffsbefugnissen des neuen Wettbewerbsinstruments überhaupt theoretisch umfasst sein können, was eine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung im Einzelfall voraussetzen würde, oder nicht von vornherein ausgeschlossen sein müssen. In diesem Fall blieben entsprechende Maßnahmen einem gesonderten Verfahren nach

Art. 7 VO 1/2003 vorbehalten (auch hier unter Beachtung der meist gebotenen Subsidiarität gegenüber verhaltensorientierten Maßnahmen).

- (80) Insgesamt gebietet der von der Kommission erwogene weite Anwendungsbereich des neuen Wettbewerbsinstruments und das Fehlen eines erforderlichen Verstoßes einen möglichen Abhilfemaßnahmen klar umgrenzenden Korridor. Zwar bietet ein weiterer Ermessensspielraum der Kommission die Möglichkeit, auf die dynamische Entwicklung sich schnell ändernder digitaler Märkte flexibler zu reagieren. Jedoch ist nach Auffassung der Studienvereinigung die Aufnahme eines abschließenden Katalogs im Sinne eines Numerus Clausus überwiegend verhaltensorientierter Abhilfemaßnahmen unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten vorzuzugungswürdig. Die Aufnahme eines abschließenden Maßnahmenkatalogs in das neue Wettbewerbsinstrument hätte zudem den Vorteil einer größeren Vorhersehbarkeit möglicher Abhilfemaßnahmen. Dies versetzt potentiell vom neuen Wettbewerbsinstrument betroffene Unternehmen besser in die Lage, ihre wirtschaftliche Betätigung rechtssicher im Einklang mit der Rechtsauffassung der Kommission gestalten zu können. Das gilt insbesondere, soweit das neue Wettbewerbsinstrument auch auf nicht-marktbeherrschende Unternehmen angewendet werden sollte.
- (81) Leitbild entsprechender Abhilfemaßnahmen sollte sein, in den Marktprozess nur möglichst geringfügig einzugreifen. Insbesondere sollte der Verbraucher weitgehend „im Loop“ bleiben, was voraussetzt, dass der Autonomie der Nachfrager und dem wettbewerblichen Prozess weitgehend Rechnung getragen wird. Maßnahmen sollten auf eine Verbesserung der Wahlmöglichkeiten der Nachfrager abzielen, so dass sich trotz der behördlichen Intervention im Wettbewerb die beste und innovativste Lösung in einem Marktprozess durchsetzen kann. Als Maßnahme kommt etwa die Anordnung von Datenportabilität einschließlich durch den Nutzer veranlasster Zugangsmöglichkeiten für Drittanbieter zu seinen Daten in Betracht. Solche Anordnungen könnten zugunsten des Verbrauchers die „Mitnahme“ und/oder Zugänglichmachung der ihn betreffenden Daten für Drittanbieter ermöglichen, aber im Grundsatz die autonome Entscheidung des Verbrauchers zum Anbieterwechsel respektieren. In diesem Sinne hatte die britische Competition and Markets Authority (CMA) im Anschluss an eine Untersuchung des Banksektors große Banken verpflichtet, bestimmten Drittanbietern bei Zustimmung des jeweiligen Nutzers Zugang zu dessen Transaktions- und Nutzerdaten zu gewähren. Denkbar wären weiterhin Abhilfemaßnahmen, die die Dateninteroperabilität erhöhen, etwa durch die

Verpflichtung, Systeme mit offenen Standards zu implementieren. Diskutiert werden auch Maßnahmen, die geeignet sind, den sog. „default bias“ des Verbrauchers zu reduzieren, wie die Vorgabe, auf dem Startbildschirm einer Plattform keine eigenen Produkte bevorzugt zu platzieren. Die Praxis hat allerdings gezeigt, dass die konkrete Implementierung solcher Maßnahmen komplex und schwierig sein kann. Auch würden derartige Maßnahmen jedenfalls dann als sehr weitreichend erscheinen, wenn die Regelungen auch für nicht marktbeherrschende Unternehmen gelten würden.

- (82) Ein dergestalt eingeschränktes Maßnahmenregime führt zu einem ausgewogenen Gesamtgefüge: Der Kommission würde mit dem neuen Wettbewerbsinstrument ein Mittel an die Hand gegeben, durch das bereits ohne die Feststellung eines Kartellrechtsverstoßes eine Reihe weitreichender Maßnahmen möglich ist, mit deren Hilfe die befürchteten strukturellen Wettbewerbsprobleme adressiert werden können. Weiterreichende Maßnahmen blieben möglich, wären aber einem Vorgehen nach Art. 7 VO 1/2003 vorbehalten.³³

E. Institutionelle Struktur eines neuen Wettbewerbsinstruments

I. Grundsätzliche Anmerkungen

- (83) Die institutionelle Struktur des neuen Wettbewerbsinstruments hängt maßgeblich von der Zielrichtung ab, mit der die EU Kommission intervenieren soll. Mit Blick auf die der Konsultation zugrundeliegenden Überlegungen dürfte es aus Sicht der Kommission primär um den Schutz vor einseitigen Monopolisierungsstrategien nicht marktbeherrschender Unternehmen gehen, die insbesondere aus stillschweigender Abstimmung in hochkonzentrierten Märkten oder dem Bestehen von erhöhter Transparenz, Torwächter-Positionen oder "Tipping"-geneigten Märkten resultieren können (siehe dazu ausführlich Abschnitt C, II, Rn. 16-31).
- (84) Folglich muss – sofern die Kommission trotz der hier und in den vorangegangenen Abschnitten ausgeführten Bedenken die Einführung eines neuen Wettbewerbsinstruments befürworten sollte – das Instrumentarium zur Durchsetzung des Instruments auf die Gewährleistung eines wirksamen präventiven Schutzes vor solchen Risiken gerichtet sein. Die noch näher zu bestimmenden Abhilfemaßnahmen

³³ Zu der Frage, ob die Kommission die auf Grundlage des Verfahrens auf Basis des NCT gewonnenen Erkenntnisse dafür verwenden darf, entsprechende Verfahren zur Abstellung einer Zuwiderhandlung mit dem Ziel weitreichender Abhilfemaßnahmen einzuleiten (siehe unten Abschnitt E, II, Rn. 105).

(vgl. Abschnitt D, IV, Rn. 75 ff. Fragen 30, 31, 32) würden sich daher entweder gegen Unternehmen oder auf Märkte richten, die dem neuen Wettbewerbsinstrument unterliegen, weil sie einen strukturellen Wettbewerbsmangel aufweisen oder ihnen eine besondere Bedeutung für den Wettbewerb zukommt. Bei einer präventiven Ausgestaltung des neuen Wettbewerbsinstruments wäre weiterhin klarzustellen, dass das Verhalten der Adressaten nicht in den Anwendungsbereich von Art. 101 und 102 AEUV fällt und entsprechend geahndet und abgestellt werden kann.

1. Der Anwendungsbereich eines NCT muss klar umrissen sein

- (85) Um die verbleibenden Lücken zu schließen, könnte die Kommission, sofern sie die Einführung des neuen Wettbewerbsinstruments trotz der damit verbundenen Nachteile (siehe dazu ausführlich oben Abschnitt D) für erforderlich hält, Maßnahmen im Grundsatz gegen jedes Unternehmen richten, das über eine gewisse Marktmacht (oder Marktbedeutung) verfügt und dessen Verhalten weder Gegenstand einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung noch vom Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung erfasst ist.
- (86) In Anbetracht dieses potenziell extrem weitreichenden und unbestimmten Adressatenkreises wäre aus Sicht der Studienvereinigung die Einführung eines zweistufigen Vorgehens denkbar. Im ersten Schritt würden die Adressaten bzw. Märkte festgelegt, die dem neuen Wettbewerbsinstrument unterliegen sollen, bevor im zweiten Schritt (ggf. auch zeitgleich mit dem ersten) konkrete Maßnahmen erlassen werden können. Dabei könnte die Kommission entweder feststellen, dass ein bestimmter Markt strukturelle Wettbewerbsprobleme aufweist, für die dann bestimmte Regeln gelten würden, auf deren Basis die Kommission weitere Maßnahmen ergreifen kann. Oder sie könnte konkret ein oder mehrere Unternehmen als Adressaten des neuen Wettbewerbsinstruments bestimmen, gegen das oder die sodann Abhilfemaßnahmen angeordnet werden könnten.
- (87) Die positive Feststellung der Marktbetroffenheit bzw. der Normadressatenstellung durch die Kommission erscheint nicht nur zur Vermeidung einer als willkürlich empfundenen Anwendung des neuen Wettbewerbsinstruments und im Interesse der Rechtssicherheit geboten. Dieser erste Schritt eines zweistufigen Vorgehens könnte vielmehr auch eine erhebliche und in Anbetracht der Zielrichtung des Instruments – unter Hintanstellung aller hier gegen das neuen Wettbewerbsinstrument geäußerten Bedenken – zu begrüßende, präventive Wirkung entfalten. Das könnte aus Sicht der Studienvereinigung die Einführung des neuen Wettbewerbs-

instruments erleichtern und die Ressourcen der Kommission bei der Anwendung des Instruments schonen.

- (88) Die Studienvereinigung weist darauf hin, dass im Rahmen der 10. GWB-Novelle in § 19a RefE-GWB derzeit ebenfalls ein zweistufiges Verfahren geplant ist, bei dem im ersten Schritt die konkreten Adressaten bestimmt werden, für die dann spezielle Regelungen angeordnet werden können. (Die Studienvereinigung verweist insoweit auch auf ihre Stellungnahme zur geplanten Vorschrift, die in einigen Punkten auch kritisch war.³⁴)

2. Angemessene Verfahrensgarantien sind unabdingbar

- (89) Aus Sicht der Studienvereinigung sind angemessene Verfahrensgarantien ebenso wie eine gerichtliche Nachprüfung sämtlicher Abhilfemaßnahmen der Kommission auf Basis des neuen Wettbewerbsinstruments unabdingbar. Insbesondere wenn Interventionen der Kommission auf präventive Maßnahmen gerichtet sind und nicht der Abstellung von Wettbewerbsverstößen dienen, müssen effektiver Rechtsschutz und die Wirksamkeit präventiven Eingriffsbefugnisse in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden. Insoweit könnte aus Sicht der Studienvereinigung in Betracht gezogen werden, einerseits eine Suspensiv-Wirkung von Rechtsmitteln gegen die Feststellung der Adressatenstellung nach dem neuen Wettbewerbsinstruments auszuschließen. Andererseits könnte eine Beweislastumkehr in dem Sinne erwogen werden, dass bei bestimmten (auf den ersten Blick als wettbewerbsschädlich qualifizierten) Maßnahmen die Beweislast dafür, dass die nach dem neuen Wettbewerbsinstrument zu beanstandenden Verhaltensweisen nicht geeignet sind, die Wettbewerbsstruktur auf den betroffenen Märkten zu beeinträchtigen, bei den festgestellten Adressaten des neuen Wettbewerbsinstruments liegt. Eine solche Beweislastumkehr wäre aus Sicht der Studienvereinigung allerdings nur dann akzeptabel, wenn die Eingriffsvoraussetzungen des neuen Wettbewerbsinstruments und die als besonders schädlich eingestuften Maßnahmen gesetzlich klar definiert sind (vgl. auch unten E VIII, Rn. 132).

3. Abhilfemaßnahmen sind zu befristen

- (90) Aus Sicht der Studienvereinigung sollten sämtliche Maßnahmen nach dem NCT, mit denen gerade keine Wettbewerbsverstöße sanktioniert oder abgestellt werden, befristet sein. Dasselbe gilt für die Feststellung der Adressatenstellung bzw.

³⁴ Vgl. Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht zum Referentenentwurf zur 10. GWB-Novelle, S. 27ff.

der Identifizierung der Märkte mit strukturellen Wettbewerbsproblemen, die gerade bei dynamischen Marktverhältnissen Änderungen unterliegen kann. Die Länge der Frist sollte aus Sicht der Studienvereinigung jeweils daran ausgerichtet werden, dass ein wirksames Vorgehen gegen die für bedenklich erachteten Verhaltensweisen möglich ist und eine nachhaltige Wirkung des Instruments auf den betroffenen Märkten erzielt werden kann.

- (91) Zur Gewährleistung der Rechte der betroffenen Unternehmen sollte die Notwendigkeit und die Verhältnismäßigkeit der getroffenen Maßnahmen aber regelmäßig von Amts wegen oder auch auf Antrag der betroffenen Unternehmen überprüft und in einer begründeten, rechtsmittelfähigen Entscheidung bestätigt oder aufgehoben werden.
- (92) Dies vorausgeschickt ist aus Sicht der Studienvereinigung nochmals klarzustellen, dass die folgenden Ausführungen nur für den Fall gelten, dass die EU Kommission die Einführung eines neuen Wettbewerbsinstruments für erforderlich hält. Sie sind ausdrücklich nicht dahingehend zu verstehen, dass die Studienvereinigung Kartellrecht die Einführung eines neuen Wettbewerbsinstruments für notwendig hält oder unter auch nur befürwortet.

II. Untersuchungsbefugnisse zur Vorbereitung und Durchsetzung von Abhilfemaßnahmen sollten sich in ein zweistufiges Gesamtsystem einfügen (Frage 33)

- (93) Die Ausgestaltung des neuen Wettbewerbsinstruments zielt auf die Bewältigung der heutigen Herausforderungen bestimmter struktureller Wettbewerbsprobleme, die durch die bestehenden Wettbewerbsregeln (insbesondere Art. 101 und 102 AEUV) nicht angemessen abgestellt werden können. Beispielhaft nennt die Kommission Monopolisierungsstrategien von nicht marktbeherrschenden Unternehmen und Strategien zur Ausdehnung ihrer Marktmacht auf andere Märkte (sog. Enveloping).
- (94) Diese Beispiele lassen es naheliegend erscheinen, dass es bei der Anwendung des neuen Wettbewerbsinstruments in erster Linie um dynamische, innovative Märkte gehen wird, deren Struktur aufgrund starker Netzwerkeffekte und Skalenerträge zur Entstehung eines (Quasi)-Monopols neigt, wobei eine horizontale Anwendung des neuen Wettbewerbsinstruments auf andere Märkte nicht ausgeschlossen erscheint. Sollten auf solchen Märkten Verhaltensweisen von bestimmten Unternehmen sichtbar werden, sollte die Kommission die Möglichkeit haben, zur Wah-

rung des wettbewerblichen Status quo der Marktstruktur mit befristeten Maßnahmen einzugreifen.

1. Zweistufiges Verfahren

(95) Dabei kann die Wirksamkeit der Untersuchungs- und Abhilfemaßnahmen aus Sicht der Studienvereinigung durch eine zweistufige Ausgestaltung des Verfahrens erhöht werden. In einem ersten Schritt sollte die Anwendung von Untersuchungsbefugnissen eine ausdrückliche Feststellung voraussetzen, dass ein bestimmter Markt oder Unternehmen vom Anwendungsbereich des neuen Wettbewerbsinstrument erfasst sind. Ein Vorgehen gegen potentiell wettbewerbsschädliche Verhaltensweisen mit konkreten Untersuchungs- und Abhilfemaßnahmen würde dann erst in einem zweiten Schritt erfolgen.

(96) Entsprechend der Zielrichtung des Instruments kann durch die Kenntnis der individuell festgestellten Adressaten bzw. Marktteilnehmer auf Märkten mit strukturellen Wettbewerbsproblemen (nachfolgend „**Adressaten**“) darüber, dass die Kommission auf Grundlage des neuen Wettbewerbsinstruments gegen sie vorgehen könnte, eine bedeutsame Vorfeldwirkung erreicht werden. Dieses Vorgehen gewährleistet zugleich hinreichende Rechtssicherheit für Unternehmen, die nicht vom neuen Wettbewerbsinstrument betroffen sind, und scheint damit geeignet, eventuelle innovationshemmende Effekte des neuen Wettbewerbsinstruments zu dämpfen.

2. Erforderlichkeit angemessener und sachgemäßer Untersuchungsbefugnisse

(97) Im Grundsatz müssen der Kommission angemessene und sachgerechte Untersuchungsbefugnisse gegen Adressaten des neuen Wettbewerbsinstruments zur Verfügung stehen. Denn nur, wenn die Kommission einen Sachverhalt abschließend und ergebnisoffen untersuchen kann, ist sie in der Lage, eine korrekte Entscheidung im Sinne des Wettbewerbs treffen.

(98) Die Untersuchungsbefugnisse sind nach klaren und eindeutigen Kriterien auszuwählen und zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes nachvollziehbar zu dokumentieren.

3. Anforderungen an die Angemessenheit von Untersuchungsmaßnahmen

- (99) Aus Sicht der Studienvereinigung sollten Untersuchungsmaßnahmen nur dann durchgeführt werden, wenn die Adressaten des neuen Wettbewerbsinstruments vorab konkret individualisiert worden sind.
- (100) Unter dieser Prämisse kommen grundsätzlich sämtliche der in Frage 33.2 angeführten Maßnahmen als sachgerechte Untersuchungsmaßnahmen in Betracht. Sie entsprechen im Grundsatz den Ermittlungsbefugnissen der Art. 18, 19 und 20 VO 1/2003, wobei die EU Kommission zusätzlich die Möglichkeit hätte, (auf eigene Kosten) Sachverständigen-Gutachten in Auftrag zu geben. Allerdings sollten die Begrifflichkeiten im neuen Wettbewerbsinstrument denen der VO 1/2003 entsprechen, so dass statt von "Kontrolle im Unternehmen" von "Nachprüfung" die Rede sein sollte.
- (101) Eine Befugnis zur Durchführung von Nachprüfungen, bei denen es nicht um das Auffinden von Beweismitteln für konkretes Fehlverhalten der Adressaten des neuen Wettbewerbsinstruments geht, sondern darum, ob überhaupt die Voraussetzungen für ein Einschreiten der Kommission gerechtfertigt sind, könnte dagegen aufgrund der vorwiegend präventiven Zielrichtung des Instruments und der Unbestimmtheit des Adressatenkreises überschießend sein ("fishing expedition"). Zu berücksichtigen ist hierbei, dass die Kommission nach dem neuen Wettbewerbsinstrument nicht zur Abstellung oder Ahndung eines konkreten Verstoßes nach Art. 101 oder 102 AEUV berechtigt wäre, sondern nur zur Klärung der Notwendigkeit von ggf. erforderlichen Abhilfemaßnahmen im Interesse der Wettbewerbsstruktur. Soweit sich die Anwendbarkeit des neuen Wettbewerbsinstruments auf bestimmte Adressaten nicht ohne eine Nachprüfung (im Sinne eines Anfangsverdachts) begründen lässt, scheint der Studienvereinigung ein Ausweichen auf andere Untersuchungsmaßnahmen oder ein Rückgriff auf das bestehende Instrument der Sektoruntersuchung sachgerecht.
- (102) Insgesamt sollte die Kommission von der Möglichkeit einer Nachprüfung – aufgrund der bewusst unbestimmten und niedrigen Eingriffsschwelle des neuen Wettbewerbsinstruments – zurückhaltend und insbesondere erst dann Gebrauch machen, wenn die Adressatenstellung des betroffenen Unternehmens feststeht und zureichende Anhaltspunkte für wettbewerblich relevantes Fehlverhalten vorliegen.

- (103) Die Wahl der Ermittlungshandlung sollte im Ermessen der Kommission stehen. Allerdings wird die Kommission hierbei den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit strikt zu beachten haben, so dass Auskunftsverlangen, Befragungen und Sachverständigengutachten wegen der höheren Eingriffsintensität von Nachprüfungen grundsätzlich Vorrang einzuräumen ist. Soweit die Kommission beabsichtigt, ihre Ermittlungen durch Nachprüfungen anstelle von Auskunftsverlangen durchzuführen, wäre die Erforderlichkeit des gewählten Vorgehens zur Wahrung der Verteidigungsrechte der betroffenen Adressaten unter Berücksichtigung der maßgeblichen Umstände des Einzelfalls zu begründen.

4. Wahrung der Verteidigungsrechte

- (104) Auch insgesamt gilt, dass die Kommission darlegen und ggf. auch substantiieren müsste, dass eine konkrete Ermittlungshandlung zur Erreichung der Ziele des neuen Wettbewerbsinstruments geeignet und erforderlich ist (entsprechend Art. 17 Abs. 1 VO 1/2003). Weiterhin ist die Studienvereinigung der Auffassung, dass die Kommission entsprechend den Ermittlungsbefugnissen in den Art. 17 ff. VO 1/2003 den Zweck der Maßnahme angeben müsste. Nur so werden die jeweiligen Adressaten in die Lage versetzt, sich von der Rechtmäßigkeit des Eingriffs zu überzeugen und gegebenenfalls Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen.
- (105) Außerdem spricht sich die Studienvereinigung für eine Klarstellung aus, dass das Anwaltsprivileg (Legal Privilege) im Rahmen von Untersuchungsmaßnahmen nach dem neuen Wettbewerbsinstrument mindestens in dem für Kartellverfahren durch den EuGH anerkannten Umfang gilt.
- (106) Des Weiteren sind in Ausübung von Untersuchungsbefugnissen eines neuen Wettbewerbsinstruments die Grenzen des Selbstbelastungsverbots zu beachten. Bei Verpflichtungen, Auskünfte zu erteilen, Dokumente vorzulegen und Nachprüfungen zu gestatten, können Unternehmen nicht gezwungen werden, eine Zuwiderhandlung einzugestehen. Das muss auch im Rahmen des neuen Wettbewerbsinstruments gelten.
- (107) Zudem wäre aus Sicht der Studienvereinigung klarzustellen, dass Erkenntnisse aus einem Verfahren aufgrund des neuen Wettbewerbsinstruments später nicht zu Lasten der Unternehmen in einem Verfahren zur Abstellung von Wettbewerbsverstößen nach Art. 101 AEUV bzw. Art. 102 AEUV Verwendung finden dürfen. Das sollte jedenfalls dann gelten, wenn das neue Wettbewerbsinstrument nicht auch der Verfolgung von Wettbewerbsverstößen nach Art. 101 AEUV oder 102 AEUV

dient. In diesen Fällen gibt es weder Grund noch Anlass für die Erhebung von Daten oder Dokumenten, die auch der Verfolgung von Wettbewerbsverstößen dienen könnten. Untersuchungsmaßnahmen, die (auch) auf die Verfolgung von Wettbewerbsverstößen abzielen, wären unverhältnismäßig. Sie begegnen zudem grundsätzlichen Bedenken, wenn die nach Art. 17 ff. VO 1/2003 bestehenden Voraussetzungen für Untersuchungshandlungen wegen des Verdachts von Wettbewerbsverstößen nach Art. 101 AEUV oder 102 AEUV nicht vorliegen und durch einen Rückgriff auf ein Verfahren nach dem neuen Wettbewerbsinstrument unterlaufen werden könnten.

- (108) Daher ist der Kommission aus Sicht der Studienvereinigung in diesen Fällen mit Blick auf die Verteidigungsrechte der betroffenen Unternehmen zuzumuten, bei Bedarf im Rahmen der Durchsetzung von Art. 101 und 102 AEUV bestimmte Informationen erneut oder erstmalig einzuholen.

III. Maßnahmen nach dem neuen Wettbewerbsinstruments sollten gesetzlichen Fristen unterliegen (Frage 34)

- (109) Die Studienvereinigung ist der Ansicht, dass die im neuen Wettbewerbsinstrument vorgesehenen Abhilfemaßnahmen mit verbindlichen gesetzlichen Fristen zu versehen sind, da es sich um präventive Maßnahmen in dynamischen, sich schnell entwickelnden Märkten handelt. Daher erscheint eine regelmäßige Überprüfung der angeordneten Maßnahmen unabdingbar.

IV. Einstweilige Maßnahmen können im Einzelfall erforderlich sein (Frage 35)

- (110) Die Studienvereinigung ist der Ansicht, dass die Kommission im Rahmen des neuen Wettbewerbsinstruments die Möglichkeit haben sollte, im Einzelfall und nach sorgfältiger Abwägung der Vor- und Nachteile einstweilige Maßnahmen zur schnellen und effektiven Durchsetzung von Abhilfemaßnahmen nach dem neuen Wettbewerbsinstrument zu erlassen, wenn andernfalls irreparable Schäden für die Wettbewerbsstruktur drohen.
- (111) Da einstweilige Maßnahmen stark in das Wettbewerbsgeschehen eingreifen, sollten sie restriktiv gehandhabt werden. Die Kommission sollte von dieser Befugnis nur Gebrauch machen können, wenn mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen ist, dass ein irreparabler Schaden für die Wettbewerbsstruktur droht und die Adressaten angehört wurden.

- (112) In Anlehnung an die geltende Rechtslage und bisherige Rechtsprechung der Europäischen Gerichte zu einstweiligen Maßnahmen nach Art. 8 VO 1/2003 sollten einstweilige Maßnahmen auch im Rahmen eines Verfahrens nach dem neuen Wettbewerbsinstrument nur dann erlassen werden, wenn nachweislich ein schwerer und nicht wiedergutzumachender Schaden für die Wettbewerbsstruktur droht. Insoweit sollte ein ähnlicher Maßstab wie nach Art. 8 VO 1/2003 gelten. Zudem sollte eine „ausreichende Anscheinsvermutung“ (EuG, Rs. T-184/01 R – *IMS Health*, Rn. 52) bestehen, dass ohne eine (schnelle) Korrektur strukturelle Wettbewerbsprobleme „wahrscheinlich“ (EuG, Rs. T-44/90 – *La Cinq*, Rn. 78) entstehen bzw. verstärkt werden.
- (113) Zudem sollten einstweilige Maßnahmen nur im Fall „erwiesener Dringlichkeit“ ergriffen werden (EuGH, Rs. 792/79 R – *Camera Care*, Rn. 19). Wie im Rahmen von Art. 8 VO 1/2003 sollten sie auch im Verfahren nach dem neuen Wettbewerbsinstrument „nur“ mit dem Ziel ergriffen werden, „*einer Situation entgegenzutreten, die geeignet ist, [...] einen schweren und nicht wiedergutzumachenden Schaden*“ für den strukturellen Wettbewerb zuzufügen „*oder die für die Allgemeinheit unerträglich ist*“ (EuGH, Rs. 792/79 R – *Camera Care*, Rn. 19).
- (114) Sind diese beiden Bedingungen erfüllt, sollte die Kommission auch im Rahmen eines Verfahrens nach dem neuen Wettbewerbsinstrument einstweilige Maßnahmen erlassen können, die aber „*auf das in der gegebenen Sachlage Notwendige beschränkt bleiben*“ (EuGH – *Camera Care*, ebenda) müssten und das Ergebnis einer intensiven Abwägung des Für und Wider widerspiegeln.
- (115) Für den Erlass einstweiliger Maßnahmen sprechen u.a. die Verhinderung struktureller Wettbewerbsprobleme bzw. die Erhaltung des Status quo. Sie können „unerlässlich“ sein (vgl. EuGH – *Camera Care*, Rn. 18), wenn eine spätere Entscheidung die strukturellen Wettbewerbsprobleme gerade in schnelllebigen Märkten nicht mehr rückgängig machen kann.
- (116) Gegen den Erlass einstweiliger Maßnahmen könnte allerdings sprechen, dass „falsche“ oder verfrühte Eingriffe dem Wettbewerb ernsthaften Schaden können, insbesondere wenn sich die Marktstrukturen noch in der Entstehung befinden. Daher muss die Entscheidung, einstweilige Maßnahmen zu erlassen, auf fundierten Schadenstheorien und einem vollumfänglichen Verständnis der relevanten Umstände und Fakten beruhen. Genau das aber könnte mit Blick auf die fehlende Erfahrung bei der Anwendung präventiver Maßnahmen zum Schutz der Wettbewerbsstruktur kritisch sein, so dass es aus Sicht der Studienvereinigung angemessen

sen wäre, wenn die Kommission von einstweiligen Maßnahmen im Rahmen eines neuen Wettbewerbsinstruments nur zurückhaltend Gebrauch macht.

V. Möglichkeit freiwilliger Verpflichtungen (Frage 36)

- (117) Die Studienvereinigung ist der Ansicht, dass die Kommission die Möglichkeit haben sollte, von den in den betroffenen Märkten tätigen Unternehmen freiwillige Verpflichtungen zu akzeptieren, um etwaige strukturelle Wettbewerbsprobleme zu beseitigen oder zu verringern. Freiwillige Verpflichtungen haben z.B. kürzlich im Verfahren nach Art. 8 VO 1/2003 gegen Broadcom gezeigt, dass sie – vorbehaltlich des Ausgangs erfolgreicher Markttests – effizient sein können, um wettbewerbliche Bedenken der Kommission auszuräumen.

VI. Einräumung von Anhörungs- und Äußerungsrechten erforderlich (Frage 37)

- (118) Die Möglichkeit, dass sich Adressaten, deren Interessen berührt sind, im laufenden Verfahren äußern können, hat sich bei einem Vorgehen nach Art. 101 und 102 AEUV bewährt. Dadurch können sich die Wettbewerbsbehörden ein umfassendes Bild von den Wettbewerbsbedingungen verschaffen. Hieran sollte aus Sicht der Studienvereinigung auch im Rahmen eines Verfahrens nach dem neuen Wettbewerbsinstrument festgehalten werden.
- (119) In Art. 27 VO 1/2003 ist zudem vorgesehen, dass sich neben den Parteien auch die Beschwerdeführer (Art. 27 Abs. 1 S.3 VO 1/2003) und sonstige natürliche und juristische Personen im Rahmen des Verfahrens und zu einer geplanten Entscheidung äußern können (Art. 27 Abs. 3 bzw. 4 VO 1/2003). In Fusionskontrollverfahren sind Marktbefragungen ebenfalls ein bewährtes Mittel, um die Märkte umfassend analysieren zu können. Die Vielzahl der Sektoruntersuchungen zeigt ebenfalls, wie wichtig es für eine Behörde ist, die Markt- und Wettbewerbsverhältnisse richtig zu verstehen.
- (120) Aus Sicht der Studienvereinigung scheint es angemessen, Marktbeteiligten mindestens in dem Umfang, der derzeit in Art. 27 VO 1/2003 vorgesehen ist, die Möglichkeit einzuräumen, sich im Rahmen eines Verfahrens nach dem neuen Wettbewerbsinstrument äußern zu können. Zudem käme in Betracht, die Marktkennnisse wesentlicher Marktbeteiligter proaktiv über Marktbefragungen einzuholen. Damit wäre sichergestellt, dass die Kommission alle wesentlichen Aspekte bei ihrer Entscheidung berücksichtigt.

(121) Einschränkend wäre jedoch zu berücksichtigen, dass Marktbefragungen in Fusionskontrollfällen und im Rahmen von Sektoruntersuchungen bereits derzeit zu einer starken Arbeitsbelastung von Unternehmen führen. Würden daher auch bei Verfahren nach dem neuen Wettbewerbsinstrument standardmäßig Fragebögen beispielsweise an alle wesentlichen Wettbewerber, Kunden und Lieferanten gesandt, könnte dies bei der Kommission ebenso wie bei den betroffenen Unternehmen zu erheblichem zusätzlichem bürokratischen Aufwand führen, der das Verfahren verlängern oder die Qualität der Rückmeldung der Unternehmen beeinflussen könnte. Es erscheint daher ausreichend, darauf zu vertrauen, dass sich die Unternehmen, die von einer Entscheidung der Kommission nach dem neuen Wettbewerbsinstrument betroffen wären, von sich aus zum Verfahren äußern. Der Kommission vorzugeben, wer Rahmen eines Verfahrens nach dem neuen Wettbewerbsinstrument angehört werden soll, empfiehlt sich daher aus Sicht der Studienvereinigung eher nicht.

(122) Dessen ungeachtet sollte zur Vermeidung von unnötigen und einer effektiven Verfahrensführung abträglichen Informationsabfragen dafür Sorge getragen werden, dass Befragungen von Unternehmen an die Bedürfnisse des spezifischen Sachverhalts angepasst werden und Informationen lediglich in dem Umfang eingeholt werden, wie sie für das Verfahren notwendig sind.

VII. Anhörung von Marktteilnehmern zur Angemessenheit und Verhältnismäßigkeit von geplanten Abhilfemaßnahmen (Frage 38)

(123) Nach Auffassung der Studienvereinigung wäre es sinnvoll, wenn die Marktteilnehmer vor Erlass einer Abhilfemaßnahme die Möglichkeit haben, sich zu Angemessenheit und Verhältnismäßigkeit derselben zu äußern.

(124) Vorbild für diese Möglichkeit wären Verfahren nach Art. 9 VO 1/2003, in denen geplante Zusagen im Vorfeld einem Markttest unterzogen werden. Die Kommission könnte auf diese Weise im Vorfeld beurteilen, ob die in Betracht gezogenen Zusagen ausreichend sind, um den festgestellten Verstoß gegen die im neuen Wettbewerbsinstrument normierten Verhaltenspflichten abzustellen. Ein solcher Markttest ist in Verfahren nach Art. 7 Abs. 1 VO 1/2003 nicht vorgesehen, so dass die Kommission ohne Markttest zu entscheiden hat, welche Abhilfemaßnahmen sie aufgibt.

(125) Die Entscheidungspraxis zeigt, dass ein Markttest der erwogenen Abhilfemaßnahmen während des Verfahrens den Interessen aller Marktbeteiligten im Zweifel am

besten gerecht wird: Die Kommission hat in der Vergangenheit nach dem Verständnis der Studienvereinigung eher schlechte Erfahrungen mit der konkreten Vorgabe von Abhilfemaßnahmen in Folge einer Entscheidung nach Art. 7 VO 1/2003 gemacht, selbst wenn die betreffende Entscheidung vor Gericht in den entscheidenden Punkten bestätigt wurde – so etwa im ersten Verfahren gegen Microsoft (Microsoft I – Mediaplayer, COMP/C-3/37.792). Inzwischen überlässt die Kommission häufig den Unternehmen die Entscheidung, welche konkreten Maßnahmen im Einzelnen ergriffen werden müssen, um den Verstoß abzustellen (vgl. etwa Google Search (Shopping), AT.39740, oder Google Android, AT.40099).

- (126) Aus Sicht der betroffenen Unternehmen hat dies jedoch den Nachteil, dass es zunächst dem Normadressaten überlassen bleibt, wie Abhilfe geschaffen wird. Rein praktisch kann dies dazu führen, dass der Kommission vor der Umsetzung nicht im Detail bekannt ist, ob und wie das zuwiderhandelnde Unternehmen die Entscheidung implementieren wird. So kann die Kommission erst, wenn der Normadressat seine Umsetzungspläne bekannt gegeben hat, prüfen, ob dadurch die Entscheidung vollständig umgesetzt wird. Ist dies ihrer Ansicht nach nicht der Fall, kann sie das betroffene Unternehmen im Wesentlichen nur über Druck oder durch ein Verletzungsverfahren dazu bringen, die Entscheidung „richtig“ umzusetzen, damit die beabsichtigten Veränderungen auch tatsächlich greifen. Gerade auf Märkten, die sich schnell verändern, kann dies dazu führen, dass zwar hohe Bußgelder auferlegt werden, die erwarteten Marktveränderungen im Zweifel aber gar nicht oder zu spät kommen und damit die als problematisch angesehenen Wettbewerbsverhältnisse unverändert bleiben.
- (127) Hinzu kommt, dass Sanktionen wegen der Nichtumsetzung einer Abstellungsentcheidung in der Praxis schwierig durchzusetzen sind. Dies kann dazu führen, dass die Kommission entgegen ihrer ursprünglichen Rolle die Umsetzung der Entscheidung auf Seiten des Normadressaten verteidigt, obwohl die Beschwerdeführer und sonstigen betroffenen Unternehmen der Auffassung sind, dass die Entscheidung nicht ausreichend umgesetzt wurde (vgl. dazu etwa die erneuten Beschwerden der Betroffenen in Sachen Google Search (Shopping)).
- (128) Die Studienvereinigung ist der Auffassung, dass ein Markttest vor Erlass der geplanten Abhilfeentscheidung ein geeignetes Mittel wäre, um derartige Nachteile bei einem Verfahren nach dem neuen Wettbewerbsinstrument zu vermeiden. Die Kommission könnte auf diese Weise bereits im Vorfeld der Entscheidung Rückmeldungen aus dem Markt erhalten, welche Abhilfemaßnahmen sinnvoll sind und welche möglicherweise nicht ausreichen, um die Marktverhältnisse im Sinne der Entscheidung zu ändern. Derartige Markttests könnten zwar dazu führen, dass die

Verfahren wegen der Einbindung verschiedener Marktbeteiligter länger dauern. Sie führen aber aus Sicht der Studienvereinigung im Ergebnis zu qualitativ besseren Entscheidungen.

VIII. Verfahrensgarantien sind auch in einem Verfahren nach dem neuen Wettbewerbsinstrument unabdingbar (Frage 39)

- (129) Nach Ansicht der Studienvereinigung muss ein neues Wettbewerbsinstrument, falls es eingeführt werden sollte, zwingend angemessenen Verfahrensgarantien unterliegen. Eine gerichtliche Überprüfbarkeit belastender Entscheidung ist aus Sicht der Studienvereinigung auch in diesem Zusammenhang selbstverständlich.
- (130) Da die Eingriffshürden für das neue Wettbewerbsinstrument nach dem derzeitigen Diskussionsstand deutlich niedriger wären als die Eingriffshürden in einem Verfahren nach Art. 101 AEUV oder Art. 102 AEUV, sind den betroffenen Unternehmen im Rahmen eines Verfahrens nach dem neuen Wettbewerbsinstrument mindestens dieselben Verfahrensrechte einzuräumen, wie sie den Betroffenen in jenen Verfahren zur Verfügung stehen.
- (131) Um Verfahren nach einem neuen Wettbewerbsinstrument nicht ihre Wirksamkeit zu nehmen, sollten die Verfahrensgarantien allerdings wiederum nicht dazu führen, dass die beabsichtigten Maßnahmen zur Verbesserung der Marktverhältnisse durch gerichtliche Maßnahmen unterlaufen werden können. Das könnte dadurch erreicht werden, dass im Rahmen des eingangs skizzierten zweistufigen Verfahrens ein Rechtsmittel gegen eine Entscheidung, mit der die Adressatenstellung eines Unternehmens nach dem neuen Wettbewerbsinstrument festgestellt wird, keine aufschiebende Wirkung hat.
- (132) Bei den konkreten Abstellungsmahnahmen – wie sie beispielhaft in den Fragen 30/31 beschrieben sind – wäre zu überlegen, ob eine Umkehr der Beweislast die notwendige Effektivität der Maßnahmen gewährleisten würde, ohne den Rechtsschutz der betroffenen Unternehmen auszuhöhlen. Insoweit wird es auch darauf ankommen, ob die Eingriffstatbestände für die Kommission hinreichend konkret formuliert sind. Nur dann hätten die Adressaten von Maßnahmen nach dem neuen Wettbewerbsinstrument die Möglichkeit, dazulegen und zu beweisen, dass ihr Verhalten die Wettbewerbsstruktur auf dem betroffenen Markt nicht gefährdet. Sollten die Eingriffsvoraussetzungen indes zu unbestimmt sein, ist eine Umkehr der Beweislast zu Lasten der Adressaten abzulehnen.

- (133) Aus Sicht der Studienvereinigung ist schließlich auch erforderlich, dass Entscheidungen auf Grundlage eines neuen Wettbewerbsinstruments in angemessener Frist veröffentlicht werden. Berechtigte Interessen an Geschäftsgeheimnissen sind zu berücksichtigen.
- (134) Des Weiteren sollten Entscheidungen nach einem neuen Wettbewerbsinstrument befristet und spätestens nach 12 Monaten von Amts wegen mit einer begründeten und rechtsmittelfähigen Entscheidung bestätigt oder aufgehoben werden, sofern ein Adressat nicht schon früher die Aufhebung der Abhilfemaßnahme verlangt. Im ersteren Fall sollte die Kommission für das Fortbestehen der Voraussetzungen für den Erlass der Entscheidung beweispflichtig sein; im letzteren Fall läge die Beweislast für den Wegfall der Voraussetzungen der Maßnahme beim betroffenen Unternehmen.

F. Strukturelle Wettbewerbsprobleme (Frage 40)

- (135) Die Kommission schlägt vor, neben der Entwicklung eines neuen Wettbewerbsinstruments auch einen ex-ante Regulierungsrahmen für „*Online-Plattform-Unternehmen in der Rolle eines Torwächters*“ zu schaffen. Dem scheint die Annahme zugrunde zu liegen, dass bei bestimmten Plattformen über die allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Instrumente hinaus (und insofern dann auch über das neue Wettbewerbsinstrument hinaus) ein Bedarf an zusätzlicher sektorspezifischer Regulierung besteht.
- (136) Adressat solcher zusätzlicher Regulierungsmaßnahmen sollen „*große Plattformen mit Torwächter-Marktmacht*“ sein, die anhand eines Kriterienkatalogs als regulierungsbedürftig bestimmt werden. Die Folgenabschätzung der Kommission nennt dabei drei Kriterien, nämlich Netzwerkeffekte, Anzahl der Nutzer und Fähigkeit der Datennutzung. Aus Sicht der Studienvereinigung ist ein ausgewogener Ansatz notwendig. Ökonomische Erkenntnisse legen dar, dass Plattformen auch erhebliche Effizienzen hervorbringen können – und zwar sowohl für Unternehmer als auch für Verbraucher, die die Plattform nutzen. Dies gilt insbesondere auch für das Innovationspotential der Digitalwirtschaft.
- (137) Der Vorschlag der Kommission legt die Schaffung einer sektorspezifischen Regulierung nahe, wie es sie beispielsweise bereits im Energie- oder Telekommunikationsbereich gibt. Die Bindung an eine Infrastruktur, wie sie den genannten Sektoren eigen ist, gibt es im Fall der Digitalwirtschaft jedoch nicht. Daher fehlt es in der Folgenabschätzung (noch) an einer klaren Definition eines zu regulierenden

Sektors, auch weil es große Unterschiede zwischen den Geschäftsmodellen der jeweiligen Betreiber digitaler Plattformen gibt.

- (138) Die Studienvereinigung weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass jedweder Regulierungsrahmen eines spezifischen Anwendungsbereichs bedarf, der Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit von Aufsichtsmaßnahmen für die Adressaten gewährleistet. Die von der Kommission verwendeten Begriffe des „Torwächters“ und der „Plattform“ sind bislang nicht definiert, so dass auch diesbezüglich der Kreis der Regelungsadressaten einige Unschärfen aufweist, die es bei der Entwicklung eines regulierungsspezifischen Ansatzes zu berücksichtigen gilt. Insbesondere sollte darauf geachtet werden, wie sich etwaige im Rahmen von sektorspezifischer Regulierung verwandte Begrifflichkeiten zu bereits etablierten Kategorien des Wettbewerbsrechts verhalten. In diesem Zusammenhang wäre z.B. zu klären, worin der Unterschied (oder die Gemeinsamkeiten) zwischen einer „Torwächter-Position“ einerseits und einem Intermediär, einem Marktbeherrscher oder auch einer Essential Facility andererseits bestehen sollen.
- (139) Zum Verhältnis eines sektorspezifischen ex-ante Regulierungsrahmens für Online-Plattformen zu einem neuen Wettbewerbsinstrument ist aus Sicht der Studienvereinigung auch Folgendes zu beachten: Das Kartellrecht setzt grundsätzlich einen allgemeingültigen Ordnungsrahmen ohne Ansehung der jeweiligen Branche. Dieser basiert im Wesentlichen darauf, wettbewerbschädliches Verhalten durch die Androhung von ex-post-Maßnahmen zu verhindern (insbesondere in der Missbrauchskontrolle). Eine ex-ante Regulierung verfolgt demgegenüber den Ansatz, unabhängig von einem konkreten vorhergehenden Regelverstoß (und Nachweis desselben) einzugreifen. Insoweit wäre eine mögliche Alternative, etwaige Sonderregeln für Online-Plattformen (oder bestimmte Unterkategorien), soweit man diese zusätzlich zu den allgemeinen Missbrauchsvorschriften für erforderlich hält, im Wege einer spezialgesetzlichen Regulierung zu schaffen, die von spezialisierten Regulierungsbehörden durchgesetzt würden. Daneben bliebe es bei der allgemeinen wettbewerblichen ex-post Kontrolle nach Art. 101 und 102 AEUV. Dann könnte ein neues Wettbewerbsinstrument ggf. ganz verzichtbar sein.

* * *

An der Erstellung dieser Stellungnahme waren die folgenden Mitglieder der Studienvereinigung beteiligt: Silke Heinz (Kordinatorin), Michael Dietrich (Kordinator), Thorsten Mäger (Kordinator), Sascha Dethof, Andreas Grünwald, Moritz Holm-Hadulla, Kai-Uwe Kühn, Petra Linsmeier, Stephan Manuel Nagel, Andrea Pomana, Kathrin Westermann (Mitglied des Vorstands der Studienvereinigung Kartellrecht).

* * *

Inhaltsverzeichnis

A.	ÜBER DIE STUDIENVEREINIGUNG.....	1
B.	EINLEITUNG	2
C.	STRUKTURELLE WETTBEWERBSPROBLEME (FRAGEN 6 – 23)	2
I.	Marktmerkmale	2
II.	Marktszenarien.....	3
1.	Ausdehnung von Marktmacht.....	4
2.	Wettbewerbswidrige Monopolisierung	7
3.	Oligopolmärkte	8
4.	Einsatz von Preisalgorithmen (insbesondere für Einzelhandelspreise)	9
5.	Tipping/Winner-takes-most-Märkte	10
6.	Torwächter-Szenario	12
7.	Wirtschaftssektoren und strukturelle Wettbewerbsprobleme	13
8.	Sind Art. 101 und 102 AEUV ausreichend wirksame Instrumente gegen strukturelle Wettbewerbsinstrumente?	13
D.	BEWERTUNG DER POLITISCHEN OPTIONEN	15
I.	Bedarf für ein neues Wettbewerbsinstrument über Art. 101, 102 AEUV hinaus (Fragen 24, 25, 26) 15	
II.	Grundlage für den Einsatz des neuen Wettbewerbsinstruments (Frage 27)	18
1.	Argumente für eine Beschränkung auf Marktbeherrscher	18
2.	Argumente für die Einbeziehung nicht-marktbeherrschender Unternehmen.....	20
III.	Der Anwendungsbereich und die Reichweite des neuen Wettbewerbsinstruments (Fragen 28, 29) 22	
1.	Argumente für eine horizontale Anwendbarkeit.....	22
2.	Argumente gegen eine horizontale Anwendbarkeit	23
3.	Möglicher Kompromiss und Zusammenspiel mit sektorspezifischen Rechtsvorschriften	24
IV.	Befugnisse der Kommission auf Grundlage des neuen Wettbewerbsinstruments, Art und Ausgestaltung möglicher Abhilfemaßnahmen (Fragen 30, 31, 32).....	25
E.	INSTITUTIONELLE STRUKTUR EINES NEUEN WETTBEWERBSINSTRUMENTS.....	28
I.	Grundsätzliche Anmerkungen	28
1.	Der Anwendungsbereich eines NCT muss klar umrissen sein	29
2.	Angemessene Verfahrensgarantien sind unabdingbar	30
3.	Abhilfemaßnahmen sind zu befristen	30
II.	Untersuchungsbefugnisse zur Vorbereitung und Durchsetzung von Abhilfemaßnahmen sollten sich in ein zweistufiges Gesamtsystem einfügen (Frage 33)	31
1.	Zweistufiges Verfahren	32
2.	Erforderlichkeit angemessener und sachgemäßer Untersuchungsbefugnisse	32
3.	Anforderungen an die Angemessenheit von Untersuchungsmaßnahmen	33
4.	Wahrung der Verteidigungsrechte	34
III.	Maßnahmen nach dem neuen Wettbewerbsinstruments sollten gesetzlichen Fristen unterliegen (Frage 34)	35
IV.	Einstweilige Maßnahmen können im Einzelfall erforderlich sein (Frage 35).....	35
V.	Möglichkeit freiwilliger Verpflichtungen (Frage 36)	37
VI.	Einräumung von Anhörungs- und Äußerungsrechten erforderlich (Frage 37).....	37
VII.	Anhörung von Marktteilnehmern zur Angemessenheit und Verhältnismäßigkeit von geplanten Abhilfemaßnahmen (Frage 38).....	38
VIII.	Verfahrensgarantien sind auch in einem Verfahren nach dem neuen Wettbewerbsinstrument unabdingbar (Frage 39)	40
F.	STRUKTURELLE WETTBEWERBSPROBLEME (FRAGE 40)	41

