

Stellungnahme der Bundesregierung zur öffentlichen Konsultation der Europäischen Kommission zu einem neuen Wettbewerbsinstrument

1. Ausgangssituation: Neue Herausforderungen für das Wettbewerbsrecht

Die Bundesregierung begrüßt das von der EU-Kommission vorgelegte Inception Impact Assessment (IIA) für ein neues Wettbewerbsinstrument (New Competition Tool, NCT). Die Bundesregierung begrüßt auch, dass die EU-Kommission mit dem IIA für ein NCT sich der zunehmend verändernden Rahmenbedingungen für das Wettbewerbsrecht annimmt, insbesondere der fortschreitenden Globalisierung, der zunehmenden Bedeutung der Digitalisierung und dem Erstarren der Plattformökonomie.

Zu beobachten sind strukturelle Wettbewerbsprobleme, die insbesondere folgende Fallgruppen umfassen können (wobei die Beurteilung der Wettbewerbsschädlichkeit stets im Einzelfall zu prüfen ist):

- Leveraging-Strategien (nicht notwendigerweise) marktbeherrschender Unternehmen in angrenzende Märkte;
- Monopolisierungsstrategien, bspw. durch unfaire Geschäftsbedingungen oder Zugangsverweigerung zu wesentlichen Daten/Kundengruppen;
- Stillschweigende, evtl. algorithmengestützte Kollusion in oligopolistischen bzw. bereits hochkonzentrierten Märkten;
- Verhaltensangleichung durch Einsatz von (Preissetzungs-)Algorithmen;
- Existenz von Märkten, die zum Tipping neigen;
- Vorhandensein von „Gatekeepern“, die den Zugang zu wesentlichen Daten/Kundengruppen kontrollieren.

Die Bundesregierung hat sich vertieft mit diesen Phänomenen auseinandergesetzt und diese zum Gegenstand einer Vielzahl von Studien gemacht. Die Beobachtungen auf nationaler Ebene wurden auch durch Studien auf europäischer und internationaler Ebene untermauert. Zudem hat das Bundeskartellamt durch konzeptionelle Arbeit und Fallpraxis umfangreiche Erfahrungen und Erkenntnisse gesammelt. Die Bundesregierung hat mit dem Entwurf der 10. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB-Digitalisierungsgesetz) auf nationaler Ebene basierend auf diesen Erkenntnissen auf diese neuen Herausforderungen reagiert.

Die Bundesregierung teilt daher die Auffassung der EU-Kommission, dass das bestehende europäische kartellrechtliche Instrumentarium der Artikel 101 und 102 AEUV an seine Grenzen stößt, wenn die identifizierten „strukturellen Wettbewerbsprobleme“ adressiert werden sollen.

Aus Sicht der Bundesregierung bestehen insofern sowohl prozedurale als auch materielle Defizite: Erstens mangelnde Geschwindigkeit der Durchsetzung aufgrund langer Verfahrensdauer, insbesondere durch den erheblichen Ermittlungs- und Verfahrensaufwand zur Feststellung der Normadressateneigenschaft. Dies kann vor allem in digitalen Fällen eine Herausforderung sein, weil die Veränderungsgeschwindigkeit der Märkte ein besonders rasches Eingreifen erfordert, gleichzeitig aber etwa die Marktabgrenzung angesichts einer Vielzahl von Geschäftsmodellen sowie Netzwerk- und marktübergreifenden Effekten und der Dynamik der Märkte besonders anspruchsvoll ist. Zweitens bestehen wenige Aufgreifmöglichkeiten unterhalb der marktbeherrschenden Position. Da wettbewerbliche Schäden jedoch auch bereits unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle eintreten können, kann ein Vorgehen im Rahmen der Missbrauchsaufsicht unter Umständen erst dann erfolgen, wenn der Wettbewerb bereits irreparabel geschädigt ist. Drittens führen die bestehenden Grenzen in der Anwendung von Artikel 102 AEUV dazu, dass insbesondere Online-Plattformen mit Gatekeeper-Funktion nicht ausreichend oder nicht ausreichend schnell zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet werden können, um Märkte offenzuhalten.

2. Vorschlag für ein neues Wettbewerbsinstrument

Die dargelegten Defizite und Durchsetzungsschwierigkeiten sollten aus Sicht der Bundesregierung durch eine Erweiterung des wettbewerblichen Instrumentariums auf europäischer Ebene mit einem Gesamtkonzept von NCT einerseits sowie Regeln für große Gatekeeper-Plattformen im Rahmen des Legislativpakets über digitale Dienste (DSA) andererseits adressiert werden. Dabei sollten Inkonsistenzen, doppelte Zuständigkeiten und Reibungsverluste vermieden werden.

Das IIA zu einem NCT der EU-Kommission schlägt für eine entsprechende Erweiterung um ein NCT vier verschiedene Optionen vor. Die Bundesregierung befürwortet den in Option 3 dargestellten weiten Regelungsansatz: Das NCT sollte nicht auf marktbeherrschende Unternehmen oder digitale Märkte beschränkt werden. Vielmehr sollte ein weiterer marktstrukturbasierter und marktübergreifender Ansatz gewählt werden. Dadurch würde sichergestellt, dass die bestehenden Defizite effektiv adressiert werden und das Instrument auch auf zukünftige Marktentwicklungen flexibel reagieren kann.

Bei der konkreten Ausgestaltung des Instruments muss zudem u.a. die Komplementarität von NCT und DSA zueinander sowie zu bestehenden Regeln und Verfahren sichergestellt sein. Aus Sicht der Bundesregierung kann die Interventionsschwelle beim NCT gegenüber der bisherigen Missbrauchsaufsicht aber nur dann abgesenkt werden, wenn dies mit einer klaren Definition der durch das NCT vermittelten Befugnisse und angemessenen Verfahrensrechten der Unternehmen einhergeht.

a) Keine Begrenzung des NCT auf marktbeherrschende Unternehmen

Das NCT sollte nicht auf Marktbeherrschung abstellen, sondern auch auf Märkten anwendbar sein, auf denen (noch) kein marktbeherrschendes Unternehmen tätig ist. Denn gerade mit Blick auf die Fälle unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle besteht aktuell ein Durchsetzungsdefizit, z.B. bei Monopolisierungsgefahren bei zu Tipping neigenden Märkten. Wettbewerbliche Probleme wie das Verschwinden innovativer Marktteilnehmer, sinkende Auswahl für Verbraucher, etc. können bislang nur unzureichend adressiert werden. Demgegenüber kann bereits aktuell ein Großteil der Fälle bei Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung nach der Missbrauchskontrolle adressiert werden. Nur unterhalb dieser Schwelle bleibt der EU-Kommission ein Eingreifen bislang verwehrt, obwohl die oben dargestellten Praktiken erhebliche wettbewerbliche Schäden hervorrufen können. Die Optionen 1 und 2 des IIA erscheinen nicht geeignet, die bestehenden Defizite zu beheben.

b) Keine Begrenzung des NCT auf digitale Märkte

Das NCT sollte zudem marktübergreifend anwendbar sein und insbesondere nicht auf den Digitalsektor begrenzt werden. Zum einen dürfte es schwerfallen, eine umfassende und zugleich trennscharfe Abgrenzung digitaler oder „digital-gestützter“ (digitally enabled) Märkte zu finden. Zum anderen sind die identifizierten strukturellen Wettbewerbsprobleme nicht auf digitale oder digital-gestützte Geschäftsmodelle und Märkte begrenzt. Vielmehr sind entsprechende Phänomene auch in anderen Bereichen wie z.B. dem Lebensmitteleinzelhandel, dem öffentlichen Personennahverkehr oder dem Entsorgungsbereich zu beobachten. Die Optionen 2 und 4 scheinen daher aus Sicht der Bundesregierung nicht geeignet, die bestehenden Defizite angemessen zu adressieren.

c) Abgrenzung zu bestehenden und etwaigen neuen Instrumenten

Bei der Ausgestaltung eines NCT sind die Wechselwirkungen mit bestehenden und neuen Regelungsinstrumenten zu berücksichtigen.

Die primärrechtlichen Kartellrechtsvorschriften der Artikel 101 und 102 AEUV dürfen in ihrer Anwendung und Durchsetzung in keiner Weise von einem NCT verdrängt oder beeinträchtigt

werden. Ein etwaiges NCT darf nach Auffassung der Bundesregierung nur ein zusätzliches Instrument darstellen, das neue Eingriffsmöglichkeiten schafft. Es entfaltet keinerlei Sperrwirkung für ein paralleles oder späteres Verfahren oder hiermit verbundene Abhilfemaßnahmen nach Artikel 101 und 102 AEUV.

Anordnungen auf Grundlage des NCT sollten die Anwendung etwaiger strengerer nationaler Missbrauchsregelungen, die einen Verstoß oder ein vorwerfbares Verhalten voraussetzen, nicht suspendieren oder verdrängen. Eine Begrenzung von Maßnahmen sollte nur durch allgemeine Prinzipien, wie die Verhältnismäßigkeit, erfolgen. Eine enge Zusammenarbeit von europäischen und nationalen Behörden ist auch mit Blick auf das NCT wünschenswert. Insoweit sollten die bestehenden Konsultationsmechanismen unter der VO 1/2003 angewendet werden. Wie bei Sektoruntersuchungen sollte bei der Anwendung durch die EU-Kommission eine Einbindung der nationalen Stellen – bis hin zu einer Kooperation – erfolgen. Andernfalls drohen erhebliche Reibungsverluste. Darüber hinaus wäre zu diskutieren, ob eine Notifizierungspflicht für NCT-Verfahren im ECN vorgesehen werden sollte, um sicherzustellen, dass es zu keinen Konflikten mit nationalen Missbrauchsverfahren kommt. Im Gegenzug sollten dann auch letztere jedenfalls dann notifiziert werden, wenn abzusehen ist, dass Überschneidungen mit einem NCT-Verfahren nicht ausgeschlossen werden können.

Bei der konkreten Ausgestaltung des NCT ist auch das Zusammenspiel mit der von der EU-Kommission vorgeschlagenen ex-ante Regulierung für Gatekeeper-Plattformen von besonderer Bedeutung. Die Bundesregierung begrüßt daher, dass die entsprechenden Folgenabschätzungen parallel durchgeführt werden und die Rückmeldungen aus beiden Konsultationen konsolidiert betrachtet werden sollen. Die Bundesregierung wird auch zum Legislativpaket über digitale Dienste (DSA) Stellung nehmen und bittet angesichts der erheblichen Berührungspunkte darum, einerseits die dortigen Ausführungen auch im Rahmen der Konsultationen zum NCT und andererseits die hiesigen Ausführungen im Rahmen der Konsultation zum DSA zu berücksichtigen.

Aus Sicht der Bundesregierung ist entscheidend, dass NCT und DSA komplementär zueinander ausgestaltet werden. Das NCT sollte nach Auffassung der Bundesregierung als ein möglichst flexibles und entwicklungsoffenes Instrument ausgestaltet werden, das insbesondere auf strukturelle Wettbewerbsprobleme unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle abzielt. Etwaige neue wettbewerbsrechtliche Regelungen im Rahmen des DSA für marktstarke Plattformen sollten aus Sicht der Bundesregierung hingegen möglichst präzise und passgenau auf den eng begrenzten Sonderfall der Online-Plattformen mit Gatekeeper-Funktion zugeschnitten sein.

Zudem stellt sich in den derzeit regulierten Netzsektoren, insbesondere im TK-Sektor, generell die Frage, wie sich das neue Wettbewerbsinstrument in die bereits bestehenden Regulierungssysteme einfügen würde. Am bestehenden Verhältnis zwischen TK-Recht und Wettbewerbsrecht und den damit verbundenen Zuständigkeiten sollte festgehalten werden.

d) Weitere Anforderungen an die konkrete Ausgestaltung eines NCT

Wie dargestellt sieht die Bundesregierung den Mehrwert eines NCT gerade auch in der Ergänzung des Instrumentariums um ein flexibles und entwicklungsoffenes Instrument. Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Anwendungsbereich keiner exakten Definition bedarf. Vielmehr muss im Sinne der Rechtssicherheit für jedes Unternehmen der Anwendungsbereich des Instruments hinreichend präzise erkennbar sein. Ausweislich der Option 3 des IIA soll dann eingegriffen werden können, wenn „strukturelle Wettbewerbsprobleme“ vorliegen. Das IIA unterscheidet dabei zwei Kategorien denkbarer struktureller Wettbewerbsprobleme: (i) der Markt wurde bereits beeinträchtigt und (ii) der Markt wird erst zukünftig beeinträchtigt werden. Informationen zum Prüfungsmaßstab für das Vorliegen solcher Probleme enthält das IIA noch nicht. Die Konkretisierung durch die EU-Kommission muss hinreichend rechtssicher und verhältnismäßig sein. Wenn für Unternehmen eine Risikoabschätzung anhand der Vorschriften nicht möglich ist, könnten Wachstum und Innovationstätigkeiten behindert werden.

Mit Blick auf den Adressatenkreis des NCT ist fraglich, ob nach Feststellung eines „strukturellen Wettbewerbsproblems“ alle auf dem betroffenen Markt tätigen Unternehmen (praktisch voraussetzungslos) Adressaten von Abhilfemaßnahmen sein können oder müssen. Je nach Ausgestaltung des NCT kann die Einhaltung der auferlegten Maßnahmen erheblichen Aufwand bedeuten und Auswirkungen auf das Geschäftsmodell von Unternehmen haben. Bei der Anwendung des NCT ist vor diesem Hintergrund stets auch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung zu tragen.

Die wirksame Durchsetzung eines NCT kann nur sichergestellt werden, wenn der zuständigen Behörde angemessene Ermittlungs- und Durchsetzungsbefugnisse eingeräumt werden. Diese sollten, wie von der EU-Kommission in Option 3 vorgesehen, auch die Befugnis umfassen, Abhilfemaßnahmen (Remedies) zu ergreifen. Die entsprechenden Befugnisse sollten klar definiert werden und verhältnismäßig sein. Eigentumsrechtliche Entflechtungen sollten nur als *ultima ratio* eingesetzt werden, während ein Schwerpunkt auf Verhaltensauflagen, ggf. auch solchen mit strukturellen Wirkungen, liegen sollte. Grundsätzlich sollten betroffene Unternehmen die Möglichkeit haben, freiwillige Verpflichtungszusagen abzugeben. Die Verbindlicherklärung von freiwilligen Zusageangeboten hat sich in der bisherigen Kartellrechtsdurchsetzung als effektiv erwiesen.

Die Befugnisse sollten auch die Möglichkeit umfassen, einstweilige Maßnahmen zu verhängen, um Schäden für den Wettbewerb abzuwenden.

Die Bundesregierung befürwortet, die Umsetzung eines NCT dem Zuständigkeitsbereich der Wettbewerbsbehörden zuzuordnen und diese mit entsprechenden Befugnissen auszustatten. Aufgrund der langjährigen Erfahrungen mit der Anwendung der Missbrauchsaufsicht im Digitalbereich haben die Wettbewerbsbehörden eine besondere Expertise aufgebaut, die aus Effizienzgesichtspunkten zu nutzen ist. Zugleich wäre so sichergestellt, dass die Verhängung wettbewerbsorientierter Abhilfemaßnahmen im Einzelfall aus einer Hand kommt – unabhängig davon, ob sie auf Grundlage von Artikel 101, 102 AEUV, strengerem nationalen Missbrauchsrecht oder dem NCT erfolgt.

Zu klären wäre, inwieweit Ermittlungsergebnisse etwa aus Verfahren zur Durchsetzung von Artikel 101/102 AEUV auch im Rahmen von NCT-Maßnahmen verwendet werden können.

Von besonderer Bedeutung ist zudem, dass den betroffenen Unternehmen angemessene Verfahrensrechte eingeräumt werden. Insbesondere muss durch Anhörungsrechte und die gerichtliche Überprüfbarkeit der Maßnahmen sichergestellt werden, dass die Rechte der betroffenen Unternehmen gewahrt werden.