

Kurzstellungnahme

zur EU-Initiative für ein „neues Zusatz-Instrument zur besseren Durchsetzung des Wettbewerbsrechts“.



1. Hintergrund

Der Handelsverband Deutschland (HDE) bedankt sich für die Gelegenheit zur Stellungnahme zur EU-Initiative für ein neues Zusatz-Instrument zur besseren Durchsetzung des Wettbewerbsrechts im Rahmen des am 2. Juni 2020 von der Europäischen Kommission veröffentlichten Fahrplans. Um global wettbewerbsfähig zu bleiben, benötigen Händler einen Rechtsrahmen, der starke europäische Einzel- und Großhandels-Ökosysteme in einem digitalen Umfeld unterstützt und ihnen Rechtssicherheit und Anreize für Investitionen in robuste Omnichannel-Strategien bietet.

Mit der angedachten Initiative will die EU-Kommission Lücken in den geltenden EU-Vorschriften schließen, die aufgrund der Erfahrung der Kommission bei der Durchsetzung der EU-Wettbewerbsvorschriften auf digitalen und anderen Märkten sichtbar geworden seien, um Durchsetzungsmaßnahmen zur Erhaltung wettbewerbsfähiger Märkte zu ermöglichen. Damit sollen eine zeitgemäße Wettbewerbspolitik und sachgerechte Wettbewerbsvorschriften gewährleistet werden.

Die Erfahrungen der Kommission mit der Durchsetzung der EU-Wettbewerbsregeln insbesondere in digitalen Märkten sowie der Reflexionsprozess über die Tauglichkeit der bestehenden Wettbewerbsregeln sollen angeblich zur Feststellung bestimmter struktureller Wettbewerbsprobleme geführt haben. Die Kommission meint, diese Probleme mit dem bestehenden Wettbewerbsrahmen nicht (z.B. Monopolisierungsstrategien nicht marktbeherrschender Unternehmen mit Marktmacht) oder nicht auf die wirksamste Weise (z.B. parallele Hebelstrategien marktbeherrschender Unternehmen auf mehreren benachbarten Märkten) adressieren zu können. Das etwaige neue Wettbewerbsinstrument soll die Kommission in die Lage versetzen, diese Lücken in den derzeitigen Wettbewerbsregeln zu schließen und rechtzeitig und wirksam gegen strukturelle Wettbewerbsprobleme auf allen Märkten vorzugehen.

Nach der Feststellung eines strukturellen Wettbewerbsproblems durch eine strenge Marktuntersuchung soll es das neue Instrument der Kommission ermöglichen, jedem auf dem relevanten Markt tätigen Unternehmen verhaltensbezogene und gegebenenfalls strukturelle Abhilfemaßnahmen (z.B. Entflechtung/Zerschlagung von Unternehmen) aufzuerlegen. Die Feststellung eines Verstoßes oder die Verhängung von Geldbußen gegen die Marktteilnehmer ist nicht vorgesehen oder dafür nötig, was daran liegt, dass den betroffenen Unternehmen, die lediglich versuchen, am Markt erfolgreich zu sein, kein sozial-ethischer Vorwurf gemacht werden kann.

Strukturelle Wettbewerbsprobleme lassen sich generell in zwei Kategorien einteilen:

- 1) *Strukturelle Risiken für den Wettbewerb* beziehen sich auf Szenarien, bei denen bestimmte Marktmerkmale (z.B. Netz- und Skaleneffekte, fehlende Multihoming-Effekte und Lock-in-Effekte) und das Verhalten der auf den betreffenden Märkten tätigen Unternehmen eine Bedrohung für den Wettbewerb darstellen (z. B. Weiterverkaufsbeschränkungen durch Hersteller).



- 2) *Struktureller Mangel an Wettbewerb* bezieht sich auf ein Szenario, in dem ein Markt nicht gut funktioniert und aufgrund seiner Struktur keine Wettbewerbsergebnisse liefert (d.h. ein strukturelles Marktversagen). Dies richtet sich in erster Linie gegen marktbeherrschende oder marktstarke Plattformbetreiber und Unternehmen auf traditionellen Märkten.

2. Position

Wir unterstützen das Ziel der Kommission, faire und wettbewerbsfähige Märkte zu gewährleisten. Wettbewerb ist für die Innovation und das Wohlergehen der Verbraucher unerlässlich. Wir fordern jedoch eine deutlich überzeugendere Rechtfertigung für solch ein gänzlich neues und weitreichendes Instrument. Die bisher erbrachten Begründungen genügen nicht. Auf dieser Basis lehnt der HDE die Pläne für ein neues Wettbewerbsinstrument unabhängig von den vorgeschlagenen Optionen ab.

a) Rechtsgrundlage

Laut Fahrplan soll das etwaige, neue Instrument auf der Rechtsgrundlage der Artikel 103 und 114 AEUV basieren. Wir haben große Zweifel, ob Artikel 114 AEUV hier als Grundlage ausreichend ist, insbesondere da die Initiative deutliche Parallelen zum Vorschlag der EU-Kommission für ein Single Market Information Tool (COM(2017) 257 final) von 2017 aufweist, welches ebenfalls auf Artikel 114 AEUV basieren sollte. Sowohl eine Einschätzung des juristischen Dienstes des Europäischen Parlamentes, als auch ein rechtliches Gutachten des EU-Ministerrates kamen damals zum Schluss, dass solch weitreichende Instrumente ohne Konkretisierung des tatsächlichen Handlungsbedarfs und wegen des weiten Adressatenkreises nicht auf die Grundlage von Artikel 114 AEUV gestützt werden können. Das Verfahren wurde daraufhin eingestellt. Die Bedenken gelten auch für das geplante Zusatz-Instrument.

b) Folgenabschätzung, Notwendigkeit und Begründung

Die Märkte von heute, und insbesondere digitale Märkte, entwickeln sich schnell, wobei ständig neue Dienstleistungen und Geschäftsmodelle entstehen. Es ist daher von entscheidender Bedeutung, dass jede mögliche politische Intervention, die darauf abzielt, bestimmte Geschäftspraktiken anzugehen, klar fokussiert ist und nicht unbeabsichtigt die Innovation oder die bestehende Dynamik auf dem Markt erstickt. Zu diesem Zweck ist es wichtig, dass in der anstehenden Folgenabschätzung zu dieser Initiative die Mängel in den bestehenden Rechtsvorschriften, die mit den Maßnahmen behoben werden sollen, und die Umstände, unter denen sie angewandt werden sollen, klar herausgestellt werden. Allein die Tatsache, dass ein Unternehmen erfolgreich und groß ist, ist kein hinreichender Grund, um Maßnahmen zu treffen.

Wir fordern daher eine klarere Erläuterung dazu, welche Hindernisse tatsächlich existieren – diese werden behauptet, es gibt jedoch keinerlei konkrete Hinweise, auf welchen Märkten welche Probleme existieren, die gelöst werden müssten. Wir fordern auch dazu auf, zu erläutern wie die vorgeschlagenen Maßnahmen dazu beitragen werden, Hindernisse zu beseitigen, denen der freie Markt nicht selbst abhelfen kann, dass die vorgeschlagenen Maßnahmen nicht über das hinausgehen, was notwendig ist, und wie die potenziell weitreichenden Befugnisse in angemessener Weise angewandt werden.



Soweit es Marktverzerrungen gibt, müssen diese – zumindest im Anwendungsbereich der Missbrauchskontrolle und bei erwiesenem missbräuchlichem Verhalten – im Rahmen des bestehenden Wettbewerbsrechts ausgeglichen werden. Wir betonen ferner die Notwendigkeit, eine evidenzbasierte Politikgestaltung sicherzustellen. Regulierung sollte nicht auf der Grundlage von Erfahrungen mit nur wenigen Einzelfällen erfolgen – analog zum vom Obersten Gerichtshof der Vereinigten Staaten geprägten Grundsatz „*hard cases make bad law*“.

Jede Maßnahme sollte darauf abzielen, unbeabsichtigte Folgen zu vermeiden und sicherzustellen, dass Marktakteure weiterhin Anreize haben, weiter zu wachsen. Auf dieser Grundlage ist ein Ansatz, der sich auf Situationen konzentriert, in denen ein marktbeherrschender Akteur die Möglichkeit hat, den Wettbewerb einzuschränken, am wirksamsten und nur so wird vermieden, dass staatliche Intervention private Markttätigkeit abwürgt.

c) Kein Defizit bei der Durchsetzung

Die bestehenden Instrumente der Europäischen Kommission nach Art. 101 und 102 AEUV sowie das Fusionskontrollregime sind ausreichend, um etwaige Wettbewerbsprobleme insbesondere im digitalen Zeitalter (z. B. die Fälle Google, Facebook/WhatsApp, Broadcom) zu lösen. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass Art. 102 AEUV auch auf Fälle von wirtschaftlicher Abhängigkeit/relativer Marktmacht angewandt werden kann und bereits erfolgreich angewandt wurde (z. B. EuGH, General Motors Continental NV/Kommission, C-26/75; EuGH, Magill, C-241/91 P und C-242/91 P).

Ferner kann die EU-Kommission auch einstweilige Maßnahmen anordnen um zu verhindern, dass auf den betroffenen Märkten durch die Fortsetzung einer wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweise ein ernster und nichtwiedergutzumachender Schaden für den Wettbewerb entsteht. Davon hat die EU-Kommission zuletzt erfolgreich im Fall Broadcom (AT.40608) im Jahr 2019 Gebrauch gemacht.

Es ist daher kartellrechtlich nicht nachvollziehbar, wieso die EU-Kommission – allen voran Frau Vestager zuletzt anlässlich der ASCOLA Annual Conference am 26. Juni 2020 – die Meinung vertritt, das neue Wettbewerbsinstrument sei notwendig, um im digitalen Zeitalter Schritt halten zu können. Vielmehr wäre das neue Wettbewerbsinstrument ein unverhältnismäßiger ex ante Eingriff in die freie Marktwirtschaft, die die EU-Kommission nach eigenem Bekunden schützen will. Die damit verbundene Rechtsunsicherheit könnte verheerende Folgen für Unternehmen haben, Investoren abschrecken und Innovationen be- oder sogar verhindern. Viele Arbeitsplätze, die durch die bestehende COVID19-Rezession ohnehin schon gefährdet sind, könnten endgültig verloren gehen. Die Kompetenz nationaler Parlamente könnte durch das neue Wettbewerbsinstrument ausgehebelt und damit die Demokratie nachhaltig geschädigt werden, wenn die EU-Kommission aufgrund des neuen Wettbewerbsinstruments Marktverhaltensregeln erlässt und/oder strukturelle Maßnahmen trifft. Dies wäre auch für das Ansehen der EU-Kommission und der Europäischen Institutionen insgesamt schädlich. Nationalistische Tendenzen könnten verstärkt werden.



d) Anwendungsbereich

Sollten sich die Kommission entgegen unserer Position für ein derartiges Instrument entscheiden, muss der Anwendungsbereich klar und eng begrenzt werden und sich ausschließlich auf Bereiche konzentrieren, in denen Wettbewerbsprobleme beobachtet wurden, die durch mildere Mittel (z. B. einstweiligen Maßnahmen und Verfahren nach Art. 101 und/oder 102 AEUV) nicht gelöst werden können. Ein etwaiges Instrument sollte außerdem nur in Fällen anwendbar sein, in denen eine grenzüberschreitende Dimension und Wirkung vorliegt und nicht auf rein nationale Sachverhalte und Märkte.

Darüber hinaus, sollte die Kommission sich darauf konzentrieren, sicherzustellen, dass marktbeherrschende Unternehmen auf Märkten, die zum Tipping neigen oder auf denen dieser Effekt bereits eingetreten ist, ihre Position nicht missbrauchen, um anderen Unternehmen unfaire Bedingungen aufzuerlegen. Effizienzgewinne, die sich aus Netzwerkeffekten ergeben, sollten immer auf Einzelfallbasis berücksichtigt werden. Marktbeherrschung an sich ist nicht verboten und kann sogar Innovationstätigkeit anregen, aber marktbeherrschende Akteure haben nach fein austarierter Rechtsprechung des EuGH eine „besondere Verantwortung“ (ständige Rechtsprechung seit EuGH, Urt. v. 9. Nov. 1983 – *Michelin I*) und dürfen ihre Stellung nicht missbrauchen.

Bei einem Marktstrukturansatz besteht die Gefahr, dass er zwingend auf unsicheren Prognosen der künftigen Marktentwicklung basieren muss und für eine weite Auslegung offen ist, was zu erheblicher Rechtsunsicherheit und Fehlanreizen für die Unternehmen führt. Marktbeherrschung dagegen ist bereits klar definiert.

e) Abhilfemaßnahmen

Die EU-Kommission sollte davon absehen, rechtliche Standards zu umgehen, die durch EU-Recht und den EuGH etabliert wurden. Andernfalls könnte sie zum politischen Spielball verschiedener Interessengruppen werden. Angesichts der weitreichenden, geplanten Befugnisse der Kommission, Sanktionen gegen Unternehmen zu verhängen, könnten die Folgen für die europäische Wirtschaft katastrophal sein.

Ein neues Instrument, das die Verhängung von Abhilfemaßnahmen ermöglicht, ohne dass Verstöße festgestellt werden, wäre ein unverhältnismäßiger und schwerwiegender Eingriff in die freie Marktwirtschaft und eine erhebliche Abweichung von dem heute angewandten, faktengestützten Ansatz des Wettbewerbsrechts, der klaren Standards und einer gerichtlichen Überprüfung unterliegt. Hinzu kommen erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken hinsichtlich der geplanten strukturellen und missbrauchsunabhängigen Eingriffsbefugnisse.

Sollte jedoch beschlossen werden, dieses neue Instrument voranzubringen, sollte es nur unter strikter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ausgeübt werden und mit angemessenen Schutz-



maßnahmen, Verteidigungsrechten und einem ordnungsgemäßen Verfahren einhergehen. Dies erfordert eine Einzelfallanalyse und eine schriftliche Mitteilung der Beschwerdepunkte an die Betroffenen.

3. Fazit

Unseres Erachtens würde das neue Wettbewerbsinstrument weitreichende Folgen haben, da es die Kommission in die Lage versetzen würde, Unternehmen in allen Sektoren einseitig verhaltensbezogene und strukturelle Abhilfemaßnahmen aufzuerlegen. Dies würde es der Kommission ermöglichen, als Marktregulierer zu agieren – obwohl die Kommission in erster Linie eine politische Behörde ist, die unter politischem Druck steht, und (im Gegensatz zu manchen nationalen Kartellbehörden) keine Erfahrung mit dieser Art von Durchsetzungsbefugnissen hat und sich daher nicht auf eine Erfolgsbilanz von Fällen stützen kann, wie sie es im Hinblick auf ihre Durchsetzungsbefugnisse nach Artikel 101 und 102 AEUV kann.

Der HDE sieht daher unter den gegenwärtigen Umständen und der bisher dargelegten Faktenlage keine Notwendigkeit für die Schaffung eines neuen Wettbewerbsinstruments. Bevor sie neue Maßnahmen vorschlägt, sollte die Kommission eine Analyse der tatsächlich existierenden Lücken im bestehenden Rechtsrahmen und des Bedarfs an neuen Rechtsvorschriften vorlegen und klären, wie die neuen und die bestehenden Maßnahmen zusammenwirken würden. Insbesondere möchten wir die Kommission ermutigen, mögliche Unklarheiten durch Erläuterungen im laufenden Prozess der Überarbeitung der Wettbewerbsrechtsbestimmungen (Definition des relevanten Marktes, vertikale und horizontale Leitlinien, etc.) zu beseitigen. Sollte sich die Kommission dennoch für die Schaffung eines solchen Instrumentes entscheiden, muss der Anwendungsbereich klar auf eine Bekämpfung von Marktmachtmissbrauch auf digitalen Märkten ohne wesentlichen Bezug zu physischen Infrastrukturen begrenzt werden.