



Stellungnahme

Zum geplanten Neuen Wettbewerbsinstrument („New Competition Tool“, „NCT“)

Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.

A. Einleitung

Die dritte (Teil-) Konsultation im Rahmen der Konsultation zu einem Digital Services Act (DSA)-Paket bezog sich auf eine „Roadmap“ im Sinne einer Folgenabschätzung in der Anfangsphase („IIA“) auf die Einführung eines möglichen neuen Wettbewerbsinstruments („*New Competition Tool*“ – „NCT“). Ziel eines solchen Instruments ist es nach Vorstellung der Kommission, bestimmte strukturelle Wettbewerbsprobleme anzugehen, die mit dem bestehenden Wettbewerbsrahmen nicht oder – vorgeblich – nicht auf wirksame Weise gelöst werden können und denen kein Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht zugrundeliegt. Es sollen in erster Linie strukturelle Wettbewerbsprobleme adressiert werden, die die Kommission in zwei Kategorien einteilt, zum einen in strukturelle Risiken für den Wettbewerb und zum anderen in einen strukturellen Mangel an Wettbewerb. Im Fokus der Kommission steht in erster Linie das Ergreifen von Maßnahmen gegen marktmächtige digitale Plattformen, allerdings schlägt die Kommission eine Erstreckung dieses Instruments auf alle Wirtschaftsbereiche vor, ohne dass für einen Eingriff eine marktbeherrschende Stellung oder eine Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht Voraussetzung sein soll.

Der BDI hatte sich bereits zum NCT im Rahmen des IIA geäußert und das NCT, wie es von der Kommission im IIA beschrieben wurde, auf der Grundlage rechtlicher, wettbewerbspolitischer, verfassungsrechtlicher und rechtsstaatlicher Prämissen nachdrücklich abgelehnt.¹ Für die Zwecke der parallel mittels Fragebogen laufenden Konsultation der Kommission bis zum 08.09.2020 erweitert der BDI nachfolgend seine Stellungnahme um einige Aspekte.

B. Bewertung

1. Keine Entflechtung unterhalb der Marktbeherrschung und ohne Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht

Die Pläne der Kommission (Optionen 1 bis 4 des IAA) sind äußerst weitreichender Natur. Sie läuten einen Paradigmenwechsel ein, indem sie die bisherigen Grundprinzipien des Wettbewerbsrechts in Frage stellen.

Durchsetzungsziele, die auf die Abstellung *konkreter* Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht gerichtet sind, unterstützt der BDI grundsätzlich. Die Vorschläge der GD Wettbewerb (Optionen 1 bis 4 des IAA) beziehen sich jedoch nicht auf Zuwiderhandlungen gegen das Wettbewerbsrecht und eine damit im Zusammenhang stehende etwaige ungenügende Durchsetzung des Wettbewerbsrechts, sondern sie setzen zum Teil (Optionen 3 und 4 des IAA) unterhalb des Radars des Wettbewerbsrechts, insbesondere unterhalb der etablierten Eingriffsschwellen in der Missbrauchsaufsicht, und außerhalb konkreter Rechtsverstöße (alle Optionen) an, wobei sogar eine strukturelle Neuordnung von Märkten und den Akteuren durch die Kommission in Rede steht („*Market by Design*“).

¹ <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12416-New-competition-tool/F535500> (mit Anlage der Stellungnahme)

Angesichts der noch als offen zu beurteilenden Frage nach dem notwendigen Handlungsbedarf, des offenen und weiten Adressatenkreises, einer zweifelhaften Rechtsgrundlage und vor allem gravierender EU-rechtlicher, wettbewerbspolitischer, verfassungsrechtlicher und rechtsstaatlicher Probleme, insbesondere hinsichtlich der geplanten strukturellen und missbrauchsunabhängigen Eingriffsbefugnisse in allen vier genannten Optionen, spricht sich der BDI gegen die vier Optionen und für eine Beibehaltung des bisherigen Wettbewerbsregimes („*baseline scenario*“) und für dessen konsequente Anwendung aus.

2. Im Einzelnen

a) Keine Lücke und kein Handlungsbedarf

- aa) Der Intention der Kommission zufolge sollen in erster Linie strukturelle Wettbewerbsprobleme adressiert werden, die die Kommission in zwei Kategorien einteilt, zum einen in strukturelle Risiken für den Wettbewerb und zum anderen in einen strukturellen Mangel an Wettbewerb. Nach Lesart der Kommission beträfe erstere bspw. Monopolisierungsstrategien nicht marktbeherrschender Unternehmen mit Marktmacht. Bestimmte Marktmerkmale (z. B. Netzwerk- und Skaleneffekte, unzureichendes Multi-Homing und Lock-in-Effekte) sollen in Verbindung mit dem Verhalten der auf diesen Märkten tätigen Unternehmen als wettbewerbsgefährdend eingestuft werden. Das Instrument sollte zudem in der Lage sein, ein „Tipping“ (Kippen) von Märkten in eine marktbeherrschende Stellung zu verhindern. Risiken für den Wettbewerb sollen sich durch das Entstehen mächtiger Marktteilnehmer mit einer gefestigten Markt- und/oder Torwächter-Position ergeben, was durch ein frühzeitiges Eingreifen verhindert werden könnte. Weitere Szenarien aus dieser Kategorie umfassen einseitige Strategien nicht marktbeherrschender Unternehmen zur Monopolisierung eines Marktes durch wettbewerbswidrige Verhaltensweisen.

Die zweite Kategorie soll einen (strukturellen) Mangel an Wettbewerb betreffen, der zu einem systemischen Marktversagen führt, ohne dass sich Unternehmen wettbewerbswidrig verhalten. Als Gründe nennt die Kommission bestimmte strukturelle Merkmale wie starke (auch oligopolistische) Konzentration, hohe Zutrittsschranken, Kundenbindung, mangelnden Datenzugang oder Datenakkumulation. Die Kommission möchte in dieser Kategorie auch Hebelstrategien marktbeherrschender Unternehmen auf mehreren benachbarten Märkten adressieren können.

- bb) Die Digitalisierung führt auch im Kartellrecht zu neuen Fragestellungen und Herausforderungen. Insbesondere wird bereits seit geraumer Zeit eine öffentliche Debatte über die Rolle von Plattformen, insbesondere die großen und marktmächtigen, geführt. Fragen mit Blick auf eine marktmächtige Stellung führen auch zu der Diskussion darüber, ob Online-Plattformen speziellen Regulierungen unterliegen sollten (ex-ante) oder ob das

bestehende Wettbewerbsrecht (ex-post) auch für digitale Märkte und ihre Wirkungsweisen ausreichend oder anzupassen sei. Wenn Unternehmen aufgrund ihres attraktiven Angebots groß und erfolgreich sind, ist dies aus marktwirtschaftlichen Grundsätzen erst einmal nicht zu beanstanden, solange diese Marktmacht nicht missbraucht wird oder missbräuchliche Verhaltensweisen die Entstehung effektiven Wettbewerbs verhindern.

- cc) Der BDI ist überzeugt, dass der gegenwärtige Rechtsrahmens im Wettbewerbsrecht flexibel und anpassungsfähig genug ist, um auch die von der Kommission dargelegten strukturellen Wettbewerbsrisiken und -probleme, sofern diese nicht tatsächlich lediglich Ausfluss eines normalen Leistungswettbewerbs sind, in ausreichendem Maße zu adressieren. Es fehlt jedenfalls an Evidenz, dass das Wettbewerbsrecht in Bezug auf unilaterale Verhaltensweisen lückenhaft ausgestaltet wäre. Im Gegenteil, Art. 102 AEUV hat sich erst in jüngerer Zeit in verschiedenen Verfahren als flexible Vorschrift erwiesen, um auch neue und komplexe Fragen auf digitalen Märkten zu behandeln und Wettbewerbsbeschränkungen zu beheben. Darüber hinaus hat die Kommission nach Art. 102 AEUV (und Art. 101 AEUV) klare Befugnisse, verhaltensbezogene und strukturelle Abhilfemaßnahmen aufzuerlegen, wenn ein missbräuchliches Verhalten vorliegt.

Sofern es dem bestehenden Rechtsrahmen noch an Durchschlagskraft fehlen sollte, müsste zunächst genau festgestellt werden, worin gegebenenfalls Defizite bestehen. Sollten Kartell- oder Missbrauchsverfahren auf europäischer Ebene derzeit zu lange dauern, wie insbesondere im Fall Google Shopping des Öfteren kritisiert worden ist, sollte zunächst – schon aus Gründen der Verhältnismäßigkeit – überlegt werden, welche Ursachen dafür verantwortlich sind und inwieweit sich die Effizienz der Wettbewerbsinstrumente und der Verfahren erhöhen ließe, um Verfahren schneller zu einem Abschluss zu bringen. Der BDI befürwortet bspw. das Ziel, die Verwaltungsverfahren der Kartellbehörden weiter zu beschleunigen, sofern dabei rechtsstaatliche Garantien eingehalten werden. Von anderer Seite wird allerdings durchaus berichtet, dass umfangreiche Datenerhebungen seitens der Case-Handler, deren Expertise unterschiedlich ist, eine Hauptursache für die Langwierigkeit der Verfahren auf Kommissionsebene sein sollen.

Die aktuelle Diskussion müsste indes berücksichtigen, dass zudem die EU-Fusionskontrolle existiert, welche ein Instrument der präventiven Marktstrukturkontrolle ist und die bereits dazu beiträgt, wichtige strukturelle Wettbewerbsbedenken von vorneherein auszuräumen. Zwingend wären auch Überschneidungen mit der geplanten Ex-ante-Regulierung für „Gatekeeper“-Plattformen, wie sie derzeit nicht auszuschließen sind, zu vermeiden. Genau wie das NCT soll auch die geplante Plattformregulierung auf das Kippen von Märkten („Tipping“) inhaltlich eingehen. Es ist dabei schon fraglich, welche Behörde bei einer möglichen Ex-ante-Regulierung von Plattformen im Rahmen des DSA zuständig sein soll. Im Wettbewerbsrecht ist die Generaldirektion Wettbewerb (GD Wettbewerb) für die Anwendung und Durchsetzung zuständig. Sollte eine Ex-ante-Regulierung im DSA nicht

klar von der wettbewerbsrechtlichen Aufsicht abgegrenzt werden und einer anderen Behörde die Zuständigkeit für die Ex-ante-Regulierung im DSA übertragen werden, ist die Gefahr von widerstreitenden Entscheidungen zur GD Wettbewerb groß, die ebenfalls weiterhin das Plattformverhalten auf Grundlage des EU-Wettbewerbsrechts überprüfen wird. Dabei ist bereits jetzt im BDI Konsens, dass reine Industrie- und B2B-Plattformen nicht reguliert werden sollten (vgl. dazu auch unten B.1.e)

- dd) Anstatt neue „Tools“ vorzuschlagen, sollte die Kommission auch ggf. das im Rahmen des wettbewerblichen Sekundärrechts bestehende Instrumentarium besser umsetzen, wodurch sich die Effektivität der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts voraussichtlich ebenfalls weiter steigern ließe.

Wie die EU-Kommission in ihrer Pressemitteilung zum NCT selbst betont, besteht schon heute gemäß Art. 8 Abs. 1 Verordnung (EG) 1/2003 die Möglichkeit in dringen Fällen eine einstweilige Maßnahme anzuordnen, wenn die Gefahr eines ernsten, nicht wieder gutzumachenden Schadens für den Wettbewerb besteht. Die Möglichkeit einstweilige Maßnahmen anzuordnen, macht es möglich, wettbewerblichen Problemen auch auf dynamischen digitalen Märkten zu begegnen. Von dieser Möglichkeit macht die Kommission bislang kaum Gebrauch. Statt neue Instrumente einzuführen, sollte vermehrt auf dieses bestehende Instrument zurückgegriffen werden. Dieses Instrument, das einen Verstoß gegen Wettbewerbsrecht voraussetzt, sieht sogar explizit die Möglichkeit vor, dass die Kommission in „dringenden Fällen wegen der Gefahr eines ernsten und nicht wieder gutzumachenden Schadens für den Wettbewerb“ einstweilige Maßnahmen anordnen kann. Damit könnte man auch strukturellen Probleme für den Wettbewerb auf digitalen Märkten entgegenwirken. Allerdings müsste bei der Anordnung einstweiliger Maßnahmen stets sichergestellt werden, dass diese nur nach einer ordnungsgemäßen Untersuchung und nur bei Vorliegen eines *prima facie* Beweises für ein rechtswidriges Verhalten angeordnet werden dürfen. Andernfalls könnte es zu einer Verlangsamung oder sogar zu einer Behinderung des Wachstums eines Geschäfts kommen. Dies könnte zu inakzeptablen Konsequenzen führen wie bspw. einer Behinderung der Entwicklung eines Unternehmens, Ertragsausfällen oder sogar einem Marktaustritt des betroffenen Unternehmens.

Bei Feststellung eines Wettbewerbsverstoßes kann die Kommission darüber hinaus gemäß Art. 7 der Verordnung 1/2003 strukturelle oder verhaltensbezogene Abhilfemaßnahmen auferlegen oder eine Verpflichtung für verbindlich erklären (Art. 9 der Verordnung 1 /2003).

- ee) Es bleibt festzuhalten, dass die bestehenden wettbewerbsrechtlichen Instrumente aus unserer Sicht bereits umfangreiche und ausreichende Möglichkeiten bieten, um strukturellen Wettbewerbsproblemen zu begegnen. Neben den Artikeln 101 und 102 AEUV, der entsprechenden Ausführungsverordnung, der Fusionskontrolle und diversen sektorspezifischen Regulierungen sei noch auf folgenden Punkt hingewiesen:

- Über das Instrument der Sektoruntersuchung kann die Kommission bereits heute Märkte, auf denen es Anzeichen für strukturelle Wettbewerbsprobleme gibt, untersuchen. Von diesem Instrument hat die Kommission seit dessen Einführung aber eher zurückhaltend Gebrauch gemacht. Bevor neue Auskunfts- und Informationsansprüche geschaffen werden, sollten die bestehenden Möglichkeiten ausgeschöpft werden (vgl. dazu auch noch unten B.2.f.aa)
- Der jüngst veröffentlichte Fallbericht des Bundeskartellamts zur „Entflechtung von Gemeinschaftsunternehmen im Bereich Transportbeton“ (Az: B1-216/17 – Fallbericht vom 20. Juli 2020) zeigt überdies, dass bereits heute Entflechtungsmaßnahmen auf Basis des Artikels 101 AEUV praktisch durchgeführt werden.²

b) Keine Notwendigkeit für NCT: speziell missbrauchsunabhängige Entflechtung

- aa) Artikel 7 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 erlaubt es der Kommission, verhaltensbezogene oder strukturelle Abhilfemaßnahmen zu ergreifen, die wirksam sein müssen, um eine Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht zu beenden, und die gleichzeitig in einem angemessenen Verhältnis zu der Zuwiderhandlung stehen müssen. Etwaige Abhilfemaßnahmen der Kommission im Kartellrecht stehen somit in einem unauflöslichen Zusammenhang mit einer Zuwiderhandlung eines Unternehmens, etwa dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Die GD Wettbewerb schlägt in ihren im IAA vorgelegten Optionen nun eine fundamentale Abkehr von den bisher grundlegenden Prinzipien und dem gemeinsamen Grundverständnis des europäischen Wettbewerbsrechts vor. In allen Optionen sollen Unternehmen im Wege struktureller Maßnahmen entflochten werden können, ohne dass sie gegen das Wettbewerbsrecht verstoßen haben, in den Optionen 3 und 4 des IAA sogar noch, ohne zusätzlich marktbeherrschend zu sein. Auch Verhaltensmaßnahmen, die ebenfalls weitreichende Auswirkungen auf Unternehmen haben können, sollen möglich sein.
- bb) Die Notwendigkeit für eine missbrauchsunabhängige Entflechtung ist schon wissenschaftlich keinesfalls dargetan. Selbst der Bericht der Sonderberater der GD Wettbewerb, der Professoren Crémer, Schweitzer und de Montjoye, über Wettbewerbspolitik und Digitalisierung vom April 2019, auf den das IIA Bezug nimmt, stellt zunächst fest, dass sich der bestehende Wettbewerbsrahmen grundsätzlich bewährt hat und auch für neue Geschäftsmodelle genutzt werden kann. Benötigt würde aber eine strikte Durchsetzung des Wettbewerbsrechts sowie Änderungen in der Anwendung. Die Sonderberater erteilen der Möglichkeit für eine generelle Entflechtung von

² Fallbericht des Bundeskartellamts vom 20.7.2020 (https://www.bundeskartellamt.de/Shared-Docs/Entscheidung/DE/Fallberichte/Fusionskontrolle/2020/B1-216-17.pdf?__blob=publication-File&v=2)

Plattformen sogar eine Absage – und dies sogar im Zusammenhang eines Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung:

„When it comes to digital platforms, it is less clear that the balance of costs and benefits argues for some version of unbundling of vertically integrated platforms. When compared to the traditional infrastructures (e.g. rail, energy networks), platforms differ as aspects of infrastructure provision and service provision may be mixed. While there may be cases in which full platform unbundling is called for, this remedy should not be the generalised answer to the finding of an abusive self-preferencing. Less restrictive ways to effectively preclude self-preferencing may exist.“³

Die GD Wettbewerb kann sich für ihre Vorschläge auch nicht auf etablierte Schadenstheorien stützen. Eingriffe zur Behebung sog. struktureller Risiken für den Wettbewerb oder aufgrund eines sog. strukturellen Mangels an Wettbewerb sind keine im Kartellrecht anerkannten „theories of harm“. Sie sind eher Ausdruck eines politischen Regierungshandelns, das sich gegenwärtig vor allem gegen marktbeherrschende digitale Plattformen, insbesondere aus dem U.S.-amerikanischen Bereich, richtet.

c) NCT wäre unverhältnismäßig

- aa) Die vorgeschlagenen Optionen würden die in Art. 7 VO 1/2003 angelegten Befugnisse der Kommission für ein „Market by Design“ ins Uferlose ausweiten. Während der einzige legitime Zweck der Abhilfemaßnahmen bei Art. 7 VO 1/2003 darin besteht, einer Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht ein Ende zu bereiten, sind Abhilfemaßnahmen in den Optionen 1 bis 4 des IAA keinesfalls eingegrenzt, da es nicht gilt, einen bestimmten Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht abzustellen. Ohne die Eingrenzung des Ziels einer Abhilfemaßnahme auf das Abstellen eines Wettbewerbsverstoßes würde es der GD Wettbewerb möglich werden, ganze Märkte neu zu ordnen, Unternehmen zu zerschlagen oder Unternehmensteile zu entflechten, um objektiv derzeit nicht näher eingrenzbare strukturelle Risiken bzw. Defizite im Markt oder beim Wettbewerb zu beheben. Dabei dürfte es zunächst ganz im Ermessen der Wettbewerbsbehörde stehen, ein bestimmtes Unternehmensverhalten, das nach herkömmlichem Wettbewerbsrecht Ausdruck eines normalen und zulässigen Leistungswettbewerbs wäre, als „schädlich“ für den Markt oder den Wettbewerb zu charakterisieren und selbst eine Abwägung negativer und positiver Wohlfandeffekte zu treffen. Im Falle der Optionen 3 und 4 des IAA könnte bereits internes Unternehmenswachstum auf dem Weg zu einer marktbeherrschenden Stellung als kritisch eingestuft werden. Sämtliche Optionen sind einschließlich ihrer Folgen nicht verhältnismäßig. Dass die EU-Kommission im Rahmen des NCT auf Bußgelder verzichten möchte, fällt angesichts der in Aussicht

³ Bericht der Sonderberater, der Professoren Jacques Crémer, Heike Schweitzer und Yves-Alexandre de Montjoye „Competition Policy for the Digital Era“, S. 67

gestellten erheblich drastischeren strukturellen Maßnahmen nicht mehr nennenswert auf der „Habenseite“ ins Gewicht.

- bb) Seit dem 26. Juli 1952 (Inkrafttreten des Vertrags von Paris) und der Gründung der Montanunion ist das Kartellrecht der Gemeinschaften und gegenwärtig der Union aber durch den Grundsatz gekennzeichnet, dass internes Unternehmenswachstum nicht begrenzt wird. Die Erlangung einer marktherrschenden Stellung unterliegt daher EU-rechtlich keiner Sanktionierung oder kartellrechtlichen Regulierung, solange sie nicht durch einen Zusammenschluss zu entstehen droht oder durch konkrete Verhaltensweisen missbraucht wird.⁴ Die Vorschläge (Optionen 1 bis 4 des IAA) und insbesondere die erwogene missbrauchsunabhängige Entflechtungsregel würden mit diesem Grundsatz brechen. Mit ihr wäre ein Paradigmenwechsel verbunden, der gravierende Auswirkungen auf das Wettbewerbsrecht, die Wettbewerbspolitik und die Märkte haben würde. Sollen bereits internes Wachstum und Leistungswettbewerb sanktioniert werden können, würde dies bei den möglicherweise betroffenen Unternehmen – schon im Vorfeld als „Vorfeldwirkung“ – für erhebliche Rechtsunsicherheit sorgen, die zu fehlender Investitionsbereitschaft und einem verminderten Innovationslevel führen dürfte.
- cc) Auch im Verhältnis zu nach Art. 101 und Art. 102 AEUV in Einzelfällen möglichen Maßnahmen, die auch nur in Verpflichtungszusagen münden können, erscheinen die Maßnahmen im Rahmen des NCT unverhältnismäßig. Ohne dass ein kartellrechtlich zu beanstandendes Verhalten vorliegt und ohne dass Klarheit und Einvernehmen über die abzustellende Ausgangssituation der „strukturellen Risiken für den Wettbewerb“ oder des „strukturellen Mangels an Wettbewerb“ herrschen würde, will die Kommission strukturelle Maßnahmen anordnen können. Wie werden diese „strukturellen Probleme“ definiert? Ist diese Definition in den Einzelfällen justizierbar? Dürfte es sich nicht in vielen Fällen in Wahrheit um Wettbewerbsbeschränkungen handeln (die entsprechende Rechtsprechung der Europäischen Gerichte zu einzelnen neu identifizierten missbräuchlichen Verhaltensweisen auf digitalen Märkten legt dieses nahe), und wären dann nicht die Art. 101 und Art. 102 AEUV einschlägig? Wie wäre das Verhältnis zwischen NCT und Art. 101 und Art. 102 AEUV? Was wäre, wenn die „strukturellen Probleme“ nicht monokausal auf ein Unternehmen zurückzuführen sind? Wie wird bei hoher Unternehmenskonzentration im Markt agiert? Sollen auch Oligopole im Markt, die ggf. einen Mangel an Wettbewerb auslösen, in Gänze oder in Teilen entflochten werden können? Möchte die Kommission eine Super-Regulierungsinstanz sämtlicher Märkte werden, die sie nach ihrem Gutdünken und ihrem Ermessen neu gestalten könnte? Mit dem NCT würde sie jedenfalls die Voraussetzungen dafür schaffen.
- dd) Mit behördlichen „market-by-design“- Instrumenten, wie der Entflechtung, mögen sich Märkte dekonzentrieren lassen. Zugleich haben solche

⁴ Vgl. Nettesheim/Thomas, Entflechtung im deutschen Kartellrecht, 2011, S. 158.

Instrumente aber immer auch eine Konzentrierung politischer und regulatorischer Macht zur Folge. Etwaige wettbewerbspolitische Vorteile (die erst noch bewiesen werden müssten) werden durch rechtsstaatliche und demokratiestaatliche Defizite überlagert. Dies gilt insbesondere dann, wenn die demokratische Legitimationskette hin zu der handelnden Behörde durchbrochen ist (wie dies bei fachlich unabhängigen Wettbewerbsbehörden der Fall ist). Zudem ist bislang der Nachweis ausgeblieben, dass Wettbewerbsbehörden mit einem Instrument zur Dekonzentrierung von Märkten einen aus wettbewerbspolitischer Sicht „besseren Markt“ designen können. So wie der „Staat nicht der bessere Unternehmer“ ist,⁵ dürften die Wettbewerbsbehörden ebenfalls nicht die „besseren Unternehmer“ sein.

Ferner dürfte die Aufnahme von „market-by-design“ Instrumenten auch Vorbildfunktion für Wettbewerbsbehörden außerhalb von Europa haben. Ein market-by-design Instrument ist jedoch anfällig dafür, zweckentfremdet zu werden und für andere als wettbewerbliche Zwecke eingesetzt zu werden (z. B. für protektionistische Zwecke, die den Welthandel behindern). Ohne konkreten Anlass und ohne zwingende Notwendigkeit sollte daher nicht über die Einführung eines New Competition Tool auf europäischer Ebene nachgedacht werden.

Die von dem NCT ausgehenden Gefahren schätzen wir als ungleich höher ein als ein etwaiger Nutzen, der noch zu belegen wäre. Wir möchten zusätzlich an dieser Stelle darauf hinweisen, dass das NCT nicht dazu verwendet werden sollte, die Verfahrens- oder Beweislast zu verringern, der die Kommission in Verfahren nach Art. 101 und Art. 102 AEUV unterliegt. Keinesfalls sollten mit Einführung des NCT die Anforderungen an ein faires, rechtsstaatliches Verfahren für die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts umgangen werden können. Ferner müssten die grundrechtlich geschützten Interessen der potenziell betroffenen Unternehmen bzw. ihrer Aktionäre (insbesondere der Schutz ihres Eigentums vor Enteignung) viel umfassender ins Auge genommen werden (vgl. dazu unten B.2.f.cc)

d) Zweifelhafte Rechtsgrundlage

Die Vorschläge der Kommission sollen sich laut Roadmap auf den Artikel 103 AEUV in Verbindung mit 114 AEUV stützen.

Der Gerichtshof betrachtet die Frage der geeigneten Rechtsgrundlage traditionell als eine Frage von verfassungsrechtlicher Bedeutung, die die Einhaltung des Grundsatzes der Übertragung von Befugnissen (Art. 5 EUV) gewährleistet und Art und Umfang der Zuständigkeit der Union festlegt. Die Wahl der Rechtsgrundlage eröffnet daher keinen Ermessensspielraum.

⁵ z.B. Bundesminister Altmaier zu den staatlichen Lufthansa-Beihilfen gegenüber dem ZDF am 25.06.20

Art. 103 AEUV scheint keine geeignete Rechtsgrundlage darzustellen. Der Umfang der Ermächtigung an den Rat zum Erlass aller zweckdienlicher Verordnungen und Richtlinien ist durch den Inhalt von Art. 101 und Art. 102 AEUV vorgegeben. Verordnungen oder Richtlinien müssen der Durchführung dieser Vorschriften dienen, können sie aber weder ändern noch ergänzen. Art. 102 AEUV verbietet beispielsweise in der Auslegung des EuGH in der Rechtssache *Continental Can* (EuGH, Rechtssache C-6/72) einen Zusammenschluss nur dann als missbräuchlich, wenn er zu einer Verstärkung einer bereits bestehenden beherrschenden Stellung führt, nicht aber schon, wenn er eine marktbeherrschende Stellung erst begründet. Insofern ist höchst zweifelhaft, ob die Optionen, die Abhilfemaßnahmen weder an einen Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht noch an eine marktbeherrschende Stellung anknüpfen, überhaupt auf Art. 103 AEUV gestützt werden können.

Art. 114 AEUV kommt als ergänzende Rechtsgrundlage aller Voraussicht nach ebenfalls nicht in Betracht. Nach der Rechtsprechung ist Art. 114 AEUV die geeignete Rechtsgrundlage für Angleichungsmaßnahmen, die darauf abzielen, die Bedingungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zu verbessern, indem Hindernisse für die Grundfreiheiten oder Wettbewerbsverzerrungen beseitigt oder verhindert werden. Der Roadmap zufolge geht es aber gerade nicht um die Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen, sondern um die Beseitigung sog. struktureller Risiken und Defizite unterhalb des Radars des Wettbewerbsrechts. Auch die mit dem NCT mit Sicherheit zu verbindenden Informations- und Auskunftspflichten für die Unternehmen zur „Identifizierung“ von Risiken würden nicht von Art. 114 AEUV gedeckt werden, wie die Diskussion um die Errichtung eines Binnenmarktinformations-Instruments (SMIT) vor einigen Jahren gezeigt hat. Letzteres ist nicht zuletzt an der fehlenden Rechtsgrundlage gescheitert für die damit vorgesehenen zwingenden Auskunfts- bzw. Datenerhebungsansprüche.

e) Adressatenkreis

Der Adressatenkreis ist nach den Optionen 1 bis 4 des IAA offen und reicht von allen Sektoren der Wirtschaft (Optionen 2 und 4) bis zu bestimmten digitalen oder digital gestützten Märkten (Optionen 1 bis 3). Konkret benennt die GD Wettbewerb große „Gatekeeper“-Plattformen als mögliche Adressaten, die für einige Probleme verantwortlich seien, die es nun zu adressieren gelte. Das IIA nimmt dabei auch auf nationale Regelungen Bezug, welche schon Legislativvorschläge unterbreitet hätten.

Auf der Grundlage unserer BDI-Position zu dem aktuellen Gesetzesvorschlag in Deutschland („GWB-Digitalisierungsgesetz“) möchten wir in diesem Zusammenhang auf ein erhebliches Gefahrenpotential hinweisen. Die in Deutschland (in § 19a GWB) geplante Regulierungsvorschrift für Plattformen bzw. für „Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb“, die auf größere digitale Plattformen zielt, vermag es nicht, den Kreis der betroffenen Unternehmen adressatengerecht einzugrenzen. Die Vorschrift schließt Kollateralschäden für (kleinere) Plattformen im reinen B2B-Bereich

gerade nicht aus. Dies ist ein nicht ungefährlicher Konstruktionsfehler, der auf europäischer Ebene nicht wiederholt werden sollte. Allerdings zielt die in Rede stehende nationale Vorschrift nur auf Verhaltensänderungen seitens der Adressaten und keineswegs auf deren Entflechtung.

Der BDI befürwortet nachdrücklich das Ziel der deutschen Regierung, die rechtlichen Voraussetzungen für die Entstehung von international wettbewerbsfähigen Digitalkonzernen in Deutschland und Europa zu verbessern. Die geplanten Verschärfungen der Missbrauchsaufsicht in Deutschland einschließlich der ex-ante-Regulierung von Plattformen bzw. Intermediären konterkarieren allerdings diesen Ansatz sogar, wenn man bedenkt, dass die Adressaten der Verschärfungen in der Missbrauchskontrolle auch diejenigen Unternehmen in Deutschland treffen, die erst auf dem Weg zu einer „international wettbewerbsfähigen Größe“ sind, mithin derzeit noch unter der bisherigen Eingriffsschwelle der Marktherrschaft liegen. Einige dieser Unternehmen sollen aber – der Intention der deutschen Regierung folgend – gerade zu Wettbewerbern der bereits marktstarken globalen Digitalunternehmen werden. Für die propagierte Entstehung starker deutscher und europäischer Akteure der Plattformökonomie ist es daher kontraproduktiv, die Missbrauchsaufsicht so weit zu verschärfen, dass Unternehmen durch eine weitere Einschränkung des Leistungswettbewerbs am eigenen internen Wachstum gehindert werden. Wir sehen die Gefahr, dass die geplante Regulierungsvorschrift für Plattformen gerade auch kleinere Unternehmen oder B2B-Industrieplattformen in Deutschland ausbremsen könnte, speziell dann, wenn diese wachsen und neue Märkte erschließen wollen. Digitale Geschäftsmodelle und Plattformlösungen im B2B-Kontext sind in Deutschland und Europa aber gerade erst im Entstehen begriffen, und ihr Wachstum sollte nicht eingengt werden.

Plattformen spielen in der digitalen Wirtschaft eine zentrale Rolle und führen auf vielen Märkten zu grundlegenden Veränderungen der Wettbewerbsbedingungen. Seien es Online Marktplätze, Suchmaschinen, soziale Medien oder Vergleichs- und Bewertungsplattformen – Plattformen sind zu einem zentralen Geschäftsmodell der digitalen Wirtschaft geworden. Die öffentliche Debatte über die Rolle von Plattformen, insbesondere von den großen und marktmächtigen, wird schon seit geraumer Zeit geführt. Fragen mit Blick auf eine marktmächtige Stellung führen auch zu der Diskussion darüber, ob Online-Plattformen speziellen Regulierungen unterliegen sollten (ex-ante) oder ob das bestehende Wettbewerbsrecht (ex-post) auch für digitale Märkte und ihre Wirkungsweisen ausreichend ist oder anzupassen sei. Wenn Unternehmen aufgrund ihres attraktiven Angebots sehr groß und erfolgreich sind, ist das nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen erst einmal nicht zu beanstanden, solange diese Marktmacht nicht missbraucht wird. Gleichzeitig sollten sich erfolgreiche Unternehmen kritischen Fragen nach ihrem Selbstverständnis, nach diskriminierungsfreiem Wettbewerb und nach möglichem Missbrauch ihrer ökonomischen (Daten-)Macht stellen. Soweit es Marktverzerrungen gibt, müssen diese – zumindest im Anwendungsbereich der Missbrauchskontrolle und bei missbräuchlichem Verhalten – ausgeglichen werden. Selbstregulierungsmaßnahmen der Unternehmen sollten dabei jedoch – neben der ex-post-Kontrolle durch das bestehende Wettbewerbsrecht –

erstes Mittel der Wahl bleiben. Neue vor-wettbewerbsrechtliche Regeln, möglicherweise gar Verbote des unternehmerischen Handelns, wären ein starker Eingriff in die unternehmerische Freiheit und in den Leistungswettbewerb, den es vom Gesetz- oder Verordnungsgeber zu rechtfertigen gälte.

In unserer parallelen Stellungnahme zum Ex-ante-Regulierungsinstrument im Rahmen des DSA haben wir explizit auf die strukturellen Unterschiede zwischen B2C- und reinen B2B- und Industrieplattformen hingewiesen, die auch beim Adressatenkreis für das NCT eine Rolle spielen sollten. Die Europäische Kommission sollte insbesondere bei der Regulierung digitaler Plattformen den Mehrwert, den insbesondere B2B-Plattformen für die Wahrung der Zukunftsfähigkeit für den Industriestandort Europa bedeuten⁶, nicht außer Acht lassen. Im Rahmen der parallelen Stellungnahme sprechen wir uns dafür aus, dass reine B2B- und Industrieplattformen – soweit sie ausschließlich als B2B-Plattformen agieren – explizit von einer Plattformregulierung ausgenommen werden sollten. Die öffentliche und politische Diskussion der Regulierung von sogenannten Torwächter-Plattformen bezieht sich im Wesentlichen auf große Online-Plattformen, Online-Intermediäre und soziale Netzwerke, die sich größtenteils an private Konsumenten richten, entweder im Verhältnis Plattform-zu-Verbraucher oder Plattform-zu-Unternehmen-zu-Verbraucher. Größere Platzhirsche im industriellen Plattformbereich gibt es bisher nicht. In Europa und Deutschland entwickelt sich derzeit vielmehr ein florierendes industrielles B2B-Plattformökosystem⁷, das für den normalen Verbraucher gar nicht zugänglich ist. Durch neue regulatorische Vorgaben sollten diese europäischen Geschäftsmodelle, die gerade im Begriff sind sich zu entwickeln, nicht unnötig erschwert werden. Zahlreiche deutsche und europäische Unternehmen – vom Start-up über KMUs bis hin zu international tätigen Konzernen – haben Plattformlösungen in ihrem Portfolio. Aufbauend auf ihre industrielle Stärke leisten diese Plattformen einen essenziellen Beitrag zur europaweiten Implementierung von Industrie 4.0. B2B-Plattformen sind damit wichtiger Bestandteil zur Wahrung der Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Industrie. Gesamtwirtschaftlich betrachtet, hängen bisher knapp sieben Prozent der Wertschöpfung der Industrie und industrienahen Branchen substantiell von Plattformen ab, dies entspricht einer Bruttowertschöpfung von 112 Milliarden Euro.⁴ Dabei konkurrieren vielfach von europäischen Start-ups und KMUs gegründete Plattformen mit Angeboten großer US-amerikanischer und chinesischer Unternehmen – dies gilt sowohl für Marktplätze- als auch Industrial Internet of Things-Plattformen. Eine monopolähnliche Torwächter-Stellung einzelner Plattformen im Bereich der B2B-Plattformen ist weder bei Marktplätzen noch bei IoT-, Logistik-, Supply-Chain-Management- oder Vernetzungsplattformen zu beobachten. Die oben skizzierten Faktoren begünstigen insgesamt

⁶ Bitkom e. V. 2020. Digitale Plattformen 2020. URL: <https://www.bitkom.org/Bitkom/Publikationen/Chartbericht-Digitale-Plattformen-2020>; IFO Institut, Studie „Industrielle Digitalwirtschaft – B2B-Plattformen“ (im Auftrag des BDI) die zentrale Faktoren analysiert, die den Wettbewerb von B2B-Plattformen begünstigen: <https://bdi.eu/publication/news/Industrielle-Digitalwirtschaft-B2B-Plattformen>

⁷ BDI. 2020. German digital B2B-platforms. URL: <https://english.bdi.eu/publication/news/german-digital-b2b-platforms/>

⁴ Vbw, 2019, Plattformen – Infrastruktur der Digitalisierung: <https://www.vbw-bayern.de/vbw/Aktionsfelder/Innovation-F-T/Forschung-und-Technologie/Plattformen—Infrastruktur-der-Digitalisierung-2.jsp>

vielmehr die Koexistenz mehrerer konkurrierender Plattformen. Zudem sorgt auch der Wettbewerb zwischen traditionellen (analogen) Geschäftsmodellen und digitalen plattformbasierten Geschäftsmodellen für einen zusätzlichen Wettbewerb, der von Betreiber digitaler B2B-Plattformen hohe Investitionen in die eigene Plattform erfordert.

f) Weitere inhaltliche Bedenken

aa) Überbordende Auskunft- und Informationsansprüche (Marktuntersuchung)

Obwohl noch nicht klar ist, wie ein etwaiges NCT aussehen würde, ist bereits jetzt absehbar, dass etwaigen Abhilfemaßnahmen zwingend eine Marktuntersuchung vorgeschaltet wäre zur „Identifizierung“ der „strukturellen Wettbewerbsprobleme, die nicht oder nicht effizient nach den Wettbewerbsregeln abgestellt werden“ könnten (vgl. Option 3 des IAA). Hierfür dürfte die Mithilfe der Unternehmen unabdingbar sein. Auch dürften Auskunft- und Informationsansprüche in ähnlichem Umfang wie diejenigen im Rahmen einer Sektoruntersuchung erforderlich werden. Dabei erinnern die Pläne auch entfernt an die Vorschläge des gescheiterten Binnenmarktinformations-Instruments (vgl. oben), das ebenfalls keinen Rechtsverstoß vorausgesetzt hätte, oder an das umstrittene *Market Investigation Tool* aus dem Vereinigten Königreich.

Statt problematische neue direkte Auskunftsansprüche zu schaffen, sollte die Kommission bereits zugängliches, umfangreiches Datenmaterial sowie vorhandene Korrekturmechanismen intensiver nutzen. Im Wettbewerbs- und Kartellrecht gibt es bereits das Instrument der Sektoruntersuchungen. Danach hat die Kommission bereits die Möglichkeit, in speziellen Wirtschaftsbereichen (oder in speziellen Fällen auch sektorübergreifend) zu ermitteln, wenn der Handel zwischen den Mitgliedstaaten, die Preisentwicklung oder andere Umstände zeigen, dass der Wettbewerb gestört ist. In diesem speziellen Zusammenhang darf die Kommission Informationen von der Wirtschaft bereits heute erfragen; weitergehende allgemeine Direktansprüche gegen Unternehmen bzw. Verbände erscheinen dagegen unnötig und nicht angebracht. Allerdings haben die praktischen Erfahrungen mit diesem Instrument bereits gezeigt, dass der Aufwand von den Unternehmen teils als kritisch hoch und belastend eingestuft worden ist, was gegen eine Ausweitung derartiger Verfahren spricht. Zu beachten wäre daher der hohe bürokratische Mehraufwand für die Unternehmen.

bb) Europarechtliche Bedenken – Widerspruch zur Kompetenzordnung der EU-FKVO

Die von der GD Wettbewerb erwogenen verhaltensunabhängigen Abhilfemaßnahmen einschließlich im Wege von Entflechtungen könnten mit dem Grundsatz der Kompetenzordnung der EU-Fusionskontrollverordnung des

Rates (FKVO) im Widerstreit stehen.⁸ Die FKVO hat eine präventive Marktstrukturkontrolle zum Gegenstand. Untersagt werden solche Zusammenschlüsse, wenn sie zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führen. Erforderlich ist eine Prognoseentscheidung der EU-Kommission. Diese muss vorausschauend beurteilen, ob sich der Eintritt solcher wettbewerbsbehindernder Effekte infolge des Zusammenschlusses erwarten lässt. Ist das nicht der Fall, kommt es zu einer Freigabe des Zusammenschlusses. Ein einmal freigegebener Zusammenschluss kann aber später nicht untersagt und entflochten werden. Das Prognoserisiko hinsichtlich der Entwicklung der Wettbewerbsbedingungen nach dem Zusammenschluss trägt also nach erfolgter Freigabe die Kommission. Die Kommission kann ihre Freigabe mit Auflagen und Bedingungen versehen, um etwaige wettbewerbliche Bedenken auszuräumen. Insoweit führt aber nur ein Verstoß gegen diese Nebenbestimmungen zum nachträglichen Entfallen bzw. zur Widerrufbarkeit der Freigabe. Werden die Nebenbestimmungen hingegen eingehalten, und es stellen sich wider Erwarten doch wettbewerbliche Behinderungen ein, ist auch hier die Freigabe unwiderruflich.

Abhilfemaßnahmen im Nachhinein, struktureller Natur oder in Form einer Verhaltensmaßnahme, würden dem Prinzip der präventiven Marktstrukturkontrolle und damit der Grundentscheidung des Rates in der Fusionskontrolle widersprechen.

cc) Wettbewerbspolitische, verfassungsrechtliche und rechtsstaatliche Bedenken

Zusätzlich zu den eingangs unter B.2.c bereits skizzierten Bedenken wettbewerbspolitischer Natur bestehen (weitere) wettbewerbspolitische, verfassungsrechtliche und rechtsstaatliche Bedenken. Die Einführung missbrauchsunabhängiger Abhilfemaßnahmen insbesondere struktureller Natur ist schon *wettbewerbspolitisch* nicht angezeigt. Die Universitätsprofessoren Thomas und Nettesheim haben sich in einem *Executive Summary* zu ihrem, vom BDI angeregten Gutachten „Entflechtung im deutschen Kartellrecht“⁹ folgendermaßen geäußert:

„Entflechtungsverfahren beseitigen Effizienzen bei erfolgreichen Unternehmen und dämpfen die Investitionsbereitschaft. Es gibt keine überzeugenden Gründe für die Annahme, dass diese Nachteile durch spätere Verbesserungen von Wettbewerbsbedingungen aufgewogen werden. Vielmehr ist die These einer Förderung des Wettbewerbs durch Entflechtung bereits grundlegenden Zweifeln ausgesetzt. Die Erfahrungen mit Entflechtungsinstrumenten im Ausland bestätigen die Bedenken eher als dass sie sie widerlegen. Dort enden Entflechtungsverfahren oft in jahrelangen gerichtlichen Auseinandersetzungen, wie die USA

⁸ Vgl. dazu ausführlich Nettesheim/Thomas, Entflechtung im deutschen Kartellrecht, 2011, mit weiteren Nachweisen.

⁹ Wie vor.

zeigen: Das Alcoa-Verfahren dauerte sieben Jahre bis zum Erlass des Urteils, erst weitere fünf Jahre später wurde die konkrete Entflechtung angeordnet. Im IBM-Verfahren wurde die Entflechtung 11 Jahre, im AT&T-Verfahren acht Jahre nach Verfahrensbeginn verfügt. Die Veränderung der Marktverhältnisse hat die Ausgangsprämissen dann oft überholt. Die Rechtsprechung des US-Supreme Court verdeutlicht die genannten Risiken. Sie hat sich mittlerweile klar von dem Gedanken der verhaltensunabhängigen Aufspaltung von Unternehmen zur Beseitigung reiner Marktmacht verabschiedet („bigness is not an offense“).(…) Unternehmen droht infolge einer Entflechtung der Verlust von in den betroffenen Bereichen eingesetztem Kapital und erzielten Forschungs- und Entwicklungserfolgen. Dies kann die Investitionsbereitschaft bremsen. Die Möglichkeit zur missbrauchsunabhängigen Entflechtung marktbeherrschender Unternehmen setzt den Anreiz, die Erlangung einer beherrschenden Stellung zu vermeiden. Dies kann dem betroffenen Unternehmen Anlass geben, seinen output durch Preisanhebung zu reduzieren. Die Effekte wären Preisanstiege und Lähmung des Wettbewerbs.“

Hinzu träte die Folgeproblematik, dass der Verlust kompensiert werden müsste, wenn das entflochtene Unternehmen für den abgetrennten Unternehmensteil keine entsprechende Gegenleistung am Markt erzielt. Bei einer erzwungenen Veräußerung wird nie der Wert als Kaufpreis erreicht werden. Für diese Fälle müssten Entschädigungen vorgesehen werden.

Eine missbrauchsunabhängige Entflechtung ist aus unserer Sicht auch nicht erforderlich, weil die existierenden kartellrechtlichen Verbote und Eingriffsbefugnisse bereits denkbar weit sind. Die scharfe Verhaltenskontrolle des Kartell- und des Missbrauchsverbots wird ergänzt durch eine strenge Fusionskontrolle. Die EU-Kommission hat bereits nach geltendem Recht Befugnisse, die deutlich über die bloße Anordnung eines Verbots hinausgehen. In erster Linie sollte das bestehende Wettbewerbsrecht konsequent angewandt werden, und es sollte über einen Ressourcenaufbau nachgedacht werden, um mehr Verfahren in kürzerer Zeit führen zu können.

Die Einrichtung einer Befugnis zur Unternehmensentflechtung ohne wettbewerbsrechtlich indizierten Anlass könnte zudem gegen das Grundrecht der Eigentumsfreiheit verstoßen, das in der ständigen Rechtsprechung des EUGH, durch Auslegung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts, zu den nach Art. 6 Abs. 3 EUV anerkannten allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts aufgrund der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen und der EMRK gehört, auch wenn der Beitritt der EU zur EMRK noch aussteht. Das Eigentum wird des Weiteren durch Art. 17 Grundrechtscharta geschützt. Bereits die Schaffung einer Kompetenz für Eigentumseingriffe würde eine „*verhaltensbeeinflussende Beeinträchtigungswirkung entfalten*“ und wäre damit ein Grundrechtseingriff.¹⁰ Das bereits erwähnte Gutachten

¹⁰ Wie vor.

(„Entflechtung im deutschen Kartellrecht“) legt mit guten Gründen dar, dass eine staatlich erzwungene Abgabe von Vermögensteilen im Wege der Entflechtung eine Enteignung darstellt, die – ohne vorwerfbares Verhalten – jedenfalls ohne Ausgleichsansprüche nicht verhältnismäßig wäre. Zu beachten wäre auch, dass Entflechtungsregelungen in die von Art. 16 Grundrechtsscharta geschützte Unternehmensfreiheit eingreifen würde.

Überdies bestehen erhebliche rechtsstaatliche Bedenken, wenn hoheitliche Eingriffe ohne Feststellung eines Verstoßes gegen Rechtsnormen seitens des Adressaten eines Eingriffs ermöglicht werden sollen.

Weitere rechtsstaatliche Bedenken bestehen mit Blick auf die bestehenden institutionellen Rahmenbedingungen. Insbesondere bedarf es für die Einführung des NCT eines funktionierenden Systems von „*checks and balances*“: Zum einen benötigt der Ombudsmann mehr Ressourcen um seinen Aufgaben adäquat nachkommen zu können. Zum anderen müsste der Anhörungsbeauftragte unabhängiger sein, um seine vorgesehene Funktion ausfüllen zu können. Schließlich bedarf es einer angemessenen gerichtlichen Überprüfung der Entscheidung der EU-Kommission. Ein Schritt dahin wäre die Einführung spezialisierter Kammern beim EuG und EuGH. Die Einführung eines neuen weitreichenden kartellrechtlichen Tools wie dem NCT kann daher nicht ohne die dringend benötigte Reform der institutionellen Rahmenbedingungen erfolgen.

All diesen Bedenken wird der NCT-Fragebogen der EU-Kommission leider nicht hinreichend gerecht. Mit der Frage, wie die Eigentumsfreiheit der Unternehmen im Rahmen der Einführung neuer struktureller Instrumente hinreichend Rechnung getragen wird, setzt sich der Fragebogen bspw. überhaupt nicht auseinander. Sonstigen rechtsstaatlichen Aspekten wird ebenfalls kein ausreichender Raum eingeräumt. Die Fragen zielen eher auf das „Wie“ eines New Competition Tools ab, nicht auf das „Ob“. Das vermittelt den Eindruck, dass der Prozess bereits beim „Wie“ angekommen ist. Das Format des Fragebogens (ankreuzen von „Yes“ // „No“ Fragen) ist auch nicht gut geeignet, der Komplexität und Vielschichtigkeit des Themas gerecht zu werden. Unklar ist auch, was der Erkenntniswert der Antworten zu vielen Fragen sein soll.

dd) Algorithmenkontrolle in oligopolistischen Märkten

Die GD Wettbewerb möchte zudem Fälle einer auf impliziter Kollusion („*tacit collusion*“) beruhenden Preisführerschaft, die durch oligopolistische Märkte gefördert wird, sanktionieren. Es ist sicherlich nicht ausgeschlossen, dass Preisalgorithmen in datenintensiven Wirtschaftsbereichen kollusive Verhaltensweisen erleichtern können. Allerdings ist nicht jede Kollusion aus Wettbewerbsicht problematisch. Ein Parallelverhalten als Folge eines Zusammenwirkens von Algorithmen, das von den Marktteilnehmern nicht beherrscht wird und kein wettbewerbsbeschränkendes Marktverhalten enthält, verstößt aktuell nicht gegen das Kartellverbot.

Der BDI spricht sich dafür aus, Märkte mit algorithmenbasierter Preisbildung weiter in den Blick zu nehmen. Weitergehende Maßnahmen sollten jedoch nur dann erwogen werden, wenn sich bei der Beobachtung der Marktentwicklung konkrete Hinweise auf kollusive Marktergebnisse in beträchtlichem Umfang ergeben und wenn sich die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts dadurch als unzureichend erweisen würde. Bis jetzt ist das jedoch nicht der Fall. Der BDI warnt vor zu schnellen Eingriffen in die Marktentwicklung, da diese sich negativ auf das Innovationspotential bei der Weiterentwicklung digitaler Preisfindungswerkzeuge auswirken könnten.

Die immer wieder vernommene Befürchtung von Kartellbehörden, dass zwei oder mehr Wettbewerber die gleichen oder vergleichbare Preisalgorithmen verwenden und die menschliche Steuerung und Preisfestsetzung durch Computerprogramme vollständig ersetzt wird, gehört einer fernen Zukunft an. Selbst wenn diese Fallkategorien in der Praxis auftreten sollten, könnten die Aktivitäten der Computerprogramme ohne weiteres nach anerkannten Grundsätzen der Zurechnung im Kartellrecht den Unternehmen, die solche Programme einsetzen, zugerechnet werden. Die Sorgen der Kartellbehörden sollten kein Anlass sein, jetzt eine fortschrittliche und in der Entwicklung befindliche Technologie durch vorschnelle regulatorische Eingriffe einzuschränken.

Von einer allgemeinen und generellen Offenlegungspflicht für Algorithmen sollte ebenfalls Abstand genommen werden, da dies einen tiefgehenden Eingriff in Geschäftsgeheimnisse bedeuten würde, der ganze Geschäftsmodelle ad acta legen könnte.

Hilfreich wäre es sicherlich, wenn es den Kartellbehörden gelänge, zunächst Fachkenntnisse über die Funktionsweise von Preisalgorithmen aufzubauen, zum einen durch die Verstärkung ihrer Expertise und zum anderen aufgrund von Erfahrungen infolge durchgeführter Sektorenuntersuchungen. Ihre Erfahrungen könnten in Form von Fallberichten und gegebenenfalls Leitlinien für die kartellrechtlich zulässige Verwendung von Preisalgorithmen niedergelegt und den Unternehmen damit eine praktische Handhabung für deren Verwendung an die Hand gegeben werden. Das könnte der Verunsicherung auf Seiten der Wirtschaft, die durch behördenseitige Aussagen über ein „compliance-gerechtes Design von Algorithmen“ entstanden ist, entgegenwirken und einen rechtsicheren Umgang mit Algorithmen fördern.

ee) Tipping

Das NCT soll in der Lage sein, ein „Tipping“ (Kippen) von Märkten in eine marktbeherrschende Stellung zu verhindern. Die Risiken für den Wettbewerb sollen sich durch das Entstehen mächtiger Marktteilnehmer mit einer gefestigten Markt- und/oder Torwächter-Position ergeben, was durch ein frühzeitiges Eingreifen verhindert werden könnte. Es ist schwierig den Tatbestand des „Tipping“ sinnvoll zu regeln. Der in Deutschland gerade

vorgelegte Regelungsvorschlag dazu (§ 20 Abs. 3 a GWB) ist eine Ansammlung von unbestimmten Rechtsbegriffen, über deren Bedeutung der künftige Anwender im Unklaren gelassen wird.

Es fehlt zu dem Thema bislang an einer wissenschaftlich fundierten volkswirtschaftlichen Analyse, insbesondere zu den Auswirkungen „gekippter“ Märkte. Auch hier gilt es, widerstreitende Interessen gegeneinander abzuwägen und Entscheidungen hinsichtlich einer Bevorzugung der Konsumentenwohl- fahrt oder der Gesamtwohlfahrt zu treffen. Die Konsumentenwohl- fahrt, die mittlerweile als sog. „Gold Standard“ des Wettbewerbsrechts gilt, mag durch ein „Kippen“ von Märkten durchaus gesteigert werden. Verbraucher können von einem großen Angebot, geringen Preisen profitieren und erzielen als Nutzer durch Netzwerkeffekte einen Mehrwert.

Eine Verhinderung von „Tipping“ würde eine weitere Einschränkung des Leistungswettbewerbs darstellen und könnte gerade auch die Unternehmen am internen Wachstum hindern, wie z. B. B2B-Plattformen, die langfristig ein Gegengewicht zu den bereits marktmächtigen Digitalunternehmen bilden könnten, wenn sie die Chance bekämen, in ihren Nischenmärkten eine international wettbewerbsfähige Größe zu erlangen. Volkswirtschaftlich ist ein Eingreifen aus diesen Gründen wahrscheinlich nicht angezeigt oder nur dann wirklich vertretbar, wenn ein Unternehmen – ggf. mit seiner Plattform – über eine kritische Marktmacht verfügt und diese missbraucht. Eine reine, das weitere interne Wachstum von Unternehmen verhin- dernde Beschränkung des Leistungswettbewerbs, ohne dass ein Missbrauch vorliegt, rührt an den Grundfesten der Wettbewerbspolitik seit 1952 und hätte unüberseh- bare Konsequenzen.

ff) Hebelwirkung auf angrenzende Märkte

Wenn ein marktbeherrschendes oder marktmächtiges Unternehmen seine Marktstellung auf benachbarte Märkte ausdehnt oder in der Lage ist, dies zu tun, stellt sich ebenfalls zunächst Frage, wann oder inwieweit dies volkswirtschaftlich unver- tretbar wäre. Hierbei wäre sicherlich zu unterscheiden, ob der Eintritt in einen neuen Markt mit wettbewerbswidrigen Methoden erfolgt, der dann bereits an Art. 102 AEUV gemessen werden könnte, oder inwieweit der neue Markteintritt als Bestandteil des normalen Wettbewerbs- prozesses angesehen werden kann. Wenn ein Unternehmen über übertrag- bare Vermögenswerte, Fähigkeiten und Know-how verfügt, die dieses auch in das neue Betätigungsfeld einbringt, kann dies wiederum die Konsumenten- wohl- fahrt steigern. Eine wachsende Produktion und steigende Kapazitäten in einem Unternehmen gehen oft mit einer Steigerung des Unternehmen- sumsatzes und einer Investition und Expansion auch in andere Geschäftsbe- reiche einher, wodurch in der Regel neue Wachstums- und Beschäftigungs- potentiale erschlossen werden. Wettbewerbspolitisch problematisch könnte dies nur dann sein, wenn dadurch Markteintritte von Wettbewerbern erschwert würden. Auch dieses Thema bedarf aus unserer Sicht noch einer wissenschaftlich fundierten Aufarbeitung aus volkswirtschaftlicher Sicht.

Über den BDI

Der BDI transportiert die Interessen der deutschen Industrie an die politisch Verantwortlichen. Damit unterstützt er die Unternehmen im globalen Wettbewerb. Er verfügt über ein weit verzweigtes Netzwerk in Deutschland und Europa, auf allen wichtigen Märkten und in internationalen Organisationen. Der BDI sorgt für die politische Flankierung internationaler Markterschließung. Und er bietet Informationen und wirtschaftspolitische Beratung für alle industrierelevanten Themen. Der BDI ist die Spitzenorganisation der deutschen Industrie und der industrienahen Dienstleister. Er spricht für 40 Branchenverbände und mehr als 100.000 Unternehmen mit rund 8 Mio. Beschäftigten. Die Mitgliedschaft ist freiwillig. 15 Landesvertretungen vertreten die Interessen der Wirtschaft auf regionaler Ebene.

Impressum

Bundesverband der Deutschen Industrie e.V. (BDI)
Breite Straße 29, 10178 Berlin
www.bdi.eu
T: +49 30 2028-0

Ansprechpartner

Dr. Ulrike Suchsland LL.M.
Referentin
T: +493020281408
U.Suchsland@bdi.eu

BDI Dokumentennummer: D 1230