



39. Frankfurter Newsletter zum Recht der Europäischen Union

(03.07.2020)

Prof. Dr. Thomas Lübbig

Aktuell in Brüssel: New Competition Tool und White Paper on Foreign Subsidies – Komplettiert die GD IV zum Royal Flush?

1. Die Wettbewerbsaufsicht erfindet sich neu

Auch ein halbes Jahr nach dem ersten Anwendungsfall von Art. 50 EUV ist die gemeinsame Amtssprache der Republiken Irland und Malta als Medium der politischen Kommunikation in Brüssel ungebrochen populär. Kaum ein Tag vergeht ohne englischsprachige Wortbeiträge oder Stellungnahmen zu den beiden in der Überschrift genannten Politikvorhaben, von denen das erste (New Competition Tool)¹ in das noch größere Vorhaben des Digital Services Act Paketes eingebettet ist, welches Kommissionspräsidentin *von der Leyen* am 2. Juni 2020 vorgestellt hat. Derzeit läuft die öffentliche Konsultation zu den beiden hier besprochenen Vorhaben für die Ausweitung der Wettbewerbsaufsicht in der Europäischen Union um zwei wesentliche neue Instrumente der Marktintervention.

Das New Competition Tool wäre ein Gesetzgebungsakt (voraussichtlich eine Verordnung) des Unionsrechts, welcher es der Kommission erlaubt, in nach ihren Feststellungen wettbewerblich ungünstig strukturierten Märkten auch ohne Feststellung eines Rechtsverstoßes zu

¹ Die etwas anämisch klingende deutsche Übersetzung lautet auf der Internetseite der Generaldirektion Wettbewerb „Neues Zusatz-Instrument zur besseren Durchsetzung des Wettbewerbsrechts“ oder „Neues Wettbewerbsinstrument“.

intervenieren und erforderlichenfalls Abhilfemaßnahmen bis hin zur Entflechtung großer Unternehmen durchzusetzen.² Federführend für die Anwendung dieses voraussichtlich auf der Grundlage der Art. 103 und 114 AEUV zu erlassenden Rechtsrahmens wäre die Generaldirektion Wettbewerb (in früheren Zeiten „GD IV“).

Das Weißbuch zu Subventionen aus Drittstaaten im Binnenmarkt,³ das die Kommission am 17. Juni 2020 vorgestellt hat, soll ein weiteres neues Regularium vorbereiten, mit dem die Generaldirektion Wettbewerb wahrscheinlich in geteilter Zuständigkeit mit anderen Generaldirektionen der Kommission und Behörden der Mitgliedstaaten gegen die Gewährung von Subventionen durch Drittstaaten an in der EU tätige Unternehmen vorgehen kann. Das besondere Interesse dieses Instrumentes gilt möglichen Wettbewerbsvorteilen von aus Drittstaaten unterstützter Unternehmen bei der Akquisition von Unternehmen in der EU und auch im Wettbewerb um öffentliche Aufträge.

Wenn der Unionsgesetzgeber diese von der Kommission sehr nachhaltig verfolgten Vorschläge umsetzt, hätte die Kommission zusätzlich zur konventionellen Kartell- und Missbrauchsaufsicht, der Fusionskontrolle und der Beihilfeaufsicht zwei weitere bedeutsame Rechtsinstrumente zur Verfügung, um den Wettbewerb auch über die EU hinaus zu regulieren. Da sich die beiden neuen Instrumente gerade auch auf Sachverhalte in Drittstaaten beziehen sollen, würde sich die Kommission mit diesen Eingriffsmöglichkeiten wohl endgültig als weltweit bedeutendste Wirtschaftsverwaltungsbehörde – vielleicht neben dem IWF – etablieren.

Die öffentliche Konsultation zu dem New Competition Tool ist noch bis zum 8. September 2020 eröffnet, zu dem Weißbuch nimmt die Kommission Stellungnahmen bis zum 23. September 2020 entgegen.

2. Das New Competition Tool (NCT)

Die möglichen Konturen des NCT erläutert die Kommission in ihrem am 2. Juni 2020 vorgelegten Dokument zur „Folgenabschätzung in der Anfangsphase“.⁴ Dies ist ein vergleichsweise kurzer Vermerk, in dem die Kommission im Wege der Diagnose feststellt, dass die Durchsetzung der geltenden Wettbewerbsvorschriften, namentlich der Artikel 101 und 102 AEUV nicht ausreichend ist, um strukturelle Wettbewerbsprobleme in bestimmten wettbewerbsarmen Märkten zu beheben. Als besonderes Beispiel stehen der Kommission die Wettbewerbsverhältnisse in bestimmten Märkten vor Augen, die durch große Online-Plattformen geprägt sind. Möglicherweise wird das NCT aber nicht auf diesen Sektor begrenzt sein, sondern auch andere Bereiche der Volkswirtschaft betreffen. Die Schaffung gesonderter Regeln für das Wettbewerbsgeschehen in digitalen Märkten ist nicht nur in Brüssel seit längerem ein Anliegen der Wettbewerbspolitik, so namentlich auch der 10. GWB-Novelle in Deutsch-

² Redebeitrag der Vizepräsidentin der Kommission *Vestager* bei der ASCOLA-Konferenz am 26. Juni 2020: *Competition in a Digital Age: Changing Enforcement for Changing Times*, veröffentlicht auf der Internetseite der Generaldirektion Wettbewerb.

³ „White Paper on Levelling the Playing Field as regards Foreign Subsidies“, COM (220) 253 final.

⁴ Folgenabschätzung in der Anfangsphase (Ares (2020) 2877634). Dies ist ein *Terminus Technicus* aus der *Better Regulation Praxis* der Kommission, auch der englische Begriff „Inception Impact Assessment“ klingt ungewohnt.

land, die sich gegenwärtig im Gesetzgebungsverfahren befindet. Über dieses Sonderthema hatte das Frankfurter Institut bereits im September 2018 in seinem Newsletter 33 berichtet.

Neu und aufsehenerregend an dem NCT ist der Umstand, dass die weitreichenden Eingriffsmöglichkeiten in die betroffenen Märkte gerade nicht voraussetzen, dass die dort vorherrschenden Wettbewerbsstrukturen das Ergebnis rechtswidriger Verhaltensweisen sind. Dementsprechend sieht das NCT auch keine Geldbussensanktionen vor, wohl aber voraussichtlich sowohl Verhaltens- als auch strukturelle Abhilfemaßnahmen. Im Bereich der digitalen Wirtschaft stehen im Zentrum des Interesses die mögliche Ungleichbehandlung von konzern eigenen und konzernfremden Diensten bei der Nutzung einer zentralen Dateninfrastruktur und das sog. Tipping von Märkten, auf denen sich ein Unternehmen aufgrund des besonderen Skaleneffekte, die für die digitale Wirtschaft kennzeichnend sind, nach den Vorstellungen der Kommission im Markt so schnell durchsetzt, dass es aufgrund der Netzwerkeffekte ab einem bestimmten Zeitpunkt eine weitgehend unangreifbare Marktposition erlangt. Das Tipping von Märkten steht auch im Zentrum der 10. GWB-Novelle und wird an prominenter Stelle in dem Gutachten „Competition Policy for the Digital Era“ im Auftrag der Kommission untersucht.⁵

Ganz ohne Vorbilder ist das NCT nicht. Die Kommission verweist auf ähnliche gesetzliche Befugnisse der Wettbewerbsbehörden in Griechenland, Island, Rumänien, dem Vereinigten Königreich, Mexiko und Südafrika. Allerdings liegen von diesen Behörden wohl keine für den Vergleich tauglichen Beispielfälle aus dem Bereich der digitalen Wirtschaft vor. Gewisse Prominenz in Europa erlangte damals die von den britischen Wettbewerbsbehörden durchgesetzte Teilentflechtung einzelner Flughäfen der britischen Betreibergesellschaft BAA.⁶ In Deutschland gab es zuletzt im Jahre 2010 auf der Grundlage des Koalitionsvertrages zwischen CDU/CSU und FDP vom 26. Oktober 2009 den Vorschlag eines Entflechtungsinstruments auf nationaler Ebene. Dieser Vorschlag führte damals zu einer weite Kreise ziehenden kontroversen Diskussion in Wissenschaft und Praxis, aber das Vorhaben gedieh nicht über das Stadium des Referentenentwurfes hinaus.⁷

Interessant für die weitere rechtliche Diskussion ist auch die Frage der tauglichen Rechtsgrundlage für das neue Instrument. Die Kommission will das NCT bisher (wie die Schadenseratzrichtlinie 2014/104/EU) auf die Artikel 103 und 114 AEUV stützen. Ob diese beiden Vorschriften als Rechtsgrundlage ausreichend sind, erscheint fraglich. Art. 103 bezieht sich gerade auf den Erlass von Sekundärrecht zur Anwendung von Art. 101 und 102 AEUV, dürfte somit gerade nicht das Feld eröffnen für ein neues Rechtsinstrument, das auf der Annahme beruht, dass die Wettbewerbsregel des Primärrechts gerade nicht verletzt worden sind. Art. 114 AEUV dient der Angleichung von Rechtsvorschriften im Binnenmarkt. Ob der Umstand, dass es offenbar in Griechenland und Rumänien vergleichbare Rechtsvorschriften schon gibt, in den anderen Mitgliedstaaten aber noch nicht, für die Inanspruchnahme dieser Rechtsvorschrift ausreichen wird, müsste noch vertieft geprüft werden. Alternativ käme Art. 352

⁵ *Crémer/de Montjoye/Schweitzer*, Competition Policy for the Digital Era, veröffentlicht von der Europäischen Kommission, 2019.

⁶ *Nettesheim/Thomas*, Entflechtung im deutschen Kartellrecht, Tübingen, 2011, S. 3 f.

⁷ Vgl. zum Diskussionsstand: *Nettesheim/Thomas*, a.a.O., Monopolkommission, Sondergutachten 58 – Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung, 2010.

AEUV, die Kompetenzergänzungsklausel des Vertrages, infrage, auf deren Vorgängerbestimmung auch die EU-Fusionskontrollverordnung (EWG) Nr. 4064/89 (jetzt VO 139/2004) gestützt worden war, nachdem die Frage der Rechtsgrundlage für eine so weitreichende Änderung des Wettbewerbsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft auch damals sehr umstritten war.⁸

Das NCT soll zusammen mit einer von der GD CONNECT⁹ vorgeschlagenen Ex-ante-Regulierung großer digitaler Plattformen (Digital Services Act Legislativpaket)¹⁰ erlassen werden, die sich am Telekommunikationsrecht orientieren soll. Die Abgrenzung der beiden Regelwerke zueinander ist noch unklar.

3. Das Weißbuch zu Subventionen aus Drittstaaten

Dieses Weißbuch¹¹ vom 17. Juni 2020 ist mit einem Umfang von fast 50 Seiten sehr viel ausführlicher als die Folgenabschätzung zum NCT, die nur wenige Seiten umfasst. Daher sind in diesem Weißbuch die Konzeptvorschläge auch schon weiter gediehen und die möglichen Konflikte mit bestehenden Rechtsvorschriften breiter ausgeführt. Die Kommission erwägt die Einführung von insgesamt drei Modulen (in der deutschen Terminologie sog. „Teilinstrumente“), von denen sich das erste generell auf die Gewährung von Subventionen bezieht, die Drittstaaten an Unternehmen gewähren, die im Binnenmarkt tätig sind. Teilinstrument 2 betrifft die Inanspruchnahme von Subventionen aus Drittstaaten, die möglicherweise den Erwerb eines EU-Unternehmens erleichtern. Teilinstrument 3 soll die Nutzung von Drittstaatensubventionen im Vergabeverfahren verhindern, damit diese Subventionen sich nicht in einer unfairen Einflussnahme auf den Angebotspreis niederschlagen.

Die Prüfung solcher Subventionen, für die teilweise auch die Behörden der Mitgliedstaaten verantwortlich sein sollen, wird sich oberhalb einer Bagatellschwelle von 200.000 Euro voraussichtlich in einem zweistufigen Verwaltungsverfahren vollziehen. Das Ergebnis dieses Verfahrens kann darauf lauten, dass im Sinne eines „EU Interest Tests“, der sich auf die Prüfung verschiedener Gemeinwohlziele der Europäischen Union bezieht, im Ergebnis keine Einwände gegen die Drittstaatensubventionen bestehen. Anderenfalls sind zum Teil sehr drastische Abhilfemaßnahmen möglich, wie etwa die Rückzahlung der Beihilfemittel an den gewährenden Drittstaat, ggf. aber auch an die Europäische Union oder die Mitgliedstaaten.¹² Das Weißbuch sieht allerdings auch andere mögliche Abhilfemaßnahmen vor, wie etwa den Verkauf von Unternehmensbestandteilen, Investitionsverbote, Einschränkungen der Akquisitionstätigkeit oder die Verpflichtung, bestimmte Technologien an andere Marktteilnehmer zu lizenzieren.¹³ Im Bereich des Teilinstrumentes 2 gehört auch die Untersagung der zur Prüfung angemeldeten Transaktion zu den möglichen Rechtsfolgen¹⁴ und im Bereich des Teilin-

⁸ Vgl. *Pathak*, ECLR 1990, 119, 122; *Zuleeg*, EuR 1990, 123, 134.

⁹ Generaldirektion Kommunikationsnetze, Inhalte und Technologien.

¹⁰ Laut der Internetseite der Generaldirektion Wettbewerb „Legislativpaket über digitale Dienste – Instrument zur Vorabregulierung sehr großer Online-Plattformen, die als Torwächter fungieren“. Siehe Folgenabschätzung in der Anfangsphase (Ares (2020) 2877647).

¹¹ „White Paper on Levelling the Playing Field as regards Foreign Subsidies“, COM (220) 253 final (Weißbuch).

¹² Weißbuch, S. 19.

¹³ Weißbuch, S. 19, 20, 29.

¹⁴ Weißbuch, S. 28.

strumentes 3 (Vergaberecht) ist ein Ausschluss des subventionierten Bieters vom Ausschreibungswettbewerb möglich.¹⁵

Mit diesen neuen Vorschriften sind Konflikte aller Art mit den bestehenden Regeln vorprogrammiert. Das beginnt bereits bei der Definition des Unionsinteresses in all denjenigen Fällen, in denen ein Mitgliedstaat die durch einen Drittstaat finanzierte Investition z.B. in ein wichtiges Infrastrukturvorhaben möglicherweise ausdrücklich begrüßt, während die Kommission hier in erster Linie die Wettbewerbsverzerrung im Auge hat, die durch diese Subventionen möglicherweise entstanden ist.

4. Weiteres Verfahren

Während das Weißbuch eine solide Grundlage für das laufende Konsultationsverfahren bietet, sind die Informationen über das geplante NCT noch sehr überschaubar. Gerade bei dem NCT erscheint das Gesetzgebungsverfahren etwas überhastet. Die Kommission beabsichtigt zum NCT bereits im 4. Quartal 2020 einen Legislativvorschlag vorzulegen. Besinnt man sich darauf, dass der Einführung der europäischen Fusionskontrolle jahrelange Diskussionen zwischen Kommission und Mitgliedstaaten vorangegangen sind, so würde man sich bei einem so weitreichenden Instrument wie dem NCT etwas mehr Raum vor allem auch für die Diskussion über den Bedarf für ein solches Instrument wünschen. In jedem Fall werden beide Instrumente die Eingriffsbefugnisse der Kommission erweitern und stärken. Ob gerade im Bereich der Digitalwirtschaft tatsächlich ein so dringendes Bedürfnis für das NCT besteht, wird man allerdings wahrscheinlich besser beurteilen können, wenn die jetzt bereits anhängigen - zahlreichen - Verfahren, die die Kommission auf der Grundlage des bisherigen Wettbewerbsrechts gegen diese Unternehmen führt, abgeschlossen sind.

Frankfurter Institut für das Recht der Europäischen Union

fireu@euroap-uni.de

<http://www.fireu.de>

¹⁵ Weißbuch, S. 33 f.