

EU Wettbewerbsrecht und die Digitalwirtschaft

Fragebogen Thema 3 - FIDE XXIX Kongress, Den Haag, 2020

Prof. Nicolas Petit & Prof. Pieter Van Cleynenbreugel (Universität Lüttich)¹

Die Digitalisierung der Wirtschaft hat unzählige Möglichkeiten für Unternehmen und Verbraucher mit sich gebracht. Zugleich stört die Digitalisierung Märkte und Geschäftsmodelle, was industrieübergreifend zu Gewinner und Verlierern führt. Diese Marktstörungen, die durch die Digitalisierung verursacht werden, fordern zunächst den Gesetzgeber neue Regulierungsebenen zu schaffen um die entstehenden Herausforderungen zu bewältigen und sie verlangen zugleich die Durchsetzung des geltenden Rechts durch die Wettbewerbsbehörden – sowohl auf EU als auch auf mitgliedstaatlicher Ebene – um bestimmtes Marktversagen, das sich aus dieser neuen Realität ergibt, anzugehen.

Die Digitalisierung beeinflusst den Markt in zweierlei Hinsicht. Einerseits sind neue Märkte entstanden, in denen digitale Wettbewerber gegeneinander konkurrieren um schließlich Kunden für ihre Dienstleistungen zu begeistern. Die besten Beispiele hierfür sind Google und Facebook, und die einhergehende mögliche Marktdominanz, die diese Unternehmen in bestimmten Märkten erlangt haben. Andererseits hat die Digitalisierung ermöglicht, dass neue Wettbewerber ihre Dienstleistungen direkt in den Märkten anbieten können um somit in Wettbewerb mit bestehenden Wettbewerbern zu treten. Beispielsweise sind Onlineplattformen wie *Uber* und *Airbnb* in direkte Konkurrenz mit etablierten Taxi- und Hotelanbietern getreten.

Diese sich auf der Digitalisierung ergebenden Marktveränderungen haben zu Handlungsauffrufen und schließlich zu Sektoruntersuchungen im elektronischen Handel (E-Commerce)², zu vielbeachteten Entscheidungen einschließlich der hohen – durch die Europäische Kommission verhängten – Strafzahlungen gegen Google³, aber auch zu Entscheidungen auf mitgliedstaatlicher Ebene, wie zum Beispiel mit Blick auf die Meistbegünstigungsklauseln,⁴ geführt. Der EU-Gesetzgeber hat ferner regulative Instrumente erlassen, die den Markt für digitale Unternehmen regeln sollen. Diese zusätzlichen Instrumente vervollständigen einerseits das EU-Wettbewerbsrecht, können aber gleichzeitig zu möglichen Konflikten mit genau diesem führen. Bedeutende Beispiele beinhalten

¹ nicolas.petit@uliege.be, pieter.vancleynenbreugel@uliege.be

² Weitere Informationen verfügbar unter (ausschließlich in Englisch), http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiries_e_commerce.html.

³ Siehe, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1784_de.htm und http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4581_de.htm.

⁴ Siehe zu diesem Thema, S. Vezzoso, "Online Platforms, Rate Parity, and the Free Riding Defence" in P. Nihoul et P. Van Cleynenbreugel (eds.), *The Roles of Innovation in Competition Analysis*, Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2018.

unter anderem die Datenschutz-Grundverordnung (Verordnung 2016/679 oder DSGVO)⁵, die Geoblocking-Verordnung 2018/302⁶ sowie, falls schließlich verabschiedet, die vorgeschlagene Verordnung zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten.⁷

Mit dem technologischen Wandel einhergehend wird, wie immer, auf normativer Ebene diskutiert, ob die entstandene Digitalwirtschaft eine Veränderung des derzeitigen dogmatischen, steuerungs- sowie wettbewerbspolitischen Rahmens erfordert – und, falls ja, welche Änderungen genau erforderlich sind. Natürlich stellt die Geschäftsaktivität von Onlineplattformen (Suchmaschinen, soziale Netzwerke, E-Commerce Plattformen...) etablierte wettbewerbsrechtliche Konzepte wie den Markt oder Marktmacht vor Herausforderungen und erfordert die Weiterentwicklung von etablierten rechtlichen Konzepten um die Geschäftsaktivität von Unternehmen in der Digitalwirtschaft abzudecken. Gleichzeitig werfen diese Tendenzen die Frage auf, ob die bestehenden Instrumente genügend Elastizität aufweisen um sowohl die niedergelegten Ziele wettbewerbsrechtlicher Vorschriften als auch ihre Durchsetzung sicherzustellen. Und noch grundlegender eröffnen die durch die Digitalisierung herbeigeführten Herausforderungen die Diskussion über die eigentliche Zielsetzung von Wettbewerbsrecht und –politik.

Dieser Fragebogen bietet den Rahmen für die nationalen und institutionellen Berichte um zu analysieren inwiefern und wie die Möglichkeiten und Herausforderungen, die sich aus einer zunehmenden Digitalisierung ergeben, im Rahmen des nationalen und EU-Wettbewerbsrechts behandelt werden. Durch die Analyse des Einflusses der Digitalwirtschaft auf Wettbewerbspolitik, sowie die Anwendung und Durchsetzung von Wettbewerbsrecht ganz generell, versucht dieser Fragebogen die Richtung, in die sich das Verhältnis zwischen EU-Wettbewerbsrecht und der Digitalwirtschaft entwickelt, aufzudecken.

Die spezifischen Fragen, die das Erstellen der nationalen Berichte strukturieren sollen, lassen sich in vier Unterthemen unterteilen:

- A. Wettbewerbspolitik und Digitalwirtschaft: Eine Verlagerung des Fokus? –** Prioritätensetzung in der Durchsetzung von Wettbewerbsvorschriften, Anzahl der Fälle die sich mit Digitalwirtschaft beschäftigen, Verteilung der Fälle zwischen der Kommission und den Mitgliedstaaten, gemachte Vorschläge und Modifizierungen, Diskussion über die

⁵ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), [2016] ABl. L119/1. Siehe auch Thema 2 dieses FIDE-Kongresses.

⁶ Verordnung (EU) 2018/302 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Februar 2018 über Maßnahmen gegen ungerechtfertigtes Geoblocking und andere Formen der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, des Wohnsitzes oder des Ortes der Niederlassung des Kunden innerhalb des Binnenmarkts und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 2006/2004 und (EU) 2017/2394 sowie der Richtlinie 2009/22/EG, [2018] ABl. L601/1.

⁷ Für den Vorschlag siehe, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52018PC0238>.

Zielsetzung von Wettbewerbsrecht (z.B.: Ist der Verbraucherschutzstandard geeignet um vermeintlich schädliche Handlungen zu erfassen?) ...

- B. **Marktdefinition und Marktmacht** – Nutzen von Analysen des relevanten Marktes, genutzte Faktoren zur Bestimmungen des relevanten Marktes, Marktmacht von digitalen Unternehmen auf solchen Märkten, mögliche Wettbewerbsanalyse, Theorie zu mehrseitigen Märkten, „Zero Price Market“, neue Wirtschaftsinstrumente, Unterschied zwischen Artikel 102 AEUV und Fusionskontrolle?
- C. **Wettbewerbsfeindliches Verhalten in der Digitalwirtschaft** – in Richtung neuer Schadenstheorien („theories of harm“)? „Cross-Leverage“, Langzeitkampfp Preisunterbietung, Erfahrung mit algorithmischer Preisgestaltung und Personalisierung, wettbewerbsfeindliches Verhalten durch Onlineplattformen, mögliche Rechtfertigung von Verhalten, Daten als wesentliche Einrichtung („essential facility“), Datenaustausch, nichtwirtschaftliche Rechtfertigung, „Killer Acquisition“, Erwägungsgründe 8 und 9 Verordnung 1/2003 und strengere nationale Vorschriften zu einseitigem Vorgehen, verschuldensunabhängige Gesetzgebung, M&A-Verbote.
- D. **Regelungsüberschneidung und Herausforderungen für die Rechtsdurchsetzung** – Zusammenspiel von ex ante Regelungen (DSGVO, Geoblocking, Plattform-Regulierung) und ex post Durchsetzung von Wettbewerbsvorschriften, Kooperation zwischen verschiedenen Behörden, Rolle nationaler Gerichte.

A. Wettbewerbspolitik und Digitalwirtschaft: Eine Verlagerung des Fokus?

Die Digitalisierung von Wirtschaftssektoren und die Zunahme von Onlineplattformen haben zu erheblichen Debatten, sowohl auf Ebene der Europäischen Kommission als auch der Mitgliedstaaten, geführt. In 2014 veröffentlichte die deutsche Monopolkommission ihr wegweisendes Gutachten zum Wettbewerbsrecht und der Digitalwirtschaft.⁸ Angesichts der ausgemachten Veränderungen in der Wettbewerbspolitik wollen wir hinterfragen, in welchem Maße Digitalisierung (verstanden als sowohl der Märkte als auch des Wettbewerbs zwischen digitalen Dienstleistungsanbietern und etablierten Marktteilnehmern) ein Treiber für Veränderungen in der Wettbewerbspolitik ist und welche genauen Veränderungen man in diesem Zusammenhang beobachten kann, sowohl mit Blick auf die vorgelegten Politikvorschläge als auch auf die gesetzgeberischen Tätigkeiten und die Durchsetzung von Wettbewerbsvorschriften.

Die nachfolgenden Fragen sind von besonderer Bedeutung in diesem Zusammenhang:

Frage 1: Welches sind die wichtigsten Fälle, die durch die Wettbewerbsbehörde in Ihrem Mitgliedsstaat mit Bezug zur Digitalwirtschaft angestrengt und beendet wurden (mit Fokus auf entweder Digitalunternehmen oder auf den Wettbewerb zwischen Digitalunternehmen und etablierten Unternehmen)?

⁸ Bzgl. des Gutachtens siehe: https://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/SG68/S68_volltext.pdf.

- a. Wurden, mit Blick auf diese Fälle, spezielle wettbewerbliche Aspekte oder Probleme der Digitalwirtschaft identifiziert und rechtfertigen diese eine besondere Fokussierung auf die Digitalwirtschaft in Ihrer Rechtsordnung?
- b. Gibt es andere Fälle, die derzeit untersucht werden? Falls ja, könnten Sie bitte eine kurze Zusammenfassung des Verhandlungsstandes geben?

Frage 2: *Hat die Wettbewerbsbehörde Ihrer Rechtsordnung ihre Durchsetzungspraktiken angepasst um mit der Geschwindigkeit des Digitalmarktes mitzuhalten?*

- a. Wie haben diese Anpassungen stattgefunden (gesetzliche Änderungen, Politikänderung, Änderung in der Rechtsdurchsetzungsstrategie)?
- b. Welche Rechtsdurchsetzungsinstrumente sind oder waren in Ihrer Rechtsordnung diesbezüglich verfügbar? Wurden spezielle Gutachten erstellt oder hat eine Anpassung der Richtlinien oder bindender verwaltungsrechtlicher Regeln durch die Wettbewerbsbehörden in Ihrer Rechtsordnung stattgefunden um das Wettbewerbsrecht und seine Durchsetzung an Digitalunternehmen anzupassen?
- c. Wurden in Ihrer Rechtsordnungen Auswertungen der (Wettbewerbs-) Politik bezüglich der Digitalmärkte durch den Gesetzgeber oder andere Behörden vorgenommen? Falls ja, könnten Sie bitte die Ergebnisse dieser Auswertungen zusammenfassen?

Frage 3: *Wird im nationalen Wettbewerbsrecht Ihres Landes der Verbraucherschutzstandard als alleinige Zielsetzung verwendet?*

- a. Fall nein, welche anderen Zielsetzungen werden für die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts angeführt?
- b. Falls ja, wie wird der Verbraucherschutzstandard in Ihrer Rechtsordnung interpretiert?
- c. Wurde dieser Standard einheitlich in Fällen angewendet, die sich entweder mit Digitalunternehmen oder mit dem Wettbewerb zwischen Digitalunternehmen und etablierten Anbietern befassen?

B. Marktdefinition und Marktmacht

Digitalunternehmen und ganz besonders Onlineplattformen entziehen sich dem traditionellen Verständnis von Marktmacht, welches auf einem gut definierten Produkt-/Preis- und geographischen Markt mit relativ einfach bestimmbaren Marktanteilen beruht. Im Kontext von Digitalunternehmen werden Dienstleistungen häufig nicht für einen traditionellen Preis angeboten; Konsumenten zahlen stattdessen mit ihren Daten oder mit ihrer Zeit, welches andere Instrumente zur Bestimmung von Marktdominanz zu erfordern scheint.

Plattformen, die häufig als einflussreiche Wirtschaftsakteure betrachtet werden, sind auf die Fähigkeiten ihrer zugrundeliegenden Technik angewiesen um Nutzer für ihre Dienstleistungen anzuwerben und sie zu halten. Das Erstellen und die Nutzung von immer mehr persönlichen Daten

und Big Data spielen hier eine entscheidende Rolle. Onlineplattformen stellen das beste Beispiel dieses Geschäftsmodells dar. Im Hinblick auf den im Wesentlichen als zwei-seitig strukturierten Markt fordern Wissenschaftler einen speziell zugeschnittenen oder angepassten Prozess der Marktdefinition sowie veränderte Parameter um die Marktmacht zu bestimmen. In den USA hat der Supreme Court in *Amex* befunden, dass ein einziger einschlägiger Markt für mehrseitige Transaktionsplattformen definiert werden muss. Dieses Unterthema zielt darauf ab zu verstehen, ob solche verschiedenen Parameter eingeführt wurden oder ob die traditionellen Marktbestimmungsinstrumente noch stets angewendet werden. Die nachfolgenden Fragen sind von besonderer Bedeutung in diesem Zusammenhang:

Frage 4: *Wie definiert die Wettbewerbsbehörde in Ihrer Rechtsordnung den Markt bei Akteuren der Digitalwirtschaft?*

- a. Werden die traditionellen Kriterien, nämlich Produkt/Preis und geographisch Verbreitung, bei abgeschlossenen oder derzeit untersuchten Fällen angewendet, oder bildet sich ein neuer, datenbezogener Markttest heraus?
- b. Verwendet die Wettbewerbsbehörde in Ihrer Rechtsordnung spezielle Methodologie bei der Marktdefinition für Onlineplattformen? (z.B. Unterscheidung zwischen Transaktions- und Nichttransaktionsplattform, oder zwischen Geschäftsmodellen und Funktionsweisen).
- c. Wird der spezielle Charakter von Plattformmärkten bei der Marktdefinition in Ihrer Rechtsordnung beachtet?
- d. Haben sich Behörden oder Gerichte in Ihrer Rechtsordnung mit Fällen von „Zero Price Markets“ befasst, und wie wurde der einschlägige Markt definiert?

Frage 5: *Wie wird Marktmacht bei Akteuren der Digitalwirtschaft durch die Wettbewerbsbehörde in Ihrer Rechtsordnung etabliert?*

- a. Wird sich auf Marktanteile gestützt?
- b. Wird der Einfluss eines Unternehmens auf ähnliche Märkte betrachtet? Falls ja, wie genau?
- c. Wird möglicher oder zukünftiger Wettbewerb bei der Bestimmung der Marktmacht betrachtet? Wird dieses bei Fällen mit Bezug zur Digitalwirtschaft anders genutzt?
- d. Können Sie Unterschiede oder Variationen beim Gebrauch des Konzeptes der Marktmacht in der Digitalwirtschaft im Vergleich zu anderen Feldern feststellen?

Frage 6: *Können Sie einen Unterschied zwischen ex post Bewertung (Fälle bzgl. von Missbrauch der Marktmacht) und ex ante Bewertungen (Fälle bzgl. von Konzentration bei Fusionskontrollverfahren) mit Blick auf die Marktdefinition sowie die Konzeptualisierung von Marktmacht feststellen?*

C. Wettbewerbsfeindliches Verhalten in der Digitalwirtschaft

Unternehmen der Digitalwirtschaft bauen auf neue Technologien – insbesondere das Erlernen von Algorithmen – und Geschäftsmodelle die Big Data involvieren um ein Bollwerk gegen ihre Mitbewerber zu errichten und diesen Vorteil zu erhalten. Dieses Vertrauen auf Technologie eröffnet

neue Möglichkeiten unerlaubter Zusammenarbeit oder der Ausnutzung einer wirtschaftlich-vorteilhaften Position. In *Eturas* hat der Europäische Gerichtshof festgestellt, dass kartellrechtlich-verbotene Absprachen auch im Bereich der Digitalwirtschaft vorkommen können.⁹ Trotz dieser Klarstellung lässt das Urteil wesentliche Fragen bezüglich des Anwendungsbereiches und der Eigenschaft wettbewerbsfeindlichen Verhaltens in der Digitalwirtschaft offen. Ebenfalls muss der Begriff des Missbrauchs noch in diesem Bereich ausgearbeitet werden. Innerhalb dieses Unterthemas soll herausgearbeitet werden, welche Schadenstheorie oder -theorien dem Vorgehen von Wettbewerbsbehörden im Bereich der Digitalwirtschaft zugrunde liegt/liegen und ob oder inwiefern ein möglicher wettbewerblicher Schaden durch andere Erwägungsgründe gerechtfertigt werden kann.

Die nachfolgenden Fragen sind von besonderer Bedeutung in diesem Zusammenhang:

Frage 7: *Welches Verhalten auf digitalen Märkten oder welches Vorgehen das Digitalunternehmen involviert wurde in der Entscheidungspraxis oder in der Rechtsprechung Ihrer Rechtsordnung analysiert?*

- a. Welche Formen von geheimen Absprachen wurden als bezweckte bzw. bewirkende Wettbewerbseinschränkung betrachtet? Wurden andere als nicht-einschränkend betrachtet? Welche Elemente wurden in die jeweilige Entscheidung einbezogen?
- b. Welche einseitigen Praktiken (Kopplungsgeschäfte, Lieferverweigerung, Verweigerung von Zugriff auf Daten, Langzeitkampfp Preisunterbietung) wurden als missbräuchlich betrachtet? Wurden andere Praktiken als nicht missbräuchlich eingeschätzt? Welche Elemente wurden in die jeweilige Entscheidung einbezogen?
- c. Wurden Fusionen oder andere Konzentrationen die Digitalunternehmen involvierten durch die Behörden Ihrer Rechtsordnung behandelt? Welche Kriterien oder Tests wurden verwendet um die angestrebte Konzentration zu genehmigen oder zu verbieten?

Frage 8: *Welche Gründe wurden von Unternehmen angeführt um (prima facie) wettbewerbsfeindliches Verhalten zu rechtfertigen?*

- a. Wurden Wirtschaftlichkeitsrechtfertigungen durch Akteure der Digitalwirtschaft angeführt um bestimmtes Verhalten, das als wettbewerbsfeindlich angesehen wird, zu rechtfertigen? Falls ja, bitte fassen Sie diese zusammen.
- b. Wurden diese Rechtfertigungen – soweit angeführt – durch die Behörde in Ihrer Rechtsordnung akzeptiert oder verworfen?
- c. Wurde die Mehrseitigkeit der Märkte in die Beurteilung von möglichen Wirtschaftlichkeitsgewinnen hineingefiltert?
- d. Betrachtet die Behörde in Ihrer Rechtsordnung auch andere Rechtfertigung als solche, die auf Wirtschaftlichkeitsüberlegungen beruhen (z.B. in Bezug auf Innovation, die durch

⁹ EuGH, C-74/14, *Eturas*, EU.C:2016:42.

Digitalakteure erbracht wird)? Haben solche Rechtfertigung auch eine Rolle bei der Rechtfertigung von bestimmtem Verhalten in der Digitalwirtschaft gespielt?

Frage 9: *Beobachten Sie das Aufkommen von bestimmten Schadenstheorien die auf Digitalmärkte zugeschnitten sind?*

- a. Wie ist Schaden definiert und wo weicht diese Definition von anderen Schadenstheorien in anderen Sektoren ab?
- b. Spielen Argumente bezogen auf mögliche Innovation eine Rolle bei der Bestimmung des Vorliegens oder des Mangels eines Wettbewerbsschadens?
- c. Welche Beweislast gilt zur Bestimmung eines Wettbewerbsschadens? Falls Wahrscheinlichkeitsbeweise verwendet werden, welche Stufe von Wahrscheinlichkeit ist als Schwellenwert für einen Eingriff bestimmt?

Frage 10: *Welche Rechtsmittel wurden in Fällen mit Bezug auf Digitalmärkte verwendet? Sehen Sie etwaige Unterschiede mit Rechtsmitteln in anderen Märkten?*

D. Regelungsüberschneidung und Herausforderungen für die Rechtsdurchsetzung

Die Rechtsdurchsetzung von EU Wettbewerbsrecht in der Digitalwirtschaft erfolgt nicht in Isolation von anderen Regulierungsfeldern. Tatsächlich scheint es, dass immer mehr Instrumente der ex ante Regulierung das Wettbewerbsrecht entweder ergänzen oder sogar als bevorzugtes Mittel um erwünschtes Marktverhalten herbeizuführen ablösen, in einem Versuch der Kritik zu begegnen, dass die Durchsetzung von Wettbewerbsrecht zu langsam für die sehr dynamischen Digitalmärkte ist. Dieses wirft Fragen auf, insbesondere ob die Einhaltung dieser ex ante Regulierungsinstrumente die Anwendung des ex post Wettbewerbsrechts optimiert, vereinfacht oder aber herausfordert. In diesem Unterthema streben wir an, die positiven und negativen Effekte des Zusammenspiels von Wettbewerbsrecht und ex ante Regulierung der Digitalwirtschaft herauszuarbeiten. Die nachfolgenden Fragen sind von besonderer Bedeutung in diesem Zusammenhang:

Frage 11: *Gab es in der Praxis eine Überschneidung von ex ante Regulierung die auf die Kontrolle von Marktverhalten abzielt – z.B., aber nicht begrenzt auf, Verbraucherschutzgesetzgebung, die vorgeschlagene Plattformregulierung, die DSGVO oder die Geoblocking-Verordnung / ePrivacy Richtlinie und/oder die vorgeschlagene ePrivacy Verordnung oder vergleichbare nationale gesetzliche Instrumente in Bezug auf Meistbegünstigungsklauseln – und der wettbewerbsrechtlichen Durchsetzungspraxis der Wettbewerbsbehörden?*

- a. Falls nein, wurden Maßnahmen ergriffen, um möglichen Überschneidungen oder Konflikten in der Zukunft zu begegnen?
- b. Falls ja, hat diese Überschneidung zu widersprüchlichen Interpretationen oder Perspektiven bezüglich des Marktverhaltens von Digitalunternehmen geführt?

Frage 12: Welche Behörden sind in Ihrer Rechtsordnung für die Durchsetzung von Wettbewerbsrecht in der Digitalwirtschaft zuständig?

- a. Sind dieselben Behörden sowohl mit der Durchsetzung von ex ante Regulierungen der Digitalwirtschaft (z.B. DSGVO oder die Geoblocking Verordnung, Plattformverordnung) als auch mit dem Wettbewerbsrecht betraut?
- b. Falls ja, welche Instrumente sind in Kraft um eine kohärente und einheitliche Durchsetzung innerhalb der Behörde sicherzustellen?
- c. Falls nein, kooperieren die entsprechenden Behörden? Besteht die Möglichkeit des Informationsaustausches?
- d. Werden die Entscheidungen der Behörden durch Gerichte überprüft? Gibt es ein Gericht, das für die Überprüfung von Fällen von verschiedenen Behörden zuständig ist?