

Thesenpapier Digitalisierung und Wettbewerbsrecht

Wien, 2020

Impressum

Medieninhaber, Verleger und Herausgeber:

Bundswettbewerbsbehörde, Radetzkystraße 2, 1030 Wien

Gesamtumsetzung: Bundeswettbewerbsbehörde

Wien, 2020. Stand: Juni 2020

Copyright und Haftung:

Auszugsweiser Abdruck ist nur mit Quellenangabe gestattet, alle sonstigen Rechte sind ohne schriftliche Zustimmung des Medieninhabers unzulässig.

Es wird darauf verwiesen, dass alle Angaben in dieser Publikation trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr erfolgen und eine Haftung der Bundeswettbewerbsbehörde und der Autorin/des Autors ausgeschlossen ist. Rechtausführungen stellen die unverbindliche Meinung der Autorin/des Autors dar und können der Rechtsprechung der unabhängigen Gerichte keinesfalls vorgreifen.

Rückmeldungen: Ihre Überlegungen zu vorliegender Publikation übermitteln Sie bitte an wettbewerb@bwb.gv.at.

Inhalt

Thesenpapier Digitalisierung und Wettbewerbsrecht.....	4
I. Ausgangslage	4
II. Handlungsfelder	6
1. Klare Zielsetzungen.....	6
2. Behördenausstattung und Mitteleinsatz.....	6
3. Anforderungen an den rechtlichen Rahmen	7
4. Internationale sowie interdisziplinäre Kooperation.....	14

Thesenpapier Digitalisierung und Wettbewerbsrecht

- Institutionellen Rahmen stärken
- Bestehende Instrumente des Kartellrechts weiterentwickeln
- Neue Regulierungsinstrumente systemkonform integrieren
- Fusionskontrolle neu ausrichten
- Verfahren beschleunigen
- Informationsaustausch und Behördenkooperation stärken

I. Ausgangslage

Das Aufkommen und die rasante Entwicklung der „digital economy“ hat über die letzten Jahre das Wirtschaftsleben, das traditionelle Marktverständnis sowie die Struktur zahlreicher Märkte grundlegend verändert. Ein Blick auf die Entwicklung der größten und wertvollsten Unternehmen zeigt, dass Technologie- und Internetkonzerne den klassischen Industriebranchen vielfach den Rang abgelaufen haben. Die Schwergewichte, gemessen an der Marktkapitalisierung, sind heute insbesondere in den Bereichen des E-Commerce, der Bereitstellung digitaler Inhalte, dem Betrieb von Plattformen und sonstigen Onlinediensten wie zB Such- und Vergleichsdiensten oder sozialen Netzwerken tätig. Gemeinsam ist diesen Unternehmen, dass sie auf technologie- und datengetriebene Geschäftsmodelle bauen, deren einzelne Aspekte oft wechselseitig verstärkend wirken und ein Vordringen in weitere Geschäftsfelder erlauben. Wegen des Bestehens positiver Netzwerkeffekte und der aufgrund niedriger Grenzkosten gegebenen leichten Skalierbarkeit dieser Geschäftsmodelle, sind einmal erlangte Machtpositionen in diesen Bereichen nur mehr schwer bestreitbar („first mover advantage“, „winner-takes-all“).

Diese Entwicklungen stellen auch die Wettbewerbsbehörden vor neue Herausforderungen. Dies betrifft zum einen das Erfordernis, die Funktionsweise dieser neuen Märkte und der darauf existierenden Austauschbeziehungen zu analysieren, zum anderen die Frage der Anwendbarkeit des bestehenden Regelwerks auf neuartige Sachverhalte. Zahlreiche Wettbewerbsbehörden haben bereits mit entsprechenden Untersuchungen und Studien auf diese Situation reagiert. Exemplarisch genannt seien

hier die E-Commerce-Studie der Europäischen Kommission¹, das Arbeitspapier des deutschen Bundeskartellamtes zur „Marktmacht von Plattformen und Netzwerken“², das gemeinsam mit der französischen Autorité de la Concurrence veröffentlichte Dokument „Competition Law and Data“³, die „Digital Markets Strategy“⁴ der Competition and Markets Authority des Vereinigten Königreichs oder das gemeinsame Memorandum der Wettbewerbsbehörden der Benelux-Staaten⁵.

Auch die Gesetzgebung hat punktuelle Maßnahmen in Reaktion auf die Herausforderungen der digitalen Wirtschaft gesetzt. So wurde in der österreichischen Fusionskontrolle (ebenso wie in Deutschland) eine an den Transaktionswert anknüpfende Aufgriffsschwelle eingeführt⁶, welche insbesondere eine Kontrolle des Erwerbs technologieführender Start-ups, auch wenn sich deren Marktbedeutung noch nicht in entsprechenden Umsätzen widerspiegelt, ermöglichen soll. Der deutsche Gesetzgeber hat überdies mit der jüngsten 9. GWB Novelle für die Zwecke der Missbrauchsaufsicht ausdrücklich klargestellt, dass kartellrechtlich relevante Märkte auch bei Unentgeltlichkeit der Leistung vorliegen können und spezifische Faktoren für das Bestehen von Marktbeherrschung im Umfeld der digitalen Wirtschaft explizit genannt.⁷ Auf der Ebene der Europäischen Union wurden mit der „Geoblocking Verordnung“⁸ und

¹ Vgl. https://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_final_report_de.pdf sowie das dazugehörige ausführliche Arbeitsdokument https://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_sw_d_en.pdf

² Vgl. https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Think-Tank-Bericht.pdf?__blob=publicationFile&v=2

³ Vgl. https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?__blob=publicationFile&v=2

⁴ Vgl. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/814709/cma_digital_strategy_2019.pdf

⁵ Joint memorandum of the Belgian, Dutch and Luxembourg competition authorities on challenges faced by competition authorities in a digital world https://www.belgiancompetition.be/sites/default/files/content/download/files/bma_acm_cdcl.joint_memorandum_191002.pdf

⁶ § 9 Abs 4 KartG idF BGBl. I Nr. 56/2017

⁷ § 18 GWB idF des Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 01.06.2017 (BGBl. I S. 1416)

⁸ 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, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018R0302&from=DE>

der „Plattform-Verordnung“⁹ zwei auf in der Digitalwirtschaft vorkommende Verhaltensweisen spezifisch zugeschnittene Regelwerke beschlossen.

II. Handlungsfelder

Im Folgenden sollen jene Faktoren genannt werden, die vor diesem Hintergrund für einen erfolgreichen Vollzug des Wettbewerbsrechts auch im Bereich der Digitalwirtschaft bedeutsam sind.

1. Klare Zielsetzungen

Mit der Anwendung des Wettbewerbsrechts auf die digitalen Märkte werden grundsätzlich dieselben Ziele verfolgt wie in herkömmlichen Wirtschaftsbereichen: Durch Aufrechterhaltung funktionierender Wettbewerbs sollen jene Investitionsanreize geschaffen werden, durch die die Potentiale der Digitalwirtschaft zum Nutzen der Verbraucher voll ausgeschöpft werden. Dazu ist es erforderlich Märkte durch Transparenz und Abbau von Zutrittsschranken für Innovationen offenzuhalten und die Gleichbehandlung aller Marktteilnehmer sicherzustellen.

Eine Wettbewerbsbehörde hat dabei technologischem Wandel und Fortschritt aufgeschlossen gegenüberzustehen, gleichzeitig aber Neutralität gegenüber bestehenden wie neuartigen Geschäftsmodellen walten zu lassen. Es sind die Kräfte und Abläufe eines wettbewerblich strukturierten Marktes, die letztlich über Erfolg oder Misserfolg des jeweiligen Angebotes entscheiden. Derartige Transformationsprozesse müssen aber nach klaren, fairen, einheitlichen und transparenten Regeln, die auf alle Marktteilnehmer gleichermaßen angewandt werden, ablaufen.

2. Behördenausstattung und Mitteleinsatz

Grundlegend ist festzustellen, dass die (Wettbewerbs-)Behörden die Ihnen zugewiesenen Aufgaben nur dann erfüllen werden können, wenn sie über eine **adäquate Personal- und Ressourcenausstattung** verfügen. Dies betrifft insbesondere auch die Notwendigkeit zum

⁹ Verordnung (EU) 2019/1150 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R1150&qid=1568625463148&from=DE>

Aufbau einschlägiger **technischer, insbesondere auch forensischer Expertise** sowie zur Schaffung der technologischen Voraussetzungen zur Auswertung großer Datenmengen.

Art 5 Abs 1 der bis zum 4. Februar 2021 umzusetzenden RL 2019/1 („ECN+ RL“)¹⁰ verpflichtet die Mitgliedstaaten für den Bereich des Vollzugs der Art 101 und 102 AEUV zur Sicherstellung dieser Voraussetzungen in personeller, finanzieller, technischer und technologischer Hinsicht bei den jeweiligen nationalen Wettbewerbsbehörden. Ergänzend soll auch eine effiziente Verwendung dieser **Ressourcen** sichergestellt werden. Dies erfolgt durch Gewährung der **Unabhängigkeit** der Wettbewerbsbehörden beim Einsatz der ihnen zugewiesenen Haushaltsmittel (Art 5 Abs3) sowie durch die Möglichkeit zur Setzung eigener Vollzugsprioritäten (Art 4 Abs 5).

Diese Gedanken und Grundprinzipien sind sinnvollerweise auch auf jene Vollzugsbereiche zu übertragen, die nicht unmittelbar in den Anwendungsbereich der RL 2019/1 fallen, also in erster Linie die **nationale Fusionskontrolle**. Eine **kritische Evaluierung der bestehenden Aufgriffsschwellen** und Eingriffskriterien sollte hier eine gezieltere Befassung mit wettbewerblich relevanten Sachverhalten ermöglichen (siehe dazu noch weiter unten).

3. Anforderungen an den rechtlichen Rahmen

a.) Kartelle und Marktmachtmissbräuche

Immer wieder ist in den laufenden Diskussionen die Forderung zu vernehmen, die wettbewerbsrechtlichen Vorschriften müssten an die Gegebenheiten eines veränderten Wirtschaftsumfeldes angepasst werden. Gefordert werden ein früheres Eingreifen wettbewerbsrechtlicher Instrumente, eine begleitende Aufsicht über die Tätigkeit der großen Technologie- und Internetkonzerne sowie als letztes Mittel die Möglichkeit zu korrigierenden Maßnahmen.

Dazu ist zunächst festzuhalten, dass die bestehenden wettbewerbsrechtlichen Regeln grundsätzlich offen und neutral formuliert sind. Sie bieten somit durchaus eine gewisse Flexibilität zur Anwendung auf neuartige Sachverhalte, auch wenn der historische Gesetzgeber diese nicht im Blick gehabt haben dürfte.

¹⁰ Richtlinie (EU) 2019/1 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts.

Bereits auf einer sehr allgemeinen Ebene ordnet etwa § 20 KartG an, Sachverhalte nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt und nicht nach ihrem äußeren Erscheinungsbild zu beurteilen (**Gebot der wirtschaftlichen Betrachtungsweise**).

In ähnlicher Weise lässt auch § 4 Abs 1 Z 2 KartG bei der Beurteilung des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung einen **breiten Beurteilungsspielraum**, indem (alle) Umstände, die den Marktzutritt für andere Unternehmer beschränken, zu berücksichtigen sind. Hier können zwanglos all jene Faktoren wie Netzwerkeffekte, Wechselbarrieren, Zugang zu Nutzerdaten, etc einfließen, auf die sich die Stellung der großen Technologie- und Internetkonzerne gründet. Ebenso verbietet die Generalklausel des § 5 KartG (ebenso wie Art 102 AEUV) jeglichen Missbrauch einer derartigen Stellung, unabhängig davon, ob dieser in einem analogen oder digitalen Kontext erfolgt. Entscheidend ist, dass die konkreten Verhaltensweisen geeignet sind, die Struktur eines Marktes zu beeinflussen, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt ist und die die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindern, die von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerb abweichen.¹¹

Auch die Bekanntmachung der Europäischen Kommission über die **Definition des relevanten Marktes** ¹² hat zwar erkennbar klassische Produkt- und Dienstleistungsmärkte, mit dem Fokus auf Preisentscheidungen der Marktakteure, vor Augen, verweist aber auch auf andere maßgebliche Faktoren wie zB Zutrittschranken oder die Reaktionsfähigkeit der Kunden. Dies alles passiert immer mit Blick auf den Hauptzweck der Marktdefinition, nämlich der systematischen Ermittlung der Wettbewerbskräfte, denen sich die beteiligten Unternehmen zu stellen haben. Einer Berücksichtigung spezifischer Umstände der Digitalwirtschaft steht somit grundsätzlich nichts im Wege.

Die praktischen Schwierigkeiten bei der Anwendung bestehender Regelungen dürften sich somit vielfach weniger aus dem Fehlen entsprechender Instrumente ergeben, als oftmals aus dem Umstand, dass die konkreten Durchsetzungswege mangels Fallpraxis noch nicht in gleichem Maße vorgezeichnet sind, wie bei klassischen Sachverhalten. Der notwendige Begründungsaufwand, um die erkennenden Gerichte vom Vorliegen der jeweiligen Tatbestandsvoraussetzungen auch in diesen Fallkonstellationen zu überzeugen, ist somit regelmäßig ein viel höherer. In diesem Kontext kann die **Aufnahme**

¹¹ Vgl die ständige Rsp des OGH als KOG, RIS-Justiz RS0063530

¹² Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. C 372/5 vom 9.12.1997

exemplarischer Beispielsachverhalte in gesetzliche Vorschriften (wie dies etwa in § 18 GWB erfolgt ist) oder Soft-Law-Instrumente (zB Kommissionsbekanntmachungen) einen Beitrag leisten, die Gewinnung von Anwendungspraxis zu erleichtern und zu beschleunigen, wenngleich dies nichts an der Substanz bestehender Regeln ändern würde.

b.) Fusionskontrolle

Mit der Einführung von an den Transaktionswert anknüpfenden Aufgriffsschwellen in die Fusionskontrolle sollte dem Umstand Rechnung getragen werden, dass sich in der Digitalökonomie der Wert eines Unternehmens oftmals nicht mehr an seinen Umsatzzahlen, sondern vielmehr an einem wertvollen Datenbestand, hohen Nutzerzahlen oder einer innovativen Technologie oder Geschäftsidee mit hohem wettbewerblichen Marktpotenzial bemisst. Finanzstarke marktführende Unternehmen der Digitalbranche übernehmen regelmäßig bereits in einem frühen Entwicklungsstadium aufstrebende (potentielle) Konkurrenten, um diese in ihr eigenes Geschäft zu integrieren, die ursprüngliche Tätigkeit des erworbenen Unternehmens zu verändern oder sogar gänzlich einzustellen. Solche Erwerbsvorgänge können aus wettbewerbspolitischer Sicht eine präventive fusionskontrollrechtliche Prüfung erfordern, insbesondere im Hinblick auf den Schutz von Innovationspotenzialen und Innovationswettbewerb in Technologiemarkten.

Auch wenn es für eine abschließende Bewertung der österreichischen Regelung noch zu früh ist, lassen sich aus den bisherigen Erfahrungen erste Schlüsse ziehen. Zunächst ist festzustellen, dass die neue Aufgriffsschwelle bisher nicht in erster Linie jene Transaktionen erfasst, für die sie intendiert war. Dies mag auch daran liegen, dass die Gestaltung der umsatzbasierten Schwellenwerte, insbesondere aufgrund des **Fehlens einer zweiten Inlandsschwelle**, ohnedies bereits viele Vorgänge erfasst. Auch stellt sich die Frage, ob und inwieweit bei entsprechenden Transaktionen von globaler Bedeutung, die österreichischen Wettbewerbsbehörden in besonderem Maße zur inhaltlichen Prüfung derartiger Sachverhalte geeignet erscheinen. Vielfach sind in solchen Fällen die beteiligten Unternehmen und ihre unmittelbare Kundenbasis außerhalb Österreichs oder gar des EWR ansässig. Die Betroffenheit des österreichischen Marktes ist dann, selbst wenn das Kriterium der „erheblichen Inlandsauswirkung“ erfüllt ist, gemessen am Gesamtkontext dieser Transaktionen, lediglich eine untergeordnete oder mittelbare. Eine gewisse Abhilfe schafft hier das **Verweisungssystem** der FKVO¹³, insbesondere des Art 22, wonach ein nach dem Recht eines oder mehrerer Mitgliedstaaten anmeldebedürftiger

¹³ Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen.

Zusammenschluss unter gewissen Voraussetzungen¹⁴ durch die Europäische Kommission geprüft werden kann.

Eine künftige Evaluierung sollte ihr Augenmerk jedenfalls auf ein **besseres Zusammenspiel der verschiedenen Aufgriffsschwellen** sowie die Erhöhung deren Treffsicherheit legen. Hier geht es letztlich auch um den effizienten Einsatz von Ressourcen, also darum die Wettbewerbsbehörde von der Bearbeitung offensichtlich unproblematischer Zusammenschlussvorhaben zu entlasten, sodass eine Fokussierung auf die bedeutsamen Fälle, welche tatsächlich wettbewerbliche Bedenken hervorrufen, erfolgen kann. Erstrebenswert wäre auch eine bessere Einbindung der nationalen Fusionskontrolle in ein gesamteuropäisches Regime. Hier bleibt insbesondere abzuwarten ob weitere Jurisdiktionen innerhalb des EWR oder die Europäische Kommission dem Beispiel Österreichs und Deutschlands zur Einführung von Transaktionswertschwellen folgen werden.

Anzudenken wäre im Rahmen der Fusionskontrolle schließlich auch ein **Übergang vom materiellen Prüfungs- und Untersagungskriterium des Marktbeherrschungstests¹⁵ hin zum Kriterium der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs („SIEC Test“)¹⁶**. Dieses erscheint besser geeignet Situationen abzubilden und zu bewerten, in denen es weniger um die unmittelbare Übernahme aktueller oder künftiger Marktanteile geht, als vielmehr um die Entstehung von Rahmenbedingungen, die dem Wettbewerb abträgliche Machtpositionen begünstigen oder verfestigen. Dabei kann es sich vor dem Hintergrund der im Digitalbereich häufig anzutreffenden marktübergreifenden unternehmerischen Strategien insbesondere um die Steuerung und Beeinflussung des Innovationsprozesses sowie um Anreize und Fähigkeiten, den Markt- oder Kundenzugang zu erschweren oder zu verschließen handeln.

Der SIEC-Test wurde mit der VO(EG) 139/2004 (FKVO neu) in die europäische Fusionskontrolle eingeführt und mittlerweile von allen europäischen Mitgliedsstaaten mit Ausnahme Italiens, Luxemburgs und Österreichs in gleicher oder ähnlicher Form übernommen. Die wissenschaftliche Literatur legt nahe, dass der SIEC-Test die Vorhersehbarkeit von Fusionskontrollentscheidungen für die beteiligten Unternehmen

¹⁴ Die Verweisung bedarf eines Antrags der Behörde (zumindest) eines Mitgliedstaates, in welchem der Zusammenschluss anmeldebedürftig ist. Inhaltlich muss der Zusammenschluss den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen und im antragstellenden Mitgliedstaat eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs drohen.

¹⁵ § 12 Abs 1 Z 2 KartG; Ein Zusammenschluss ist zu untersagen, wenn zu erwarten ist, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird.

¹⁶ Significant Impediment to Effective Competition; vgl etwa Art 2 Abs 2 und 3 FKVO.

erhöht hat und die Marktgegebenheiten besser abbildet.¹⁷ Die europäische Fusionskontrolle enthält Ausgleichsfaktoren wie die Sanierungsfusion, die Efficiency Defense, Markteintritte und gegensätzliche Marktmacht, die schon jetzt in der österreichischen Zusammenschlusskontrolle von den Zusammenschlusswerbern vorgebracht und im Rahmen des Marktbeherrschungstests mitberücksichtigt werden, da sie den wahren wirtschaftlichen Gehalt (§ 20 KartG) der Marktgegebenheiten betreffen. In diesem Zusammenhang erscheint jedoch die Klarstellung sinnvoll, dass die Entscheidungspraxis des EuGH und die Leitlinien, die daraus entwickelt wurden, unmittelbar auf die österreichische Zusammenschlusskontrolle anwendbar sind.

Weiters ist eine Entwicklung hin zu einer umfassenderen Fusionskontrolle zu überlegen, welche im Sinne eines „Nachhaltigkeitschecks“ auch die Berücksichtigung weiterer Faktoren, wie etwa die Auswirkungen auf die Konsumenten oder eine Region ermöglicht.

c.) Lauterkeitsrecht

Mit der **Plattform-Verordnung**, die ab 12. Juli 2020 gilt, werden Ausübungsregeln für die Betreiber von Online-Vermittlungsdiensten und Online-Suchmaschinen im Verhältnis zu ihren gewerblichen Nutzern geschaffen. So werden Form und Mindestinhalt allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB), Informationspflichten über bestimmte Aspekte der Dienstleistung sowie Mechanismen der Streitbeilegung vorgeschrieben. Durch die Schaffung größerer Transparenz und umfassende Leistungsbeschreibung soll ua die willkürliche oder diskriminierende Behandlung von gewerblichen Nutzern, etwa durch Einschränkung der Leistungserbringung oder Benachteiligung gegenüber mit dem Plattformbetreiber verbundenen Nutzern, hintangehalten werden. Die Regelungen der Plattform-VO geben somit eine Richtschnur für eine redliche Erbringung derartiger Dienstleistungen vor. Im Umkehrschluss kann ein Abweichen von oder Verstoß gegen diese Regelungen als unlautere Geschäftspraktik angesehen werden. Die gegenständlichen Regeln gelten aufgrund der typischen wirtschaftlichen Kräfteverhältnisse in diesem Bereich für alle Betreiber der genannten Onlinedienste und nicht bloß für marktbeherrschende Unternehmen. Von dieser Intention her sind die Regelungen somit jenen des **Nahversorgungsgesetzes** über das „Kaufmännische Wohlverhalten“¹⁸ sowie den diesbezüglichen Erläuterungen im von der BWB veröffentlichten „Fairnesskatalog für Unternehmen“¹⁹ vergleichbar. Auch dort werden - unterhalb der Schwelle des Marktmachtmissbrauchs - Verhaltensweisen von

¹⁷ Duso, T., Gugler, K., und Szücs, F. (2013). An empirical assessment of the 2004 EU merger policy reform. *The Economic Journal*, 123(572), F596-F619.

¹⁸ §§ 1 bis 3 des Bundesgesetzes zur Verbesserung der Nahversorgung und der Wettbewerbsbedingungen

¹⁹ https://www.bwb.gv.at/fileadmin/user_upload/BWB_Fairnesskatalog_final.pdf

Unternehmen untersagt, die geeignet sind den leistungsgerechten Wettbewerb zu gefährden. Bei den zur nationalen Durchsetzung der Plattform-VO zu treffenden Regelungen könnte daher an das dort geregelte Verfahren vor dem Kartellgericht angeknüpft werden. Dieses bietet aufgrund der Verweisung ins außerstreitige Verfahren, des Ausschlusses des Kostenersatzes (§ 7 Abs 1 NVG) der unterlegenen Partei, und der modifizierten Gebührenregeln (Abs 8 leg cit) für behördliche wie private Antragsteller verfahrensrechtliche Erleichterungen.

Der Vollständigkeit halber sei angesprochen, dass viele der hier für den B2B-Bereich angesprochenen Themen, insbesondere betreffend Informationspflichten, unlautere Geschäftspraktiken oder Mechanismen der Streitbeilegung, in ähnlicher Weise für das Verhältnis von Unternehmen gegenüber Verbrauchern relevant sind. Hierzu existiert auf europäischer Ebene eine Vielzahl an Rechtsakten, insbesondere Richtlinien, die in den jeweiligen nationalen Rechtsordnungen umgesetzt sind. Beispielhaft genannt seien die Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr²⁰, in Österreich umgesetzt durch das E-Commerce-Gesetz²¹ oder die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken²², umgesetzt im UWG.²³ Die Verfolgung grenzüberschreitender Verbraucherrechtsverletzungen wird dabei durch das mit der Verordnung über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz²⁴ geschaffene Verbraucherbehördenkooperationssystem (CPCS)²⁵ erleichtert.

²⁰ Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt, ABl L 178/1 vom 17.7.2000.

²¹ Bundesgesetz, mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs geregelt werden, BGBl. I Nr. 152/2001 idF BGBl. I Nr. 34/2015

²² Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl L 149/22 vom 11.6.2005

²³ Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, BGBl. Nr. 448/1984 idF BGBl. I Nr. 109/2018

²⁴ Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. Oktober 2004 über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden, ABl L 364/1 vom 9.12.2004

²⁵ Die ab 17.1.2020 geltende Nachfolgeregelung der VO 2017/2394 baut dieses System weiter aus und nimmt explizit Bezug auf die Notwendigkeit einer effektiven Rechtsdurchsetzung im digitalen Umfeld.

d.) Verfahrensrecht

Wie bereits im vorigen Abschnitt angeklungen, ist - gerade wenn auf der Gegenseite wirtschaftlich übermächtige Unternehmen oder Konzerne stehen - die Frage des Zugangs zum Recht sowohl für die öffentliche als auch die private Rechtsdurchsetzung essentiell. Das KartG (und in ähnlicher Weise auch das NVG) trägt diesem Umstand durch weitgehenden Ausschluss des Kostenersatzes²⁶ und die Festsetzung der Verfahrenskosten in Form einer pauschalierten Rahmgebührenrechnung.

Im Bereich der Regelungen zum Marktmachtmissbrauches stellt der Gesetzgeber (widerlegliche) Vermutungen zum Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung bzw der Missbräuchlichkeit eines Verkaufs unter dem Einstandspreis auf.²⁷ Die Beweislast wird in diesen Fällen auf das wirtschaftlich übermächtige Unternehmen verlagert.

Allfällige künftige Regelungen zu für die Digitalwirtschaft typischen Fallgruppen sollten in diese bestehenden Verfahrenssysteme eingeordnet werden. Die Verwendung des **Mittels der Beweislastumkehr** erscheint (ggf in Kombination mit Instrumenten des einstweiligen Rechtsschutzes; dazu sogleich) insbesondere dort gerechtfertigt, wo bei Bestehen des Anscheins einer missbräuchlichen oder unlauteren Verhaltensweise, unternehmensinterne Sachverhalte für einen Antragsteller nur schwer nachvollziehbar sind oder behördliche Ermittlungshandlungen rasch an natürliche oder technische Grenzen stoßen. Hier läge es an den Unternehmen unter Rückgriff auf die ihnen zur Verfügung stehenden Daten darzulegen, weshalb eine bestimmte Praxis oder Verhaltensweise entgegen ihrem äußeren Anschein keine wettbewerbswidrigen Wirkungen entfaltet.

Ein weiteres Instrument, welches aufgrund der hohen Dynamik im Bereich der digitalen Wirtschaft künftig an Bedeutung gewinnen könnte, ist der **einstweilige Rechtsschutz**. Hier steht die Erkenntnis im Mittelpunkt, dass ein einmal angerichteter Schaden für die Struktur eines Marktes kaum wiedergutzumachen ist und daher ein rasches Eingreifen essentiell ist. Zwar sind die Voraussetzungen zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung in § 48 KartG relativ weit gefasst - so genügt die Bescheinigung der Untersagungs Voraussetzungen und bedarf es nicht des Nachweises eines drohenden nicht wiedergutzumachenden Schadens - doch zeigt die bisherige Erfahrung, dass gerade in Fällen mit wirtschaftlich oder technisch komplexen Sachverhalten keine ausreichende Verfahrensbeschleunigung erzielt werden kann. Hier wäre der Gesetzgeber gehalten zB

²⁶ Eine Kostenersatzpflicht ist gem § 41 KartG im Wesentlichen nur für Fälle mutwilliger Rechtsverfolgung vorgesehen.

²⁷ § 4 Abs 2 und 2a sowie § 5 Abs 1 Z 5 iVm Abs2 KartG

durch **Einführung von Entscheidungsfristen und/oder Vermutungsregeln** nachzuschärfen und den erkennenden Gerichten das Treffen einer Entscheidung zu erleichtern.

Punktuell kann es auch erforderlich sein, die Ermittlungsbefugnisse der Wettbewerbsbehörden den spezifischen Herausforderungen der Digitalmärkte anzupassen. Während sich bisher die Mittel der Informationsgewinnung (insb Auskunftsverlangen) primär an Unternehmen richteten, rückt bei vielen digitalen Geschäftsmodellen die (End-)Nutzerseite und deren Präferenzen, Sichtweisen und Nachfrageverhalten stärker in den Fokus. So ist etwa gemäß Art 8 der ECN+ RL im nationalen Recht die Befugnis zu Auskunftsverlangen auch an natürliche Personen vorzusehen. Sinnvollerweise wäre diese auch auf die Fusionskontrolle und auf Branchenuntersuchungen zu erweitern. Etwas unterschwelliger, dafür breiter gestreut, ist die bereits jetzt schon bestehende Möglichkeit zu sehen, im Wege der Heranziehung von Sachverständigen²⁸ die Instrumente der Marktforschung nutzbar zu machen. Hierfür wäre künftig entsprechende budgetäre Vorsorge zu treffen.

4. Internationale sowie interdisziplinäre Kooperation

Das Unbehagen, welches der Marktpräsenz und -gestion der großen Technologie- und Internetkonzerne entgegengebracht wird, speist sich typischerweise aus mehreren Quellen. Während im Bisherigen insbesondere von wettbewerbsrechtlichen Themenstellungen im weiteren Sinn (also Kartellrecht und Lauterkeitsrecht) die Rede war, ist nicht zu übersehen, dass diese vielfach Hand in Hand mit weiteren rechtlichen Fragestellungen gehen. Im Kern dreht sich alles um die Frage, ob sich die genannten Akteure ungerechtfertigte Vorteile gegenüber ihren Wettbewerbern aus dem Bereich der traditionellen Wirtschaft oder bloß regional oder national agierenden Unternehmen verschaffen können. Diese Aspekte sind zwar nicht von den Wettbewerbsbehörden zu behandeln oder zu lösen, können aber durchaus als Faktoren, die die Marktstellung eines Unternehmens beeinflussen, in die kartellrechtliche Prüfung einfließen.

Zu nennen sind in diesem Zusammenhang insbesondere steuer- bzw beihilfenrechtliche Themen, also insbesondere Fragen steuerschonender grenzüberschreitender Unternehmenskonstruktionen oder der (steuerlich) privilegierten Behandlung durch Niederlassungsstaaten. Ein weiterer zentraler Themenbereich betrifft den Umgang mit

²⁸ § 11 Abs 2 WettbG

und die Einhaltung datenschutzrechtlicher Vorschriften wie insb der **DSGVO**²⁹. Die hervorgehobene Stellung vieler Digitalunternehmen beruht ja nicht zuletzt auf der Sammlung, Verarbeitung, Verknüpfung und Weitergabe von Nutzerdaten.

Ebenfalls anzuführen sind hier teilweise **arbeitsrechtliche Thematiken**, also etwa die unklare Einordnung von Beschäftigungsverhältnissen (Stichworte: „Scheinselbständigkeit“ oder „Gig-Economy“) oder das Bestehen prekärer Arbeitsbedingungen. Auch in gewerberechtlicher Hinsicht bereitet die Einordnung gewisser Dienstleistungen und daran anknüpfend die Frage nach dem Erfordernis behördlicher Genehmigungen mitunter Schwierigkeiten.

Aus dieser Gemengelage wird klar, dass den gesamtwirtschaftlichen Herausforderungen der Digitalökonomie auf behördlicher Ebene durch Mittel **vertiefter Zusammenarbeit sowie vereinfachten Informationsaustausches** begegnet werden muss. Insbesondere müssen Behörden rasch darüber Klarheit erlangen, welche Fragestellungen in welchen Verfahren zu klären sind. Dabei wird es mitunter hilfreich sein auf die Expertise einer anderen Stelle zurückgreifen zu können.

Was für die Kooperation auf der nationalen Ebene gilt, gilt ebenso für die internationale und hier in erster Linie europäische Kooperation. Für den Bereich der Wettbewerbsbehörden findet ein intensiver fallbezogener Austausch im Rahmen und mit den Mitteln des **European Competition Networks (ECN)** statt. Doch auch auf dieser Ebene sollte die interdisziplinäre Zusammenarbeit ausgebaut und gestärkt werden. Zur Bewältigung globaler Herausforderungen wird die internationale Kooperation unerlässlich sein.

²⁹ 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)

Bundeswettbewerbsbehörde

Radetzkystraße 2, 1030 Wien

+43 1 245 08 - 0

wettbewerb@bwb.gv.at

bwb.gv.at