

Schriften zur Europäischen Integration
und Internationalen Wirtschaftsordnung

59

Alexander Heger | Sascha Gourdet (Hrsg.)

Fairen Wettbewerb in der Europäischen Union sichern



Nomos

Schriften zur
Europäischen Integration und
Internationalen Wirtschaftsordnung

Veröffentlichungen des
Wilhelm Merton-Zentrums für Europäische Integration und
Internationale Wirtschaftsordnung,

herausgegeben von

Professor Dr. Dr. Rainer Hofmann, Universität Frankfurt a. M.
Professor Dr. Stefan Kadelbach, Universität Frankfurt a. M.
Professor Dr. Rainer Klump, Universität Frankfurt a. M.

Band 59

Alexander Heger | Sascha Gourdet (Hrsg.)

Fairen Wettbewerb in der Europäischen Union sichern



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-8541-4 (Print)

ISBN 978-3-7489-2902-4 (ePDF)

1. Auflage 2022

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Das Wilhelm Merton-Zentrum erforscht die Aspekte, Entstehungsphänomene und Praxis der Europäischen Integration und der Internationalen Wirtschaftsordnung. Zu seinen Aufgaben zählt es, die aus den Herausforderungen der heutigen globalen Gesellschaft resultierenden Fragen zu erkennen, zu erörtern und zu möglichen Antworten beizutragen. Die Globalisierung, offene Grenzen und Digitalisierung erleichtern Investitionen auf der gesamten Welt. Der Europäische Binnenmarkt ist einer der größten Wirtschaftsräume weltweit, unterliegt jedoch – wie jeder Markt – auch stets Gefahren durch unfaire Wettbewerbspraktiken – sowohl von „innen“ als auch von „außen“. Die Gewährleistung fairer Wettbewerbsbedingungen in der Europäischen Union ist dabei zentraler Aspekt von Wettbewerbspolitik und Wettbewerbsrecht. Aktuelle Probleme und entsprechende Maßnahmen für eine künftige Wettbewerbspolitik, deren Ziel es ist, einen fairen Wettbewerb in der Europäischen Union sicherzustellen, wurden auf der vom Wilhelm Merton-Zentrum veranstalteten, virtuellen Tagung am 7. Mai 2021 behandelt. Dieser Band erhält die verschriftlichen Beiträge, um diese einer breiteren Öffentlichkeit zugänglich zu machen und somit zugleich die wissenschaftliche Diskussion über diese Themen fortzuführen.

Wir danken allen, die zu dieser erfolgreichen Tagung beigetragen haben.

Zunächst gilt unser herzlicher Dank allen Vortragenden, die durch ihre ebenso fundierten wie engagierten Referate einen hervorragenden Beitrag zur Behandlung des Leitthemas geleistet haben. Zudem danken wir allen, die durch ihre mündlichen Beiträge eine wertvolle Diskussion ermöglicht haben. Schließlich danken wir unseren beiden wissenschaftlichen Mitarbeitern und Doktoranden, *Alexander Heger* und *Sascha Gourdet*: Von ihnen stammt die Idee für das Tagungsthema sowie die konzeptionelle Ausrichtung der Tagung, vor allem junge Vertreter von Wissenschaft und Praxis als Vortragende zu gewinnen. Dieses Tagungsformat haben wir sehr gerne unterstützt.

Rainer Hofmann

Stefan Kadelbach

Rainer Klump

Inhalt

Einleitung: Fairen Wettbewerb in der Europäischen Union sichern <i>Alexander Heger/Sascha Gourdet</i>	9
Verordnungsvorschlag der Kommission über den Binnenmarkt verzerrende drittstaatliche Subventionen <i>Simone Ritzek-Seidl</i>	29
Im Interesse der Union? Drittstaatliche Subventionen und ihre positiven Auswirkungen <i>Lennart Gau/Frederik Gutmann</i>	39
Begrenzung der Marktmacht in der Digitalökonomie als Innovationsbremse? Der Digital Markets Act: Rechtsgrundlage, Verhältnis zum Wettbewerbsrecht und Fragen der Primärrechtskonformität <i>Ranjana Andrea Achleitner</i>	77
Außerwettbewerbliche Schutzziele in der Anwendungspraxis des europäischen Wettbewerbsrechts <i>Hans-Georg Kamann/Philipp Rackevei</i>	105
Securing a Level Playing Field Through EU Free Trade Agreements – from traditional competition chapters to a dedicated title in the EU-UK Trade and Cooperation Agreement <i>Frank Hoffmeister</i>	127
Zum Begriff des <i>level playing field</i> im Wettbewerbs- und Außenwirtschaftsrecht der Europäischen Union <i>Max Erdmann/Philipp Reinhold</i>	145
Die Reform der handelspolitischen Schutzinstrumente der EU – <i>good policy does not necessarily make for good law?</i> <i>Patricia Trapp</i>	175

Einleitung: Fairen Wettbewerb in der Europäischen Union sichern

Alexander Heger/Sascha Gourdet*

Bereits seit Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft ist eines ihrer prägenden Merkmale eine Wirtschaftsordnung, die durch offene Märkte und unverfälschten Wettbewerb gekennzeichnet ist.¹ Die Gewährleistung freier, fairer und wirksamer Wettbewerbsbedingungen ist daher eines der wesentlichen Elemente der Rechts- und Wirtschaftsordnung der Europäischen Union.² Im Primärrecht wird dies an verschiedenen Stellen deutlich. So bestimmt etwa Art. 3 Abs. 3 EUV, dass die Union einen Binnenmarkt errichtet und „auf die nachhaltige Entwicklung Europas auf der Grundlage eines ausgewogenen Wirtschaftswachstums und von Preisstabilität, eine in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft, die auf Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt abzielt, sowie ein hohes Maß an Umweltschutz und Verbesserung der Umweltqualität hin[wirkt].“ Gemäß Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb, das nach Art. 51 EUV integraler Bestandteil der Verträge ist, umfasst der europäische Binnenmarkt „ein System (...), das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt“. Leitprinzip der Europäischen Union ist eine offene Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb, vgl. Art. 119 Abs. 1 AEUV.³

* Alexander Heger ist wiss. Mitarbeiter und Doktorand bei Professor Dr. Dr. Rainer Hofmann, Professor für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht an der Goethe-Universität Frankfurt am Main. Dr. Sascha Gourdet war wiss. Mitarbeiter und Doktorand bei Prof. Dr. Stefan Kadelbach, LL.M., Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht und Völkerrecht an der Goethe-Universität Frankfurt am Main und ist derzeit Referendar am LG Darmstadt.

1 Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Auflage, 2014, § 1 Rn. 1. Laut von Simson war diese Entscheidung alternativlos, vgl. von Simson, Der Staat und die Staatengemeinschaft, 1978, S. 149 (157 f.).

2 Vgl. Müller-Graff, in: Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht, 2. Auflage, 2021, § 1 Rn. 1; Schwarze, Europäisches Wirtschaftsrecht, 2007, Rn. 20; Schröter, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage, 2014, 1., Rn. 11 ff. m.w.N.

3 EuGH, Urt. v. 03.10.2000 – C-9/99, EU:C:2000:532 – *Echirolles Distributions*, Rn. 25; Hatje, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Auflage, 2009, S. 811.

Entscheidend ist die Frage, wie Wettbewerb normativ in der Europäischen Union auszugestalten ist. Eine explizite Festlegung des Wettbewerbsbegriffs findet sich in den Verträgen nicht. Allgemein betrachtet hängt eine Definition von Wettbewerb auch stark von der entsprechenden (ökonomischen) Beschreibung und dem zugrunde gelegten Wettbewerbsleitbild ab.⁴ Maßgeblich für die Bestimmung des Wettbewerbsbegriffs kann aus normativer Sicht daher nur der Zustand sein, den die Vorschriften der Verträge bezwecken möchten.⁵

Hierfür bietet das Binnenmarktziel einen wichtigen Ausgangspunkt. Wettbewerb entwickelt sich aus Grundfreiheiten⁶, Grundrechten sowie den Verboten der Wettbewerbsregelungen⁷. Diese Regelungen bilden somit die marktwirtschaftliche Verfassung als eine auf Freiheit der privaten Wirtschaftssubjekte gegründete Ordnung.⁸

Ermöglichen Grundrechte und Grundfreiheiten Wettbewerb, so sollen die Wettbewerbsregelungen vor Verfälschungen schützen, um das System abzusichern.⁹ Dies gilt nicht nur für negative Einwirkungen von privater Macht, sondern auch gegenüber staatlichen Einflussnahmen.¹⁰ Die extensive Nutzung der Freiheitsrechte kann insgesamt zu einer Beschränkung anderer Freiheitsrechte führen¹¹, die wiederum Systemstörungen bewirken

4 *Meessen/Kersting*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann (Hrsg.), Kartellrecht 4. Auflage, 2020, Einführung in das europäische und deutsche Kartellrecht Rn. 7.

5 *Kempen*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Auflage, 2018, Art. 119 AEUV, Rn. 16.

6 *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Auflage, 2014, § 2 Rn. 33; *Hatje*, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Auflage, 2009, S. 815; *Terhechte*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Stand: 73. EL Mai 2021, Art. 3 EUV, Rn. 40.

7 *Kersten*, VVDStRL 69 (2010), 288 (296).

8 *Immenga/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht – Band 1, 6. Auflage, 2019, A. Die Bedeutung der Wettbewerbsregeln in der Wirtschaftsverfassung der EU, Rn. 35; *Kempen*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Auflage, 2018, Art. 119 AEUV, Rn. 15; *Wittelsberger*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage, 2015, Art. 120 AEUV, Rn. 6.

9 *Müller-Graff*, in: Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht, 2. Auflage, 2021, § 1 Rn. 62 f.; *Kersten*, VVDStRL 69 (2010), 288 (291).

10 *Mestmäcker/Schweitzer*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht – Band 3, 5. Auflage, 2016, 1. Teil. Beihilfenrecht A. Die Beihilfenregeln im System des EU-Vertrags Rn. 10.

11 *Müller-Graff*, in: Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht, 2. Auflage, 2021, § 1 Rn. 15; *Mestmäcker*, Wirtschaft und Verfassung in der EU, 2. Auflage, 2006, S. 38; *Böhm*, in: Mestmäcker (Hrsg.), Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft, 1980, S. 53 (64 f.).

können.¹² Wettbewerbsregelungen sichern somit die unterschiedlichen Freiheitssphären ab, die für einen funktionsfähigen Wettbewerb erforderlich sind.

Das System Wettbewerb ist jedoch stets kritischer Betrachtung ausgesetzt.¹³ Wettbewerb beruht nicht ausschließlich auf der unsichtbaren Hand des Marktes, sondern auf der sichtbaren Hand des Rechts, welches eine Wettbewerbsordnung setzt.¹⁴ Staaten haben den Rahmen zu gestalten und andererseits auch durchzusetzen.¹⁵

Erwartungen an die Funktionsweise des Wettbewerbs werden aus verschiedenen Blickwinkeln definiert: Funktioniert der Binnenmarkt noch? Ist dieser noch in ausreichendem Maße innovationsfähig, sozial oder nachhaltig? Adressiert das Wettbewerbsrecht die als schützenswert eingestuften Schutzgüter?¹⁶ Ist die Europäische Union im globalen Wettbewerb noch wettbewerbsfähig genug? Die Internationalisierung des Wettbewerbs, wandelnde Lebensverhältnisse (z.B. Digitalisierung)¹⁷ und Krisenphänomene, wie etwa die Corona-Pandemie, verändern die Blickwinkel und haben besonderen Einfluss auf den Wettbewerb und damit auch auf das Wettbewerbsrecht sowie seine Ausrichtung.

Um die Frage zu beantworten, wie unter diesen Umständen fairer Wettbewerb sichergestellt werden kann, ist zunächst zu klären, was unter Fairness zu verstehen ist und in welchem Verhältnis Fairness zu Wettbewerb steht.

Der Begriff der Fairness ist nicht explizit im Unionsrecht definiert,¹⁸ lässt sich jedoch normativ aus dem „*fair trial*“-Grundsatz¹⁸ herleiten, der in Art. 6 EMRK oder Art. 47 Abs. 2 GRCh verankert ist. Dieser drückt eine verfahrensbezogene Betrachtung aus, welche auch Waffen- und Chancen-

12 Mit Blick auf die Steuerungsfunktion von Nachfrage: *Schweitzer*, in: Kühling/Zimmer (Hrsg.), *Neue Gemeinwohlherausforderungen - Konsequenzen für Wettbewerbsrecht und Regulierung*, 2020, S. 41 (44); *Legner*, WuW 2020, 185 ff.

13 Nicht nur durch die Politik, sondern auch durch die Wissenschaft.

14 *Mestmäcker*, *Die sichtbare Hand des Rechts. Über das Verhältnis von Rechtsordnung und Wirtschaftssystem*, 1978; vgl. auch *Schweitzer*, in: Kühling/Zimmer (Hrsg.), *Neue Gemeinwohlherausforderungen - Konsequenzen für Wettbewerbsrecht und Regulierung*, 2020, S. 41 (42).

15 Dies bildet ein klassischer ordoliberaler Ansatz, vgl. *Böhm*, *ORDO* 1966, 75 (102); *Eucken*, *ORDO* 1945, 1 (22).

16 z.B. Verbraucherschutz, Datenschutz oder Umweltschutz.

17 Auswirkungen der Digitalisierung auf die Produktivität.

18 Vgl. *Tettinger*, *Der Staat* 36 (1997), 575 (576 f.); *Kokott/Dittert*, in: *Kokott/Pohlmann/Polley* (Hrsg.), *Europäisches, Deutsches und Internationales Kartellrecht – Festschrift für Dirk Schroeder*, 2019, S. 407 (407).

gleichheit, Schutz der Verteidigungsrechte vor Gericht sowie Anhörungsrechte gewährt.¹⁹ Fairness kann allerdings auch eine materielle Komponente erfassen, an der sich auch Wettbewerbsregelungen messen lassen müssen.²⁰ Übertragen auf das Wettbewerbsrecht bedeutet dies, dass die Existenz von Wettbewerbsregelungen einen Ausdruck der fairen Behandlung aller Marktakteure bilden.²¹ *Fair* ist Wettbewerb somit dann, wenn die Wettbewerbsfunktionen erfüllt werden und keine schädlichen Verhaltensweisen vorliegen, (unzulässige) Konzentration von Marktmacht verhindert wird. Fairness im Wettbewerbsrecht bedeutet somit gleiche Behandlung sowie gleiche Chancen in einem *level playing field*.²²

Aus Sicht der beteiligten Akteure kann es jedoch auch (noch) bedeuten, dass die konsequente Durchsetzung des Wettbewerbsrechts wiederum dafür sorgt, dass diese das Wirtschaftsgeschehen als *fair* erleben.²³

Die Tagung und der Tagungsband nehmen die vielfältigen und aktuellen Herausforderungen zum Anlass, um über die Zukunft der Wettbewerbspolitik zu diskutieren. Es werden unterschiedliche Maßnahmen betrachtet, die faire Wettbewerbsbedingungen in der Europäischen Union sicherstellen könnten. Dies soll schwerpunktmäßig unter der Einbeziehung von Fairnesserwägungen erfolgen. Sollen faire Verteilungswirkungen von Märkten als Zielsetzung in die Setzung oder Anwendung von Wettbewerbsrecht einfließen oder nicht und falls ja, mit welchen Auswirkungen?²⁴

19 *Jarass*, in: Jarass (Hrsg.), Charta der Grundrechte der EU, 4. Auflage, 2021, Art. 47 Rn. 39; *Meyer-Ladewig/Harrendorf/König*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Auflage, 2017, Art. 6, Rn. 96 ff.

20 *Blanke/Thumfahrt*, in: Blanke/Jann/Mühlenkamp (Hrsg.), Dimensionen des Wettbewerbs, 2010, S. 1 (15).

21 Auch *Kokott/Dittert*, in: Kokott/Pohlmann/Polley (Hrsg.), Europäisches, Deutsches und Internationales Kartellrecht – Festschrift für Dirk Schroeder, 2019, S. 407 (408).

22 *Kokott/Dittert*, in: Kokott/Pohlmann/Polley (Hrsg.), Europäisches, Deutsches und Internationales Kartellrecht – Festschrift für Dirk Schroeder, 2019, S. 407 (408); *Wobbe*, in: Blanke/Jann/Mühlenkamp (Hrsg.), Dimensionen des Wettbewerbs, 2010, S. 109 (112).

23 *Laitenberger*, NZKart 2017, 89 (92).

24 *Schweitzer*, in: Kühling/Zimmer (Hrsg.), Neue Gemeinwohlherausforderungen - Konsequenzen für Wettbewerbsrecht und Regulierung, 2020, S. 41 (65).

I. Gewährleistung fairer Wettbewerbsbedingungen bei Subventionen aus Drittstaaten

Offenheit für Handel und Investitionen kennzeichnen die Handelspolitik der Union mit Drittstaaten. Wettbewerbsverzerrungen können entstehen, wenn Drittstaaten stärker als die Union bzw. deren Mitgliedstaaten in das Wirtschaftsgeschehen eingreifen. Insbesondere in der Volksrepublik China, dem zweitgrößten Handelspartner der Europäischen Union, lässt sich beobachten, dass der Staat durch wirtschaftliche Vergünstigungen, in Form von Finanzhilfen oder steuerlichen Vorteilen, gezielt in Märkte eingreift.²⁵ Drittstaatliche Subventionen (etwa in Form von Unternehmensübernahmen) oder Vergaben von Dienstleistungen, in denen stark subventionierte Unternehmen bessere Angebote abgeben können, sind geeignet, europäische Unternehmen im Binnenmarkt zu benachteiligen.²⁶ Den unionsrechtlichen Regelungen entsprechende Bestimmungen für Subventionen an Unternehmen von Drittstaatsbehörden existieren bisher nicht. Um diese Schutzlücke zu schließen, hat die Kommission im Juni 2020 das Weißbuch zur Gewährleistung fairer Wettbewerbsbedingungen bei Subventionen aus Drittstaaten vorgestellt.²⁷ Dieses skizziert inhaltliche und verfahrenstechnische Aspekte gesetzgeberischer Instrumente, um die bestehende Regelungslücke in Bezug auf die binnenmarktverzerrende Wirkung drittstaatlicher Subventionen auf das allgemeine Marktverhalten der in der EU tätigen Wirtschaftsbeteiligten, den Erwerb von EU-Unternehmen, öffentliche Auftragsvergabeverfahren sowie den Zugang zu EU-Finanzierungen zu schließen.²⁸ Verschiedene (auch kombinierbare) Teilinstrumente kommen demnach in Betracht, um Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden.

Auf Grundlage dieses Weißbuches hat die Kommission am 5. Mai 2021 einen Entwurf für eine Verordnung zum Umgang mit Subventionen aus Drittstaaten veröffentlicht.²⁹ Dieser Vorschlag sieht verschiedene Verfah-

25 Vgl. *Soltész*, ECLR 2020, 609 (609); Deutscher Bundestag, Dreiundzwanzigstes Hauptgutachten der Monopolkommission Wettbewerb 2020, BT-Drs. 19/21540, S. 243 ff.

26 *Soltész*, ECLR 2020, 609 (609).

27 Europäische Kommission, Weißbuch, Gewährleistung fairer Wettbewerbsbedingungen bei Subventionen aus Drittstaaten, COM(2020) 253 final.

28 Zu einer ersten Bewertung s. etwa *Trapp*, EuZW 2020, 964 ff.

29 Europäische Kommission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on foreign subsidies distorting the internal market, 2021/0114 (COD).

ren vor, um zu prüfen, ob binnenmarktverzerrende drittstaatliche Subventionen vorliegen, und erlaubt der Kommission, Abhilfemaßnahme zu ergreifen, um eine mögliche Wettbewerbsverzerrung zu beheben. Der Entwurf sieht zudem vor, dass die Kommission bei überwiegend „positiven Auswirkungen“ auf die Entwicklung der jeweiligen Wirtschaftstätigkeit keine Maßnahmen gegen binnenmarktverzerrende drittstaatliche Subventionen ergreift.

Er markiert eine Zäsur in der bisherigen Phase des Wettbewerbsrechts in der Europäischen Union und wird auch in Zukunft noch spannende Anwendungsfragen eröffnen.

Mit Blick auf den Verordnungsvorschlag erklärte die Wettbewerbskommissarin *Magarethe Vestager*: „Die Offenheit des Binnenmarktes ist unser größter Trumpf. Für Offenheit braucht es jedoch Fairness.“³⁰ Binnenmarktkommissar *Thierry Breton* ergänzte, dass die Offenheit nur funktioniert, „wenn alle, die im Binnenmarkt tätig sind, in Europa investieren oder Angebote für öffentlich finanzierte Projekte abgeben, sich an unsere Regeln halten. Heute schließen wir eine Lücke in unserem Regelwerk, um dafür zu sorgen, dass alle Unternehmen gleichberechtigt miteinander konkurrieren können und niemand die fairen Wettbewerbsbedingungen und die Wettbewerbsfähigkeit Europas durch verzerrende drittstaatliche Subventionen untergraben kann.“³¹

Es wird insofern zu diskutieren sein, ob durch die vorgeschlagenen Instrumente und insbesondere in ihrer Anwendung faire Handelsbedingungen im Sinne eines *level playing field* erreicht werden können.³²

Der Beitrag von *Simone Ritzek-Seidl* stellt in diesem Band den Verordnungsvorschlag umfassend vor und befasst sich mit seinen Auswirkungen.

Besonders betrachtenswert innerhalb des Vorschlages ist, dass Wettbewerbsverzerrungen von drittstaatlichen Unternehmen mit möglichen positiven Auswirkungen abgewogen und letztlich als zulässig erachtet werden können. Objektive Wettbewerbsverletzungen können somit aus anderen Gründen gerechtfertigt werden. Der Beitrag von *Lennart Gau* und *Frederik*

30 Europäische Kommission, Kommission schlägt neue Verordnung gegen Verzerrungen im Binnenmarkt durch Subventionen aus Drittstaaten vor, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_21_1982 (letzter Aufruf am 27. September 2021).

31 Europäische Kommission, Kommission schlägt neue Verordnung gegen Verzerrungen im Binnenmarkt durch Subventionen aus Drittstaaten vor, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_21_1982 (letzter Aufruf am 27. September 2021).

32 Positiv *Soltész*, ECLR 2020, 609 (612).

Gutmann erörtert, was „positive Auswirkungen“ im Rahmen einer entsprechenden Abwägung sein können und zielt auf eine Konkretisierung dieses Begriffs anhand eines Regelbeispielkatalogs ab.

Untersuchenswert wird auch das Verhältnis zum Rechtsregime der WTO bleiben. Auch wenn der Verordnungsvorschlag einen Vorrang eines jeweiligen Freihandelsabkommens (vgl. Art. 40 Abs. 7 des Verordnungsvorschlages) vorsieht, so bleibt abzuwarten, ob WTO-relevante Verfahren angestoßen werden.

II. Fairer Wettbewerb innerhalb der Union

Die Corona-Pandemie führt eindrucksvoll vor Augen, dass es auch innerhalb der Union wirksamer Vorgaben und Regularien bedarf, um einen fairen Wettbewerb dauerhaft sicherzustellen.³³ Durch die Maßnahmen zur Pandemiebekämpfung wurden Grenzen geschlossen, Personen- sowie Dienstleistungs- und Warenverkehr eingestellt.³⁴ Ersten Einschätzungen zufolge, habe dies den Binnenmarkt in eine tiefe Krise gestürzt³⁵, die wiederum zu einer gewissen Wiederbelebung des Nationalstaates geführt habe.³⁶

Mit den negativen wirtschaftlichen Wirkungen sind Fragen aufgeworfen, die die staatliche Gesundheitsfürsorge betreffen und jedenfalls auch wettbewerbsrechtliche Anknüpfungspunkte aufweisen und die Verbindung zwischen Grundfreiheiten und Wettbewerbspolitik verdeutlichen. Dürfen bspw. die Mitgliedstaaten der Union den Export von Medizinprodukten untersagen, um damit die „eigene“ Bevölkerung zu versorgen? Dürfen Grenzen geschlossen werden, um die Ausbreitung des Corona-Virus einzugrenzen?

Innerhalb der eigenen Wirtschaft haben europäische Staaten etwa versucht, durch finanzielle Hilfen, Bürgschaften oder Beteiligungen an Unternehmen, die Folgen von Geschäftsschließungen, Produktionsausfällen und weiteren wirtschaftlichen Beeinträchtigungen zu mindern. Diese Maßnahmen bringen jedoch die Gefahr mit sich, dass massive Wettbewerbsverzerr-

33 Vgl. dazu etwa *Bostoen/Colpaert/Devroe/Gruyters/Michaux/Van Acker*, *European Competition and Regulatory Law Review* 4 (2020), 72 ff.

34 *Hartwig*, *ZaöRV* 2020, 281 (285).

35 *Ioannidis*, *ZaöRV* 2020, 773 (781).

36 *Hartwig*, *ZaöRV* 2020, 281 (285 f.).

rungen eintreten.³⁷ Diese können entweder darin liegen, dass Unternehmen durch die Pandemie ihre Marktposition festigen wollen oder Unternehmen Unterstützungsleistungen erhalten, die nach dem wettbewerblichen Leistungsprinzip aus dem Markt ausscheiden sollten.³⁸ Zu betonen bleibt in diesem Zusammenhang, dass auch in Krisenzeiten Wettbewerbsrecht weiterhin Geltung beansprucht.³⁹ Dem Beihilferecht und seinen Leitlinien stehen jedoch auch Handlungsinstrumente zur Verfügung, um Krisenbewältigung zu unterstützen.

Die Europäische Kommission hat mit verschiedenen Maßnahmen auf die Corona-Pandemie reagiert und wettbewerbsrechtliche Bestimmung angepasst, um negative wirtschaftliche Auswirkungen innerhalb der Union abzumildern. Bereits am 19. März 2020 hat die Kommission in der Mitteilung „Befristeter Rahmen für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft angesichts des derzeitigen Ausbruchs von COVID-19“ (Befristeter Rahmen) die Voraussetzungen genannt, die erfüllt sein müssen, damit staatliche Maßnahmen zur Unterstützung der Unternehmen in der Corona-Krise mit den Beihilfavorschriften vereinbar sind.⁴⁰ Dieser Rahmen wurde mehrfach angepasst und erweitert, um auf die anhaltende Pandemie sowie die damit verbundenen wirtschaftlichen Einschränkungen antworten zu können.⁴¹

Neben der Beihilfenkontrolle ist auch das Kartellrecht angesichts der wirtschaftlichen Schwierigkeiten aufgrund der Corona-Pandemie besonderen Herausforderungen ausgesetzt. In einer ersten Reaktion wies daher das Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden (ECN) in einer gemeinsamen Erklärung daraufhin, dass das Ziel gleicher Wettbewerbsbe-

37 So bspw. der Vorwurf in den vielfältigen Verfahren von Ryanair gegen Entscheidungen der Europäischen Kommission, die Vereinbarkeitsentscheidungen von mitgliedstaatlichen Beihilfen an Fluggesellschaften haben, vgl. dazu *Soltész*, EuZW 2021, 225; *Heger*, ZLW 2021, 178 ff.

38 So als allgemeine Funktion von Wettbewerb, vgl. *Herdzina*, Wettbewerbspolitik, 5. Auflage, 1999, S. 27.

39 *Ritz/Schlau*, WuW 2020, 234 (234f.).

40 Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission, Befristeter Rahmen für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft angesichts des derzeitigen Ausbruchs von COVID-19, ABl. C 91 I vom 20. März 2020.

41 Vgl. zuletzt 5. Änderung des Befristeten Rahmens für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft angesichts des derzeitigen Ausbruchs von COVID-19 und Änderung des Anhangs der Mitteilung der Kommission an die Mitgliedstaaten zur Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf die kurzfristige Exportkreditversicherung, ABl. C 34 vom 1. Februar 2021. Mit dieser Änderung wurde der Befristete Rahmen für staatliche Beihilfen zunächst bis zum 31. Dezember 2021 verlängert.

dingungen auch während der Corona-Krise von Bedeutung bleibe und dass die europäischen Wettbewerbsinstrumente über Mechanismen verfügten, um Markt- und Wirtschaftsentwicklungen zu berücksichtigen; auch werde nicht gegen notwendige und vorübergehende Maßnahmen, die darauf zielen, Versorgungsengpässe zu vermeiden, vorgegangen.⁴²

Am 8. April 2020 verabschiedete die Kommission einen Befristeten Rahmen für die Prüfung von Kooperationen.⁴³ In diesem erläutert die Kommission Kriterien für die kartellrechtliche Prüfung von Vorhaben von Unternehmen zur Zusammenarbeit gegen Engpässe bei der Versorgung mit unentbehrlichen Waren und Dienstleistungen. Maßnahmen, wie die Koordinierung zwischen Unternehmen, die „unter normalen Umständen wettbewerbsrechtlich problematisch“ wären, sollen demnach zulässig sein, wenn diese erstens objektiv erforderlich und so konzipiert sind, dass sie möglichst effizient zu einer tatsächlichen Produktionssteigerung beitragen, damit ein Mangel an unentbehrlichen Waren oder Dienstleistungen, wie denen, die zur Behandlung von Corona-Patienten benötigt werden, behoben oder vermieden werden kann. Zweitens sind sie zulässig, wenn die Maßnahmen zeitlich befristet sind, und schließlich drittens, wenn diese nicht über das Maß hinaus gehen, das zur Erreichung des Ziels der Behebung oder Vermeidung von Versorgungsengpässen erforderlich ist.

Zudem wurde mit dem Befristeten Rahmen für die Prüfung von Kooperationen ein befristetes Verfahren eingerichtet, um Unternehmen in geeigneten Fällen für konkrete und genau definierte Vorhaben der Zusammenarbeit in diesem Zusammenhang ad hoc eine Bescheinigung (Comfort Letter) ausstellen zu können.⁴⁴

Erste Beurteilungen bescheinigen der Kommission, dass diese die unionsrechtlichen Bestimmungen „mit der gebotenen Flexibilität“ angewendet habe;⁴⁵ kritisieren jedoch auch, dass insbesondere die gewährten Bei-

42 European Competition Network, Antitrust: Joint statement by the European Competition Network (ECN) on application of competition law during the Corona crisis v. 23.08.2020, https://ec.europa.eu/competition/ecn/202003_joint-statement_ecn_corona-crisis.pdf.

43 Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission, Befristeter Rahmen für die Prüfung kartellrechtlicher Fragen der Zusammenarbeit von Unternehmen in durch den derzeitigen COVID-19-Ausbruch verursachten Notsituationen, ABl. C116 I vom 8. April 2020.

44 Der erste und bislang einzige Comfort Letter wurde an *Medicines for Europe* ausgestellt, Europäische Kommission, Generaldirektion Wettbewerb, Comfort Letter v. 08.04.2020, COMP/OG – D(2020/044003), https://ec.europa.eu/competition/antitrust/medicines_for_europe_comfort_letter.pdf.

45 So *Völcker/Benditz*, EuZW 2021, 461 (471).

helfen nicht zu einer dauerhaften Stärkung der wirtschaftlichen Ordnung und dem Erhalt von Wettbewerb beitragen könnten.⁴⁶ Derzeit konnte die Kommission jedoch feststellen, dass – zumindest im Beihilfenbereich – das *level playing field* nicht durch einen Subventionswettbewerb der Mitgliedstaaten beeinträchtigt wurde.⁴⁷ Es bleibt jedoch abzuwarten, wie sich die Märkte insgesamt weiterentwickeln werden und ob es ggf. zu langfristigen Preissteigerungen kommen wird.⁴⁸

Eine besonders relevante Rolle kann innerhalb der künftigen Weiterentwicklung des Binnenmarktes die Aufbau- und Resilienzfähigkeit innerhalb des Europäischen Aufbauplans spielen.⁴⁹ Diese wurde mit der Verordnung (EU) 2021/241 aufgelegt und soll dabei helfen, die wirtschaftlichen Folgen der Corona-Pandemie zu bewältigen und zugleich den ökologischen und digitalen Wandel zu vollziehen und damit den wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalt der Union fördern (vgl. Art. 4 der Verordnung (EU) 2021/241).

III. Einfluss der Digitalisierung

Wettbewerbsprobleme zeigen sich zunehmend auch auf den digitalen Märkten. Darunter sind bspw. digitale Plattformen, soziale Medien, Online-Marktplätze und Online-Plattformen innerhalb und außerhalb der Europäischen Union zu verstehen. Auch wenn es keine einheitlichen Definitionen gibt, so werden Unternehmen in dem Sektor durch die Nutzung von Daten, den Einsatz von Algorithmen und künstlicher Intelligenz sowie dem Nutzen von Plattformen als Marktplätze gekennzeichnet.⁵⁰

Zunächst lässt sich als Folge von Netzwerk- und Skaleneffekten regelmäßig eine Machtkonzentration eines Anbieters beobachten („Wett-

46 *Kleine/Schaper/Fila/Cyriac*, Newsdienst Compliance, Heft 4/2020, die vorschlagen, das in Art. 101 Abs. 3 AEUV enthaltene Instrumentarium zur Ermöglichung von Strukturkrisenkartellen, jedenfalls zusätzlich, einzusetzen; ferner *Ritz*, WuW 2020, 234 ff.

47 Competition State aid brief, 1/2021, <https://ec.europa.eu/competition/publication/s/csb/kdam21001enn.pdf> (letzter Aufruf am 27. September 2021).

48 BKartA, Fallbericht vom 23.07.2021 – B1-71/21, Spanplatten.

49 Näher zu den rechtlichen Problemstellungen: *Ruffert*, NVwZ 2020, 1777; *Kube/Schorkopf*, NJW 2021, 1650.

50 *Podszun/Kersting*, NJOZ 2019, 321 (321); *Weck/Fetzer*, NZKart 2019, 588 (588 f.); *Schweitzer*, in: Kühling/Zimmer (Hrsg.), Neue Gemeinwohlherausforderungen - Konsequenzen für Wettbewerbsrecht und Regulierung, 2020, S. 41 (45).

bewerb ‚um‘ den Markt“).⁵¹ Plattformbasierte Geschäftsmodelle können zur Entstehung dauerhafter Machtpositionen über herkömmliche Marktgrenzen hinausführen, die angesichts der geographischen Weite des digitalen Raums besondere wettbewerbsrechtliche Herausforderungen mit sich bringen.⁵² Es bestehen Befürchtungen, dass diese Unternehmen große Marktzugangsbeschränkungen schaffen⁵³ und/oder eine Gatekeeper-Funktion zwischen Unternehmen und Verbraucher einnehmen.⁵⁴ Gleichfalls drohen besondere Gefahren dahingehend, dass sich die Unternehmen in wettbewerbswidriger Weise auf verbundene Märkten ausdehnen.⁵⁵ Weiterhin könnte der wirtschaftliche Nutzen von Daten zu einer wettbewerbschädlichen und neuen Form von Macht, nämlich Datenmacht führen.⁵⁶ Dies kann sich insbesondere auf den Preis oder das Angebot insgesamt auswirken.⁵⁷ Schließlich drohen in verschiedenen Bereichen Lock-in-Effekte für Nutzer.⁵⁸ Gerade aufgrund der Digitalisierung entstehen neue Phänomene, die eine Diskussion darüber notwendig erscheinen lassen, welche Funktion das Wettbewerbsrecht in diesem Zusammenhang hat. Der vorsichtige Befund, dass digitale Plattformen den Wettbewerb behindern können, ist nicht nur auf einen Mitgliedstaat der Europäischen Union beschränkt, sondern ein weltweites Problem.⁵⁹

51 *Gielen/Uphues*, EuZW 2021, 627 (627f.); *Paal/Hennemann*, NJW 2017, 1697 (1699); *Hoying/van Mastrigt*, ECLR 2020, 327 (327).

52 Deutscher Bundestag, Dreiundzwanzigstes Hauptgutachten der Monopolkommission Wettbewerb 2020, BT-Drs. 19/21540, S. 27 m.w.N.

53 *Hoying/van Mastrigt*, ECLR 2020, 327 (328).

54 *Hoying/van Mastrigt*, ECLR 2020, 327 (329); Digital Competition Expert Panel chaired by Professor Jason Furman final report on competition in digital markets (13 March 2019), https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf.

55 *Hoying/van Mastrigt*, ECLR 2020, 327 (229); *Weck/Fetzer*, NZKart 2019, 588 (589).

56 *Hoying/van Mastrigt*, ECLR 2020, 327 (230).

57 Vgl. *Clutterbuck*, ECLR 2020, 323 (323), *Podszun/Kersting*, NJOZ 2019, 321 (322); *Weck/Fetzer*, NZKart 2019, 588 (589).

58 *Podszun/Kersting*, NJOZ 2019, 321 (322).

59 Dutch Competition Authority (ACM) Discussion Paper on "Future-proofing competition policy for online platforms" (Dezember 2018), <https://www.acm.nl/nl/node/18358> (letzter Aufruf am 27. September 2021); Jason Furman final report on competition in digital markets (März 2019); https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf (letzter Aufruf am 27. September 2021); Australian Competition and Consumer Commission (ACCC), Digital Platforms Inquiry - Preliminary Report, Dezember