
Wettbewerb in der Corona-Krise

Kurz gefasst

Summary

- 1 Einleitung
 - 2 Schnelle und angemessene Reaktion der Wettbewerbsbehörden auf notwendige Kooperationsinitiativen
 - 3 Missbräuchlich überhöhte Preise sanktionieren
 - 4 Marktbeherrschende Plattformen regulieren
 - 5 Materielle rechtliche Fusionskontrolle weiterhin uneingeschränkt anwenden
 - 6 Beihilfenkontrolle der Europäischen Union in der Krise unverzichtbar
 - 7 Auflagen der EU zu Staatsbeteiligungen zur Sicherung des Wettbewerbs sinnvoll
 - 8 Zusammenfassung der Einschätzungen und Empfehlungen
-

Kurz gefasst

Die Corona-Krise wird die deutsche Wirtschaft nachhaltig verändern. Um eine dauerhafte Schädigung von Marktstrukturen zu vermeiden und die Folgen der Krise für die Arbeitsmärkte zu mildern, greifen Bund, Bundesländer und Kommunen durch finanzielle Hilfen, Bürgschaften und Beteiligungen an Unternehmen massiv in die Wirtschaft ein. In der Lock-down- und in der Reaktivierungsphase haben die Unternehmen zudem einen teils verstärkten Kooperations- und Koordinierungsbedarf formuliert. All das wird Auswirkungen auf den Wettbewerb haben. Zu erwarten ist, dass es insgesamt und in einzelnen Wirtschaftsbereichen zu einem **Konzentrationsanstieg mit der Folge einer abnehmenden Wettbewerbsintensität** kommen wird. Die Marktmacht der großen Digitalunternehmen wird zunehmen und der **direkte staatliche Einfluss auf die Unternehmen wächst**. Dies löst Handlungsdruck in Deutschland und in der Europäischen Union im Hinblick auf die Sicherung wettbewerblicher Strukturen aus.

Im Hinblick auf Kooperationsinitiativen zur Vermeidung von Versorgungsengpässen hat das Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden zeitnah Orientierungshilfen gegeben. Daneben wurde die Rechtssicherheit durch zügige Entscheidungen der Wettbewerbsbehörden erhöht. Wichtig war in diesem Zusammenhang aber auch die **Feststellung, dass Kooperationen nicht über das zur Sicherstellung der Versorgung notwendige Maß hinausgehen dürfen**. Absprachen über Preise, Konditionen sowie die Aufteilung von Kunden oder Absatzgebieten müssen auch in Krisenzeiten untersagt bleiben. Ebenso sind die Verbraucher vor missbräuchlich überhöhten Preisen bei medizinischen Produkten oder sonstigen in der Krise wesentlichen, aber knappen Gütern zu schützen.

Es ist davon auszugehen, dass der durch die Corona-Krise verursachte Digitalisierungsschub zu einem weiteren Anwachsen der Marktmacht der großen Digitalunternehmen führen wird. Vor diesem Hintergrund empfiehlt die Monopolkommission der Bundesregierung, die deutsche Ratspräsidentschaft in der Europäischen Union zu nutzen, um eine **Plattformverordnung für marktbeherrschende Online-Plattformen einzuführen**.

In der Corona-Krise sollten auch die **Fusionskontrollregeln nicht großzügiger als bisher gehandhabt** werden. Das geltende Recht versetzt die Wettbewerbsbehörden in die Lage, auch in Krisenzeiten – etwa mit dem Instrument der Sanierungsfusion – angemessen zu reagieren. Die für die Monate März bis Mai 2020 geltende **Verlängerung der Prüfungsfristen für die Fusionskontrolle** sollte **bis zum Ende des zweiten Halbjahres 2020** ausgeweitet werden, da mit einem Wiederanstieg der Anmeldezahlen bei gleichzeitiger Weitergeltung der Corona-Schutzmaßnahmen zu rechnen ist.

Auch in der Corona-Krise ist die **Kontrolle der staatlichen Maßnahmen zur Unterstützung von Unternehmen im Hinblick auf ihre potenziell wettbewerbsbeeinträchtigenden Wirkungen im europäischen Binnenmarkt unverzichtbar**. Problematisch sind insbesondere Maßnahmen, mit denen selektiv Unternehmen unterstützt werden. Die Monopolkommission ist wie die Europäische Kommission der Auffassung, dass die **Bedingungen und Auflagen im Fall von staatlichen Unternehmensbeteiligungen strenger ausfallen müssen als bei reinen Finanzbeihilfen**. Insbesondere sollte eine staatliche Beteiligung, soweit sie Unternehmen mit einer marktbeherrschenden Stellung auf einem oder mehreren Märkten betrifft, mit wettbewerbsfördernden Maßnahmen flankiert werden. Die Monopolkommission empfiehlt darüber hinaus, ein **Gremium mit unabhängigen Experten einzusetzen, welches die Bundesregierung bei der Entwicklung von Strategien für den Ausstieg aus krisenbedingten staatlichen Beteiligungen berät**.

Summary

The Corona crisis (Covid-19 crisis) will change the German economy profoundly. In order to avoid permanent damage to market structures and to mitigate the consequences of the crisis for the labour markets, the German Federal Government, the federal states and the municipalities have been intervening massively in the economy through financial aid, guarantees and equity investments in companies. Moreover, the companies have shown a need for partly strengthened cooperation and coordination during the lockdown and reactivation phase. All of this will have an impact on competition. It is to be expected that there will be a **rise in concentrations** overall and in individual sectors of the economy, **resulting in a decline in competition**. The market power of the large digital companies will increase and **direct State influence on the companies will grow**. In Germany and the European Union, this will create pressure for action in order to secure competitive structures.

With regard to cooperation between companies that aims to avoid shortages of supply, the European Competition Network has promptly provided guidance. Legal certainty was increased by rapid decisions of the competition authorities. However, it was also important in this context to **ascertain that cooperation must not go beyond what is necessary to ensure supply**. Agreements on prices, conditions and the allocation of customers or territories must remain prohibited even in times of crisis. Consumers must also be protected against abusively excessive prices of medical products or other goods that are essential but scarce during the crisis.

It can be assumed that the push on digitalisation caused by the Corona crisis will lead to a further increase in the market power of the large digital companies. Against this background, the Monopolies Commission recommends that the German government should use its presidency of the Council of the European Union to **introduce a platform regulation for dominant online platforms**.

During the Corona crisis, **merger control rules should not be applied more generously than they have been so far**. The applicable law enables the competition authorities to react appropriately even in times of crisis, for example with the concept of the failing company defence. The **extension of the review periods for merger control**, applicable from March to May 2020, should be prolonged **until the end of 2020**, as a renewed increase in the number of merger control notifications is expected in case of continued application of the Corona protective measures.

During the Corona crisis, too, **the control of State measures to support companies is indispensable in view of their potentially adverse effects on competition in the European single market**. Measures that selectively support companies are particularly problematic. The Monopolies Commission agrees with the European Commission that **the conditions and requirements in the case of State equity participations must be stricter than in the case of pure financial aid**. In particular, a State participation should be accompanied by pro-competitive measures, insofar as it concerns companies with a dominant position in one or more markets. In addition, the Monopolies Commission recommends that a **committee of independent experts be set up to advise the German Federal Government on the development of exit strategies from crisis-related State participations**.

1 Einleitung

1. Die Corona-Krise¹ wird die deutsche Wirtschaft nachhaltig treffen, vor allem auch deshalb, weil Deutschland stark in den Welthandel und damit in die globalen Wertschöpfungsketten eingebunden ist. Folgen der Krise sind Rezession und Strukturveränderungen, die weit über das Ausmaß der Finanzkrise der Jahre 2008/2009 hinausgehen werden. Wie stark einzelne Branchen betroffen sind, hängt davon ab, wie stark und wie lange die wirtschaftlichen Aktivitäten eingeschränkt waren bzw. sind, die Lieferketten unterbrochen sind oder das Angebot oder die Nachfrage wegen anderer Beeinträchtigungen eingeschränkt ist. In Branchen wie der Reiseindustrie, der Gastronomie oder auch der Automobilindustrie haben nahezu alle Unternehmen gleichzeitig große Teile ihrer Umsätze verloren. Andere Wirtschaftsbereiche, wie der Gesundheitssektor oder die Digitalwirtschaft, sind dagegen nicht oder weniger stark betroffen. In der Folge wird auch der Wettbewerb beeinflusst. Insolvenzen, Unternehmensübernahmen und neue Kooperationen von Unternehmen werden den Wettbewerb insgesamt schwächen. Der mit der Krise einhergehende Digitalisierungsschub ist wegen des Kompetenzgewinns gesamtwirtschaftlich positiv zu sehen, geht aber mit der Befürchtung einher, dass die Marktmacht der großen Digitalkonzerne, insbesondere von Amazon, Google, Facebook, Microsoft und Apple, weiter zunimmt.

2. Um eine dauerhafte Schädigung von Marktstrukturen zu vermeiden und die Folgen der Krise für die Arbeitsmärkte zu mildern, greifen Bund und Bundesländer durch finanzielle Hilfen, Bürgschaften und andere Rettungsmaßnahmen für Unternehmen massiv in die Wirtschaft ein. Neben der intendierten Wirkung der Rettung insbesondere derjenigen Unternehmen, die vor der Krise als wirtschaftlich gesund galten, haben solche Maßnahmen ebenfalls das Potenzial, für Wettbewerbsverzerrungen zu sorgen. Dies gilt insbesondere auch mit Blick auf den Wettbewerb im Binnenmarkt, weil nicht jedes Mitgliedsland in der Europäischen Union Hilfsprogramme in vergleichbaren Größenordnungen finanzieren kann.

3. Tangiert wird der Wettbewerb auch, wenn der Bund im Zuge der Hilfsprogramme Unternehmensanteile wie im Fall der Deutschen Lufthansa AG erwirbt. Wettbewerbsverzerrungen ergeben sich zulasten privater Wettbewerber in der Luftverkehrswirtschaft vor allem dann, wenn diese nicht auf staatliche Unterstützungsmaßnahmen zurückgreifen können. Im Fall von staatlichen Beteiligungen ergeben sich Wettbewerbsverzerrungen allein schon deshalb, weil der Staat als Miteigentümer wegen seiner guten Bonität für günstigere Refinanzierungsmöglichkeiten des betroffenen Unternehmens an den Kapitalmärkten sorgen kann.

4. Die Bedrohungen des Wettbewerbs ändern sich im Verlauf der Corona-Krise. In der sogenannten Lock-down- oder Shut-down-Phase ging es vor allem darum, Versorgungsstrukturen zu sichern, eigentlich profitable Unternehmen vor der Insolvenz zu retten und die Voraussetzungen dafür zu schaffen, den Lock-down möglichst schnell zu überwinden. Die Kartellbehörden waren in dieser Phase damit befasst, Kooperationen von Unternehmen, die der Aufrechterhaltung der Versorgung dienen, auf ihre Vereinbarkeit mit dem Wettbewerbsrecht zu prüfen. Gleichzeitig ging es darum, die Verbraucher in Branchen, in denen die Krise zu einem sprunghaften Anstieg der Nachfrage führte, etwa bei medizinischen Produkten, bei Hygieneartikeln oder sonstigen in der Krise wichtigen knappen Gütern vor missbräuchlich überhöhten Preisen zu schützen. Bei den schnell und in einem großen Ausmaß verfügbar gemachten Finanzhilfen für die Unternehmen galt es nicht nur, möglichst viele der wirtschaftlich eigentlich gesunden Unternehmen vor der Insolvenz zu retten, sondern auch die Folgen für den Wettbewerb im Binnenmarkt durch eine funktionsfähige Beihilfenkontrolle zu minimieren.

5. In der sogenannten Reaktivierungsphase, in der die Wirtschaft nach dem Lock-down wieder angefahren wird, haben die Unternehmen einen teils verstärkten Kooperations- und Koordinierungsbedarf angemeldet, um eine „geordnete“ Wiederaufnahme der Produktion zu gewährleisten. Hier geht es etwa um die Koordinierung der Wiederaufnahme der Industrieproduktion, damit Zulieferkapazitäten nicht überfordert werden, abgestimmte Wiedereröffnungsstrategien oder den koordinierten Umgang mit Überkapazitäten, etwa um ruinöse Rabattschlachten zu vermeiden. Die dem Bundeskartellamt angezeigten Kooperationsvorhaben zeigen, dass hier in einem stärkeren Maße als bei den Kooperationsvorhaben in der Lock-down-Phase Konflikte mit dem Kartellrecht drohen. Diskutiert

¹ Die Monopolkommission bezeichnet als „Corona-Krise“ die durch SARS-CoV-2-Viren (COVID-19) ausgelöste Krise.

wurde in diesem Zusammenhang, ob das Kartellrecht zur Rettung von Unternehmen und von wettbewerblichen Strukturen nach der Krise bei solchen Fällen ausgesetzt oder weniger streng angewendet werden sollte.

6. Im weiteren Verlauf der Corona-Krise und in der Zeit nach der Krise werden sich Marktstrukturen verändert haben. Zu erwarten ist, dass die Konzentration insgesamt und in einzelnen Wirtschaftsbereichen mit der Folge einer abnehmenden Wettbewerbsintensität ansteigt, die Marktmacht der großen Digitalunternehmen weiter zunimmt und der direkte staatliche Einfluss auf die Unternehmen wächst. Dies löst Handlungsdruck in Deutschland und in der Europäischen Union im Hinblick auf die Sicherung wettbewerblicher Strukturen aus.²

2 Schnelle und angemessene Reaktion der Wettbewerbsbehörden auf notwendige Kooperationsinitiativen

7. In der Corona-Krise ist es vermehrt zu Kooperationen, auch zwischen Wettbewerbern, gekommen. Es handelt sich häufig um Kooperationen in der Medizin-, Biotech- und Pharmabranche, in denen Unternehmen zur Impfstoffentwicklung sowie zur Herstellung von bestehenden oder neuen Medikamenten und medizinischen Produkten für die Bekämpfung der Ausbreitung des Corona-Virus zusammenarbeiten.³ Kooperationsinitiativen gingen bzw. gehen aber auch von anderen Branchen aus, um Versorgungsstrukturen aufrechtzuerhalten oder – in einem späteren Stadium der Krise – die Wiederaufnahme der Produktion zu gewährleisten.⁴

8. Am 23. März 2020 veröffentlichte das Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden (ECN) eine Gemeinsame Erklärung über die Anwendung der Wettbewerbsregeln während der Corona-Pandemie.⁵ Das ECN sei sich der sozialen und wirtschaftlichen Auswirkungen des Corona-Ausbruchs bewusst und weist darauf hin, dass auch in Krisenzeiten das Ziel verfolgt werde, für alle Unternehmen faire Wettbewerbsbedingungen sicherzustellen. Das europäische Wettbewerbsrecht biete passende Instrumente, um Markt- und Wirtschaftsentwicklungen im erforderlichen Maß zu berücksichtigen und zu adäquaten Lösungen zu kommen. Zur Sicherstellung der Verbraucherversorgung und einer fairen Verteilung von knappen Waren können laut ECN Kooperationen zwischen Wettbewerbern notwendig werden. Gegen vorübergehende und erforderliche Maßnahmen, die eine Vermeidung von Lieferengpässen gewährleisten, werde man nicht aktiv vorgehen. Aufgrund der Ausnahmesituation seien solche Maßnahmen eher unkritisch, da sie keine Wettbewerbsbeschränkung i. S. d. Art. 101 AEUV darstellten bzw. die hervorbrachten Effizienzgewinne für die Verbraucher mögliche Beschränkungen überwögen. Bei Zweifeln über die Vereinbarkeit von Kooperationen könnten sich die Unternehmen zur informellen Beratung an die Europäische Kommission und die nationalen Wettbewerbsbehörden wenden. Gleichzeitig sei es von immenser Bedeutung, die weitere Verfügbarkeit von – angesichts der besonderen Umstände – wesentlichen Produkten zu marktgerechten Preisen zu gewährleisten. Die Wettbewerbsbehörden würden daher entschlossen gegen Unternehmen vorgehen, die die gegenwärtige Situation durch Kartellbildung oder Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung ausnutzten.

² Eine Einschätzung zur Veränderung der Unternehmenskonzentration durch die Corona-Krise findet sich in Abschnitt 2.1.3 von Kapitel II.

³ Vgl. z. B. <https://www.resmed-healthcare.de/news/zusammen-gegen-covid-19/>, Abruf am 26. Mai 2020. Ein weiteres Beispiel hierfür ist die Kooperation zwischen dem Autozulieferer Mahle mit dem Wäschehersteller Triumph zur Fertigung von Atemschutzmasken, <https://www.handelsblatt.com/dpa/wirtschaft-handel-und-finanzen-autozulieferer-mahle-liefert-corona-ausblick-2020/25790442.html?ticket=ST-3819388-QPdJL0DZb6FTNOYXow3-ap4>, Abruf am 29. Mai 2020.

⁴ Z. B. die Zusammenarbeit zwischen der Supermarktkette REWE und Deutscher Post sowie DHL Paket zur Versorgung von Menschen im gehobenen Alter und mit Vorerkrankungen mit Lebens- und Haushaltsmitteln im vom Corona-Virus ganz besonders betroffenen Raum Heinsberg, <https://www.presseportal.de/pm/30097/4558246>, Abruf am 29. Mai 2020.

⁵ ECN, Antitrust: Joint statement by the European Competition Network (ECN) on application of competition law during the Corona crisis, https://ec.europa.eu/competition/ecn/202003_joint-statement_ecn_corona-crisis.pdf, Abruf am 28. Mai 2020.

9. Das Leitungsgremium des International Competition Network (ICN Steering Group) hat am 9. April 2020 eine Erklärung zur Durchsetzung des Wettbewerbsrechts während und nach der Corona-Krise veröffentlicht.⁶ Die nationalen Wettbewerbsbehörden seien aufgefordert, gegenüber wettbewerbswidrigem Verhalten durch Kartellierungen, dem Missbrauch marktbeherrschender Stellungen und wettbewerbschädlichen Zusammenschlüssen wachsam zu bleiben. Die volle Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts auch in Krisenzeiten sei für den langfristigen Schutz des Wettbewerbs und damit für die Verbraucherwohlfahrt sowie die Funktionstüchtigkeit der Märkte und der gesamten Wirtschaft maßgeblich. Das ICN erläutert ferner – übereinstimmend mit dem ECN – die Kriterien für kartellrechtlich unbedenkliche Kooperationen zwischen Wettbewerbern, die sich wegen der Corona-Krise ergeben. Erfasst seien Formen der Zusammenarbeit in Bezug auf das Angebot von knappen Gütern oder Dienstleistungen, die wichtig für die Gesundheit und Sicherheit der Verbraucher seien. Außerdem müssten solche Koordinationsvorhaben zeitlich und in Bezug auf den Leistungsumfang begrenzt bleiben.

10. Die Europäische Kommission verabschiedete am 8. April 2020 einen Befristeten Rahmen für die Prüfung von Kooperationen.⁷ Darin werden die Prüfungskriterien für Kooperationsvorhaben, die zur Behebung oder Vermeidung von Engpässen bei der Versorgung der Bevölkerung mit unentbehrlichen Waren und Dienstleistungen erforderlich sind, konkretisiert. Auch Zusammenarbeitsinitiativen, die unter normalen Umständen als wettbewerbsrechtlich bedenklich erschienen, würden angesichts der aktuellen Notlage und der außergewöhnlichen Umstände keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken aufwerfen, vorausgesetzt dass die Maßnahmen erstens objektiv erforderlich und zweitens zeitlich befristet seien sowie drittens nicht über das Maß hinausgingen, das zur Erreichung des Ziels der Behebung oder Vermeidung von Versorgungsengpässen notwendig sei.⁸ Darüber hinaus stellt die Europäische Kommission neben Ad-hoc-Feedback auch die Bereitstellung von Ad-hoc-Bescheinigungen (Comfort Letters) für bestimmte Kooperationen in Aussicht.⁹ Comfort Letters sollen in Fällen ergehen, in denen eine Kooperation im Zusammenhang mit dem Corona-Ausbruch besonders dringend ist und die Rechtssicherheit kartellrechtlicher Orientierungshilfen erhöht werden müsse. Ebenfalls am 8. April 2020 hat die Europäische Kommission einen ersten Comfort Letter für „Medicines for Europe“ ausgestellt.¹⁰ Betroffen war ein Kooperationsvorhaben zur Steigerung der Produktion und zur Verbesserung der Versorgung mit für die Bekämpfung des Corona-Virus notwendigen Arzneimitteln.

11. Das Bundeskartellamt hat seit dem Corona-Ausbruch über 20 Kooperationsanfragen aus verschiedenen Branchen erhalten. Regelmäßig wurden solche Anfragen sehr schnell – auch per Telefonat oder per E-Mail – beantwortet. Neben den jeweiligen fallspezifischen Aussagen wurde häufig auch auf die allgemeinen Kriterien für zulässige krisenbedingte Kooperationen hingewiesen, die im Einklang mit der Gemeinsamen Erklärung des ECN stehen. Solche Kriterien für eine kartellrechtskonforme Zusammenarbeit zur Krisenbewältigung seien etwa, dass der erforderliche Umfang der Kooperation inhaltlich nicht überschritten werde, die Kooperation zeitlich bis zum Ende der Corona-Krise befristet sei und die Beteiligten das Bundeskartellamt laufend informierten. Das Bundeskartellamt

⁶ ICN, ICN Steering Group Statement: Competition during and after the COVID-19 Pandemic, <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2020/04/SG-Covid19Statement-April2020.pdf>, Abruf am 28. Mai 2020.

⁷ EU-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.

⁸ EU-Kommission, Mitteilung der Kommission, Befristeter Rahmen für die Prüfung kartellrechtlicher Fragen der Zusammenarbeit von Unternehmen in durch den derzeitigen COVID-19-Ausbruch verursachten Notsituationen, a. a. O., Tz. 15.

⁹ EU-Kommission, Mitteilung der Kommission, Befristeter Rahmen für die Prüfung kartellrechtlicher Fragen der Zusammenarbeit von Unternehmen in durch den derzeitigen COVID-19-Ausbruch verursachten Notsituationen, a. a. O., Tz. 7. Zu diesem Zweck hat die Generaldirektion Wettbewerb der Kommission eine entsprechende Website und eine Mailbox eingerichtet, über die informelle Orientierungshilfen zu konkreten Initiativen erhältlich sind.

¹⁰ European Commission, DG Competition, Comfort letter: coordination in the pharmaceutical industry to increase production and to improve supply of urgently needed critical hospital medicines to treat COVID-19 patients, COMP/OG-D (2020/044003), Fn. 1: „Notwithstanding, in view of the unprecedented challenges faced by undertakings and consumers due to the COVID-19 pandemic, the Commission has decided to exceptionally provide undertakings with ad hoc feedback or comfort on the legality of cooperation initiatives that need to be swiftly implemented in order to effectively tackle the COVID-19 pandemic.“, https://ec.europa.eu/competition/antitrust/medicines_for_europe_comfort_letter.pdf, Abruf am 28. Mai 2020.

hat in der Mehrzahl der Fälle sein Ermessen dahin gehend ausgeübt, dass Kooperationsvorhaben nicht aufgegriffen wurden. In Einzelfällen hat das Amt Anfragen auch negativ beschieden.

12. Positiv zu bewerten ist, dass das Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden durch seine Gemeinsame Erklärung zeitnah und koordiniert auf die Herausforderungen der Corona-Pandemie reagiert und der Wirtschaft eine erste Orientierungshilfe gegeben hat. Wichtig war darüber hinaus das Signal der Gesprächsbereitschaft gegenüber Unternehmen, die Kooperationsinitiativen zur Sicherstellung der Versorgung angestoßen haben. Auf diese Weise und durch zeitnahe Entscheidungen über die Zulässigkeit bzw. das Nichtaufgreifen von Kooperationsinitiativen, wie sie die Europäische Kommission und das Bundeskartellamt in einer Reihe von Fällen getroffen haben, konnte die Rechtssicherheit im Legalausnahmesystem für die betroffenen Unternehmen maßgeblich gesteigert werden.

13. Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang allerdings auch, dass gemeinsame Maßnahmen zur Sicherstellung der Versorgung mit wesentlichen Gütern weder inhaltlich noch zeitlich über das notwendige Maß hinausgehen dürfen. Im Übrigen findet das Kartellrecht auch in Krisenzeiten volle Anwendung, sodass insbesondere Absprachen über Preise und Konditionen sowie die Aufteilung von Kunden oder Absatzgebieten untersagt bleiben. Darüber hinaus kommt die Freistellung wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen i. S. d. Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB nur in Betracht, wenn die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV, § 2 GWB erfüllt sind.

14. In der gegenwärtigen Situation wird verstärkt über die Zulässigkeit von Strukturkrisenkartellen diskutiert. Hierbei stimmen sich Wettbewerber über die koordinierte Reduzierung ihrer Produktionskapazitäten ab. Zwar haben die aufgrund des Corona-Ausbruchs auferlegten Einschränkungen des öffentlichen Lebens auf einigen Märkten zu einem deutlichen Absinken der Nachfrage geführt. Voraussetzung für die Freistellung eines Strukturkrisenkartells ist jedoch unter anderem, dass der Nachfragerückgang nicht nur konjunkturell, sondern strukturell bedingt sein muss. Ob die Corona-Krise tatsächlich zu einer langfristigen Änderung der Nachfrage auf den betroffenen Märkten führen wird, kann derzeit noch nicht prognostiziert werden. Jedenfalls haben Mitarbeiter der Europäischen Kommission darauf hingewiesen, dass der Befristete Rahmen für die Prüfung von Kooperationen hauptsächlich Koordinationsinitiativen zur Versorgung mit notwendigen Gütern und nicht der Bildung von Krisenkartellen (Crisis Cartels) dienen soll.¹¹

3 Missbräuchlich überhöhte Preise sanktionieren

15. Neben der Zulässigkeit bestimmter Kooperationen fokussieren sich die Erklärungen des ECN und ICN auf die Gefahr von missbräuchlich überhöhten Preisen für knappe, aber in der Corona-Krise wesentliche Güter. Unternehmen mit einer marktbeherrschenden Position, die solche Güter anbieten, dürften den zum Teil sprunghaften Anstieg der Nachfrage nicht zulasten der Verbraucher ausnutzen. Daher seien Fälle von missbräuchlich überhöhten Preisen konsequent zu verfolgen und zu sanktionieren.

16. Die Gefahr missbräuchlich überhöhter Preise bestand vor allem zu Beginn der Corona-Krise auf Märkten für medizinische Produkte und andere in der Krise vorrangig benötigte Güter. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang allerdings, dass Preissteigerungen, die nicht aufgrund der Marktmacht des Anbieters, sondern allein infolge eines Nachfrageanstiegs erfolgen, keine kartellrechtlichen Bedenken aufwerfen. Die Differenzierung von zulässigen und missbräuchlichen Preiserhöhungen ist in solchen Fällen mit besonderen Schwierigkeiten verbunden. Tatsächlich sind Fälle von missbräuchlich überhöhten Preisen jedenfalls in Deutschland bislang nicht bekannt geworden. Zwar gab es zu Beginn der Corona-Krise Beschwerden wegen hoher Preise für Schutzmasken und andere Hilfsgüter. Die Beschwerden richteten sich in diesen Fällen allerdings nicht gegen marktbeherrschende oder marktstarke Anbieter, sodass die Missbrauchsregeln nicht anwendbar waren.

¹¹ Mündliche Aussagen von Mitarbeitern der GD Wettbewerb im Rahmen eines Webinars zum Thema „Coronavirus Crisis – The DG Comp’s Response (Antitrust)“ am 17. April 2020 in der „Concurrences Quarantine Webinar Serie“, vgl. unter <http://hbfm.link/6953>, Abruf am 17. April 2020.

4 Marktbeherrschende Plattformen regulieren

17. Wesentlich größere Relevanz als missbräuchlich überhöhten Preisen dürfte dem Umstand zukommen, dass durch die Corona-Krise – jedenfalls auf bestimmten Märkten – ein Digitalisierungsschub stattgefunden hat. In diesem Zusammenhang kann es zu Marktstrukturveränderungen und einer Zunahme der Marktmacht der großen digitalen Unternehmen kommen. Vor diesem Hintergrund dürfte die Rolle der Missbrauchsaufsicht auf digitalen Märkten künftig noch weiter an Bedeutung zunehmen. Derzeit gibt es sowohl auf nationaler als auch auf Unions-ebene Bestrebungen, die Missbrauchsaufsicht bei Online-Plattformen zu stärken.¹² Daneben hat die in Deutschland vom Bundesministerium für Wirtschaft und Energie eingesetzte Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 die Einführung einer speziellen Plattformverordnung für marktbeherrschende Online-Plattformen empfohlen.¹³ Angesichts der aktuellen Entwicklungen erscheint es umso dringlicher, die deutsche Ratspräsidentschaft für die Umsetzung einer solchen wettbewerbs-schützenden Plattformverordnung zu nutzen. Die Monopolkommission behandelt dieses Thema in einem anderen Abschnitt von Kapitel I dieses Gutachtens ausführlich und gibt konkrete Empfehlungen ab.¹⁴

5 Materielle rechtliche Fusionskontrolle weiterhin uneingeschränkt anwenden

18. Die Corona-Krise dürfte in der Reaktivierungsphase auch vermehrt zu wirtschaftlichen Schwierigkeiten und Insolvenzen von – insbesondere kleinen und mittleren – Unternehmen und dadurch zu einem Anstieg der Konzentration auf einzelnen Märkten führen. Von einer Erleichterung der Durchführung von Zusammenschlüssen, etwa durch eine großzügigere Handhabung des fusionskontrollrechtlichen Eingriffskriteriums, ist dennoch abzuraten. Die Wettbewerbsbehörden sind schon heute in der Lage, mit dem Instrument der Sanierungsfusion (failing company defence) angemessen zu reagieren. Damit eine Sanierungsfusion angenommen werden kann, müssen die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen nachweisen, dass bestimmte Voraussetzungen kumulativ vorliegen: Zum einen darf das Zielunternehmen ohne den Zusammenschluss nicht überlebensfähig sein. Davon ist in der Regel auszugehen, wenn ein Insolvenzverfahren eingeleitet ist oder dessen Einleitung nachweisbar unmittelbar bevorsteht. Zweitens darf es keine wettbewerbslich weniger schädlichen Alternativen zu dem angemeldeten Zusammenschluss geben. Diese Voraussetzung ist nur dann erfüllt, wenn kein alternativer Erwerber zur Verfügung steht, bei dem der Wettbewerb weniger beeinträchtigt werden würde als im Fall des beabsichtigten Zusammenschlusses. Drittens muss die Marktposition des erworbenen Unternehmens auch ohne den Zusammenschluss im Wesentlichen dem erwerbenden Unternehmen zufallen. Erfüllt ein Zusammenschlussvorhaben diese Voraussetzungen, können die Wettbewerbsbehörden auch dann eine Erlaubnis erteilen, wenn aus ihm eine erhebliche Wettbewerbsbehinderung, insbesondere die Verstärkung oder Begründung einer marktbeherrschenden Position, folgt.

19. Eine Absenkung dieser Voraussetzungen bzw. der fusionskontrollrechtlichen Eingriffskriterien generell, um darüber hinausgehend Zusammenschlüsse von Unternehmen, die durch die Corona-Krise in finanzielle Schwierigkeiten geraten sind, erlauben zu können, ist nicht empfehlenswert. Mit dem Zweck der Fusionskontrolle, wettbewerbsliche Marktstrukturen zu erhalten, wäre es nicht zu vereinbaren, wenn der Vermachtung von Märkten während der Corona-Krise Vorschub geleistet würde. Die Veränderung der Marktstrukturen und die damit einhergehende Abnahme der Wettbewerbsintensität wären von Dauer und könnten nach dem Ende der Krise nicht wieder rückgängig gemacht werden. Anders als bei Kooperationen, die nach der Krise relativ einfach beendet werden können, würden durch Zusammenschlüsse einmal erlangte Machtpositionen zulasten des Wettbewerbs und der Verbraucher bestehen bleiben.

¹² Siehe hierzu BMWi, Entwurf eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 (GWB-Digitalisierungsgesetz), 24. Januar 2020, <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/G/gwb-digitalisierungsgesetz-referentenentwurf.html>, Abruf am 29. Mai 2020.

¹³ Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, Abschlussbericht, Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, September 2019, <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Pressemitteilungen/2019/20190909-expertenkommission-wettbewerbsrecht-40-uebergibt-abschlussbericht-an-minister-altmaier.html>, Abruf am 29. Mai 2020.

¹⁴ Siehe Kapitel I, Tz. 90 ff.

20. Grundsätzlich positiv zu bewerten ist die in verfahrensrechtlicher Hinsicht vorgenommene Verlängerung der fusionskontrollrechtlichen Fristen.¹⁵ Da Ermittlungen seitens des Bundeskartellamtes während der Corona-Krise unter erschwerten Bedingungen stattfinden mussten oder nicht innerhalb der sonst üblichen Zeitabläufe durchgeführt werden konnten, sollte mit der Regelung verhindert werden, dass Zusammenschlüsse allein wegen Fristablaufs freigegeben werden müssen, obwohl nicht alle Fakten mit der notwendigen Sorgfalt ermittelt werden konnten. Die Fristverlängerung betrifft ausschließlich Anmeldungen, die vom 1. März bis 31. Mai 2020 beim Bundeskartellamt eingegangen sind. Für die erste Verfahrensphase nach § 40 Abs. 1 Satz 1 GWB beträgt die Frist statt einem nun zwei Monate, für das Hauptprüfverfahren nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GWB statt vier nun sechs Monate. In Bezug auf Erste-Phase-Verfahren dürften sich die positiven Auswirkungen der Regelung allerdings in Grenzen gehalten haben, da die Regelung erst am 29. Mai 2020 in Kraft getreten ist.¹⁶

21. Die Anzahl der beim Bundeskartellamt angemeldeten Zusammenschlussvorhaben lag in den Monaten April und Mai 2020 um etwa die Hälfte niedriger als in denselben Monaten des Vorjahres.¹⁷ Für das zweite Halbjahr 2020 ist ein Anstieg der Fallzahlen zu erwarten, denn zum einen könnten Fusionsanmeldungen, die im Frühjahr wegen des Corona-Ausbruchs bis auf weiteres verschoben worden sind, nachgeholt werden, zum anderen steht nach Angaben aus der Finanzbranche aktuell viel Kapital für Unternehmensübernahmen zur Verfügung.¹⁸ Angesichts weiter geltender Corona-Schutzmaßnahmen und der dadurch erschwerten Arbeitsbedingungen für die Kartellbehörden erscheint es sinnvoll, die gesetzliche Verlängerung der Verfahrensfristen für die Fusionskontrolle auf das zweite Halbjahr 2020 auszudehnen.

6 Beihilfenkontrolle der Europäischen Union in der Krise unverzichtbar

22. Der Lock-down großer Teile der Wirtschaft stellt die Unternehmen vor große Herausforderungen. Auch wenn die deutschen Unternehmen wegen der zuvor anhaltend guten konjunkturellen Lage in vielen Fällen mit einem gewissen finanziellen Polster in die Krise gegangen sind, besteht die Gefahr, dass viele Unternehmen die Märkte verlassen müssen, mit entsprechenden Folgen für die Arbeitsmärkte. Besonders gefährdet waren von Beginn der Krise an die kleinen und mittleren Unternehmen. Mit zunehmender Dauer der Krise stehen auch immer mehr Großunternehmen vor erheblichen Problemen. Die Bundesregierung hat auf diese Bedrohung sehr schnell und massiv reagiert, indem sie zur Abfederung der Folgen der Corona-Krise ein mehrere hundert Milliarden Euro starkes Maßnahmenpaket aufgelegt hat.¹⁹

23. Die nationalen Regierungen in der Europäischen Union können die Unternehmen allerdings auch in der Krise nicht beliebig unterstützen. Die Mehrzahl der staatlichen Maßnahmen zur Unterstützung von Unternehmen in der

¹⁵ Formulierungshilfe für die Koalitionsfraktionen für einen aus der Mitte des Deutschen Bundestages einzubringenden Entwurf eines Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Wettbewerbsrecht und für den Bereich der Selbstverwaltungsorganisationen der gewerblichen Wirtschaft, Artikel 1, https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/F/formulierungshilfe-fuer-die-koalitionsfraktionen-fuer-einen-aus-der-mitte-des-deutschen-bundestages-einzubringenden-entwurf-eines-gesetzes.pdf?__blob=publicationFile&v=2, Abruf am 27. Mai 2020.

¹⁶ Bundeskartellamt, Meldung vom 28. Mai 2020, Corona-bedingte Änderungen im GWB treten in Kraft, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/AktuelleMeldungen/2020/28_05_2020_Corona-bedingte_%C3%84nderungen_GWB.html, Abruf am 5. Juni 2020.

¹⁷ Sowohl die Europäische Kommission als auch das Bundeskartellamt hatten zusammenschlusswillige Unternehmen gebeten, den Zeitpunkt ihrer Anmeldung zu überdenken, EU-Kommission, <https://ec.europa.eu/competition/mergers/news.html>, Abruf am 5. Juni 2020; BKartA, Meldung vom 17. März 2020, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/AktuelleMeldungen/2020/17_03_2020_Kommunikation_Bundeskartellamt.html, Abruf am 5. Juni 2020.

¹⁸ Vgl. hierzu Handelsblatt, M&A Chef von JP Morgan: „Finanzinvestoren sitzen auf mehr als einer Billion Dollar“, https://www.handelsblatt.com/finanzen/banken-versicherungen/dirk-albersmeier-im-interview-munda-chef-von-jp-morgan-finanzinvestoren-sitzen-auf-mehr-als-einer-billion-dollar/v_detail_tab_comments/25869148.html?ticket=ST-1732235-7C6GCpMu7z63ew09GxMB-ap3, Abruf am 8. Juni 2020.

¹⁹ BMWi, Maßnahmenpaket für Unternehmen gegen die Folgen des Coronavirus (Stand: 14. Mai 2020), https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/M-O/massnahmenpaket-fuer-unternehmen-gegen-die-folgen-des-coronavirus.pdf?__blob=publicationFile&v=34.

Krise sind Beihilfen, die bei der Europäischen Kommission angemeldet werden müssen und nicht ohne vorherige Zustimmung der Kommission umgesetzt werden dürfen. Der europäischen Beihilfenkontrolle unterliegen Maßnahmen, die aus staatlichen Mitteln gewährt werden, die lediglich bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige selektiv begünstigen, den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen und die den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Zulässig sind gemäß Art. 107 Abs. 3 b AEUV Beihilfen zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaats. Die Beihilfenkontrolle auf Unionsebene ist notwendig, damit schädliche oder ineffiziente Subventionswettläufe zwischen Mitgliedstaaten vermieden werden. Darüber hinaus trägt sie dazu bei, dass der Binnenmarkt nicht fragmentiert wird und faire Wettbewerbsbedingungen sichergestellt werden.

24. Damit die europäische Beihilfenkontrolle nicht zum zeitlichen Nadelöhr für das Auflegen und die Umsetzung nationaler Hilfsmaßnahmen wird, hat die Europäische Kommission sehr schnell reagiert und bereits am 19. März 2020 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 Beihilfenvorschriften vereinbar sind.²⁰ Die Europäische Kommission konnte sich bei der Erarbeitung des Befristeten Rahmens auf die Erfahrungen während der Finanzkrise in den Jahren 2008/2009 stützen. Auch damals hatte sie die Regeln zu staatlichen Beihilfen gelockert, um Banken und Unternehmen den Zugang zu Finanzierungsmitteln zu erleichtern, und in einem Vorübergehenden Gemeinschaftsrahmen die Anforderungen genannt, die an die Vergabe von staatlicher Unterstützung wie etwa Zuschüssen, Bürgschaften und verbilligten Darlehen gestellt wurden.²¹ Bereits am 13. März 2020 hatte die Europäische Kommission eine Mitteilung über eine koordinierte wirtschaftliche Reaktion auf die Corona-Pandemie veröffentlicht und dabei Maßnahmen genannt, die die Mitgliedstaaten außerhalb des Anwendungsbereichs der EU-Beihilfenkontrolle umsetzen können.²²

25. In dem von der Europäischen Kommission gesteckten Rahmen für staatliche Beihilfen sind direkte Zuschüsse, rückzahlbare Vorschüsse oder Steuervorteile zulässig, wenn sie Unternehmen gewährt werden, die wegen der Pandemie und nicht bereits am 31. Dezember 2019 in Schwierigkeiten gewesen sind, und wenn sie EUR 800.000 pro Unternehmen nicht übersteigen. Beihilfen in Form von Garantien für Darlehen sind mit den Beihilfenvorschriften vereinbar, wenn sie bestimmte Höchstgrenzen einhalten und die staatliche Garantie 90 Prozent des Darlehensbetrags nicht überschreitet. Die Laufzeit der Kreditbürgschaften wurde auf maximal sechs Jahre begrenzt. Die Begrenzung der Staatsgarantie auf maximal 90 Prozent stieß sowohl im politischen Raum als auch bei Wirtschaftsverbänden auf Kritik, weil dies zeitaufwändige Bonitätsprüfungen seitens der vergebenden Hausbanken nach sich ziehe und auf diese Weise verhindere, dass die Hilfen schnell und unbürokratisch gewährt werden können. Die Europäische Kommission hat diesen Punkt in ihrer Mitteilung zur Änderung des befristet geltenden Rahmens für staatliche Beihilfen vom 3. April 2020 insoweit aufgegriffen, als für Darlehen bis EUR 800.000 eine staatliche Garantie in Höhe von 100 Prozent gegeben werden darf. Dies hilft insbesondere kleinen und mittleren Unternehmen, die damit schneller staatlich gesicherte Kredite bekommen können. Nachteilig ist, dass aufgrund des Wegfalls jeglicher Bonitätsprüfung auch Kredite an Unternehmen vergeben werden, deren Erfolgsaussichten so gering sind, dass eine Insolvenz die bessere Option gewesen wäre.

26. Ein weiteres Instrument, das der Befristete Beihilferahmen vorsieht, sind Unterstützungsmaßnahmen in Form von Zinszuschüssen für öffentliche Darlehen. Die Darlehen dürfen zu einem ermäßigten Zinssatz gewährt werden, der mindestens dem am 1. Januar 2020 geltenden Basiszinssatz entspricht zuzüglich einer Kreditrisikomarge, die je nach Laufzeit und den adressierten Unternehmen (kleine und mittlere bzw. große Unternehmen) variiert. Die ma-

²⁰ EU-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, S. 5 ff., Tz. 22 ff.

²¹ EU-Kommission, Mitteilung der Kommission, Vorübergehender Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen zur Erleichterung des Zugangs zu Finanzierungsmitteln in der gegenwärtigen Finanz- und Wirtschaftskrise, ABl. C83 vom 7. April 2020, S. 1.

²² EU-Kommission, Mitteilung der Kommission, Die koordinierte wirtschaftliche Reaktion auf die COVID-19-Pandemie, COM(2020) 112 final, 13. März 2020, https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:91687006-6524-11ea-b735-01aa75ed71a1.0008.02/DOC_1&format=PDF, Abruf am 10. Juni 2020.

ximale Höhe des Darlehensbetrags, der durch Zinszuschüsse gefördert werden darf, entspricht dem für staatliche Garantien. Der ermäßigte Zinssatz kann für einen Zeitraum von sechs Jahren gewährt werden.

27. Der Befristete Beihilferahmen wurde zweimal erweitert und um zusätzliche Unterstützungsmaßnahmen ergänzt, die die Europäische Kommission als mit Art. 107 Abs. 3 b AEUV vereinbar ansieht. Am 3. April 2020 wurden direkte Zuschüsse, rückzahlbare Vorschüsse und Steuervorteile für Forschung und Entwicklung, den Auf- und Ausbau von Erprobungseinrichtungen für das Corona-Virus betreffende Produkte sowie die Schaffung zusätzlicher Produktionskapazitäten zur Herstellung von für die Bewältigung der Krise benötigten Produkten aufgenommen.²³ Weiterhin genannt wurden Maßnahmen zur Beschäftigungssicherung, wie die Stundung von Steuerzahlungen und Sozialversicherungsbeiträgen. Lohnzuschüsse für Arbeitnehmer zur Vermeidung von Entlassungen während der Corona-Pandemie sind, soweit es sich um Beihilfen handelt, zulässig, wenn sie höchstens 80 Prozent des monatlichen Bruttogehaltes betragen und maximal zwölf Monate gezahlt werden.

28. Vor dem Hintergrund des befristeten Rahmens konnten Deutschland und die anderen Mitgliedstaaten ihre Corona-Hilfsmaßnahmen der Europäischen Kommission vergleichsweise schnell zur Genehmigung vorlegen. Genehmigungen sind weiterhin erforderlich, weil der befristete Beihilferahmen nicht unmittelbar anwendbar ist. Die Prüfung und Freigabe durch die Europäische Kommission erfolgte zum Teil innerhalb weniger Tage. Das galt auch für eine Reihe von Hilfsmaßnahmen der Bundesregierung, die bereits im März und April 2020 genehmigt wurden.²⁴ Deutlich länger gedauert hat die Genehmigung des Wirtschaftsstabilisierungsfonds (WSF) in Höhe von bis zu EUR 600 Mrd. – mit den Elementen Liquiditätsgarantien für Verbindlichkeiten der Unternehmen (EUR 400 Mrd.), Rekapitalisierungsinstrumente (EUR 100 Mrd.) sowie subventionierte Fremdkapitalinstrumente in Form nachrangiger Darlehen. Die Europäische Kommission hat den WSF am 8. Juli 2020 genehmigt.²⁵

29. Obwohl nahezu alle Regierungen in Europa und weltweit schnell entsprechende Hilfsprogramme für die Unternehmen eingerichtet hatten, ist in der Europäischen Kommission die Sorge vorhanden, dass deutsche Unternehmen durch die großen Hilfsprogramme der Bundesregierung einen Vorteil haben, den sich andere Länder schlicht nicht leisten können. Geäußert wurde das Bedenken, dass bei unterschiedlich dimensionierten Staatshilfen der Mitgliedsländer die Gefahr bestehe, dass dies den Wettbewerb auf dem Binnenmarkt verzerre und die wirtschaftliche Erholung verlangsamt.²⁶ Die Monopolkommission teilt dieses Bedenken nur eingeschränkt. Zum einen ist davon auszugehen, dass ein Teil der für Deutschland aufgelegten Hilfsprogramme nicht ausgeschöpft wird und andere bei Bedarf erweitert werden, sodass die genaue Dimension der Staatshilfen derzeit nicht zu beziffern ist. Zum anderen werden nur Unternehmen gefördert, die sich Ende des Jahres 2019 nicht in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befanden, für die mit hoher Wahrscheinlichkeit davon auszugehen ist, dass sie auch nach der Krise erfolgreich sind und die sich nicht zu erschwierlichen Konditionen anderweitig Finanzmittel besorgen können. Die Alternative zur staatlichen Unterstützung wäre eine Insolvenz dieser Unternehmen. Für den Wettbewerb auf dem Binnenmarkt würde das keine Vorteile bewirken.

30. Die Monopolkommission teilt allerdings die Auffassung, dass nicht jede Hilfsmaßnahme, die die Beihilfenkontrolle passieren konnte, wettbewerbsneutral ist. Dies gilt insbesondere, wenn die öffentliche Hand selektiv Unternehmen stützt. Eine milliardenschwere Unterstützung in Form einer Eigenkapitalerhöhung des Bundes bei der

²³ EU-Kommission, Mitteilung der Kommission, Änderung des Befristeten Rahmens für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft angesichts des derzeitigen Ausbruchs von COVID-19, C (2020) 2215 final, 3. April 2020, https://ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/sa_covid19_1st_amendment_temporary_framework_de.PDF, Abruf am 25. Mai 2020.

²⁴ Einen Überblick über den Stand der genehmigten nationalen Maßnahmen gibt die Europäische Kommission unter https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/health/coronavirus-response/jobs-and-economy-during-coronavirus-pandemic/state-aid-cases_de#deutschland, Abruf am 10. Juni 2020.

²⁵ EU-Kommission, Pressemitteilung der Kommission vom 8. Juli 2020, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_20_1280, Abruf am 10. Juli 2020.

²⁶ So die Vizepräsidentin der Europäischen Kommission Margarethe Vestager in einem Interview mit der Süddeutschen Zeitung, SZ vom 17. Mai 2020, Vestager sieht Bevorzugung Deutschlands bei Staatshilfen, <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/eu-corona-staatshilfen-margarethe-vestager-1.4911083>, Abruf am 10. Juni 2020.

Deutschen Bahn AG hilft zwar dem Unternehmen, kann aber auch zu Wettbewerbsverzerrungen zulasten der Wettbewerber im Bahnverkehr führen. Der in Deutschland bisher überwiegend noch gering ausgeprägte Wettbewerb im Nah-, Fern- und Güterverkehr könnte darunter leiden, wenn die Deutsche Bahn AG die Mittel nutzen würde, um ihre Position als Transportunternehmen auszubauen. Um wettbewerbliche Strukturen zu schützen, sollte die Unterstützung für die Deutsche Bahn AG daher primär für Investitionen in die Infrastruktur Schiene gewährt werden. Davon würden neben der Deutschen Bahn AG auch die Wettbewerber profitieren. Soweit eine Unterstützung der Transportparten erfolgt, sollten diese den Auflagen der Beihilfenkontrolle genügen und gegebenenfalls wettbewerbsunterstützende Abhilfen getroffen werden.

31. Positive Wettbewerbseffekte haben die Hilfen für kleine und mittlere Unternehmen. Besonders betroffen von der Corona-Krise sind junge, innovative Unternehmen. Die Monopolkommission befürwortet vor diesem Hintergrund insbesondere das EUR 2 Mrd. umfassende Hilfspaket für Start-ups. Start-ups haben es in der Krise besonders schwer, Finanzierungen zu sichern. Es steht zu befürchten, dass bei einer Insolvenzwelle bei jungen Unternehmen mittelfristig auch das Interesse an Neugründungen abnehmen wird. Die wettbewerblichen Impulse durch Start-ups wären dann verloren. Das Maßnahmenpaket der Bundesregierung kann hier Abhilfe schaffen.

7 Auflagen der EU zu Staatsbeteiligungen zur Sicherung des Wettbewerbs sinnvoll

32. Die am 8. Mai 2020 von der Europäischen Kommission vorgelegte Erweiterung des Befristeten Rahmens nennt unter anderem die Voraussetzungen, unter denen die Mitgliedstaaten den Unternehmen zur Vermeidung von Insolvenzen Eigenkapital oder sogenanntes Hybridkapital zur Verfügung stellen können.²⁷ Der Einstieg des Staates bei einem Unternehmen mit Eigenkapital kommt nach diesen Vorgaben nur dann infrage, wenn „keine andere geeignete Lösung gefunden werden kann“. Vor dem Hintergrund, dass solche Maßnahmen zu Wettbewerbsverfälschungen zwischen Unternehmen führen können, müssen strenge Auflagen, eindeutige Voraussetzungen und Governance-Bestimmungen seitens der betreffenden Unternehmen eingehalten werden.

33. Staatliche Beteiligungen an Unternehmen dürfen nicht über das für die Gewährleistung der Rentabilität der Empfänger erforderliche Minimum hinausgehen und lediglich die vor dem Pandemie-Ausbruch bestehende Kapitalstruktur wiederherstellen. Voraussetzungen für eine Vereinbarkeit mit den Europäischen Beihilfenvorschriften sind, dass der Empfänger seine Geschäftstätigkeit ansonsten hätte einstellen müssen, sich nicht zu erschwinglichen Konditionen anderweitig Finanzmittel hätte besorgen können und nicht bereits vor dem 31. Dezember 2019 in wirtschaftlichen Schwierigkeiten war. Darüber hinaus muss der Staat eine angemessene Vergütung für seine Investition erhalten, die Kapitalzuführung darf nur zu einem Preis erfolgen, der nicht über dem durchschnittlichen Aktienkurs des Empfängers in den 15 Tagen vor der Beantragung der Kapitalzuführung liegt, und es muss einen Anreizmechanismus dafür geben, dass der Empfänger das für die staatliche Kapitalzuführung verwendete Instrument zurückkauft. Dieser Mechanismus besteht darin, dass die Vergütung für die Investition ansteigt, wenn der Staat nicht nach vier Jahren mindestens 40 Prozent seiner Beteiligung und nicht nach sechs Jahren die Beteiligung insgesamt wieder veräußert hat. Schließlich müssen die Mitgliedstaaten, um übermäßige Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden, den Unternehmen Governance-Vorgaben machen, etwa im Hinblick auf Geschäftsexpansionen und das Eingehen von unternehmerischen Risiken. Verfügt der Empfänger auf mindestens einem relevanten Markt über beträchtliche Marktmacht, müssen die Mitgliedstaaten Maßnahmen zur Wahrung eines wirksamen Wettbewerbs, insbesondere strukturelle oder verhaltensbezogene Verpflichtungen vorschlagen. Solange der Staat nicht mindestens 75 Prozent seiner Beteiligung wieder veräußert hat, erhalten Mitglieder der Geschäftsleitung ausschließlich die Grundvergütung, die zum 31. Dezember 2019 vereinbart war. Boni oder andere variable Vergütungsbestandteile dürfen nicht gezahlt werden. Solange der Staat beteiligt ist, darf sich das Unternehmen mit maximal zehn Prozent an anderen Unternehmen beteiligen, es sei denn, die Europäische Kommission entscheidet, dass eine Übernahme des anderen Unternehmens überlebenswichtig ist. Die Unternehmen mit Staatsbeteiligung

²⁷ EU-Kommission, Mitteilung der Kommission, Änderung des Befristeten Rahmens für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft angesichts des derzeitigen Ausbruchs von COVID-19, 8. Mai 2020, https://ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/sa_covid19_2nd_amendment_temporary_framework_de.pdf, Abruf am 25. Mai 2020.

müssen zudem berichten, auf welche Weise ihre Tätigkeit bedeutenden Zielen der EU-Politik dient, etwa dem Kampf gegen den Klimawandel.

34. Der erste von der Europäischen Kommission zu entscheidende Fall von Eigenkapitalhilfen ist der geplante Einstieg des Bundes bei der Deutschen Lufthansa AG. Die Bundesregierung hat am 25. Mai 2020 ein umfassendes Unterstützungspaket für die Lufthansa AG angekündigt, bei dem sich der Wirtschaftsstabilisierungsfonds mit stillen Einlagen in Höhe von bis zu EUR 5,7 Mrd. (EUR 4,7 Mrd. unmittelbar und EUR 1 Mrd., wenn ein unerwünschter Übernahmever such durch ein anderes Unternehmen droht) beteiligt, staatlich abgesicherte Kredite bis zu einer Höhe von EUR 3 Mrd. gewährt werden sowie eine direkte Beteiligung des Bundes in Höhe von 20 Prozent am Grundkapital geplant ist. Der Bund beansprucht zwei Mandate im Aufsichtsrat der Lufthansa, die von unabhängigen Experten besetzt werden sollen. Im Gegenzug soll die Lufthansa vorläufig keine Dividenden mehr ausschütten, die Vergütung des Managements begrenzen und ihre Flotte mit verbrauchsärmeren Flugzeugen umrüsten. Andere Staaten, wie etwa Frankreich bei Air France, haben sich für Kredite und Garantien zur Rettung ihrer Fluggesellschaften und gegen eine direkte Beteiligung entschieden.

35. Während die Europäische Kommission die Hilfsmaßnahmen Frankreichs für Air France in Höhe von EUR 7 Mrd. am 4. Mai 2020 ohne Nebenbestimmungen genehmigt hat, hat sie der Beteiligung des Deutschen Staates an der Lufthansa nur unter der Bedingung zugestimmt, dass 24 Start- und Landerechte an den Drehkreuzen der Lufthansa an den Flughäfen Frankfurt und München und bis zu vier Flugzeuge an Wettbewerber abgegeben werden. Begründet werden die Nebenbestimmungen damit, dass eine staatliche Beteiligung an einem Unternehmen zu gewichtigeren Wettbewerbsbeeinträchtigungen auf dem europäischen Binnenmarkt führt als Kredite oder staatliche Garantien und daher nur mit strengeren Auflagen zu genehmigen sei. Die Europäische Kommission hat das Stabilisierungspaket für die Lufthansa am 25. Juni 2020 genehmigt.²⁸

36. Aus Sicht der Monopolkommission ist diese Begründung der Europäischen Kommission schlüssig. Der Staat als Miteigentümer verschafft dem betroffenen Unternehmen aufgrund seiner Bonität Vorteile bei der Aufnahme von Krediten, was zu Wettbewerbsverzerrungen zulasten von Konkurrenten ohne staatliche Beteiligung führt. Zudem ist der Wettbewerb auf bestimmten Flugstrecken in Deutschland spätestens nach der Insolvenz der Air Berlin im Jahr 2017 stark eingeschränkt. Die Deutsche Lufthansa und ihre Tochterunternehmen Eurowings, Swiss, Austrian Airlines und Brussels Airlines sind auf einigen Strecken innerhalb Deutschlands und in Europa alleiniger Anbieter. Der Verkauf von Start- und Landerechten an konkurrierende Fluggesellschaften, entweder direkt durch die Fluggesellschaft oder nach Rückgabe an den Staat durch eine Versteigerung an andere Fluggesellschaften, ist ein probates Mittel, auf solchen Strecken für mehr Wettbewerb zu sorgen.²⁹

37. Ein weiteres Problem bei staatlichen Unternehmensbeteiligungen kann die Wiederveräußerung der Anteile sein. Im Fall der geplanten Beteiligung an der Deutschen Lufthansa AG hat Finanzminister Scholz angekündigt, dass der Staat seine Beteiligung jedenfalls mit einem Gewinnaufschlag veräußern wolle. Insofern dies so zu interpretieren ist, dass er davon ausgeht, dass diese Beteiligung einen positiven Erwartungswert für die öffentliche Hand hat, ist dies zu begrüßen. In Anbetracht der anhaltenden wettbewerbsverzerrenden Wirkungen einer staatlichen Beteiligung ist in jedem Fall darauf zu achten, dass diese wieder aufgelöst wird, sobald es die wirtschaftlichen Umstände des Unternehmens zulassen. Dies kann auch implizieren, dass die Wiederveräußerung der Staatsbeteiligung mit einem Verlust einhergeht. Die Monopolkommission begrüßt ausdrücklich, dass die Europäische Kommission bei ihren Regeln für staatliche Beteiligungen während der Corona-Krise die Lockerung bestimmter Verpflichtungen an die Wiederveräußerung der staatlichen Beteiligung knüpft. Die Monopolkommission empfiehlt darüber hinaus, ein Expertengremium einzusetzen, welches die Bundesregierung bei krisenbedingten Staatsbeteiligungen und selektiven Hilfsmaßnahmen ab einer bestimmten Größenordnung berät.

²⁸ Bundesfinanzministerium, Pressemitteilung vom 25. Juni 2020, <https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Pressemitteilungen/Finanzpolitik/2020/06/2020-06-24-Lufthansa.html>, Abruf am 10. Juli 2020.

²⁹ Monopolkommission, Hauptgutachten XXI: Wettbewerb 2016, Baden-Baden 2017, Tz. 213 ff.

8 Zusammenfassung der Einschätzungen und Empfehlungen

38. Positiv zu bewerten ist, dass die Wettbewerbsbehörden zeitnah und koordiniert auf die Herausforderungen der Corona-Pandemie reagiert und der Wirtschaft eine erste Orientierungshilfe gegeben haben. Von großer Bedeutung war darüber hinaus die Gesprächsbereitschaft der Behörden gegenüber Unternehmen, die Kooperationsinitiativen zur Sicherstellung der Versorgung angestoßen haben. Auf diese Weise und durch zeitnahe Entscheidungen über die Zulässigkeit bzw. das Nichtaufgreifen von Kooperationsinitiativen konnte die Rechtssicherheit im Legalausnahmesystem für die betroffenen Unternehmen maßgeblich gesteigert werden.

39. Wichtig war darüber hinaus die Feststellung der europäischen Wettbewerbsbehörden, dass im Übrigen das Kartellrecht auch in Krisenzeiten volle Anwendung findet, sodass insbesondere Absprachen über Preise und Konditionen sowie die Aufteilung von Kunden oder Absatzgebieten untersagt bleiben. Auch aus Sicht der Monopolkommission ist dieses Vorgehen sinnvoll.

40. Das Kartellrecht muss gerade in Krisenzeiten verhindern, dass Unternehmen die Situation zulasten der Verbraucher ausnutzen. Daher sind mögliche Fälle von missbräuchlich überhöhten Preisen von den Wettbewerbsbehörden konsequent zu verfolgen und entsprechend zu sanktionieren. Festzustellen ist allerdings auch, dass nicht jede Preissteigerung infolge eines Nachfrageanstiegs Ausdruck missbräuchlichen Verhaltens ist.

41. Es steht zu befürchten, dass der in der Corona-Krise stattfindende Digitalisierungsschub zu einem weiteren Anwachsen der Marktmacht der führenden Unternehmen auf den digitalen Märkten führen wird. Die Monopolkommission rät der Bundesregierung daher, die deutsche Ratspräsidentschaft in der Europäischen Union zu nutzen, um eine wettbewerbsschützende Plattformverordnung einzuführen.

42. Der zu erwartende Anstieg von Insolvenzen, insbesondere von kleinen und mittleren Unternehmen, sollte nicht dazu führen, dass die Wettbewerbsbehörden die Eingriffskriterien in der Zusammenschlusskontrolle großzügiger handhaben. Das geltende Recht hält mit der Sanierungsfusion ein Instrument bereit, mit dem die Behörden auch in Krisenzeiten angemessen reagieren können. Anders als bei Kooperationen, die nach der Krise relativ einfach beendet werden können, würden durch Zusammenschlüsse einmal erlangte Machtpositionen zulasten des Wettbewerbs und der Verbraucher dauerhaft bestehen bleiben. Angesichts des zu erwartenden Anstiegs der Fallzahlen bei Fortgeltung der Corona-bedingten Schutzmaßnahmen ist zu empfehlen, die gesetzliche Verlängerung der Fusionskontrollfristen auf das zweite Halbjahr 2020 auszudehnen.

43. Die nationalen Regierungen in der Europäischen Union können die Unternehmen auch in der Krise nicht beliebig unterstützen, da die Mehrzahl der staatlichen Maßnahmen Beihilfen sind, die wegen ihrer potenziell wettbewerbsverfälschenden Wirkung einer vorherigen Zustimmung der Europäischen Kommission bedürfen. Die Europäische Kommission hat die Voraussetzungen genannt, die erfüllt sein müssen, damit staatliche Maßnahmen zur Unterstützung der Unternehmen in der Corona-Krise mit den Beihilfevorschriften vereinbar sind. Die Monopolkommission teilt die Auffassung, dass nicht jede Hilfsmaßnahme, die die Beihilfenkontrolle passieren konnte, wettbewerbsneutral ist. So können etwa Hilfen für die Deutsche Bahn AG dem noch wenig ausgeprägten Wettbewerb auf den Transportmärkten schaden, wenn diese Hilfen nicht speziell für Investitionen in die Infrastruktur Schiene gewährt werden. Positive Wettbewerbseffekte haben die Hilfen für kleine und mittlere Unternehmen und hier insbesondere für neugegründete innovative Unternehmen. Die Monopolkommission befürwortet das Hilfspaket für Start-ups, weil diese es in der Krise besonders schwer haben, ihre Finanzierungen zu sichern, und weil eine Insolvenzwelle bei den jungen Unternehmen mittelfristig auch das Interesse an Neugründungen geschmälert hätte.

44. Das Vorgehen der Europäischen Kommission, staatliche Beteiligungen an Unternehmen an strenge Voraussetzungen zu knüpfen, ist sinnvoll. Der Staat als Miteigentümer verschafft den Unternehmen Vorteile, die zu Wettbewerbsverzerrungen zulasten von Konkurrenten ohne staatliche Beteiligung führen. Die Monopolkommission ist wie die Europäische Kommission der Auffassung, dass die Bedingungen und Auflagen im Fall von staatlichen Unternehmensbeteiligungen strenger ausfallen müssen als bei Finanzbeihilfen. Insbesondere sollte eine staatliche Beteiligung, soweit sie Unternehmen mit einer marktbeherrschenden Stellung auf einem oder mehreren Märkten

betrifft, mit wettbewerbsfördernden Maßnahmen flankiert werden. Die Abgabe von Start- und Landerechten seitens der Deutschen Lufthansa AG ist ein probates Mittel, für mehr Wettbewerb auf den Luftverkehrsmärkten zu sorgen. Die Monopolkommission empfiehlt, ein Gremium mit unabhängigen Experten einzusetzen, welches die Bundesregierung bei der Entwicklung von Strategien für den Ausstieg aus krisenbedingten staatlichen Beteiligungen berät.