

Wettbewerb 2020

XXIII. Hauptgutachten der Monopolkommission
gemäß § 44 Abs. 1 Satz 1 GWB

2020

Kurzfassung

Kapitel I

Aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik

Wettbewerb in der Corona-Krise

K1. 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.

K2. 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.

K3. 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**.

K4. 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.

K5. 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**.

Missbrauchsaufsicht in der Plattformwirtschaft

K6. Die EU-Ratspräsidentschaft bietet Deutschland eine Gelegenheit, die von der Europäischen Kommission ins Auge gefasste Weiterentwicklung des europäischen **Regelungsrahmens für die digitalen Märkte** aktiv mitzugestalten. Das politische Ziel, gegen Wettbewerbsprobleme auf diesen Märkten wirksamer vorzugehen, ist sowohl auf nationaler Ebene als auch auf EU-Ebene formuliert worden. Marktmachtmissbräuche von Online-Plattformunternehmen sollten effektiver und schneller geahndet, wettbewerbsrechtliche Verfahren zu diesem

Zweck erleichtert bzw. beschleunigt und gegebenenfalls Regulierungsinstrumente zum Schutz der Plattformnutzer entwickelt werden. Mit Blick auf die genannten Ziele sind in mehreren Expertengutachten Lösungsansätze entwickelt worden, welche die Monopolkommission in diesem Gutachten um eigene Überlegungen und Empfehlungen ergänzt.

K7. Dabei geht es in Bezug auf **marktmachtbezogene Wettbewerbsprobleme** um mehrere Themenfelder, nämlich um die Kriterien zur Feststellung von Marktmacht bei digitalen Plattformen, das gebotene Vorgehen bei Verhaltensweisen, durch die der Markt dauerhaft zugunsten einer Plattform „kippt“ (*tipping*) oder durch die mehr oder weniger unangreifbare „Ökosysteme“ geschaffen werden und das Vorgehen, sofern sich die Marktstruktur dauerhaft zugunsten einer Plattform verfestigt hat. Was die Kriterien zur Feststellung von Marktmacht bei digitalen Plattformen betrifft, so erscheinen die bestehenden Grundsätze zu Art. 102 AEUV – ungeachtet zurzeit durchgeführter Reformen auf der nationalen Ebene – ausreichend.

K8. Zum **Problem des „Kippens“ von Märkten** ist in Deutschland eine Regelung (§ 20 Abs. 3a GWB-E) vorgeschlagen worden, wonach die Kartellbehörden in die Lage versetzt würden, bereits bei einer Gefährdung des Wettbewerbs und unabhängig von einem Nachweis konkreter Auswirkungen des fraglichen Verhaltens tätig zu werden. Die angesprochene Regelung könnte auch eingesetzt werden, um gegen in Deutschland tätige europäische Plattformunternehmen vorzugehen, deren Verhalten zum Kippen von Märkten beitragen kann. Die Monopolkommission empfiehlt deshalb, zunächst die **deutsche Anwendungspraxis zu beobachten** und gegebenenfalls hierauf aufbauend Regelungen für das europäische Recht in Betracht zu ziehen.

K9. Zum **Problem der Schaffung von „Ökosystemen“** erscheint das Missbrauchsverbot des **Art. 102 AEUV grundsätzlich ausreichend**. Die in Deutschland vorgeschlagene neue Missbrauchsregelung für Unternehmen mit „überragender marktübergreifender Bedeutung“ für den Wettbewerb (§ 19a GWB-E) weicht in mehrerlei Hinsicht von Art. 102 AEUV ab. Aus unionsrechtlicher Perspektive können die Erfahrungen mit dieser Neuregelung aber in zweierlei Hinsicht aufschlussreich sein: Dort, wo die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten oder einzelstaatliche Gerichte verpflichtet sind, parallel zum einzelstaatlichen Wettbewerbsrecht auch Art. 102 AEUV anzuwenden (Art. 3 Abs. 1 S. 2 VO 1/2003), wird sich zeigen, ob die **deutsche Neuregelung** die Missbrauchsaufsicht erleichtert oder behindert. Dort, wo ihr Anwendungsbereich über Art. 102 AEUV hinausgeht, wird sich **zeigen, ob sie geeignet ist, bisher gegebenenfalls unerkannte Regelungslücken auf Unionsebene effektiv zu verschließen**. Die Monopolkommission hält es vor diesem Hintergrund für sinnvoll, auch insoweit zunächst praktische Erfahrungen zu sammeln, bevor eine entsprechende Ergänzung des europäischen Regelungswerks in Angriff genommen wird.

K10. Angesichts des Umstands, dass sich die **Marktstellung großer Plattformen nach einem Kippen des Marktes oder infolge der Ausbildung von Ökosystemen dauerhaft verfestigen kann**, sind in mehreren Expertengutachten Vorschläge gemacht worden. Ein Vorschlag war es, marktbeherrschende Plattformunternehmen dazu zu verpflichten nachzuweisen, dass sie keinen Missbrauch im Sinne von Art. 102 AEUV begehen. Ein anderer Ansatz war es, beherrschende Online-Plattformunternehmen im Einzelnen festgelegten zusätzlichen Pflichten und einer verschärften Überwachung zu unterwerfen. Die Monopolkommission hält insbesondere den zweiten Ansatz für zielführend und macht **Vorschläge für eine neu zu erlassende Plattformverordnung**. Diese sollte **Verhaltensregeln für beherrschende Plattformen** enthalten. So könnten ein Selbstbegünstigungsverbot und mit datenschutzrechtlichen Erfahrungen abgestimmte verschärfte Interoperabilitäts- und Portabilitätsverpflichtungen vorgesehen werden. Ferner könnten in die Verordnung **Abstellungsregelungen für Marktmachtmissbräuche mit dauerhaften Auswirkungen auf die Marktstruktur und für Verstöße gegen die in der Plattformverordnung festgelegten zusätzlichen Pflichten von beherrschenden Plattformunternehmen** aufgenommen werden. Die Abstellungsregelungen sollten dann auch spezifizieren, unter welchen Voraussetzungen eine Veräußerung von Teilbereichen des Geschäfts (auch z. B. in Form eines erzwungenen Zugangs zu Algorithmen bzw. Daten) verhältnismäßig sein kann und welche Merkmale die betreffenden Teilbereiche dann aufweisen müssen (z. B. lebens- und wettbewerbsfähiges Geschäft, Zulässigkeit von Alternativen, Nichterwerbsklauseln).

K11. Zusätzlich zu den beschriebenen marktmachtbezogenen Problemen können sich auf Plattformmärkten **informationsbezogene Probleme** zeigen, die einen effektiven Wettbewerbschutz praktisch erschweren. Zum einen

besteht ein Informationsgefälle im Verhältnis zwischen Plattformunternehmen und Außenstehenden (Behörden bzw. kommerziellen/nichtkommerziellen Plattformnutzern). Zum anderen bestehen auf Online-Marktplätzen (z. B. Handels-/Buchungsportalen) Informationsprobleme im Verhältnis zwischen Händlern und Verbrauchern.

K12. Im Verhältnis zwischen Plattformunternehmen und Außenstehenden sieht die Monopolkommission einen zusätzlichen Regelungsbedarf insbesondere mit Blick auf das **Informationsgefälle zwischen Plattformunternehmen und ermittelnden Behörden**. Die Behörden haben zwar umfassende Auskunftsbefugnisse, können bei deren Einsatz im Verfahren aber auf erhebliche Schwierigkeiten stoßen. Die Monopolkommission empfiehlt deshalb, die **verfahrensrechtlichen Mitwirkungspflichten** in jenen Fällen **zu verschärfen**, in denen die Behörden alle zumutbaren Ermittlungsanstrengungen unternommen haben. Wenn Unternehmen in solchen Fällen Informationen nicht von sich aus offenlegen, können sie nämlich – ohne dass das unionsrechtliche Selbstbelastungsverbot eingreift – die **Ermittlung tatsächlicher Beweismittel** verhindern. Die Behörden sollten für solche Fälle ermächtigt werden, aus einer fehlenden Mitwirkung im Rahmen ihrer freien Beweiswürdigung Schlussfolgerungen zu ziehen.

K13. In Hinblick auf das **Verhältnis zwischen Händlern und Verbrauchern auf Online-Marktplätzen** erscheint eine Präzisierung der Beurteilungskriterien für die automatisierte Preissetzung von Online-Händlern unter Einsatz von Preisalgorithmen wünschenswert. Die Monopolkommission spricht sich dafür aus, bei der Überarbeitung der Kommissionsbekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes ein **Augenmerk auf die Marktabgrenzung** auf Online-Marktplätzen zu legen, **soweit hier Preisdifferenzierungen der Händler darauf hindeuten, dass sich relevante Märkte fragmentieren**. Im Übrigen empfiehlt sie, eine **gesetzliche Schadensvermutung** einzuführen, um die Verbraucher wirksam gegen Schäden durch automatisiert festgesetzte und unangemessen überhöhte Preise im Sinne des Art. 102 AEUV zu schützen.

Effiziente Struktur des deutschen Krankensektors – ist eine Bereichsausnahme im GWB erforderlich?

K14. Die deutsche Krankenhausinfrastruktur ist mit der COVID-19-Pandemie verstärkt in das mediale sowie politische Blickfeld gerückt. Die **stationäre Versorgungslandschaft in Deutschland gilt dabei mit ihren fast zweitausend Krankenhäusern als vergleichsweise breit aufgestellt, besonders vielfältig und nur gebietsweise konzentriert**. Mit ca. 34 Intensivbetten auf 100.000 Einwohner (2017) weist Deutschland zudem höhere Kapazitäten als zahlreiche andere Industrienationen auf, worin vor dem Hintergrund der COVID-19-Pandemie ein wesentlicher Vorteil gesehen wird. An den gegenwärtig bestehenden Krankenhausstrukturen wird jedoch seit Jahren auch Kritik geübt. **Zu ihrer Verbesserung wird oftmals die Forderung nach einer schnelleren Konsolidierung des Krankensektors und einer Erleichterung von Krankenhausfusionen erhoben**.

K15. Im Rahmen der 10. GWB-Novelle wurde nun die Debatte um die Struktur der Krankenhausversorgung auf die Anpassung der Fusionskontrolle für Krankenhäuser gelenkt. In diesem Zusammenhang **plant die Bundesregierung die Vorgaben zur Beurteilung von Krankenhauszusammenschlüssen und -kooperationen anzupassen**, wodurch die Struktur der deutschen Krankenhausversorgung in Zukunft beeinflusst werden könnte. Durch die Festlegung besonderer kartellrechtlicher Vorgaben im Krankensektor sollen gesundheitspolitisch als besonders wünschenswert betrachtete Zusammenschlussvorhaben wettbewerblich privilegiert werden.

K16. Dazu ist festzustellen, dass es in Deutschland im internationalen Vergleich zwar insgesamt hohe Bettenkapazitäten gibt, diese sich aber auf viele kleine Allgemeinkrankenhäuser verteilen. Die Vorhaltung vieler kleiner Krankenhäuser impliziert, dass die Fallzahlen in den einzelnen Häusern in der Regel gering sind. Krankenhäuser mit geringen Fallzahlen verfügen tendenziell über weniger medizinische Routine und eine schlechtere personelle sowie medizinisch-technische Ausstattung. Insgesamt deutet eine Reihe von Indizien darauf hin, dass **Krankenhaufusionen (ggfs. auch Krankenhauskooperationen) zumindest in Einzelfällen qualitätssteigernde Effekte** haben können.

K17. Die Monopolkommission sieht große Vorteile in einer wirksamen Zusammenschlusskontrolle von Krankenhäusern. **Ihre derzeitige Ausgestaltung könnte einer effizienzsteigernden Konsolidierung und ggfs. Spezialisierung deutscher Krankenhäuser jedoch in Einzelfällen entgegen stehen**. Eine häufig diskutierte Bereichsausnahme, be-

stimmte Zusammenschlüsse von der wettbewerblichen Kontrolle durch das Bundeskartellamt auszunehmen, ist nicht erforderlich. Der evident qualitätssichernde Wettbewerbsschutz kann hierdurch sogar gefährdet werden.

K18. Vielmehr sollten verschiedene, auf die Versorgungsqualität wirkende Effekte von Zusammenschlüssen im Krankenhaussektor stärker in den Blick genommen werden. Zum einen ist zu empfehlen, dass das Bundeskartellamt seine grundsätzlich ausgereifte, aber in erster Linie auf vergangenheitsbezogene Patientenstromdaten bezogene Marktabgrenzung im Einzelfall daraufhin prüft, ob infolge eines konkreten Zusammenschlussvorhabens Änderungen der Angebotsverhältnisse am Markt eintreten, die zu einem veränderten Nachfrageverhalten führen können. Zum anderen – und ungleich bedeutender – sollten **zusammenschlussbedingte Qualitätsvorteile im Rahmen einer Gesamtabwägung der Zusammenschlusswirkungen besser berücksichtigt** werden können. Die Monopolkommission empfiehlt deshalb, die Abwägung zwischen wettbewerblich induzierten Qualitätsveränderungen und aus Synergieeffekten resultierenden Qualitätsvorteilen in Form einer Effizienzabwägungsklausel für Krankenhausfusionen in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen aufzunehmen.

Kapitel II

Stand und Entwicklung der Unternehmenskonzentration in Deutschland

K19. Die Monopolkommission hat gemäß § 44 Abs. 1 Satz 1 GWB den gesetzlichen Auftrag, den Stand und die Entwicklung der Unternehmenskonzentration in der Bundesrepublik Deutschland zu beurteilen. Seit Beginn der Berichterstattung ist die Beurteilung der **aggregierten Unternehmenskonzentration** Teil des Konzentrationsberichts. Zu diesem Zweck ermittelt die Monopolkommission regelmäßig die hundert größten Unternehmen in Deutschland und berechnet den Anteil der inländischen Wertschöpfung der „100 Größten“ an der gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfung. **Dieser Anteil ist im Berichtszeitraum leicht gesunken** und beträgt im Berichtsjahr 2018 14,8 Prozent. Der zu beobachtende rückläufige Trend seit Beginn der Berichterstattung setzt sich damit fort. Die Monopolkommission ermittelt zudem **die personellen Verflechtungen und die Kapitalverflechtungen zwischen den „100 Größten“**. Acht Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ sind an 31 Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ mit mehr als 1 Prozent beteiligt. Im Vergleich zum Berichtsjahr 2016 hält damit eine geringere Anzahl an Unternehmen Anteile an einer insgesamt größeren Anzahl an Unternehmen aus dem Kreis. Bei den „100 Größten“ sind im Jahr 2018 42 personelle Verflechtungen über Geschäftsführer zu beobachten, d. h. Geschäftsführer eines Unternehmens waren in Kontrollgremien anderer Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ vertreten. Nach einem deutlichen Rückgang von 45 Verbindungen im Jahr 2014 auf nur noch 34 Verbindungen im Jahr 2016, bedeutet dies zwar eine Wiederzunahme. Im längerfristigen Trend ist hier allerdings eine Stabilisierung des Niveaus zu konstatieren. Dagegen ist die Anzahl an Verflechtungen über Personen ohne Geschäftsführungsmandat, etwa über Aufsichtsratsmandate in mehreren Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“, auf 88 Verflechtungen im Jahr 2018 (nach 113 im Jahr 2016) gesunken.

K20. Neben der Analyse der aggregierten Unternehmenskonzentration werden der Stand und die Entwicklung der Unternehmenskonzentration in Wirtschaftsbereichen sowie von unternehmensspezifischen Preisaufschlägen als Indikatoren für Marktmacht ermittelt. Die **sektorübergreifende Unternehmenskonzentration hat sich in Deutschland im Zeitraum 2007 bis 2015 weitgehend konstant entwickelt**. Zwischen den Jahren 2015 und 2017 kann jedoch in einigen Wirtschaftsbereichen eine steigende Konzentration festgestellt werden. So lässt sich ein **deutlicher Anstieg der Konzentration in den Bereichen Dienstleistungen und Baugewerbe** um zuletzt 17,1 Prozent bzw. 10,3 Prozent beobachten (2015–2017). In der Industrie hat sich die Konzentration im selben Zeitraum dagegen um durchschnittlich 8,3 Prozent verringert; der Handel blieb nahezu unverändert. Zudem lässt sich ein überproportionaler Konzentrationsanstieg in den Wirtschaftszweigen mit den höchsten Konzentrationswerten beobachten. Vor dem **Hintergrund der Corona-Krise** ist davon auszugehen, dass der konjunkturelle Einbruch in einzelnen stark betroffenen Wirtschaftszweigen **mittelfristig zu einem Anstieg der Unternehmenskonzentration führen wird**. Vergleichbare wirtschaftliche Entwicklungen haben im Zuge der Finanz- und Wirtschaftskrise der Jahre 2008 bis 2010 die Konzentration einzelner Wirtschaftszweige um durchschnittlich 10 Prozent erhöht. Die Analyse der sektorübergreifenden Entwicklung von Preisaufschlägen auf Grundlage repräsentativer Unternehmensdaten der amtlichen Statistik ergibt einen durchschnittlichen Anstieg in der Industrie. Der umsatzgewichtete durchschnittliche **Preisauflschlag ist in der Industrie zwischen 2008 und 2017 um 17 Prozent angestiegen**. Im Dienstleistungssektor weisen die Ergebnisse dagegen auf ein Sinken des gewichteten Durchschnittspreisauflschlages im selben Zeitraum um gut 14 Prozent hin.

K21. Insgesamt **sieht die Monopolkommission** für die Unternehmenskonzentration in Deutschland **weiterhin keinen besorgniserregenden Trend** und damit keinen unmittelbaren wettbewerbspolitischen Handlungsbedarf. Allerdings sind der leicht steigende Trend in der sektorübergreifenden Unternehmenskonzentration sowie die steigenden umsatzgewichteten Preisaufschläge in der Industrie weiterhin zu beobachten. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund möglicher Auswirkungen der Corona-Krise auf Marktstrukturen und Marktmacht von Unternehmen in Deutschland. Es besteht weiterer Forschungsbedarf vor allem hinsichtlich der Ursachen ansteigender Konzentration und Preisaufschläge in manchen Bereichen der deutschen Wirtschaft, um die Frage beantworten zu können, ob die beobachteten Entwicklungen auf einen Anstieg von Marktmacht hindeuten, oder vielmehr auf Effizienzsteigerungen und eine zunehmende Investitionstätigkeit.

Kapitel III

Würdigung der kartellrechtlichen Entscheidungspraxis

K22. In Kapitel III entwickelt die Monopolkommission auf der Grundlage der deutschen und europäischen kartellrechtlichen Entscheidungspraxis im Berichtszeitraum Handlungsempfehlungen an Gesetzgeber und Kartellbehörden.

K23. Die Monopolkommission pflichtet der durch den Bundesgerichtshof (BGH) vorgenommenen **Marktabgrenzung bei Werbeblockern** bei. Sie weist jedoch darauf hin, dass im Rahmen der Bestimmung der marktbeherrschenden Stellung **alle Wettbewerbskräfte unter Berücksichtigung aller relevanter Marktteilnehmer** und der zwischen ihnen auftretenden Netzwerkeffekte auf den zugrundeliegenden zweiseitigen Märkten zu **erfassen** sind.

K24. In ihrer Analyse des von der Europäischen Kommission entschiedenen **Falls „Google Android“** kommt die Monopolkommission zu dem Ergebnis, dass den Wettbewerbsbehörden mit Art. 102 AEUV ein **wirksames kartellrechtliches Instrument** zur Verfügung steht. Aus Sicht der Monopolkommission verdeutlicht der Fall jedoch, dass Abhilfemaßnahmen, welche die Abstellung eines missbräuchlichen Verhaltens verfügen, ohne wettbewerbliche Wirkung bleiben dürften, sofern die Marktstruktur bereits geschädigt ist.

K25. Aus Sicht der Monopolkommission beachten die deutschen Behörden und Gerichte zu wenig die **Vorgaben des Unionsrechts**, die eine einheitliche Rechtsanwendung sicherstellen sollen. Insbesondere die letztinstanzlichen Gerichte sind in der Verantwortung dafür, dass solchen Fehlentwicklungen vorgebeugt wird.

K26. Das Bundeskartellamt hat Lockerungen der individuellen **Werbemöglichkeiten bei Olympischen Spielen** erzielt, seine Entscheidung jedoch auf deutsche Athleten beschränkt. Die Monopolkommission hält es für geboten, dass die Wettbewerbsbehörden in solchen Fällen **jedenfalls unionsweit für gleiche Bedingungen sorgen**. Hier kann ein Tätigwerden seitens der Europäischen Kommission angezeigt sein. Diese sollte auch prüfen, ob der Erlass von Leitlinien für die Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts auf den Sportsektor in Betracht kommt.

K27. Das Bundeskartellamt hat den gemeinsamen **Ausbau von Glasfaseranschlusssnetzen** durch Deutsche Telekom und EWE in Nordwestdeutschland genehmigt. Die Monopolkommission kommt zu dem Schluss, dass die angenommenen Zusagen grundsätzlich geeignet sind, den mit der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens einhergehenden Einschränkungen des Wettbewerbs entgegenzuwirken. Sie spricht sich jedoch dafür aus, zukünftig bei ähnlich gelagerten Fällen dahin gehende Zusagen zu erwirken, dass **solche Gebiete, die auch ohne Kooperation erschließbar sind, von der Kooperation ausgenommen werden**.

K28. In Bezug auf die **zentrale Vermarktung der Fußball-Bundesliga** hat das Bundeskartellamt das Vermarktungsmodell der Übertragungsrechte für die Spielzeiten ab 2021/2022 auf Basis vorläufiger Ermittlungen gebilligt. Allerdings wird in der Entscheidung der **eingeschränkte Preiswettbewerb** nicht hinreichend thematisiert. Es ist zu empfehlen, dass die **ökonomischen Auswirkungen der Zentralvermarktung** insgesamt systematischer erfasst werden.

K29. Angesichts der unterschiedlichen Beurteilung von Bestpreisklauseln in der Europäischen Union sollte eine Vorlage an den Europäischen Gerichtshof (EuGH) erfolgen, sofern im Fall „Booking.com“ Rechtsbeschwerde beim BGH eingelegt wird. In Bezug auf die von **engen Bestpreisklauseln** ausgehenden Wettbewerbseffekte gelangen ökonomische Studien zu ambivalenten Schlüssen. Daher rät die Monopolkommission dazu, Effizienzgewinne und Wettbewerbsbeschränkungen enger Bestpreisklauseln weiter zu analysieren. **Von einem generellen Verbot solcher Klauseln sollte jedenfalls abgesehen werden**.

K30. Die Monopolkommission empfiehlt, die **Gründe für die Wiederaufnahme eines Zusagenverfahrens** um die Möglichkeit der Kartellbehörde, die Zusagenentscheidung mit einem **Widerrufsvorbehalt** zu erlassen, zu **ergänzen**. In der Vorschrift sollte zum Ausdruck kommen, dass ein Widerruf nur insoweit in Betracht kommt, als die mit den Verpflichtungszusagen bezweckten, aber letztlich nicht erreichten Wirkungen bereits im Einzelnen in der Zusagenentscheidung genannt sind.

Kapitel IV

Chinas Staatskapitalismus: Herausforderung für die europäische Marktwirtschaft

K31. Die Volksrepublik China (im Folgenden: China) hat seit der Einleitung der ersten marktwirtschaftlichen Reformen vor einigen Jahrzehnten eine beeindruckende wirtschaftliche Entwicklung verzeichnet. Gemessen am kaufkraftbereinigten Bruttoinlandsprodukt ist China bereits heute die größte Volkswirtschaft der Welt. Gleichzeitig ist die **Bedeutung Chinas für die Weltwirtschaft** in den vergangenen Jahrzehnten **erheblich gestiegen**. Insbesondere seit dem Beitritt Chinas zur Welthandelsorganisation im Jahr 2001 ist es zu Verschiebungen im Welthandel gekommen. Ohne Berücksichtigung des Warenhandels zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU) ist der Anteil Chinas (ohne Hongkong) am weltweiten Warenexport vom Jahr 2002 bis zum Jahr 2018 von ca. 7 auf ca. 17 Prozent gestiegen. Im gleichen Zeitraum sind die Anteile der EU und der Vereinigten Staaten (USA) von rund 18,3 bzw. 15,2 Prozent auf ca. 15,6 bzw. 11,3 Prozent gesunken. Nach den USA ist China derzeit der **zweitgrößte Handelspartner der EU und die EU der größte Handelspartner Chinas**.

K32. China ist heute weder eine Marktwirtschaft noch eine Planwirtschaft, sondern verfolgt mit seiner „Sozialistischen Marktwirtschaft mit chinesischen Merkmalen“ ein hybrides Wirtschaftsmodell, das sowohl staatswirtschaftliche als auch marktwirtschaftliche Elemente enthält. **Stärker als in den europäischen Marktwirtschaften greift der chinesische Staat zur Erreichung seiner industriepolitischen Ziele auf vielfache Weise in das Wirtschaftsgeschehen ein.** Von **besonderer Bedeutung** sind in diesem Zusammenhang **wirtschaftliche Vergünstigungen (Subventionen)**, von denen sowohl staatliche als auch private Unternehmen profitieren. Im internationalen Kontext können derartige staatliche Eingriffe zu Wettbewerbsvorteilen für chinesische Unternehmen gegenüber nicht subventionierten Unternehmen führen. Aufgrund der gestiegenen wirtschaftlichen Bedeutung Chinas wirken sich solche staatlichen Eingriffe zunehmend auch auf das Wirtschaftsgeschehen innerhalb der EU aus und benachteiligen europäische Unternehmen im Wettbewerb mit ihren chinesischen Konkurrenten.

K33. Um **Wettbewerbsnachteile für europäische Unternehmen** zu vermeiden, wird seit einiger Zeit verstärkt über Reformmöglichkeiten im europäischen Außenwirtschafts- und Wettbewerbsrecht diskutiert. Dabei ist zu beachten, dass die **Einflussnahme von Drittstaaten auf die Wirtschaft bereits Regeln unterliegt**. Im grenzüberschreitenden Warenverkehr sind europäische Unternehmen insoweit schon durch **Antidumping- und Antisubventionsinstrumente** geschützt. Das Antidumpinginstrument berücksichtigt dabei die Besonderheiten, die sich aus der chinesischen Wirtschaftsform ergeben. Denn Vergleichspreise werden nicht im chinesischen Heimatstaat ermittelt, sofern diese sich „nicht aus dem freien Spiel der Marktkräfte ergeben“. Anzumerken ist allerdings, dass speziell beim Einsatz von Antidumpinginstrumenten der Schutz europäischer Unternehmen im Sinne einer europäischen Industriepolitik im Vordergrund steht und der Schutz des Wettbewerbs dahinter zurücktritt. Für die Verbraucher bedeutet dies, dass damit auch ein möglicher Preiswettbewerb durch chinesische Anbieter geschwächt wird. Um die positiven Effekte eines Preiswettbewerbs durch chinesische Konkurrenten zu erhalten, sollte der Schutz des Wettbewerbs bei der Anwendung des Antidumpingrechts deshalb in Zukunft stärker gewichtet werden. Das Antisubventionsrecht setzt zwar ebenfalls einen eher industriepolitischen Schwerpunkt. Insoweit gewichtet es die positiven Wirkungen von Subventionen gering, die sich insbesondere in Form niedrigerer Importpreise zeigen. Demgegenüber besteht ein normatives Interesse am Ausgleich subventionsbedingter Wettbewerbsvorteile.

K34. Davon abgesehen sind die **EU-Wettbewerbsregeln** zwar nicht unmittelbar auf Maßnahmen von Drittstaaten, aber immerhin **auf das Verhalten von Unternehmen aus Drittstaaten in der EU anwendbar**. Bei der Beurteilung der Marktstellung solcher Unternehmen (in der Missbrauchs- und Fusionskontrolle) kann auch berücksichtigt werden, dass dahinter ein Drittstaat steht. Dessen ungeachtet ist die Frage, ob ein unternehmerisches Verhalten gegen das Kartell- oder Missbrauchsverbot (Art. 101 bzw. Art. 102 AEUV) verstößt, allein anhand der Tatbestandsvoraussetzungen der betreffenden Vorschriften zu beantworten. Es ist nicht möglich, zusätzlich zu diesen Voraussetzungen zu berücksichtigen, dass das Verhalten auf die besonderen Gegebenheiten in einem Drittstaat zurückzuführen ist oder durch diesen sogar gezielt gefördert wurde.

K35. Bei Unternehmenserwerbsvorgängen ist zwischen der fusionskontrollrechtlichen Prüfung, ob der Vorgang zu Marktmacht führt, und einer etwaigen beihilferechtlichen Überprüfung einer mitgliedstaatlichen wirtschaftlichen Unterstützung des Erwerbs zu trennen. Eine drittstaatliche Subventionierung des Erwerbs unterliegt als solche bisher keiner Überprüfung. In Anbetracht dessen wird immer wieder ein stärkerer Einsatz der **Investitionskontrolle** diskutiert. Diese ist auch inzwischen bereits mehrfach angepasst und verschärft worden. Die Investitionskontrolle ist allerdings primär **auf den Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ausgerichtet** und sollte auch darauf beschränkt bleiben. Ein industriepolitischer Einsatz ist zu vermeiden.

K36. In Bezug auf **mitgliedstaatliche Beschaffungsvorgänge** dienen die bestehenden Regelungen dem doppelten Ziel, Verzerrungen auf den europäischen Beschaffungsmärkten zu vermeiden und einen Beitrag zur Wahrung der Gegenseitigkeit beim Zugang zu ausländischen Beschaffungsmärkten zu leisten. Der Umstand, dass ein Bieter staatlicher Kontrolle bzw. Finanzierung unterliegt und seine Gebote deshalb möglicherweise nach anderen als marktwirtschaftlichen Kriterien abgibt, kann im bestehenden Rechtsrahmen – abgesehen von der Möglichkeit der Berücksichtigung „vergabefremder Kriterien“ – nicht einheitlich erfasst werden. Statt dessen findet sich eine Vielzahl von Einzelregelungen, die unterschiedlichen Zielen dienen. Hierdurch entsteht eine unübersichtliche Gemengelage, bei der **fraglich** bleibt, ob sie einen wirksamen **Schutz der Chancengleichheit gegenüber staatlich verursachten Wettbewerbsverzerrungen** tatsächlich gewährleisten kann.

K37. Der Schutz europäischer Unternehmen bzw. der europäischen Marktwirtschaft ist nach den bestehenden Regeln also in bestimmten Situationen lückenhaft. Das ist namentlich der Fall, wenn Drittstaaten Subventionen leisten, durch welche Unternehmen bei ihrer Tätigkeit in der EU einen Wettbewerbsvorteil gegenüber nicht drittstaatlich subventionierten Unternehmen haben und in der Folge Marktanteile zulasten dieser Wettbewerber gewinnen können. Durch den bestehenden Rechtsrahmen (Außenwirtschafts- und Wettbewerbsrecht) nicht abgedeckte Wettbewerbsnachteile für europäische Unternehmen sind z. B. dann anzunehmen, wenn drittstaatlich subventionierte Unternehmen zur Umgehung von Antidumping- oder Ausgleichszöllen ihre **Produktion in die EU verlagern** und die Produkte hier vertreiben. Dasselbe gilt, wenn sie subventionierte **Dienstleistungen** erbringen, da Dienstleistungen – anders als Waren – über das außenwirtschaftliche Instrumentarium nicht erfasst werden können. Wettbewerbsnachteile bestehen ferner, wenn drittstaatlich subventionierte Unternehmen aufgrund der Subvention bei **Unternehmenserwerbs-** oder **Beschaffungsvorgängen** bessere Angebote als ihre nicht subventionierten Mitbewerber abgeben können. Zwar profitiert die EU von Subventionen, die durch den chinesischen Steuerzahler finanziert werden und die zu niedrigpreisigen Vorprodukten oder Konsumgütern für die verarbeitende Industrie oder die europäischen Verbraucher führen. Jedoch schließt das durch die europäischen Verträge geprägte Verständnis von Wettbewerb in der EU auch eine wettbewerbliche Chancengleichheit der im Binnenmarkt tätigen Unternehmen mit ein. Zu diesem Zweck besteht im EU-Binnenmarkt eine Beihilfenkontrolle gemäß Art. 107 ff. AEUV. Diese ist auf drittstaatliche Unterstützungsmaßnahmen mit Auswirkungen auf den Binnenmarkt nicht anwendbar. Das gilt selbst dann, wenn Unternehmen aufgrund drittstaatlicher Subventionen sukzessive Marktmacht aufbauen können oder wenn Unternehmen sich umgekehrt aus dem Wettbewerb mit subventionierten Konkurrenten zurückziehen oder eigene Forschungs- und Entwicklungsanstrengungen aufgeben. In diesen Fällen bestehen jeweils regulatorischen Lücken, weil die vorhandenen Instrumente drittstaatliche Subventionen nicht erfassen.

K38. Zur Schließung der vorhandenen Lücken sind in jüngster Zeit verschiedene **Vorschläge** gemacht worden, die entweder auf eine **Gleichbehandlung von drittstaatlichen Subventionen und mitgliedstaatlichen Beihilfen** ausgerichtet sind oder **wettbewerbliche Fairness dadurch herstellen sollen, dass subventionierte Unternehmen verschärften Verhaltensauflagen (wie marktbeherrschende Unternehmen) unterworfen werden** sollen. Die Europäische Kommission hat ein Weißbuch über die Gewährleistung fairer Wettbewerbsbedingungen bei Subventionen aus Drittstaaten vorgelegt. Darin hat sie drei Teilinstrumente vorgeschlagen, die drittstaatliche Subventionen im Wesentlichen im Sinne der Beihilfeäquivalenz neutralisieren sollten. Eines der Teilinstrumente sollte im Allgemeinen die Überprüfung drittstaatlicher Subventionen von Amts wegen ermöglichen, während die anderen beiden speziell die Überprüfung von Unternehmenserwerbs- und Beschaffungsvorgängen betreffen und auf Anmeldung zu einer Überprüfung führen würden. Bei Feststellung einer Verzerrung des EU-Binnenmarktes könnte die Rückzahlung der

Subvention verlangt werden, oder den Unternehmen würden Abhilfemaßnahmen auferlegt. Die Zuständigkeit für die Anwendung des zweiten Teilinstruments läge bei der Europäischen Kommission, im Übrigen würde die Zuständigkeit zwischen der Kommission und mitgliedstaatlichen Behörden aufgeteilt. Dem Weißbuch waren unter anderem Vorschläge der Niederlande und von Verbandsseite vorausgegangen.

K39. Aufbauend auf den vorausgegangenen Überlegungen befürwortet die **Monopolkommission die Einführung eines Drittlandsbeihilfeinstruments, mit dem drittstaatliche Subventionen und mitgliedstaatliche Beihilfen möglichst weitgehend gleichgestellt** würden. Dabei sollte es sich aber – abweichend von den Überlegungen der Europäischen Kommission – um ein **einheitliches Instrument** ohne Aufgliederung in mehrere Teilinstrumente handeln. Die von der Europäischen Kommission vorgeschlagenen Teilinstrumente beziehen sich zudem auf Subventionen im Sinne der Antisubventionsverordnung und des Sektorwettbewerbsrechts. Das von der Monopolkommission befürwortete Instrument wäre hingegen bei allen drittstaatlichen Subventionen anwendbar, die als mitgliedstaatliche Maßnahme gegen Art. 107 Abs. 1 AEUV verstoßen würden. Ein derartiges Drittlandsbeihilfeinstrument könnte **auf Art. 103, 109 i. V. m. Art. 352 AEUV gestützt** werden und dürfte mit WTO-Recht vereinbar sein. Denn es würde lediglich dafür sorgen, dass alle Unternehmen bei ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit im EU-Binnenmarkt gleich behandelt werden. Die bislang bestehende Selbstdiskriminierung bei mitgliedstaatlichen Beihilfen würde dadurch abgebaut. Durch die **Möglichkeit einer Anerkennung von Subventionskontrollregimen**, die mit dem EU-Beihilferecht vergleichbar sind, lässt sich die Anwendung des neu vorgeschlagenen Instruments auf die Fälle begrenzen, in denen Unternehmen bei ihrer Wirtschaftstätigkeit durch einen unterschiedlichen Umgang mit Subventionen effektiv benachteiligt werden. Um ein mögliches Konfliktpotenzial zu bereits bestehenden Regelungen zu minimieren, sollte das Instrument allerdings **gegenüber den bestehenden Regelungen des Außenwirtschafts- und EU-Wettbewerbsrechts nachrangig** angewendet werden. Die Monopolkommission befürwortet hierzu die **verfahrensrechtliche Ausgestaltung als Interventionsrecht**. Speziell in **Fällen des Unternehmenserwerbs und bei mitgliedstaatlichen Beschaffungen** sollte für alle Beteiligten zudem eine **Stillhalteverpflichtung** gelten, d. h. das Verfahren sollte bis zur Prüfung der Drittlandsbeihilfe ausgesetzt werden. Dies würde verhindern, dass die Subvention in Fällen des Unternehmenserwerbs an den Veräußerer oder bei Beschaffungen an den Träger der ausschreibenden Stelle fließt und dann diesem mittelbar Begünstigten eine mögliche Ausgleichsabgabe auferlegt werden müsste.

K40. Die **Zuständigkeit** für die Anwendung des Instruments sollte einheitlich **bei der Europäischen Kommission** liegen. Das Verfahren sollte durch eine **Anzeige (Notifizierung) des Erhalts drittstaatlicher Subventionen** durch die betroffenen Unternehmen ausgelöst werden. Die Europäische Kommission hätte dann **zu entscheiden, ob sie ein Prüfungsverfahren eröffnet**. Maßgeblich hierfür wäre die Wahrscheinlichkeit dafür, dass eine Intervention geboten sein kann, um den subventionsbedingten Vorteil zum Schutz des EU-Binnenmarktes abzuschöpfen. In dem Prüfungsverfahren würde die Europäische Kommission untersuchen, ob die Subvention unter Berücksichtigung des Unionsinteresses mit dem EU-Binnenmarkt vereinbar ist. Wenn dies zu verneinen ist, würde die Europäische Kommission die betroffenen **Unternehmen zu einer Ausgleichsabgabe verpflichten**, die an den EU-Haushalt zu zahlen wäre. Alternativ sollte es den betroffenen Unternehmen gestattet werden, den erhaltenen wirtschaftlichen Vorteil an den Drittstaat zurückzuführen. **Bei fehlender Kooperation** könnten **Geldbußen** verhängt werden.

K41. Dem **Informationsdefizit** der EU-Behörden bezüglich drittstaatlicher Subventionen **bei drittstaatlich kontrollierten Unternehmen** (State-Owned Enterprises – SOEs) sollte damit begegnet werden, dass bei Unternehmen mit einer drittstaatlichen Kapitalbeteiligung oberhalb eines bestimmten Schwellenwerts (z. B. 20 %) die Subventionierung vermutet wird. Den Unternehmen sollten im Fall einer Intervention auch besondere **Transparenzpflichten** auferlegt werden können. Wenn Auskünfte auf Anfrage nicht vollständig und zutreffend erteilt werden, sollte die Europäische Kommission allgemein berechtigt sein, **auf vorhandene Tatsachen (facts available)** abzustellen. Dies könnte sich auf die Buchführung, die Gestehungskosten von Waren und Dienstleistungen oder den Umfang bzw. Wert drittstaatlicher Finanzierungsleistungen beziehen.

K42. Die Monopolkommission legt in diesem Hauptgutachten einen **eigenen Regelungsentwurf** vor, in dem sie ihre Überlegungen zu einem Drittlandsbeihilfeinstrument konkretisiert. Das Instrument könnte in eine EU-Verordnung gefasst werden, die sowohl die Wettbewerbsverzerrungen zugunsten drittstaatlich subventionierter Unternehmen als auch die Informationsdefizite bezüglich der Subventionen adressieren würde.

K43. Die Monopolkommission schlägt zudem vor, die **europäischen Fusionskontrollregeln** anzupassen. Dort, wo sich Unternehmen zusammenschließen, die einem potenziellen Wettbewerb von drittstaatlichen Unternehmen ausgesetzt sein können, sollte zukünftig stärker berücksichtigt werden, dass der **Markteintritt** solcher **Unternehmen von politisch-strategischen** und nicht nur von wirtschaftlichen **Erwägungen abhängen** kann. Deshalb sollte eine entsprechende Ergänzung der Kommissionsleitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse geprüft werden.

K44. Neben dem Wettbewerbsschutz im EU-Binnenmarkt (Defensivinstrumente) werden auch Maßnahmen zum Schutz von europäischen Unternehmen im Fall drittstaatlich verursachter Wettbewerbsverzerrungen und zur **Durchsetzung europäischer Wettbewerbsprinzipien im Verhältnis zu Drittstaaten** (Offensivinstrumente) diskutiert. Die Monopolkommission weist darauf hin, dass – gegebenenfalls politisch unterstützte – „Abwehrfusionen“ zum Schutz gegen drittstaatlich subventionierte Unternehmen ähnliche wettbewerbliche Probleme aufwerfen können wie Abwehr- bzw. Exportkartelle oder Defensivbeihilfen (Einsatz von sog. *matching clauses*). Davon abgesehen äußert sich die Monopolkommission zu drei Teilaspekten der Diskussion um Instrumente, die eingesetzt werden können, um das Verhältnis zu Drittstaaten zu regeln: (1) der Einführung eines Internationalen Vergabeinstruments, (2) der EU-Konnektivitätsstrategie und (3) dem angestrebten Investitionsabkommen zwischen der EU und China.

K45. Das seit längerem diskutierte **Internationale Vergabeinstrument** (International Procurement Instrument – IPI) könnte den bestehenden Ungleichheiten im Zugang zu den Beschaffungsmärkten in der EU und in China entgegenwirken. Das IPI soll Preisanpassungsmaßnahmen für die Gebote von Bietern aus Drittstaaten in Fällen ermöglichen, in denen die Drittstaaten zu keinen Verhandlungen über den wechselseitigen Marktzugang bereit sind und selbst EU-Unternehmen bei öffentlichen Beschaffungen benachteiligen. Im Umgang mit dem chinesischen Staatskapitalismus erscheint die **Herstellung wettbewerblicher Chancengleichheit** im EU-Binnenmarkt allerdings **vordringlich**.

K46. Die **EU-Konnektivitätsstrategie** bildet ein Gegenstück zum chinesischen Projekt einer „Neuen Seidenstraße“ im Verhältnis zu Drittstaaten. Die EU-Konnektivitätsstrategie umfasst unter anderem Finanzierungsinstrumente, die für Investitionen in Drittstaaten eingesetzt werden sollen und die zum Ausgleich von Finanzierungslücken bei Investitionen im gemeinsamen Interesse, aber auch zum Ausgleich von wettbewerbsverzerrenden chinesischen Finanzmaßnahmen dienen können. Die EU sollte darauf achten, sich im Rahmen der EU-Konnektivitätsstrategie auf die **Verfolgung gemeinsamer Interessen mit den betreffenden Drittstaaten** zu konzentrieren. Die Verfolgung des einseitigen Interesses an einer Förderung europäischer Unternehmen könnte die Entwicklung der Märkte in den betreffenden Drittstaaten und damit auch ihre Heranführung an den EU-Binnenmarkt behindern.

K47. Schließlich wäre wünschenswert, dass ein mögliches **Abkommen zu den Wirtschaftsbeziehungen zwischen der EU und China insbesondere staatliche Subventionen abdeckt**. Dies sollte nicht auf den Investitionsbereich beschränkt werden, sondern auch Waren und Dienstleistungen allgemein umfassen. Bei Verhandlungen zum Investitionsschutz muss vermieden werden, dass mögliche Anpassungen des europäischen Rechtsrahmens infolge eines etwaigen Abkommens mit investitionsschutzrechtlichen Standards kollidieren. Umgekehrt ist eine effektive Durchsetzung sicherzustellen.