

Wettbewerb 2022

XXIV. Hauptgutachten

Kurzfassung

Gutachten der Monopolkommission
gemäß § 44 Abs. 1 Satz 1 GWB

Kapitel I

Stand und Entwicklung der Unternehmenskonzentration in Deutschland

K1. Gemäß § 44 Abs. 1 Satz 1 GWB hat die Monopolkommission den gesetzlichen Auftrag, den Stand und die Entwicklung der Unternehmenskonzentration in der Bundesrepublik Deutschland zu beurteilen. Diesen Auftrag erfüllt die Monopolkommission, indem sie zum einen die gesamtwirtschaftliche, d. h. **aggregierte Unternehmenskonzentration** und zum anderen die Entwicklung der **Unternehmenskonzentration in den Wirtschaftsbereichen** ermittelt. Darüber hinaus werden auch **unternehmensspezifische Preisaufschläge**, die als Indikator für Marktmacht dienen können, berechnet und zur Einschätzung der wettbewerblichen Entwicklung im verarbeitenden Gewerbe sowie im Dienstleistungsbereich verwendet.

K2. Zur Beurteilung der aggregierten Unternehmenskonzentration ermittelt die Monopolkommission regelmäßig die einhundert größten Unternehmen in Deutschland und deren Anteil an der gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfung. Im Berichtszeitraum ist **dieser Anteil um etwa fünf Prozent gesunken** und beträgt im Berichtsjahr 2020 14 Prozent. Damit setzt sich der zu beobachtende rückläufige Trend seit Beginn der Berichterstattung fort. Als weiteren Indikator ermittelt die Monopolkommission **die personellen Verflechtungen und die Kapitalverflechtungen zwischen den „100 Größten“**. Aus dem Kreis der „100 Größten“ halten neun Unternehmen Anteile an 26 Unternehmen aus diesem Kreis, die 1 Prozent übersteigen. Die Gesamtzahl an Kapitalbeteiligungen der „100 Größten“ untereinander liegt im Berichtsjahr 2020 bei 42. Das sind 11 Beteiligungsfälle weniger als im Berichtsjahr 2018, aber lediglich 2 Beteiligungsfälle weniger als im Berichtsjahr 2016. Die Entwicklung der personellen Verflechtungen wird anhand der Verflechtungen über Mitglieder der Geschäftsführung, d. h. der Fälle, in denen Geschäftsführungsmitglieder eines Unternehmens in Kontrollgremien anderer Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ vertreten waren, und Verflechtungen über Personen ohne Geschäftsführungsmandat, die Mandate in Kontrollgremien mehrerer Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ hielten, beurteilt. Im Berichtsjahr 2020 befinden sich beide Werte auf dem niedrigsten Stand seit Beginn der Berichterstattung. Die Anzahl an Verflechtungen über Geschäftsführungsmitglieder betrug 32 (Berichtsjahr 2018: 42) und die Anzahl an Verflechtungen über Personen ohne Geschäftsführungsmandat 71 (Berichtsjahr 2018: 88).

K3. Der **gesamtwirtschaftliche Trend der Unternehmenskonzentration** nach Wirtschaftsbereichen in Deutschland verläuft **weiterhin flach** und bleibt auf einem **niedrigen Niveau**. Auch die durchschnittliche **Entwicklung von ökonomischen Preisaufschlägen verläuft moderat** und deutet nicht auf eine allgemein wachsende Marktmacht hin. Zwischen 2008 und 2017 ist der durchschnittliche Preisaufschlag **im verarbeitenden Gewerbe um 1,8 Prozent angestiegen**, im Dienstleistungsbereich sogar um 6 Prozent gesunken. Es bestehen jedoch deutliche Unterschiede zwischen einzelnen Wirtschaftsbereichen. So hat die Unternehmenskonzentration entgegen dem sinkenden Durchschnittstrend im Dienstleistungsbereich in einzelnen Branchen des Sektors, die ohnehin hoch konzentriert sind, zwischen 2009 und 2019 um bis zu 60 Prozent zugenommen. Zu den derart stark konzentrierten Wirtschaftszweigen zählen auch die regulierten Bereiche drahtlose Telekommunikation, Post und Schienenpersonenfernverkehr. Bei der Entwicklung von Preisaufschlägen weist der Bereich **Kokerei und Mineralölverarbeitung den höchsten Anstieg** im Zeitraum 2008 bis 2017 auf (21 Prozent). Hohe Preisaufschläge gehen vor allem in Dienstleistungsbranchen auch mit hohen Investitionen in die produktivitätssteigernde Digitalisierung einher. Im verarbeitenden Gewerbe ist zwar ein Zusammenhang zwischen Digitalisierungsinvestitionen und Preisaufschlägen zu beobachten, nicht jedoch mit begleitenden Produktivitätssteigerungen. Die **digitale Transformation** scheint daher im **Dienstleistungsbereich von Wettbewerb** begleitet, im **verarbeitenden Gewerbe** jedoch von einer **Marktmachtzunahme**. Vor dem Hintergrund steigender Rohstoffpreise im Zuge der russischen Invasion der Ukraine besteht insbesondere in energieintensiven Industrien das Risiko von Auswirkungen auf den Wettbewerb.

K4. Insgesamt **sieht die Monopolkommission** für die Unternehmenskonzentration in Deutschland **weiterhin keinen besorgniserregenden Trend** und damit keinen unmittelbaren wettbewerbspolitischen Handlungsbedarf. Allerdings sind die steigende Unternehmenskonzentration in hoch konzentrierten Dienstleistungsbranchen, die steigenden Preisaufschläge von Großunternehmen und in konzentrierten Wirtschaftsbereichen sowie der hohe Verflechtungsgrad von Unternehmen über Beteiligungen institutioneller Anteilseigner weiterhin zu beobachten.

Kapitel II

Würdigung der kartellrechtlichen Entscheidungspraxis

K5. In Kapitel II entwickelt die Monopolkommission auf der Grundlage der deutschen und europäischen kartellrechtlichen Entscheidungspraxis im Berichtszeitraum Handlungsempfehlungen an Gesetzgeber und Kartellbehörden.

K6. Die Europäische Kommission sollte darauf verzichten, solche **Verweisungen von Zusammenschlussvorhaben** seitens der Mitgliedstaaten zu fördern und anzunehmen, die nicht der nationalen Anmeldepflicht unterliegen. Die Monopolkommission empfiehlt stattdessen eine **Ausweitung des Anwendungsbereichs der deutschen Transaktionswertschwelle**, indem das Erfordernis einer Inlandstätigkeit gestrichen oder jedenfalls zunächst dergestalt angepasst wird, dass auch eine **voraussichtliche künftige Inlandstätigkeit des zu erwerbenden Unternehmens** eine Anmeldepflicht auslösen kann. Dies erscheint entsprechend für die österreichische Transaktionswertschwelle ebenso sinnvoll wie die **Einführung einer Transaktionswertschwelle auf Unionsebene und in den übrigen Mitgliedstaaten**.

K7. Es gibt gute Gründe für die Annahme, dass das Bundeskartellamt eine **bestehende Kooperation mit lediglich regionalen Wirkungen im Fusionskontrollverfahren** bereits nach geltendem Recht auf ihre **Vereinbarkeit mit dem Kartellverbot** beurteilen kann. Zur Erhöhung der Rechtssicherheit sollte das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) dennoch um eine entsprechende **Annexkompetenz für das Bundeskartellamt** ergänzt werden.

K8. Durch die Feststellungen des Europäischen Gerichts und des Oberlandesgerichts Düsseldorf zur Anwendung des SIEC-Tests auf Basis unilateraler Effekte ist **noch keine abschließende Rechtssicherheit** geschaffen worden. Die letztinstanzlichen Entscheidungen in den jeweiligen Fällen stehen noch aus. Es bleibt abzuwarten, ob die obersten Gerichte die hohen Anforderungen an den Nachweis einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs bestätigen. **Nach den letztinstanzlichen Entscheidungen sollte beobachtet werden**, wie sich diese auf die Fusionskontrollpraxis auswirken.

K9. Vertriebsvereinbarungen zwischen Herstellern und Händlern dienen in der Regel dazu, die Servicequalität von Vertriebsnetzwerken zu sichern oder zu fördern. In Einzelfällen können Doppelpreissysteme oder Anforderungen an die Servicequalität auch zur **Verhinderung der wirksamen Nutzung des Internets zum Verkauf** eingesetzt werden. Hiervon sollte jedoch **nur dann** ausgegangen werden, **wenn die ernsthafte Gefahr besteht, dass Verbraucherinnen und Verbraucher Produkte online nur zu Konditionen erwerben können, die wesentlich schlechter als jene im stationären Handel sind**.

K10. Werden Unternehmen, die in Kartellverfahren als **Kronzeugen** auftreten, **vor privaten Schadensersatzansprüchen geschützt, kann dies die Stabilität von Kartellen schwächen**. Bei einer entsprechenden **Gesetzesänderung** sollte der Schutz der Geschädigten und ihrer Ansprüche sichergestellt bleiben. Haftet der Kronzeuge gegenüber Kartellgeschädigten ausschließlich nachrangig, bleibt dies dennoch gewährleistet.

K11. Soweit beim **Glasfaserausbau** künftig verstärkt Kooperationen eingegangen werden und dazu auf das **neue Verfahren nach den §§ 18, 19 Telekommunikationsgesetz (TKG)** zurückgegriffen wird, ist seitens der Regulierungs- und Wettbewerbsbehörden darauf zu achten, ihre **Entscheidungen eng miteinander abzustimmen**, um Wertungswidersprüche zu vermeiden. Da entsprechende Abstimmungspflichten noch nicht hinreichend gesetzlich genannt sind, sollten die **bestehenden Regelungen im TKG (klarstellend) ergänzt werden**.

Kapitel III

Ausblick auf die 11. GWB-Novelle

K13. Das BMWK hat in seiner Wettbewerbspolitischen Agenda bis 2025 **zehn Punkte für nachhaltigen Wettbewerb** als Grundpfeiler der sozial-ökologischen Marktwirtschaft benannt. Die Monopolkommission setzt sich mit einzelnen Punkten der Agenda in mehreren Kapiteln dieses Hauptgutachtens auseinander und fasst ihre Positionen dazu in Kapitel III zusammen.

K14. Zu den weiteren vom BMWK im Juni 2022 veröffentlichten Überlegungen legt die Monopolkommission dar, dass sie zur Frage einer **missbrauchsunabhängigen Entflechtung** grundsätzlich an ihrer im Sondergutachten 58 entwickelten Position festhält und ein solches Instrument als **äußerstes Mittel (Ultima Ratio)** weiterhin für **empfehlenswert** hält. Ein missbrauchsunabhängiges Entflechtungsinstrument sollte **nur in über lange Zeit verfestigten Sektoren** Anwendung finden. In Anbetracht des Vorrangs spezieller Regulierungsmaßnahmen sollte **auf den digitalen Märkten** zunächst die **Anwendungspraxis** zu den dafür geschaffenen Neuregelungen (Digital Markets Act, § 19a GWB) und die weitere Praxis zu Art. 102 AEUV **abgewartet werden**.

K15. Zur Identifizierung von Anwendungsfällen für das missbrauchsunabhängige Entflechtungsinstrument sollten vom **Bundeskartellamt Sektoruntersuchungen** durchgeführt werden. Das **Instrument** der Sektoruntersuchungen ist insgesamt **weiterzuentwickeln**. Zur Ausgestaltung macht die Monopolkommission **konkrete Vorschläge auf Basis des Instrumentariums im britischen Recht**. Insbesondere sollten die **Verfahrensabläufe transparenter** gestaltet werden und **Fristen eingeführt** werden, die **Beteiligung** von und der **Rechtsschutz für Unternehmen genauer geregelt** und **Einleitungsinitiativen auf eine breitere Basis** (Verbraucherschutzverbände oder Monopolkommission als Initiatoren) gestellt werden. Eine **Neuregelung zur Vorteilsabschöpfung** erscheint dagegen **entbehrlich**, wenn relevante Vorteile schon über Bußen und Schadensersatz effektiv abgeschöpft werden.

Kapitel IV

Nachhaltigkeit und Wettbewerb

K17. Mit dem European Green Deal hat die Europäische Kommission die Transformation zu einer modernen, ressourceneffizienten und wettbewerbsfähigen Wirtschaft angestoßen. Das Kernziel des Green Deals besteht darin, die Wirtschaft der Europäischen Union bis 2050 klimaneutral zu machen. Alle Politikbereiche sollen daraufhin überprüft werden, welchen Beitrag sie dazu leisten können. Somit befasst sich auch die Wettbewerbspolitik damit, **wie Klimaschutz und andere Nachhaltigkeitsziele im Kartellrecht besser berücksichtigt werden können.**

K18. Hierzu hat die Europäische Kommission im März 2022 einen Entwurf der Horizontalleitlinien zu Art. 101 AEUV vorgelegt, in dem sie darlegt, wie Wettbewerbsschutz und Nachhaltigkeitsaspekte abgewogen werden können. Der Entwurf dient als guter Ausgangspunkt für die Diskussion über die kartellrechtliche Berücksichtigung von Nachhaltigkeitszielen. Bislang fehlt es jedoch weitgehend an relevanter Fallpraxis. Um die vielfältigen Nachhaltigkeitsziele im Kartellrecht zu operationalisieren, erscheint eine **Eingrenzung des Begriffs zunächst entlang der beiden ökologischen Dimensionen Klima- und Umweltschutz sinnvoll**, da Klima- und Umweltziele bereits heute klarer definiert sind als andere Nachhaltigkeitsziele. Wenn hinreichende Erfahrungen mit der quantitativen Bewertung der ökologischen Ziele bestehen, sollte die Betrachtung auch auf die anderen Nachhaltigkeitsziele ausgeweitet werden.

K19. In vielen Fällen wird es keinen Zielkonflikt zwischen dem Schutz des Wettbewerbs und dem Erreichen von Nachhaltigkeitszielen geben. Verbraucherinnen und Verbraucher präferieren in einem zunehmenden Maße nachhaltige oder nachhaltig produzierte Produkte. Im Wettbewerb konkurrieren die Unternehmen dann darum, innovative und zugleich nachhaltige Produkte und Technologien in die Märkte einzuführen. Daneben kann es Konstellationen geben, in denen es einem Unternehmen nicht möglich ist, allein ein nachhaltiges oder nachhaltig produziertes Produkt einzuführen. Können beispielsweise Verbraucherinnen und Verbraucher den Beitrag eines Produktes zur Nachhaltigkeit nicht genau einschätzen, könnten Unternehmen Schwierigkeiten haben, nachhaltige Produkte und Technologien die über gesetzliche Mindeststandards hinausgehen, alleine am Markt durchzusetzen.

K20. Die mit solchen Kooperationen verbundenen Wettbewerbseinschränkungen müssen sich auch am Kartellrecht messen lassen. **Eine generelle Ausnahme von Nachhaltigkeitsinitiativen vom Kartellrecht ist nicht zu empfehlen.** In vielen Fällen kann eine **Abwägung von Wettbewerbsschutz und Nachhaltigkeitszielen im Rahmen der ökonomischen Effizienzen** erfolgen. In der Literatur werden dabei Ansätze diskutiert, wie Externalitäten, vor allem im Bereich des Klimaschutzes, in der Effizienzabwägung Berücksichtigung finden können.

K21. Bislang wird die Debatte, welchen Beitrag die Wettbewerbspolitik leisten kann, nachhaltige Produkte und Produktionsverfahren zu ermöglichen, überwiegend im Kontext der kartellrechtlichen Beurteilung von Kooperationen geführt. In der Kartellrechtspraxis sind Unternehmenszusammenschlüssen, deren Notwendigkeit mit dem Erreichen von Nachhaltigkeitszielen begründet wird, noch die Ausnahme. Eine Möglichkeit, **Nachhaltigkeitsaspekte bei der fusionskontrollrechtlichen Prüfung von Zusammenschlüssen zu berücksichtigen, ist auch hier, dies im Rahmen der Effizienzabwägung** zu tun. Anders als im europäischen Wettbewerbsrecht ist die Abwägung von Effizienzvorteilen mit Wettbewerbsnachteilen im deutschen Recht nicht ausdrücklich vorgesehen. Sollten zukünftig Nachhaltigkeitsaspekte vermehrt auch im Rahmen der Prüfung von Zusammenschlussvorhaben vorgebracht werden, sollte zur Erhöhung der Rechtssicherheit der Effizienzeinwand, nach dem Vorbild des Erwägungsgrunds 29 der europäischen Fusionskontrollverordnung, ausdrücklich im GWB verankert werden. Dadurch wäre gewährleistet, dass **Effizienzvorteile im Bereich der Nachhaltigkeit innerhalb der deutschen Fusionskontrolle systematisch und einheitlich geprüft werden.** Gegenwärtig sieht die Monopolkommission für eine solche Gesetzesanpassung jedoch noch keinen Anlass.

K22. Die Wettbewerbspolitik kann somit auch einen Beitrag dazu leisten, die Transformation zu einer klimaneutralen europäischen Wirtschaft voranzubringen. Ein größerer Beitrag wird jedoch sicher durch Instrumente außerhalb der Wettbewerbspolitik zu leisten sein, z. B. durch Regulierung und gesetzgeberische Vorgaben von Mindeststandards.

Kapitel V

Weiterer Regelungsbedarf mit Blick auf die Problematik unangreifbarer digitaler Ökosysteme?

K23. Mit dem Gesetz über digitale Märkte (Digital Markets Act – DMA) unterwirft die EU die Betreiber großer Plattformen und von digitalen Ökosystemen einer neuartigen Regulierung. Insofern hat sie sich an die Spitze einer weltweiten Entwicklung gesetzt. Der DMA erfüllt als Hybrid zwischen herkömmlichem Wettbewerbsrecht und einem Regulierungsinstrument eine **Filterfunktion**, indem er ein weitgehend ohne behördliche Intervention im Einzelfall auskommendes Regelwerk bereitstellt.

K24. Der deutsche Gesetzgeber kann die Durchsetzung des DMA insbesondere mit Regelungen zur vereinfachten **Durchsetzung privater Unterlassungs- und Schadenersatzklagen** unterstützen. Als **flankierende** Maßnahme könnte er **behördliche Anordnungen** ermöglichen, wonach Gatekeeper die Gewinne aus DMA-Verstößen den geschädigten Marktteilnehmern – gegebenenfalls pauschaliert – erstatten müssen. Daneben sollte die Einführung einer **bußgeld- oder strafrechtlichen Haftung des verantwortlichen Managements** geprüft werden.

K25. In verfahrensmäßiger Hinsicht sieht der DMA eine **Zuständigkeitskonzentration bei der Europäischen Kommission** vor. Insoweit ist er mit der nationalen Wettbewerbsaufsicht in den digitalen Märkten zu verzahnen. Wenn der deutsche Gesetzgeber das Bundeskartellamt zu Vorermittlungen wegen Verstößen gegen die Verhaltenspflichten des DMA ermächtigt und diese Befugnis genutzt wird, ist der öffentliche Eindruck zu vermeiden, dass die betroffenen Unternehmen bereits eines solchen Verstoßes beschuldigt werden. Die Durchführung förmlicher Ermittlungen nach dem DMA und deren Bekanntgabe ist allein Aufgabe der Europäischen Kommission. Allerdings wird auch die **deutsche Missbrauchskontrolle einen eigenen Anwendungsbereich** neben dem DMA behalten. Die Monopolkommission empfiehlt, die Ermächtigung des Bundeskartellamts in § 19a GWB bei marktübergreifenden Wettbewerbsproblemen und einstweilige Maßnahmen bei unmittelbar drohenden Wettbewerbsgefährdungen auf Einzelmärkten einzusetzen. Zugleich sollte das Bundeskartellamt in den betreffenden Fällen prüfen, ob die Problemstellung über einzelne Fälle hinaus auftreten kann und deshalb Maßnahmen nach Art. 12, 16 und 19 DMA getroffen werden sollten. In diesem Fall sollte die Europäische Kommission nach Art. 38 DMA über das ECN entsprechend informiert werden.

K26. Die neuen Spezialregelungen zu den digitalen Märkten und insbesondere der DMA dürften in ihrer Gesamtheit nichts daran ändern, dass auch die herkömmliche europäische **Missbrauchskontrolle nach Art. 102 AEUV notwendig** bleibt. Diese greift – gegebenenfalls parallel zum deutschen Recht – in Fällen ein, in denen Gatekeeper über eine beherrschende Stellung auf Einzelmärkten verfügen und ein EU-Binnenmarktbezug besteht. Relevant bleibt sie etwa, wenn die betreffenden Gatekeeper sich missbräuchlich verhalten, ohne dass sich das Verhalten auf einen benannten „zentralen Plattformdienst“ bezieht und/oder als Umgehung der Verhaltensvorgaben des DMA anzusehen ist. Hier wären auch auf EU-Ebene einstweilige Maßnahmen wünschenswert. Die herkömmliche Missbrauchskontrolle nach Art. 102 AEUV dürfte aber auch dann relevant bleiben, wenn die Nichteinhaltung von Vorgaben des DMA zugleich einen Verstoß gegen Art. 102 AEUV darstellt und wenn eine schwerwiegende Schädigung der Marktstruktur im EU-Binnenmarkt festzustellen ist oder droht.

K27. In Fällen **fortdauernder Auswirkungen** von Missbräuchen auf die Wettbewerbsverhältnisse bleiben die Wettbewerbsbehörden nach dem Europäischen Gerichtshof nämlich zuständig, zur **Beseitigung oder Neutralisierung** dieser Auswirkungen tätig zu werden. Die Monopolkommission verwendet eine Klage der FTC gegen Facebook wegen der Übernahme von WhatsApp als hypothetisches Beispiel, um die Reichweite der vorhandenen behördlichen Befugnisse aufzuzeigen. Diese sind bisher auf den digitalen Märkten noch nicht voll ausgeschöpft worden. Deshalb sollte zunächst die weitere Anwendungspraxis abgewartet werden. Unter diesen Umständen besteht zurzeit für ein **missbrauchsunabhängiges Entflechtungsinstrument auf EU-Ebene kein Bedarf**.

Kapitel VI

„Markenmissbrauch“ bei der Internetsuche

K28. Die Monopolkommission nimmt von sich aus zur Problematik des Markenmissbrauchs bei der Internetsuche („*trademark search abuse*“) Stellung, nachdem der Bundestag die Bundesregierung aufgefordert hat, sie mit einer Stellungnahme zu diesem Thema zu beauftragen. Bei der suchgebundenen Werbung ist zwischen etwaigen **Missbräuchen des Plattformbetreibers und (marken- bzw. lauterkeitsrechtlichen) Wettbewerbskonflikten zwischen den Plattformnutzern**, wenn diese Werbung schalten, **zu unterscheiden**. Die Problematik des „Markenmissbrauchs“ bei der Internetsuche kann beispielsweise dann relevant werden, wenn mehrere Hotel- oder Flugbuchungsportale um die Aufmerksamkeit der Endnutzerinnen und Endnutzer konkurrieren. In diesem Fall kann ein Portalbetreiber als Inserent Schlüsselwörter benennen, die der Marke eines anderen Portalbetreibers derart ähnlich sind, dass der Werbende damit rechnen muss, dass der in diesem Fall relevante Suchalgorithmus eine Verbindung zu der Marke herstellt. Das kann der Inserent dann nutzen, um eine Gewichtung als relevant für sein eigenes Portal auch in solchen Fällen zu erreichen, in denen die Suchanfrage sich eigentlich auf das Konkurrenzportal bezieht.

K29. Der zwischenzeitlich in Kraft getretene **§ 19a GWB bezieht sich auf Missbräuche eines Plattformbetreibers** und dürfte somit nur dann auf die fraglichen Praktiken anwendbar sein, wenn der Plattformbetreiber selbst im wettbewerblichen Zusammenhang in irgendeiner Weise profitiert. Im Verhältnis **zwischen den Plattformnutzern** ist hingegen die **Freiheit**, bei der Suchmaschinenwerbung **auf Markennamen** eines Herstellers (bzw. Anbieters) **zu bieten**, im Rahmen des markenrechtlich Zulässigen nach Art. 101 AEUV geschützt. Der deutsche Gesetzgeber hat nach jetzigem Stand zu Recht auf weitergehende Regelungen verzichtet.
