

Wettbewerb 2022

XXIV. Hauptgutachten

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

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	1
Kapitel I.....	5
Stand und Entwicklung der Unternehmenskonzentration in Deutschland.....	5
Kurz gefasst	6
Summary	7
1 Stand und Entwicklung der aggregierten Unternehmenskonzentration in Deutschland	8
1.1 Erfassung der aggregierten Unternehmenskonzentration	8
1.1.1 Die gesellschaftliche Bedeutung von Großunternehmen.....	8
1.1.2 Ermittlung der größten Unternehmen anhand der inländischen Wertschöpfung.....	10
1.1.3 Schätzung der inländischen Wertschöpfung bei unzureichender Datenlage.....	11
1.1.4 Aufbau der Berichterstattung zur aggregierten Unternehmenskonzentration	13
1.2 Die 100 größten Unternehmen in Deutschland	13
1.2.1 Zusammensetzung des Kreises der 100 größten Unternehmen	13
1.2.2 Die gesamtwirtschaftliche Bedeutung der „100 Größten“	19
1.3 Anteilseigner und Kapitalverflechtungen der „100 Größten“	24
1.4 Personelle Verflechtungen der „100 Größten“	30
1.5 Beteiligung der „100 Größten“ an Unternehmenszusammenschlüssen	35
1.6 Die nach inländischem Geschäftsvolumen größten Unternehmen einer Branche.....	38
2 Sektorübergreifende Marktmachtentwicklung.....	51
2.1 Unternehmenskonzentration.....	53
2.1.1 Methodik.....	53
2.1.2 Unternehmenskonzentration bleibt unverändert.....	55
2.2 Preisaufschläge	58
2.2.1 Methodik.....	59
2.2.2 Daten.....	60
2.2.3 Gegenläufige Trends der Preisaufschläge im verarbeitenden Gewerbe und im Dienstleistungssektor	63
2.2.4 Unternehmensinterne Preisaufschlagsveränderungen treiben Sektortrends.....	64
2.2.5 Kein überproportionaler Anstieg am oberen Verteilungsrand	66
2.2.6 Höheres Niveau und steilerer Anstieg der Preisaufschläge bei Großunternehmen.....	67
2.2.7 Preisaufschläge steigen in konzentrierten Wirtschaftsbereichen	68
2.2.8 Stärkster Anstieg der Preisaufschläge im Bereich Kokerei und Mineralölverarbeitung	69
2.2.9 Robustheit der Ergebnisse	70
2.2.9.1 Variation der Modellannahmen	71
2.2.9.2 Bedeutung der Datenbasis.....	73
2.3 Determinanten von Preisaufschlägen.....	75
2.3.1 Digitalisierung und Preisaufschläge	75
2.3.1.1 Höhere Preisaufschläge in digitalisierten Bereichen des verarbeitenden Gewerbes	78

2.3.1.2	Hohe Preisaufschläge sind nicht allein durch Investitionen und Produktivität zu erklären.....	80
2.3.2	Indirekte Horizontalverflechtungen und Preisaufschläge.....	81
2.3.2.1	Nahezu 80 Prozent der Wirtschaftsbereiche in Europa von indirekten Horizontalverflechtungen betroffen	83
2.3.2.2	Korrelation von Preisaufschlägen und indirekten Horizontalverflechtungen nicht eindeutig.....	84
2.4	Auswirkungen von Preisaufschlägen auf die Produktivität.....	87
2.4.1	Produktivitätsentwicklung in Deutschland	87
2.4.2	Zusammenhang zwischen Wettbewerb und Produktivität	89
2.4.2.1	Direkte Effekte auf Unternehmensebene.....	89
2.4.2.2	Indirekte Innovationseffekte auf Unternehmensebene	90
2.4.2.3	Produktivitätseffekte auf aggregierter Ebene	91
2.4.3	Positive Auswirkungen auf Produktivität bei Dienstleistungen, aber auch negative im verarbeitenden Gewerbe	92
2.5	Marktstrukturelle Auswirkungen des Russland-Ukraine-Krieges	94
2.6	Zusammenfassung.....	97
Kapitel II.....		99
Würdigung der kartellrechtlichen Entscheidungspraxis.....		99
Kurz gefasst		100
Summary		101
1	Allgemeine Entwicklungen im Berichtszeitraum.....	102
1.1	Überblick über die legislativen Entwicklungen	102
1.1.1	Verabschiedung der 10. GWB-Novelle	102
1.1.2	Leitlinien des Bundeskartellamts zur Vereinbarkeit des Genossenschaftswesens mit dem Kartellrecht.....	104
1.1.3	Einigung auf den Digital Markets Act im Trilogverfahren im März 2022	104
1.1.4	Überarbeitung der Vertikal-GVO und der Vertikal-Leitlinien.....	106
1.1.5	Überarbeitung der Horizontal-GVOen und der Horizontal-Leitlinien	108
1.1.6	Überarbeitung der Bekanntmachung der Europäischen Kommission über die Marktabgrenzung	109
1.1.7	Erarbeitung von Leitlinien zu Tarifverträgen über die Arbeitsbedingungen von Solo-Selbstständigen.....	110
1.1.8	Vereinfachung von EU-Fusionskontrollverfahren.....	112
1.2	Überblick über die kartellrechtliche Entscheidungspraxis	112
1.2.1	Fusionskontrolle.....	112
1.2.1.1	Deutsche Fusionskontrolle	112
1.2.1.2	Europäische Fusionskontrolle	119
1.2.2	Missbrauchsaufsicht	122
1.2.3	Horizontale und vertikale Beschränkungen.....	128
1.2.4	Kartellschadensersatz	132
2	Spezifische Probleme der Kartellrechtsanwendung	134
2.1	Verweisung der Prüfung von Zusammenschlussvorhaben an die Europäische Kommission trotz fehlender nationaler Anmeldepflicht	134

2.1.1	Überblick über die Rechtslage zu Verweisungen und die Anwendungspraxis der Europäischen Kommission	134
2.1.2	Neue Anwendungspraxis der Europäischen Kommission kritikwürdig	137
2.1.3	Anpassung der deutschen Transaktionswertschwelle vorzugswürdig	139
2.1.4	Auf Verweisungen nicht anmeldepflichtiger Zusammenschlussvorhaben verzichten, Anwendungsbereich der deutschen Transaktionswertschwelle erweitern und Transaktionswertschwelle auf Unionsebene sowie in den übrigen Mitgliedstaaten einführen....	142
2.2	Zuständigkeit für die kartellrechtliche Beurteilung von regionalen Kooperationen im Rahmen der fusionskontrollrechtlichen Prüfung von Zusammenschlussvorhaben	142
2.2.1	Überblick über die Rechtslage zur kartellbehördlichen Zuständigkeitsverteilung und die Anwendungspraxis des Bundeskartellamtes	143
2.2.2	Zuständigkeit des Bundeskartellamtes für die kartellrechtliche Prüfung regionaler Kooperationen im Fusionskontrollverfahren bereits nach aktuellem Recht begründbar	144
2.2.3	Zuständigkeit des Bundeskartellamtes für die kartellrechtliche Prüfung regionaler Kooperationen im Fusionskontrollverfahren gesetzlich regeln	146
2.3	SIEC-Test im Fokus der Rechtsprechung	146
2.3.1	EuG formuliert hohe Anforderungen an das Beweismaß und die Erheblichkeitsschwelle.....	148
2.3.2	EuG spezifiziert Anforderungen an wichtige Wettbewerbskraft.....	150
2.3.3	EuG und OLG Düsseldorf spezifizieren Näheverhältnis zwischen Wettbewerbern	150
2.3.4	Auswirkungen der gerichtlichen Anforderungen auf die Fusionskontrollpraxis zunächst beobachten	152
2.4	Grenzen für Vorgaben der Hersteller zur Gestaltung des Onlinevertriebs.....	152
2.4.1	Ambivalente Wirkung der Ungleichbehandlung des Onlinehandels bei Qualitätsvorgaben	153
2.4.2	Ambivalente Wirkung der Ungleichbehandlung des Onlinehandels bei Großhandelspreisen.....	156
2.4.3	Wettbewerbsrechtliche Eingriffe nur bei erheblicher Einschränkung des Onlinevertriebs.....	158
2.4.4	Wettbewerbsrechtliche Eingriffe bei Vereinbarungen zum Onlinevertrieb nur bei wesentlichen Nachteilen für Verbraucherinnen und Verbraucher	159
2.5	Reformbedarf bei der zivilrechtlichen Privilegierung von Kronzeugen	160
2.5.1	Überblick über die Rechtslage zur Kronzeugenregelung	160
2.5.2	Instrumente zur Aufdeckung von Kartellen und Unerlässlichkeit der Kronzeugenregelung	161
2.5.3	Entwicklung der Zahl der Kronzeugenanträge	163
2.5.4	Mögliche Ursachen für eine rückläufige Anzahl von Kronzeugenanträgen	164
2.5.5	Attraktivität von Kronzeugenanträgen durch weitergehende Haftungsbefreiung steigern.....	166
2.5.6	Vorschlag für eine Regelung zur weitergehenden Befreiung des Kronzeugen von Schadensersatzforderungen	169
2.5.7	Weitestgehende zivilrechtliche Privilegierung von Kronzeugen zur Effektivierung der Kronzeugenregelung.....	172
2.6	Bewertung von Kooperationen zum Netzausbau im Regulierungs- und Kartellrecht nach der TKG-Novelle 2021	173
2.6.1	Die Entscheidungen in dem Fall Glasfaser Nordwest und Novellierung des TKG 2021	173
2.6.2	Materiell-rechtliches Verhältnis von Regulierungs- und allgemeinem Wettbewerbsrecht	174
2.6.2.1	Grundsätzlicher Vorrang von ausdifferenzierten Regelungen des Regulierungsrechts	174
2.6.2.2	Kooperationsfreigaben der Bundesnetzagentur als vorgelagerte Regulierungsentscheidungen zwingend zu berücksichtigen	177
2.6.3	Zusammenarbeit von Regulierungs- und Wettbewerbsbehörden durch Ausbau von Verfahrensbeteiligung verbessern	181

3	Quantitative Analysen im Berichtszeitraum	182
3.1	Anwendung quantitativer Methoden durch das Bundeskartellamt	182
3.2	Anwendung quantitativer Methoden im Vereinigten Königreich	186
3.3	Anwendung quantitativer Methoden durch die Europäische Kommission	188
3.4	Anwendung quantitativer Methoden des Bundeskartellamtes weiter ausbauen	191
	Kapitel III.....	192
	Ausblick auf die 11. GWB-Novelle	192
	Kurz gefasst	193
	Summary	194
1	Wettbewerbspolitische Agenda des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz bis 2025	195
2	Überlegungen zu einer vorgezogenen GWB-Novelle	196
2.1	Missbrauchsunabhängige Entflechtung als äußerstes Mittel (weiter) empfehlenswert; Anwendung nur in über lange Zeit verfestigten Sektoren	197
2.2	Sektoruntersuchungen: Verfahrensabläufe transparenter gestalten, Beteiligung von Unternehmen genauer regeln und Einleitungsinitiativen auf breitere Basis stellen.....	199
2.3	Neuregelung zur Vorteilsabschöpfung entbehrlich, wenn relevante Vorteile über Bußen und Schadenersatz effektiv abgeschöpft werden	203
	Kapitel IV	205
	Nachhaltigkeit und Wettbewerb.....	205
	Kurz gefasst	206
	Summary	207
1	Einleitung	208
2	Fokussierung auf Klima- und Umweltziele	209
3	Würdigung von Nachhaltigkeit im Rahmen des Kartellrechts	210
3.1	Generelle Ausnahmen für Nachhaltigkeitsinitiativen vom Kartellrecht nicht zu empfehlen.....	212
3.2	Nachhaltigkeit sollte im Rahmen der Effizienzvorteile gewürdigt werden	214
3.2.1	Ermittlung der Verbraucherwohlfahrt im Rahmen der Nachhaltigkeit für Kartellbehörden herausfordernd	218
3.2.2	Erfassung von Gemeinwohlvorteilen führt zu Verteilungsfragen	220
3.3	Zwischenfazit	222
4	Mit zunehmender Fallpraxis ist die Einführung des Effizienzeinwands für Nachhaltigkeit bei Fusionskontrollverfahren im GWB in Erwägung zu ziehen.....	222

5	Mehr wissenschaftliche Expertise zur Bewertung von Nachhaltigkeit im Kartellrecht möglich	226
6	Zusammenfassungen der Einschätzungen und Empfehlungen	227
Kapitel V		228
Weiterer Regelungsbedarf mit Blick auf die Problematik unangreifbarer digitaler Ökosysteme?		228
Kurz gefasst		229
Summary		230
1	Einführung	231
2	Zur Filterfunktion des DMA.....	232
3	Nationale Ergänzungen zur Unterstützung der effektiven Durchsetzung des DMA	233
3.1	Vereinfachung privater Unterlassungs- und Schadenersatzklagen.....	233
3.2	Rückerstattung und/oder Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils	235
3.3	Empfehlung der Einführung einer Individualhaftung	236
4	Verzahnung von DMA und nationaler Wettbewerbsaufsicht in den digitalen Märkten.....	236
4.1	Zum Verhältnis der nationalen Behörden zur Europäischen Kommission unter dem DMA.....	236
4.2	Zum Verhältnis der materiellen Vorgaben des § 19a GWB zum DMA.....	238
5	Zusammenspiel mit der Missbrauchskontrolle nach Art. 102 AEUV – derzeit kein Bedarf für weitere Entflechtungsinstrumente	241
5.1	Ökonomische Problemstellung	243
5.2	Rechtliche Einordnung	246
5.3	Wettbewerbspolitische Folgerungen mit Blick auf strukturelle Maßnahmen	250
5.4	Zusammenfassung der Empfehlungen	251
Kapitel VI		253
„Markenmissbrauch“ bei der Internetsuche.....		253
Kurz gefasst		254
Summary		255
1	Einführung	256
2	Zur Problemstellung	256
3	Kein weitergehender Regelungsbedarf	257
4	Marktbeobachtung der Monopolkommission	258

A. Anhang zur aggregierten Unternehmenskonzentration in Deutschland.....	259
1 Methodische Erläuterungen	259
1.1 Die Ermittlung der inländischen Wertschöpfung der Unternehmen.....	259
1.2 Verfahren zur Schätzung der inländischen Wertschöpfung	260
2 Ergänzende Tabellen.....	262
B. Anhang zur sektorübergreifenden Marktmacht.....	277
1 Schätzung von Preisaufschlägen	277
1.1 GMM-Startwerte	278
1.2 Brutto-Output-Schätzung.....	279
2 Datenaufbereitung	279
2.1 Amtliche Daten (AFiD-Panel).....	279
2.2 Orbis-Daten.....	280
2.2.1 Bilanzdaten.....	281
2.2.2 Anteilseigner	282
3 Startwertabhängigkeit der Outputelastizitäten im Produktionsansatz.....	283
4 Preisaufschlagsentwicklung auf Bundeslandebene	286
5 Korrelation von Produktivität und Preisaufschlägen.....	286
C. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Auszug: §§ 44 bis 47, 75 Absatz 5)	288
D. Untersuchungen durch das Bundeskartellamt	291
E. Gutachten der Monopolkommission.....	310
F. Policy Briefs der Monopolkommission	315

Abbildungsverzeichnis

Abbildung I.1: Anzahl der Unternehmen, die 1978 und im jeweiligen Berichtsjahr unter den „100 Größten“ waren.....	19
Abbildung I.2: Entwicklung der Wertschöpfung im Zeitraum 1978 bis 2020.....	20
Abbildung I.3: Inlandsanteil und Wertschöpfungsanteil von Großunternehmen	21
Abbildung I.4: Anteil ausgewählter Unternehmen an der inländischen Wertschöpfung	22
Abbildung I.5: Entwicklung der Beschäftigung der Unternehmen in Deutschland im Zeitraum 1978 bis 2020	23
Abbildung I.6: Anteile der Branchen an der Wertschöpfung der „100 Größten“ in den Jahren 2018 und 2020.....	24
Abbildung I.7: Durchschnittliche Wertschöpfung der „100 Größten“ 2018 und 2020 nach Branchen	24
Abbildung I.8: Struktur der Anteilseigner der „100 Größten“ in den Jahren 2018 und 2020	27
Abbildung I.9: Wertschöpfungsanteil der „100 Größten“ nach Mehrheitsbesitz in den Jahren 2018 und 2020.....	27
Abbildung I.10: Zahl der Beteiligungsfälle unter den „100 Größten“ in den Jahren 2018 und 2020.....	28
Abbildung I.11: Entwicklung der Kapitalverflechtungen zwischen den „100 Größten“ (1978 bis 2020)	29
Abbildung I.12: Wertschöpfungsanteil, der auf Kapitalverflechtungen zwischen den „100 Größten“ entfällt	30
Abbildung I.13: Personen mit mehreren Mandaten in Geschäftsführungs- und Kontrollgremien 2018 und 2020.....	32
Abbildung I.14: Über personelle Verflechtung verbundene Unternehmen in den Jahren 2018 und 2020.....	33
Abbildung I.15: Entwicklung der personellen Verflechtungen nach Art der Verflechtung (1978 bis 2020)	34
Abbildung I.16: Anzahl an personellen Verflechtungen über Geschäftsführungsmitglieder (1978 bis 2020).....	35
Abbildung I.17: Freigabeentscheidungen des Bundeskartellamts in den Berichtsjahren 2018/2019 und 2020/2021.....	37
Abbildung I.18: Zusammenschlussaktivität der "100 Größten" seit 1974.....	38
Abbildung I.19: Entwicklung der inländischen Umsätze in der Industrie (1978 bis 2020).....	42
Abbildung I.20: Entwicklung der inländischen Umsätze im Handel (1978 bis 2020).....	44
Abbildung I.21: Entwicklung der inländischen Umsätze im Verkehrs- und Dienstleistungssektor (1978 bis 2020)	46
Abbildung I.22: Entwicklung der Bilanzsummen im Kreditgewerbe (1978 bis 2020)	48
Abbildung I.23: Entwicklung der Beitragseinnahmen der Versicherungsbranche (1978 bis 2020)	50
Abbildung I.24: Durchschnittliche Unternehmenskonzentration bleibt unverändert.....	56
Abbildung I.25: Trends und Höhe der Unternehmenskonzentration variieren zwischen Sektoren	57
Abbildung I.26: Anstieg der Unternehmenskonzentration in hochkonzentrierten Dienstleistungsbereichen	58
Abbildung I.27: Gegenläufige Trends von Preisaufschlägen bei Dienstleistungen und im verarbeitenden Gewerbe	64
Abbildung I.28: Unternehmensinterne Preisaufschlagsveränderungen treiben Trends	65
Abbildung I.29: Streuung der Preisaufschläge ist stabil	67
Abbildung I.30: Höhere Preisaufschläge bei Großunternehmen.....	68
Abbildung I.31: In konzentrierten Wirtschaftsbereichen sind Preisaufschläge angestiegen	69
Abbildung I.32: Wirtschaftsbereiche weisen unterschiedliche Preisaufschlagsentwicklungen auf.....	70
Abbildung I.33: Modellspezifikation beeinflusst Ergebnisse	73
Abbildung I.34: Amtliche und nichtamtliche Daten weisen auf Sektorebene ähnliche Preisaufschlagstrends auf.....	74
Abbildung I.35: Investitionen in immaterielles Vermögen überwiegen bei Digitalisierung	77
Abbildung I.36: IT-Fachpersonal in Deutschland (2013-2019)	77
Abbildung I.37: Deutschland liegt bei Digitalisierungsinvestitionen EU-weit im Mittelfeld.....	78
Abbildung I.38: Indirekte Horizontalbeteiligung	82
Abbildung I.39: Anteil aller Wirtschaftsgruppen mit indirekter Horizontalverflechtung stabil	84
Abbildung I.40: Entwicklung des Produktivitätswachstums in Deutschland	88
Abbildung I.41: Unternehmensgründungen und -schließungen in Deutschland	92
Abbildung I.42: Leichte Produktivitätssteigerung durch Preisaufschläge über Wettbewerbsniveau	94
Abbildung I.43: Unternehmenskonzentration in energieintensiven Industrien geht zurück.....	95

Abbildung I.44: Steigende und systematisch höhere Preisaufläge in energieintensiven Wirtschaftszweigen.....	96
Abbildung II.1: Anzahl der angemeldeten Zusammenschlüsse und der vollzogenen Zusammenschlüsse.....	113
Abbildung II.2: Anzahl der Hauptprüfverfahren und der dortigen Entscheidungen sowie Rücknahmen.....	115
Abbildung II.3: Anzahl der Fälle, in denen Bonusanträge gestellt wurden	163
Abbildung II.4: Anzahl der Kronzeugenanträge 2015 - 2020.....	164
Abbildung B.1: Schätzungen der Outputelastizitäten variieren stark in Abhängigkeit von Startwerten bei flexibler Arbeit.....	284
Abbildung B.2: Die Annahme von Anpassungskosten des Arbeitseinsatzes ermöglicht robuste Schätzungen der Outputelastizität.....	285
Abbildung B.3: Trends der Preisaufläge variieren kaum zwischen Bundesländern	286

Tabellenverzeichnis

Tabelle I.1: Die nach inländischer Wertschöpfung 100 größten Unternehmen im Berichtsjahr 2020 ¹	13
Tabelle I.2: Mandate in den Geschäftsführungs- und Kontrollgremien der „100 Größten“	31
Tabelle I.3: Unternehmen mit mindestens zehn freigegebenen Zusammenschlussvorhaben 2020/21 und 2018/19	36
Tabelle I.4: Die nach Umsatz 50 größten Industrieunternehmen im Jahr 2020	39
Tabelle I.5: Die nach Umsatz zehn größten Handelsunternehmen im Jahr 2020	42
Tabelle I.6: Die nach Umsatz zehn größten Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen im Jahr 2020	44
Tabelle I.7: Die nach Bilanzsumme zehn größten Kreditinstitute im Jahr 2020	46
Tabelle I.8: Die nach Beitragseinnahmen zehn größten Versicherungsunternehmen im Jahr 2020	49
Tabelle I.9: Anzahl beobachteter Unternehmen in AFiD und Orbis	62
Tabelle I.10: Operationalisierung der Modellvariablen nach Datensatz	63
Tabelle I.11: Regressionsergebnisse: Preisaufschläge in Abhängigkeit von Digitalisierung	80
Tabelle I.12: Einfluss von Digitalisierung unter Berücksichtigung von Produktivität	81
Tabelle I.13: Zusammenhang indirekter Horizontalverflechtungen mit Preisaufschlägen	86
Tabelle I.14: Effekt von Preisaufschlägen auf Unternehmensproduktivität	93
Tabelle II.1: Übersicht über die Anzahl der angemeldeten und vollzogenen Zusammenschlüsse sowie der vom Bundeskartellamt ausgesprochenen Untersagungen, gegliedert nach Berichtszeiträumen der Monopolkommission	114
Tabelle II.2: Übersicht über den Stand der deutschen Zusammenschlusskontrolle 2020 und 2021 (im Vergleich zu 2019)	116
Tabelle A.1: Reale Wertschöpfung der 100 Größten im Zeitraum 1978 bis 2020	262
Tabelle A.2: Anteile der Anteilseigner der „100 Größten“ nach Art des Anteilseigners im Jahr 2020	263
Tabelle A.3: Kapitalverflechtungen aus dem Kreis der „100 Größten“ im Jahr 2020	266
Tabelle A.4: Personelle Verflechtungen der „100 Größten“ im Jahr 2020 nach Art der Verflechtung	267
Tabelle A.5: Zusammenschlussaktivitäten der "100 Größten" im Berichtszeitraum 2020/2021	270
Tabelle A.6: Entwicklung der inländischen Umsätze in der Industrie (1978-2020)	271
Tabelle A.7: Entwicklung der inländischen Umsätze im Handel (1978-2020)	272
Tabelle A.8: Die Entwicklung der inländischen Umsätze im Verkehrs- und Dienstleistungssektor (1978-2020)	273
Tabelle A.9: Entwicklung der inländischen Bilanzsummen im Kreditgewerbe (1978-2020)	274
Tabelle A.10: Entwicklung der inländischen Beitragseinnahmen in der Versicherungsbranche (1978-2020)	276
Tabelle B.1: Deskriptive Statistiken der Modellvariablen in amtlichen Daten	280
Tabelle B.2: Korrelation von Totaler Faktorproduktivität und Preisaufschlägen	287

Vorwort

[1.] Gemäß § 44 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) legt die Monopolkommission der Bundesregierung ihr alle zwei Jahre zu erstellendes Hauptgutachten vor. Es trägt den Titel

XXIV. Hauptgutachten, Wettbewerb 2022

[2.] Das Hauptgutachten besteht aus je einem Kapitel zu Stand und Entwicklung der Unternehmenskonzentration in Deutschland und zur Würdigung der kartellrechtlichen Entscheidungspraxis. Die Monopolkommission gibt einen Ausblick auf eine mögliche Novelle des GWB und legt Empfehlungen zu den vorliegenden Reformvorschlägen vor. Zudem befasst sich die Monopolkommission mit der Frage, wie Nachhaltigkeitsziele, vor allem Klima- und Umweltschutzziele, bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung von Kooperationen und Zusammenschlüssen berücksichtigt werden können. Schließlich untersucht sie, wie die Regelungen zur Missbrauchsaufsicht und zur Regulierung digitaler Ökosysteme im nationalen und europäischen Wettbewerbs- und Regulierungsrecht zusammenwirken können und ob es – unabhängig von der aktuellen Diskussion über eine etwaige GWB-Novelle – einer Ergänzung im europäischen Recht, insbesondere in Form der Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungsmöglichkeit bedarf.

[3.] Kapitel I des Hauptgutachtens enthält eine **Fortschreibung der Analyse der aggregierten Unternehmenskonzentration** sowie des **Standes und der Entwicklung sektorübergreifender Marktmacht in Deutschland**. Seit Beginn der Berichterstattung im Jahr 1978 ist bei der aggregierten Unternehmenskonzentration ein rückläufiger Trend zu beobachten, der sich im aktuellen Berichtszeitraum fortsetzt. Der Anteil der 100 größten Unternehmen an der gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfung ist abermals gesunken, die personellen Verflechtungen der führenden Unternehmen untereinander sind rückläufig und die kapitalmäßige Verflechtung befindet sich weiterhin auf einem niedrigen Niveau. Sowohl die durchschnittliche Entwicklung der Unternehmenskonzentration auf Ebene von Wirtschaftszweigen als auch die durchschnittliche Entwicklung von ökonomischen Preisaufschlägen der Unternehmen in Deutschland stellen sich weiterhin weitgehend konstant dar. Es zeigen sich jedoch deutliche Unterschiede zwischen den Wirtschaftsbereichen. Ein deutlicher Konzentrationsanstieg ist z. B. in den ohnehin hoch konzentrierten regulierten Wirtschaftszweigen des Dienstleistungssektors zu beobachten, zu denen auch die Bereiche drahtlose Telekommunikation, Post und Schienenpersonenfernverkehr zählen.* Bei der Entwicklung von Preisaufschlägen weist der Bereich Kokerei und Mineralölverarbeitung den höchsten Anstieg auf. Auch sind es vor allem große Unternehmen, die ihre Preisaufschläge erhöhen. Als mögliche Ursachen für steigende Preisaufschläge in Deutschland, denen keine Effizienzsteigerungen gegenüberstehen, werden – insbesondere im verarbeitenden Gewerbe – Digitalisierungsprozesse und indirekte Horizontalverflechtungen identifiziert. Es zeigt sich darüber hinaus, dass das Vorliegen von Preisaufschlägen ab einer gewissen Höhe – und wiederum vor allem im verarbeitenden Gewerbe – negative Auswirkungen auf die Unternehmensproduktivität haben.

[4.] In Kapitel II würdigt die Monopolkommission die **kartellrechtliche Entscheidungspraxis** im Berichtszeitraum des Gutachtens. Diese umfasst die Anwendung der Vorschriften zur Fusionskontrolle, zur Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen und zum Kartellverbot durch das Bundeskartellamt, die Europäische Kommission sowie deutscher Gerichte und der Unionsgerichte. Dabei finden auch verfahrensrechtliche Aspekte Berücksichtigung. Im Rahmen ihrer Würdigung der Entscheidungspraxis äußert sich die Monopolkommission unter anderem zu verschiedenen fusionskontrollrechtlichen Themen. Kritisch zu sehen ist die neue Praxis der Europäischen Kommission, auch solche Verweisungen von Zusammenschlussvorhaben seitens der Mitgliedstaaten zu fördern und anzunehmen, die nicht der nationalen Anmeldepflicht unterliegen. Vorzugswürdig wäre stattdessen eine Ausweitung des Anwendungsbereichs der deutschen Transaktionswertschwelle sowie die Einführung einer Trans-

* Folgende Änderung gegenüber einer am 5. Juli 2022 veröffentlichten Online-Fassung des Gutachtens ist zu beachten: Als ein Beispiel hoch konzentrierter regulierter Bereiche, deren Konzentration zuletzt weiter angestiegen ist, wird nunmehr der Schienenpersonenfernverkehr anstelle des Schienengüterverkehrs genannt, da die Konzentration im Schienengüterverkehr nicht über den gesamten Beobachtungszeitraum angestiegen und seit 2011 sogar gesunken ist. Entsprechende Textstellen in der Zusammenfassung zu Kapitel I sowie in den Abschnitten 2.1 und 2.6 wurden korrigiert.

aktionswertschwelle auf Unionsebene und in den Mitgliedstaaten, deren nationales Recht eine solche Schwelle noch nicht vorsieht. Die Monopolkommission schlägt zudem vor, im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen klarzustellen, dass das Bundeskartellamt im Fusionskontrollverfahren auch solche bestehenden Kooperationen auf ihre Vereinbarkeit mit dem Kartellverbot hin beurteilen kann, die lediglich regionale Auswirkungen haben. Ein weiteres Thema ist die privatrechtliche Haftung von Kronzeugen für Schäden, die durch das vom Kronzeugen aufgedeckte Kartell verursacht wurden. Zu empfehlen ist, dass der Kronzeuge nur nachrangig haftet. Hinsichtlich der Ungleichbehandlung von Online- und Offlineverkäufen durch Hersteller in Vertriebsverträgen empfiehlt die Monopolkommission, dass die Wettbewerbsbehörde nur dann eingreift, 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. Soweit beim Glasfaserausbau künftig verstärkt Kooperationen eingegangen werden und dazu auf das neue Verfahren nach den §§ 18, 19 Telekommunikationsgesetz zurückgegriffen wird, ist seitens der Regulierungs- und Wettbewerbsbehörden darauf zu achten, ihre Entscheidungen eng miteinander abzustimmen, um Wertungswidersprüche zu vermeiden. Schließlich wird die Anwendung datengestützter Analysen durch das Bundeskartellamt durch einen Vergleich mit der Praxis der Wettbewerbsbehörde des Vereinigten Königreichs und der Europäischen Kommission untersucht.

[5.] Kapitel III enthält einen **Ausblick auf eine etwaige 11. GWB-Novelle**. Dieser Ausblick wurde kurzfristig um eine erste Stellungnahme zu den vom BMWK im Juni 2022 veröffentlichten Überlegungen ergänzt. Die Stellungnahme betrifft die vom BMWK aufgeworfenen Fragen, ob ein missbrauchsunabhängiges Entflechtungsinstrument eingeführt werden sollte, wie das Instrument der Sektoruntersuchungen weiterzuentwickeln ist und ob es einer Neuregelung zur Gewinn- bzw. Vorteilsabschöpfung bedarf.

[6.] Kapitel IV behandelt das Thema **Nachhaltigkeit und Wettbewerb**. In vielen Fällen existiert kein Zielkonflikt zwischen dem Schutz des Wettbewerbs und dem Erreichen von Nachhaltigkeitszielen. 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 Fälle geben, bei denen sich Unternehmen abstimmen müssen, um höhere Nachhaltigkeitsstandards als die gesetzlichen Mindeststandards umzusetzen. Diskutiert werden Möglichkeiten, wie eine Abwägung von Wettbewerbsschutz und Nachhaltigkeitszielen im Rahmen von Kartell- und Fusionskontrollverfahren erfolgen kann. Die Monopolkommission begrüßt den Ansatz des vorliegenden Entwurfs der Horizontalleitlinien der Europäischen Kommission, dass Nachhaltigkeitsaspekte weitgehend im Rahmen der Effizienzvorteile geprüft werden sollten. Eine generelle Ausnahme von Nachhaltigkeitsinitiativen vom Kartellrecht ist nicht zu empfehlen.

[7.] Kapitel V „**Wettbewerbspolitik zu digitalen Ökosystemen – weitere Schritte nach dem DMA**“ befasst sich mit möglichen nationalen Regelungen zur Unterstützung einer effektiven Durchsetzung des Digital Markets Act (DMA), der Verzahnung von DMA und nationaler Wettbewerbsaufsicht in den digitalen Märkten und dem verbleibenden Anwendungsbereich der EU-Missbrauchsregelung in Art. 102 AEUV. Die Monopolkommission sieht im DMA und Art. 102 AEUV einander ergänzende Regelungen. Deshalb sollte zunächst die weitere Anwendungspraxis auf EU-Ebene abgewartet werden. Derzeit besteht auf EU-Ebene insbesondere kein Bedarf für die Einführung eines missbrauchsunabhängigen Entflechtungsinstruments.

[8.] In Kapitel VI nimmt die Monopolkommission 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. Der deutsche Gesetzgeber hat aus ihrer Sicht und nach jetzigem Stand insofern zurecht auf Regelungen verzichtet.

[9.] Zur Vorbereitung des XXIV. Hauptgutachtens war die Monopolkommission auf die Mitarbeit und den fachlichen Rat von Sachverständigen aus den verschiedensten Bereichen angewiesen. Die Kommission dankt allen im Gutachten genannten Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern sowie Angehörigen von Behörden, Gerichten, Unternehmen und Verbänden für ihre Unterstützung.

[10.] Der Präsident des Bundeskartellamtes, Herr Andreas Mundt, sowie die zuständigen Beamtinnen und Beamten aus den Beschlussabteilungen und der Grundsatzabteilung haben die Vorarbeiten für dieses Kapitel maßgeblich unterstützt. In einer Videokonferenz am 13. Mai 2022 haben die Mitglieder der Monopolkommission und der wissenschaftliche Stab mit der Leiterin der Grundsatzabteilung, Frau Silke Hossenfelder, und einer Reihe von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Bundeskartellamtes die Entscheidungspraxis wie auch allgemeine wettbewerbspolitische Fragestellungen erörtert. Zudem haben die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Bundeskartellamtes dem wissenschaftlichen Stab der Monopolkommission für zahlreiche Einzelgespräche zur Verfügung gestanden.

[11.] Mit dem Generaldirektor der Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission, Herrn Olivier Guersent, sowie Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Generaldirektion Wettbewerb hat die Monopolkommission in einer Videokonferenz am 13. März 2022 über Themen der europäischen Fusionskontrolle, der Kartell- und Missbrauchsaufsicht sowie der allgemeinen Wettbewerbspolitik gesprochen.

[12.] Die Unternehmen aus dem Berichtskreis der Untersuchungen zur aggregierten Konzentration stellten mit teilweise erheblichem Aufwand Jahresabschlussdaten für ihre inländischen Konzernteile zusammen. Das Bundeskartellamt lieferte der Monopolkommission Angaben zur Beteiligung der „100 Größten“ an den gemäß § 39 GWB vor dem Vollzug anzumeldenden Zusammenschlüssen sowie an der Anzahl der Freigabeentscheidungen. Ferner übermittelte das Bundeskartellamt aktuelle Statistiken zur Amtspraxis in der Fusionskontrolle. Das Statistische Bundesamt stellte der Monopolkommission gesamtwirtschaftliche Daten zu der Anzahl der Beschäftigten, den Branchenumsätzen sowie der Wertschöpfung zur Verfügung. Zudem wurden der Monopolkommission im Rahmen von § 47 GWB konzentrationsstatistische Daten aus amtlichen Wirtschaftsstatistiken übermittelt. Darüber hinaus hat das Statistische Bundesamt die Auswahl und Zusammenstellung wirtschaftszweigspezifischer Daten aus den volkswirtschaftlichen Gesamtrechnungen für die Auswertung unternehmensspezifischer Preisaufschläge durch die Monopolkommission in wertvoller Weise unterstützt und unveröffentlichte Daten zu Vorleistungen zur Verfügung gestellt. Ermöglicht wurde die Schätzung von Preisaufschlägen auf Grundlage amtlicher Unternehmensdaten und der damit zusammenhängenden Analysen durch das Forschungsdatenzentrum der Statistischen Ämter der Länder, insbesondere durch die Mitarbeiterinnen des Standorts Kiel/Hamburg, durch Bereitstellung der Daten, Betreuung der Datenverarbeitung und Geheimhaltungsprüfungen.

[13.] Im Rahmen einer Videokonferenz haben sich am 2. März 2022 Mitglieder der Monopolkommission und Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des wissenschaftlichen Stabes mit Prof. Dr. Justus Haucap und Prof. Dr. Rupprecht Podszun und deren Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf zum Thema Nachhaltigkeit und Wettbewerb ausgetauscht.

[14.] In eigener Sache: Die Bundesregierung hat Prof. Dr. Tomaso Duso für die Amtsperiode vom 1. Juli 2022 bis zum 30. Juni 2026 als Mitglied der Monopolkommission benannt. Tomaso Duso folgt Prof. Achim Wambach Ph.D. nach, der die Monopolkommission nach zwei Amtsperioden zum 30. Juni 2022 verlässt. Achim Wambach war vom 17. März 2016 bis zum 30. Juni 2020 Vorsitzender der Monopolkommission. Ebenfalls zum 30. Juni 2022 scheidet Dr. Thomas Nöcker nach drei Amtszeiten aus der Monopolkommission aus. Die Nachfolge für Thomas Nöcker war bis zum Abschluss der Vorarbeiten an diesem Hauptgutachten noch ungeklärt.

[15.] Die Vorarbeiten zu diesem Zweijahresgutachten wurden von den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Monopolkommission geleistet. Dem wissenschaftlichen Stab gehörten in diesem Zeitraum an: Herr Dr. Klaus Holthoff-Frank als Generalsekretär, Frau Dr. Juliane Scholl als Geschäftsführerin sowie Herr Dr. Marc Bataille, Herr Dr. David Benček, Herr Dr. Stefan Bulowski, Frau Lorela Ceni-Hulek, Herr Dr. Tiemo Engelbracht, Frau Marilena Friedrich, Frau Dr. Katja Greer, Frau Dr. Cornelia Gremm (bis zum 31. März 2022), Herr Christian Hildebrandt, Frau Kim-Ines Meier, Frau Dr. Julia Rothbauer, Herr Dr. Torben Stühmeier, Herr Dr. John Weche, Herr Dr. Thomas Weck, Frau Johanna Welsch und Herr Dr. Oliver Zierke. Bei der Erstellung des Gutachtens mitgewirkt haben außerdem Frau Bettina Susok, Frau Marion Schadowski, Frau Elke Windscheidt (bis zum 31. Januar 2022) und Herr Karsten Schulz. Die Monopolkommission dankt allen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern für die geleistete Arbeit, die oftmals weit über die Erfüllung der Dienstpflichten hinausgegangen ist.

Bonn, den 5. Juli 2022



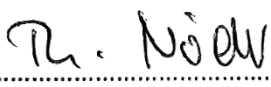
Jürgen Kühling



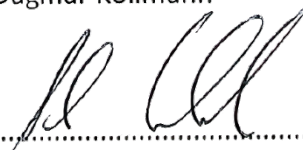
Pamela Knapp



Dagmar Kollmann



Thomas Nöcker



Achim Wambach

Kapitel I

Stand und Entwicklung der Unternehmenskonzentration in Deutschland

Kurz gefasst	6
Summary	7
1 Stand und Entwicklung der aggregierten Unternehmenskonzentration in Deutschland	8
1.1 Erfassung der aggregierten Unternehmenskonzentration	8
1.2 Die 100 größten Unternehmen in Deutschland	13
1.3 Anteilseigner und Kapitalverflechtungen der „100 Größten“	24
1.4 Personelle Verflechtungen der „100 Größten“	30
1.5 Beteiligung der „100 Größten“ an Unternehmenszusammenschlüssen	35
1.6 Die nach inländischem Geschäftsvolumen größten Unternehmen einer Branche	38
2 Sektorübergreifende Marktmachtentwicklung	51
2.1 Unternehmenskonzentration	53
2.2 Preisaufschläge	58
2.3 Determinanten von Preisaufschlägen	75
2.4 Auswirkungen von Preisaufschlägen auf die Produktivität	87
2.5 Marktstrukturelle Auswirkungen des Russland-Ukraine-Krieges	94
2.6 Zusammenfassung	97

Kurz gefasst

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.

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).

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.

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.

Summary

Under § 44(1) first sentence of the Act Against Restraints on Competition, the Monopolies Commission is tasked by law with assessing the state of and development of company concentration in Germany. The Monopolies Commission fulfils this mandate by, firstly, ascertaining the **concentration of companies** in the economy as a whole, that is in **aggregate** terms, and secondly by tracing developments in **industry concentration**. Furthermore, **firm-specific price mark-ups**, which may serve as an indicator of market power, are calculated and used to assess how competition is developing within the manufacturing industry, as well as in the services sector.

In order to assess the aggregate company concentration, the Monopolies Commission regularly identifies the one hundred largest companies in Germany and their share of value added in the economy as a whole. **This share fell by roughly five percent** in the reporting period, and was 14 percent in the year under report 2020. This indicates a continuation of the downward trend that has been observed since reporting started. The Monopolies Commission identifies **the personnel cross-links and the cross-shareholdings between the “Top 100”** as another indicator. Nine companies from the group of the “Top 100” hold more than 1-percent shares in 26 companies from this group. The total number of capital cross-holdings in the “Top 100” is 42 in the reporting year. This makes eleven fewer holdings than in the reporting year 2018, but only two fewer holdings than in the year under report 2016. Developments in personnel cross-links are assessed via the cross-links between members of the management, i. e. the number of cases in which members of the management of one company were also part of supervisory bodies of other “Top 100”-firms, as well as cross-links via persons with no management mandate who have mandates in supervisory bodies of several “Top 100”-firms. In the reporting year 2020, both figures were at their lowest level since reporting started. The number of cross-links via members of the management was 32 (reporting year 2018: 42), and that of cross-links via persons with no management mandate was 71 (reporting year 2018: 88).

The economy-wide average of **industry concentration** in Germany **continues flat**, and remains at a **low level**. Average **changes in economic price mark-ups are also moderate**, and do not indicate general growth in market power. The average price mark-up increased **by 1.8 percent in the manufacturing industry** between 2008 and 2017, and even went down by 6 percent in the services sector. Major differences however exist between individual industries. Counter to the average downward trend in the services sector, the concentration in some already highly concentrated industries within the sector rose by up to 60 percent between 2009 and 2019. These include the regulated industries telecommunications, post and long-distance rail services. **The steepest mark-up increase was observed in the manufacture of coke and refined petroleum products** from 2008 to 2017 (21 percent). In the services sector, high price mark-ups are generally accompanied by high levels of investment in productivity-boosting digitalisation. The manufacturing industry also shows a positive link between investment in digitalisation and increases in mark-ups, but does not exhibit similar increases in productivity. The **digital transformation** therefore appears to be accompanied by **competition** in the **services sector**, whilst in **manufacturing industry** it entails an **increase in market power**. Against the background of rising raw materials prices in the wake of the Russian invasion of Ukraine, energy-intensive industries in particular face the risk of this impacting competition.

The **Monopolies Commission concludes** that the current trend of **concentration** in Germany **does not give cause for concern**, and thus that there is no immediate need for action in terms of competition policies. That having been said, there is a need to continue to observe the increasing concentration in highly-concentrated service industries, the growing price mark-ups of large corporations and in concentrated industries, as well as the high degree of common ownership of companies by institutional investors.

1 Stand und Entwicklung der aggregierten Unternehmenskonzentration in Deutschland

1.1 Erfassung der aggregierten Unternehmenskonzentration

1.1.1 Die gesellschaftliche Bedeutung von Großunternehmen

1. Unter aggregierter Unternehmenskonzentration ist die gesamtwirtschaftliche Unternehmenskonzentration zu verstehen. Im Gegensatz zur Messung der Konzentration auf einzelnen Märkten, die Hinweise auf die Wettbewerbsintensität auf diesen Märkten gibt, soll die aggregierte Unternehmenskonzentration eine Einschätzung der Unternehmenskonzentration auf makroökonomischer Ebene ermöglichen. Zur Messung der aggregierten Konzentration werden daher makroökonomische Größen, wie die Beschäftigung oder die Wertschöpfung, herangezogen.¹ Auf Grundlage dieser Größen wird der Anteil der größten Unternehmen einer Volkswirtschaft an der gesamtwirtschaftlichen Vergleichsgröße bestimmt und als Maß der aggregierten Unternehmenskonzentration betrachtet.²

2. Die Untersuchung der aggregierten Unternehmenskonzentration hat ihren Ursprung in den 1960/1970er Jahren, als in den USA ein Anstieg konglomerater Zusammenschlüsse zu beobachten war.³ US-amerikanische Wettbewerbsbehörden hatten daraufhin zeitweise die Untersagung von Zusammenschlüssen in Betracht gezogen, wenn diese die aggregierte Unternehmenskonzentration erhöht hätten.⁴ Später wiesen wettbewerbsökonomische Schadenstheorien jedoch überwiegend darauf hin, dass die von Konglomeraten ausgehende aggregierte Unternehmenskonzentration wenig wettbewerbliche Risiken birgt, da sie sich nicht auf den Wettbewerb in einzelnen Märkten bezieht. Das starke Wachstum großer, diversifizierter Digitalunternehmen – wie Google, Apple, Meta (vormals Facebook) und Amazon – hat die Diskussion um die wettbewerbsrechtlichen Implikationen, die mit der zunehmenden Bedeutung dieser Konglomerate verbunden sind, allerdings erneut angestoßen.⁵ Dies spiegelt sich auch in aktuellen rechtlichen Anpassungen auf nationaler und Unions-Ebene wider, die darauf abzielen, die Verfolgung von wettbewerbschädlichen Verhaltensweisen großer, diversifizierter Digitalunternehmen zu erleichtern.⁶ Im Vergleich dazu zielt die Begutachtung der aggregierten Unternehmenskonzentration darauf ab, den Einfluss von Großunternehmen auf gesamtwirtschaftliche Entwicklungen in Deutschland einzuschätzen.

3. Bei Vorliegen einer vergleichsweise hohen aggregierten Unternehmenskonzentration können sich Schwankungen in Bezug auf die wirtschaftliche Lage einzelner Unternehmen schlechter ausgleichen, sodass mitunter ein erheblicher Anteil der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung durch diese Großunternehmen determiniert werden kann. Auf diesen Zusammenhang weisen auch empirische Untersuchungen hin. Eine Untersuchung kommt beispielsweise zu dem Ergebnis, dass die zehn größten Industrieunternehmen eines Wirtschaftszweigs in Deutschland überproportional auf den entsprechenden Wirtschaftszweig einwirken. Obwohl der Anteil der jeweils zehn größten Unternehmen bei 20 Prozent lag, wurden im empirischen Modell zwischen 30 und 50 Prozent der Umsatz-

¹ White, L.J./Yang, J., What has been happening to Aggregate Concentration in the U.S. Economy in the twenty-first Century?, John Wiley & Sons, Ltd, Contemporary Economic Policy, 38, 2020, S. 483–495.

² Clarke, R./Davies, S.W., Aggregate Concentration, Market Concentration and Diversification, The Economic Journal, 93, 1983, S. 182–192.

³ Bourreau, M./de Streel, A., Digital conglomerates and EU competition policy, <https://cerre.eu/news/digital-conglomerates-and-eu-competition-policy/>, Abruf am 19. Mai 2022.

⁴ Schefzig, J., Die Beurteilung konglomerater Unternehmenszusammenschlüsse in Europa und den USA, 2013.

⁵ Bourreau/de Streel, Digital conglomerates and EU competition policy, a. a. O., vgl. Fn. 3.

⁶ Vgl. zum einen § 19a GWB, der missbräuchliches Verhalten von (Plattform-) Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb adressiert und im Rahmen der im Januar 2021 in Kraft getretenen 10. GWB-Novelle in das Gesetz eingefügt wurde, sowie zum anderen den Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Verordnung über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor (Gesetz über digitale Märkte bzw. Digital Markets Act). Der Digital Markets Act ist noch nicht in Kraft getreten; Kommission, Rat und Parlament haben aber im Rahmen eines sog. Trilogverfahrens am 24. März 2022 eine politische Einigung über das Gesetzesvorhaben erzielt. Zum Digital Markets Act vgl. auch Monopolkommission, Sondergutachten 82, Empfehlungen für einen effektiven und effizienten Digital Markets Act, Baden-Baden 2022.

schwankungen in den industriellen Wirtschaftszweigen auf die Umsatzschwankungen der jeweils zehn größten Industrieunternehmen zurückgeführt.⁷ Das zeigt, dass gesamtwirtschaftliche Entwicklungen von der wirtschaftlichen Entwicklung einzelner Unternehmen bestimmt werden können, wenn ein vergleichsweise großer Anteil an makroökonomischen Größen, wie der Wertschöpfung, von einzelnen Unternehmen generiert wird.

4. Da die größten Unternehmen einer Volkswirtschaft eine besondere Bedeutung für die wirtschaftliche Entwicklung dieser Volkswirtschaft haben können, stehen sie auch unter besonderer Aufmerksamkeit der Politik. Im Mai 2021 wurden Regelungen bezüglich der Sicherheit in der Informationstechnik für kritische Infrastrukturen auf Unternehmen im besonderen öffentlichen Interesse ausgeweitet. Zu diesen zählen laut § 2 Abs. 14 Satz 1 Nr. 2 BSIG⁸ Unternehmen, die nach ihrer inländischen Wertschöpfung zu den größten Unternehmen in Deutschland gehören und daher von erheblicher volkswirtschaftlicher Bedeutung für die Bundesrepublik Deutschland sind. Begründet wird die Ausweitung der Regelungen zur Informationstechnik damit, dass beispielsweise Cyberangriffe oder anderweitige IT-Störungen dazu führen könnten, dass ein Unternehmen seiner Geschäftstätigkeit für einen längeren Zeitraum nicht nachgehen kann. Daher könnten Ausfälle oder Störungen bei Unternehmen, die nach ihrer inländischen Wertschöpfung zu den größten Deutschlands zählen, von gesamtgesellschaftlicher Bedeutung sein.⁹ Für Unternehmen von öffentlichem Interesse sind in § 8f BSIG die Regelungen zur IT-Sicherheit aufgeführt. Sie sind demnach unter anderem verpflichtet, sich beim Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik zu registrieren, eine Selbsterklärung zur IT-Sicherheit vorzulegen und bestimmte Störungen unverzüglich zu melden. Dies betrifft unter anderem Störungen, die zu einem Ausfall oder zu einer erheblichen Beeinträchtigung der Erbringung der Wertschöpfung geführt haben und erhebliche Störungen, die zu einem Ausfall oder zu einer erheblichen Beeinträchtigung der Erbringung der Wertschöpfung führen können, § 8f Abs. 7 Nr. 1 und 2 BSIG.

5. Wie die Einführung dieser Regelungen zeigt, ist die wirtschaftliche Bedeutung von Großunternehmen häufig auch mit einer erhöhten politischen Aufmerksamkeit verbunden. Dementsprechend gilt auch in der empirischen Literatur die Unternehmensgröße, neben der Wettbewerbs- bzw. Regulierungsintensität einer Branche, als entscheidender Faktor für die Intensität des Austauschs zwischen Unternehmensvertretern und politischen Entscheidungsträgern.¹⁰ Ein solcher Austausch ist zu begrüßen, wenn er zu einem besseren Verständnis der Wirkungen wirtschaftspolitischer Maßnahmen auf Seiten politischer Entscheidungsträgerinnen und -träger führt. Allerdings kann der Austausch auch zu erheblichen Wohlfahrtseinbußen führen, wenn er genutzt wird, um diese von den eigenen, möglicherweise wettbewerbsschädigenden Interessen zu überzeugen.¹¹ Beispielsweise konnte gezeigt werden, dass in der Vergangenheit die Aufmerksamkeit politischer Entscheidungsträgerinnen und -träger von den in einem Markt etablierten Unternehmen genutzt werden konnte, um Markteintritte zu erschweren oder gar zu verhindern.¹²

6. Dieser potenziellen Wirkung einer Konzentration wirtschaftlicher Verfügungsgewalt war sich der Gesetzgeber auch im Rahmen der zweiten GWB-Novelle bewusst, mit der die Monopolkommission die Aufgabe erhielt, die

⁷ Wagner, J., The German manufacturing sector is a granular economy, *Applied Economics Letters*, 19, 2012, S. 1663–1665.

⁸ Gesetz über das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI-Gesetz) vom 14. August 2009, BGBl. I S. 2821. Zuletzt geändert durch Artikel 12 des Gesetzes zur Regelung des Datenschutzes und des Schutzes der Privatsphäre in der Telekommunikation und bei Telemedien vom 23. Juni 2021, BGBl. I S. 1982.

⁹ Bundesregierung, Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Erhöhung der Sicherheit informationstechnischer Systeme, BT-Drs. 19/26106 vom 25. Januar 2021, S. 58.

¹⁰ Dellis, K./Sondermann, D., Lobbying in Europe: new firm-level evidence, *European Central Bank Working Paper Series*, 2017; de Figueiredo, J.M./Richter, B.K., Advancing the Empirical Research on Lobbying, *Annual Review of Political Science*, 17, 2014, S. 163–185; Borghesi, R./Chang, K., The determinants of effective corporate lobbying, *Springer & Academy of Economics and Finance*, *Journal of Economics and Finance*, 39, 2015, S. 606–624.

¹¹ Magnolfi, L./Roncoroni, C., Political connections and market structure, <https://warwick.ac.uk/fac/soc/economics/staff/croncoroni/politicalconnectionsmarketstructure.pdf>, Abruf am 15. März 2022.

¹² Matsumura, T./Yamagishi, A., Lobbying for Regulation Reform by Industry Leaders, *Journal of Regulatory Economics*, 52, 2017, S. 63–76.

Unternehmenskonzentration regelmäßig zu beobachten.¹³ Zwar wird die Unternehmenskonzentration in der Gesetzesbegründung weder als positiv noch als negativ beurteilt. Dennoch wird davon ausgegangen, dass eine „Einschränkung des Wettbewerbs durch Konzentration [...] die Erhaltung einer freiheitlichen und sozial befriedigenden Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung“ gefährdet. Der Gesetzgeber sah daher die Ausübung wirtschaftlicher „Verfügungsgewalt von einem immer kleiner werdenden Personenkreis“ als kritisch an.¹⁴ Die Monopolkommission erfüllt ihren Auftrag daher, indem sie den Stand und die Entwicklung der aggregierten Unternehmenskonzentration darstellt und so Transparenz über die Verteilung wirtschaftlicher Verfügungsgewalt schafft. Mögliche Fehlentwicklungen können auf diese Weise frühzeitig identifiziert werden.

1.1.2 Ermittlung der größten Unternehmen anhand der inländischen Wertschöpfung

7. Seit Beginn ihrer Berichterstattung bestimmt die Monopolkommission die aggregierte Unternehmenskonzentration auf Grundlage der 100 größten Unternehmen in Deutschland (im Folgenden die „100 Größten“).¹⁵ Der Begriff „Unternehmen“ bezieht sich dabei nicht auf eine rechtlich selbstständige Einheit. Bei den betrachteten Großunternehmen handelt es sich vielmehr um Unternehmensgruppen (Konzerne). Alle rechtlich selbstständigen Unternehmen, die zu einer Unternehmensgruppe gehören, sind als wirtschaftliche Einheit zu betrachten. Oberste Gesellschaft der wirtschaftlichen Einheit ist ein sog. Mutterunternehmen. Mutterunternehmen mit Sitz in Deutschland sind gemäß § 290 HGB verpflichtet, einen Konzernabschluss aufzustellen. In diesen Konzernabschluss sind alle Unternehmen einzubeziehen, auf die das Mutterunternehmen unmittel- oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann.¹⁶ Diese Unternehmen werden als Tochterunternehmen bezeichnet. Da dies häufig auch auf Unternehmen mit Sitz im Ausland zutrifft, sind auch diese Tochterunternehmen in den Konzernabschluss einzubeziehen. Der Auftrag der Monopolkommission bezieht sich allerdings auf die Begutachtung der Unternehmenskonzentration in Deutschland. Daher bleiben im Rahmen des vorliegenden Kapitels die im Ausland ansässigen Tochterunternehmen unberücksichtigt. Es werden also in der Regel (Teil-) Konzerne erfasst, wobei nur diejenigen Tochtergesellschaften als Teil des Konzerns betrachtet werden, die ihren Sitz in Deutschland haben (inländischer Konzern).¹⁷

8. Um den Kreis der „100 Größten“ abzugrenzen, verwendet die Monopolkommission seit dem IV. Hauptgutachten die Wertschöpfung der Unternehmen.¹⁸ Die Wertschöpfung ist eine aus der volkswirtschaftlichen Gesamtrechnung bekannte Größe und wird dort über die Entstehungs-, die Verwendungs- und die Verteilungsrechnung dargestellt. Die volkswirtschaftliche Wertschöpfung entspricht dem Produktionswert aller Unternehmen abzüglich aller Vorleistungen (Entstehungsrechnung). Werden auf der anderen Seite die Einkommen der Gruppen betrachtet, die an diesem Prozess beteiligt waren, dann entspricht die volkswirtschaftliche Wertschöpfung der Summe dieser Einkommen, d. h. der Summe aus den Arbeitseinkommen, den Unternehmens- und Vermögenseinkommen sowie den Produktionsabgaben an den Staat (Verteilungsrechnung). Wie in der volkswirtschaftlichen Gesamtrechnung kann auch die Wertschöpfung eines einzelnen Unternehmens aus zwei Perspektiven betrachtet werden. Auf der einen Seite entspricht die Wertschöpfung eines Unternehmens dem Wert, den das Unternehmen den verwen-

¹³ Bericht über das Ergebnis einer Untersuchung der Konzentration in der Wirtschaft, BT-Drs. IV/2320 vom 5. Juni 1964.

¹⁴ Fraktionen der SPD, FDP, Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drs. 7/76 vom 25. Januar 1973.

¹⁵ Monopolkommission, I. Hauptgutachten: Mehr Wettbewerb ist möglich, Baden-Baden, 1976, Tz. 209.

¹⁶ § 290 HGB regelt die Pflicht zur Aufstellung eines Konzernabschlusses für Kapitalgesellschaften. Für Personengesellschaften ist die Pflicht zur Aufstellung eines Konzernabschlusses in § 11 PublG geregelt.

¹⁷ Die Monopolkommission erfasst auch Teilkonzerne, die kein inländisches Mutterunternehmen haben. Dabei handelt es sich beispielsweise um Unternehmen mit einem ausländischen Mutterunternehmen, wie die Shell-Gruppe Deutschland, oder auch Gleichordnungskonzerne, wie die Debeka-Versicherungsgruppe. Zudem werden von der Monopolkommission auch Unternehmen zusammengefasst, die sie als wettbewerbliche Einheit betrachtet, wie die EDEKA-Gruppe.

¹⁸ In den ersten Gutachten wurden die größten Unternehmen anhand des Umsatzes abgegrenzt (Monopolkommission, IV. Hauptgutachten: Fortschritte bei der Konzentrationserfassung, Baden-Baden, 1982, Tz. 345).

ten Vorprodukten hinzufügt, auf der anderen Seite den Arbeitseinkommen, den Gewinnen und Zinsen sowie Steuern, die von dem Unternehmen generiert werden.¹⁹

9. Die Verwendung der Wertschöpfung von Unternehmen zur Ermittlung der aggregierten Unternehmenskonzentration hat gegenüber alternativen Größen entscheidende Vorteile. Sie ermöglicht den Vergleich der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit von Unternehmen unterschiedlicher Branchen. Im Gegensatz zu branchenüblichen Größen, wie den Umsätzen bei Industrie-²⁰, Handels- und Dienstleistungsunternehmen, den Bilanzsummen bei Kreditinstituten²¹ oder den Bruttobeitragseinnahmen bei Versicherungsunternehmen,²² ermöglicht die Wertschöpfung diesen Vergleich.²³ Zudem ist die Verwendung der Wertschöpfung der Unternehmen auch vor dem Hintergrund sinnvoll, dass die Berichterstattung zur aggregierten Unternehmenskonzentration Transparenz über die Verteilung wirtschaftlicher Verfügungsgewalt geben soll. Auf Ebene der Gesamtwirtschaft wird das Bruttoinlandsprodukt regelmäßig zur Einschätzung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit herangezogen und ist somit auch für den Erfolg politischer Entscheidungsträger relevant.²⁴ Die volkswirtschaftliche Wertschöpfung entspricht annähernd dem Bruttoinlandsprodukt und eignet sich aus diesem Grund als volkswirtschaftliche Vergleichsgröße im Rahmen der Beurteilung der aggregierten Unternehmenskonzentration.

1.1.3 Schätzung der inländischen Wertschöpfung bei unzureichender Datenlage

10. Um den Kreis der „100 Größten“ für das Berichtsjahr 2020 einzugrenzen, wurden auf Basis von Abfragen der Datenbank „ORBIS Europe All Companies“ des Anbieters Bureau von Dijk und von öffentlich zugänglichen Informationen über die Geschäftsentwicklung einzelner Unternehmen potenziell in Frage kommende Unternehmen ermittelt. Da sich die Wertschöpfung des inländischen Konzerns regelmäßig nicht auf Grundlage des veröffentlichten Konzernabschlusses bestimmen lässt, wurde die überwiegende Zahl der potenziell in Frage kommenden Unternehmen zu Abschlussdaten des inländischen Konzerns befragt. Die Befragung der Unternehmen ist in der Regel notwendig, weil die Mutterunternehmen, wie bereits erwähnt, national (§ 290 HGB) und international (IFRS 10) verpflichtet sind, alle ihre Tochterunternehmen in ihren Konzernabschluss einzubeziehen bzw. zu konsolidieren. Regelmäßig beziehen auch Mutterunternehmen mit Sitz in Deutschland daher auch Tochterunternehmen im Ausland in ihren Konzernabschluss mit ein, sodass es auf dieser öffentlich verfügbaren Grundlage häufig nicht möglich ist, die inländische Wertschöpfung für den Teilkonzern im Inland zu bestimmen.²⁵

¹⁹ Wie die Wertschöpfung auf Grundlage von Jahresabschlussdaten konkret ermittelt wird, wird detailliert im Anhang zu diesem Gutachten beschrieben (vgl. Abschnitt 1.1).

²⁰ Der Begriff „Industrie“ wird im vorliegenden Kapitel für das produzierende Gewerbe verwendet. Dem produzierenden Gewerbe sind, gemäß der Einteilung des Statistischen Bundesamtes (Klassifikation der Wirtschaftszweige, Ausgabe 2008) die Wirtschaftsabschnitte B (Bergbau), C (Verarbeitendes Gewerbe), D (Energieversorgung), E (Wasserversorgung, Abwasser- und Abfallentsorgung) sowie F (Baugewerbe) zugeordnet.

²¹ Der Begriff „Kreditinstitute“ wird im vorliegenden Kapitel für das Kreditgewerbe verwendet (WZ 2008: Abteilung K 64, Gruppen K 66.1, K 66.3).

²² Der Begriff „Versicherungen“ wird im vorliegenden Kapitel für das Versicherungsgewerbe verwendet (WZ 2008: Abteilung K 65, Gruppe K 66.2).

²³ Grundsätzlich wäre auch die Verwendung des Unternehmenswerts möglich, um einen branchenübergreifenden Vergleich zu ermöglichen. Bei nicht-börsennotierten Unternehmen wäre diese Vorgehensweise jedoch mit erheblichen methodischen Problemen verbunden.

²⁴ Brender und Drazen (2008) untersuchten den Zusammenhang zwischen Wirtschaftswachstum und Wiederwahlwahrscheinlichkeit in 74 Ländern für den Zeitraum von 1960 bis 2003 und stellten einen signifikanten Zusammenhang fest. Allerdings dürfte dieser auf die Einbeziehung von Entwicklungsländern und jungen Demokratien zurückzuführen sein (Brender, A./Drazen, A., How Do Budget Deficits and Economic Growth Affect Reelection Prospects? Evidence from a Large Panel of Countries, *The American Economic Review*, 98, 2008, S. 2203–2220).

²⁵ Dies ist einer der häufigsten Gründe für die Notwendigkeit einer Befragung. Eine fehlende Veröffentlichungspflicht für die Gewinn- und Verlustrechnung bei Personengesellschaften gemäß § 9 Abs. 2 PublG oder eine Befreiung von der Pflicht zur Aufstellung eines (Teil-) Konzernabschlusses, wenn es eine ausländische Konzernobergesellschaft gibt, die einen Konzernabschluss aufstellt (§§ 291 f. HGB), sind weitere Gründe.

11. Für das Berichtsjahr 2020 wurden insgesamt 203 Unternehmen befragt. Von diesen Unternehmen stellten 166 (81,8 Prozent) der Monopolkommission Kennzahlen zur Ermittlung der inländischen Wertschöpfung zur Verfügung. In vielen Fällen reichten die zur Verfügung gestellten Daten jedoch nicht aus, um die inländische Wertschöpfung allein auf dieser Grundlage berechnen zu können. Bei diesen Unternehmen sowie bei Unternehmen, die keine Daten zur Verfügung stellten, wurde die inländische Wertschöpfung, soweit möglich, geschätzt. Werden allein diejenigen Unternehmen betrachtet, die im Berichtsjahr 2020 zu den „100 Größten“ in Deutschland gehörten, so wurde die inländische Wertschöpfung in 26 Fällen auf Grundlage eines Schätzverfahrens ermittelt.

12. In Abhängigkeit von der vorliegenden Konzernstruktur und dem verfügbaren Datenmaterial wurden dazu unterschiedliche Verfahren genutzt. Lag beispielsweise ein Konzernabschluss vor, in den ausländische Tochterunternehmen einbezogen wurden, wurde häufig auf Grundlage vorliegender Größenrelationen von der weltweiten auf die inländische Wertschöpfung eines Unternehmens geschlossen. Bei Unternehmen im Lebensmitteleinzelhandel wurde ein ähnliches Verfahren verwendet, da hier regelmäßig kein Konzernabschluss vorliegt, der die gesamte Gruppe umfasst. Bei diesen Gruppen wurde, unter Zuhilfenahme von Daten des Anbieters TradeDimensions, von Größenrelationen bei einzelnen Händlern bzw. Genossenschaften auf die gesamte Wertschöpfung der entsprechenden Gruppe geschlossen.

13. Darüber hinaus kamen noch weitere Verfahren zur Schätzung der inländischen Wertschöpfung zum Einsatz. Beispielsweise wurde die inländische Wertschöpfung auf Grundlage der Daten des Einzelabschlusses eines einzigen Tochterunternehmens mit Sitz in Deutschland ermittelt, wenn es einem Mutterunternehmen mit Sitz im Ausland zuzuordnen war und die Wertschöpfung dieses Mutterunternehmens in Deutschland überwiegend von diesem Tochterunternehmen generiert wurde. Wurde der Großteil der inländischen Wertschöpfung von einer begrenzten Zahl an Tochterunternehmen mit Sitz in Deutschland erwirtschaftet, die einem ausländischen Mutterunternehmen zuzuordnen waren, wurden ebenfalls die jeweiligen Einzelabschlüsse ausgewertet und die inländische Wertschöpfung als Summe der Wertschöpfung dieser Gesellschaften ermittelt.²⁶

14. Die Ermittlung der „100 Größten“ anhand der inländischen Wertschöpfung ist insofern stark auf die Mitwirkung der potenziell zu diesem Kreis gehörenden Unternehmen angewiesen. Zwar war die überwiegende Zahl der befragten Unternehmen in der Vergangenheit bereit, der Monopolkommission Daten zur Verfügung zu stellen, allerdings reichten in vielen Fällen die Daten nicht aus, um die Wertschöpfung direkt zu ermitteln. Die beschriebenen Schätzverfahren werden in diesen Fällen angewendet, um Unternehmen, die mit hoher Wahrscheinlichkeit zu den hundert größten Unternehmen in Deutschland zählen, nicht allein aufgrund fehlender Daten von der Untersuchung auszuschließen.

15. Die überarbeitete Fassung des Gesetzes zur Stärkung der Sicherheit in der Informationstechnik des Bundes, die die anhand des Kriteriums der inländischen Wertschöpfung größten Unternehmen besonderen Regelungen zur IT-Sicherheit unterwirft, könnte der Befragung der Monopolkommission eine neue Dynamik geben, die bei der Ausarbeitung einer Rechtsverordnung gemäß § 10 Abs. 5 BSIG berücksichtigt werden sollte. Zwar wird im Gesetzestext nicht auf die von der Monopolkommission ermittelten „100 Größten“ in Deutschland verwiesen, allerdings heißt es in der Gesetzesbegründung, dass Unternehmen insbesondere dann den Regelungen gemäß § 8f BSIG unterliegen, „wenn [sie] laut dem letzten Hauptgutachten der Monopolkommission der Bundesregierung im Betrachtungszeitraum eine inländische Wertschöpfung erbracht haben, aufgrund derer sie gemäß der Rechtsverordnung nach § 10 Absatz 5 als Unternehmen im besonderen öffentlichen Interesse gelten“.²⁷

16. Unternehmen im besonderen öffentlichen Interesse müssen nun die zur Berechnung notwendigen Größen regelmäßig selbst ermitteln, um bestimmen zu können, ob sie sich beim Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik registrieren müssen. Damit geht der Vorteil einher, dass die entsprechenden Daten unternehmensin-

²⁶ Einzelheiten zu den Schätzverfahren und welche Verfahren im Einzelfall zur Anwendung kamen, wird in Abschnitt 1.2 des Anhangs beschrieben.

²⁷ Bundesregierung, BT-Drs. 19/26106, a. a. O., vgl. Fn. 9, S. 83.

tern nicht allein für die Monopolkommission ermittelt werden müssen, sodass die Bereitschaft, der Monopolkommission die entsprechenden Daten zur Verfügung zu stellen, aufgrund des vernachlässigbaren Mehraufwands, steigen könnte. Gehen Unternehmen jedoch davon aus, dass sie als Unternehmen im besonderen öffentlichen Interesse betrachtet werden, wenn sie im jüngsten Gutachten der Monopolkommission zu den „100 Größten“ zählten, könnte umgekehrt aber auch der Anreiz für Unternehmen bestehen, nicht in diese Liste aufgenommen zu werden. Derartige Anreize könnten der Monopolkommission die Erfüllung ihrer Aufgabe, die Unternehmenskonzentration in Deutschland zu beurteilen, erheblich erschweren, da sich die Datenlage in diesem Fall weiter verschlechtern würde. Die Monopolkommission regt daher an, Unternehmen, die die Voraussetzungen der Rechtsverordnung nach § 10 Absatz 5 für Unternehmen im besonderen öffentlichen Interesse erfüllen, zu verpflichten, der Monopolkommission die zur Berechnung der inländischen Wertschöpfung benötigten Daten auf Anfrage zur Verfügung zu stellen.

1.1.4 Aufbau der Berichterstattung zur aggregierten Unternehmenskonzentration

17. In einem ersten Schritt werden in Abschnitt 1.2 die „100 Größten“ mit ihrer Wertschöpfung, der Anzahl der Beschäftigten und ihrem Geschäftsvolumen (inklusive Branchenzugehörigkeit) in Deutschland dargestellt. Anschließend werden die „100 Größten“ im Hinblick auf diese Kennzahlen analysiert. Dies schließt auch eine Gegenüberstellung mit gesamtwirtschaftlichen Vergleichsgrößen ein. Da Verflechtungen zwischen Großunternehmen ihre gesamtwirtschaftliche Bedeutung noch verstärken können, wird diese Analyse in den Abschnitten 1.3 und 1.4 um Untersuchungen zu den Kapital- und personellen Verflechtungen zwischen den „100 Größten“ ergänzt. In Abschnitt 1.5 wird zudem dargestellt, wie viele Zusammenschlussvorhaben Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ im Berichtszeitraum beim Bundeskartellamt angemeldet haben und wie viele Zusammenschlussvorhaben vom Bundeskartellamt freigegeben wurden. Aus dieser Betrachtung lassen sich Rückschlüsse auf das externe Wachstum der „100 Größten“ ziehen. Die Berichterstattung zur aggregierten Unternehmenskonzentration schließt in Abschnitt 1.6 mit einer branchenspezifischen Betrachtung von Großunternehmen, bei der das jeweilige branchenspezifische Geschäftsvolumen als Größenkriterium herangezogen wird

1.2 Die 100 größten Unternehmen in Deutschland

1.2.1 Zusammensetzung des Kreises der 100 größten Unternehmen

18. In Tabelle I.1 werden die 100 größten Unternehmen in Deutschland im Berichtsjahr 2020 dargestellt. Als Größenkriterium wurde die inländische Wertschöpfung verwendet. Zusätzlich zur inländischen Wertschöpfung werden in der Tabelle auch die Anzahl der Beschäftigten und das von inländischen Konzerngesellschaften generierte Geschäftsvolumen ausgewiesen. Dabei handelt es sich, abhängig von der Branchenzugehörigkeit des entsprechenden Unternehmens, um den Umsatz (bei Industrie-, Bau-, Handels- und Dienstleistungsunternehmen), um die Bilanzsumme (bei Kreditinstituten) oder um die Bruttobeitragseinnahmen (bei Versicherungen).

Tabelle I.1: Die nach inländischer Wertschöpfung 100 größten Unternehmen im Berichtsjahr 2020¹

Rang	Trend ²	Unternehmen ³	Wertschöpfung ⁴ in Mio. EUR	Veränderung in %	Beschäftigte	Geschäftsvolumen in Mio. EUR	Branche ⁵
1	—	Volkswagen AG	28.697	(- 8.9)	294.510	145.285	i
2	—	Daimler AG	16.584	(- 10.2)	166.599	103.442	i
3	↑	Siemens AG	12.462	(+ 3.4)	87.000	25.886	i
4	↑	Deutsche Telekom AG	10.732	(- 6.2)	89.032	24.730	d
5	—	Robert Bosch GmbH	10.700	(- 14.7)	131.827	46.773	i
6	↓	Deutsche Bahn AG	9.687	(- 27.4)	207.996	21.567	d

Rang	Trend ²	Unternehmen ³	Wertschöpfung ⁴ in Mio. EUR	Veränderung in %	Beschäftigte	Geschäfts- volumen in Mio. EUR	Branche ⁵
7	↓	Bayerische Motoren Werke AG	9.432	(- 33.7)	88.666	75.064	i
8	↑	Deutsche Post AG	8.956	(+ 9.8)	166.143	15.585	d
9	↓	INA-Holding Schaeffler GmbH & Co. KG ^E	7.223	(- 15.1)	58.809	10.198	i
10	↑	REWE-Gruppe	7.117*	(+ 8.7)	193.958	53.414	h
11	↑	Fresenius SE & Co. KGaA	6.682	(+ 27.1)	96.915	11.065	i
12	↑	SAP SE	5.774	(- 5)	22.183	16.233	d
13	↑	E.ON SE	5.576	(+ 44.2)	36.090	34.052	i
14	↑	Vonovia SE	5.484	(+ 19.8)	9.400	3.299	d
15	↓	Bayer AG	5.139	(- 33)	23.398	15.862	i
16	↑	Roche-Gruppe Deutschland	4.884*	(+ 32.1)	14.018	7.809	i
17	↑	EDEKA-Gruppe	4.742*	(+ 29.8)	402.000	61.434*	h
18	↑	Schwarz-Gruppe	4.672*	(+ 3.6)	150.000	41.500*	h
19	↓	Airbus-Gruppe Deutschland	4.198*	(- 23.5)	45.568	15.146,5	i
20	↓	Deutsche Bank AG	4.115	(- 36.5)	37.315	919.944	k
21	↓	ZF Friedrichshafen AG	4.021	(-19.6)	50.786	11.767	i
22	↑	Allianz SE	3.913	(+ 5.9)	39.768	28.940	v
23	↑	Commerzbank AG	3.746	(+ 15.5)	28.397	393.851	k
24	↑	C. H. Boehringer Sohn AG & Co. KG	3.674*	(+ 17.2)	15.011	11.825	i
25	↓	BASF SE	3.559	(- 45.1)	53.739	24.733	i
26	↑	Aldi-Gruppe	3.439*	(+ 5.6)	86.360	27.395*	h
27	↑	Bertelsmann SE & Co. KGaA	3.262	(+ 2.1)	33.054	6.468	d
28	↑	Asklepios Kliniken GmbH & Co. KGaA	3.239	(+ 32.1)	50.371	4.343	d
29	↑	RWE AG	3.130	(+ 124.1)	14.701	13.537	i
30	↑	AXA-Gruppe Deutschland	2.722	(+ 94.2)	9.138	11.095	v
31	↑	EnBW Energie Baden- Württemberg AG	2.701	(+ 18.7)	20.740	16.376	i
32	↑	KfW Bankengruppe	2.548	(+ 31.1)	7.382	546.384	k
33	↓	Münchener Rückversiche- rungs-Gesellschaft AG	2.454	(- 26.3)	18.636	36.601	v
34	↑	Ford-Gruppe Deutschland	2.372	(+ 10.9)	21.860	15.666	i
35	↓	thyssenkrupp AG	2.367	(- 45.7)	55.528	18.070	i
36	↓	Rethmann SE & Co. KG	2.357*	(+ 4.7)	45.278	9.055	d
37	↑	HGV Hamburger Gesell-	2.186*	(+ 13.7)	21.649	4.569	i

Rang	Trend ²	Unternehmen ³	Wertschöpfung ⁴ in Mio. EUR	Veränderung in %	Beschäftigte	Geschäfts- volumen in Mio. EUR	Branche ⁵
		schaft für Vermögens- und Beteiligungsma- nagement mbH					
38	↓	Evonik Industries AG	2.161	(- 31.4)	18.931	5.316	i
39	↑	STRABAG-Gruppe Deutschland	2.085*	(+ 9.7)	28.150	7.323	b
40	neu	Vodafone-Gruppe Deutschland	2.066		15.798	12.984	d
41	↑	Shell-Gruppe Deutschland	2.051*	(+ 12.7)	3.386	12.048	i
42	↓	Adolf Würth GmbH & Co. KG	2.024	(+ 3.7)	24.514	6.073	h
43	↑	Sana Kliniken AG	1.957	(+ 8.6)	30.574	2.924	d
44	↓	IBM-Gruppe Deutschland	1.944	(- 2.2)	8.728	3.968	i
45	↓	Merck KGaA	1.938	(- 47)	12.829	4.638	i
46	↑	Carl Zeiss AG	1.936*	(+ 70.5)	13.794	4.336	i
47	↑	DZ Bank AG	1.935	(+ 39.2)	29.017	553.946	k
48	↑	UniCredit-Gruppe Deutschland	1.787	(+ 23.9)	11.043	277.503	k
49	↓	Sanofi-Gruppe Deutschland	1.707	(- 16.1)	8.109	4.643	i
50	↓	Otto Group	1.678	(+ 7)	26.822	10.425	h
51	↑	Liebherr-International- Gruppe Deutschland	1.660*	(+ 34.1)	20.891	6.014	i
52	neu	Hapag-Lloyd AG	1.586		3.600	12.589	d
53	↓	PricewaterhouseCoopers Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungs- gesellschaft	1.571	(+ 8.3)	12.108	2.410	d
54	↓	ING-Gruppe Deutschland	1.546*	(- 19.9)	5.059		k
55	↑	DEERE-Gruppe Deutschland	1.447	(+ 60.5)	9.928	6.662	i
56	↓	Henkel AG & Co. KGaA	1.442	(- 7.4)	8.693	3.328	i
57	↑	KPMG AG Wirtschaftsprü- fungsgesellschaft	1.431	(+ 5.2)	12.270	1.810	d
58	↑	Deutsche Börse AG	1.412	(+ 13.2)	2.900	2.385	d
59	neu	Amazon-Gruppe Deutschland	1.388*		29.641*	4.768*	h
60	↑	Bayerische Landesbank	1.382	(+ 4.1)	7.694	251.271	k
61	↓	Deloitte GmbH Wirtschaftsprüfungs- gesellschaft	1.310	(- 3)	8.813	1.656	d

Rang	Trend ²	Unternehmen ³	Wertschöpfung ⁴ in Mio. EUR	Veränderung in %	Beschäftigte	Geschäfts- volumen in Mio. EUR	Branche ⁵
62	↑	EWE AG	1.304	(+ 23.6)	9.016	5.577	i
63	↑	Ernst & Young GmbH Wirtschaftsprüfungs- gesellschaft ⁶	1.290	(+ 11.4)	11.300	2.116	d
64	↑	Landesbank Baden- Württemberg	1.283	(+ 25.8)	8.822	261.699	k
65	↑	Philip Morris Internatio- nal-Gruppe Deutschland ^E	1.272	(+ 22.5)	1.487	2.566	i
66	↑	Stadtwerke München GmbH	1.269	(+ 2.7)	10.777	7.483	i
67	neu	Generali-Gruppe Deutschland	1.269*		9.486	14.418	v
68	↑	B. Braun SE ⁷	1.231	(+ 12.9)	15.866	3.747	i
69	↓	Salzgitter AG	1.218	(- 32.3)	18.109	6.426	i
70	↓	DEKRA SE	1.208*	(- 9.8)	19.919	1.960	d
71	neu	HDI Haftpflichtverband der Deutschen Industrie V.a.G.	1.203*		9.670	8.547	v
72	↓	HUK-COBURG	1.200	(+ 3.2)	10.255	8.050	v
73	↑	dm-drogerie markt Verwaltungs-GmbH	1.175	(+ 9.8)	23.620	7.389	h
74	↓	maxingvest AG	1.167*	(- 5.9)	13.834	3.671	i
75	↑	Rolls-Royce-Gruppe Deutschland	1.146*	(+ 3.3)	9.800	935	i
76	neu	Dirk Rossmann GmbH	1.126*		22.876	6.706	h
77	↑	HELLA GmbH & Co. KGaA ⁸	1.107	(+ 4.4)	8.657	2.588	i
78	neu	TenneT TSO GmbH	1.092		2.287	3.903	i
79	↑	MAHLE GmbH	1.076	(+ 0.6)	11.999	2.523	i
80	↑	Stadtwerke Köln GmbH	1.067	(+ 4.8)	13.807	5.378	i
81	↑	Procter & Gamble-Gruppe Deutschland ⁵	1.058	(+ 4.6)	8.630	1.775	i
82	↑	Wacker Chemie AG	1.038	(- 0.7)	10.096	3.588	i
83	↑	Novartis-Gruppe Deutschland	1.017	(+ 3.4)	5.497	4.335	i
84	↓	United Internet AG	1.012*	(- 10)	7.929	4.884	d
85	↑	Linde-Gruppe Deutschland	999	(- 1.7)	6.128	3.522	i
86	neu	Infineon Technologies AG ^E	993		12.201	5.346	i
87	—	Axel Springer SE	992	(- 4.6)	8.067	1792	d
88	↓	Ceconomy AG	990	(- 36.5)	20.188	10.160	h

Rang	Trend ²	Unternehmen ³	Wertschöpfung ⁴ in Mio. EUR	Veränderung in %	Beschäftigte	Geschäfts- volumen in Mio. EUR	Branche ⁵
89	neu	Zalando SE	984		13.568	7.977	h
90	↓	LANXESS AG	978	(- 5.7)	7.557	3.863	i
91	↓	Versicherungskammer Bayern VÖR	973	(- 6.8)	5.824	9.358	v
92	↓	Adecco-Gruppe Deutschland	958	(- 25.7)	2.263	1.112	d
93	neu	Charité Universitäts- medizin Berlin KÖR	955		19.400	1.405	d
94	↑	VINCI-Gruppe Deutschland	954*	(- 5.3)	14.382	2.851	b
95	↓	Freudenberg & Co. KG	948	(- 13.9)	12.203	2.669	i
96	↓	Debeka-Gruppe	947	(- 10.8)	16.226	11.448	v
97	neu	Rhön-Klinikum AG	930		18.449	1.360	d
98	neu	Drägerwerk AG & CO. KGaA	928		7.350	2.392	i
99	neu	Telefónica-Gruppe Deutschland	926		8.271	7.532	d
100	↓	Vivantes - Netzwerk für Gesundheit GmbH	919	(- 18.8)	17.876	1.506	d

¹ Es werden die Daten des den 30. Juni 2020 einschließenden Geschäftsjahres für die Erhebung zugrunde gelegt.

² Der Trend bezieht sich auf die Veränderung des Ranges gegenüber dem Geschäftsjahr 2018: Das Zeichen ↑ bedeutet, dass das Unternehmen im Jahr 2020 auf einem höheren Rang als im Jahr 2018 zu finden ist, ↓ entsprechend auf einem geringeren Rang. Das Zeichen — zeigt an, dass sich der Rang im Jahr 2020 gegenüber dem Jahr 2018 nicht verändert hat. Wird in der entsprechenden Spalte (neu) angezeigt, war das Unternehmen im Jahr 2018 nicht unter den „100 Größten“.

³ Mit ^s gekennzeichnete Angaben beziehen sich auf den Summenabschluss; ^e steht für den Einzelabschluss.

⁴ Wenn nicht anders vermerkt, Wertschöpfung der konsolidierten inländischen Konzerngesellschaft. Sofern eine Zahlenangabe mit einem * versehen ist, bedeutet dies, dass die Wertschöpfung des Unternehmens in dem betreffenden Jahr geschätzt werden musste. Die für die entsprechenden Fälle herangezogenen Schätzmethoden werden in den Anlagen zu diesem Gutachten dargestellt.

⁵ Die Unternehmen werden entsprechend ihres Hauptgeschäftsfelds einer der Branchen Industrie (i), Bau (b), Handel (h), Dienstleistungen (inklusive Verkehr) (d), Kreditwirtschaft (k) oder Versicherungswirtschaft (v) zugeordnet. Ist ein Unternehmen den Branchen Industrie, Bau, Handel oder Dienstleistungen zugeordnet, handelt es sich beim angegebenen Geschäftsvolumen um die konsolidierten Umsatzerlöse der inländischen Konzerngesellschaften, d. h. die konsolidierten Umsätze der inländischen Konzerngesellschaften inklusive der Umsätze mit ausländischen verbundenen Unternehmen. Bei Kreditinstituten wird die Bilanzsumme, bei Versicherungsunternehmen werden die Beitragseinnahmen angegeben. Ist eine Angabe mit einem * versehen, so handelt es sich um einen Schätzwert.

⁶ 2018: Ernst & Young-Gruppe Deutschland

⁷ 2018: B.Braun Melsungen AG

⁸ 2018: Hella KGaA Hueck & Co.

Quelle: Eigene Erhebungen

19. Das Berichtsjahr 2020 ist geprägt von den wirtschaftlichen Folgen der COVID-19-Pandemie. Exemplarisch kann hier das Ausscheiden der Lufthansa und des Frankfurter Flughafens aus dem Kreis der „100 Größten“ angeführt werden. Die inländische Wertschöpfung von Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide sank um knapp 69 Prozent, diejenige von Deutsche Lufthansa AG sogar um 91 Prozent. Die Deutsche Lufthansa AG, die im Berichtsjahr 2018 noch das elftgrößte Unternehmen in Deutschland war, ist damit im Berichtsjahr 2020 nicht mehr

unter den „100 Größten“ vertreten. Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide, im Berichtsjahr 2018 noch auf Platz 50 der größten Unternehmen in Deutschland zu finden, gehört im Berichtsjahr 2020 ebenfalls nicht mehr zu den „100 Größten“. Aus dem Kreis der „100 Größten“ ausgeschieden sind neben diesen beiden Unternehmen auch die folgenden Unternehmen (Rang 2018 in Klammern): Adidas AG (51), Hamburg Commercial Bank AG (54), PSA-Gruppe Deutschland (55), ExxonMobil-Gruppe Deutschland (63), Rheinmetall AG (65), AVECO Holding AG (66), KION GROUP AG (79), ABB-Gruppe Deutschland (93), Saint-Gobain-Gruppe Deutschland (97), Krones AG (98), Vattenfall-Gruppe Deutschland (99).

20. Das Ausscheiden dieser Unternehmen hat unterschiedliche Gründe. So kam es bei der Hamburg Commercial Bank AG und der PSA-Gruppe zu Änderungen in Bezug auf die Eigentümer der Unternehmen. Die Hamburg Commercial Bank AG wurde inzwischen privatisiert und die Produktion der Automobilmarke Opel, die die Wertschöpfung der PSA-Gruppe in Deutschland generierte, wurde von Stellantis N.V. übernommen. Das Ausscheiden der AVECO Holding AG dürfte dagegen erhebungstechnisch bedingt sein. Die Wertschöpfung des inländischen Konzerns konnte im Berichtsjahr 2018 noch geschätzt werden. Für das Berichtsjahr 2020 war dies jedoch nicht weiter möglich, da die notwendigen Daten nicht ermittelt werden konnten. Umgekehrt musste für die ABB-Gruppe Deutschland im Berichtsjahr 2018 eine Schätzung der inländischen Wertschöpfung vorgenommen werden. Im Berichtsjahr 2020 hat das Unternehmen die notwendigen Daten übermittelt, sodass keine Schätzung vorgenommen werden musste. Ob die Schätzung im Berichtsjahr 2018 zu hoch ausfiel oder die Wertschöpfung im Zeitverlauf tatsächlich gesunken ist, bleibt daher unklar.

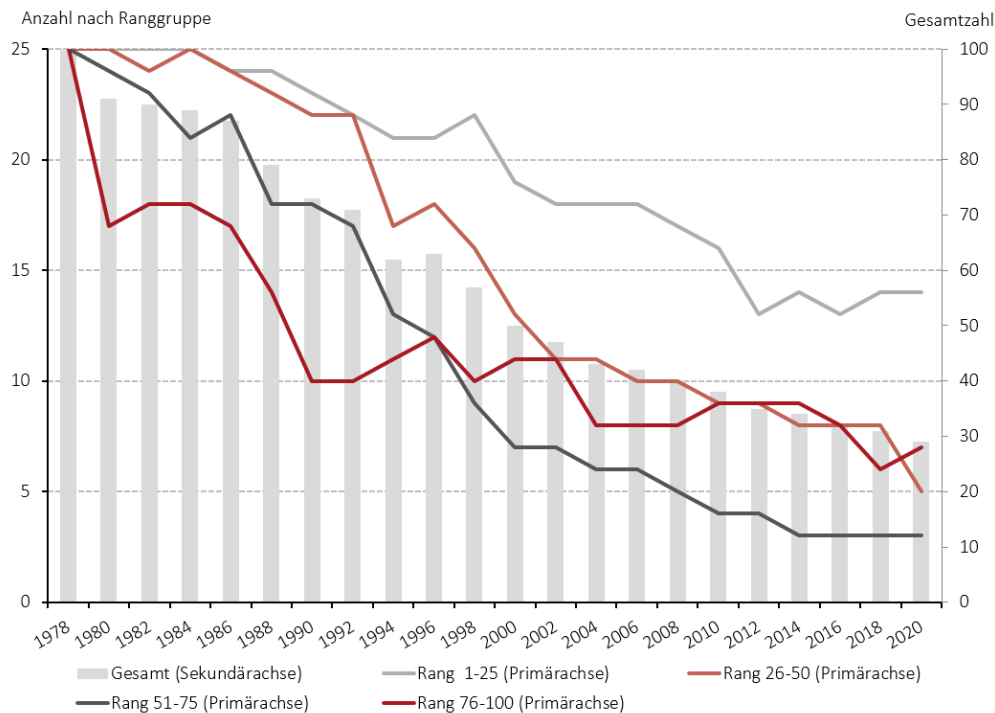
21. Im Berichtsjahr 2020 neu in den Kreis der „100 Größten“ eingetreten sind die folgenden Unternehmen (Rang 2020 in Klammern): Vodafone-Gruppe Deutschland (40), Hapaq-Lloyd AG (52), Amazon-Gruppe Deutschland (59), Generali-Gruppe Deutschland (67), HDI Haftpflichtverband der Deutschen Industrie V.a.G. (71), Dirk Rossmann GmbH (76), TenneT TSO GmbH (78), Infineon Technologies AG (86), Zalando SE (89), Charité Universitätsmedizin Berlin KöR (93), Rhön-Klinikum AG (97), Drägerwerk AG & CO. KGaA (98), Telefónica-Gruppe Deutschland (99). Hervorzuheben sind hier die Eintritte von Amazon und Zalando als Unternehmen, die im Internet-Handel tätig sind und somit in Zeiten der COVID-19-Pandemie eine positive wirtschaftliche Entwicklung erfahren haben. In Bezug auf die Amazon-Gruppe Deutschland muss allerdings darauf hingewiesen werden, dass die im vorliegenden Gutachten berichteten Zahlen für den inländischen Konzern gegebenenfalls zu hoch ausfallen. Grund hierfür ist, dass Amazon der Monopolkommission wie in den früheren Berichtsjahren auch für das Berichtsjahr 2020 keine Daten zum inländischen Konzern zur Verfügung gestellt hat. Daher wurden die größten Tochtergesellschaften von Amazon mit Sitz in Deutschland zusammengefasst. Dieses Verfahren entspricht in seiner Methodik einer von der Monopolkommission regelmäßig angewendeten Methode.²⁸ Die Anzahl der zusammengefassten Unternehmen ist mit 28 Unternehmen jedoch vergleichsweise groß, sodass die Gefahr von Doppelerfassungen, beispielsweise aufgrund von Umsätzen zwischen einzelnen Tochterunternehmen, steigt.

22. Die Veränderungen in der Zusammensetzung des Kreises der „100 Größten“ im Berichtsjahr 2020 haben überwiegend in der unteren Hälfte der Rangliste, d. h. in den Rängen 50 bis 100, stattgefunden. Dies passt zu der Beobachtung früherer Berichtsjahre, dass insbesondere sehr große Unternehmen ihre wirtschaftliche Position im Zeitverlauf festigen konnten. Abbildung I.1 verdeutlicht dies. Die grauen Säulen zeigen für das jeweilige Berichtsjahr an, wie viele der Unternehmen, die im jeweiligen Berichtsjahr unter den „100 Größten“ waren, bereits zu Beginn der Berichterstattung im Jahr 1978 zu diesem Kreis zählten. Beispielsweise gehörten im Jahr 2020 insgesamt 29 Unternehmen zum Kreis der „100 Größten“, die bereits im Jahr 1978 zu diesem Kreis gehörten. Abbildung I.1 stellt darüber hinaus auch dar, wie sich die Unternehmen in Abhängigkeit von der Ranggruppe, in der sie zu Beginn der Berichterstattung zu finden waren, entwickelt haben. Die Linien bilden für jede Ranggruppe die Anzahl der im Kreis der „100 Größten“ verbliebenen Unternehmen im jeweiligen Berichtsjahr ab. Hier zeigt sich der Trend, dass insbesondere die größten Unternehmen im Zeitverlauf ihre wirtschaftliche Position festigen konnten. Von den größten 25 Unternehmen aus dem Jahr 1978 sind im Berichtsjahr 2020 noch 14 Unternehmen unter den

²⁸ Vgl. zu den Methoden zur Schätzung der inländischen Wertschöpfung Abschnitt 1.2 des Anhangs.

„100 Größten“. Aus den übrigen Ranggruppen des Jahres 1978 sind dagegen im Durchschnitt nur etwa fünf Unternehmen im Jahr 2020 noch unter den „100 Größten“ zu finden.

Abbildung I.1: Anzahl der Unternehmen, die 1978 und im jeweiligen Berichtsjahr unter den „100 Größten“ waren



Quelle: Eigene Erhebungen

1.2.2 Die gesamtwirtschaftliche Bedeutung der „100 Größten“

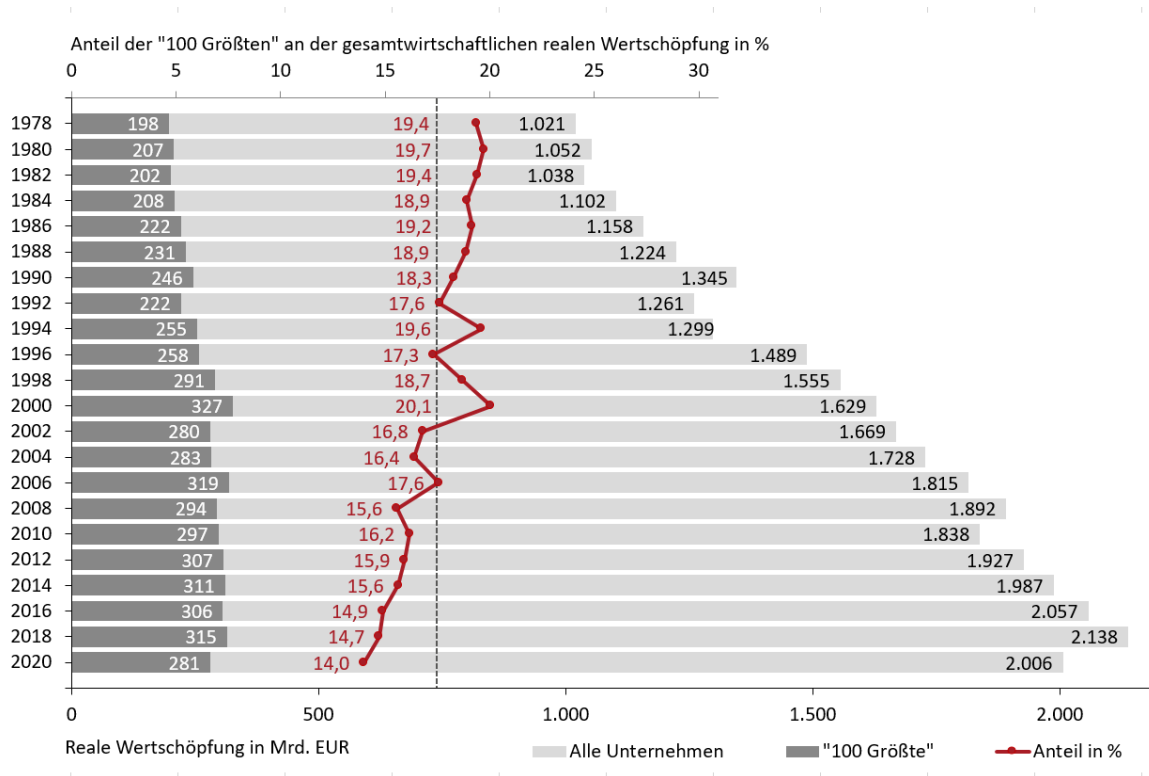
23. Im Folgenden werden die für das Berichtsjahr 2020 ermittelten 100 größten Unternehmen in Deutschland hinsichtlich ihrer gesamtwirtschaftlichen Bedeutung analysiert. Zunächst wird der Anteil der „100 Größten“ an der gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfung ermittelt. Anschließend wird die Anzahl der bei den „100 Größten“ Beschäftigten den Beschäftigten aller Unternehmen in Deutschland gegenübergestellt. Zuletzt wird auch eine Untersuchung der Bedeutung einzelner Branchen innerhalb der „100 Größten“ durchgeführt. Die Ergebnisse dieser Analysen sind allerdings vor dem Hintergrund der weltweiten COVID-19-Pandemie im Jahr 2020 zu interpretieren. Von den im Vergleich zum Berichtsjahr 2018 zu beobachtenden Veränderungen kann insofern nicht auf langfristige Entwicklungen geschlossen werden.

Anteil an der Wertschöpfung

24. Der Anteil der „100 Größten“ an der gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfung wird ermittelt, indem die inländische Wertschöpfung der „100 Größten“ aggregiert und der gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfung gegenübergestellt wird. Die Entwicklung beider, um Preisentwicklungen bereinigter, Größen im Zeitverlauf seit 1978 zeigt Abbildung I.2. Die Werte für das Jahr 2020 spiegeln die wirtschaftlichen Folgen der COVID-19-Pandemie wider. So ist die reale Wertschöpfung aller Unternehmen in Deutschland gegenüber dem Berichtsjahr 2018 um 6,2 Prozent auf EUR 2.005,7 Mrd. gesunken. Die Wertschöpfung der „100 Größten“ ist im selben Zeitraum um 10,8 Prozent auf EUR 280,8 Mrd. gesunken. Aufgrund des im Vergleich zur realen Wertschöpfung aller Unternehmen stärkeren Rückgangs der inländischen Wertschöpfung der „100 Größten“ ist der Anteil der „100 Größten“ an der gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfung zurückgegangen. Er sank um etwa 0,7 Prozentpunkte auf 14 Prozent. Damit setzt sich der Trend der vergangenen Berichtsjahre fort (vgl. rote Linie in Abbildung I.2). In den letzten zehn Berichtsjahren ist der Anteil der „100 Größten“ um etwa 12 Prozent gesunken und liegt damit im Mittel bei etwa 15 Prozent.

Im Vergleich zu den ersten zehn Berichtsjahren, in denen er im Mittel bei mehr als 19 Prozent lag, ist er somit deutlich gesunken.

Abbildung I.2: Entwicklung der Wertschöpfung im Zeitraum 1978 bis 2020



Anm.: Bis 2002 ist die gesamtwirtschaftliche Vergleichsgröße die preisbereinigte Nettowertschöpfung, ab 2004 die preisbereinigte Bruttowertschöpfung ohne Staatssektor, private Organisationen ohne Erwerbszweck und zusätzlich ohne Grundstücks- und Wohnungswesen. Die Deflationierung erfolgte mithilfe des impliziten Preisindex der gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfung (Vorjahrespreisbasis, Referenzjahr: 2015; Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage von Daten des Statistischen Bundesamtes, Fachserie 18 Reihe 1.5, S. 53, Rechenstand November 2021). Detaillierte Angaben zu den abgebildeten Größen sind im Anhang zu diesem Gutachten zu finden.

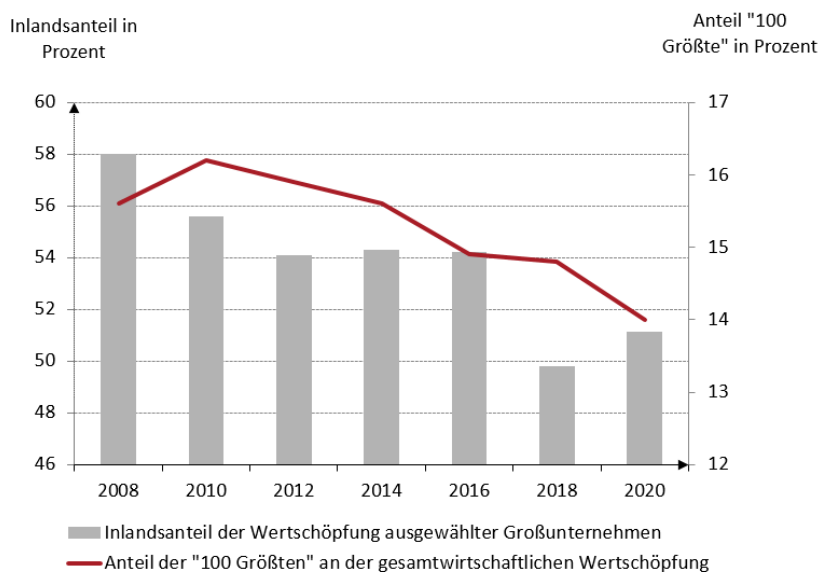
Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage eigener Erhebungen sowie von Daten des Statistischen Bundesamtes

25. Aufgrund der Internationalisierung von Produktions- und Beschaffungsprozessen wird regelmäßig ein Teil der Wertschöpfung eines Unternehmens im Ausland erwirtschaftet. Die inländische Wertschöpfung der Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ bildet daher häufig nur einen Teil ihrer gesamten Wertschöpfung ab. Die Bedeutung der in Deutschland ansässigen Konzerngesellschaften für den gesamten Konzern kann anhand des Anteils des inländischen Geschäfts der „100 Größten“ an ihrem gesamten Geschäft eingeschätzt werden. Wie in den vergangenen Berichtsjahren wurden für diese Betrachtung diejenigen Unternehmen ausgewählt, die in den Wirtschaftsbereichen Industrie, Handel und Dienstleistungen (inklusive Verkehr) tätig sind und eine Konzernobergesellschaft im Inland haben. Um eine größere Vergleichbarkeit herzustellen, wurden zudem nur diejenigen Unternehmen ausgewählt, die in den Berichtsjahren 2018 und 2020 unter den „100 Größten“ waren. Insgesamt wurden anhand dieser Kriterien 53 Unternehmen identifiziert und analysiert.

26. Im Berichtsjahr 2020 lag der Inlandsanteil der betrachteten 53 Unternehmen bei 51,1 Prozent und ist damit gegenüber dem Berichtsjahr 2018 um etwa 1,3 Prozentpunkte gestiegen. Dies kann gegebenenfalls eine Folge der COVID-19-Pandemie sein, die das Aufrechterhalten internationaler Lieferketten im Jahr 2020 erschwerte. Dennoch liegt der Inlandsanteil weiterhin unterhalb des Mittelwerts der vergangenen Berichtsjahre. Der Mittelwert seit

dem Berichtsjahr 2008 liegt bei 53,9 Prozent.²⁹ Abbildung I.3 zeigt anhand der grauen Balken, dass sich der Inlandsanteil seit dem Berichtsjahr 2008 tendenziell rückläufig entwickelt. Abbildung I.3 zeigt auch, dass der Wertschöpfungsanteil der „100 Größten“ im selben Zeitraum ebenfalls zurückgegangen ist (rote Linie). Insofern hat einerseits die Bedeutung der in Deutschland ansässigen Konzerngesellschaften für den gesamten Konzern bei den Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ seit dem Berichtsjahr 2008 tendenziell abgenommen und gleichzeitig auch die Bedeutung dieser Unternehmen für die Gesamtwirtschaft. Es stellt sich daher die Frage, ob die Internationalisierung der Produktionsprozesse zu einem Rückgang der aggregierten Unternehmenskonzentration in Deutschland führt.

Abbildung I.3: Inlandsanteil und Wertschöpfungsanteil von Großunternehmen

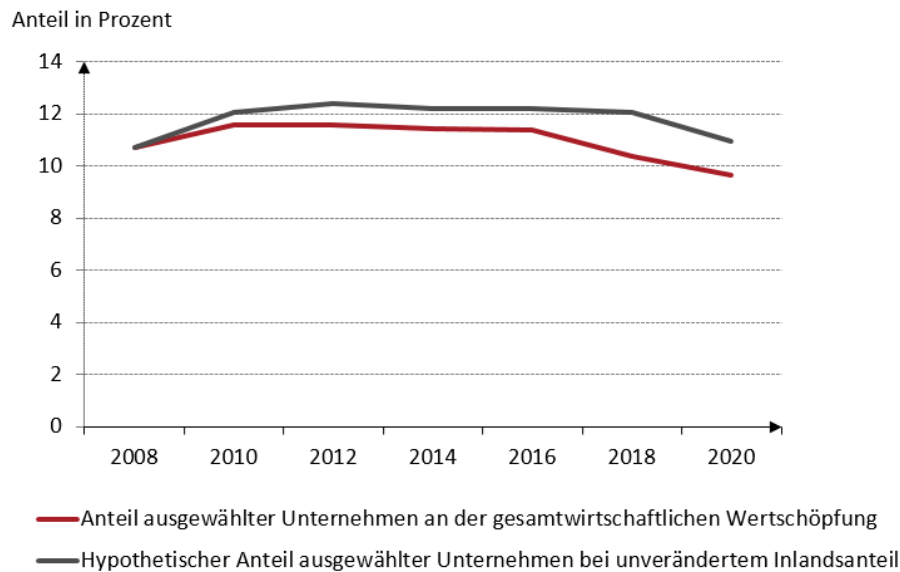


Anm.: Ausgewählt wurden jeweils diejenigen Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“, die den Wirtschaftsbereichen Industrie, Handel und Dienstleistungen (inklusive Verkehr) angehörten, eine Konzernobergesellschaft im Inland hatten und im jeweils vorangegangenen Berichtsjahr ebenfalls unter den „100 Größten“ waren.

Quelle: Eigene Erhebungen

27. Um zu prüfen, ob die Entwicklung der aggregierten Konzentration mit einer Verlagerung von Produktionsstätten der Großunternehmen zusammenhängen könnte, kann betrachtet werden, wie sich der Anteil der ausgewählten Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ an der inländischen Wertschöpfung entwickelt hätte, wenn der Inlandsanteil dieser Unternehmen unverändert geblieben wäre. Abbildung I.4 deutet darauf hin, dass der Anteil an der Wertschöpfung der Großunternehmen an der Wertschöpfung in den vergangenen Berichtsjahren größer ausgefallen wäre, hätte sich der Inlandsanteil dieser Unternehmen seit 2008 nicht verändert (vgl. graue Linie). Der tatsächliche Anteil an der inländischen Wertschöpfung, dargestellt durch die rote Linie, liegt in allen betrachteten Jahren unterhalb des hypothetischen Wertschöpfungsanteils, den die Unternehmen bei unverändertem Inlandsanteil erzielt hätten. Insofern könnte der Rückgang der aggregierten Konzentration mit einer Verlagerung von Produktionsstätten der „100 Größten“ zusammenhängen. Allerdings muss berücksichtigt werden, dass aus diesen deskriptiven Beobachtungen kein kausaler Zusammenhang abgeleitet werden kann.

²⁹ Der durchschnittliche Inlandsanteil ausgewählter Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ wurde in vergleichbarer Weise erstmals für das Berichtsjahr 2008 ermittelt.

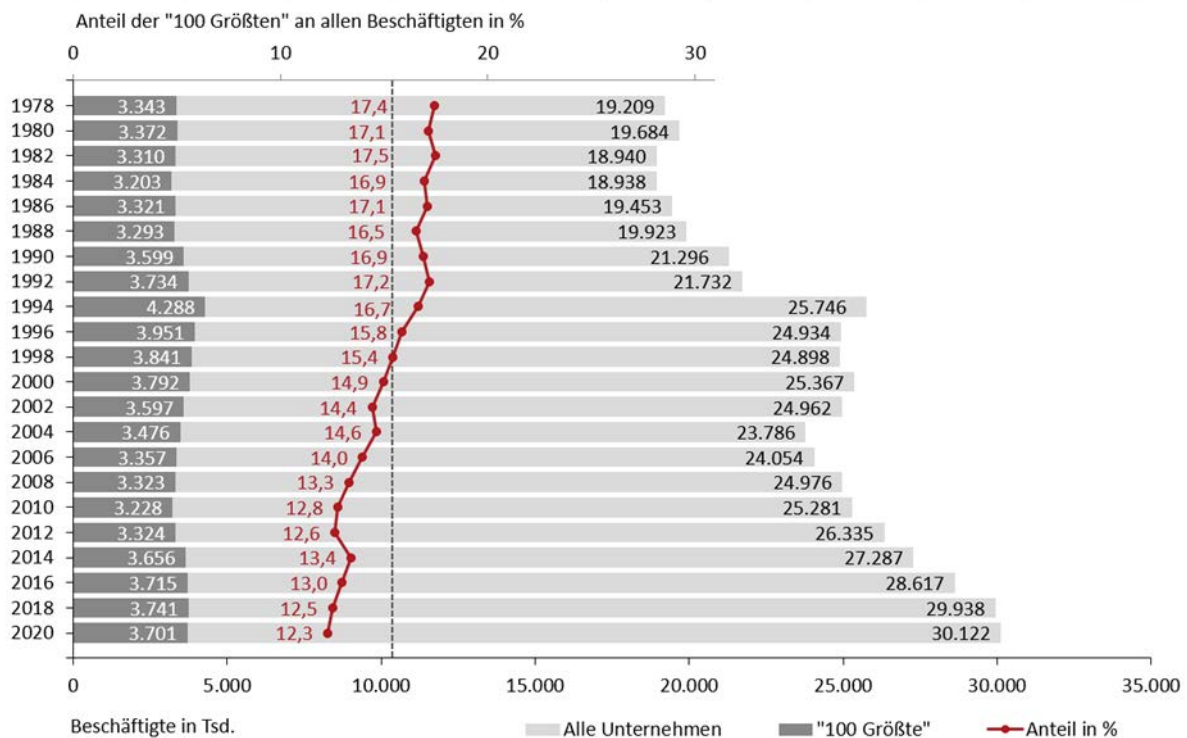
Abbildung I.4: Anteil ausgewählter Unternehmen an der inländischen Wertschöpfung

Anm.: Ausgewählt wurden jeweils diejenigen Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“, die den Wirtschaftsbereichen Industrie, Handel und Dienstleistungen (inklusive Verkehr) angehörten, eine Konzernobergesellschaft im Inland hatten und im jeweils vorangegangenen Berichtsjahr ebenfalls unter den „100 Größten“ waren.

Quelle: Eigene Erhebungen

Anteil an der Beschäftigung

28. Zusätzlich zum Wertschöpfungsanteil wird der Anteil an den Beschäftigten in Deutschland untersucht, um die aggregierte Unternehmenskonzentration zu beurteilen. In Abbildung I.5 wird die Summe aller im Inland Beschäftigten der „100 Größten“ der Gesamtzahl aller von Unternehmen in Deutschland sozialversicherungspflichtig Beschäftigten im Zeitverlauf gegenübergestellt (graue Balken). Das rote Diagramm zeigt zudem den Anteil der im Inland Beschäftigten der „100 Größten“ an der Gesamtzahl aller von Unternehmen in Deutschland sozialversicherungspflichtig Beschäftigten. Da die Wertschöpfung über den Personalaufwand stark mit der Wertschöpfung zusammenhängt, ist hier eine ähnliche Entwicklung wie in Abbildung I.3 zu erkennen, die den Anteil der „100 Größten“ an der Wertschöpfung zeigt. Im Zeitverlauf ist jeweils eine rückläufige Entwicklung des Anteils der „100 Größten“ erkennbar. Wie im vorangegangenen Berichtszeitraum ist die Gesamtzahl aller von Unternehmen in Deutschland sozialversicherungspflichtig Beschäftigten gestiegen. Die Zahl der von den „100 Größten“ im Inland Beschäftigten ist dagegen erstmalig seit 2010 wieder gesunken. Daher setzt sich der Rückgang des Anteils der „100 Größten“ an den im Inland Beschäftigten weiter fort. Er sinkt im Vergleich zum Berichtsjahr 2018 um 1,7 Prozent auf 12,3 Prozent.

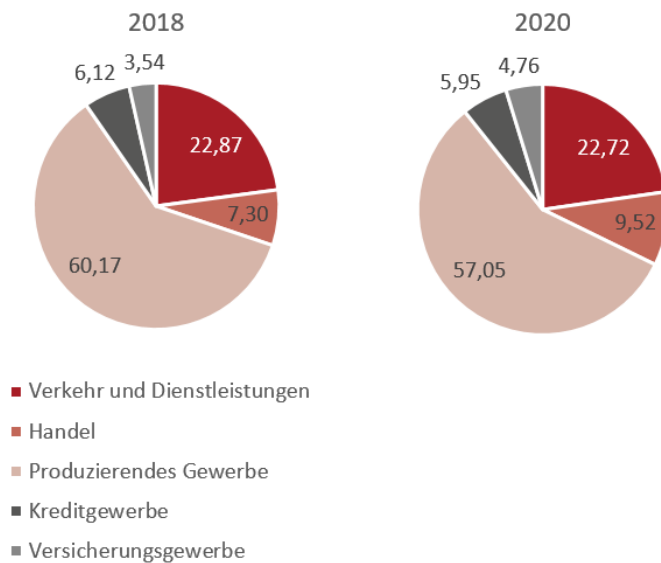
Abbildung I.5: Entwicklung der Beschäftigung der Unternehmen in Deutschland im Zeitraum 1978 bis 2020

Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage eigener Erhebungen sowie von Auswertungen des Statistischen Bundesamtes aus der Beschäftigungsstatistik der Bundesagentur für Arbeit

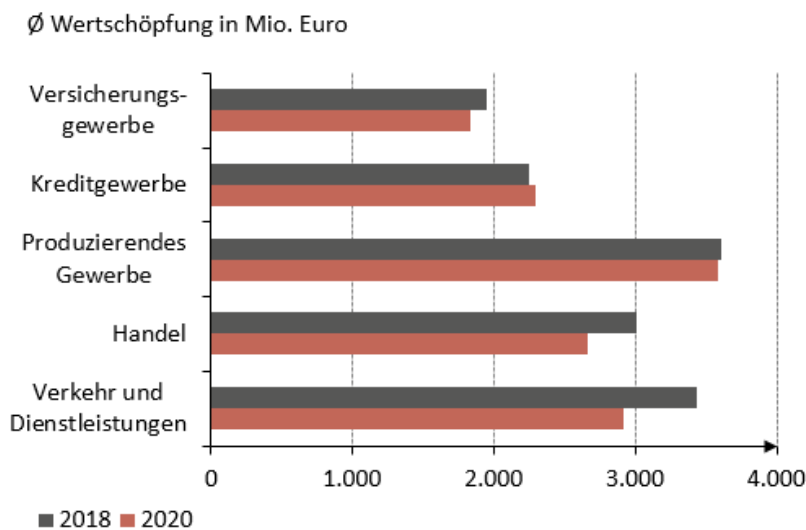
Anteil einzelner Branchen an der Wertschöpfung

29. Industrieunternehmen haben in Deutschland eine große Bedeutung für die wirtschaftliche Entwicklung und damit auch für politische Entscheidungsträger. Abbildung I.6 zeigt den Anteil der Branchen an der Wertschöpfung der „100 Größten“ in den Jahren 2018 und 2020. Das produzierende Gewerbe erwirtschaftete in beiden Jahren einen wesentlichen Anteil an der Wertschöpfung der „100 Größten“. Zwar sank dieser Anteil gegenüber dem Berichtsjahr 2018 um etwa 3 Prozent, er macht jedoch weiterhin einen Anteil von mehr als 50 Prozent aus. Im Berichtsjahr 2020 gestiegen ist der Anteil des Handels an der Wertschöpfung der „100 Größten“. Dieser liegt nun bei 9,5 Prozent; das ist der höchste Wert seit 1978. Diese wie auch die im Folgenden beschriebenen Entwicklungen dürften zumindest teilweise eine Folge der COVID-19-Pandemie sein. Bei der Interpretation der Ergebnisse ist daher zu berücksichtigen, dass es sich nicht um dauerhaft zu erwartende Entwicklungen handelt.

30. Betrachtet man die durchschnittliche Wertschöpfung von Unternehmen der unterschiedlichen Branchen aus dem Kreis der „100 Größten“, wird deutlich, dass sich der Rückgang der inländischen Wertschöpfung nicht auf einzelne Branchen bezieht. Das Kreditgewerbe ist vielmehr die einzige Branche, deren Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ keinen Rückgang der durchschnittlichen Wertschöpfung zu verzeichnen haben. Bei den Unternehmen, die der Branche „Verkehr und Dienstleistungen“ zuzuordnen sind, ist der größte Rückgang der durchschnittlichen Wertschöpfung im Inland zu beobachten. Sie sank im Vergleich zum Berichtsjahr 2018 um etwa 15 Prozent und liegt im Berichtsjahr 2020 damit bei EUR 2.917 Mio. Die Handelsunternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ haben einen Rückgang ihrer inländischen Wertschöpfung um etwa 11,5 Prozent auf nun EUR 2.667 Mio. zu verzeichnen. Der Rückgang bei Industrieunternehmen ist im Vergleich dazu sehr moderat ausgefallen. Die durchschnittliche inländische Wertschöpfung dieser Unternehmen sank lediglich um EUR 25 Mio. auf EUR 3.588 Mio. Insgesamt bleibt somit festzuhalten, dass die Industrie unter den Großunternehmen in Deutschland weiterhin eine große wirtschaftliche Bedeutung hat und die Entwicklung der großen Industrieunternehmen somit auch für politische Entscheidungsträger von besonderer Bedeutung ist.

Abbildung I.6: Anteile der Branchen an der Wertschöpfung der „100 Größten“ in den Jahren 2018 und 2020

Quelle: Eigene Erhebungen

Abbildung I.7: Durchschnittliche Wertschöpfung der „100 Größten“ 2018 und 2020 nach Branchen

Quelle: Eigene Erhebungen

1.3 Anteilseigner und Kapitalverflechtungen der „100 Größten“

31. Die „100 Größten“ werden im Folgenden hinsichtlich ihrer Anteilseigner analysiert. Von Interesse sind dabei insbesondere Minderheitsbeteiligungen, die Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ an weiteren Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ halten, da derartige Verflechtungen die potenziellen Einflussmöglichkeiten auf gesamtwirtschaftliche Entwicklungen und politische Entscheidungen dieser Unternehmen verstärken können. Grund für diese Annahme ist, dass Unternehmen mit denselben Anteilseignern dem Anreiz unterliegen können, sich untereinander weniger kompetitiv zu verhalten, da die Anteilseigner weniger an der Maximierung des Gewinns jedes ihrer Beteiligungsunternehmen interessiert sein dürften, sondern vielmehr an der Maximierung des

Gesamtgewinns ihrer Beteiligungsunternehmen.³⁰ Zwar können Verflechtungen auch mit Effizienzgewinnen aufgrund einer Verbesserung der Koordination ökonomischer Aktivität einhergehen, gleichwohl ist das beschriebene Potenzial für eine Gleichrichtung von Interessen innerhalb des Kreises der „100 Größten“ bei der Beurteilung der aggregierten Konzentration zu berücksichtigen.

32. Trotz diverser Veröffentlichungspflichten in Bezug auf Kapitalbeteiligungen an anderen Unternehmen ist es in der Regel nicht möglich, die kumulierten Kapitalanteile aller Anteilseigner zu bestimmen.³¹ Aus diesem Grund wird zur Ermittlung der Anteilseigner der „100 Größten“ seit dem XX. Hauptgutachten die Datenbank „Orbis“ des Anbieters Bureau van Dijk verwendet.³² Im Rahmen der Ermittlung der Anteilseigner auf dieser Datengrundlage werden sowohl direkte als auch indirekte Beteiligungen berücksichtigt. Dabei werden indirekte Beteiligungen dem Unternehmen am obersten Ende der Beteiligungskette zugerechnet, wenn es gegebenenfalls zwischengeschaltete Beteiligungsgesellschaften mehrheitlich kontrolliert. Zudem beziehen sich die berichteten Kapitalanteile auf Stammaktien, die mit einem Stimmrecht verbunden sind.³³ Die Daten werden, wo notwendig, um Informationen aus Jahresabschlussberichten ergänzt bzw. korrigiert.

33. Anschließend werden die Anteilseigner mit den entsprechenden Kapitalanteilen den Kategorien „Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“, „identifizierte ausländische Investoren“, „öffentliche Hand“ und „Einzelpersonen bzw. Familien oder Familienstiftungen“, „Streubesitz“ und „Sonstige“ zugeordnet. Kapitalanteile von weniger als einem Prozent werden dabei der Kategorie Streubesitz zugeordnet.³⁴ Anteile inländischer Unternehmen, die nicht zu dem Kreis der „100 Größten“ gehören, sowie Kapitalanteile von Genossenschaften oder sonstige identifizierbare Anteile, die nicht den übrigen Kategorien zuzuordnen sind, werden der Kategorie „Sonstige“ zugeordnet.

34. Eine Besonderheit im Berichtsjahr 2020 stellt die Kategorie „Mehrheitlich im Besitz eines Unternehmens aus dem Kreis der „100 Größten“ dar. Dieser Kategorie ist üblicherweise kein Unternehmen zuzuordnen, da im Rahmen des vorliegenden Kapitels Unternehmensgruppen betrachtet werden. Ist ein Unternehmen A mehrheitlich im Besitz eines Unternehmens B, würde es im Rahmen der vorliegenden Berichterstattung der Unternehmensgruppe B zugerechnet.³⁵ Mitte des Berichtsjahrs 2020 wurde die Rhön-Klinikum AG von der Asklepios Kliniken GmbH & Co. KGaA übernommen, sodass die Rhön-Klinikum AG zum Ende des Berichtsjahres mehrheitlich im Besitz eines Unternehmens aus dem Kreis der „100 Größten“ war. In den Konzernabschluss der Asklepios Kliniken GmbH & Co. KGaA wurde die Rhön-Klinikum AG allerdings erst ab Mitte des Jahres 2020 einbezogen.³⁶ Daher wurde die Rhön-Klinikum AG im Berichtsjahr 2020 noch als eigenständiges Unternehmen in den Kreis der „100 Größten“ aufge-

³⁰ Reynolds, R.J./Snapp, B.R., The competitive effects of partial equity interests and joint ventures, International Journal of Industrial Organization, 4, 1986, S. 141–153; Monopolkommission, Wettbewerb 2016: XXI. Hauptgutachten der Monopolkommission, Baden-Baden, 2016, Kap. III.

³¹ Kapitalgesellschaften sind gemäß § 285 Nr. 11 HGB verpflichtet, im Anhang zum Jahresabschluss aufzuführen, wenn sie Anteile von mehr als 20 Prozent an anderen Unternehmen halten. Börsennotierte Kapitalgesellschaften sind hierzu bereits verpflichtet, wenn sie mehr als fünf Prozent der Stimmrechte an einer großen Kapitalgesellschaft halten (§ 285 Nr. 11b HGB). Bei Erreichen, Über- oder Unterschreiten von drei Prozent der Stimmrechte, muss ein Anteilseigner dies dem Emittenten von Wertpapieren und der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht mitteilen, § 33 Abs. 1 WpHG. Zudem ist diese Mitteilung zu veröffentlichen, wenn es sich bei dem Emittenten um eine Gesellschaft im Inland handelt, § 40 Abs. 1 WpHG.

³² Stand: März 2022.

³³ Es kann allerdings nicht ausgeschlossen werden, dass die berichteten Anteile auch für Dritte gehaltene Anteile einschließen, da die Datenbank „Orbis“ Informationen aus verschiedenen Quellen zusammenfasst.

³⁴ Die vorliegende Untersuchung weicht insofern von der Definition der Deutschen Börse AG ab, die kumulierte Kapitalanteile von weniger als 5 Prozent dem Streubesitz zurechnet. Zu den Einflussmöglichkeiten von Investoren mit Minderheitsbeteiligungen vgl. ausführlich Monopolkommission, Wettbewerb 2018: XXII. Hauptgutachten der Monopolkommission, Baden-Baden, 2018, Kap. II.4.

³⁵ Vgl. zum Begriff des Unternehmens im Rahmen der vorliegenden Untersuchung Tz. 7.

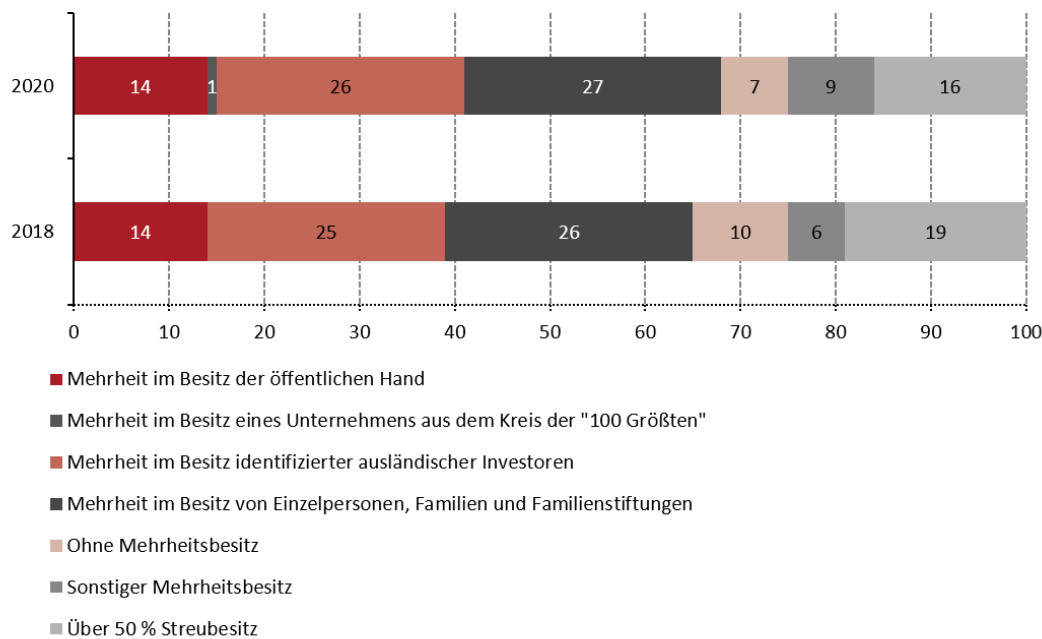
³⁶ Asklepios, Geschäftsbericht 2020, S. 76.

nommen und ist deshalb als einziges Unternehmen in der entsprechenden Anteilseigner-Kategorie zu finden (vgl. Abbildung I.8).

35. Abbildung I.8 zeigt, dass im Berichtsjahr 2020 mehr als die Hälfte der Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ mehrheitlich im Besitz von Einzelpersonen bzw. Familien(stiftungen) (27 Unternehmen) oder ausländischer Investoren (26 Unternehmen) waren. Gegenüber dem Berichtsjahr 2018 hat sich die Anzahl damit jeweils um ein Unternehmen erhöht. In beiden Kategorien handelt es sich überwiegend um Beteiligungen von 100 Prozent. Bei Unternehmen, die sich mehrheitlich im Besitz ausländischer Investoren befinden, bedeutet dies, dass es sich um Konzerneinheiten im Inland handelt, die vollständig einem ausländischen Mutterunternehmen zuzuordnen sind. Beispiele hierfür sind unter anderem die Vodafone-Gruppe Deutschland oder die Shell-Gruppe Deutschland. Bei Unternehmen, die sich zu 100 Prozent im Besitz von Einzelpersonen bzw. Familien(stiftungen) befinden, teilen sich die Anteile häufig auf mehrere Mitglieder einer Familie auf. Beispiele hierfür sind die Familien Rethmann und Würth. Abbildung I.9 stellt dar, welcher Anteil an der gesamten Wertschöpfung der „100 Größten“ von Unternehmen aus der entsprechenden Anteilseigner-Kategorie erwirtschaftet wurde. Unternehmen, die sich mehrheitlich im Besitz von Einzelpersonen bzw. Familien(stiftungen) befinden, erwirtschafteten mit etwa 30 Prozent den größten Anteil an der Wertschöpfung der „100 Größten“. Im Berichtsjahr 2018 wurde der größte Anteil dagegen noch von Unternehmen erwirtschaftet, die sich mehrheitlich im Streubesitz befanden. Ihr Anteil sank jedoch von etwa 33 Prozent auf nun unter 29 Prozent.

Abbildung I.8: Struktur der Anteilseigner der „100 Größten“ in den Jahren 2018 und 2020

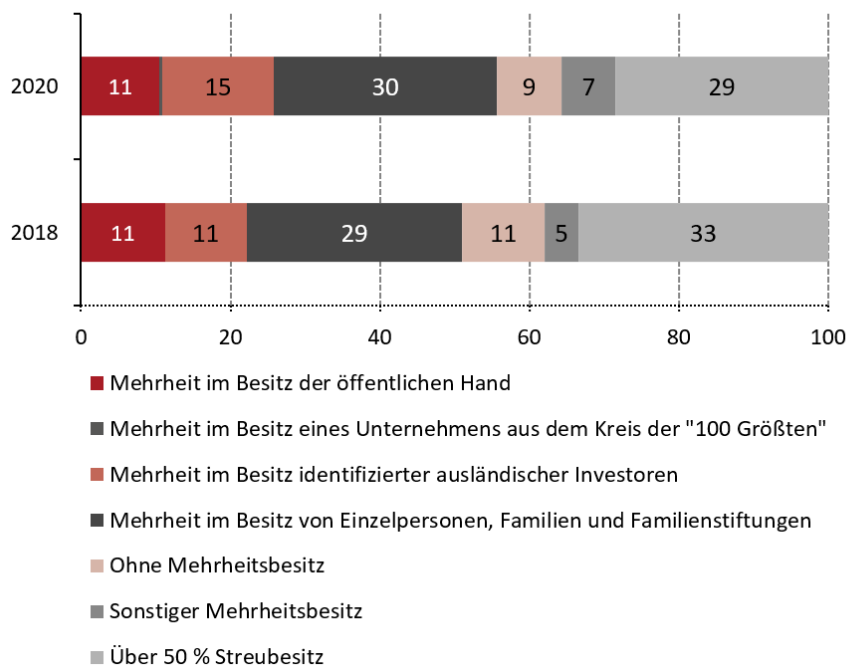
Anzahl der Unternehmen



Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage der Datenbank „Orbis“ des Anbieters Bureau van Dijk (Stand: März 2022)

Abbildung I.9: Wertschöpfungsanteil der „100 Größten“ nach Mehrheitsbesitz in den Jahren 2018 und 2020

Wertschöpfungsanteil in %

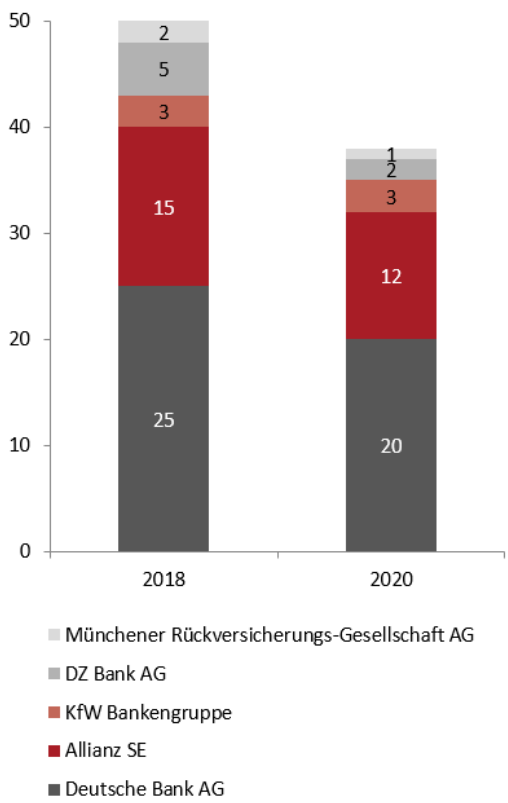


Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage der Datenbank „Orbis“ des Anbieters Bureau van Dijk (Stand: März 2022)

36. Neben der Struktur der Anteilseigner der „100 Größten“ sind im Rahmen der Analyse der aggregierten Konzentration insbesondere die Kapitalverflechtungen zwischen Unternehmen aus diesem Kreis von Interesse. Abbildung I.10 zeigt die Entwicklung derartiger Verflechtungen im Berichtszeitraum. Wie im Berichtsjahr 2018 halten

auch im Berichtsjahr 2020 die Deutsche Bank AG und die Allianz SE die größte Anzahl an Minderheitsbeteiligungen an Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“. Das Kapitalnetzwerk um diese beiden Unternehmen hat sich gegenüber dem Berichtsjahr 2018 allerdings verkleinert. Die Deutsche Bank AG hält im Berichtsjahr 2020 mit 20 Minderheitsbeteiligungen fünf Minderheitsbeteiligungen weniger als noch im Berichtsjahr 2018. Die Anzahl der Beteiligungsfälle der Allianz SE sank ebenfalls von 15 auf 12 Beteiligungsfälle. Damit erreicht die Anzahl der Beteiligungsfälle bei diesen beiden Unternehmen wieder in etwa die Werte des Berichtsjahrs 2016.

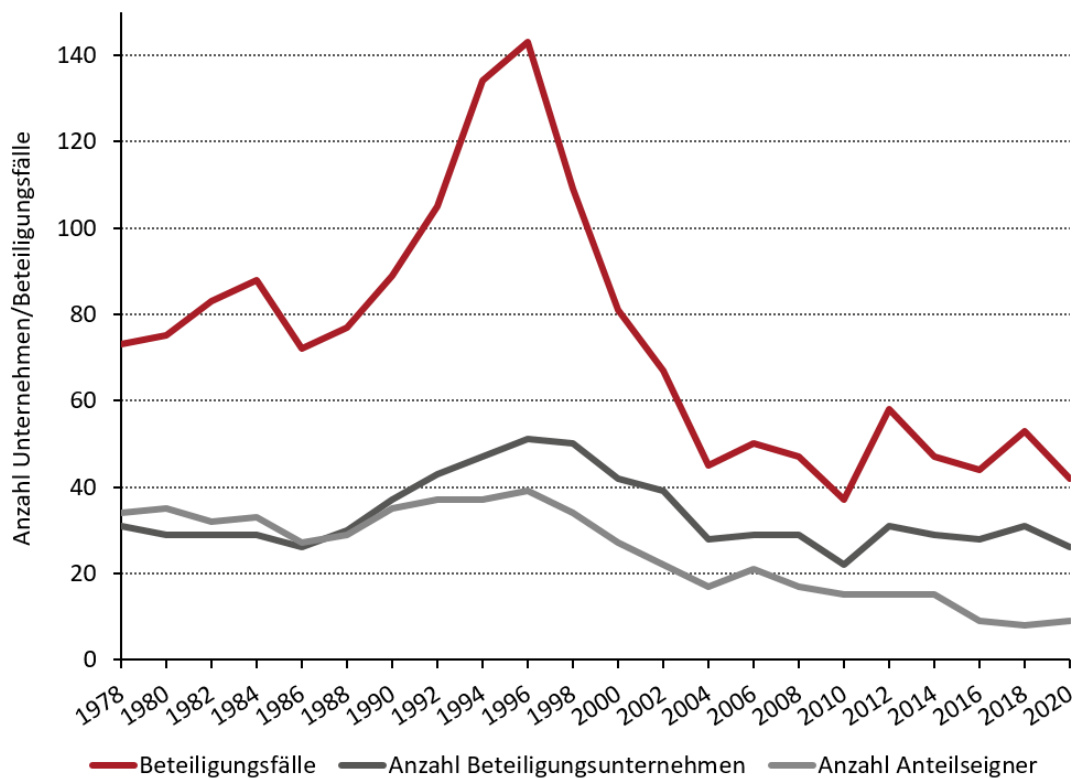
Abbildung I.10: Zahl der Beteiligungsfälle unter den „100 Größten“ in den Jahren 2018 und 2020



Anm.: Erfasst wurden Beteiligungsfälle von Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“, die in einem der Berichtsjahre an mehr als einem Unternehmen aus diesem Kreis beteiligt waren.

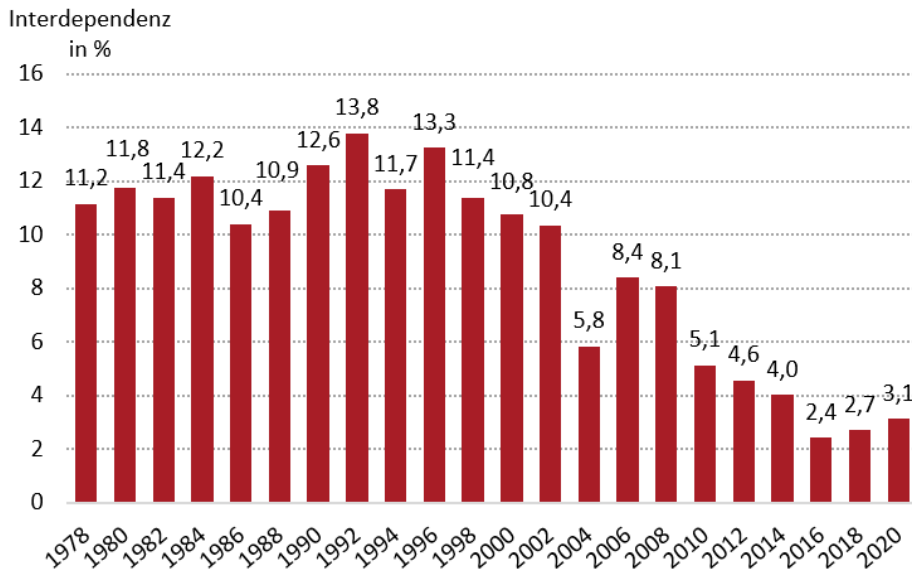
Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage der Datenbank „Orbis“ des Anbieters Bureau van Dijk (Stand: März 2022)

37. In Abbildung I.11 wird die Betrachtung der Kapitalverflechtungen zwischen den „100 Größten“ auf die Entwicklung seit 1978 ausgeweitet. Nachdem ab 1986 ein starker Anstieg der Kapitalverflechtungen zu beobachten war, der etwa zehn Jahre lang anhielt, bevor ein ebenso starker Rückgang folgte, sind seit etwa 2004 keine vergleichbaren Entwicklungen zu beobachten. Die Anzahl der Beteiligungsfälle im Berichtsjahr 2020 liegt bei 42. Das sind lediglich drei Beteiligungsfälle weniger als im Jahr 2004. Ebenso gibt es mit 26 Beteiligungsunternehmen im Berichtsjahr 2020 nur zwei Beteiligungsunternehmen weniger als im Jahr 2004. Bemerkenswert ist allerdings der stabile rückläufige Trend bei den Anteilseignern unter den „100 Größten“ seit dem Jahr 1996, als die Anzahl der Anteilseigner mit 39 ihren Höchststand erreichte. Im Berichtsjahr 2020 gibt es nur noch neun Anteilseigner von einer oder mehreren Minderheitsbeteiligungen an Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“, die selbst ebenfalls zu diesem Kreis zählen.

Abbildung I.11: Entwicklung der Kapitalverflechtungen zwischen den „100 Größten“ (1978 bis 2020)

Anm.: Da mit dem Berichtsjahr 2012 eine Umstellung der Datengrundlage erfolgte, sind die Werte ab dem Berichtsjahr 2012 nicht vollständig mit denjenigen der Vorjahre vergleichbar. Die Anzahl an Beteiligungsfällen gibt die Anzahl an Unternehmensverbindungen über Kapitalbeteiligungen an. Als Beteiligungsunternehmen wird ein Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ erfasst, wenn ein anderes Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ eine Kapitalbeteiligung an diesem Unternehmen hält, die ein Prozent übersteigt. Als Anteilseigner wird ein Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ erfasst, wenn es an einem weiteren Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ eine Kapitalbeteiligung hält, die ein Prozent übersteigt.

Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage veröffentlichter Geschäftsberichte und seit 2012 der Datenbank „Orbis“ des Anbieters Bureau van Dijk

Abbildung I.12: Wertschöpfungsanteil, der auf Kapitalverflechtungen zwischen den „100 Größten“ entfällt

Anm.: Die Interdependenz gibt an, welcher Wertschöpfungsanteil der „100 Größten“ auf Kapitalbeteiligungen von Unternehmen entfällt, die ebenfalls zu den „100 Größten“ gehören.

Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage veröffentlichter Geschäftsberichte und seit 2012 der Datenbank „Orbis“ des Anbieters Bureau van Dijk

38. Ergänzend zur Anzahl an Anteilseignern, Beteiligungsunternehmen und Beteiligungsfällen, stellt Abbildung I.12 dar, welcher Anteil an der Gesamtwertschöpfung der „100 Größten“ auf Kapitalbeteiligungen von Unternehmen entfällt, die ebenfalls zum Kreis der „100 Größten“ gehören (Interdependenzgrad). Der Interdependenzgrad bezieht insofern zum einen die Höhe der Kapitalbeteiligungen zwischen den „100 Größten“ ein und zum anderen die Wertschöpfung der Beteiligungsunternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“. So würde sich beispielsweise ein Interdependenzgrad von 100 Prozent ergeben, wenn jedes Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ einem oder mehreren anderen Unternehmen aus diesem Kreis gehören würde. Nachdem der Interdependenzgrad seit Mitte der 1990er Jahre tendenziell rückläufig war, ist er zuletzt zwar leicht angestiegen, erreicht mit 3,1 Prozent im Berichtsjahr 2020 allerdings weiterhin ein vergleichsweise geringes Ausmaß.

39. Die beschriebenen Analysen beziehen sich auf direkte Kapitalverflechtungen zwischen den „100 Größten“. Nicht betrachtet wurden indirekte Kapitalverflechtungen zwischen den „100 Größten“, die zustande kommen, wenn ein Unternehmen, das nicht zum Kreis der „100 Größten“ zählt, an mehr als einem Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ beteiligt ist (Common Ownership). Derartige Kapitalverflechtungen zwischen den „100 Größten“ hat die Monopolkommission für das Berichtsjahr 2018 untersucht. Im Jahr 2018 wurden etwa sieben Prozent des Gesamtkapitals der „100 Größten“ von Investoren gehalten, die an mehr als einem Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ beteiligt waren und dabei selbst nicht zu den „100 Größten“ zählten, wie beispielsweise BlackRock oder Vanguard. Die Bedeutung dieser Investoren war damit deutlich größer als diejenige der Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“, die an mehr als einem Unternehmen aus diesem Kreis beteiligt waren. Ihr Anteil am Gesamtkapital der „100 Größten“ lag im Berichtsjahr 2018 bei etwa zwei Prozent.³⁷

1.4 Personelle Verflechtungen der „100 Größten“

40. Unternehmen können nicht nur über Kapitalbeteiligungen miteinander verflochten sein, sondern auch über Personen in ihren Geschäftsführungs- und Kontrollgremien. Hält eine Person mit einem Geschäftsführungs- oder

³⁷ Monopolkommission, Wettbewerb 2020: XXIII. Hauptgutachten der Monopolkommission, Baden-Baden, 2020, Tz. 216 ff.

Kontrollmandat in einem Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ ein weiteres Mandat in einem anderen Unternehmen aus diesem Kreis, besteht über diese Person eine Verflechtung zwischen den betroffenen Unternehmen. Für die Beurteilung der aggregierten Unternehmenskonzentration sind derartige Verflechtungen von Interesse, da davon auszugehen ist, dass Personen, die Mandate in mehreren Unternehmen ausüben, am Erfolg jedes dieser Unternehmen interessiert sind. Insofern können personelle Verflechtungen eine Gleichrichtung von Interessen hervorrufen, die eine Konzentration wirtschaftlicher Verfügungsgewalt bei Großunternehmen verstärkt. Die Monopolkommission untersucht nachfolgend, bei welchen Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ einzelne Personen mehrere Mandate in Geschäftsführungs- und Kontrollgremien dieser Unternehmen ausüben.

41. Kapitalgesellschaften und bestimmte Personengesellschaften sind gemäß § 285 Nr. 10 HGB verpflichtet, alle Mitglieder des Geschäftsführungsorgans und des Aufsichtsrats im Anhang zu ihrem Jahresabschluss aufzuführen. Daher lassen sich die Mitglieder von Geschäftsführungs- und Kontrollgremien der „100 Größten“ in der Regel auf Grundlage der veröffentlichten Geschäftsberichte ermitteln. Da sich die Untersuchung der aggregierten Unternehmenskonzentration auf Konzerneinheiten im Inland bezieht, wurden bei Unternehmen, deren Konzernobergesellschaft ihren Sitz im Ausland hat, die Gremien der obersten Gesellschaft im Inland zur Ermittlung der Geschäftsführungs- und Kontrollmandate herangezogen. So konnten für das Berichtsjahr 2020 für 98 Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ die notwendigen Daten erhoben werden.³⁸ In den Geschäftsführungs- und Kontrollgremien dieser Unternehmen saßen im Berichtsjahr 2020 insgesamt 1.923 Personen (2018: 1.990). Diese Personen hielten insgesamt 2.028 Mandate (2018: 2.111). In Tabelle I.2 wird dargestellt, wie sich diese Mandate auf die Geschäftsführungs- und Kontrollgremien aufteilen.

Tabelle I.2: Mandate in den Geschäftsführungs- und Kontrollgremien der „100 Größten“

	2018	2020
Geschäftsführungsmandate	551	555
davon mit Verflechtung	37 (6,7 %)	32 (5,8 %)
Mandate in Kontrollgremien	1.560	1.473
davon mit Verflechtung	184 (11,8 %)	167 (11,3 %)

Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage veröffentlichter Geschäftsberichte

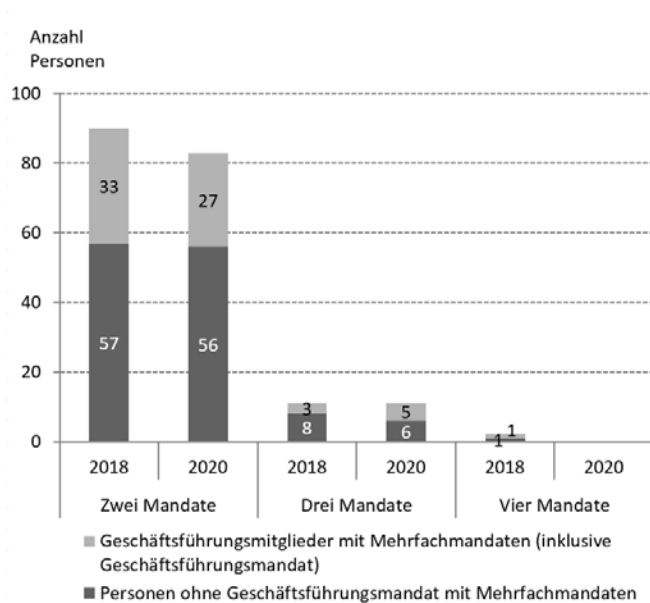
42. Tabelle 1.2 zeigt, dass von den 555 Geschäftsführungsmandaten im Berichtsjahr 2020 32 von Personen ausgeübt wurden, die auch in einem Kontrollgremium von mindestens einem weiteren Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ ein Mandat hielten. Dies entspricht einem Anteil von 5,8 Prozent der Geschäftsführungsmandate (2018: 6,7 %). Von den 1.473 Mandaten für die Kontrollgremien der „100 Größten“ im Berichtsjahr 2020 wurden 11,3 Prozent, d. h. 167 Mandate, von Personen gehalten, die entweder ein weiteres Mandat in einem Kontrollgremium von mindestens einem weiteren Unternehmen ausübten oder auch der Geschäftsführung eines anderen Unternehmens aus dem Kreis der „100 Größten“ angehörten (2018: 184 Mandate (11,8 Prozent)). Im Vergleich zum Berichtsjahr 2018 ist die Anzahl an Mandaten in den Geschäftsführungs- und Kontrollgremien der „100 Größten“ mit einer personellen Verflechtung zu mindestens einem weiteren Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ leicht gesunken.

43. Nachfolgend werden diejenigen Mandate näher betrachtet, die Verflechtungen zwischen Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ herstellen. Diese Mandate werden entweder von Personen gehalten, die in mindes-

³⁸ Die Aldi- und die Schwarz-Gruppe bleiben aufgrund fehlender Daten im Rahmen der Analyse der personellen Verflechtungen unberücksichtigt.

tens zwei Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ in den Kontrollgremien vertreten sind oder von Personen, die in einem Unternehmen ein Geschäftsführungsmandat ausüben und in mindestens einem weiteren Unternehmen aus dem Kreis ein Kontrollmandat halten. In Abbildung I.13 werden die genannten Mandatsträger nach der Anzahl ihrer Mandate im Kreis der „100 Größten“ aufgeschlüsselt. Im Berichtsjahr 2020 gibt es kein Geschäftsführungsmitglied mehr, das neben dem Geschäftsführungsmandat drei Mandate in Kontrollgremien aus dem Kreis der „100 Größten“ hält (2018: 1 Person).³⁹ Dagegen ist die Zahl an Geschäftsführungsmitgliedern, die zusätzlich zwei Mandate in Kontrollgremien der „100 Größten“ halten, von drei auf fünf gestiegen. Die Anzahl der Geschäftsführungsmitglieder, die auch ein Kontrollmandat halten, ist um sechs auf 27 gesunken. Insgesamt ist somit die Anzahl an Geschäftsführungsmitgliedern, die neben dem Geschäftsführungsmandat mindestens ein Mandat in einem Kontrollgremium der „100 Größten“ halten, um fünf auf 32 gesunken. Die Anzahl an Personen ohne Geschäftsführungsmandat, die mehrere Mandate in Kontrollgremien der „100 Größten“ halten, ist ebenfalls um vier auf 62 gesunken. Auch in dieser Personengruppe befindet sich im Berichtsjahr 2020 keine Person mehr, die vier Mandate hält (2018: 1 Person). Die Anzahl an Personen, die zwei Mandate in Kontrollgremien hält, ist bei dieser Personengruppe mit 56 allerdings vergleichsweise konstant geblieben (2018: 57 Personen) und auch die Anzahl der Personen mit drei Mandaten in Kontrollgremien der „100 Größten“ ist nur um zwei Personen auf sechs Personen gesunken.

Abbildung I.13: Personen mit mehreren Mandaten in Geschäftsführungs- und Kontrollgremien 2018 und 2020



Anm.: Erfasst wurden Personen mit Mandaten in Geschäftsführungs- bzw. Kontrollgremien mehrerer Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“.

Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage veröffentlichter Geschäftsberichte

44. Damit stehen diverse Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ über ihr Geschäftsführungs- oder ihr Kontrollgremium miteinander in Verbindung. Erfasst werden diese Verflechtungen, indem für jedes⁴⁰ Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ ermittelt wird:

- in wie vielen weiteren Unternehmen Mitglieder der Geschäftsführung des betrachteten Unternehmens ein Mandat halten (Kategorie „Über das eigene Geschäftsführungsgremium“),

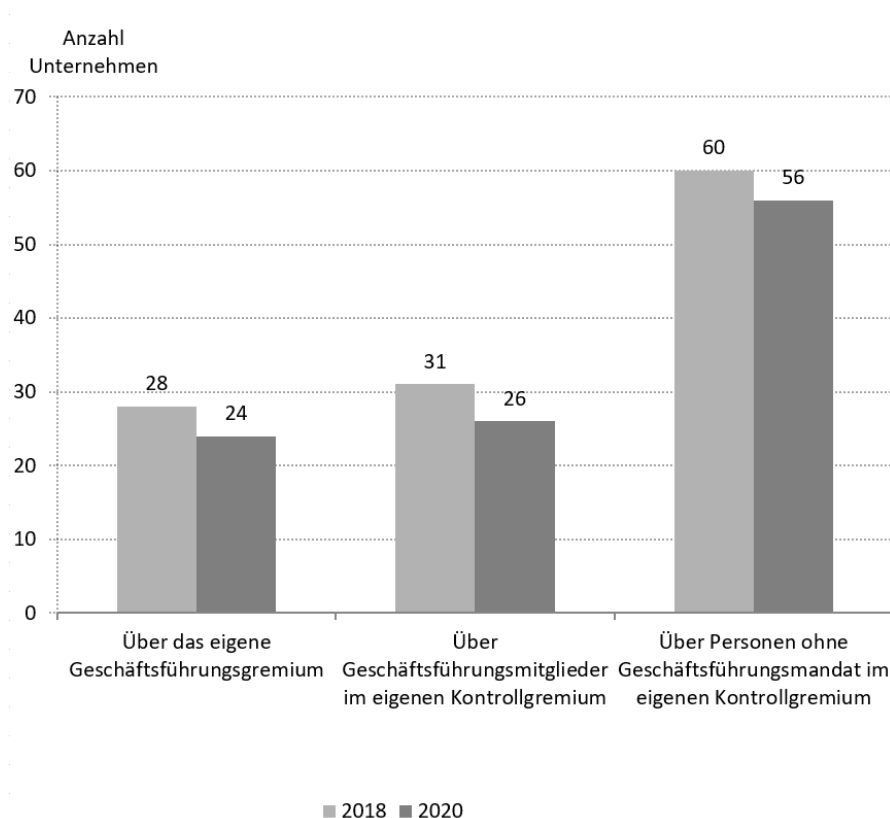
³⁹ Die Anzahl von drei Mandaten in Kontrollgremien würde auch die Obergrenze von zwei Mandaten überschreiten, die der Corporate Governance Kodex für Vorstände von börsennotierten Gesellschaften vorsieht (vgl. Deutscher Corporate Governance Kodex, 16. Dezember 2019).

⁴⁰ Von der Analyse wegen fehlender Daten ausgeschlossen wurden die Aldi- und die Schwarz-Gruppe.

- in wie vielen weiteren Unternehmen Personen im Kontrollgremium des betrachteten Unternehmens Geschäftsführungsmitglieder sind (Kategorie „Über Geschäftsführungsmitglieder im eigenen Kontrollgremium“),
- in wie vielen weiteren Unternehmen Personen im Kontrollgremium des genannten Unternehmens ein Mandat in einem Kontrollgremium ausüben (Kategorie „Über Personen ohne Geschäftsführungsmandat im eigenen Kontrollgremium“).

45. Abbildung I.14 gibt einen Überblick über die entsprechenden Verflechtungen zwischen den „100 Größten“ in den Jahren 2018 und 2020.⁴¹ Die personellen Verflechtungen sind in jeder der genannten Kategorien zurückgegangen. Waren im Berichtsjahr 2018 noch 28 Unternehmen über das eigene Geschäftsführungsgremium mit weiteren Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ verbunden, trifft dies im Berichtsjahr 2020 nur noch auf 24 Unternehmen zu. Über Geschäftsführungsmitglieder im eigenen Kontrollgremium waren im Berichtsjahr 2020 26 Unternehmen mit weiteren Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ verbunden. Im Berichtsjahr 2018 war dies noch bei 31 Unternehmen der Fall. Wie im Berichtsjahr 2018 kommen auch im Berichtsjahr 2020 die Mehrzahl der Verflechtungen zwischen den „100 Größten“ über Personen ohne Geschäftsführungsmandat zustande, die in mehreren Kontrollgremien dieser Unternehmen ein Mandat halten. Im Berichtsjahr 2020 waren auf diese Weise 56 Unternehmen, und damit vier Unternehmen weniger als noch im Berichtsjahr 2018, miteinander verbunden.

Abbildung I.14: Über personelle Verflechtung verbundene Unternehmen in den Jahren 2018 und 2020



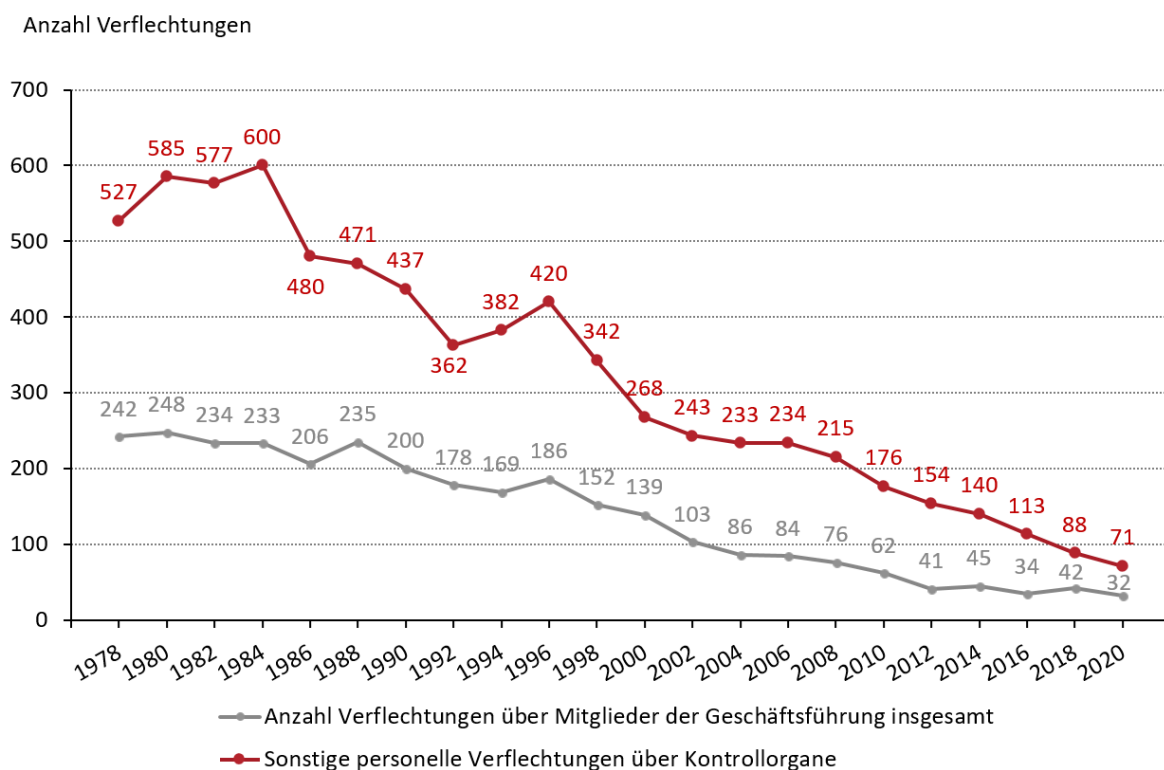
Anm.: Angegeben ist die Anzahl an Unternehmen aus dem Kreis der "100 Größten", die mit weiteren Unternehmen aus diesem Kreis über Personen in Geschäftsführungs- und Kontrollgremien verflochten waren.

Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage veröffentlichter Geschäftsberichte

⁴¹ Wie sich die personellen Verflechtungen im Einzelnen auf die Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ verteilen, wird tabellarisch im Anhang zu diesem Gutachten dargestellt.

46. Abbildung I.15 zeigt, dass auch die Gesamtzahl an personellen Verflechtungen zwischen den „100 Größten“ abgenommen hat. So ist die Anzahl an personellen Verflechtungen über Personen ohne Geschäftsführungsmandat in einem der betroffenen Unternehmen im Vergleich zum Berichtsjahr 2018 um 17 auf 71 Verflechtungen im Berichtsjahr 2020 gesunken (2018: 88 Verflechtungen). Damit setzt sich der seit dem Jahr 2006 zu beobachtende Trend fort, dass immer weniger Verflechtungen über die Kontrollgremien der „100 Größten“ bestehen. Im Berichtsjahr 2006 betrug die Anzahl an Verflechtungen über die Kontrollgremien mit 234 noch mehr als das Dreifache des Werts im Berichtsjahr 2020.⁴² Weniger deutlich ist der Trend bei den Verflechtungen über Personen, die einem Geschäftsführungsorgan eines Unternehmens aus dem Kreis der „100 Größten“ angehören. Im Vergleich zum Berichtsjahr 2018 ist die Anzahl dieser personellen Verflechtungen im Berichtsjahr 2020 zwar deutlich um zehn Verbindungen auf 32 Verbindungen gesunken. Allerdings scheint sich die Anzahl derartiger Verflechtungen seit 2012 vergleichsweise stabil zu entwickeln (vgl. Abbildung I.15).

Abbildung I.15: Entwicklung der personellen Verflechtungen nach Art der Verflechtung (1978 bis 2020)



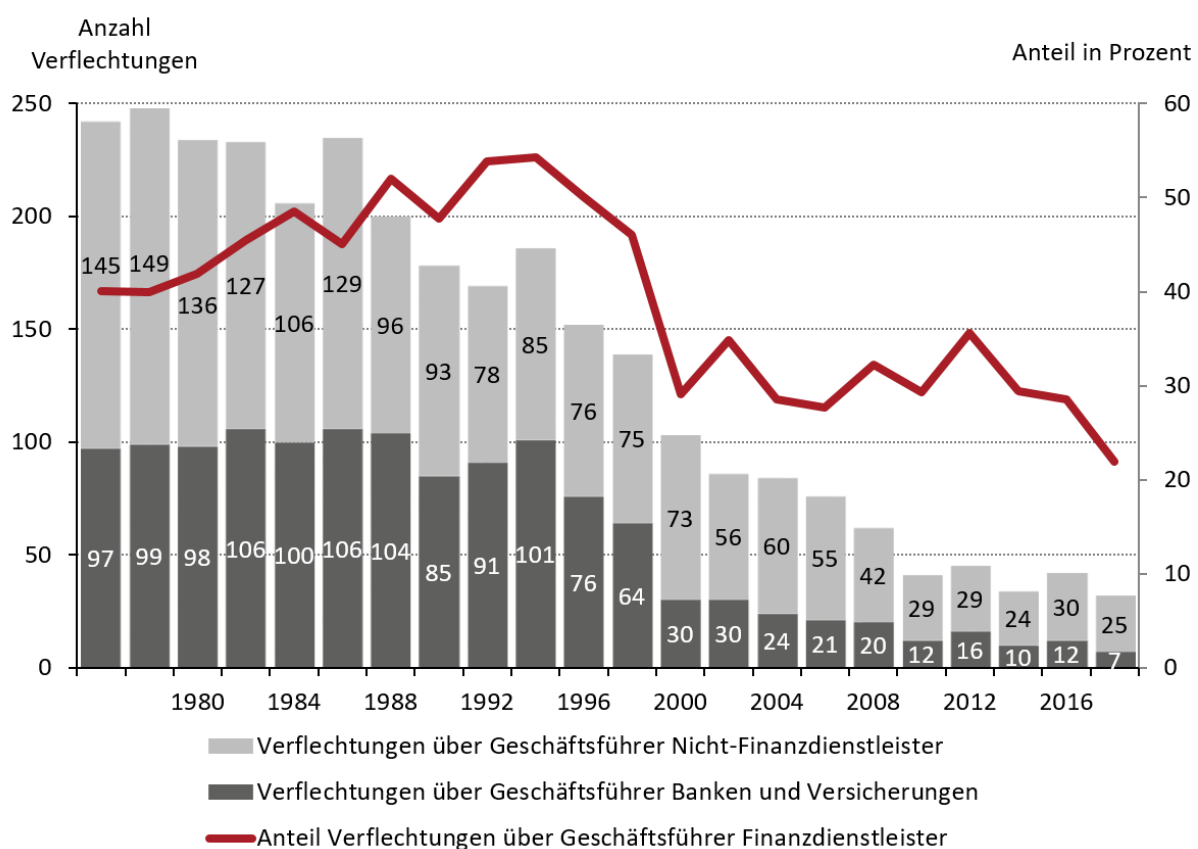
Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage veröffentlichter Geschäftsberichte

47. Besondere Aufmerksamkeit kommt Verflechtungen zu, die durch Personen in Geschäftsführungsgremien von Kreditinstituten und Versicherungen mit Mandaten in den Kontrollgremien der „100 Größten“ hergestellt werden. Diese Verflechtungen werden seit 1978 gesondert ausgewiesen (vgl. Abbildung I.16). Bis Mitte der 1990er Jahre

⁴² Es ist davon auszugehen, dass der zu beobachtende Rückgang personeller Verflechtungen bei den „100 Größten“ maßgeblich durch den Corporate Governance Kodex beeinflusst wird. Der aus dem Jahr 2002 stammende Kodex enthält „Grundsätze, Empfehlungen und Anregungen für den Vorstand und den Aufsichtsrat, die dazu beitragen sollen, dass die Gesellschaft im Unternehmensinteresse geführt wird.“ (Deutscher Corporate Governance Codex, Dezember 2019). Zunächst beschränkte der Corporate Governance Codex die Aufsichtsratsmandate in konzernexternen börsennotierten Gesellschaften, die ein Vorstandsmitglied einer börsennotierten Gesellschaft höchstens wahrnehmen sollte, auf fünf Mandate. Die Einschränkungen in Bezug auf die Anzahl an Mandaten wurden später schrittweise ausgeweitet, im Jahr 2009 auf drei Aufsichtsratsmandate in externen börsennotierten Gesellschaften und im Jahr 2010 auf Aufsichtsratsmandate in Gesellschaften mit ähnlichen Anforderungen. Die aktuelle Fassung sieht vor, dass auch Aufsichtsratsmitglieder, die keinem Vorstand einer börsennotierten Gesellschaft angehören, nicht mehr als fünf und Vorstände einer börsennotierten Gesellschaft nicht mehr als zwei externe Aufsichtsratsmandate übernehmen.

lag die Anzahl solcher Verflechtungen auf einem konstant hohen Niveau bei im Mittel etwa 100 Verflechtungen. Im Berichtsjahr 2020 ist die Anzahl dieser Verflechtungen auf sieben gesunken, dem niedrigsten Wert seit Beginn der Berichterstattung. Auch der Anteil der Geschäftsführungsmitglieder von Kreditinstituten oder Versicherungen an allen Geschäftsführungsmitgliedern mit mindestens einem weiteren Mandat in Kontrollgremien der „100 Größten“ ist im Zeitverlauf gesunken (vgl. Abbildung I.16). Betrug der Anteil vor 1998 im Mittel noch etwa 46 Prozent, liegt er seit dem Jahr 2000 im Mittel bei etwa 33 Prozent. Die Bedeutung dieser Art von personellen Verflechtungen für die Großunternehmen scheint somit, wie auch die Bedeutung von personellen Verflechtungen insgesamt, abzunehmen. Allerdings bezieht sich die vorliegende Untersuchung auf (Teil-)Konzerneinheiten im Inland. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich personelle Verflechtungen, ähnlich wie die kapitalmäßigen Verflechtungen, internationalisieren und somit hier nicht erfasst werden.

Abbildung I.16: Anzahl an personellen Verflechtungen über Geschäftsführungsmitglieder (1978 bis 2020)



Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage veröffentlichter Geschäftsberichte

1.5 Beteiligung der „100 Größten“ an Unternehmenszusammenschlüssen

48. Externes Unternehmenswachstum kann zu Veränderungen der aggregierten Unternehmenskonzentration beitragen. Aus diesem Grund schließt die Analyse der aggregierten Unternehmenskonzentration mit der Betrachtung der Zusammenschlussaktivitäten der „100 Größten“ im Berichtszeitraum. Zu diesem Zweck wird für jedes Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ ermittelt, in wie vielen Fällen es unmittelbar oder mittelbar an den beim Bundeskartellamt vor dem Vollzug angemeldeten Unternehmenszusammenschlüssen beteiligt war. Wird ein entsprechender Zusammenschluss vom Bundeskartellamt freigegeben, ist davon auszugehen, dass er von den beteiligten Unternehmen anschließend auch vollzogen wird. Daher wird in der vorliegenden Analyse von der Anzahl der Freigabeentscheidungen mit Beteiligung eines Unternehmens aus dem Kreis der „100 Größten“ auf die Anzahl der Zusammenschlüsse mit Beteiligung der entsprechenden Unternehmen geschlossen.

49. Im Berichtszeitraum 2020/2021 waren drei Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ an mindestens zehn Zusammenschlussvorhaben beteiligt, die vom Bundeskartellamt freigegeben wurden (vgl. Tabelle I.3). Im Berichtszeitraum 2018/2019 traf dies noch auf sechs Unternehmen zu. Die größte Zusammenschlussaktivität im aktuellen Berichtszeitraum wiesen E.ON SE (19 Freigaben), Rethmann SE & Co. KG (13 Freigaben) und Allianz SE (10 Freigaben) auf. Diese Unternehmen waren auch im vergangenen Berichtszeitraum an ähnlich vielen freigegebenen Zusammenschlüssen beteiligt. Lediglich bei der Rethmann SE & Co. KG ging die Anzahl der Zusammenschlussbeteiligungen von 18 auf 13 zurück. Gleiches trifft auf die vier weiteren Unternehmen zu, die im vergangenen Berichtszeitraum an mindestens zehn Fällen beteiligt waren – DZ Bank AG, Volkswagen AG, INA-Holding Schaeffler GmbH & Co. KG und EnBW Energie Baden-Württemberg AG. Vor allem die DZ Bank AG und die INA-Holding Schaeffler GmbH & Co. KG reduzierten ihre Zusammenschlussaktivitäten deutlich gegenüber dem Berichtszeitraum 2018/2019 (vgl. Tabelle I.3). Die Anzahl der Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“, die an den vom Bundeskartellamt freigegebenen Zusammenschlüssen beteiligt war, sank im Berichtszeitraum ebenfalls deutlich auf 46, nach 71 im vorhergehenden Berichtszeitraum.

Tabelle I.3: Unternehmen mit mindestens zehn freigegebenen Zusammenschlussvorhaben 2020/21 und 2018/19

Unternehmen	Freigaben 2020/2021	Freigaben 2018/2019
E.ON SE	19	19
Rethmann SE & Co. KG	13	18
Allianz SE	10	9
DZ Bank AG	0	28
Volkswagen AG	9	15
INA-Holding Schaeffler GmbH & Co. KG	1	13
EnBW Energie Baden-Württemberg AG	9	11

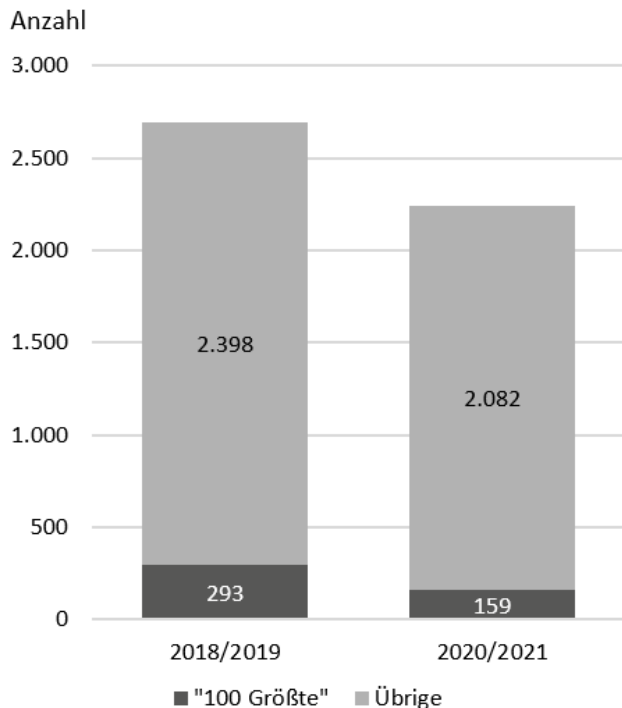
Anm.: Berücksichtigt wurden Vorgänge zwischen dem 1. Januar und dem 31. Dezember der jeweiligen Jahre, bei denen im Vor- oder Hauptprüfverfahren eine Freigabe mit oder ohne Nebenbestimmungen erfolgte. Erfasst wurden Fälle für das jeweilige Unternehmen, wenn es entweder selbst Erwerber bzw. Erworbenener oder seine Obergesellschaft Erwerber bzw. selbst Erworbenener war (hier werden auch Fälle erfasst, in denen keine Kontrollpflicht bestand). Ein Überblick über alle Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“, die im Berichtszeitraum 2020/2021 an Fällen beteiligt waren, die durch das Bundeskartellamt freigegeben wurden, ist im Anhang zu diesem Gutachten zu finden.

Quelle: Daten des Bundeskartellamtes

50. Abbildung I.17 vergleicht die Gesamtzahl der Freigabeentscheidungen des Bundeskartellamtes in den Berichtsjahren 2020/2021 mit derjenigen des vorangegangenen Berichtszeitraums 2018/2019. Auch die Gesamtzahl an Zusammenschlüssen unter Beteiligung von Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ ist gegenüber dem vergangenen Berichtszeitraum stark zurückgegangen. Mit 159 Fällen im aktuellen Berichtszeitraum sank die Anzahl der Fälle um mehr als 45 Prozent. Diese Entwicklung blieb allerdings nicht auf die „100 Größten“ beschränkt. Auch die Anzahl an Zusammenschlussfällen ohne Beteiligung eines Unternehmens aus dem Kreis der „100 Größten“ ist gegenüber dem vergangenen Berichtszeitraum zurückgegangen (vgl. hellgrauer Balken „Übrige“ in Abbildung I.17). Allerdings fiel der Rückgang dieser Fälle mit etwa 17 Prozent viel niedriger aus. Der allgemein zu beobachtende Rückgang der vom Bundeskartellamt freigegebenen Zusammenschlussvorhaben dürfte zum einen auf die COVID-

19-Pandemie im Jahr 2020 und zum anderen auf die Anhebung der Anmeldeschwellen im Zuge der 10. GWB-Novelle zum Januar 2021 zurückzuführen sein.⁴³

Abbildung I.17: Freigabeentscheidungen des Bundeskartellamts in den Berichtsjahren 2018/2019 und 2020/2021

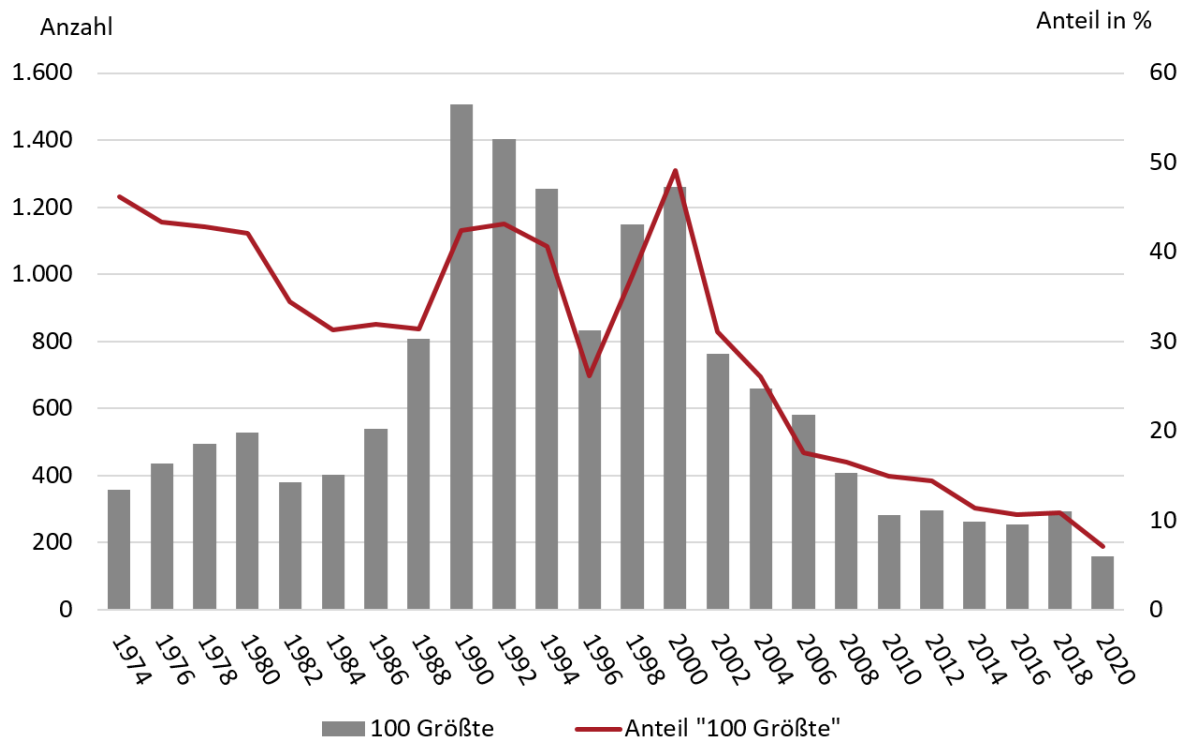


Anm.: Berücksichtigt wurden Vorgänge zwischen dem 1. Januar und dem 31. Dezember der jeweiligen Jahre, bei denen im Vor- oder Hauptprüfverfahren eine Freigabe mit oder ohne Nebenbestimmungen erfolgte. Unter der Kategorie „100 Größte“ wurden Freigaben mit Beteiligung von Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ erfasst, wenn sie entweder selbst Erwerber bzw. Erworbener oder ihre Obergesellschaft Erwerber bzw. selbst Erworbener war (hier werden auch Fälle erfasst, in denen keine Kontrollpflicht bestand). Unter der Kategorie „Übrige“ wurden die übrigen vom Kartellamt freigegebenen Fälle erfasst, in denen kein Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ beteiligt war.

Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage von Daten des Bundeskartellamtes

51. Da die Anzahl der vom Bundeskartellamt freigegebenen Zusammenschlussvorhaben bei den „100 Größten“ stärker zurückging als die entsprechende Größe bei den übrigen Unternehmen in Deutschland, ist der Anteil der „100 Größten“ an den vom Bundeskartellamt freigegebenen Zusammenschlussvorhaben gegenüber dem vergangenen Berichtszeitraum gesunken und beträgt im aktuellen Berichtszeitraum 7,1 Prozent (2018/2019: 10,9 Prozent). Wie Abbildung I.18 zeigt, setzt sich damit der seit dem Berichtszeitraum 2000/2001 zu beobachtende Trend fort. Lag der Anteil der „100 Größten“ an allen beim Bundeskartellamt angezeigten Zusammenschlüssen im Berichtszeitraum 2000/2001 noch bei fast 50 Prozent, sank dieser bis zum aktuellen Berichtszeitraum auf den niedrigsten Wert seit Beginn der Berichterstattung.

⁴³ Vgl. Tz 170.

Abbildung I.18: Zusammenschlussaktivität der "100 Größten" seit 1974

Anm.: Berücksichtigt wurden Vorgänge zwischen dem 1. Januar des jeweiligen Jahres und dem 31. Dezember des folgenden Jahres (Gesamtzeitraum: zwei Jahre), bei denen im Vor- oder Hauptprüfverfahren eine Freigabe mit oder ohne Nebenbestimmungen erfolgte. Unter der Kategorie „100 Größte“ wurden Freigaben mit Beteiligung von Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ erfasst, wenn sie entweder selbst Erwerber bzw. Erworbener waren oder ihre Obergesellschaft Erwerber selbst Erworbener war (hier werden auch Fälle erfasst, in denen keine Kontrollpflicht bestand). Bis zum Berichtszeitraum 2006/2007 basieren die Angaben auf den angezeigten Zusammenschlüssen. Ab dem Berichtszeitraum 2008/2009 wurden aufgrund der Datenverfügbarkeit die vom Bundeskartellamt freigegebenen Zusammenschlussvorhaben verwendet.

Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage von Daten des Bundeskartellamtes

1.6 Die nach inländischem Geschäftsvolumen größten Unternehmen einer Branche

52. An die Untersuchung der „100 Größten“ schließt sich im Folgenden eine Analyse der größten Unternehmen nach Branchen an. Dabei werden die Unternehmen, der Berichterstattung der Monopolkommission seit dem IV. Hauptgutachten folgend, anhand des Schwerpunkts ihrer Geschäftstätigkeit den fünf Branchen „Industrie“, „Handel“, „Verkehr- und Dienstleistung“, „Kreditwirtschaft“ und „Versicherungen“ zugeordnet.⁴⁴ Wie die Untersuchung der „100 Größten“ bezieht sich die Analyse auch hier auf (Teil)konzerne im Inland. Allerdings werden im Gegensatz zur Betrachtung der „100 Größten“ im Folgenden die branchenspezifischen Geschäftsvolumina als Ordnungskriterium verwendet. Ermittelt werden:

- Die 50 größten Industrieunternehmen nach Umsatz
- Die zehn größten Handelsunternehmen nach Umsatz
- Die zehn größten Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen nach Umsatz

⁴⁴ Die Kategorisierung anhand der genannten fünf Branchen besteht seit dem IV. Hauptgutachten der Monopolkommission und wurde seither beibehalten, um die Vergleichbarkeit der Daten im Zeitverlauf zu gewährleisten. Die Zuordnung zu diesen Branchen erfolgt anhand der Angaben in den Konzernabschlüssen der Unternehmen und den Angaben in der Datenbank „Orbis“ des Anbieters Bureau van Dijk und bezieht sich auf den Schwerpunkt der Geschäftstätigkeit im Inland. Von diesem Vorgehen wird bei der DZ Bank abgewichen. Diese wird über ihre Bilanzsumme als Kreditinstitut und über die Bruttobeitragseinnahmen der R+V Versicherung auch als Versicherungsunternehmen erfasst.

- Die zehn größten Kreditinstitute nach Bilanzsumme
- Die zehn größten Versicherungsunternehmen nach Beitragseinnahmen

53. Um die Bedeutung der Großunternehmen innerhalb der entsprechenden Branche einschätzen zu können, werden anschließend die Geschäftsvolumina der größten Unternehmen einer Branche preisbereinigt und der entsprechenden gesamtwirtschaftlichen realen Vergleichsgröße gegenübergestellt.⁴⁵ Bei der Interpretation der Ergebnisse muss jedoch berücksichtigt werden, dass im Rahmen dieser Analyse keine Abgrenzung wettbewerblich relevanter Märkte vorgenommen wird. Es ist daher nicht möglich, auf dieser Grundlage konkrete Rückschlüsse in Bezug auf die Marktstellung der einzelnen Unternehmen zu ziehen.

Die 50 größten Industrieunternehmen

Tabelle I.4: Die nach Umsatz 50 größten Industrieunternehmen im Jahr 2020

Rang nach Umsatz	Trend	Unternehmen	Umsatz in Mio. EUR ¹	Gesamtumsatz in Mio. EUR	Inlandsanteil in % ²
1	—	Volkswagen AG	145.285	222.884	65,2
2	—	Daimler AG	103.442	154.309	67,0
3	↑	Bayerische Motoren Werke AG	75.064	98.990	75,8
4	↓	Uniper SE	52.741	50.968	103,5
5	—	Robert Bosch GmbH	46.773	71.494	65,4
6	↑	E.ON SE	34.052	60.944	55,9
7	↓	Siemens AG	25.886	57.139	45,3
8	↑	BASF SE	24.733	59.149	41,8
9	↓	thyssenkrupp AG	18.070	28.899	62,5
10	↓	BP-Gruppe Deutschland	16.763	202.731	8,3
11	↑	EnBW Energie Baden-Württemberg AG	16.376	19.694	83,2
12	↓	Bayer AG	15.862	41.400	38,3
13	↓	Ford-Gruppe Deutschland	15.666	111.315	14,1
14	↑	Airbus-Gruppe Deutschland	15.147	49.912	30,3
15	↓	RWE AG	13.537	13.896	97,4
16	↓	Stellantis-Gruppe Deutschland	13.212	86.676	15,2
17	↑	Heraeus Holding GmbH	12.744	31.532	40,4
18	↓	Shell-Gruppe Deutschland	12.048	158.065	7,6
19	↑	C. H. Boehringer Sohn AG & Co. KG	11.825	19.566	60,4
20	↓	ZF Friedrichshafen AG	11.767	32.611	36,1
21	↑	Umicore-Gruppe Deutschland	11.174	17.485	63,9
22	—	Fresenius SE & Co. KGaA	11.065	36.277	30,5
23	↓	Vattenfall-Gruppe Deutschland	10.947	15.154	72,2

⁴⁵ Wie in Abschnitt 1.2.2 wird zur Deflationierung der nominalen Größen auch hier der implizite Preisindex der gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfung verwendet (vgl. für ein ähnliches Vorgehen Lopez-Garcia, P./di Mauro, F., Assessing European Competitiveness: The New CompNet Microbased Database, SSRN Electronic Journal, 2015).

Rang nach Umsatz	Trend	Unternehmen	Umsatz in Mio. EUR ¹	Gesamtumsatz in Mio. EUR	Inlandsanteil in % ²
24	↓	INA-Holding Schaeffler GmbH & Co. KG	10.198 ^E	51.237	19,9
25	↑	Aurubis AG	9.166	12.429	73,7
26	↓	TOTAL-Gruppe Deutschland	8.935	104.801	8,5
27	↑	Roche-Gruppe Deutschland	7.809	43.427	18,0
28	↓	Stadtwerke München GmbH	7.483	7.483	100,0
29	↓	STRABAG-Gruppe Deutschland	7.323	14.750	49,6
30	↑	DEERE-Gruppe Deutschland	6.662	27.379	24,3
31	↓	Salzgitter AG	6.426	7.091	90,6
32	↓	Liebherr-International-Gruppe Deutschland	6.014	10.341	58,2
33	↑	EWE AG	5.577	6.044	92,3
34	↑	Stadtwerke Köln GmbH	5.378	5.378	100,0
35	neu	Infineon Technologies AG	5.346 ^E	8.567	62,4
36	neu	Evonik Industries AG	5.316	12.199	43,6
37	—	Sanofi-Gruppe Deutschland	4.643	31.554	14,7
38	↑	Merck KGaA	4.638	17.534	26,5
39	↑	HGV Hamburger Gesellschaft für Vermögens- und Beteiligungsmanagement mbH	4.569 ^I	5.058	90,3
40	neu	Covestro AG	4.546	10.706	42,5
41	neu	Carl Zeiss AG	4.336	6.296	68,9
42	↑	Novartis-Gruppe Deutschland	4.335	42.601	10,2
43	↑	Adidas AG	4.008	19.844	20,2
44	↓	IBM-Gruppe Deutschland	3.968	63.463	6,3
45	↑	Thüga AG	3.930	3.930	100,0
46	neu	TenneT TSO GmbH	3.903	5.025	77,7
47	↓	ArcelorMittal-Gruppe Deutschland	3.899 ^S	46.638	8,4
48	↓	ExxonMobil-Gruppe Deutschland	3.880	156.342	2,5
49	↓	LANXESS AG	3.863	6.104	63,3
50	neu	B. Braun SE	3.747	7.426	50,5

¹ Konsolidierte Umsätze der inländischen Konzerngesellschaften inklusive der Umsätze mit ausländischen verbundenen Unternehmen. Mit ^E gekennzeichnete Angaben stehen für den Einzelabschluss, ^I für Umsätze im Inland und ^S für den Summenabschluss.

² Wenn inländische Konzerngesellschaften Umsätze mit ausländischen verbundenen Unternehmen erzielt haben, die im Konzernabschluss konsolidiert wurden, kann der Inlandsanteil 100 Prozent übersteigen.

Quelle: Eigene Erhebungen und veröffentlichte Geschäftsberichte

54. In Tabelle I.4 sind die 50 größten Industrieunternehmen in Deutschland im Berichtsjahr 2020 dargestellt. Der Kreis der 50 größten Industrieunternehmen hat sich gegenüber dem Berichtsjahr 2018 um sechs Unternehmen verändert. Neu in den Berichtskreis eingetreten sind die folgenden Unternehmen (Rang im Jahr 2020 in Klammern): Infineon Technologies AG (35), Evonik Industries AG (36), Covestro AG (40), Carl Zeiss AG (41), TenneT TSO GmbH (46) und B. Braun SE (50). Ausgeschieden sind dafür die folgenden Unternehmen (Rang nach Umsatz 2018 in Klammern): Johnson Controls-Gruppe Deutschland (38), Dr. August Oetker KG (40), Saint-Gobain-Gruppe

Deutschland (44), DowDuPont-Gruppe Deutschland (45), LyondellBasell-Gruppe Deutschland (47) und Wacker Chemie AG (50).

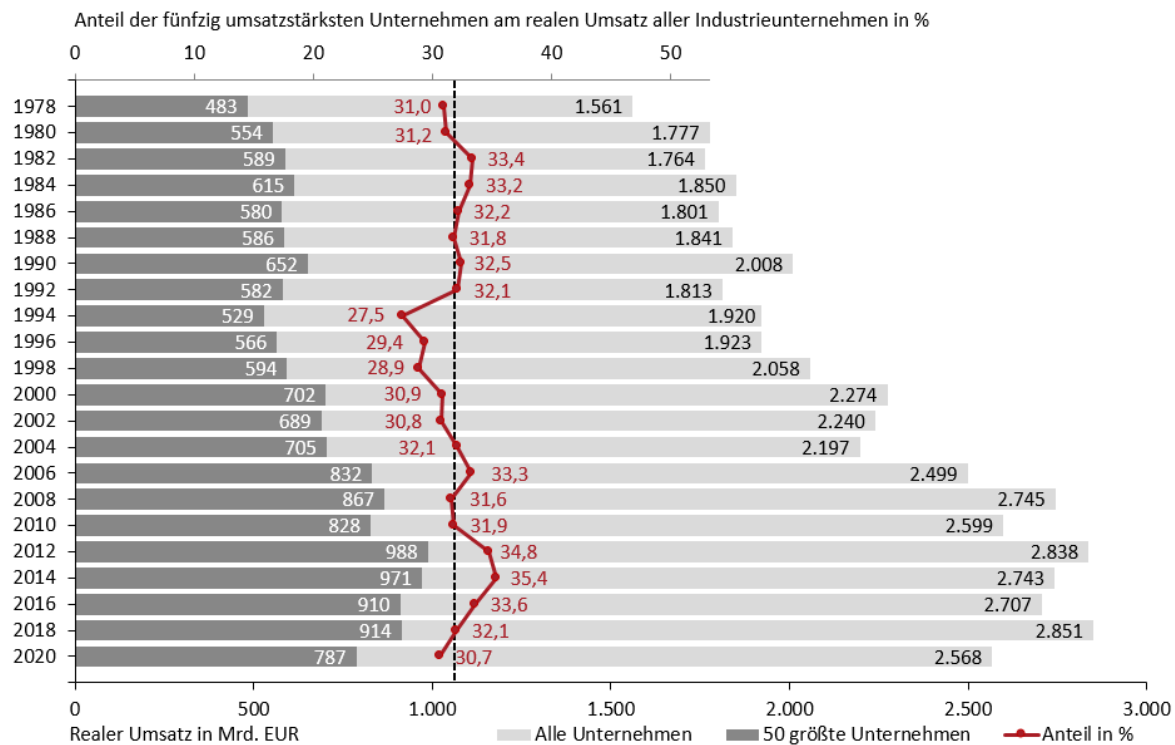
55. Neben den Umsätzen der inländischen Konzerngesellschaften werden für die 50 größten Industrieunternehmen in Tabelle I.4 auch die jeweiligen Umsätze des gesamten Konzerns und der entsprechende Inlandsanteil dargestellt. Gegenüber dem Berichtsjahr 2018 hat sich der durchschnittliche Inlandsanteil von 31,9 Prozent auf 36,4 Prozent erhöht. Grund für diese Entwicklung kann die COVID-19-Pandemie sein, die das Aufrechterhalten von internationalen Lieferketten im Jahr 2020 erschwerte. Werden nur diejenigen 44 Unternehmen betrachtet, die in beiden Berichtsjahren zu den 50 größten Industrieunternehmen zählten, zeigt sich allerdings, dass die Mehrheit der Unternehmen ihren Inlandsanteil gesenkt hat. Bei 15 dieser 25 Unternehmen resultiert der Rückgang des Inlandsanteils allerdings aus einem Rückgang sowohl des Umsatzes der inländischen Gesellschaften als auch des gesamten Konzerns. Da der Rückgang des Umsatzes bei den inländischen Gesellschaften höher ausfiel, sank bei diesen Unternehmen der Inlandsanteil. Im Gegensatz dazu konnten lediglich acht Unternehmen sowohl den Umsatz der inländischen Gesellschaften als auch denjenigen des gesamten Konzerns erhöhen. Bei fünf dieser Unternehmen erhöhte sich damit auch der Inlandsanteil ihrer Umsätze.

56. Die Summe der Umsätze der inländischen Gesellschaften der 50 größten Industrieunternehmen wird im Folgenden dem Umsatz aller Industrieunternehmen in Deutschland gegenübergestellt, um zu einer Einschätzung der Bedeutung dieser Großunternehmen für die Industrie in Deutschland zu gelangen. Zur Ermittlung des Umsatzes aller Industrieunternehmen in Deutschland wird die Umsatzsteuerstatistik des Statistischen Bundesamtes herangezogen. Dabei werden die Umsatzerlöse der folgenden Wirtschaftsabschnitte zusammengefasst: Bergbau (B), Verarbeitendes Gewerbe (C), Energieversorgung (D), Wasserversorgung, Abwasser- und Abfallentsorgung (E) und Baugewerbe (F).⁴⁶ Die Umsätze werden anschließend preisbereinigt, um eine Betrachtung im Zeitverlauf zu ermöglichen.⁴⁷

57. Abbildung I.19 zeigt die Entwicklung der preisbereinigten aggregierten Umsätze der 50 größten Industrieunternehmen sowie diejenige der preisbereinigten Umsätze aller Industrieunternehmen in Deutschland seit dem Jahr 1978. Beide Größen weisen im Vergleich zum Berichtsjahr 2018 im Berichtsjahr 2020 einen deutlichen Rückgang auf. Die preisbereinigten Umsätze aller Industrieunternehmen sind um 9,9 Prozent auf EUR 2.568 Mrd. gesunken und die preisbereinigten Umsätze der 50 größten Industrieunternehmen sogar um 13,9 Prozent auf EUR 787 Mrd. Diese massiven Umsatzrückgänge dürften eine Folge der COVID-19-Pandemie sein. Da die Umsätze der 50 größten Industrieunternehmen allerdings stärker zurückgegangen sind als die Umsätze aller Industrieunternehmen, hat sich der Anteil der Großunternehmen an den Umsätzen der Industrie auf 30,7 Prozent verringert. Damit ist dieser Anteil zum dritten Mal in Folge gesunken und liegt nun unterhalb des durchschnittlichen Anteils von 31,8 Prozent.

⁴⁶ Statistisches Bundesamt, Finanzen und Steuern – Umsatzsteuerstatistik (Vorankündigungen), Fachserie 14 Reihe 8.1, Rechenstand März 2022.

⁴⁷ Dazu wurde der implizite Preisindex der gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfung verwendet (Vorjahrespreisbasis, Referenzjahr: 2015; Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage von Daten des Statistischen Bundesamtes, Fachserie 18 Reihe 1.5, S. 53, Rechenstand November 2021).

Abbildung I.19: Entwicklung der inländischen Umsätze in der Industrie (1978 bis 2020)

Anm.: Es handelt sich bei den Umsätzen der 50 größten Industrieunternehmen um die preisbereinigten Umsätze der inländischen Konzernbereiche. Der preisbereinigte Umsatz aller Unternehmen des produzierenden Gewerbes gemäß Umsatzsteuerstatistik des Statistischen Bundesamtes (Vorankündigungen) dient als Vergleichsgröße. Die zugrundeliegenden Nominalwerte entsprechen den aggregierten Umsatzerlösen der Wirtschaftsabschnitte B (Bergbau), C (verarbeitendes Gewerbe), D (Energieversorgung), E (Wasser- und Abwasser- und Abfallentsorgung) und F (Baugewerbe). Alle Größen wurden mithilfe des impliziten Preisindex der gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfung deflationiert (Vorjahrespreisbasis, Referenzjahr: 2015; Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage von Daten des Statistischen Bundesamtes, Fachserie 18 Reihe 1.5, S. 53, Rechenstand November 2021). In den Anlagen zu diesem Gutachten sind detaillierte Angaben zu den Umsätzen, den Veränderungsraten und den in der Grafik dargestellten Anteilswerten zu finden.

Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage eigener Erhebungen sowie der Umsatzsteuerstatistik (Vorankündigungen) des Statistischen Bundesamtes, Fachserie 14 Reihe 8.1

Die zehn größten Handelsunternehmen

Tabelle I.5: Die nach Umsatz zehn größten Handelsunternehmen im Jahr 2020

Rang nach Umsatz	Trend	Unternehmen	Umsatz in Mio. EUR ¹	Gesamtumsatz in Mio. EUR	Inlandsanteil in %
1	—	EDEKA-Gruppe	61.434*	61.434*	100,0
2	—	REWE-Gruppe	53.414	68.229	78,3
3	—	Schwarz-Gruppe	41.500*	125.300	33,1
4	—	Aldi-Gruppe	27.395*	102.475	26,7
5	↑	Otto Group	10.425	15.460	67,4

Rang nach Umsatz	Trend	Unternehmen	Umsatz in Mio. EUR ¹	Gesamtumsatz in Mio. EUR	Inlandsanteil in %
6	↓	Ceconomy AG	10.160	21.455	47,4
7	—	PHOENIX Pharmahandel GmbH & Co. KG	9.722	28.209	34,5
8	neu	Zalando SE	7.977	7.982	99,9
9	neu	NOWEDA Apothekergenossenschaft eG	7.393	7.847	94,2
10	↓	dm-drogerie markt Verwaltungs-GmbH	7.389	11.592	63,7

¹ Konsolidierte Umsätze der inländischen Konzerngesellschaften inklusive der Umsätze mit ausländischen verbundenen Unternehmen. Bei mit * gekennzeichneten Werten handelt es sich um Schätzwerte.

Quelle: Eigene Erhebungen und veröffentlichte Geschäftsberichte. Die Inlandsumsatzerlöse der Aldi-, der EDEKA- und der Schwarz-Gruppe stammen vom Datenanbieter TradeDimensions

58. Gegenüber dem Berichtsjahr 2018 hat sich der Kreis der zehn größten Handelsunternehmen im Berichtsjahr 2020 um zwei Unternehmen verändert. Neu im Kreis der zehn größten Handelsunternehmen sind Zalando und die NOWEDA Apothekergenossenschaft auf den Rängen acht und neun. Im Berichtsjahr 2020 nicht weiter unter den zehn größten Handelsunternehmen sind die BayWa AG, im Berichtsjahr 2018 noch auf Rang acht, und Lekkerland. Lekkerland war im Berichtsjahr 2018 noch auf Rang zehn zu finden, wurde in der Zwischenzeit jedoch von REWE übernommen. Das Bundeskartellamt hat den Zusammenschluss nach Ermittlungen in der ersten Phase des Fusionskontrollverfahrens im Oktober 2019 freigegeben.⁴⁸ Dies hat jedoch nicht zu einer Veränderung des Rangs der REWE-Gruppe im Berichtsjahr 2020 geführt. Sie befindet sich, wie schon im Berichtsjahr 2018, auf dem zweiten Rang, nach der EDEKA-Gruppe und vor der Schwarz- und der Aldi-Gruppe. Alle erwähnten Gruppen erreichten im Berichtsjahr 2020 denselben Rang wie im Berichtsjahr 2018.

59. Die Amazon-Gruppe Deutschland gehört nicht zu den zehn größten Handelsunternehmen nach inländischem Umsatz. Dieser lag nach Schätzungen der Monopolkommission bei etwa EUR 4,8 Mrd. (vgl. Tabelle I.1) und damit unterhalb der inländischen Umsatzerlöse der dm-drogerie markt Verwaltungs-GmbH, die unter den größten Handelsunternehmen in Deutschland den zehnten Platz einnimmt. Diese Schätzung liegt weit unterhalb der USD 30 Mrd., die das Unternehmen in seinem Geschäftsbericht für den deutschen Markt angibt.⁴⁹ Die Berichterstattung der Monopolkommission bezieht sich jedoch nicht auf den deutschen Markt, sondern auf die Umsatzerlöse, die Amazon-Tochtergesellschaften mit Sitz im Inland erzielen. Die Differenz zwischen den Zahlen könnte insofern zumindest teilweise aus Produktverkäufen durch Amazon-Tochtergesellschaften mit Sitz im Ausland an Kunden mit Sitz in Deutschland resultieren. Zudem tritt Amazon nicht nur als Händler, sondern auch als Vermittler zwischen Verkäufern und Käufern von Produkten auf. Umsätze von Amazon, die durch diese Geschäftstätigkeit erzielt werden, werden möglicherweise von Amazon in seinem Geschäftsbericht dem deutschen Markt zugerechnet. Wird dieses „Plattformgeschäft“ allerdings von Unternehmen außerhalb Deutschlands verbucht, bleibt der entsprechende Umsatz bei der Schätzung der Monopolkommission unberücksichtigt.

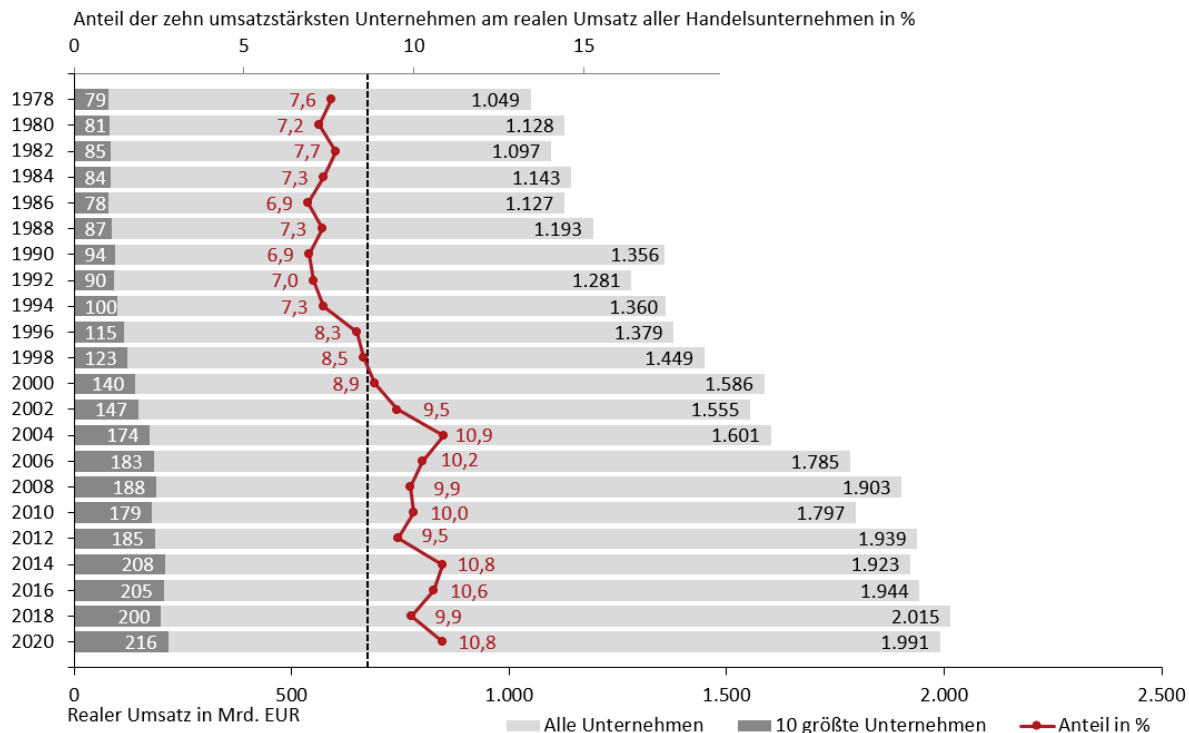
60. Der Anteil der zehn größten Handelsunternehmen an den Umsätzen aller Handelsunternehmen in Deutschland ist im Vergleich zum Berichtsjahr 2018 im Berichtsjahr 2020 deutlich gestiegen und liegt nun bei 10,8 Prozent. Dieser Wert liegt leicht über dem Mittelwert der vergangenen zehn Jahre von 10,2 Prozent, aber deutlich oberhalb des Mittelwerts von 8,8 Prozent seit dem Jahr 1978 (vgl. gestrichelte, vertikale Linie in Abbildung I.20). Ursächlich

⁴⁸ BKartA, B2-40-19, Oktober 2019.

⁴⁹ Amazon.com - 2021 Form 10-K, Seite 66.

für den Anstieg ist vor allem der Anstieg der preisbereinigten, aggregierten Umsatzerlöse der zehn größten Handelsunternehmen um 7,8 Prozent auf EUR 216 Mrd. Gleichzeitig sind die preisbereinigten Umsatzerlöse aller Handelsunternehmen um 1,2 Prozent auf EUR 1.991 Mrd. gesunken. Es bleibt abzuwarten, ob sich diese Entwicklung fortsetzt, da sie auch mit der COVID-19-Pandemie zusammenhängen dürfte, die beispielsweise für den Online-Händler Zalando mit günstigen Geschäftsbedingungen einherging, während stationäre Modehändler ihre Geschäfte in Deutschland zeitweise schließen mussten.

Abbildung I.20: Entwicklung der inländischen Umsätze im Handel (1978 bis 2020)



Anm.: Es handelt sich bei den Umsätzen der zehn größten Handelsunternehmen um die preisbereinigten Umsätze der inländischen Konzernbereiche. Der preisbereinigte Umsatz aller Handelsunternehmen gemäß Umsatzsteuerstatistik des Statistischen Bundesamtes (Voranmeldungen) dient als Vergleichsgröße. Die zugrundeliegenden Nominalwerte entsprechen den Umsatzerlösen des Wirtschaftsabschnitts G (Handel; Instandhaltung und Reparatur von Kraftfahrzeugen). Alle Größen wurden mithilfe des impliziten Preisindex der gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfung deflationiert (Vorjahrespreisbasis, Referenzjahr: 2015; Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage von Daten des Statistischen Bundesamtes, Fachserie 18 Reihe 1.5, S. 53, Rechenstand November 2021). In den Anlagen zu diesem Gutachten sind detaillierte Angaben zu den Umsätzen, den Veränderungsdaten und den in der Grafik dargestellten Anteilswerten zu finden.

Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage eigener Erhebungen sowie der Umsatzsteuerstatistik (Voranmeldungen) des Statistischen Bundesamtes, Fachserie 14 Reihe 8.1

Die zehn größten Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen

Tabelle I.6: Die nach Umsatz zehn größten Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen im Jahr 2020

Rang nach Umsatz	Trend	Unternehmen	Umsatz in Mio. EUR ¹	Gesamtumsatz in Mio. EUR	Inlandsanteil in %
1	↑	Deutsche Telekom AG	24.730	100.999	24,5
2	—	Deutsche Bahn AG	21.567	39.901	54,1

Rang nach Umsatz	Trend	Unternehmen	Umsatz in Mio. EUR ¹	Gesamtumsatz in Mio. EUR	Inlandsanteil in %
3	↑	SAP SE	16.233	27.338	59,4
4	↑	Deutsche Post AG	15.585	66.806	23,3
5	↑	Vodafone-Gruppe Deutschland	12.984	44.974	28,9
6	↑	Hapag-Lloyd AG	12.589	12.772	98,6
7	↓	Deutsche Lufthansa AG	9.653	13.589	71,0
8	—	Rethmann SE & Co. KG	9.055	16.110	56,2
9	—	Telefónica-Gruppe Deutschland	7.532	7.532	100,0
10	—	Bertelsmann SE & Co. KGaA	6.468	17.289	37,4

¹ Konsolidierte Umsätze der inländischen Konzerngesellschaften inklusive der Umsätze mit ausländischen verbundenen Unternehmen.

Quelle: Eigene Erhebungen und veröffentlichte Geschäftsberichte

61. Im Berichtsjahr 2020 hat sich der Kreis der zehn größten Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen gegenüber dem Berichtsjahr 2018 nicht verändert. Es kam lediglich zu Rangänderungen einiger Unternehmen. Die Deutsche Lufthansa AG, die im Berichtsjahr 2018 noch auf dem ersten Rang zu finden war, ist aufgrund der COVID-19-Pandemie im Jahr 2020 auf den siebten Rang zurückgefallen, nachdem sich die Umsätze der inländischen Gesellschaften gegenüber dem Berichtsjahr 2018 mehr als halbiert hatten. Während der Umsatz der inländischen Gesellschaften im Berichtsjahr 2018 noch bei EUR 25,2 Mrd. lag, erzielten die inländischen Gesellschaften der Lufthansa AG im Berichtsjahr 2020 nur noch einen Umsatz von EUR 9,6 Mrd. Die weiteren Rangänderungen im Kreis der zehn größten Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen fielen weniger stark aus. Auf Rang eins liegt nun die Deutsche Telekom AG, die im Berichtsjahr 2018 auf dem dritten Rang zu finden war, obwohl sich der Umsatz der inländischen Gesellschaften etwa um EUR 500 Mio. verringerte. Damit liegt die Deutsche Telekom AG im Berichtsjahr 2020 vor der Deutschen Bahn AG, die gegenüber dem Berichtsjahr 2018 pandemiebedingt einen Rückgang der Umsätze der inländischen Gesellschaften von EUR 3,4 Mrd. zu verzeichnen hatte.

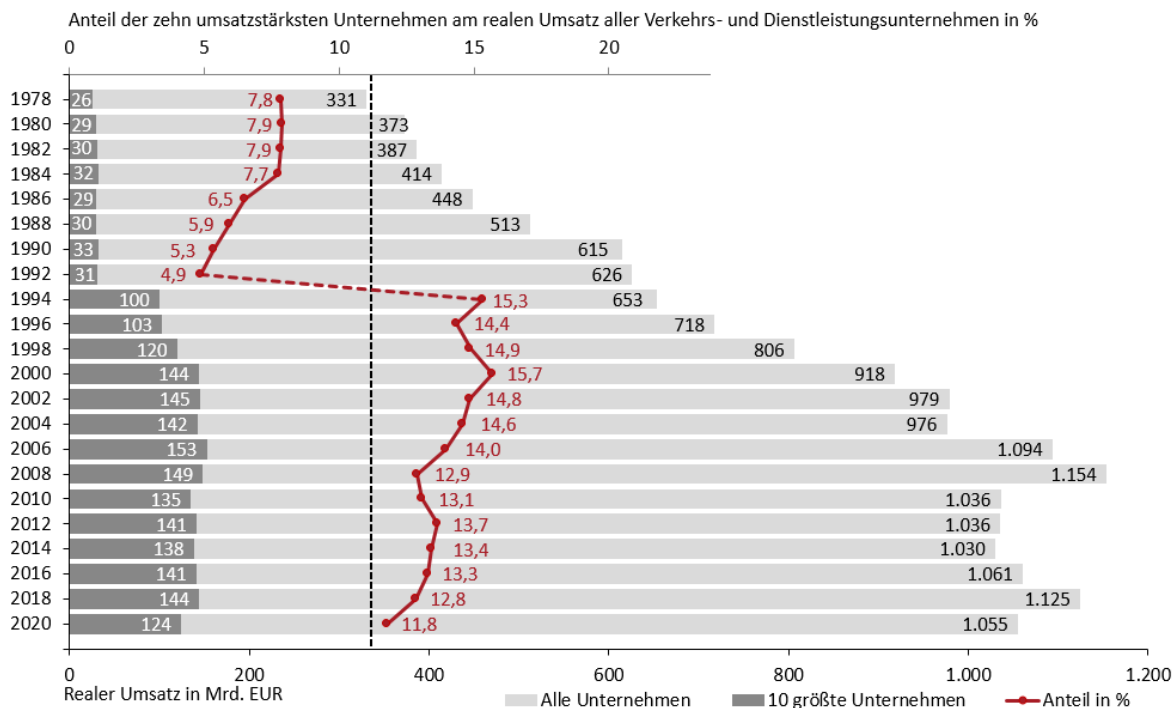
62. Die Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen in Deutschland⁵⁰ waren von der COVID-19-Pandemie besonders betroffen. Gegenüber dem Berichtsjahr 2018 ging der reale⁵¹ Umsatz dieser Unternehmen in Deutschland insgesamt um 6,2 Prozent zurück und lag im Berichtsjahr 2020 bei EUR 1.055 Mrd. Mit einem Rückgang der realen Umsatzerlöse von 14 Prozent waren die zehn größten Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen jedoch noch deutlich stärker betroffen. Sie erwirtschafteten im Berichtsjahr 2020 noch Umsatzerlöse von EUR 124 Mrd. (vgl. Abbildung I.21). Das ist der stärkste Rückgang der aggregierten inländischen Umsatzerlöse der zehn größten Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen seit Beginn der Berichterstattung im Jahr 1978. In der Folge ist auch der Anteil der zehn größten Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen an den Umsätzen aller Verkehrs- und Dienst-

⁵⁰ Hier wurden alle Unternehmen der Wirtschaftsabschnitte H (Verkehr und Lagerei), J (Information und Kommunikation), L (Grundstücks- und Wohnungswesen), M (Erbringung von freiberuflichen, wissenschaftlichen und technischen Dienstleistungen), N (Erbringung von sonstigen wirtschaftlichen Dienstleistungen), R (Kunst, Unterhaltung und Erholung) und S (Erbringung von sonstigen Dienstleistungen) gemäß der Umsatzsteuerstatistik des Statistischen Bundesamtes zusammengefasst.

⁵¹ Zur Deflationierung wurde der implizite Preisindex der gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfung verwendet (Vorjahrespreisbasis, Referenzjahr: 2015; Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage von Daten des Statistischen Bundesamtes, Fachserie 18 Reihe 1.5, S. 53, Rechenstand November 2021).

leistungsunternehmen in Deutschland vergleichsweise deutlich von 12,8 Prozent auf 11,8 Prozent gesunken – der niedrigste Wert seit der (rechtlichen) Privatisierung der großen ehemals staatlichen Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen, der Deutsche Bahn AG und der ehemaligen Deutsche Bundespost, Mitte der 90er Jahre.

Abbildung I.21: Entwicklung der inländischen Umsätze im Verkehrs- und Dienstleistungssektor (1978 bis 2020)



Anm.: Es handelt sich bei den Umsätzen der zehn größten Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen um die preisbereinigten Umsätze der inländischen Konzernbereiche. Der preisbereinigte Umsatz aller Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen gemäß Umsatzsteuerstatistik des Statistischen Bundesamtes (Voranmeldungen) dient als Vergleichsgröße. Die zugrundeliegenden Nominalwerte entsprechen den aggregierten Umsatzerlösen der Wirtschaftsabschnitte H (Verkehr und Lagerei), J (Information und Kommunikation), L (Grundstücks- und Wohnungswesen), M (Erbringung von freiberuflichen, wissenschaftlichen und technischen Dienstleistungen), N (Erbringung von sonstigen wirtschaftlichen Dienstleistungen), R (Kunst, Unterhaltung und Erholung) und S (Erbringung von sonstigen Dienstleistungen). Alle Größen wurden mithilfe des impliziten Preisindex der gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfung deflationiert (Vorjahrespreisbasis, Referenzjahr: 2015; Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage von Daten des Statistischen Bundesamtes, Fachserie 18 Reihe 1.5, S. 53, Rechenstand November 2021). In den Anlagen zu diesem Gutachten sind detaillierte Angaben zu den Umsätzen, den Veränderungsdaten und den in der Grafik dargestellten Anteilswerten zu finden. Die außergewöhnliche Umsatzsteigerung der zehn größten Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen zwischen 1992 und 1994 ist auf die erstmalige Einbeziehung der Unternehmen der ehemaligen Deutschen Bundespost sowie der Deutschen Bahn AG in die Untersuchung zurückzuführen.

Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage eigener Erhebungen sowie der Umsatzsteuerstatistik (Voranmeldungen) des Statistischen Bundesamtes, Fachserie 14 Reihe 8.1

Die zehn größten Kreditinstitute

Tabelle I.7: Die nach Bilanzsumme zehn größten Kreditinstitute im Jahr 2020

Rang nach Bilanzsumme	Trend	Unternehmen	Bilanzsumme in Mio. EUR	Gesamte Bilanzsumme in Mio. EUR	Inlandsanteil in %
1	—	Deutsche Bank AG	919.944	1.325.259	69,4
2	—	DZ Bank AG	553.946	594.573	93,2

Rang nach Bilanzsumme	Trend	Unternehmen	Bilanzsumme in Mio. EUR	Gesamte Bilanzsumme in Mio. EUR	Inlandsanteil in %
3	—	KfW Bankengruppe	546.384	546.384	100,0
4	—	Commerzbank AG	393.851	506.916	77,7
5	—	UniCredit-Gruppe Deutschland	277.503	931.456	29,8
6	↑	Landesbank Baden-Württemberg	261.699	276.449	94,7
7	↓	Bayerische Landesbank	251.271	256.271	98,0
8	neu	JPMorgan Chase & Co.-Gruppe Deutschland	244.618	2.964.505	8,3
9	↓	Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale	210.863	219.324	96,1
10	↓	NRW.BANK	155.787	155.787	100,0

Quelle: Eigene Erhebungen und veröffentlichte Geschäftsberichte

63. Im Vergleich zum Berichtsjahr 2018 hat sich der Kreis der zehn größten Kreditinstitute um ein Unternehmen verändert. Im Berichtsjahr 2020 neu in den Kreis eingetreten ist die JPMorgan Chase & Co.-Gruppe Deutschland. Infolge des Ausscheidens Großbritanniens aus der Europäischen Union hat JPMorgan große Teile des europäischen Geschäfts in Frankfurt zusammengefasst und ist nun eines der größten Kreditinstitute in Deutschland. Ausgeschieden aus dem Kreis der zehn größten Kreditinstitute in Deutschland ist dafür die Norddeutsche Landesbank Girozentrale, die im Berichtsjahr 2018 auf dem zehnten Rang zu finden war. Es fällt auf, dass sich insbesondere in der oberen Hälfte der Rangliste keine Veränderungen im Vergleich zum Berichtsjahr 2018 ergeben haben. Zwar haben alle Kreditinstitute ihre Bilanzsumme in Deutschland erhöht, dies hat auf den ersten fünf Rängen jedoch nicht zu Rangveränderungen geführt. Die aggregierte Bilanzsumme der inländischen Gesellschaften der größten zehn Kreditinstitute beträgt im Berichtsjahr 2020 etwa EUR 3,8 Mrd. Das entspricht einer Steigerung von etwa 16 Prozent gegenüber dem Berichtsjahr 2018.

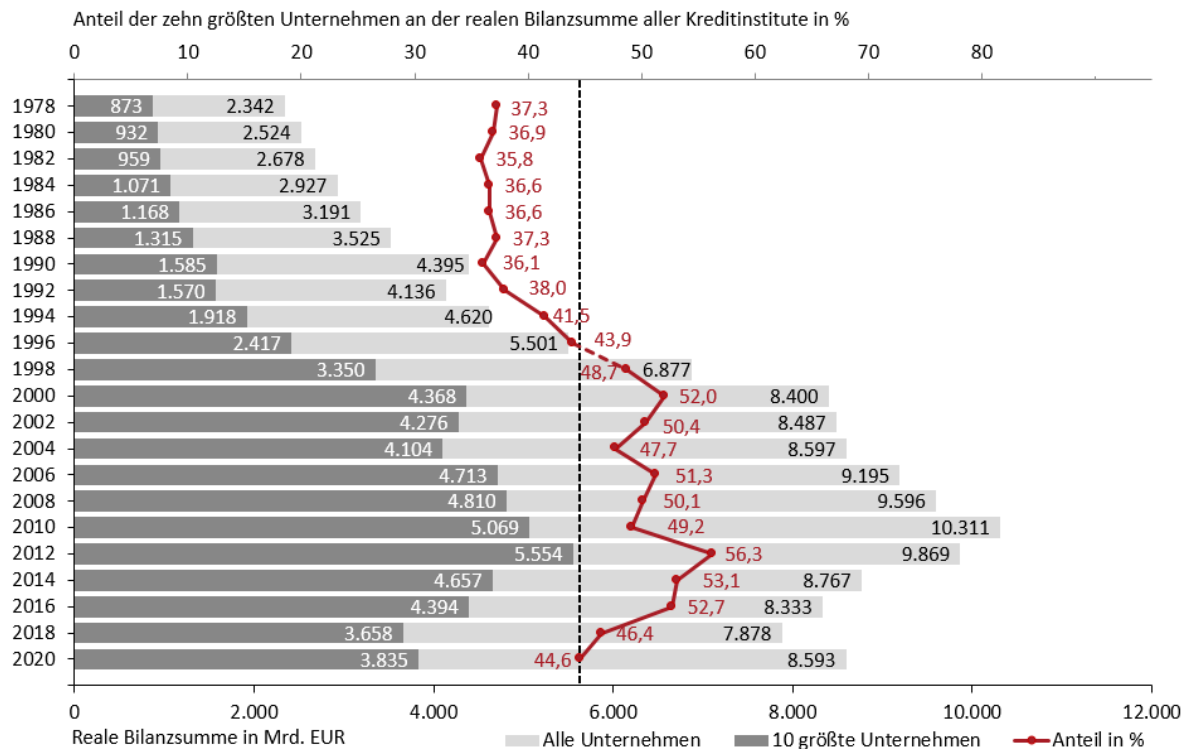
64. Um die Entwicklung der aggregierten Bilanzsumme der zehn größten Kreditinstitute mit derjenigen aller Kreditinstitute in Deutschland vergleichen zu können, wird im Gegensatz zur in Tabelle I.7 dargestellten konsolidierten Bilanzsumme der Kreditinstitute die unkonsolidierte Bilanzsumme verwendet, da sich die von der Bundesbank zur Verfügung gestellte Vergleichsgröße für alle Kreditinstitute in Deutschland ebenfalls auf Einzelabschlüsse bezieht.⁵² Zudem werden die entsprechenden Größen um Preisentwicklungen bereinigt.⁵³ Wie Abbildung I.22 zeigt, ist auch die preisbereinigte, unkonsolidierte Bilanzsumme der zehn größten Kreditinstitute in Deutschland gegenüber dem Berichtsjahr 2018 angestiegen. Sie betrug im Berichtsjahr 2018 EUR 3.658 Mrd. und stieg im Berichtszeitraum um 4,8 Prozent auf EUR 3.835 Mrd. im Berichtsjahr 2020. Im selben Zeitraum stieg die Bilanzsumme aller Kreditinstitute in Deutschland um 9,1 Prozent auf EUR 8.593 Mrd. Daher sank der Anteil der zehn größten Kreditinstitute an der Bilanzsumme aller Kreditinstitute im Berichtszeitraum und liegt im Berichtsjahr 2020 bei 44,6 Prozent. Dies entspricht in etwa dem Durchschnitt seit Beginn der Berichterstattung (vgl. gestrichelte, vertikale Linie in Abbildung I.22). Der rückläufige Trend des Anteils seit dem Berichtsjahr 2012 setzt sich im aktuellen Berichtszeitraum

⁵² Die Vergleichsgröße für das Jahr 2020 ist zu finden in Deutsche Bundesbank, Statistische Fachreihe, 2022, S. 106.

⁵³ Zur Deflationierung wurde der implizite Preisindex der gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfung verwendet (Vorjahrespreis-basis, Referenzjahr: 2015; Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage von Daten des Statistischen Bundesamtes, Fachserie 18 Reihe 1.5, S. 53, Rechenstand November 2021).

somit fort. Ein kleinerer Anteil der zehn größten Kreditinstitute an der Bilanzsumme aller Kreditinstitute in Deutschland war zuletzt im Jahr 1996 zu beobachten.

Abbildung I.22: Entwicklung der Bilanzsummen im Kreditgewerbe (1978 bis 2020)



Anm.: Die dargestellten Größen wurden preisbereinigt, indem die nominalen Werte mithilfe des impliziten Preisindex der gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfung deflationiert wurden (Vorjahrespreisbasis, Referenzjahr: 2015; Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage von Daten des Statistischen Bundesamtes, Fachserie 18 Reihe 1.5, S. 53, Rechenstand November 2021). In der Abbildung ist bis einschließlich 1996 die preisbereinigte konsolidierte Bilanzsumme, ab 1998 die preisbereinigte unkonsolidierte Bilanzsumme der zehn größten Kreditinstitute dargestellt. Eine detaillierte Übersicht zu den einzelnen Angaben zur Bilanzsumme, den jeweiligen Anteilswerten sowie den Veränderungsdaten ist in den Anlagen zu diesem Gutachten veröffentlicht.

Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage eigener Erhebungen sowie der Bankenstatistik der Deutschen Bundesbank (Statistische Fachreihe, Januar 2022, S. 106)

Die zehn größten Versicherungsunternehmen

Tabelle I.8: Die nach Beitragseinnahmen zehn größten Versicherungsunternehmen im Jahr 2020

Rang nach Beitrags- einnahmen	Trend	Unternehmen	Beitrags- einnahmen in Mio. EUR	Gesamte Beitrags- einnahmen in Mio. EUR	Inlandsanteil in %
1	—	Münchener Rückversicherungs- Gesellschaft AG	36.601	54.890	66,7
2	—	Allianz SE	28.940	82.986	34,9
3	—	R+V Versicherung AG	17.151	18.952	90,5
4	—	Generali-Gruppe Deutschland	14.418	70.704	20,4
5	↑	Debeka-Gruppe	11.448	11.448	100,0
6	↓	AXA-Gruppe Deutschland	11.095	32.440	34,2
7	↑	Versicherungskammer Bayern VöR	9.358	9.358	100,0
8	↓	HDI Haftpflichtverband der Deutschen Industrie V.a.G.	8.547	41.106	20,8
9	—	HUK-COBURG	8.050	8.050	100,0
10	—	Zurich Insurance-Gruppe Deutschland	5.782	47.503	12,2

Quelle: Eigene Erhebungen und veröffentlichte Geschäftsberichte

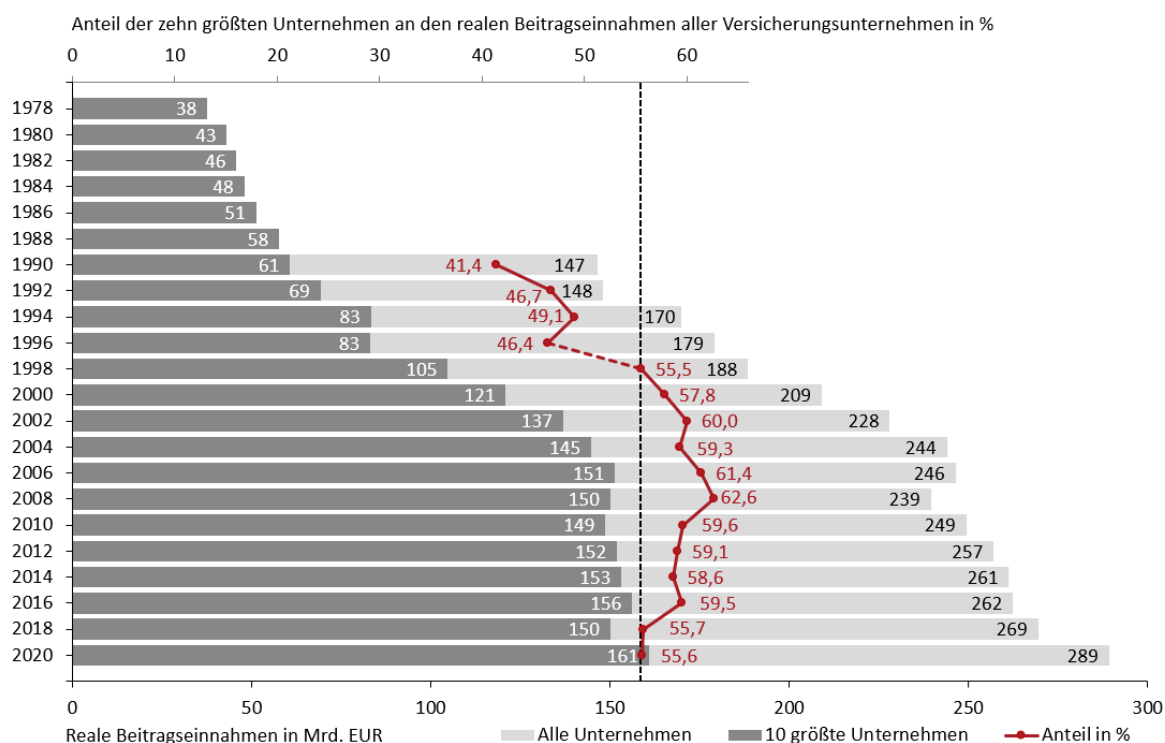
65. Im Berichtsjahr 2020 hat sich der Kreis der zehn größten Versicherungsunternehmen gegenüber dem Berichtsjahr 2018 nicht verändert. Auch die ersten vier Ränge blieben im Berichtszeitraum unverändert. Auf dem ersten Rang befindet sich im Berichtsjahr 2020 weiterhin die Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG, deren inländische Gesellschaften Beitragseinnahmen in Höhe von EUR 36,6 Mrd. erzielten. Damit erhöhten sich die Beitragseinnahmen gegenüber dem Berichtsjahr 2018 um etwa 17 Prozent. Mit Ausnahme des HDI Haftpflichtverbands konnten auch die übrigen Versicherungsunternehmen die Beitragseinnahmen ihrer Gesellschaften in Deutschland steigern. Beim HDI Haftpflichtverband blieben die Beitragseinnahmen dagegen annähernd konstant, sodass er von Rang sieben im Berichtsjahr 2018 auf Rang acht im Berichtsjahr 2020 zurückfiel. Die aggregierten Beitragseinnahmen der zehn größten Versicherungsunternehmen in Deutschland sind gegenüber dem Berichtsjahr 2018 um 9,5 Prozent gestiegen und betragen im Berichtsjahr 2020 etwa EUR 151 Mrd.

66. Die Bedeutung der zehn größten Versicherungsunternehmen für die Versicherungsbranche in Deutschland kann anhand des Anteils dieser Unternehmen an den Beitragseinnahmen aller Versicherungsunternehmen in Deutschland eingeschätzt werden. Als volkswirtschaftliche Vergleichsgröße wird zu diesem Zweck die Erstversicherungsstatistik der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht verwendet, die für das Jahr 2020 erstmalig ausschließlich in Tabellenform veröffentlicht wird.⁵⁴ Da diese Statistik auf Einzelabschlüssen basiert, werden für den Vergleich auch bei den zehn größten Versicherungsunternehmen die unkonsolidierten Beitragseinnahmen ver-

⁵⁴ Statistik der BaFin – Erstversicherungsunternehmen – Ergänzende statistische Daten – Anlage 1, https://www.bafin.de/DE/PublikationenDaten/Statistiken/Erstversicherung/erstversicherung_node.html, Abruf am 21. April 2022.

wendet. Die Größen werden zum besseren zeitlichen Vergleich zudem preisbereinigt.⁵⁵ Die aggregierten realen Beitragseinnahmen der zehn größten Versicherungsunternehmen sind – wie Abbildung I.23 zeigt – im Berichtszeitraum deutlich gestiegen. Es handelt sich um einen Anstieg von 7,2 Prozent auf etwa EUR 161 Mrd. im Berichtsjahr 2020. Im gleichen Zeitraum ist die Vergleichsgröße mit 7,3 Prozent ähnlich stark gestiegen und liegt im Berichtsjahr 2020 bei EUR 289 Mrd. Aufgrund des nahezu identischen Wachstums beider Größen bleibt auch der Anteil der zehn größten Versicherungsunternehmen an der volkswirtschaftlichen Vergleichsgröße annähernd konstant. Er beträgt im Berichtsjahr 2020 55,6 Prozent und ist damit gegenüber dem Berichtsjahr 2018 lediglich um 0,1 Prozentpunkte gesunken. Dieser Wert liegt gleichzeitig nahe am Mittelwert seit 1990 von 55,5 Prozent (vgl. gestrichelte, vertikale Linie in Abbildung I.23).

Abbildung I.23: Entwicklung der Beitragseinnahmen der Versicherungsbranche (1978 bis 2020)



Anm.: Die dargestellten Größen wurden preisbereinigt, indem die nominalen Werte mithilfe des impliziten Preisindex der gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfung deflationiert wurden (Vorjahrespreisbasis, Referenzjahr: 2015; Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage von Daten des Statistischen Bundesamtes, Fachserie 18 Reihe 1.5, S. 53, Rechenstand November 2021). In der Abbildung wurde der Anteil bis einschließlich 1996 anhand der konsolidierten Beitragseinnahmen der zehn größten Versicherungskonzerne ermittelt. Ab 1998 wurden die unkonsolidierten Beitragseinnahmen der zehn größten Versicherungskonzerne verwendet. Zur Berechnung der Beitragseinnahmen aller Versicherungsunternehmen in Deutschland wurde bereits vor 1998 die unkonsolidierte Summe aller Beitragseinnahmen entsprechend der Einzelabschlüsse aller Versicherungsunternehmen verwendet. Eine detaillierte Übersicht zu den einzelnen Angaben zu den Beitragseinnahmen, den jeweiligen Anteilswerten sowie den Veränderungsraten ist in den Anlagen zu diesem Gutachten veröffentlicht.

Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage eigener Erhebungen sowie der Erstversicherungsstatistik der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht

⁵⁵ Zur Deflationierung wurde der implizite Preisindex der gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfung verwendet (Vorjahrespreisbasis, Referenzjahr: 2015; Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage von Daten des Statistischen Bundesamtes, Fachserie 18 Reihe 1.5, S. 53, Rechenstand November 2021).

2 Sektorübergreifende Marktmachtentwicklung

67. Nachfolgend wird die durchschnittliche Entwicklung der Unternehmenskonzentration in einzelnen Wirtschaftsbereichen und der Preisaufschläge von Anbietern in Deutschland untersucht. Die Monopolkommission führt Untersuchungen zur horizontalen Unternehmenskonzentration und zu Preisaufschlägen regelmäßig im Rahmen ihres gesetzlichen Auftrages zur Konzentrationsberichterstattung gemäß § 44 Abs. 1 Satz 1 GWB durch.

68. In den vergangenen Jahren hat das wirtschaftswissenschaftliche und wirtschaftspolitische Interesse an empirischen Untersuchungen zur sektorübergreifenden Unternehmenskonzentration und zu Preisaufschlägen weltweit zugenommen. Auslöser hierfür waren Untersuchungen für die USA, die eine deutliche Zunahme der durchschnittlichen Anbieterkonzentration und ökonomischer Preisaufschläge – also der Spanne zwischen dem Preis eines Produkts und seinen Grenzkosten – über die vergangenen Jahrzehnte zeigen. Die Unternehmenskonzentration ist in den USA in den letzten zwei Jahrzehnten in 75 Prozent der Wirtschaftsbereiche angestiegen und die Preisaufschläge von US-Unternehmen haben sich seit 1980 im Durchschnitt um 40 Prozentpunkte erhöht.⁵⁶ Aus wirtschafts- und insbesondere wettbewerbspolitischer Perspektive sind diese Entwicklungen für die USA besorgniserregend, weil sie auf eine Abnahme des Wettbewerbs hindeuten könnten.

69. Aber auch für europäische Volkswirtschaften und Märkte sieht beispielsweise die Europäische Kommission insgesamt ein wettbewerbliches Problem durch eine steigende Konzentration und steigende Preisaufschläge in vielen Wirtschaftsbereichen. Dadurch könne das ökonomische Potenzial des gemeinsamen europäischen Binnenmarktes auf Konsumenten- wie auf Produzentenseite nicht optimal genutzt werden.⁵⁷ Auch die Wettbewerbsaufsicht des Vereinigten Königreichs findet nach einer umfassenden Untersuchung Hinweise darauf, dass der Anbieterwettbewerb im Vereinigten Königreich über die letzten zwei Jahrzehnte im Durchschnitt abgenommen haben könnte.⁵⁸

70. Für Deutschland und andere europäische Volkswirtschaften hat sich zuletzt gezeigt, dass sich die gesamtwirtschaftlichen Entwicklungen jedoch weit weniger dramatisch darstellen als in den USA.⁵⁹ Für Deutschland findet die Monopolkommission in ihren letzten Hauptgutachten regelmäßig keinen sektorübergreifenden Anstieg der Unternehmenskonzentration, der in seinem Ausmaß mit dem in den USA vergleichbar wäre.⁶⁰ Andere Untersuchungen zur Konzentrationsentwicklung in Deutschland bestätigen dieses Ergebnis, obgleich Unterschiede zwischen einzelnen Wirtschaftsbereichen bestehen.⁶¹ Auch die bisherigen Untersuchungen zur Entwicklung von Preisaufschlägen

⁵⁶ Vgl. Grullon, G./Larkin, Y./Michaely, R., Are US Industries Becoming More Concentrated?, *Review of Finance*, 23, 2019, S. 697–743; De Loecker, J./Eeckhout, J./Unger, G., The Rise of Market Power and the Macroeconomic Implications, *The Quarterly Journal of Economics*, 135, 2020, S. 561–644.

⁵⁷ Europäische Kommission, Single Market Performance Report, COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT Single Market Performance Report 2019, Brussels, 17.12.2019, SWD(2019) 444 final, Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Central Bank, the European Economic and Social Committee, the Committee of the Regions and the European Investment Bank Annual Sustainable Growth Strategy 2020

⁵⁸ Competition and Markets Authority, The state of UK competition, 2020.

⁵⁹ Vgl. für empirische Untersuchungen zur sektorübergreifenden Entwicklung von Preisaufschlägen und Unternehmenskonzentration für europäische Volkswirtschaften unter anderem Bajgar, M. u. a., *Industry Concentration in Europe and North America*, 2019–18, 2019; Competition and Markets Authority, The state of UK competition, a. a. O., vgl. Fn. 57; Cavalleri, M.C. u. a., Concentration, market power and dynamism in the euro area, 2253, 2019; De Loecker, J./Eeckhout, J., *Global Market Power*, NBER Working Paper w24768, Cambridge, MA, 2018; Deutsche Bundesbank, *Mark-ups of firms in selected European countries*, Frankfurt am Main, 2017; Díez, F.J./Leigh, D./Tambunlertchai, S., *Global Market Power and Its Macroeconomic Implications*, Washington, D.C., 2018; Eide, L.S./Erraia, J./Grimsby, G., *Industry Concentration and Profitability in Europe: The Case of Norway*, *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik*, 241, 2021, S. 577–622; Gradzewicz, M./Mućk, J., *Globalization and the fall of markups*, 304, 2019; van Heuvelen, G.H./Bettendorf, L./Meijerink, G., *Estimating Markups in the Netherlands*, 2019; Weche, J.P./Wambach, A., *The Fall and Rise of Market Power in Europe*, *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik*, 241, 2021, S. 555–575.

⁶⁰ Monopolkommission, *Wettbewerb 2018: XXII. Hauptgutachten der Monopolkommission*, Baden-Baden, 2018, Kap. 2.3; Monopolkommission, *Wettbewerb 2020*, a. a. O., vgl. Fn. 36, Kap. 2.1.

⁶¹ Vgl. Affeldt, P. u. a., *Marktkonzentrationstrend steigt in Dienstleistungsmärkten deutlich*, DIW Wochenbericht 20/2021, 2021; Deutsche Bundesbank, *Mark-ups of firms in selected European countries*, Monatsbericht Dezember 2017, Frankfurt am Main,

in Deutschland deuten auf eine vergleichsweise moderate Entwicklung hin. Dennoch zeigt sich auch in vielen Wirtschaftsbereichen Deutschlands ein Anstieg der durchschnittlichen Preisaufschläge.⁶²

71. Eine kontinuierliche Beobachtung von Unternehmenskonzentration und Marktmachtindikatoren auf gesamtwirtschaftlicher Ebene ist von grundlegendem wirtschaftspolitischem Interesse, da sich hieraus Rückschlüsse auf die wettbewerbliche Funktionsfähigkeit des Wirtschaftssystems und damit auf die allgemeine Ressourcenzuteilung ziehen lassen. Aktuell stellen sich Fragen zu Stand und Entwicklung der sektorübergreifenden Wettbewerbsintensität insbesondere auch vor dem Hintergrund der digitalen Transformation und damit einhergehenden Monopolisierungstendenzen einiger Märkte sowie vor dem Hintergrund möglicher Marktstrukturveränderungen durch die COVID-19-Pandemie.⁶³ Auch der Angriff Russlands auf die Ukraine am 24. Februar 2022 hat aus wettbewerbspolitischer Perspektive die Frage nach möglichen sektorübergreifenden Auswirkungen auf Marktstrukturen und das Wettbewerbsumfeld aufgeworfen (vgl. Abschnitt 2.5). So könnten Anbieter aufgrund beeinträchtigter Wertschöpfungsketten und steigender Energiepreise aus Märkten ausscheiden und in diesen die Konzentration ansteigen lassen. So wurde bereits im Rahmen der zweiten Ölpreiskrise Ende der 1970er Jahre und der damit verbundenen schwachen konjunkturellen Entwicklung in den Jahren 1979 bis 1981 ein Anstieg der Unternehmenskonzentration in der überwiegenden Anzahl der Wirtschaftszweige beobachtet.⁶⁴

72. Die wettbewerbliche Interpretation von statistischen Konzentrationskennzahlen und anderen empirischen Marktmachtindikatoren bedarf stets besonderer Aufmerksamkeit. Grund hierfür ist, dass die verfügbaren Indikatoren insofern keineswegs eindeutig sind, als es in der Regel zusätzlicher Informationen bedarf, um die Aussagekraft für Marktmacht und Wettbewerbsintensität einschätzen zu können. Insbesondere zur Ermittlung von Preisaufschlägen hat sich zudem bisher keine standardisierte Methode etabliert, wodurch die Ergebnisse stark von der jeweils verwendeten Methode, aber auch von der zugrundeliegenden Datenbasis abhängen können. Schwerpunkte des nachfolgenden Abschnitts sind daher vor allem auch die Robustheit von empirischen Ergebnissen zu Preisaufschlägen gegenüber Veränderungen der ökonometrischen Methodik und Datenbasis sowie die Aussagefähigkeit empirisch ermittelter Preisaufschläge für Marktmacht und Wettbewerbsintensität. Dazu werden von der Monopolkommission für die Ermittlung von Preisaufschlägen repräsentative Mikrodaten der amtlichen Statistik auf Unternehmensebene herangezogen.

73. Im nachfolgenden Abschnitt werden zunächst die zur Konzentrationsmessung verwendeten Indikatoren vorgestellt und hinsichtlich ihrer Aussagekraft für die Verhaltensspielräume von Unternehmen auf Märkten diskutiert. Anschließend werden konzentrationsstatistische Kennzahlen im Zeitverlauf analysiert. Aufgrund der tendenziell größeren Aussagekraft für den tatsächlichen Wettbewerbsdruck werden anschließend Preisaufschläge auf Grundlage repräsentativer Mikrodaten der amtlichen Statistik für das deutsche verarbeitende Gewerbe und den Dienstleistungssektor analysiert. Dabei wird insbesondere auch die Methoden- und Datenabhängigkeit der Ergebnisse mit dem Ziel untersucht, belastbare Aussagen über die Entwicklung von Preisaufschlägen in deutschen Wirtschaftsbereichen treffen zu können sowie sektorale Unterschiede zu identifizieren. Die Ergebnisse lassen jedoch weder konkrete Rückschlüsse auf die Wettbewerbsintensität in sachlich und räumlich relevanten Märkten zu, noch können wettbewerbspolitische Empfehlungen für einzelne Märkte abgeleitet werden. Die sektorübergreifende Perspektive der nachfolgenden Untersuchungen steht demnach in einem komplementären Verhältnis zu markt-

2017; Ponattu, D. u. a., Unternehmenskonzentration und Lohnquote in Deutschland: Eine Analyse auf Branchenebene zwischen 2008 und 2016, Gütersloh, 2018; Weche, J.P./Wagner, J., Markups and Concentration in the Context of Digitization: Evidence from German Manufacturing Industries, *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik*, 241, 2021, S. 667–699; Cavalleri u. a. beobachten in den von ihnen genutzten Daten sogar einen durchschnittlichen Rückgang der Unternehmenskonzentration in Deutschland (Cavalleri, M.C. u. a., Concentration, market power and dynamism in the euro area, ECB Working Paper 2253, 2019).

⁶² Vgl. Monopolkommission, Wettbewerb 2018, a. a. O., vgl. Fn. 59; Monopolkommission, Wettbewerb 2020, a. a. O., vgl. Fn. 36.

⁶³ Vgl. zum Zusammenhang von Marktmacht und Digitalisierung Kapitel V in diesem Gutachten sowie Abschnitt 2.3.1 in diesem Kapitel. Zu Marktstrukturveränderungen durch die COVID-19-Pandemie vgl. Monopolkommission, Wettbewerb 2020, a. a. O., vgl. Fn. 36, Tz. 270 ff.

⁶⁴ Vgl. Monopolkommission, V. Hauptgutachten: Ökonomische Kriterien für die Rechtsanwendung, Baden-Baden, 1984, Tz. 274.

spezifischen Analysen. Anschließend werden mögliche Ursachen steigender Preisaufschläge untersucht. Besonderes Augenmerk liegt hier auf der Rolle immaterieller Vermögensgegenstände, der digitalen Transformation sowie indirekter Horizontalverflechtungen über institutionelle Investoren. Anschließend werden die möglichen makroökonomischen Folgen einer veränderten durchschnittlichen Wettbewerbsintensität diskutiert sowie eine Untersuchung zum Zusammenhang zwischen Preisaufschlägen und Produktivitätswachstum vorgelegt.

2.1 Unternehmenskonzentration

2.1.1 Methodik

74. Zur Einschätzung der Anbieterkonzentration auf Märkten werden in der empirischen Wettbewerbsforschung sowie von Wettbewerbsbehörden im Rahmen der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts meist zwei Indikatoren verwendet: der Herfindahl-Hirschman-Index (HHI) und die Konzentrationsrate.

75. Der HHI bildet den Konzentrationsgrad eines betrachteten Marktes ab und verwendet die prozentualen Umsatzanteile (s_i) aller dort aktiven Unternehmen (i). Hierzu werden die unternehmensspezifischen Umsatzanteile quadriert und über alle N Unternehmen eines Marktes aufsummiert:

$$\text{HHI} = \sum_{i=1}^N s_i^2 \quad (1)$$

Der HHI kann Werte zwischen $10.000/N$ und 10.000 annehmen; je konzentrierter ein Markt ist, desto höher fällt der HHI aus. Im Extremfall eines Monopols liegt er somit bei 10.000 Punkten.

76. Da bei der Berechnung des HHI die Umsatzanteile aller Unternehmen eines Marktes berücksichtigt werden, ermöglicht er eine direkte Einschätzung der gesamten Marktstruktur. Im Gegensatz dazu liegt der Fokus bei der Konzentrationsrate (CR_n) auf der Abbildung struktureller Oligopolisierungstendenzen im jeweiligen Markt. Hierzu werden die prozentualen Marktanteile der n größten Anbieter aufsummiert. Bei einem Angebotsoligopol halten wenige Unternehmen in Summe einen sehr hohen Marktanteil. Es ist zu beachten, dass die Konzentrationsrate lediglich die Höhe der gemeinsamen Marktanteile der größten Anbieter beschreibt und damit keine Aussagen über ihr Wettbewerbsverhalten trifft. Märkte mit hohen Konzentrationsraten bedürfen dennoch einer verstärkten Aufmerksamkeit der Wettbewerbsbehörden, da das Risiko für kollusives Verhalten mit der Konzentrationsrate steigt. Ursächlich hierfür kann beispielsweise eine erleichterte Abstimmung oder gegenseitige Sanktionierung bei einer geringen Anzahl von Konkurrenten sein. Die Monopolkommission analysiert die Konzentrationsrate der sechs größten Unternehmen:⁶⁵

$$\text{CR}_6 = \sum_{i=1}^6 s_i \quad (2)$$

Die Konzentrationsrate kann Werte zwischen 0 und 100 Prozent annehmen. Im Falle einer großen Zahl an Wettbewerbern ohne nennenswerte Marktanteile liegt die Konzentrationsrate nahe 0; wird der Markt hingegen nur von 6 Unternehmen bedient, beträgt die Konzentrationsrate 100. Weist die Konzentrationsrate CR_6 beispielsweise den Wert 50 auf, können die sechs größten Anbieter 50 Prozent des Marktumsatzes auf sich vereinen.

77. Beide Konzentrationsindikatoren, HHI und Konzentrationsrate, werden weltweit von Wettbewerbsbehörden zur Beurteilung der Wettbewerbssituation herangezogen. Verfügt ein Unternehmen über einen Marktanteil von

⁶⁵ Die Konzentrationsrate und der Herfindahl-Hirschman-Index sind positiv miteinander korreliert. Sie korrelieren insbesondere dann stark miteinander, wenn nur wenige Unternehmen auf einem Markt aktiv sind und diese Unternehmen in der Konzentrationsrate berücksichtigt werden bzw. wenn die restlichen Unternehmen, die nicht in der Konzentrationsrate berücksichtigt werden, in Summe sehr geringe Umsatzanteile aufweisen. Relative Verschiebungen der Umsatzanteile unter den betrachteten größten Unternehmen im Zeitverlauf bildet die Konzentrationsrate im Gegensatz zum HHI allerdings nicht ab. Hierfür ist ein Vergleich der Entwicklung unterschiedlicher Konzentrationsraten, beispielsweise von CR_6 und CR_3 , notwendig.

mindestens 40 Prozent, wird nach deutschem Recht eine Marktbeherrschung vermutet; bei bis zu drei Unternehmen liegt die Vermutungsschwelle bei einem Marktanteil von mindestens 50 Prozent, bei bis zu fünf Unternehmen bei zwei Dritteln des Marktes. Die EU-Fusionskontrolle stuft Unternehmenszusammenschlüsse auf einem Markt in der Regel als unbedenklich ein, wenn der **HHI** zwischen 1.000 und 2.000 liegt und durch den Zusammenschluss um weniger als 250 Punkte ansteigt. Liegt der **HHI** im Markt bereits über 2.000, gilt eine Fusion bei einem Anstieg von weniger als 150 Punkten als unbedenklich.⁶⁶ In den USA gelten Märkte nach Maßgabe des US-amerikanischen Justizministeriums bei **HHI**-Werten zwischen 1.500 und 2.500 als moderat konzentriert, darüber als hoch konzentriert.⁶⁷ Die genannten Schwellenwerte dienen den Kartellbehörden jedoch lediglich als Orientierungshilfe zur Beurteilung von Marktstrukturen und werden im Allgemeinen durch fallspezifische Informationen ergänzt.

78. Die Umsatzkonzentration ist als Indikator zur Beschreibung der Marktstruktur und erst recht der vorherrschenden Wettbewerbssituation mit einigen inhaltlichen und methodischen Problemen verbunden. Bis in die 70er-Jahre des 20. Jahrhunderts war in der Industrieökonomie die Argumentation verbreitet, dass die Struktur eines Marktes das Verhalten der Marktteilnehmer bestimmt und damit einen direkten Effekt auf das Marktergebnis hat.⁶⁸ Dieses sog. Struktur-Verhalten-Ergebnis-Paradigma gilt jedoch als überholt. Stattdessen hat sich die Ansicht durchgesetzt, dass Marktstruktur und -verhalten weder zwangsläufig miteinander korreliert sind noch von einer einseitig kausalen Beziehung ausgegangen werden kann. Es ist daher durchaus möglich, dass das Marktergebnis die Marktstruktur bestimmt und gerade eine hohe Marktkonzentration, z. B. durch realisierte Skaleneffekte, zu einem intensiven Wettbewerb zwischen den Unternehmen führt.

79. Die Konzentrationskennzahlen sind auf Basis der Wirtschaftszweigklassifikation der amtlichen Statistik (WZ 2008) berechnet. Insofern spiegeln sie nicht die Umsatzkonzentration in sachlich und regional abgegrenzten Märkten wider.⁶⁹ Darüber hinaus ist die Berechnung auf Deutschland beschränkt, wodurch die Bedeutung von Umsätzen aus Exporten im grenzüberschreitenden Handel sowie die wettbewerblichen Effekte durch Importe nicht berücksichtigt werden.

80. Weiterhin ist zu beachten, dass die Zuordnung jedes Unternehmens zu einem bestimmten Wirtschaftszweig auf Basis seiner jeweiligen Haupttätigkeit erfolgt, welche anhand der Wertschöpfungsanteile der einzelnen Aktivi-

⁶⁶ Europäische Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (2004/C 31/03), 2004.

⁶⁷ Das US-amerikanische Justizministerium bewertet Fusionen unter anderem anhand der absoluten **HHI**-Werte und anhand von Veränderungen der **HHI**-Werte. Fusionen in Märkten mit einem **HHI**-Wert von weniger als 1.500 gelten als nicht wettbewerbsschädlich und werden normalerweise nicht weiter untersucht. Fusionen in Märkten mit einer moderaten oder hohen Konzentration und einer Steigerung des **HHI**-Wertes von mehr als 100 Punkten gelten als möglicherweise wettbewerbsschädlich und werden häufig überprüft. Fusionen auf Märkten mit einer hohen Konzentration und einem Anstieg des **HHI**-Wertes von mehr als 200 Punkten gelten als sehr wettbewerbsschädlich, sodass der Wettbewerbsschaden von den beteiligten Unternehmen widerlegt werden muss (vgl. DOJ/FTC, Horizontal Merger Guidelines, 19. August 2010, <https://www.justice.gov/atr/horizontal-merger-guidelines-08192010>, Abruf am 23. März 2022).

⁶⁸ Mason (1939, 1949) und Bain (1951, 1956) entwickelten den Struktur-Verhalten-Ergebnis-Ansatz, der die traditionelle Industrieökonomie bis in die 70er-Jahre des 20. Jahrhunderts prägte (vgl. Mason, E.S., Price and Production Policies of Large-Scale Enterprise, American Economic Association, The American Economic Review, 29, 1939, S. 61–74; Mason, E.S., The Current Status of the Monopoly Problem in the United States, The Harvard Law Review Association, Harvard Law Review, 62, 1949, S. 1265–1285; Bain, J.S., Relation of Profit Rate to Industry Concentration: American Manufacturing, 1936–1940, The Quarterly Journal of Economics, 65, 1951, S. 293–324; Bain, J.S., Barriers to New Competition: Their Character and Consequences in Manufacturing Industries, Cambridge, Mass., 1956).

⁶⁹ Das Statistische Bundesamt klassifiziert nach der Wirtschaftszweigklassifikation 2008 Wirtschaftstätigkeiten pyramidenförmig nach einem vorgegebenen Schema. An der Spitze der Pyramide werden die wirtschaftlichen Aktivitäten zunächst in Abschnitte einsortiert, danach weiter in Abteilungen aufgeteilt und anschließend weiter in Gruppen, Klassen und Unterklassen unterteilt. Die vom Statistischen Bundesamt in diesem Gutachten verwendeten Daten befinden sich auf der Ebene der insgesamt 615 Klassen (Wirtschaftszweige auf 4-Steller-Ebene). Wirtschaftliche Tätigkeiten werden dann zu einer Klasse zusammengefügt, wenn sie einen ähnlichen Herstellungsprozess für Waren und Dienstleistungen aufweisen (vgl. Statistisches Bundesamt, Klassifikation der Wirtschaftszweige, Wiesbaden, 2008, S. 18 f.).

täten bestimmt wird.⁷⁰ Bei der Berechnung der Umsatzkonzentration auf Wirtschaftszweigebene werden die gesamten Unternehmensumsätze dem Wirtschaftszweig dieser Haupttätigkeit zugewiesen, was den Indikator insbesondere bei Berücksichtigung hochdiversifizierter Mehrproduktunternehmen verzerren kann.⁷¹

81. Trotz der genannten Einschränkungen wird die Umsatzkonzentration weiterhin als Indikator für das Bestehen von Marktmacht verwendet. Insbesondere auch deshalb, weil für eine intersektorale Perspektive oft keine Alternativen zur Verfügung stehen. Es ist jedoch zu beachten, dass sektorübergreifende Konzentrationskennzahlen vor allem Hinweise auf ein wettbewerbliches Risikopotenzial eines Wirtschaftszweigs liefern, aber keine Aussage über die auf sachlich und räumlich relevanten Märkten tatsächlich vorherrschende Wettbewerbssituation zulassen.

2.1.2 Unternehmenskonzentration bleibt unverändert

82. Zur Analyse der Umsatzkonzentration deutscher Unternehmen stehen der Monopolkommission Konzentrationsraten und Herfindahl-Hirschman-Indizes für den Zeitraum 2007 bis einschließlich 2019 in Zweijahresabständen zur Verfügung.⁷² Diese Kennzahlen werden vom Statistischen Bundesamt in einer Sonderauswertung bereitgestellt und liegen disaggregiert nach Klassen (4-Steller) der Wirtschaftszweigklassifikation WZ 2008 vor.⁷³

83. Wie bereits im XXIII. Hauptgutachten der Monopolkommission weist der gesamtwirtschaftliche Durchschnitt der Umsatzkonzentration einen flachen Trend auf. Nach einem leichten Anstieg zwischen 2009 und 2011 lag der mittlere HHI zuletzt unverändert bei knapp 1.000 Punkten (vgl. Abbildung I.24a). Der nahezu parallele Verlauf von arithmetischem und nach Umsatz gewichtetem Mittelwert, auf den 4-Steller-Wirtschaftszweige mit hohen Umsätzen größeren Einfluss ausüben, lässt darauf schließen, dass keine systematische Verschiebung von Wirtschaftstätigkeit in konzentriertere oder weniger konzentrierte Bereiche stattfindet. Im Vergleich zum vorherigen Berichtsjahr 2017 ist die Konzentration am oberen Ende der HHI-Verteilung leicht gesunken: Das 90. und 95. Perzentil weisen von 2017 bis 2019 einen Rückgang um rund 11 bzw. 5 Prozent auf.

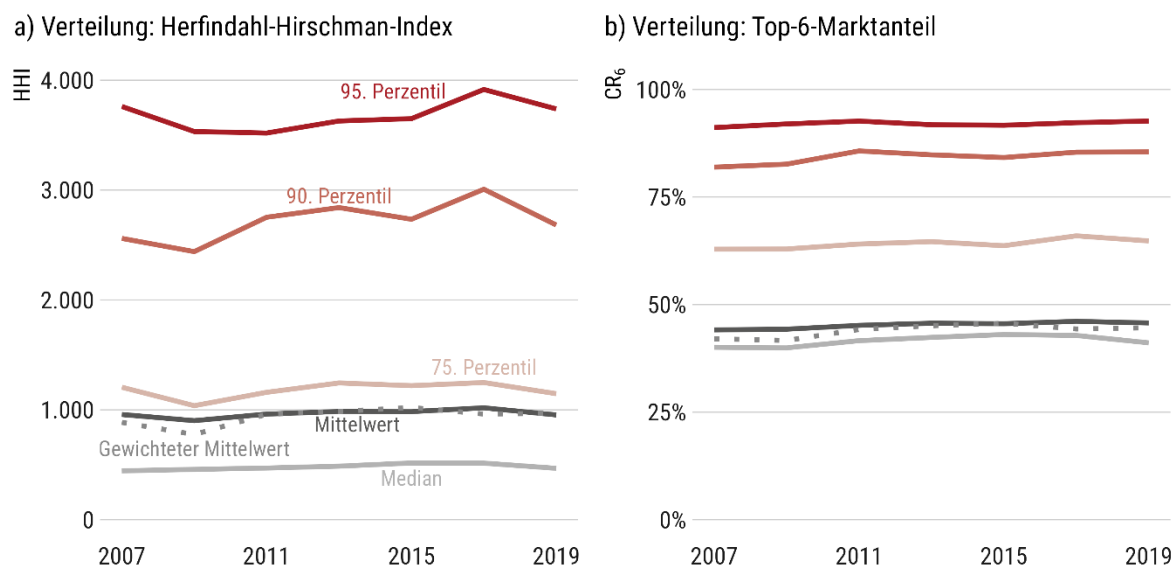
84. Während der HHI die gesamte Verteilung von Umsatzanteilen innerhalb von Wirtschaftszweigen beziffert, kann die Darstellung der durchschnittlichen Konzentrationsrate der sechs größten Unternehmen je 4-Steller-Wirtschaftszweig in Abbildung I.24b zusätzliche Hinweise darauf geben, wie sich das Potenzial für Oligopole seit dem letzten Berichtsjahr entwickelt hat. Auch hier ist im gesamtwirtschaftlichen Aggregat keine Veränderung zu beobachten und die Konzentrationsrate lag 2019 bei rund 45 Prozent. An der geringen Differenz zwischen arithmetischem und gewichtetem Mittel sowie dem Median ist ersichtlich, dass die CR₆-Verteilung keine einseitigen Extremwerte in einzelnen Wirtschaftszweigen aufweist; zudem variieren auch hier Umsätze nicht systematisch in Abhängigkeit von der jeweiligen Konzentrationsrate, sodass im Aggregat keine Hinweise auf eine Oligopolbildung zu finden sind.

⁷⁰ Sollte die Wertschöpfung nicht bekannt sein, kann die Klassifizierung anhand von Ersatzkriterien, z. B. den Umsätzen, der Bruttoproduktion oder Mitarbeiterzahlen, erfolgen (Ebenda, S. 23 ff.).

⁷¹ In komplexen Fällen mit mehreren Tätigkeiten ohne eindeutigen Wertschöpfungsschwerpunkt wird die Haupttätigkeit eines Unternehmens nach der Top-down-Methode bestimmt. Damit wird die Kohärenz der Klassifizierung auf unterster Ebene mit allen höheren Gliederungsebenen sichergestellt. Allerdings kann dadurch der Fall auftreten, dass ein wesentlicher Teil der Unternehmenswertschöpfung in einem Wirtschaftszweig stattfindet, der nicht der Klassifikation der Haupttätigkeit entspricht (Ebenda, S. 23 ff.).

⁷² Aktuellere Daten zur Unternehmenskonzentration liegen zum Zeitpunkt der Erstellung des Hauptgutachtens nicht vor.

⁷³ Die vollständigen Daten werden unter <https://www.monopolkommission.de/de/Daten> bereitgestellt. Für eine detaillierte Diskussion konzentrationsstatistischer Daten für Deutschland, siehe Heidorn, H./Weche, J.P., Business Concentration Data for Germany, Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik, 241, 2021, S. 801–811.

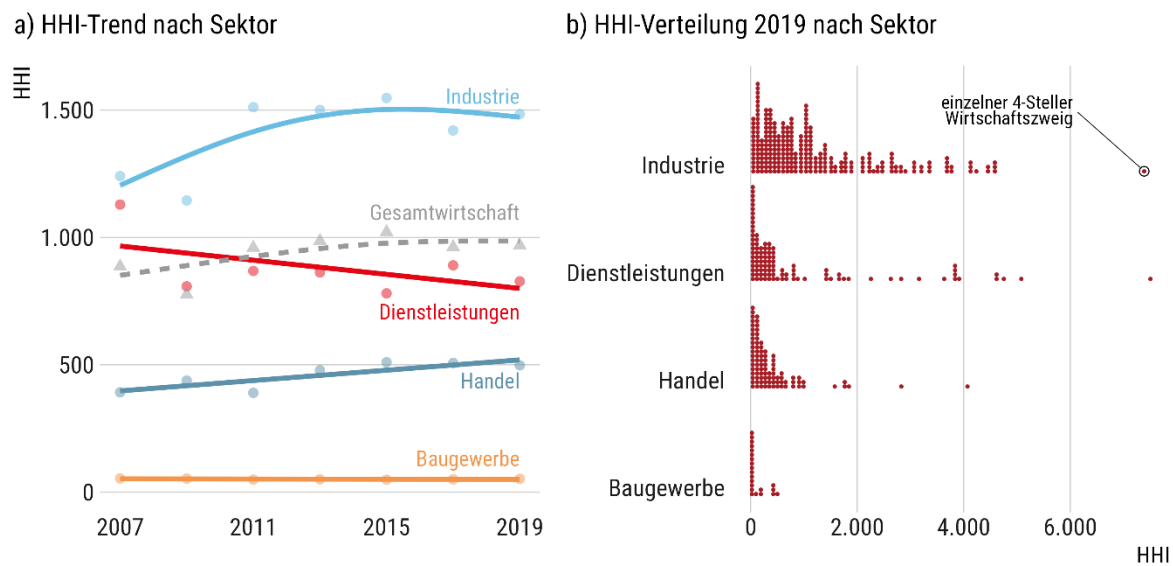
Abbildung I.24: Durchschnittliche Unternehmenskonzentration bleibt unverändert

Anmerkungen: Berechnung auf Grundlage von Herfindahl-Hirschman-Indizes bzw. Konzentrationsraten für 4-Steller-Wirtschaftszweige nach WZ 2008 unter Berücksichtigung von Unternehmensgruppen. Gewichtete Mittelwerte berücksichtigen die Summe der Unternehmensumsätze je 4-Steller-Wirtschaftszweig. Perzentile geben an, in wie viel Prozent der Wirtschaftszweige die Umsatzkonzentration unter dem abgebildeten Wert liegt.

Quelle: Statistisches Bundesamt, konzentrationsstatistische Sonderaufbereitung im Auftrag der Monopolkommission auf Basis des amtlichen Unternehmensregisters; eigene Berechnungen

85. Zwar weist das nationale Aggregat der Umsatzkonzentration kaum eine Dynamik auf, eine differenzierte Betrachtung einzelner Sektoren in Abbildung I.25a zeigt hingegen, dass dort teils gegenläufige Trends zu beobachten sind. Der Dienstleistungsbereich weist durchschnittlich sinkende HHI-Werte auf, seit 2007 ist der gewichtete Trend dort um gut 17 Prozent zurückgegangen (etwa -1,6 Prozent pro Jahr). Dagegen stieg die Konzentration im Handel im selben Zeitraum um rund 30 Prozent an (jährlich um 2,3 Prozent), allerdings von einem weitaus geringeren Niveau. Von den analysierten Sektoren liegt nur die Umsatzkonzentration der Industrie über dem gesamtwirtschaftlichen Durchschnitt. Dort war zwischen 2007 und 2013 ein Konzentrationsanstieg zu beobachten, seither bleibt der Trend flach und der HHI der Industrie liegt bei rund 1.500 Punkten.⁷⁴

⁷⁴ Diese Beobachtungen werden von Ergebnissen auf Grundlage von kartellrechtlich abgegrenzten Märkten grundsätzlich bestätigt (Affeldt u. a., DIW Berlin, a. a. O., vgl. Fn. 60). Bei einer Analyse auf Grundlage der EU-Fusionsdatenbank zeigt sich, dass der durchschnittliche Marktkonzentrationstrend auf nationalen Produktmärkten in Deutschland zwischen 1995 und 2014 konstant bleibt. Im verarbeitenden Gewerbe bleibt die Entwicklung dabei konstant auf hohem Niveau. Abweichend ergibt sich für den Dienstleistungsbereich allerdings, dass die durchschnittliche Konzentration zwischen 1995 und 2014 um 41 Prozent angestiegen ist. Auch das durchschnittliche nationale Aggregat liegt auf Grundlage der EU-Fusionsdatenbank fast dreimal so hoch wie auf Grundlage der wirtschaftszweigbasierten Ergebnisse. Diese Abweichungen sind auf eine engere Abgrenzung kartellrechtlich relevanter Märkte zurückzuführen. Es gilt darüber hinaus jedoch zu berücksichtigen, dass in Analysen der EU-Fusionsdatenbank lediglich Märkte einbezogen werden, die von der EU-Kommission im Rahmen von Fusionskontrollverfahren geprüft wurden. Es könnte sich daher sowohl eine Überrepräsentation von wettbewerblich problematischen Märkten als auch von internationalen Märkten ergeben. Letzteres ist insbesondere im Dienstleistungsbereich problematisch, weil hier viele Märkte regional abzugrenzen sind. Zudem wurden abweichend von der in diesem Gutachten verwendeten Definition des Dienstleistungssektors (WZ 2008-Abschnitte H, J, L, M, N, S95) die Abschnitte E–S berücksichtigt.

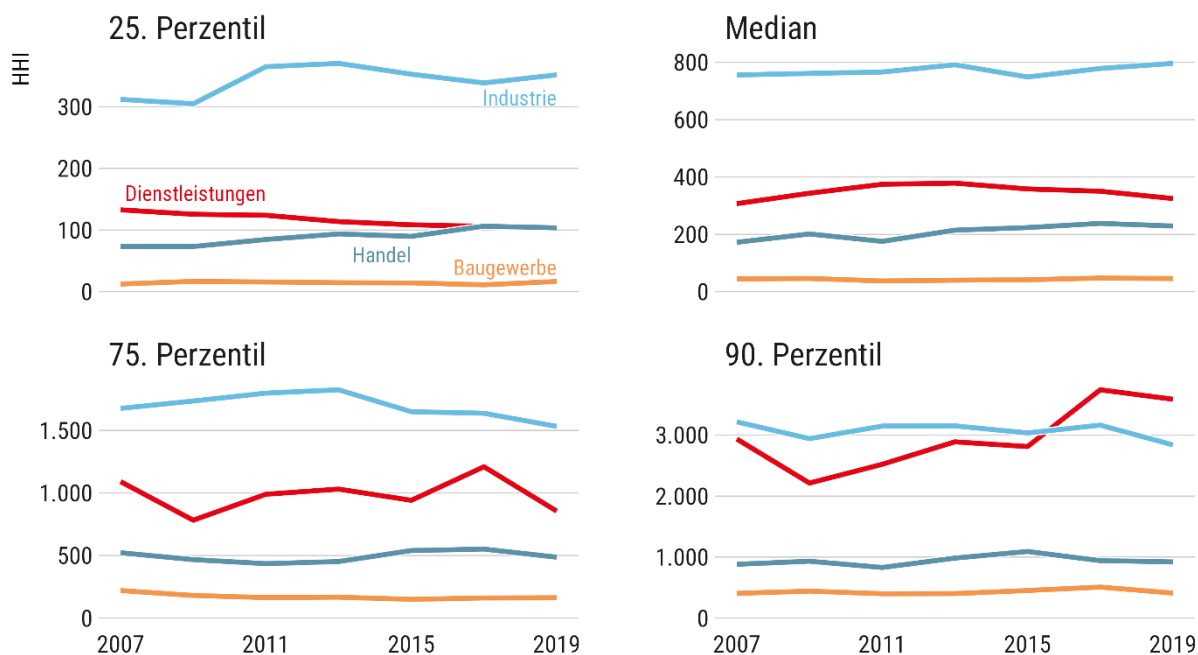
Abbildung I.25: Trends und Höhe der Unternehmenskonzentration variieren zwischen Sektoren

Anmerkungen: Sektorale Trends und jährliche Mittelwerte in Teilabbildung a) basieren auf Herfindahl-Hirschman-Indizes für 4-Steller-Wirtschaftszweige nach WZ 2008 und sind umsatzgewichtet. Trends entsprechen REML-Schätzungen von GAM-Modellen mit kubischen Splines. Die Einteilung in Sektoren folgt der WZ 2008 Klassifikation und fasst die Wirtschaftszweige in Abteilungen B, C, D und E als Industrie, in Abteilungen H, J, L, M, N und Klasse S95 als Dienstleistungen, in Abteilung G als Handel und in Abteilung F als Baugewerbe zusammen.

Quelle: Statistisches Bundesamt, Konzentrationsstatistische Sonderaufbereitung im Auftrag der Monopolkommission auf Basis des amtlichen Unternehmensregisters; eigene Berechnungen

86. In Abbildung I.25b wird die unterschiedliche Streuung von HHI-Werten innerhalb der dargestellten Sektoren anhand der Verteilung im aktuellsten Berichtsjahr 2019 deutlich. Insgesamt weisen Wirtschaftszweige in der Industrie und im Dienstleistungsbereich häufiger HHI-Werte über dem gesamtwirtschaftlichen Durchschnitt von 1.000 Punkten auf. Diese sektoralen Unterschiede sind jedoch zum Teil der größeren Vielfalt zusammengefasster wirtschaftlicher Aktivitäten geschuldet, die auch durch die vergleichsweise höhere Zahl an 4-Steller-Wirtschaftszweigen zum Ausdruck kommt. Aus Wettbewerbsperspektive könnten diese strukturellen Verteilungsunterschiede problematisch werden, wenn sie sich im Zeitverlauf verschärfen, da hierbei eine Oligopolbildung in einzelnen Wirtschaftszweigen der beiden Sektoren begünstigt würde. Vor diesem Hintergrund vergleicht Abbildung I.26, wie sich einzelne Lageparameter der sektoralen Verteilungen zwischen 2007 und 2019 verändert haben. Im Baugewerbe, dem Handel und der Industrie weisen die dargestellten Perzentile nur geringe Änderungsraten auf, die keine wesentliche Verschiebung innerhalb der Sektoren andeuten. Im Dienstleistungsbereich ist dagegen die Konzentration des 90. Perzentils seit 2009 um gut 60 Prozent angestiegen, während sie in den übrigen Perzentilen nahezu konstant war oder gesunken ist. Zu den derart stark konzentrierten Dienstleistungsbereichen zählen unter anderem die drahtlose Telekommunikation, der Schienenpersonenfernverkehr sowie Post-, Kurier- und Expressdienste.⁷⁵ Zusammengefasst deuten diese Entwicklungen darauf hin, dass die Streuung der Konzentration unter den Wirtschaftszweigen im Dienstleistungsbereich zunimmt. Während der durchschnittliche Trend negativ ist (vgl. Abbildung I.25a), steigt der HHI in den am stärksten konzentrierten Wirtschaftszweigen des Dienstleistungssektors im Trend an.

⁷⁵ Hierbei ist zu beachten, dass die HHI-Werte die Umsatzkonzentration der jeweiligen Wirtschaftszweige angeben und somit keine Aussage über die Wettbewerbssituation auf sachlich und regional abgegrenzten Märkten zulassen. Überdies stehen die Daten für den Wirtschaftszweig „Personenbeförderung im Eisenbahnfernverkehr“ aus Gründen der statistischen Geheimhaltung nur bis zum Jahr 2017 zur Verfügung; jüngste Entwicklungen wie beispielsweise Markteintritte bzw. -austritte sind nicht berücksichtigt.

Abbildung I.26: Anstieg der Unternehmenskonzentration in hochkonzentrierten Dienstleistungsbereichen

Anmerkungen: Zur Sektorzuordnung einzelner Wirtschaftszweige vgl. Anmerkungen zu Abbildung I.25.

Quelle: Statistisches Bundesamt, Konzentrationsstatistische Sonderaufbereitung im Auftrag der Monopolkommission auf Basis des amtlichen Unternehmensregisters; eigene Berechnungen

Zusammenfassung: Unternehmenskonzentration

- Der gesamtwirtschaftliche Trend der Unternehmenskonzentration bleibt unverändert flach.
- Sektoren unterscheiden sich sowohl in der Höhe als auch im Trend ihrer Unternehmenskonzentration.
- Entgegen dem Sektortrend steigt die Konzentration in ohnehin hoch konzentrierten Dienstleistungsbereichen an, zu denen auch die regulierten Bereiche drahtlose Telekommunikation, Post und Schienenpersonenfernverkehr zählen.

2.2 Preisaufschläge

87. Die marktübergreifende Messung der Marktmacht stellt ein aktives Forschungsfeld dar.⁷⁶ Im Rahmen sektorübergreifender und aggregierter Betrachtungen, deren Makro-Perspektive eine räumliche und sachliche Markt- abgrenzung nur bedingt zulässt, liegt es somit nahe, methodische Innovationen der wettbewerbsökonomischen Forschung zu berücksichtigen. Bei der Identifikation von Wettbewerbseinschränkungen aufgrund von Marktmacht einzelner Unternehmen sind ökonomische Preisaufschläge der strukturellen Messung von Konzentration konzeptionell in zweifacher Hinsicht vorzuziehen. Zum einen setzen Preisaufschläge unmittelbar beim Marktverhalten der einzelnen Unternehmen an und sind damit unabhängig von einer konkreten Marktabgrenzung. Zum anderen werden Preisaufschläge bestenfalls direkt auf der Unternehmensebene ermittelt, wodurch sie eine weitaus höhere Trennschärfe bei der Beurteilung der Wettbewerbssituation ermöglichen.

⁷⁶ Vgl. beispielsweise Autor, D. u. a., The Fall of the Labor Share and the Rise of Superstar Firms, The Quarterly Journal of Economics, 135, 2020, S. 645–709; De Loecker, J./Eeckhout, J./Mongey, S., Quantifying market power, 2020; De Loecker, J./Scott, P.T., Estimating market power Evidence from the US Brewing Industry, Working Paper 22957, 2016; Díez, F.J./Fan, J./Villegas-Sánchez, C., Global Declining Competition, Washington, D.C., 2019; Díez u. a., Global Market Power and Its Macroeconomic Implications, a. a. O., vgl. Fn. 58.

88. Die Monopolkommission nutzt deshalb seit ihrem XXII. Hauptgutachten neben der Umsatzkonzentration von Unternehmen auch Preisaufschläge, die mithilfe unternehmensspezifischer Einzeldaten geschätzt werden. Der Einsatz mehrerer Indikatoren, die jeweils unterschiedliche Facetten des Wettbewerbs abbilden können, lässt ein umfassenderes Gesamtbild der Wettbewerbssituation entstehen und ermöglicht eine bessere Einschätzung der Entwicklung.

2.2.1 Methodik

89. Bei ökonomischen Preisaufschlägen handelt es sich um die Differenz zwischen dem Marktpreis eines Gutes und dessen Grenzkosten, also jenen Kosten, die bei der Produktion einer zusätzlichen Einheit des Gutes anfallen. Die Grundannahme zur Interpretation von Preisaufschlägen als Marktmachtindikator ist, dass Unternehmen im theoretischen Modell eines vollständigen Wettbewerbs ihre Produkte zu Grenzkostenpreisen anbieten. Erzielt ein Unternehmen langfristig Preise über seinen Grenzkosten, könnte es über Marktmacht verfügen. Der Preisaufschlag μ_{it} eines Unternehmens i zum Zeitpunkt t ist definiert als Relation seines Preises p_{it} zu seinen Grenzkosten λ_{it} . Ein Wert größer als 1 ist als Hinweis auf Marktmacht zu deuten:

$$\mu_{it} = \frac{p_{it}}{\lambda_{it}} \quad (3)$$

90. Zur Beurteilung der Wettbewerbssituation innerhalb eines Sektors wird der (gewichtete) durchschnittliche Preisaufschlag über alle relevanten Unternehmen herangezogen. Je höher der durchschnittliche Preisaufschlag ist, desto geringer wird die Wettbewerbsintensität für die betrachteten Unternehmen vermutet.

91. Zwar sind Produktpreise von Unternehmen allgemein zugänglich und könnten in Datenbanken erfasst werden, Grenzkosten der Produktion sind allerdings nicht direkt zu beobachten. Alternativ können Preisaufschläge aus Bilanzdaten hergeleitet werden. Um Preisaufschläge mithilfe von Produktions- und Kostendaten zu ermitteln, hat sich im Laufe des vergangenen Jahrzehnts der Ansatz von De Loecker und Warzynski verbreitet.⁷⁷ Dabei wird angenommen, dass Unternehmen kostenminimierend produzieren. In diesem Fall entspricht der Preisaufschlag eines Unternehmens dem Verhältnis der Outputelastizität θ^X eines variablen Produktionsfaktors X zum Anteil seiner Kosten am Gesamtumsatz α^X .⁷⁸

$$\mu_{it}^X = \frac{\theta_{it}^X}{\alpha_{it}^X} \quad (4)$$

Die Outputelastizität gibt an, um wie viel Prozent sich die Ausbringungsmenge ändert, wenn der Einsatz des jeweiligen Produktionsfaktors um 1 Prozent erhöht wird. Im vollständigen Wettbewerb bei einem Preisaufschlag von 1 entspricht somit der Kostenanteil eines variablen Faktors am Gesamtumsatz genau seiner Outputelastizität. Eine Ausweitung der Produktion durch einen höheren Faktoreinsatz würde an diesem Punkt die Kosten relativ zum Umsatz überproportional erhöhen.

92. Sowohl der Umsatz als auch die jeweiligen Kosten von Produktionsfaktoren können Unternehmensdatenbanken nahezu direkt entnommen werden. Zur Bestimmung von Outputelastizitäten müssen jedoch zunächst Produktionsfunktionen geschätzt werden. Produktionsfunktionen bilden den Zusammenhang aller Einsatzfaktoren und der Ausbringungsmenge ab. Dabei beeinflusst in jedem Unternehmen die jeweilige Produktivität, in der sich beispielsweise vorhandenes Humankapital und die Qualität von Führungskräften widerspiegeln, wie die gewählten Einsatzfaktoren zusammenspielen. Diese Produktivität ist in gewissem Umfang unternehmensintern bekannt und wird bei der Produktionsplanung berücksichtigt. Für Außenstehende ist die Produktivität dagegen nicht beobachtbar, sodass sie auch nicht in Unternehmensdaten enthalten ist. Dadurch können bei einer rückblickenden Analyse der Daten zufällige Schwankungen im Zeitablauf und auf Unternehmensebene nicht von systematischen Produkti-

⁷⁷ De Loecker, J./Warzynski, F., Markups and Firm-Level Export Status, *American Economic Review*, 102, 2012, S. 2437–2471.

⁷⁸ Für eine detaillierte Herleitung von Gleichung (4) siehe Monopolkommission, Wettbewerb 2020, a. a. O., vgl. Fn. 36, Kap. 3.1 (Anhang A).

vitätsunterschieden zwischen Unternehmen abgegrenzt werden. Diese Herausforderung wird in der Forschungsliteratur u. a. als Simultanitätsproblem bezeichnet und ist Gegenstand aktueller Studien.⁷⁹

93. Um die unternehmensspezifische Produktivität analytisch zu berücksichtigen, hat sich in der auf De Loecker und Warzynski aufbauenden Literatur zu Preisaufschlägen zur Schätzung von Produktionsfunktionen der zweistufige Kontrollfunktionsansatz von Akerberg, Caves und Frazer (ACF) etabliert, der wiederum auf früheren Studien von Olley und Pakes bzw. Levinsohn und Petrin beruht.⁸⁰ Dabei wird eine sog. strukturelle Wertschöpfungsproduktionsfunktion („structural value added“ – SVA) geschätzt, bei der vereinfachend unterstellt wird, dass der Einsatz von Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffen ein perfektes Komplement zur Kombination von Arbeits- und Kapitaleinsatz darstellt.⁸¹ Dadurch lässt sich die zu schätzende Produktionsfunktion auf die beiden Faktoren Arbeit und Kapital reduzieren. Der Materialeinsatz von Unternehmen wird zur Lösung des Simultanitätsproblems eingesetzt und dient der Schätzung ihrer spezifischen Produktivität. Alle dabei getroffenen Annahmen sowie die genaue ökonomische Spezifikation der nachfolgenden Ergebnisse sind in Abschnitt 1 von Anhang B dargestellt.

94. Die Konsequenz eines SVA-Ansatzes ist, dass durch den Ausschluss des Materialeinsatzes nur Arbeit als potenziell variabler Einsatzfaktor zur Bestimmung des Preisaufschlags nach Gleichung (4) zur Verfügung steht. Je nach Sektor und Arbeitsmarktregulierung kann die kurzfristige Anpassung des Arbeitseinsatzes allerdings nur bedingt möglich bzw. mit zusätzlichen Kosten verbunden sein. In diesem Zusammenhang haben van Heuvelen u. a. bereits untersucht, inwiefern die Verwendung eines nicht variablen Arbeitseinsatzes zur Schätzung von Preisaufschlägen die Ergebnisse verzerrt, indem sie anhand geeigneter Daten für die Niederlande zwischen flexibler Leiharbeit und festangestellten Beschäftigten differenziert haben.⁸² Dabei sind Preisaufschläge, die über den Einsatz von Leiharbeit geschätzt wurden, sowohl in ihrer Höhe als auch bezogen auf ihr Wachstum über die Zeit geringer als bei einer Schätzung mithilfe von Festangestellten. Um zu prüfen, inwiefern diese mögliche Verzerrung auf Deutschland übertragbar ist, wird in Abschnitt 2.2.9 auf die Robustheit der vorgestellten Ergebnisse eingegangen, indem alternative Spezifikationen vorgestellt und verglichen werden.

2.2.2 Daten

95. Bei der Schätzung von Preisaufschlägen sind die Qualität und die Zusammensetzung der zugrundeliegenden Unternehmensdaten für die Interpretation und die Aussagekraft der Ergebnisse entscheidend. Der hier verfolgte und in der neueren Forschungsliteratur etablierte Produktionsansatz nach De Loecker und Warzynski erfordert detaillierte Daten zum Produktionsprozess auf Unternehmensebene. Aus diesem Grund wurden – wie auch bereits für Teile der Konzentrationsberichterstattung im XXIII. Hauptgutachten der Monopolkommission – primär Mikrodaten auf Unternehmensebene der amtlichen Statistik verwendet. Hierbei handelt es sich um die amtlichen Firmendaten für Deutschland (AFiD) für das verarbeitende Gewerbe und den Dienstleistungsbereich, die zusammen etwa 53 Prozent der nationalen Bruttowertschöpfung abdecken.⁸³ Die AFiD-Datensätze basieren auf geschichteten Zu-

⁷⁹ Vgl. beispielsweise Gandhi, A./Navarro, S./Rivers, D.A., On the Identification of Gross Output Production Functions, *Journal of Political Economy*, 128, 2020, S. 2973–3016; Flynn, Z./Gandhi, A./Traina, J., Measuring Markups with Production Data, SSRN Scholarly Paper ID 3358472, Rochester, NY, 2019.

⁸⁰ Akerberg, D.A./Caves, K./Frazer, G., Identification Properties of Recent Production Function Estimators, *Econometrica*, 83, 2015, S. 2411–2451; Olley, S./Pakes, A., The Dynamics of Productivity in the Telecommunications Equipment Industry, *Econometrica*, 64, 1996, S. 1263–1297; Levinsohn, J./Petrin, A., Estimating Production Functions Using Inputs to Control for Unobservables, *The Review of Economic Studies*, 70, 2003, S. 317–341.

⁸¹ Auf den alternativen Brutto-Output-Ansatz („gross output“ – GO) wird in Abschnitt 2.2.9 eingegangen.

⁸² van Heuvelen, G.H./Bettendorf, L./Meijerink, G., Markups in a dual labour market: The case of the Netherlands, *International Journal of Industrial Organization*, 77, 2021, S. 102762.

⁸³ Bruttowertschöpfung der Wirtschaftsabschnitte C, H, J, L, M und N im Jahr 2019; Statistisches Bundesamt, Fachserie 18 Reihe 1.4: Volkswirtschaftliche Gesamtrechnungen Inlandsproduktsberechnung Detaillierte Jahresergebnisse 2020, Wiesbaden, 2021.

fallsstichproben⁸⁴ von Unternehmen in den jeweiligen Sektoren, wodurch die Repräsentativität der Daten auch in Untergruppen gewahrt bleibt und beispielsweise belastbare Auswertungen nach Größenklassen der Unternehmen möglich sind. Die Stichproben werden regelmäßig anhand eines Zufallsprozesses neu bestimmt und umfassen durchschnittlich bis zu 45 Prozent (verarbeitendes Gewerbe) bzw. 15 Prozent (Dienstleistungsbereich) aller im amtlichen Unternehmensregister enthaltenen und dem jeweiligen Sektor zugewiesenen Unternehmen.⁸⁵ Auf Basis der AFiD-Daten lassen sich allgemeine Aussagen über sektorale Preisaufschlagstrends in Deutschland ableiten, ohne die Interpretation der Ergebnisse z. B. auf öffentlich gehandelte Unternehmen einschränken zu müssen, wie es teilweise unter Nutzung nicht-amtlicher Datensätze erforderlich wäre.

96. Im Folgenden werden zusätzlich die Unternehmensdaten „Orbis-Europe“ des privaten Datenanbieters Bureau van Dijk herangezogen, um die Robustheit der Ergebnisse bzw. den Einfluss der verwendeten Datenbasis auf die Schätzungen zu prüfen. Die Orbis-Datenbank findet breite Verwendung im Rahmen von wettbewerbsökonomischen Studien in der Wissenschaft sowie in staatlichen und überstaatlichen Organisationen. Beispielsweise nutzt das Statistikdirektorat der OECD bereits seit dem Jahr 2009 Orbis-Daten; auch aktuelle Analysen der Generaldirektion Wettbewerb sowie der Gemeinsamen Forschungsstelle der EU-Kommission, der Europäischen Zentralbank und des Internationalen Währungsfonds basieren auf den Bilanzdaten in Orbis.⁸⁶ Im Unterschied zu den Daten der amtlichen Statistik handelt es sich bei den Orbis-Daten um eine nicht repräsentative Stichprobe aller Unternehmen, da sie nur öffentlich zugängliche Informationen enthalten. Somit besteht grundsätzlich die Gefahr, dass einzelne Teilgruppen von Unternehmen über- oder unterrepräsentiert sind.⁸⁷ Um potenzielle Unterschiede in den Ergebnissen zwischen beiden Datenquellen einzig auf die verwendete Datenbasis zurückführen zu können, wurden zur Schätzung der Preisaufschläge jeweils identische Methoden verwendet. Die Bilanzdaten der Orbis-Datenbank wurden entsprechend aufbereitet, um methodisch analog zu den AFiD-Daten vorgehen zu können.⁸⁸ Ein Vergleich der Ergebnisse beider Datensätze in Abschnitt 2.2.9 dient zum einen dazu, die Robustheit der identifizierten Trends zu prüfen; zum anderen soll beurteilt werden, ob die Nutzung amtlicher Daten für repräsentative Ergebnisse aggregierter Trends in Deutschland notwendig ist und inwiefern die Aussagekraft von Studien, die beispielsweise mangels Zugangs zu amtlichen Daten oder aufgrund eines länderübergreifenden Forschungsdesigns Orbis-Daten nutzen, eingeschränkt sein könnte.

97. Die AFiD-Paneldaten bieten über ihre Repräsentativität hinaus in mehrfacher Hinsicht eine hohe Datenqualität. Aufgrund der gesetzlichen Auskunftspflicht der Unternehmen besteht nicht – wie bei gewöhnlichen Umfragen –

⁸⁴ Eine geschichtete Zufallsstichprobe besteht aus einer Grundgesamtheit, die in Untergruppen (sogenannte Schichten) unterteilt wird (z. B. Bundesländer, Wirtschaftszweige oder Beschäftigten- und Umsatzgrößenklassen). Die Schichten werden so festgelegt, dass die gezogenen Elemente innerhalb einer Schicht möglichst homogen sind und zwischen den Untergruppen möglichst große Unterschiede aufweisen. Innerhalb der verschiedenen Schichten werden daraufhin Zufallsstichproben gezogen, die anschließend zu einer gemeinsamen Zufallsstichprobe zusammengefügt werden. Dadurch wird vermieden, dass die gesamte Zufallsstichprobe einseitig viele Elemente aus nur einer Schicht aufweist.

⁸⁵ Da es sich bei der Strukturhebung im Dienstleistungsbereich um eine Stichprobe von maximal 15 Prozent der Unternehmen in bestimmten Wirtschaftsabschnitten handelt, welche zudem in den Jahren 2008, 2011, 2014 und 2016 neu gezogen wurde, variiert das Beteiligungsmuster im Verlauf der Zeit. Die Stichprobenziehung in 2016 ist ein besonderer Fall, da sich die komplette Stichprobenziehungsmethodik – aufgrund einer Anpassung an EU-Vorgaben – geändert hat. Im Wesentlichen ist eine neue Schichtungsebene hinzugekommen (Beschäftigte). Da insgesamt maximal 15 Prozent der Unternehmen befragt werden, haben sich in der Folge die Fallzahlen in allen Schichtungskategorien verändert und die gesamte Stichprobe hat sich deutlich hin zu größeren Unternehmen verschoben. Eine inhaltliche Interpretation über diesen methodischen Bruch in der Zeitreihe hinweg ist daher nur sehr eingeschränkt möglich.

⁸⁶ Ribeiro, S.P./Menghinello, S./Backer, K.D., The OECD ORBIS Database: Responding to the Need for Firm-Level Micro-Data in the OECD, OECD Statistics Working Papers, 2010/01, 2010; Koltay, G./Lorincz, S./Valletti, T.M., Concentration and Competition: Evidence from Europe and Implications for Policy, SSRN Electronic Journal, 2021; Rosati, N. u. a., Common shareholding in Europe, Luxemburg, 2020; Cavalleri u. a., Concentration, market power and dynamism in the euro area, a. a. O., vgl. Fn. 60; Díez u. a., Global Declining Competition, a. a. O., vgl. Fn. 74.

⁸⁷ Für eine Abwägung zwischen amtlichen und privaten Unternehmensdaten, vgl. auch Monopolkommission, Wettbewerb 2020, a. a. O., vgl. Fn. 36, Kap. 2.2.2.

⁸⁸ Die Einzelheiten dieser Datenaufbereitung sind in Abschnitt 2.2 von Anhang B beschrieben.

das Problem geringer Rücklaufquoten.⁸⁹ Fehlen dennoch einzelne Werte, werden sie von den FDZ beispielsweise geschätzt. Dadurch ist sichergestellt, dass für die komplette repräsentative Zufallsstichprobe Daten vorliegen. Weiterhin finden in unterschiedlichen Verfahren Plausibilitätskontrollen statt, woraufhin – beispielsweise im Falle von Mess- oder Eingabefehlern – durch gezielte Rückfragen an die Unternehmen Einzelinformationen korrigiert werden.

98. Insgesamt umfassen die hier analysierten AFiD-Daten mehr als 927.000 Beobachtungen einzelner Unternehmensjahre im Zeitraum 2008 bis 2017. Wie Tabelle I.9 verdeutlicht, stammen davon über 80 Prozent aus dem Dienstleistungsbereich. Im Gegensatz dazu ist die Beobachtungszahl in den Orbis-Daten mit gut 90.000 weitaus geringer. Vor allem fällt auf, dass der Dienstleistungsbereich im Vergleich zu den amtlichen Daten wesentlich schlechter abgedeckt wird. Dies ist insbesondere dadurch zu erklären, dass kleinere Unternehmen, die mit höherer Wahrscheinlichkeit im Dienstleistungsbereich tätig sind, in Orbis untererfasst sind.

Tabelle I.9: Anzahl beobachteter Unternehmen in AFiD und Orbis

Jahr	AFiD		Orbis	
	Verarbeitendes Gewerbe	Dienstleistungen	Verarbeitendes Gewerbe	Dienstleistungen
2008	17.113	66.538	5.158	2.414
2009	16.563	69.836	5.364	2.478
2010	16.059	71.671	5.604	2.563
2011	15.603	79.024	5.975	2.735
2012	16.960	80.074	6.249	2.945
2013	16.456	82.143	5.956	2.769
2014	16.011	99.222	4.590	2.102
2015	15.476	99.451	4.257	1.968
2016	16.778	56.406	3.728	1.787
2017	16.242	59.836	3.097	1.444
Gesamt	163.261	764.201	62.697	28.996

Anmerkungen: Das verarbeitende Gewerbe umfasst den Abschnitt C der Wirtschaftszweigklassifikation WZ-2008, einzig die Abteilung 12 (Tabakverarbeitung) ist aufgrund einer zu geringen Beobachtungszahl ausgeschlossen. Zu den Dienstleistungen zählen die Abschnitte H, J, L, M, N sowie die Abteilung S95.

Quelle: AFiD Panel Industrieunternehmen 2008–2017 (DOI: 10.21242/42221.2017.00.01.1.1.0); AFiD Panel Strukturhebung im Dienstleistungsbereich 2008–2017 (DOI: 10.21242/47415.2017.00.01.1.1.0); Orbis Europe; eigene Berechnungen

99. Aufgrund der unterschiedlichen Erhebungsweise der amtlichen und nichtamtlichen Daten wurden sie im Vorfeld der weiteren Analyse im Detail unterschiedlich aufbereitet, um letztlich vergleichbare und für die oben beschriebene Modellierung notwendige Variablen zu berechnen. Tabelle I.10 gibt Auskunft über die dazu verwendeten Merkmale in den Rohdaten. Weitere Einzelheiten zur Aufbereitung und Bereinigung der AFiD- und Orbis-Daten sind zudem in Abschnitt 2 von Anhang B beschrieben.

⁸⁹ Beispielsweise liegt bei der Kostenstrukturhebung im Produzierenden Gewerbe die Zahl der Antwortausfälle bei etwa 2 Prozent.

Tabelle I.10: Operationalisierung der Modellvariablen nach Datensatz

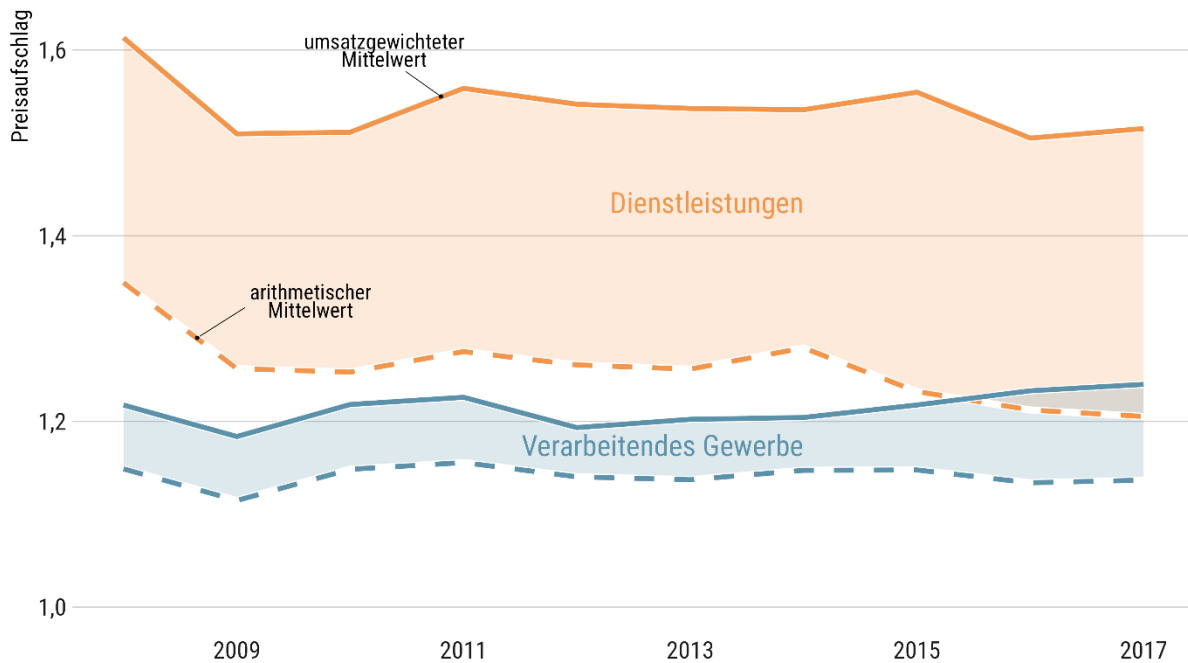
Variable	AFiD	Orbis
Umsatz	Bruttoproduktionswert Umsatz mit Handelsware, Handelsvermittlung und sonstiger Tätigkeit	abzgl. <i>operating revenue</i>
Arbeitseinsatz	Angestellte und Arbeiter in Vollzeitäquivalenten	<i>number of employees</i>
Lohn-/Gehaltskosten	Bruttogehaltssumme inkl. Anteil, Sozialkosten und sonstige Sozialkosten	<i>costs of employees</i>
Materialeinsatz	Verbrauch von Rohstoffen und sonstigen fremdbezogenen Vorprodukten, Hilfs- und Betriebsstoffen	<i>material costs</i>
Kapitaleinsatz	Approximation via <i>perpetual inventory method</i> ^(a) aus Investitionen und WZ-spezifischen Abschreibungsraten	<i>fixed assets</i> (falls nicht verfügbar: <i>tangible fixed assets</i>)

Anmerkungen: ^(a) Details zur Berechnung des Kapitalstocks in den amtlichen Daten sind in Abschnitt 2.1 von Anhang B beschrieben.

2.2.3 Gegenläufige Trends der Preisaufschläge im verarbeitenden Gewerbe und im Dienstleistungssektor

100. Abbildung I.27 fasst die Ergebnisse der Preisaufschlagschätzung mit amtlichen Unternehmensdaten zusammen und zeigt die Entwicklung von Preisaufschlägen im Dienstleistungssektor und im verarbeitenden Gewerbe zwischen 2008 und 2017. Der umsatzgewichtete Mittelwert bildet dabei den Sektortrend ab; dagegen kann der arithmetische Mittelwert als Preisaufschlag eines hypothetischen Durchschnittsunternehmens interpretiert werden. Die beiden Sektoren weisen im Analysezeitraum gegenläufige Trends auf: Im Dienstleistungsbereich sank der Preisaufschlag um 6 Prozent, während er im verarbeitenden Gewerbe leicht um 1,8 Prozent anstieg. In beiden Sektoren liegt das umsatzgewichtete Aggregat über dem arithmetischen Mittelwert. Daraus wird ersichtlich, dass Unternehmen mit höheren Preisaufschlägen überdurchschnittlich hohe Umsätze erzielen. In beiden Sektoren stieg die Differenz zwischen umsatzgewichtetem und arithmetischem Mittelwert seit etwa dem Jahr 2014 an, was entweder auf eine Reallokation von Umsätzen hin zu Unternehmen mit hohen Preisaufschlägen, auf einen Anstieg von Preisaufschlägen bei umsatzstarken Unternehmen oder auf eine Kombination beider Entwicklungen zurückzuführen ist.⁹⁰

⁹⁰ Ergebnisse zur Entwicklung von Preisaufschlägen auf Bundeslandebene finden sich in Anhang B in Abschnitt 4.

Abbildung I.27: Gegenläufige Trends von Preisaufschlägen bei Dienstleistungen und im verarbeitenden Gewerbe

Anmerkungen: Die dargestellten Preisaufschläge basieren auf einer SVA-Schätzung mit Translog-Spezifikation und Arbeit als dynamischem Faktor.

Quelle: AfID Panel Industrieunternehmen 2008–2017 (DOI: 10.21242/42221.2017.00.01.1.1.0); AfID Panel Strukturerhebung im Dienstleistungsbereich 2008–2017 (DOI: 10.21242/47415.2017.00.01.1.1.0); eigene Berechnungen

2.2.4 Unternehmensinterne Preisaufschlagsveränderungen treiben Sektortrends

101. Um zu bestimmen, ob die beobachteten Sektortrends auf Veränderungen der unternehmensspezifischen Preisaufschläge oder eher auf Verschiebungen der jeweiligen Umsatzanteile zurückgehen, können die Sektortrends in Teilkomponenten zerlegt werden.⁹¹ Die Veränderung des durchschnittlichen Preisaufschlags zum Vorjahr ($\Delta\bar{\mu}_t$) setzt sich dabei aus der Veränderung der individuellen Preisaufschläge von Unternehmen ($\Delta\text{Unternehmen}$), einer Reallokation der Wirtschaftsaktivität ($\Delta\text{Reallokation}$) und dem Einfluss des Netto-Markteintritts neuer Unternehmen ($\Delta\text{Netto-Eintritt}$) zusammen.⁹² Die einzelnen Komponenten werden berechnet als

$$\Delta\bar{\mu}_t = \underbrace{\sum_i m_{it-1} \Delta\mu_{it}}_{\Delta\text{Unternehmen}} + \underbrace{\sum_i (\mu_{it-1} - \bar{\mu}_{t-1}) \Delta m_{it}}_{\Delta\text{Reallokation}} + \sum_i \Delta\mu_{it} \Delta m_{it} + \Delta\text{Netto-Eintritt}, \quad (5)$$

wobei m_{it} den Umsatzanteil von Unternehmen i im Jahr t angibt. Bei positivem $\Delta\text{Reallokation}$ wären die Umsatzanteile von Unternehmen mit überdurchschnittlich hohen Preisaufschlägen gegenüber dem Vorjahr angestiegen. Das dadurch höhere Gewicht dieser Unternehmen würde dazu führen, dass der Preisaufschlag im Aggregat ebenfalls ansteigt, obwohl er auf Unternehmensebene unverändert geblieben sein könnte. Der Term $\Delta\text{Netto-Eintritt}$ bildet den Teil des aggregierten Trends ab, der darauf zurückzuführen ist, dass beispielsweise unproduktive Unter-

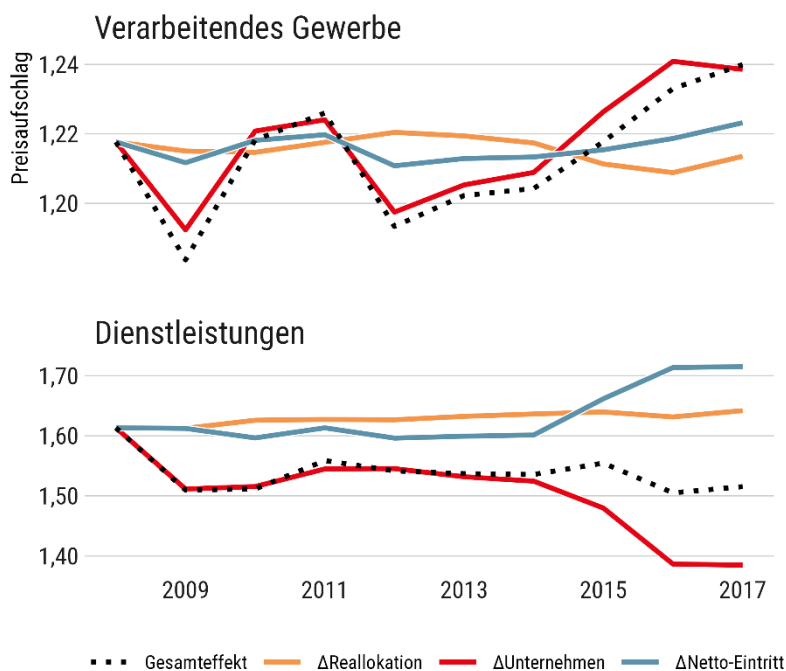
⁹¹ Vgl. De Loecker u. a., The Rise of Market Power and the Macroeconomic Implications, a. a. O., vgl. Fn. 55.

⁹² Die Reallokationskomponente ist wiederum eine Summe aus der Veränderung der unternehmenseigenen Umsatzanteile sowie einer Komponente, die die Wechselwirkung veränderter Umsatzanteile und veränderter Preisaufschläge aufgreift. In den hier dargestellten Daten ist diese Wechselwirkungskomponente nahezu Null, sodass $\Delta\text{Reallokation}$ hauptsächlich als Verschiebung der Umsatzanteile interpretiert werden kann.

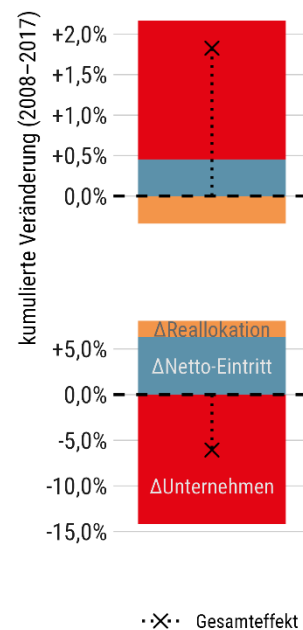
nehmen mit niedrigen Preisaufschlägen ihre Tätigkeit einstellen oder neue Unternehmen mit hohen Margen aktiv werden.⁹³ Beides ändert die Zusammensetzung der betrachteten Unternehmen. Da die AfID-Panel als regelmäßig neu gezogene Stichproben konzipiert sind, spiegelt dieser Term hier weniger unternehmensdemografische Markteintritte und -austritte als vielmehr mögliche Veränderungen in der strukturellen Zusammensetzung der amtlichen Stichproben wider. Allerdings lassen diese Stichprobenveränderungen aufgrund der Repräsentativität der AfID-Panel dennoch grundsätzlich Rückschlüsse auf Trends der gesamten Unternehmenspopulation in den jeweiligen Sektoren zu.

Abbildung I.28: Unternehmensinterne Preisaufschlagsveränderungen treiben Trends

a) Teileffekte der Preisaufschlagsentwicklung



b) Kumulierte Effekte



Anmerkungen: Um die relative Entwicklung der Einzeleffekte im Zeitverlauf zu verdeutlichen, sind die vertikalen Achsen beider Sektoren unterschiedlich skaliert und umfassen jeweils den Wertebereich der abgebildeten Daten.

Quelle: AfID Panel Industrieunternehmen 2008–2017 (DOI: 10.21242/42221.2017.00.01.1.1.0); AfID Panel Strukturerhebung im Dienstleistungsbereich 2008–2017 (DOI: 10.21242/47415.2017.00.01.1.1.0); eigene Berechnungen

102. Die Ergebnisse dieser Komponentenzerlegung sind in Abbildung I.28 dargestellt. Abbildung I.28a zeigt neben den Sektortrends (schwarz gepunktete Zeitreihen) die Entwicklung aller Teilkomponenten seit dem Jahr 2008.⁹⁴ Dabei wird deutlich, dass sowohl im Dienstleistungsbereich als auch im verarbeitenden Gewerbe die Sektortrends hauptsächlich auf Veränderungen der individuellen Preisaufschläge von Unternehmen zurückzuführen sind. Die in Abbildung I.27 dargestellte wachsende Kluft zwischen Sektordurchschnitt und hypothetischem Durchschnittsunternehmen ist somit durch gestiegene Preisaufschläge bei Unternehmen mit hohen Umsatzanteilen zu erklären (bzw. im Dienstleistungsbereich auch durch einen geringeren Rückgang hoher Preisaufschläge im Vergleich zum Durchschnitt aller Preisaufschläge).

⁹³ Formal erfolgt die Berechnung als $\Delta\text{Netto-Eintritt} = \sum_{i \in \text{Eintritt}} m_{it}(\mu_{it} - \bar{\mu}_{t-1}) - \sum_{i \in \text{Austritt}} m_{it-1}(\mu_{it-1} - \bar{\mu}_{it-1})$. Analog zu Kouvavas u. a. wurde der Term als Differenz der Gesamtveränderung ($\Delta\bar{\mu}_t$) und der übrigen Teilkomponenten ($\Delta\text{Unternehmen} + \Delta\text{Reallokation}$) berechnet (vgl. Kouvavas, O. u. a., Markups and Inflation Cyclicalities in the Euro Area, ECB Working Paper 2617, 2021, S. 16).

⁹⁴ Hierzu wurden die jährlichen Effekte jeder Komponente jeweils im Zeitverlauf aufaddiert, sodass ihr Einfluss auf den Verlauf des Sektordurchschnitts isoliert betrachtet werden kann.

103. Eine Reallokation von Umsätzen fand in beiden Sektoren nur in relativ geringem Umfang statt und hatte in beiden Fällen eine abschwächende Wirkung auf die Gesamtveränderung, d. h., ohne die leichte Verschiebung von Umsatzanteilen zwischen Unternehmen wären die aggregierten Sektortrends stärker ausgefallen. Im verarbeitenden Gewerbe ist über den gesamten Zeitraum kumuliert eine leichte Verschiebung von Umsatzanteilen hin zu Unternehmen mit unterdurchschnittlichen Preisaufschlägen zu beobachten (vgl. Abbildung I.28b). Dieser Effekt wurde durch die regelmäßige Stichprobenziehung bei der Datenerhebung kompensiert: Da Unternehmen mit unterdurchschnittlichen Preisaufschlägen durch solche mit überdurchschnittlichen abgelöst wurden, hatte diese Teilkomponente im Analysezeitraum einen positiven Effekt auf den durchschnittlichen Preisaufschlag des verarbeitenden Gewerbes.

104. Auch im Dienstleistungsbereich hatten Umsatzverschiebungen den geringsten Effekt. Im Gegensatz zum verarbeitenden Gewerbe haben hier Unternehmen mit überdurchschnittlichen Preisaufschlägen ihre Umsatzanteile erhöht. Relevanter ist jedoch die Netto-Eintrittskomponente im Dienstleistungsbereich, die durch eine Anpassung der Datenerhebung im AfiD-Panel zum Jahr 2016 zu einem sechsprozentigen Anstieg des durchschnittlichen Preisaufschlags führte. Die Darstellung dieser gegenläufigen Effekte demonstriert zudem den Mehrwert der durchgeführten Komponentenzerlegung. Anstelle des saldierten Gesamteffekts können Teileffekte nachvollzogen und auf ihre jeweiligen Ursachen zurückgeführt werden. Auf Unternehmensebene sind Preisaufschläge im Dienstleistungsbereich um gut 12 Prozent zurückgegangen. Da das Sektoraggregat ab dem Jahr 2016 aufgrund geänderter EU-Vorgaben zur Datenerhebung größere Unternehmen besser berücksichtigt, ist der sektorale Durchschnitt über den gesamten Zeitraum dabei nur um 6 Prozent gesunken.⁹⁵ Eine Einschätzung zur weiteren Entwicklung der Preisaufschläge im Dienstleistungsbereich kann erfolgen, sobald Daten zu weiteren Jahren nach der methodischen Anpassung bei der Stichprobenauswahl vorliegen.

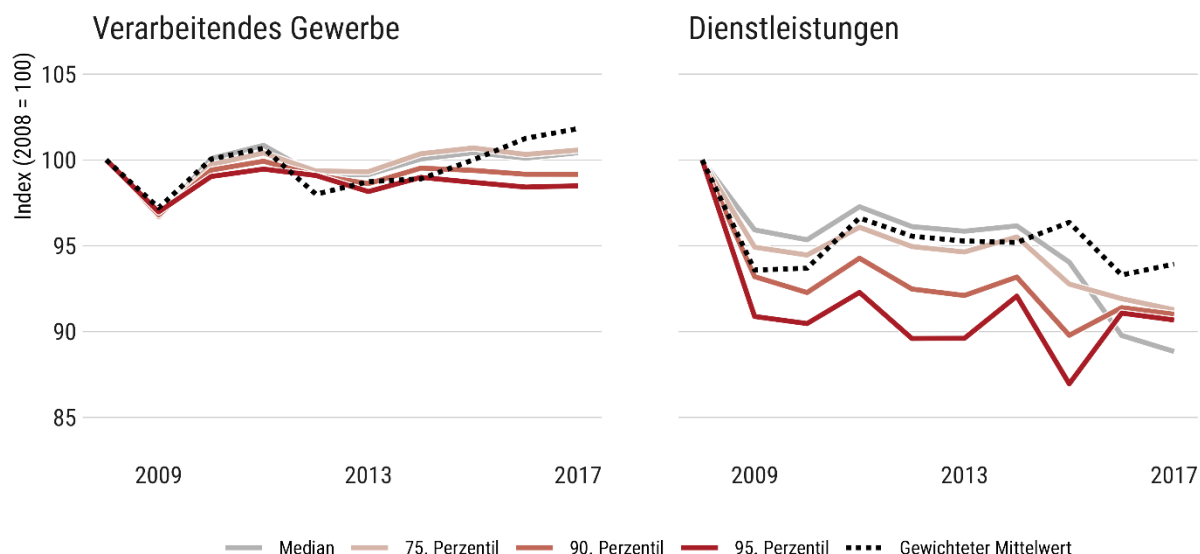
2.2.5 Kein überproportionaler Anstieg am oberen Verteilungsrand

105. Während die Komponentenzerlegung verdeutlicht, dass die durchschnittliche Preisaufschlagsentwicklung der beiden Sektoren von Veränderungen innerhalb von Unternehmen bestimmt ist, bleibt noch zu bestimmen, ob es sich dabei um sektorweite Trends handelt oder strukturelle Unterschiede innerhalb der Preisaufschlagsverteilung zu beobachten sind. Beispielsweise lassen Studien zur Entwicklung der Preisaufschläge US-amerikanischer Unternehmen darauf schließen, dass der dort beobachtete Anstieg hauptsächlich durch Unternehmen mit den höchsten Preisaufschlägen getrieben ist.⁹⁶ Wie Abbildung I.29 zeigt, ist in Deutschland weder im Dienstleistungsbereich noch im verarbeitenden Gewerbe eine solche wachsende Kluft zwischen Unternehmen mit hohen und niedrigen Preisaufschlägen zu beobachten. Dieses Ergebnis deckt sich mit anderen Untersuchungen zu Deutschland.⁹⁷ Stattdessen bewegen sich die Preisaufschläge in der oberen Hälfte der Verteilung nahezu parallel. Im Dienstleistungsbereich ist der Median zwischen 2015 und 2016 im Vergleich zu den übrigen Lagemaßen stärker zurückgegangen. Dies lässt sich jedoch durch eine Anpassung der Stichprobe der dort befragten Unternehmen erklären, durch die besonders kleine Unternehmen besser in den Daten erfasst werden sollten. Im verarbeitenden Gewerbe hat die Streuung in der oberen Verteilungshälfte zuletzt leicht abgenommen, da Preisaufschläge im 90. und 95. Perzentil bis 2017 zurückgegangen sind, der Median im gleichen Zeitraum dagegen geringfügig angestiegen ist. In beiden Sektoren liegt der Trend des gewichteten Mittelwerts über dem der betrachteten Perzentile. Ein Anstieg von Preisaufschlägen bei umsatzstarken Unternehmen ist somit nicht am oberen Ende der Verteilung zu beobachten.

⁹⁵ Vgl. zur Erläuterung von methodischen Änderungen in der Datenerhebung Gliederungspunkt 2.2.2.

⁹⁶ De Loecker u. a., *The Rise of Market Power and the Macroeconomic Implications*, a. a. O., vgl. Fn. 55.

⁹⁷ Ganglmair, B. u. a., *Price Markups, Innovation, and Productivity: Evidence from Germany*, Produktivität für Inklusives Wachstum 8, Gütersloh, 2020.

Abbildung I.29: Streuung der Preisaufschläge ist stabil

Quelle: AfID Panel Industrieunternehmen 2008–2017 (DOI: 10.21242/42221.2017.00.01.1.1.0); AfID Panel Strukturerhebung im Dienstleistungsbereich 2008–2017 (DOI: 10.21242/47415.2017.00.01.1.1.0); eigene Berechnungen

2.2.6 Höheres Niveau und steilerer Anstieg der Preisaufschläge bei Großunternehmen

106. Bisherige Studien zur Entwicklung von Preisaufschlägen in verschiedenen Volkswirtschaften haben meist Unterschiede in der Höhe und den Trends in Abhängigkeit von der Unternehmensgröße identifiziert. Beispielsweise finden Ganglmair u. a. systematisch höhere Preisaufschläge bei kleinen Unternehmen in Deutschland und verweisen auf einen potenziell geringeren Wettbewerb in Nischenmärkten bei höherer Spezialisierung.⁹⁸ Dagegen kommt eine Studie der OECD mit Daten aus 26 Ländern zu dem Ergebnis, dass große Unternehmen mit höherer Wahrscheinlichkeit hohe Preisaufschläge erzielen.⁹⁹ Beide Studien nutzen Orbis-Daten zur Schätzung der Preisaufschlagstrends, allerdings basieren die Ergebnisse der OECD-Studie auf länderübergreifenden Querschnittsanalysen, die womöglich strukturelle Unterschiede zwischen einzelnen Volkswirtschaften unberücksichtigt lassen. Gleichwohl sind die geschätzten Produktionsfunktionen in der OECD-Studie als Translog-Funktionen spezifiziert und ermöglichen im Gegensatz zur Cobb-Douglas-Form der Studie von Ganglmair u. a. ein höheres Maß an Flexibilität und Varianz zwischen Unternehmen.¹⁰⁰ Da bei Cobb-Douglas-Spezifikationen für alle Unternehmen eines Sektors dieselbe Outputelastizität unterstellt wird, kann diese insbesondere bei kleinen Unternehmen überschätzt werden. Dieser Umstand könnte zu systematisch höheren Preisaufschlägen kleiner Unternehmen im Vergleich zu einer Translog-Schätzung führen.

107. Basierend auf Translog-Produktionsfunktionen zeigen die im vorliegenden Gutachten durchgeführten Schätzungen einen positiven Zusammenhang zwischen der Unternehmensgröße und den durchschnittlichen Preisaufschlägen. Wie in Abbildung I.30 verdeutlicht, erzielen sowohl im Dienstleistungsbereich als auch im verarbeitenden Gewerbe Großunternehmen, d. h. Unternehmen mit mehr als 250 Beschäftigten oder einem operativen Jahresumsatz über EUR 50 Millionen, die höchsten Preisaufschläge. Die Abbildung zeigt auch, dass die Streuung unter Dienstleistungsunternehmen weitaus größer ist als im verarbeitenden Gewerbe. Schließlich ist noch auf die unterschiedlichen Trends der Preisaufschläge von Großunternehmen im Vergleich zu den übrigen Unternehmen im

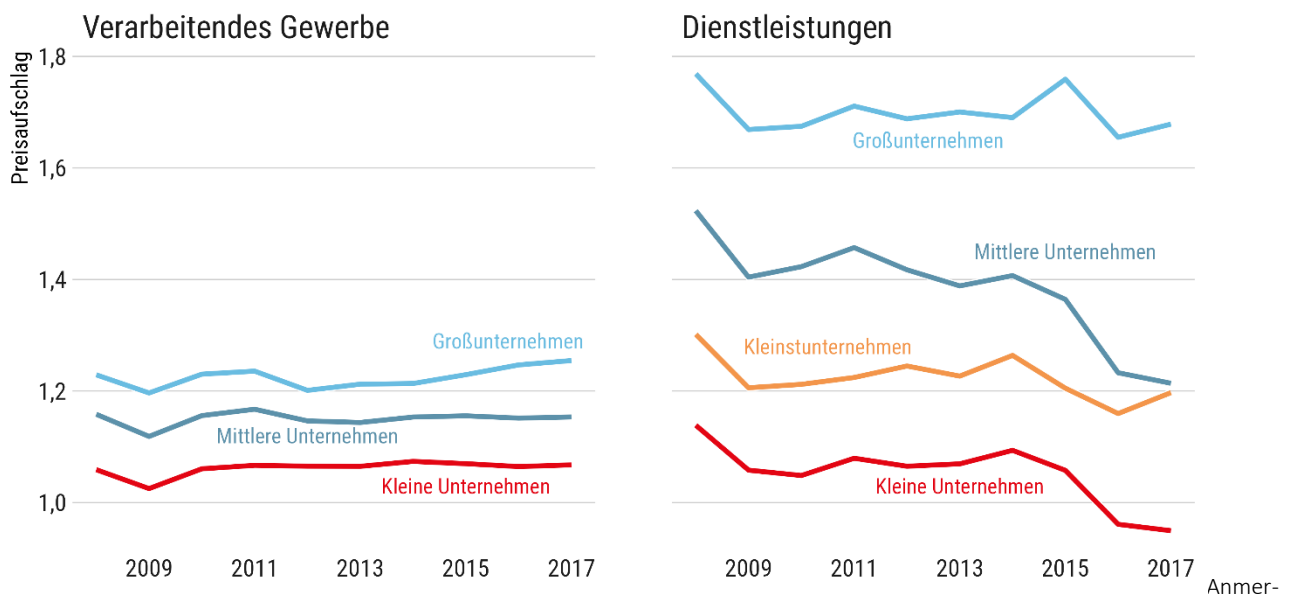
⁹⁸ Ebenda, S. 21.

⁹⁹ Calligaris, S./Crisuolo, C./Marcolin, L., Mark-ups in the digital era, OECD Science, Technology and Industry Working Papers 2018/10, 2018, Fn. 4.

¹⁰⁰ Zum Einfluss der funktionalen Form von Produktionsfunktionen, vgl. Abschnitt 2.2.9.

jeweiligen Sektor hinzuweisen. Während sich Preisaufschläge bei kleinen bis mittleren Unternehmen überwiegend parallel entwickeln, entkoppelt sich der Trend bei Großunternehmen seit etwa 2012. Bei großen Dienstleistungsunternehmen ist dadurch entgegen des durchschnittlichen Sektortrends kein Rückgang der Preisaufschläge zu beobachten; im verarbeitenden Gewerbe wird deutlich, dass der zuvor in Abbildung I.27 dargestellte sektorale Anstieg allein auf die Entwicklung in Großunternehmen zurückzuführen ist.

Abbildung I.30: Höhere Preisaufschläge bei Großunternehmen



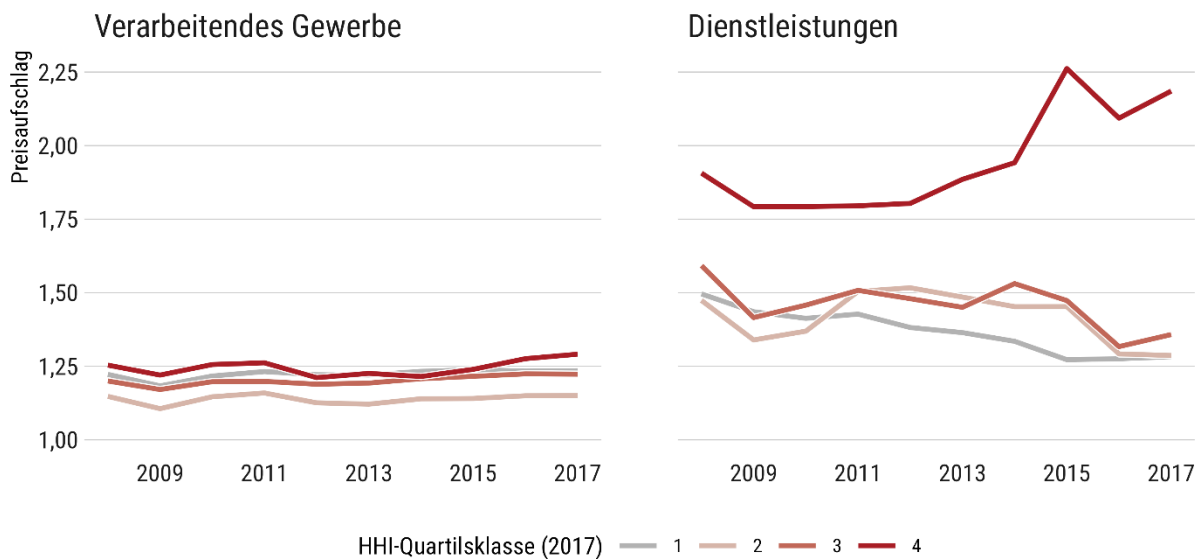
Anmerkungen: Größenklassen von Unternehmen basieren auf Beschäftigtenzahl und operativem Jahresumsatz. Kleinstunternehmen haben weniger als 10 Beschäftigte und einen Umsatz bis zu 2 Millionen Euro; kleine Unternehmen haben weniger als 50 Beschäftigte und bis zu 10 Millionen Euro Umsatz; mittlere Unternehmen haben weniger als 250 Beschäftigte und bis zu 50 Millionen Euro Umsatz; Großunternehmen haben mehr als 250 Beschäftigte oder einen Umsatz über 50 Millionen Euro. Die Zahl der Kleinstunternehmen im AFiD-Panel Industrieunternehmen ist zu gering für eine separate Auswertung, sie wurden den kleinen Unternehmen zugeordnet.

Quelle: AFiD Panel Industrieunternehmen 2008–2017 (DOI: 10.21242/42221.2017.00.01.1.1.0); AFiD Panel Strukturhebung im Dienstleistungsbereich 2008–2017 (DOI: 10.21242/47415.2017.00.01.1.1.0); eigene Berechnungen

2.2.7 Preisaufschläge steigen in konzentrierten Wirtschaftsbereichen

108. Der Einfluss großer – und damit umsatzstarker – Unternehmen kann mittelfristig strukturelle Auswirkungen auf Märkte haben. Wenn Unternehmen mit hohen Umsätzen überdurchschnittliche Preisaufschläge erzielen und sie diese im Vergleich zu den Wettbewerbern weiter erhöhen können, liegt es nahe anzunehmen, dass sie ihre Marktanteile ausbauen. Die Komponentenzerlegung in Abschnitt 2.2.4 hat gezeigt, dass eine solche Entwicklung im Analysezeitraum im Dienstleistungsbereich zu beobachten ist. Eine solche Dynamik führt schließlich zu einer steigenden Konzentration. Insofern sollte grundsätzlich analysiert werden, ob Preisaufschlagstrends systematisch mit der Umsatzkonzentration in den jeweiligen Wirtschaftsbereichen korrelieren.

109. Zur Darstellung dieses Zusammenhangs in Abbildung I.31 wurde der umsatzgewichtete mittlere Preisaufschlag von Unternehmen in Abhängigkeit von der Höhe des HHI auf 4-Steller-Ebene im Jahr 2017 berechnet; die Wirtschaftszweige sind zur vereinfachten Darstellung in vier Quartilsklassen unterteilt. In beiden Sektoren liegt der durchschnittliche Preisaufschlag in den Wirtschaftszweigen mit der höchsten Konzentration über dem der restlichen Wirtschaftszweige. Im Dienstleistungsbereich beträgt die Differenz zu Beginn des Analysezeitraums rund 25 Prozent und steigt zum Ende hin auf knapp 70 Prozent an. Im verarbeitenden Gewerbe ist der Unterschied in den Preisaufschlägen weniger stark ausgeprägt, was jedoch auf die grundsätzlich geringere Streuung im gesamten Sektor zurückzuführen ist. Dennoch steigen die Preisaufschläge auch hier in konzentrierten Wirtschaftszweigen seit dem Jahr 2014 stärker an und liegen 2017 gut 7 Prozent über dem Durchschnitt der übrigen Wirtschaftszweige.

Abbildung I.31: In konzentrierten Wirtschaftsbereichen sind Preisaufschläge angestiegen

Anmerkungen: Die Einteilung von Unternehmen in Quartilsklassen beruht auf den HHI-Werten für 4-Steller-Wirtschaftszweige des Jahres 2017. In Klasse 1 befinden sich Unternehmen aus 25 Prozent der Wirtschaftszweige mit den niedrigsten HHI-Werten, in Klasse 4 sind entsprechend die 25 Prozent am höchsten konzentrierten Wirtschaftszweige enthalten.

Quelle: AfID Panel Industrieunternehmen 2008–2017 (DOI: 10.21242/42221.2017.00.01.1.1.0); AfID Panel Strukturerhebung im Dienstleistungsbereich 2008–2017 (DOI: 10.21242/47415.2017.00.01.1.1.0); Statistisches Bundesamt, Konzentrationsstatistische Sonderaufbereitung im Auftrag der Monopolkommission auf Basis des amtlichen Unternehmensregisters; eigene Berechnungen

110. Ein positiver Zusammenhang zwischen Marktkonzentration und individuellem Preissetzungsverhalten eines Unternehmens könnte im Rahmen eines Struktur-Verhalten-Ergebnis-Paradigmas darauf hindeuten, dass hohe relative Marktanteile monopolistisches oder oligopolistisches Verhalten verursachen, das zu Preisaufschlägen führt. Stattdessen könnte eine positive Korrelation aber auch ein Hinweis darauf sein, dass eine, z. B. durch Größenvorteile, konzentrierte Marktstruktur durch einen höheren Investitionsbedarf zu höheren Preisaufschlägen führt (vgl. hierzu auch Abschnitt 2.3).

2.2.8 Stärkster Anstieg der Preisaufschläge im Bereich Kokerei und Mineralölverarbeitung

111. Neben ihrer hohen Datenqualität bieten die amtlichen Firmendaten gegenüber anderen Datenquellen den Vorteil, als geschichtete Zufallsstichprobe repräsentative Aussagen zu Teilgruppen der betrachteten Unternehmen zu ermöglichen (vgl. Tz. 95). Eine differenziertere Betrachtung einzelner Wirtschaftsbereiche innerhalb des verarbeitenden Gewerbes bzw. des Dienstleistungsbereichs kann entsprechend potenziell unterschiedliche Entwicklungen der Preisaufschläge identifizieren. Hierzu wurden in Abbildung I.32 die beiden Sektoren in 19 Wirtschaftsbereiche unterteilt. Dabei wird zum einen ersichtlich, welche Bereiche Preisaufschläge über bzw. unter dem jeweiligen Sektordurchschnitt erzielen: Beispielsweise liegt der Maschinenbau über dem Durchschnitt des verarbeitenden Gewerbes, freiberufliche, wissenschaftliche und technische Dienstleistungen verzeichnen dagegen unterdurchschnittliche Preisaufschläge. Zum anderen zeigt die Abbildung auch, wie sich die Preisaufschläge der einzelnen Bereiche im Zeitraum 2008 bis 2017 entwickelt haben und wie groß dabei die Streuung zwischen den Wirtschaftsbereichen ist. Den mit Abstand höchsten Anstieg verzeichnet der Bereich Kokerei und Mineralölverarbeitung, obwohl der Preisaufschlag dort bereits im Jahr 2008 gut 30 Prozent über dem Durchschnitt des verarbeitenden Gewerbes lag. Auffällig ist insbesondere der starke Anstieg seit dem Jahr 2014. Unter allen Dienstleistungsbereichen ist nur im Bereich Verkehr und Lagerei ein Anstieg der Preisaufschläge im Analysezeitraum zu beobachten. Die übrigen Wirtschaftsbereiche folgen dem sinkenden Sektordurchschnitt, wobei der Rückgang im Grundstücks- und Wohnungswesen am größten ausfällt.

Abbildung I.32: Wirtschaftsbereiche weisen unterschiedliche Preisaufschlagsentwicklungen auf

Anmerkungen: Die angegebene prozentuale Veränderung bezieht sich auf den gewichteten Durchschnitt der Preisaufschläge im jeweiligen Wirtschaftsbereich von 2008 bis 2017. Die Einteilung in Wirtschaftsbereiche im verarbeitenden Gewerbe entspricht dem „mittelgroben“ Aggregat für die Volkswirtschaftlichen Gesamtrechnungen, in dem einzelne Abteilungen zusammengefasst sind; der Dienstleistungsbereich ist nach WZ-Abschnitten unterteilt.

Quelle: AFiD Panel Industrieunternehmen 2008–2017 (DOI: 10.21242/42221.2017.00.01.1.1.0); AFiD Panel Strukturerhebung im Dienstleistungsbereich 2008–2017 (DOI: 10.21242/47415.2017.00.01.1.1.0); eigene Berechnungen

2.2.9 Robustheit der Ergebnisse

112. Den oben vorgestellten Preisaufschlägen liegen Schätzungen mit verschiedenen Annahmen und Modellierungsentscheidungen zugrunde, die jeweils potenziell die Analyseergebnisse beeinflussen können. Um ihre Robustheit zu prüfen, werden in diesem Abschnitt zunächst die wichtigsten Aspekte des verwendeten Modells dargestellt und anschließend mit alternativen Spezifikationen verglichen. Anschließend wird dargestellt, inwiefern die gezeigten Sektortrends von der verwendeten Datenbasis abhängig sind, indem die Ergebnisse mit methodisch analogen Schätzungen unter Nutzung der Orbis-Datenbank verglichen werden.

2.2.9.1 Variation der Modellannahmen

Funktionale Form der Produktionsfunktion

113. Zunächst ist bei der Schätzung der Outputelastizitäten entscheidend, welche funktionale Form für die Produktionsfunktion angenommen wird. Im Allgemeinen ist dabei zwischen einer Cobb-Douglas- und einer Translog-Funktion zu wählen. Letztere wurde für alle in Abschnitt 2.2.3 dargestellten Ergebnisse verwendet, da sie keinen log-linearen Zusammenhang der einzelnen Produktionsfaktoren mit der Ausbringungsmenge unterstellt und dadurch flexibler ist. Mit Blick auf die Schätzung von Preisauflschlägen bieten Translog-Spezifikationen zudem den Vorteil, unternehmensspezifische Outputelastizitäten zu ermöglichen, da diese nicht nur von den Koeffizienten der Produktionsfunktion, sondern auch von der Höhe der Einsatzfaktoren abhängen. Eine Modellierung mit Cobb-Douglas-Funktion unterstellt dagegen für alle betrachteten Unternehmen – unabhängig von deren Größe – dieselbe Outputelastizität.

Flexibilität des Arbeitseinsatzes

114. Der zweistufige Kontrollfunktionsansatz nach ACF zur Schätzung von Produktionsfunktionen verwendet eine GMM-Schätzung auf zweiter Stufe, um zu gewährleisten, dass die Outputelastizitäten nicht durch die Korrelation der Einsatzfaktoren mit der unternehmensspezifischen Produktivität verzerrt werden. Hierzu werden sog. GMM-Momente spezifiziert, die angeben, welche Variablen nicht mit der zufälligen Produktivitätsveränderung von einer Periode zur nächsten korreliert sein sollen.¹⁰¹ Die genaue Spezifikation dieser Momente hängt von den Annahmen über die Flexibilität der Einsatzfaktoren ab. ACF weisen in ihrer Studie darauf hin, dass Produktionsfunktionen womöglich präziser geschätzt werden können, wenn zusätzlich die Annahme von Anpassungskosten bei der Entscheidung über den Arbeitseinsatz getroffen wird.¹⁰² Dies hat zur Folge, dass die GMM-Schätzung neben dem Arbeitseinsatz der Vorperiode auch den der aktuellen Periode verwenden kann. Die Annahme, dass Unternehmen ihre Beschäftigten von einem Jahr zum nächsten beispielsweise aufgrund von Tarifvertragsregelungen oder allgemeinen arbeitsrechtlichen Bestimmungen nicht flexibel einsetzen können, mag in einzelnen Branchen unterschiedlich gut zu rechtfertigen sein. Im Rahmen der hier verfolgten sektorübergreifenden Analyse sind spezielle Eigenschaften einzelner Teilbereiche der Wirtschaft nur schwer zu berücksichtigen.

Wahl der Produktionstechnologie

115. Schließlich kann auch die modellierte Produktionstechnologie einen Einfluss auf die geschätzten Preisauflschläge haben. Die oben dargestellten Ergebnisse basieren auf Schätzungen nach dem strukturellen Wertschöpfungsansatz („structural value added“ – SVA).¹⁰³ Dem gegenüber steht ein Brutto-Output-Ansatz („gross output“ – GO), bei dem die Produktionsfunktion neben Kapital und Arbeit zusätzlich den Einsatz von Vorleistungen (bzw. Material) enthält. Der potenzielle Vorteil einer GO-Schätzung liegt darin, dass sie auch für den Materialeinsatz eine Outputelastizität identifiziert und damit bei der Berechnung der Preisauflschläge nach Gleichung (4) nicht auf Arbeit zurückgegriffen werden muss, die als Produktionsfaktor im Allgemeinen nicht in gleichem Maße flexibel ist. Bisher besteht in der relevanten Forschungsliteratur allerdings kein Konsens darüber, wie GO-Funktionen zur Schätzung von Preisauflschlägen zu identifizieren sind. Der Ansatz von ACF ist ausdrücklich nur für die Schätzung von SVA-Funktionen geeignet, da die zu treffenden Modellannahmen nicht ausreichen, um eine GO-Funktion zu identifizieren.¹⁰⁴ Sowohl Bond und Söderbom als auch Gandhi, Navarro und Rivers zeigen formal, weshalb der

¹⁰¹ Vgl. Abschnitt 1 in Anhang B für eine detaillierte Darstellung der Methode.

¹⁰² Akerberg u. a., Identification Properties of Recent Production Function Estimators, a. a. O., vgl. Fn. 78, S. 2430.

¹⁰³ Vgl. Abschnitt 2.2.1 bzw. Anhangsabschnitt 1 (Anhang B).

¹⁰⁴ Akerberg u. a., Identification Properties of Recent Production Function Estimators, a. a. O., vgl. Fn. 78.

ACF-Ansatz zur Schätzung von Brutto-Output-Funktionen nicht ausreicht.¹⁰⁵ De Loecker und Scott schlagen zur GO-Schätzung eine Anpassung des ACF-Ansatzes unter zusätzlicher Berücksichtigung von unternehmensspezifischen Faktorpreisen vor.¹⁰⁶ Dieser Methode folgend wurden für das vorliegende Gutachten aus Lohnsumme und Beschäftigtenzahl abgeleitete Durchschnittslöhne auf Unternehmensebene verwendet und anschließend zum Vergleich und zur Überprüfung der Robustheit der SVA-Ergebnisse auch GO-Produktionsfunktionen geschätzt.¹⁰⁷

Ergebnis: Robuste Trends

116. Um die genannten Aspekte bei der Modellierung zu berücksichtigen, wurden im Rahmen dieses Gutachtens insgesamt sechs verschiedene Varianten zur Schätzung der Preisaufschläge verwendet. SVA- und GO-Funktionen wurden jeweils als Cobb-Douglas- und Translog-Funktion spezifiziert. Für die beiden SVA-Modelle wurden zudem zwei GMM-Instrumentierungen – mit und ohne Anpassungskosten des Arbeitseinsatzes – geprüft.¹⁰⁸ Abbildung I.33 fasst die Ergebnisse dieses Variantenvergleichs zusammen. In Abbildung I.33a wird deutlich, dass die Annahme zur funktionalen Form der Produktionsfunktionen nahezu keine Auswirkungen auf den geschätzten Trend der Preisaufschläge in beiden Sektoren hat. Im verarbeitenden Gewerbe führt die flexiblere Translog-Form auch in der absoluten Höhe der Preisaufschläge zu denselben Ergebnissen. Im Dienstleistungsbereich ist der Sektordurchschnitt bei einer Cobb-Douglas-Funktion dagegen rund 20 Prozent geringer. Da die Streuung von Preisaufschlägen unter Dienstleistungsunternehmen stark von der Unternehmensgröße beeinflusst ist, ist diese Differenz auf die einheitliche Outputelastizität bei Cobb-Douglas-Schätzungen zurückzuführen.

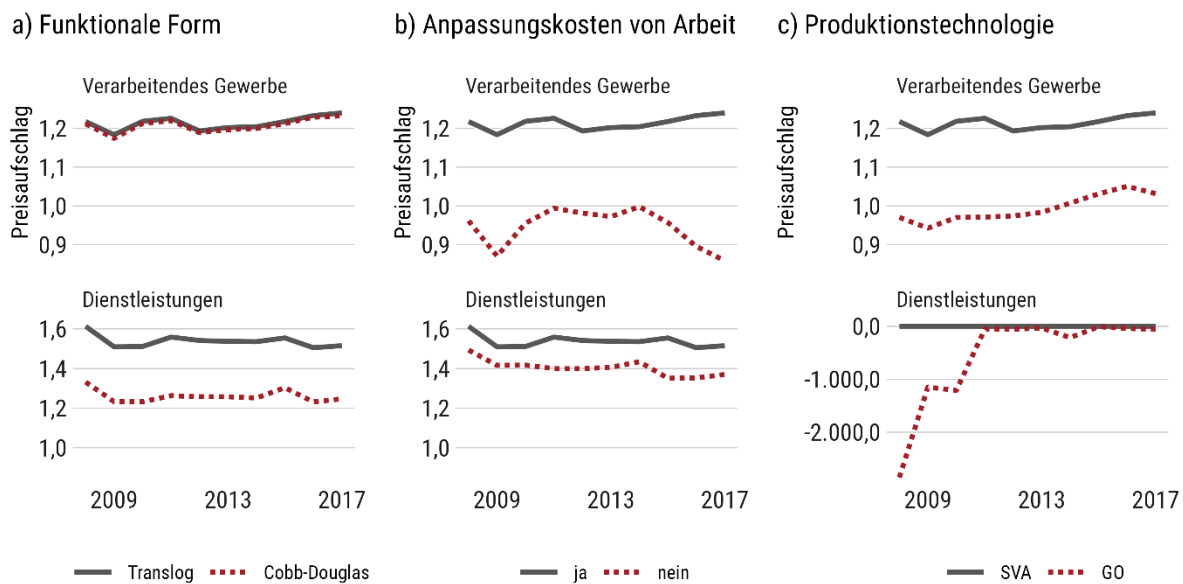
117. Wie Abbildung I.33b verdeutlicht, können die Annahme zu den Anpassungskosten des Faktors Arbeit und die damit verbundenen Instrumente der GMM-Stufe einen signifikanten Einfluss auf die Sektordurchschnitte ausüben. Im verarbeitenden Gewerbe verändern sich die Ergebnisse derart, dass statt eines leichten Anstiegs ein Rückgang der Preisaufschläge um etwa 10 Prozent zu beobachten ist, wenn von flexibler Arbeit ausgegangen wird. Da der durchschnittliche Preisaufschlag allerdings im gesamten Zeitraum im unplausiblen Bereich unter 1 liegt, sind die Ergebnisse dieser Modellvariante in Zweifel zu ziehen. In Anhang B unter Abschnitt 3 wird darüber hinaus erläutert, dass die Qualität der Schätzungen in diesem Fall gering ist und die Annahme von hohen Anpassungskosten im verarbeitenden Gewerbe eher gerechtfertigt erscheint. Im Dienstleistungsbereich sind dagegen zwar geringe Unterschiede zwischen beiden Spezifikationen ersichtlich, allerdings führt die Annahme flexibler Arbeit nicht zu qualitativen Änderungen der Ergebnisse. Womöglich sind geringere Anpassungskosten des Arbeitseinsatzes bei Dienstleistungen realistischer und die durchschnittlich rund 9 Prozent geringeren Preisaufschläge spiegeln entsprechend die weniger verzerrte Outputelastizität wider.

¹⁰⁵ Bond, S./Söderbom, M., Adjustment costs and the identification of Cobb Douglas production functions, Working Paper 05/04, 2005; Gandhi u. a., On the Identification of Gross Output Production Functions, a. a. O., vgl. Fn. 77.

¹⁰⁶ De Loecker/Scott, Estimating market power Evidence from the US Brewing Industry, a. a. O., vgl. Fn. 74.

¹⁰⁷ Vgl. Abschnitt 1.2 in Anhang B für Details zur Modellspezifikation.

¹⁰⁸ Aufgrund der allgemein besseren Identifikation unter Annahme von Anpassungskosten bei Arbeit und der Verfügbarkeit des flexiblen Materialeinsatzes wurde bei GO-Modellen auf eine Schätzung unter Annahme flexibler Arbeit verzichtet.

Abbildung I.33: Modellspezifikation beeinflusst Ergebnisse

Anmerkungen: Die graue Linie bildet jeweils die präferierte Spezifikation aus Abschnitt 2.2.3 ab.

Quelle: AFiD Panel Industrieunternehmen 2008–2017 (DOI: 10.21242/42221.2017.00.01.1.1.0); AFiD Panel Strukturerhebung im Dienstleistungsbereich 2008–2017 (DOI: 10.21242/47415.2017.00.01.1.1.0); eigene Berechnungen

118. Abbildung I.33c verdeutlicht schließlich die Unterschiede zwischen SVA- und GO-Schätzungen. Die Preisauflagen der GO-Variante basieren auf der Outputelastizität des Materialeinsatzes. Im Dienstleistungsbereich haben die Brutto-Output-Schätzungen keine verlässlichen Elastizitäten identifiziert. Die entsprechenden negativen Preisauflagen sind daher nicht belastbar. Im verarbeitenden Gewerbe hingegen liefern beide Varianten ähnliche Trends. Der stetige Anstieg der Preisauflagen seit 2013 fällt bei der GO-Schätzung etwas höher aus, sodass insgesamt ein Anstieg um etwa 6 Prozent (statt 2 Prozent) ermittelt wird. Allerdings liegen auch hier zunächst die Preisauflagen im unplausiblen Bereich unter 1, sodass zumindest ihre absolute Höhe nicht verlässlich erscheint. Dies kann auf eine nach unten verzerrte Schätzung der Outputelastizität von Material zurückzuführen sein.

2.2.9.2 Bedeutung der Datenbasis

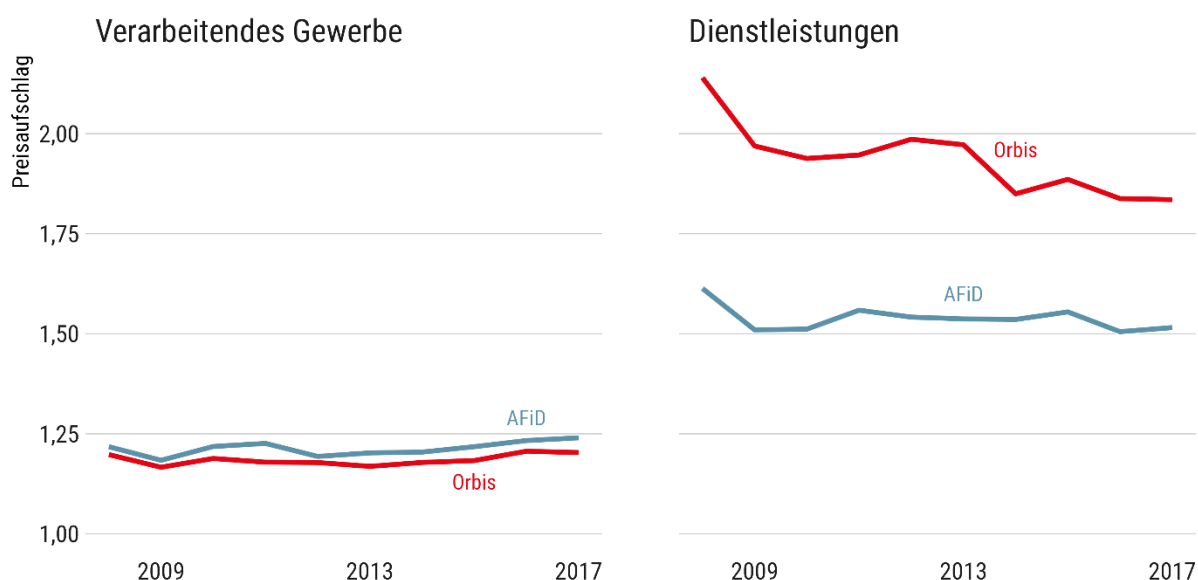
119. Über die Frage nach der Robustheit der Ergebnisse gegenüber der verwendeten Methodik hinausgehend bleibt zu untersuchen, inwiefern die dargestellten Trends von Preisauflagen robust hinsichtlich der verwendeten Datenbasis sind. Ein Vergleich zwischen Preisauflagenschätzungen aus amtlichen Daten mit den Ergebnissen aus privaten Datenbanken kann neue Erkenntnisse bezüglich der potenziellen Aussagekraft dieser in der einschlägigen Forschungsliteratur weit verbreiteten Datensätze liefern. Da zumindest in Studien zu Deutschland und Europa Orbis-Daten am häufigsten verwendet werden, stellen sie die relevante Datenquelle für diesen Vergleich dar. Bei Orbis bzw. allgemein bei privaten Datenbanken sind größere Unternehmen überrepräsentiert, sodass die Daten einen Großteil der nationalen bzw. teilweise auch sektoralen Umsätze abbilden.¹⁰⁹ Das lässt zunächst darauf schließen, dass die Daten allgemeine wirtschaftliche Zusammenhänge widerspiegeln. Dass im Umkehrschluss kleine Unternehmen teilweise unterrepräsentiert sind, kann sich jedoch auf die Höhe der sektorübergreifend geschätzten Preisauflagen auswirken, wenn wie oben gezeigt, unternehmensspezifische Preisauflagen mit der Unternehmensgröße korrelieren (vgl. Abschnitt 2.2.6). Bisher ist allerdings unklar, ob und in welchem Ausmaß die aus privaten Unternehmensdaten geschätzten Preisauflagen dadurch verzerrt sind. Insofern können die Ergebnisse dieses Gutachtens als Maßstab dienen. Wenn private und amtliche Daten übereinstimmende Preisauflagen

¹⁰⁹ Vgl. hierzu eine entsprechende Untersuchung der Monopolkommission zur Repräsentativität (Monopolkommission, Wettbewerb 2016, a. a. O., vgl. Fn. 30, Anhang A zu Kapitel III).

liefern, ist die mangelnde statistische Repräsentativität privater Datenbanken für diese Schätzungen vernachlässigbar. Falls die Ergebnisse stark voneinander abweichen, können Folgeanalysen Hinweise darauf liefern, inwiefern die Interpretation von Preisaufschlagsschätzungen auf Grundlage von Bilanzdaten Einschränkungen unterliegt.

120. Der Vergleich aggregierter Preisaufschläge der AFiD-Panel mit analogen Schätzungen auf Basis der Orbis-Daten in Abbildung I.34 lässt darauf schließen, dass sich aus beiden Datenquellen grundsätzlich ähnliche Trends ergeben. Besonders im verarbeitenden Gewerbe ist die Differenz der geschätzten Preisaufschläge gering, einzig im Jahr 2017 fällt eine deutliche Abkehr des mit Orbis geschätzten Preisaufschlags vom positiven Trend auf. Dies ist vermutlich ein Effekt der verminderten Beobachtungszahl zum Ende des Analysezeitraums und lässt sich grundsätzlich durch entsprechende Einschränkungen der betrachteten Jahre berücksichtigen. Im Dienstleistungsbereich weisen die Orbis-Daten dagegen deutlich höhere Preisaufschläge sowie einen stärkeren Rückgang des Trends auf. Aufgrund der in Tabelle I.9 gezeigten geringeren Abdeckung von Dienstleistungsunternehmen, der gleichzeitig höheren Streuung von Preisaufschlägen innerhalb des Sektors und insbesondere des systematischen Effekts der Unternehmensgröße ist davon auszugehen, dass die Orbis-Daten einer Stichprobenverzerrung unterliegen. Zumindest im Dienstleistungsbereich wären Analyseergebnisse nur eingeschränkt auf den gesamten Sektor übertragbar.

Abbildung I.34: Amtliche und nichtamtliche Daten weisen auf Sektorebene ähnliche Preisaufschlagstrends auf



Anmerkungen: Für beide Datenquellen sind Preisaufschläge aus SVA-Schätzungen einer Translog-Produktionsfunktion mit Anpassungskosten im Faktor Arbeit dargestellt.

Quelle: AFiD Panel Industrieunternehmen 2008–2017 (DOI: 10.21242/42221.2017.00.01.1.1.0); AFiD Panel Strukturerhebung im Dienstleistungsbereich 2008–2017 (DOI: 10.21242/47415.2017.00.01.1.1.0); Orbis Europe; eigene Berechnungen

Zusammenfassung: Preisaufschläge

- Preisaufschläge sind im verarbeitendem Gewerbe zwischen 2008 und 2017 um 1,8 Prozent angestiegen, im Dienstleistungsbereich dagegen im selben Zeitraum um 6 Prozent gesunken.
- Die Sektortrends gehen hauptsächlich auf Veränderungen der Preisaufschläge auf Unternehmensebene zurück.
- Sektorunabhängig weisen vor allem große Unternehmen und Unternehmen in hoch konzentrierten Branchen (z. B. in der Kokerei und Mineralölverarbeitung) steigende Preisaufschläge auf.

2.3 Determinanten von Preisaufschlägen

121. Der Beobachtung von Preisauflagstrends wird in der einschlägigen Forschungsliteratur und der wirtschaftspolitischen Debatte viel Aufmerksamkeit geschenkt. Für Volkswirtschaften, für die relativ viele empirische Analysen zum Thema vorliegen, wie etwa die USA, haben sich bereits stilisierte Fakten abgezeichnet. Anders stellt es sich für die Ursachen der Entwicklung von Preisauflagen dar. Hier wird auch weiterhin eine kontroverse Diskussion geführt und die empirischen Untersuchungen sind bisher keineswegs hinreichend für eine abschließende Beurteilung. Die Ursachen für Entwicklungen von Preisauflagen sind jedoch wesentlich für deren Interpretation und die potenziell daraus abzuleitenden wirtschaftspolitischen Maßnahmen. Wenn Preisaufläge einen geeigneten Indikator für die Wettbewerbsintensität darstellen, stellt sich z. B. die Frage, welche Faktoren für eine mittel- bis langfristige Abnahme der Wettbewerbsintensität verantwortlich sind. Diskutiert werden in diesem Zusammenhang beispielsweise ein mögliches Vollzugsdefizit der Kartellbehörden, eine erschwerte Verbreitung von Innovationen und neuer Produktionstechnologien, eine zunehmende Unternehmensverflechtung über indirekte Horizontalbeteiligungen institutioneller Investoren sowie eine voranschreitende digitale Transformation.¹¹⁰ Eine herausragende Bedeutung bei der Ursachenforschung kommt vor allem auch der Frage zu, zu welchem Anteil Preisaufläge den Preissetzungsspielraum von Anbietern widerspiegeln und zu welchem Anteil Preisaufläge betriebswirtschaftlich zur Deckung notwendiger Fixkosten für die Produktion benötigt werden. Da die digitale Transformation eine zentrale Rolle in der Diskussion sowohl um eine abnehmende Wettbewerbsintensität als auch um steigende Fixkosten einnimmt, wird im Folgenden zunächst dem Zusammenhang zwischen Digitalisierung und Preisauflagen nachgegangen. Anschließend wird zudem die Rolle indirekter Horizontalverflechtungen analysiert.

2.3.1 Digitalisierung und Preisaufläge

122. Die digitale Transformation wirkt sich in vielerlei Hinsicht auf den Wettbewerb zwischen Unternehmen aus. Insbesondere die zunehmende Bedeutung von Plattformmärkten und Netzwerkeffekten und damit einhergehende Monopolisierungstendenzen haben bereits zu kartellrechtlichen Anpassungen auf nationaler und europäischer Ebene geführt.¹¹¹ Hintergrund ist, dass für Kundinnen und Kunden bei ausgeprägten Netzwerkeffekten hohe Hürden bestehen, ihre Anbieter zu wechseln, und sie sich dadurch in einer Lock-in-Situation befinden. Der Wettbewerb um Kundinnen und Kunden wird somit erschwert, und es findet vielmehr ein Wettbewerb um den Markt selbst statt. Ein weiterer Grund für eine abnehmende Wettbewerbsintensität durch Digitalisierung könnte sein, dass es Unternehmen, die in diesem Kontext besonders innovativ und produktiv sind, zunehmend leichter fällt, mit dem hohen Innovationstempo mitzuhalten und ihren Innovationsvorsprung gegenüber Wettbewerbern abzusichern.¹¹²

123. Digitalisierung birgt jedoch auch das Potenzial, sich positiv auf den Wettbewerb auszuwirken. Grund hierfür kann z. B. eine höhere Markttransparenz durch Vergleichsplattformen im Internet und eine hierdurch gestiegene Preissensibilität auf Nachfrageseite sein. Zudem kann der vermehrte Einsatz von digitalen Informations- und Kommunikationstechnologien (IKT) Unternehmen zu Grenzkostensenkungen bzw. Produktivitätssteigerungen verhelfen, die einen entsprechenden Spielraum sowie Impulse für einen intensiveren Preiswettbewerb geben können. Produktivitätssteigerungen durch IKT sind z. B. durch die Möglichkeit zum Aufbau größerer Kundennetzwerke,

¹¹⁰ Für eine Übersicht der möglichen Ursachen steigender Preisaufläge vgl. Monopolkommission, Wettbewerb 2018, a. a. O., vgl. Fn. 59, Tz. 365 ff.; OECD, Market Concentration, Issues Paper DAF/COMP/WD(2018)46, 2018; Wambach, A./Weche, J.P., Sektörübergreifende Konzentrations- und Margenzunahme: Bestandsaufnahme, Ursachen und Folgen, Perspektiven der Wirtschaftspolitik, 21, 2020, S. 120–136.

¹¹¹ Vgl. Kapitel V in diesem Gutachten.

¹¹² Vgl. hierzu beispielsweise Acemoglu, D./Akcigit, U., Intellectual Property Rights Policy, Competition and Innovation, Journal of the European Economic Association, 10, 2012, S. 1–42; Andrews, D./Crisuolo, C./Gal, P.N., Frontier Firms, Technology Diffusion and Public Policy: Micro Evidence from OECD Countries, OECD Productivity Working Papers 2015–2, 2015.

durch einen erleichterten Zugang zu regionalen und Produktmärkten sowie die Nutzung von Skaleneffekten durch immaterielle Vermögenswerte anzunehmen.

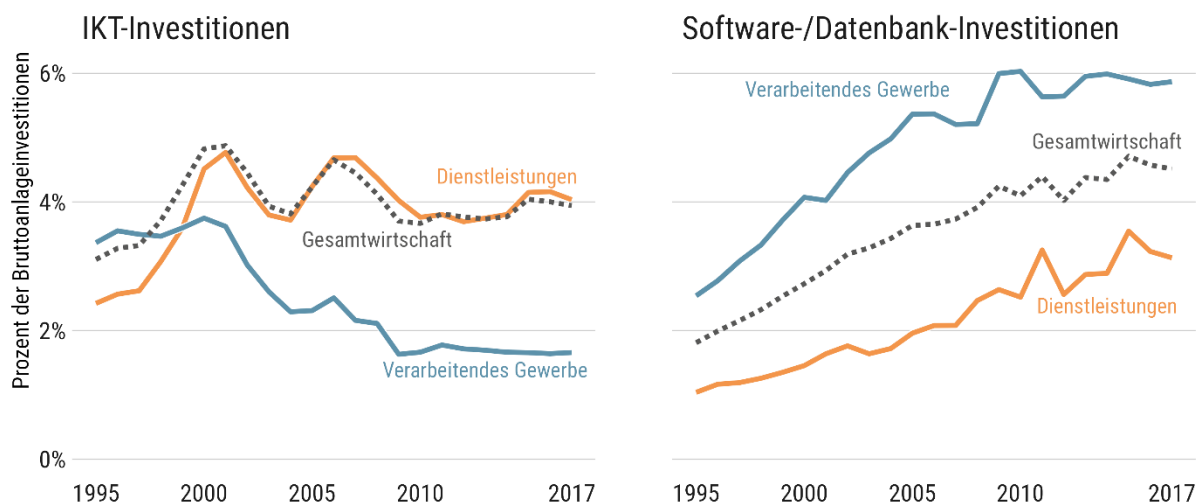
124. Empirische Untersuchungen zum sektorübergreifenden Zusammenhang von Digitalisierung und Marktmacht haben bisher keine eindeutigen Ergebnisse hervorgebracht und legen die Vermutung eines marktspezifischen Zusammenhangs dar. Empirische Hinweise auf einen sektorübergreifenden positiven Zusammenhang zwischen der Digitalisierungsintensität und Preisaufschlägen liefern Calligaris u. a.: Zum einen weisen ihre Ergebnisse auf höhere Preisaufschläge in digital-intensiven Branchen in OECD-Ländern hin; zum anderen zeigen sie, dass sich die Differenz von Preisaufschlägen zwischen digital-intensiven und weniger digital-intensiven Branchen im Zeitraum 2001–2014 deutlich vergrößert hat.¹¹³ Eine weitere Untersuchung findet darüber hinaus, dass insbesondere in Branchen mit hoher Digitalisierungsintensität größere Unternehmen höhere Preisaufschläge verlangen und gleichzeitig über einen größeren Produktivitätsvorsprung verfügen. Dieser Zusammenhang zwischen der Unternehmensgröße, Produktivität und Preisaufschlägen wird in der Studie darauf zurückgeführt, dass die Realisierung von Größenvorteilen in digitalisierten Bereichen erleichtert wird.¹¹⁴ Dagegen zeigen andere Studien für Europa und Deutschland keinen Anstieg der Unternehmenskonzentration in Wirtschaftsbereichen mit hohem Digitalisierungsgrad. Für die USA zeigt sich sogar ein deutlich weniger ausgeprägter Anstieg der Unternehmenskonzentration für Branchen mit hoher digitaler Intensität.¹¹⁵

125. Etwas deutlicher zeichnet sich ab, dass sich die digitale Transformation zusätzlich über einen ganz anderen Wirkungskanal auf die Höhe von Preisaufschlägen auswirkt. Demnach ist die in den vergangenen Jahrzehnten für Unternehmen stetig gestiegene Bedeutung immaterieller Vermögenswerte, wie z. B. von Patenten, Marken, Lizenzen oder unternehmensspezifischem Humankapital, eine Ursache für steigende Preisaufschläge. Ein wesentlicher Teil der Investitionen in immaterielle Vermögensgegenstände findet dabei z. B. in IKT sowie Software und damit verbundenes Humankapital statt und hängt dabei unmittelbar mit der digitalen Transformation zusammen. Abbildung I.35 zeigt den Anteil der Investitionen in IKT sowie Software und Datenbanken an den gesamten Bruttoanlageinvestitionen in Deutschland seit 1995. Ein deutlicher Anstieg des IKT-Investitionsanteils deutscher Unternehmen lässt sich jedoch lediglich Ende der 1990er Jahre und Mitte der 2000er Jahre beobachten. Im verarbeitenden Gewerbe ist sogar ein deutlicher Abfall des Anteils seit der Jahrtausendwende zu verzeichnen. Ein anderes Bild ergibt sich bei Investitionen in Software und Datenbanken, deren Anteil einen stetigen Aufwärtstrend beschreibt und damit auch Indikator für eine zunehmende Digitalisierung deutscher Unternehmen ist. Abbildung I.36 zeigt zudem, wie der IT-Fachkräfteanteil an der Gesamtbeschäftigung im letzten Jahrzehnt angestiegen ist, wobei der Anteil im Dienstleistungssektor deutlich höher ist. Insgesamt liegt Deutschland damit bei Digitalisierungsinvestitionen EU-weit im Mittelfeld (vgl. Abbildung I.37).

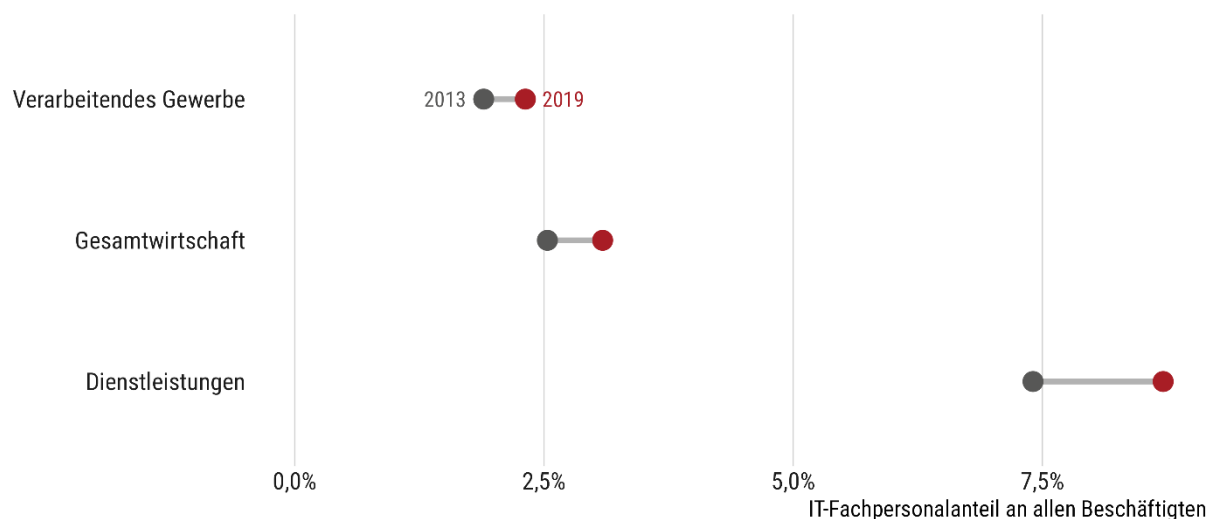
¹¹³ Calligaris u. a., Mark-ups in the digital era, a. a. O., vgl. Fn. 97.

¹¹⁴ McMahon, M. u. a., Scale, market power and competition in a digital world: Is bigger better?, OECD Science, Technology and Industry Working Papers 2021/01, 2021.

¹¹⁵ Bajgar, M. u. a., Industry Concentration in Europe and North America, OECD Productivity Working Papers 2019–18, 2019; Ferschli, B. u. a., Digitalization, Industry Concentration, and Productivity in Germany, Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik, 241, 2021, S. 623–665.

Abbildung I.35: Investitionen in immaterielles Vermögen überwiegen bei Digitalisierung

Quelle: KLEMS; eigene Berechnungen

Abbildung I.36: IT-Fachpersonal in Deutschland (2013-2019)

Anmerkungen: Sozialversicherungspflichtig Beschäftigte mit dem Anforderungsniveau Fachkraft, Spezialist und Experte (nach der KldB 2010) nach Wirtschaftszweigen WZ 2008. Unter Dienstleistungen sind die WZ-Abschnitte H, J, L, M und N zusammengefasst; Abschnitt C bildet das verarbeitende Gewerbe.

Quelle: Statistik der Bundesagentur für Arbeit; eigene Berechnungen

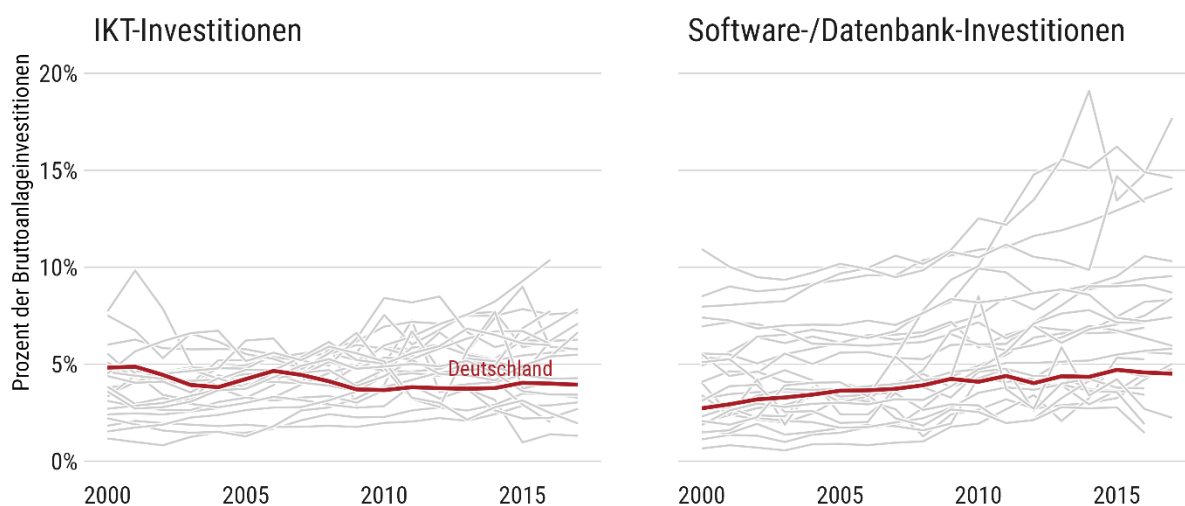
126. Durch den steigenden Investitionsbedarf in immaterielles Vermögen könnten Unternehmen darauf angewiesen sein, den Preisaufschlag auf ihre Grenzkosten zu erhöhen, um die höheren Fixkosten der Produktion decken zu können und weiterhin am Markt zu bestehen.¹¹⁶ Zu diesem Zusammenhang passt auch die Beobachtung höherer

¹¹⁶ De Loecker, J./Eeckhout, J., Some Thoughts on the Debate about (Aggregate) Markup Measurement, [https://www.semanticscholar.org/paper/Some-Thoughts-on-the-Debate-about-\(-Aggregate-\)-%E2%88%97-Loecker-Leuven/02fb76269190697127d89c93099025635a2f4a8f](https://www.semanticscholar.org/paper/Some-Thoughts-on-the-Debate-about-(-Aggregate-)-%E2%88%97-Loecker-Leuven/02fb76269190697127d89c93099025635a2f4a8f); van Reenen, J., Increasing Differences Between Firms: Market Power and the Macro-Economy, CEP Discussion Papers 1576, 2018; Ayyagari, M./Demirguc-Kunt, A./Maksimovic, V., The Rise of Star Firms: Intangible Capital and Competition, Policy Research Working Paper 8832, 2019; Berry, S./Gaynor, M./Scott Morton, F., Do Increasing Markups Matter? Lessons from Empirical Industrial Organization, Journal of Economic Perspectives, 33, 2019, S. 44–68.

Preisauflagen in Branchen mit höherer Digitalintensität.¹¹⁷ Allerdings müssten mit steigenden Fixkosten der Produktion – bei gleichbleibender Produktionsmenge – auch die durchschnittlichen Stückkosten steigen und somit dürften die buchhalterischen Gewinne nicht steigen. Einige Untersuchungen beobachten jedoch parallel zum Anstieg von Preisauflagen gleichfalls ansteigende buchhalterische Gewinnmargen.¹¹⁸

127. Wenn höhere Preisauflagen – zumindest teilweise – auf einen steigenden Investitionsbedarf im Rahmen der Digitalisierung zurückzuführen sind, wird ihre Aussagekraft für Marktmacht und Wettbewerbsintensität überschätzt. Dies gilt es bei der Interpretation von Preisauflagen, insbesondere aus wettbewerblicher Perspektive, zu beachten. Je nachdem, wie hoch der Anteil von Preisauflagen ist, der auf steigende Fixkosten zurückgeführt werden kann, können hohe Preisauflagen vielmehr auch auf eine verbesserte aktuelle oder zukünftige Wettbewerbsfähigkeit im Sinne eines Produktivitätsvorteils und technologischen Vorsprungs hindeuten. Gänzlich unproblematisch wären allerdings aus Wettbewerbsperspektive auch steigende Preisauflagen nicht, deren Anstieg vollständig auf Fixkosten zurückzuführen wäre. Grund hierfür ist, dass steigende Fixkosten die Marktzutrittschürden anheben und sich damit negativ auf den Wettbewerb und die Bestreitbarkeit der Märkte auswirken können.

Abbildung I.37: Deutschland liegt bei Digitalisierungsinvestitionen EU-weit im Mittelfeld



Anmerkungen: Gesamtwirtschaftliche Investitionen pro Jahr und EU-Mitgliedsland. Graue Zeitreihen stellen die Entwicklungen in anderen EU-Staaten dar. Daten zu Software-/Datenbank-Investitionen sind für 25 Staaten verfügbar, zu IKT-Investitionen für 23 Staaten.

Quelle: KLEMS; eigene Berechnungen

2.3.1.1 Höhere Preisauflagen in digitalisierten Bereichen des verarbeitenden Gewerbes

128. Um dem Zusammenhang zwischen Preisauflagen, Digitalisierung und Fixkosten weiter nachzugehen, werden nachfolgend die Ergebnisse einer Regressionsanalyse auf Basis der AFiD-Panel und der daraus ermittelten Preisauflagen vorgestellt.¹¹⁹ Hierzu stehen unterschiedliche Indikatoren zur Messung des Digitalisierungsgrads von Wirtschaftsbereichen bzw. einzelnen Unternehmen zur Verfügung. Die Grundspezifikation der ökonometrischen Modelle lautet:

¹¹⁷ Vgl. Tz. 125.

¹¹⁸ Vgl. De Loecker u. a., The Rise of Market Power and the Macroeconomic Implications, a. a. O., vgl. Fn. 55; Weche/Wambach, The Fall and Rise of Market Power in Europe, a. a. O., vgl. Fn. 58; Díez u. a., Global Market Power and Its Macroeconomic Implications, a. a. O., vgl. Fn. 58.

¹¹⁹ Zur Berücksichtigung von immateriellem Vermögen und Fixkosten in Produktionsfunktionsschätzungen, siehe auch Acharya, R.C., ICT use and total factor productivity growth: intangible capital or productive externalities?, Oxford Economic Papers, 68, 2016, S. 16–39; De Ridder, M., Market Power and Innovation in the Intangible Economy, Working Paper, 2019.

$$\ln(\mu_{ijt}) = \alpha_{ij} + \tau_t + \beta d_{ijt} + \gamma X_{ijt} + \varepsilon_{ijt} \quad (6)$$

Dabei wird der Einfluss einer Digitalisierungsvariablen d_{ijt} auf den für das Jahr t ermittelten logarithmierten Preisaufschlag eines Unternehmens i , das im Wirtschaftszweig j tätig ist, geschätzt. In X_{ijt} sind weitere unternehmensspezifische Kontrollvariablen enthalten. Aufgrund des in Abschnitt 2.2.6 gezeigten Einflusses der Unternehmensgröße, wird diese in den nachfolgenden Schätzungen jeweils durch ein Polynom zweiten Grades der Beschäftigtenzahl modelliert. Je nach Spezifikation sind außerdem Jahres- und Unternehmens- bzw. Wirtschaftszweifeffekte in τ_t und α_{ij} berücksichtigt.

129. Zunächst wurde für d_{ijt} eine Klassifikation der OECD verwendet, die den Digitalisierungsgrad von 2-Steller-Wirtschaftszweigen bewertet.¹²⁰ Wirtschaftszweige, deren Digitalisierungsgrad über dem Median liegt, werden von der binären Indikatorvariable als digitalisiert klassifiziert. Die Regressionsergebnisse in Tabelle I.11 zeigen, dass digitalisierte Wirtschaftszweige im verarbeitenden Gewerbe im Durchschnitt rund 3 Prozent höhere Preisaufschläge aufweisen.¹²¹ Im Dienstleistungsbereich ist dieser Effekt hingegen negativ, dort sind die entsprechenden Preisaufschläge etwa 7,5 Prozent geringer als im Durchschnitt nicht digitalisierter Wirtschaftszweige. Dies könnte entweder darauf zurückzuführen sein, dass digitalisierte Bereiche im Vergleich zu nicht digitalisierten eine geringere Produktivität aufweisen, oder stattdessen darauf, dass Unternehmen in digitalisierten Wirtschaftszweigen über Produktivitätssteigerungen in starkem Wettbewerb miteinander stehen. Aus der KLEMS-Datenbank stehen zudem jährliche IKT- bzw. Software-Investitionen auf der Ebene von 2-Steller-Wirtschaftszweigen zur Verfügung.¹²² Hierbei zeigt sich, dass im verarbeitenden Gewerbe in Wirtschaftszweigen, in denen Investitionen in IKT-Vermögen um 1 Prozent ansteigen mit etwa 1,4 Prozent höheren Preisaufschlägen einhergehen; steigende immaterielle Software- und Datenbankinvestitionen verringern den Preisaufschlag dagegen um 0,5 Prozent. Auch hier ist im Dienstleistungsbereich ein gegensätzlicher Effekt zu beobachten: Im Durchschnitt sinken Preisaufschläge in Wirtschaftszweigen mit steigender IKT-Investition (bei 1-prozentiger Erhöhung um 1 Prozent), während ansteigende Software-Investitionen mit leicht steigenden Preisaufschlägen verbunden sind. Schließlich stehen auf Basis der AFiD-Panel auch Daten zu den unternehmensspezifischen Software-Investitionen zur Verfügung, die es ermöglichen, den zeitlichen Effekt einer Erhöhung des immateriellen Digitalisierungsvermögens auf den Preisaufschlag eines Unternehmens zu schätzen. Die Investitionen sind hierbei in Relation zum operativen Jahresumsatz gemessen. In beiden Sektoren reduziert eine 1-prozentige Erhöhung der Softwareinvestitionen den Preisaufschlag geringfügig (um 0,3 bzw. 0,1 Prozent).

¹²⁰ Calvino, F. u. a., A taxonomy of digital intensive sectors, OECD Science, Technology and Industry Working Papers 2018/14, 2018.

¹²¹ Die geschätzten Modelle kontrollieren zudem für die Unternehmensgröße über die Anzahl der Beschäftigten sowie je nach Spezifikation für invariante Effekte von Kalenderjahren, 2-Steller-Wirtschaftszweigen und Unternehmen.

¹²² Stehrer, R. u. a., Industry Level Growth and Productivity Data with Special Focus on Intangible Assets: Report on methodologies and data construction for the EU KLEMS Release 2019, Wien, 2019.

Tabelle I.11: Regressionsergebnisse: Preisaufschläge in Abhängigkeit von Digitalisierung

	Verarbeitendes Gewerbe				Dienstleistungen			
	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)	(7)	(8)
ln(Beschäftigte)	0,192 (0,010)***	0,214 (0,009)***	0,214 (0,009)***	0,424 (0,020)***	-0,118 (0,005)***	-0,101 (0,005)***	-0,101 (0,005)***	0,121 (0,010)***
ln(Beschäftigte) ²	-0,014 (0,001)***	-0,016 (0,001)***	-0,016 (0,001)***	-0,032 (0,002)***	0,010 (0,001)***	0,012 (0,001)***	0,012 (0,001)***	-0,005 (0,002)***
digitalisierter WZ (OECD)	0,027 (0,003)***				-0,076 (0,003)***			
IKT-Anteil (WZ2)		0,014 (0,005)**				-0,010 (0,001)***		
Software/DB-Anteil (WZ2)			-0,005 (0,003)*				0,002 (0,000)***	
Softwareinvestitionen (Unternehmen)				-0,003 (0,001)***				-0,001 (0,000)***
FE: Jahr	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
FE: 2-Steller-WZ		✓	✓	✓		✓	✓	✓
FE: Unternehmen				✓				✓
N	124156	124156	124156	124156	731293	731293	731293	730953
R ² Adj.	0,060	0,457	0,457	0,924	0,018	0,107	0,107	0,775
R ² Within	0,059	0,094	0,094	0,083	0,015	0,004	0,004	0,008

Anmerkungen: * p < 0,05; ** p < 0,01; *** p < 0,001; auf Unternehmensebene geclusterte Standardfehler in Klammern.

Quelle: AfID Panel Industrieunternehmen 2008–2017 (DOI: 10.21242/42221.2017.00.01.1.1.0); AfID Panel Strukturerhebung im Dienstleistungsbereich 2008–2017 (DOI: 10.21242/47415.2017.00.01.1.1.0); KLEMS; eigene Berechnungen

2.3.1.2 Hohe Preisaufschläge sind nicht allein durch Investitionen und Produktivität zu erklären

130. In Abschnitt 2.3.1 wurden neben potenziell wettbewerbsmindernden Wirkungskanälen der Digitalisierung auch wettbewerbsfördernde Effekte skizziert. Grundlegend ist hierfür eine durch einzelne Aspekte der Digitalisierung ansteigende Produktivität von Unternehmen, die es ihnen ermöglicht, Qualitäts- bzw. Kostenvorteile gegenüber ihren Wettbewerbern zu entwickeln. Vor diesem Hintergrund zeigen die Regressionsergebnisse in Tabelle I.12, inwiefern eine Berücksichtigung der unternehmensspezifischen Produktivität die bisherigen Ergebnisse in Bezug auf den Unterschied zwischen digitalisierten und nicht digitalisierten Wirtschaftszweigen beeinflusst. Zur Messung der Produktivität wurde auf die aus der Preisaufschlagsschätzung hervorgehende totale Faktorproduktivität (TFP) zurückgegriffen.¹²³ Ein Vergleich der Koeffizienten für digitalisierte Wirtschaftszweige mit und ohne Berücksichtigung von Produktivität zeigt, dass der Effekt im verarbeitenden Gewerbe nahezu unverändert bleibt: Auch unter Berücksichtigung des positiven Einflusses der Arbeitsproduktivität sind Preisaufschläge dort in digitalisierten Wirtschaftszweigen rund 3 Prozent höher.¹²⁴ Im Dienstleistungsbereich steigt der Unterschied zwischen digitalisierten und nicht digitalisierten Wirtschaftszweigen dagegen an. Statt der zuvor rund 7,5 Prozent geringeren Preisaufschläge in digitalisierten Wirtschaftszweigen liegt der Unterschied unter Berücksichtigung der Produktivität hier bei knapp 19 Prozent.¹²⁵

¹²³ Die unternehmensspezifische logarithmierte TFP entspricht ω_{it} in Gleichung (10) in Anhang B.

¹²⁴ TFP übt keinen statistisch signifikanten Einfluss auf Preisaufschläge im verarbeitenden Gewerbe aus.

¹²⁵ Der prozentuale Unterschied ist berechnet als $e^{-0,206} - 1$.

Tabelle I.12: Einfluss von Digitalisierung unter Berücksichtigung von Produktivität

	Verarbeitendes Gewerbe	Dienstleistungen
ln(Beschäftigte)	0,192 (0,010)***	-0,125 (0,005)***
ln(Beschäftigte) ²	-0,014 (0,001)***	0,012 (0,001)***
digitalisierter WZ (OECD)	0,030 (0,003)***	-0,206 (0,004)***
log(TFP)	0,000 (0,000)	-0,010 (0,000)***
FE: Jahr	✓	✓
N	124156	731293
R ² Adj.	0,060	0,041
R ² Within	0,059	0,038

Anmerkungen: * p < 0,05; ** p < 0,01; *** p < 0,001; auf Unternehmensebene gedusterte Standardfehler in Klammern.

Quelle: AfID Panel Industrieunternehmen 2008–2017 (DOI: 10.21242/42221.2017.00.01.1.1.0); AfID Panel Strukturerhebung im Dienstleistungsbereich 2008–2017 (DOI: 10.21242/47415.2017.00.01.1.1.0); KLEMS; eigene Berechnungen

131. Die Ergebnisse auf Unternehmensebene (Modelle (4) und (8) in Tabelle I.11) lassen nicht darauf schließen, dass höhere Preisaufschläge auf hohe Investitionen in immaterielles Vermögen im Zuge einer Digitalisierung der Unternehmen zurückzuführen sind. Allerdings weisen die Schätzungen darauf hin, dass es strukturelle Unterschiede bei der Digitalisierung zwischen den betrachteten Sektoren gibt und sich dadurch entsprechende Investitionen in materielles und immaterielles Vermögen unterschiedlich auswirken. Im Dienstleistungsbereich weisen Wirtschaftszweige mit steigenden Investitionen in immaterielles Vermögen systematisch höhere Preisaufschläge auf. Dies könnte die Entstehung der in Tz. 127 beschriebenen Eintrittshürden widerspiegeln, die sich mittelfristig negativ auf das Wettbewerbsniveau auswirken. Gleichzeitig sprechen jedoch die geschätzten Unterschiede zwischen digitalisierten und nicht digitalisierten Bereichen unter Berücksichtigung der unternehmensspezifischen Produktivität dafür, dass ein hohes Maß an Digitalisierung im Dienstleistungsbereich mit Produktivitätsgewinnen einhergeht, die den Wettbewerb unter den beteiligten Unternehmen fördern und dadurch zu geringeren Preisaufschlägen führen. Im verarbeitenden Gewerbe korrelieren höhere Preisaufschläge dagegen eher mit materiellen Investitionen. Dadurch potenziell auftretende Produktivitätszuwächse wirken sich nicht wettbewerbsfördernd aus und es besteht die Möglichkeit, dass hohe Fixkosteninvestitionen zu Markteintrittshürden werden.

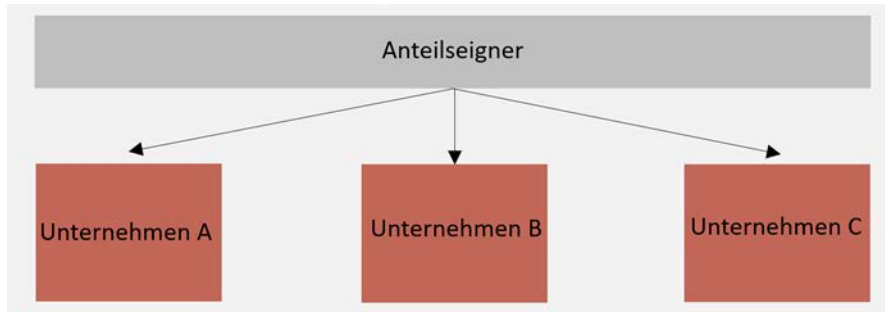
2.3.2 Indirekte Horizontalverflechtungen und Preisaufschläge

132. Als eine mögliche Ursache abnehmender Wettbewerbsintensität und steigender Gewinnmargen von Unternehmen wird die Zunahme indirekter Horizontalbeteiligungen durch institutionelle Investoren diskutiert.¹²⁶ Als indirekte Horizontalbeteiligung gilt eine Eigentümerkonstellation, in der ein Anteilseigner Anteile an mindestens zwei Unternehmen des gleichen Marktes hält, die miteinander im Wettbewerb stehen. Damit sind konkurrierende Anbieter indirekt über ihre Anteilseigner verflochten (vgl. Abbildung I.38). In englischer Sprache wird eine solche Eigentümerkonstellation auch „horizontal shareholding“ oder „common ownership“ genannt. Bei den Anteilseignern handelt es sich in den überwiegenden Fällen um institutionelle Investoren, wie etwa Vermögensverwalter, Versicherungen, Investment- und Pensionsfonds, Banken und Staatsfonds, die Vermögen einer Vielzahl von Kundinnen und Kunden gebündelt anlegen und dabei eine Diversifizierungsstrategie verfolgen, um das Anlagerisiko gering zu halten. Die einzelnen Kapitalbeteiligungen sind zumeist von vergleichsweise geringer Höhe und über-

¹²⁶ Vgl. Monopolkommission, Wettbewerb 2018, a. a. O., vgl. Fn. 59.

schreiten einen Wert von 10 Prozent in der Regel nicht. Eine ausgeprägte indirekte Horizontalverflechtung weisen z. B. Mineralölkonzerne mit Tankstellennetz in Deutschland, die deutsche Automobilbranche sowie europäische Telekommunikations-, Chemie-, und Biotechnologieunternehmen auf.¹²⁷

Abbildung I.38: Indirekte Horizontalbeteiligung



Quelle: Eigene Darstellung

133. Die Monopolkommission hatte sich bereits in ihrem Hauptgutachten 2016 mit möglichen wettbewerbsverzerrenden Auswirkungen institutioneller Anleger beschäftigt und zuletzt in ihrem Hauptgutachten 2018 erneut ein schwerwiegendes wettbewerbliches Problempotenzial festgestellt.¹²⁸ Die Diskussion wettbewerbsbeeinträchtigender Auswirkungen indirekter Horizontalverflechtungen und angemessener regulatorischer Maßnahmen findet indes weiterhin international sowohl in der Wissenschaft als auch in der Wettbewerbspolitik statt. Nach Anhörungen und Untersuchungen der US-amerikanischen Kartellbehörde, der Federal Trade Commission, der OECD und des Europäischen Parlaments, führte beispielsweise zuletzt auch das Australische Parlament eine Untersuchung zu dem Thema durch.¹²⁹ Indes berücksichtigt die Europäische Kommission die Schadenstheorien im Zusammenhang mit indirekten Horizontalbeteiligungen bereits in Fusionskontrollverfahren.¹³⁰

134. Ein wettbewerbliches Risiko ergibt sich im Falle indirekter Horizontalverflechtungen aus unterschiedlichen spezifischen Schadenstheorien, die in der Wirtschaftswissenschaft kontrovers diskutiert werden.¹³¹ Im Allgemeinen besteht das wettbewerbliche Problem darin, dass Anteilseigner an mehreren Unternehmen eines Marktes gleichzeitig beteiligt sind und damit die Gesamtmarktrendite für diese Anteilseigner wichtiger sein könnte als die Rendite der einzelnen Portfoliounternehmen. Es könnten somit die Anreize für wettbewerbliches Verhalten im Markt geschwächt sein, wenn dieses zulasten der Gesamtmarktrendite geht. Dies gilt sowohl für die Anreize des Managements der jeweiligen Portfoliounternehmen als auch für die Anreize der diversifizierten Anteilseigner, ihre Portfoliounternehmen zu wettbewerblichem Verhalten zu drängen. Zusätzlich zu einem derartigen einseitigen Verzicht auf intensiven Wettbewerb, erleichtern Horizontalverflechtungen potenziell eine Koordination des Markt-

¹²⁷ Ebenda, Tz. 420 f.; Seldeslachts, J./Newham, M./Banal-Estanol, A., Veränderungen bei gemeinsamen Eigentümerstrukturen deutscher Unternehmen, DIW Wochenbericht 30/2017, 2017; Beschlüsse der EU-Kommission vom 27. März 2017, M.7932 – Dow/DuPont und vom 21. März 2018, M.8084 – Bayer/Monsanto.

¹²⁸ Monopolkommission, Wettbewerb 2016, a. a. O., vgl. Fn. 30, Tz. 667 ff.; Monopolkommission, Wettbewerb 2018, a. a. O., vgl. Fn. 59, Tz. 416 ff.

¹²⁹ Parliament of the Commonwealth of Australia, Report on the implications of common ownership and capital concentration in Australia, House of Representatives Standing Committee on Economics, März 2021.

¹³⁰ Beschlüsse der EU-Kommission vom 27. März 2017, M.7932 – Dow/DuPont und vom 21. März 2018, M.8084 – Bayer/Monsanto.

¹³¹ Für einen Überblick vgl. unter anderem Monopolkommission, Wettbewerb 2018, a. a. O., vgl. Fn. 59, Tz. 457 ff. oder OECD, Common ownership by institutional investors and its impact on competition, Background Note by the Secretariat DAF/COMP(2017)10, 2017.

verhaltens. Mittlerweile liegt eine Reihe von Studien vor, die empirische Hinweise auf wettbewerbsbeeinträchtigende Effekte durch indirekte Horizontalverflechtungen in einzelnen Märkten finden.¹³²

2.3.2.1 Nahezu 80 Prozent der Wirtschaftsbereiche in Europa von indirekten Horizontalverflechtungen betroffen

135. In empirischen Studien wird im Zusammenhang von Unternehmenskonzentration und Horizontalverflechtungen überwiegend der von Bresnahan und Salop entwickelte modifizierte Herfindahl-Hirschman-Index (MHHI) verwendet.¹³³ Die modelltheoretische Grundlage des MHHI bildet die Annahme, dass Unternehmen nicht die eigenen Gewinne, sondern die Renditen ihrer Anteilseigner maximieren. Horizontal verflochtene Unternehmen treten dann weniger kompetitiv auf, wodurch die tatsächliche Konzentration eines Marktes höher ausfällt, als es bei einer rein auf Marktanteilen basierenden Berechnung anhand des HHI erscheinen würde.

136. Der MHHI ist für einen Markt von N Unternehmen mit M Anteilseignern definiert als

$$MHHI = \sum_{j=1}^N \sum_{k=1}^N \frac{\sum_{i=1}^M \gamma_{ij} \beta_{ik}}{\sum_{i=1}^M \gamma_{ij} \beta_{ij}} s_j s_k = HHI + \underbrace{\sum_{j=1}^N \sum_{\substack{k=1, \\ k \neq j}}^N \frac{\sum_{i=1}^M \gamma_{ij} \beta_{ik}}{\sum_{i=1}^M \gamma_{ij} \beta_{ij}} s_j s_k}_{MHHI\Delta} \quad (7)$$

wobei s_j den Marktanteil eines Unternehmens j bezeichnet. Die finanzielle Beteiligung eines Anteilseigners i an einem Unternehmen j wird mit β_{ij} abgebildet und zusätzlich mit γ_{ij} multipliziert, einem Maß für den damit einhergehenden relativen Einfluss auf Unternehmensentscheidungen.¹³⁴ Wie Gleichung (7) zeigt, lässt sich der MHHI in eine Summe des traditionellen HHI und der Verflechtungskomponente $MHHI\Delta$ zerlegen.¹³⁵ Ohne Horizontalverflechtungen gilt $MHHI\Delta = 0$ und die Konzentration eines Marktes wird korrekt durch den HHI abgebildet. Wenn jedoch diversifizierte Anteilseigner Einfluss ausüben können, ist der zweite Summand positiv und der MHHI liegt über dem HHI. Das $MHHI\Delta$ ist umso höher, je größer der Einfluss von Anteilseignern bzw. je höher ihre finanzielle Beteiligung an mehreren Unternehmen eines Marktes ist.¹³⁶

137. Für das vorliegende Gutachten wurden Daten zu Anteilseignern der Orbis-Datenbank verwendet, um jährliche $MHHI\Delta_{st}$ für Jahre t und Wirtschaftsbereiche s zu berechnen.¹³⁷ Die einzelnen Wirtschaftsbereiche wurden auf Basis von Gruppen („Dreisteller-Ebene“) der Wirtschaftszweigklassifikation WZ-2008 abgegrenzt. Da in den Orbis-Daten im Gegensatz zu den AfID-Daten der amtlichen Statistik auch Informationen zu Unternehmen im europäischen Ausland enthalten sind, wurden zudem zwei Varianten des Indikators ermittelt: Für $MHHI\Delta_{st}^D$ wurden nur Unternehmen mit Sitz in Deutschland als Zielunternehmen berücksichtigt; dagegen wurden für $MHHI\Delta_{st}^{EU}$ alle in der Europäischen Union (EU-28) ansässigen Zielunternehmen mit ihren jeweiligen Anteilseignern miteinbezogen. Grund für die Verwendung beider Varianten ist die Tatsache, dass es bei sektorübergreifenden Analysen nicht möglich ist, allen Besonderheiten einzelner Märkte gerecht zu werden. Während Unternehmen im Gastge-

¹³² Azar, J./Raina, S./Schmalz, M., Ultimate ownership and bank competition, *Financial Management*, 51, 2022, S. 227–269; Azar, J./Schmalz, M.C./Tecu, I., Anticompetitive Effects of Common Ownership, *The Journal of Finance*, 73, 2018, S. 1513–1565.

¹³³ Bresnahan, T.F./Salop, S.C., Quantifying the competitive effects of production joint ventures, *International Journal of Industrial Organization*, 4, 1986, S. 155–175; weiterentwickelt und verallgemeinert wurde der MHHI von O'Brien, D.P./Salop, S.C., Competitive Effects of Partial Ownership: Financial Interest and Corporate Control, *Antitrust Law Journal*, 67, 2000, S. 559.

¹³⁴ Für die empirische Analyse von Horizontalverflechtungen in diesem Gutachten wurden die Beteiligungsdaten der Orbis-Datenbank verwendet. Da dort keine Informationen über Stimmrechte verzeichnet sind, wurde unterstellt, dass die relative Einflussnahme linear mit den gehaltenen Anteilen korreliert, sodass jeweils $\gamma_{ij} = \beta_{ij}$ gilt.

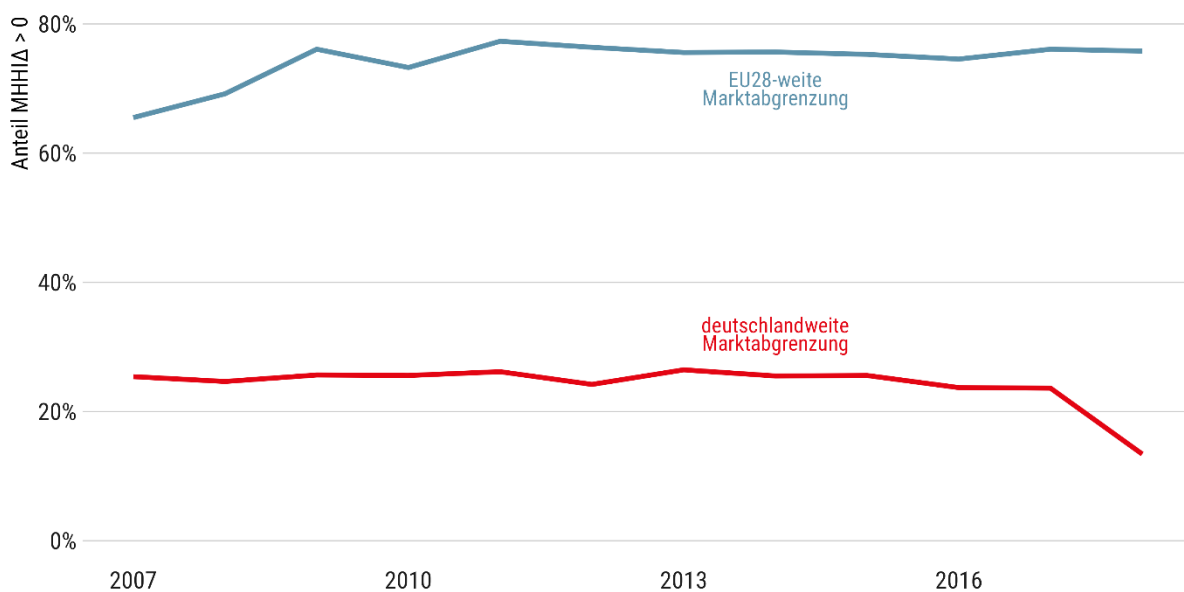
¹³⁵ Das Δ steht hierbei für Differenz und signalisiert, dass die Komponente für den Unterschied zwischen HHI und MHHI verantwortlich ist.

¹³⁶ Vgl. für eine detaillierte Diskussion des MHHI Monopolkommission, Wettbewerb 2020, a. a. O., vgl. Fn. 36, Tz. 487.

¹³⁷ Details zur Datenaufbereitung, insbesondere zur Ermittlung horizontaler Verflechtungen über Anteilseigner innerhalb von Unternehmensgruppen, sind in Anhang B unter Abschnitt 2.2.2 beschrieben.

werbe beispielsweise eher regional begrenzt im Wettbewerb stehen, konkurrieren Automobilzulieferer unabhängig von ihrem Unternehmenssitz international miteinander. Um diesem Umstand Rechnung zu tragen, stellen die beiden Indikatorvarianten hilfreiche Szenarien einer engeren und weiteren Marktabgrenzung dar. In Abbildung I.39 sind beide Indikatoren zusammengefasst dargestellt. Dabei wird deutlich, dass bei einer EU-weiten Marktabgrenzung eine weitaus höhere Zahl von Wirtschaftszweigen von Horizontalverflechtungen durch institutionelle Anleger betroffen ist. Nahezu 80 Prozent der Wirtschaftsbereiche in Europa sind von indirekten Horizontalverflechtungen betroffen.¹³⁸ Unabhängig von der jeweiligen regionalen Abgrenzung war das Ausmaß der Verflechtungen zwischen 2007 und 2018 stabil.¹³⁹

Abbildung I.39: Anteil aller Wirtschaftszweigen mit indirekter Horizontalverflechtung stabil



Anmerkungen: Anteil aller 3-Steller-Wirtschaftszweige mit positivem MHHIA im jeweiligen Jahr.

Quelle: Orbis Europe; eigene Berechnungen

2.3.2.2 Korrelation von Preisaufschlägen und indirekten Horizontalverflechtungen nicht eindeutig

138. Um der Frage nachzugehen, inwiefern indirekte Horizontalverflechtungen über diversifizierte institutionelle Anleger für die Wettbewerbsintensität zwischen Portfoliounternehmen verantwortlich sein können, wird nachfolgend der Zusammenhang zwischen Preisaufschlägen und indirekten Horizontalverflechtungen analysiert. Hierzu wird die Korrelation von unternehmensspezifischen Preisaufschlägen mit dem oben beschriebenen MHHIA mittels einer Regressionsanalyse bestimmt. Die Ergebnisse sind Tabelle I.13 zu entnehmen. Trotz der geringen zeitlichen Varianz beider Indikatoren können mithilfe der breiten Wirtschaftszweigabdeckung in den AfID-Panel Aussagen zu strukturellen Unterschieden zwischen stark und weniger stark verflochtenen Unternehmen abgeleitet werden. Zu diesem Zweck wurde das in Gleichung (6) vorgestellte ökonometrische Grundmodell angepasst, sodass anstelle eines Digitalisierungsindikators der Verflechtungsgrad eines 3-Steller-Wirtschaftszweigs miteinbezogen wird. Im verarbeitenden Gewerbe steigen Preisaufschläge um etwa 2,4 Prozent an, wenn die inländischen indirek-

¹³⁸ Die Europäische Kommission kommt in Berechnungen für öffentlich gehandelte Unternehmen zu einem ähnlichen Ergebnis und stellt fest, dass „67% of all listed firms active in the EU are cross-held by common shareholders holding at least 5% in each company“ (Europäische Kommission, JRC Technical Report, Common Shareholding in Europe, 2020, S. 5).

¹³⁹ Der Anstieg von EU-weiten Horizontalverflechtungen zwischen 2007 und 2009 ist hauptsächlich auf eine Ausweitung der Datenbasis in der Orbis-Datenbank zu Anteilseignern zurückzuführen. Der Rückgang der deutschlandweiten Verflechtungen von 2017 zu 2018 liegt an Verzögerungen bei Berichterstattung und Aufbereitung der Daten (*sample attrition*).

ten Horizontalverflechtungen um eine Standardabweichung (rund 1,49) zunehmen. Diese positive Korrelation zwischen indirekten Horizontalverflechtungen und Preisaufschlägen im deutschen verarbeitenden Gewerbe deckt sich mit Beobachtungen auf europäischer Ebene.¹⁴⁰

139. Eine solche positive Korrelation muss jedoch nicht auf eine größere Marktmacht von Unternehmen in verflochtenen Wirtschaftsbereichen hindeuten. Insbesondere können Unternehmensverflechtungen über indirekte Horizontalverflechtungen den Innovationsoutput der Portfoliounternehmen steigern, indem Wissens- bzw. Innovationsexternalitäten zwischen diesen erleichtert oder gefördert werden.¹⁴¹ Höhere Preisaufschläge für verflochtene Unternehmen könnten demnach auf eine überdurchschnittliche Innovationstätigkeit hinweisen. Da derartige Effekte insbesondere in Wirtschaftsbereichen relevant sein dürften, in denen Wissen und Innovation eine wichtige Rolle spielen, müsste eine positive Korrelation demnach besonders ausgeprägt in Wirtschaftsbereichen des Hochtechnologiesektors zu beobachten sein. Die Interaktion des **MHHIA** mit einer Indikatorvariable für Wirtschaftszweige des Hochtechnologiesektors im Regressionsmodell zeigt jedoch keinen signifikanten Zusammenhang für Deutschland (vgl. Tabelle I.13).¹⁴² Die empirischen Hinweise sprechen daher eher für eine durchschnittlich höhere Marktmacht von Unternehmen in verflochtenen Wirtschaftszweigen, die sich nicht durch eine gesteigerte Innovationsleistung erklären lässt. Allerdings ist hervorzuheben, dass auf Basis der hier angestellten Korrelationsanalyse keine kausale Interpretation möglich ist, da es insbesondere Unternehmen mit einer überdurchschnittlichen Marktmacht sein könnten, in die institutionelle Investoren investieren. Zudem zeigt sich im Dienstleistungsbereich ein deutlich anderes Bild. Hier sinkt der Preisaufschlag um gut 1,8 Prozent bei einem entsprechenden Anstieg der Horizontalverflechtungen, allerdings nur in wissensintensiven Bereichen. In beiden Sektoren sinkt die ökonomische bzw. statistische Signifikanz des Zusammenhangs für deutsche Unternehmen bei einer EU-weiten Marktabgrenzung (vgl. Modelle (2) und (4) der Tabelle I.13). Dies deutet darauf hin, dass die Marktabgrenzung bei der Berechnung des **MHHIA** sich als wesentlich für die Ergebnisse darstellt und dieser in Forschungsarbeiten bisher zu wenig Beachtung zukommt.

¹⁴⁰ Vgl. Gibbon, A.J./Schain, J.P., Rising markups, common ownership, and technological capacities, DICE Discussion Paper 340, 2020.

¹⁴¹ Vgl. hierzu López, Á.L./Vives, X., Overlapping Ownership, R&D Spillovers, and Antitrust Policy, *Journal of Political Economy*, 127, 2018, S. 2394–2437.

¹⁴² Die Einteilung nach Technologie- bzw. Wissensintensität basiert auf Eurostat-Klassifikation von 2-Steller-Wirtschaftszweigen (vgl. https://ec.europa.eu/eurostat/cache/metadata/Annexes/htec_esms_an3.pdf). Auf europäischer Ebene lassen sich hier jedoch Hinweise auf eine innovationsfördernde Rolle indirekter Horizontalverflechtungen finden (vgl. Gibbon/Schain, Rising markups, common ownership, and technological capacities, a. a. O., vgl. Fn. 138).

Tabelle I.13: Zusammenhang indirekter Horizontalverflechtungen mit Preisaufschlägen

	Verarbeitendes Gewerbe		Dienstleistungen	
	(1)	(2)	(3)	(4)
log(Beschäftigte)	0,399 (0,022)***	0,403 (0,019)***	0,087 (0,009)***	0,099 (0,009)***
log(Beschäftigte) ²	-0,031 (0,002)***	-0,030 (0,002)***	-0,003 (0,001)*	-0,005 (0,001)***
log(TFP)	0,101 (0,006)***	0,109 (0,005)***	0,420 (0,003)***	0,413 (0,003)***
Hightech-Sektor	0,730 (9549,323)	0,049 (7298,066)	0,629 (2889,560)	-0,459 (5304,041)
MHHI Δ^D	0,016 (0,003)***		0,022 (0,011)	
MHHI Δ^D × Hightech-Sektor	0,012 (0,011)		-0,031 (0,015)*	
MHHI Δ^{EU}		-0,018 (0,005)***		-0,012 (0,011)
MHHI Δ^{EU} × Hightech-Sektor		0,008 (0,007)		0,009 (0,013)
FE: Jahr	✓	✓	✓	✓
FE: Unternehmen	✓	✓	✓	✓
N	92113	123277	646045	730327
R ² Adj.	0,928	0,929	0,810	0,808
R ² Within	0,118	0,138	0,162	0,153

Anmerkungen: * p < 0,05; ** p < 0,01; *** p < 0,001; auf Unternehmensebene geclusterte Standardfehler in Klammern. Die Verflechtungsindikatoren wurden durch 10.000 geteilt um in den meisten Fällen eine Skalierung zwischen 0 und 1 zu gewährleisten.

Quelle: AFiD Panel Industrieunternehmen 2008–2017 (DOI: 10.21242/42221.2017.00.01.1.1.0); AFiD Panel Strukturhebung im Dienstleistungsbereich 2008–2017 (DOI: 10.21242/47415.2017.00.01.1.1.0); KLEMS; eigene Berechnungen

Zusammenfassung: Determinanten von Preisaufschlägen

- Unternehmen in digitalisierten Branchen des verarbeitenden Gewerbes weisen durchschnittlich 3 Prozent höhere Preisaufschläge als in nicht digitalisierten Branchen auf. Bei Dienstleistungsunternehmen stellt sich der Zusammenhang umgekehrt dar (-7,5 Prozent).
- Hohe Preisaufschläge sind nur eingeschränkt auf Investitionen in immaterielles Vermögen im Zuge der Digitalisierung zurückzuführen und lassen somit auf Marktmacht schließen.
- Digitalisierung entfaltet in den betrachteten Sektoren unterschiedliche Wettbewerbseffekte:
 - Bei Dienstleistungsunternehmen wirkt die Digitalisierung produktivitätssteigernd und fördert den Wettbewerb zwischen beteiligten Unternehmen.
 - Im verarbeitenden Gewerbe führen Digitalisierungsinvestitionen eher zu wachsenden Markteintrittshürden.
- Je nach regionaler Abgrenzung sind 20 bis 80 Prozent der Branchen von indirekten Horizontalverflechtungen betroffen.
- Die Wettbewerbseffekte von indirekten Horizontalverflechtungen sind nicht eindeutig:
 - Im verarbeitenden Gewerbe sind Unternehmen in verflochtenen Wirtschaftszweigen durchschnittlich marktmächtiger.
 - Bei Dienstleistungsunternehmen in wissensintensiven Bereichen ist die Marktmacht dagegen geringer.

2.4 Auswirkungen von Preisaufschlägen auf die Produktivität

140. Die Veränderung durchschnittlicher Preisaufschläge kann Auswirkungen auf makroökonomischer Ebene haben. Wenn Preisaufschläge Ausdruck von Preissetzungsspielräumen und damit von Marktmacht sind, hätten Veränderungen weitreichende Folgen für die Allokation volkswirtschaftlicher Ressourcen und auf die gesamtgesellschaftliche Wohlfahrt. So verhindert eine steigende Marktmacht eine ökonomisch effiziente Ressourcenzuteilung bzw. deren Einsatz dort, wo sie am produktivsten genutzt werden könnten. Derzeit wird in der wirtschaftswissenschaftlichen Forschung einem Zusammenhang zwischen Veränderungen der Wettbewerbsintensität und unterschiedlichen makroökonomischen Trends nachgegangen.¹⁴³ Beispielsweise wird eine sinkende Wettbewerbsintensität als Ursache für abnehmende Unternehmensinvestitionen, eine sinkende Lohnquote, eine steigende Einkommensungleichheit und ein abnehmendes Produktivitätswachstum diskutiert.¹⁴⁴ Aufgrund des herausragenden wirtschaftspolitischen Interesses soll im Folgenden dem Zusammenhang zwischen Marktmacht und Produktivität, sowohl auf Ebene einzelner Unternehmen als auch auf aggregierter Ebene, weiter nachgegangen werden.

2.4.1 Produktivitätsentwicklung in Deutschland

141. Produktivität stellt eine ökonomische Schlüsselvariable dar und ist von höchstem wirtschaftspolitischem Interesse. Im Allgemeinen ist die Produktivität ein Maß für die Effizienz des Faktoreinsatzes in einer Volkswirtschaft oder im Rahmen von Produktionsprozessen auf Sektor- bzw. Unternehmensebene. Sie spiegelt daher beispielsweise sowohl die allgemeine Ressourcenallokation als auch den technologischen Fortschritt wider und ist damit unter

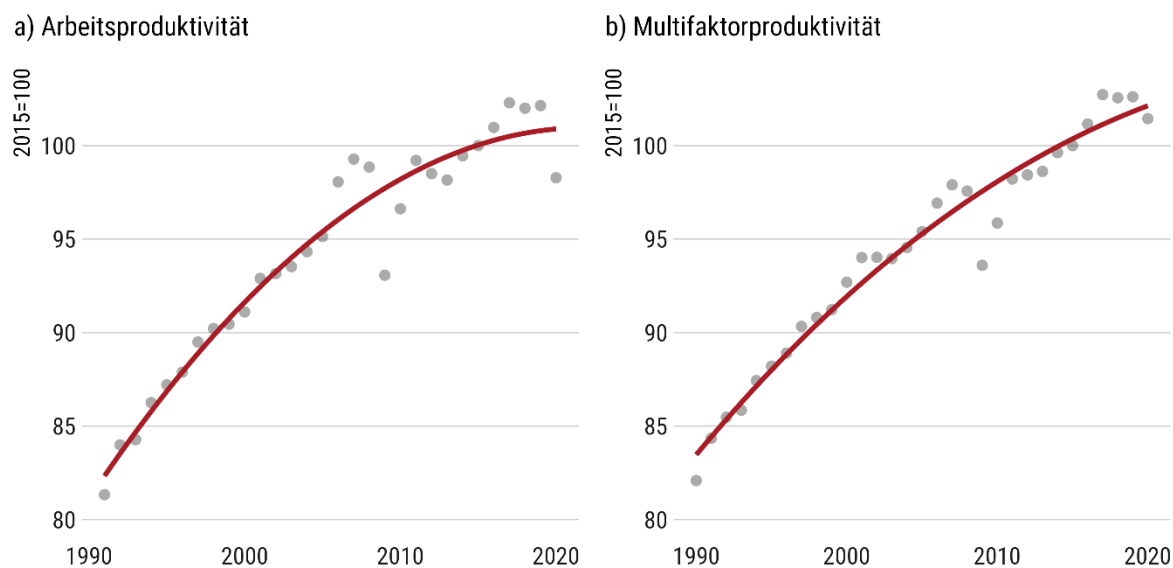
¹⁴³ U. a. De Loecker u. a., The Rise of Market Power and the Macroeconomic Implications, a. a. O., vgl. Fn. 55; Autor, D. u. a., Concentrating on the Fall of the Labor Share, American Economic Review, 107, 2017, S. 180–185; Autor u. a., The Fall of the Labor Share and the Rise of Superstar Firms, a. a. O., vgl. Fn. 74; Gutiérrez, G./Philippon, T., Declining Competition and Investment in the U.S., NBER Working Paper 23583, 2017; Gutiérrez, G./Philippon, T., Investment-less Growth: An Empirical Investigation, NBER Working Paper 22897, 2016; Barkai, S., Declining Labor and Capital Shares, The Journal of Finance, 75, 2020, S. 2421–2463.

¹⁴⁴ Vgl. hierzu auch Monopolkommission, Wettbewerb 2018, a. a. O., vgl. Fn. 59, Abschn. 3.3. Zudem werden Preisaufschläge für die konstante Inflationsentwicklung der vergangenen zwei Jahrzehnte und eine eingeschränkte Wirksamkeit geldpolitischer Maßnahmen in der Eurozone verantwortlich gemacht (vgl. Kouvavas u. a., Markups and Inflation Cyclicity in the Euro Area, a. a. O., vgl. Fn. 91).

anderem eine wichtige Kennzahl bei der Bewältigung eines durch die digitale Transformation und die Notwendigkeit einer klimafreundlicheren Produktion hervorgerufenen Strukturwandels.

142. In Deutschland konnte über die vergangenen Jahrzehnte zwar ein stetiger Anstieg der Produktivität verzeichnet werden, dieser Anstieg fiel jedoch von Jahr zu Jahr immer geringer aus. Abbildung I.40 veranschaulicht diesen Trend anhand der Entwicklung der Arbeitsproduktivität sowie der Multifaktorproduktivität in Deutschland. Die Arbeitsproduktivität gibt dabei als faktorbezogene Teilproduktivität die gesamtwirtschaftliche Produktionsleistung (Bruttoinlandsprodukt) je erwerbstätiger Person an, wohingegen die Multifaktorproduktivität als Effizienzmaß die beiden Produktionsfaktoren Arbeit und Kapital berücksichtigt.

Abbildung I.40: Entwicklung des Produktivitätswachstums in Deutschland



Anmerkungen: Angegeben sind jährliche Produktivitätswerte für Deutschland mit Basisjahr 2015. Die rote Linie stellt den Trend anhand einer LOESS-Kurve dar. Teilabbildung a) zeigt ab einschließlich 2018 vorläufige Werte.

Quelle: Statistisches Bundesamt, VGR des Bundes – Produktivität, Arbeitnehmerentgelt, Bruttolöhne und -gehälter, Lohnstückkosten: Deutschland, Jahre, Wirtschaftsbereiche (Tabelle 81000-0017); OECD, Multifactor productivity (DOI: 10.1787/a40c5025-en); eigene Darstellung und Berechnung

143. Eine derartige Verlangsamung des Produktivitätswachstums ist gleichfalls in vielen anderen Volkswirtschaften weltweit mit einem relativ hohen pro Kopf Bruttoinlandsprodukt zu beobachten.¹⁴⁵ Der Rückgang des aggregierten Produktivitätswachstums wird in der Diskussion auch als Produktivitätsparadox beschrieben, da dieser Rückgang parallel zu anderen Entwicklungen beobachtet wird, die zumindest das Potenzial einer Steigerung des Produktivitätswachstums bergen. Zu nennen sind hier hauptsächlich ein voranschreitender technologischer Wandel mit großem Innovationspotenzial, vor allem in Form der Digitalisierung, sowie eine zunehmende Qualifizierung von Beschäftigten und eine zunehmende Bedeutung immaterieller Vermögenswerte.¹⁴⁶ Vor Ausbruch der COVID-19-Pandemie und der damit verbundenen Wirtschaftskrise kam dem stetigen Rückgang des Produktivitätswachstums in Deutschland und international große wirtschaftspolitische Aufmerksamkeit zu.¹⁴⁷ Es ist zu erwarten, dass diese

¹⁴⁵ Vgl. u. a. OECD, OECD Compendium of Productivity Indicators, 2021, <https://www.oecd-ilibrary.org/content/publication/f25cdb25-en>; Gordon, R.J., The rise and fall of American growth: the U.S. standard of living since the Civil War, Princeton, New Jersey, 2017.

¹⁴⁶ Vgl. hierzu auch Abschnitt 2.3.1.

¹⁴⁷ Auf Empfehlung des Rates der Europäischen Union wurde in Deutschland beispielsweise dem Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung mit Wirkung zum 1. August 2019 die Aufgabe eines nationalen Ausschusses für Pro-

Aufmerksamkeit wieder zunimmt, wenn eine wirtschaftliche Erholungsphase von der Coronakrise eintritt.¹⁴⁸ Dies gilt, zumal die Prognose des Produktivitätswachstums in Deutschland eine Entwicklung auf weiterhin niedrigem Niveau in Aussicht stellt.¹⁴⁹

144. Als Ursachen des sinkenden Produktivitätswachstums werden vielfältige komplementäre Determinanten diskutiert. Für Deutschland könnte eine verlangsamte Internationalisierung wirtschaftlicher Tätigkeit im Sinne von Produktionsverlagerungen sowie eine erfolgreiche Arbeitsmarktintegration weniger produktiver Arbeitskräfte seit 2005 mitverantwortlich sein.¹⁵⁰ Ein Gutachten des Kieler Instituts für Weltwirtschaft schätzt den Rückgang des Produktivitätswachstums in Deutschland eher als einen konjunkturellen Anpassungsprozess ein, der unter anderem durch einen „Normalisierungsprozess“ nach der Wiedervereinigung verursacht wird. Darüber hinaus seien lediglich geringe Produktivitätseffekte von Investition in Informations- und Kommunikationstechnologien ausgegangen und die sektorale Verschiebung der Wirtschaftstätigkeit hin zu Dienstleistungen habe hauptsächlich den – vergleichsweise unproduktiven – Bereich unternehmensnaher Dienstleistungen gestärkt.¹⁵¹ Ein Zusammenhang zwischen marktübergreifenden Veränderungen der Wettbewerbsintensität und einem Rückgang des Produktivitätswachstums hat erst vor Kurzem Eingang in die Ursachendiskussion gefunden. Im Folgenden soll diesem Zusammenhang zunächst in Form der Darstellung möglicher Wirkungskanäle weiter nachgegangen werden.

2.4.2 Zusammenhang zwischen Wettbewerb und Produktivität

145. Produktivität ist eine wirtschaftliche Schlüsselvariable, die wesentlich durch Wettbewerb beeinflusst werden kann. Dieser Zusammenhang ist nicht nur von fundamentaler Bedeutung für die Legitimation von Wettbewerbsmärkten und damit der Wettbewerbspolitik, sondern beispielsweise auch für die Legitimation der Liberalisierung und Förderung internationalen Handels. Es existiert eine Vielzahl empirischer Studien, die einen positiven Produktivitätseffekt durch wettbewerbssteigernde Maßnahmen nahelegen.¹⁵² Dabei können die spezifischen Wirkungskanäle vielfältig sein. Grundsätzlich kann zwischen Effekten von Wettbewerbsdruck auf die Produktivität einzelner Unternehmen und Effekten auf die aggregierte Produktivität auf Markt-, Sektor- oder Volkswirtschaftsebene unterschieden werden. Ferner muss zwischen direkten Effekten bei gegebenem Technologieniveau und indirekten Produktivitätseffekten durch Innovationen unterschieden werden. Im Folgenden werden die möglichen Wirkungskanäle zusammengefasst.

2.4.2.1 Direkte Effekte auf Unternehmensebene

146. Ein wettbewerbles Marktumfeld kann das Management eines Unternehmens dazu motivieren, sich einen Wettbewerbsvorteil zu erarbeiten. Beispielsweise können Prozesse umstrukturiert oder Verträge neu verhandelt werden. Darüber hinaus können neue Produktionstechnologien und Managementpraktiken adaptiert werden, die nicht im eigentlichen Sinne als Innovationen gelten, da sie lediglich für das adaptierende Unternehmen neu wären.

ktivität übertragen. Im Rahmen dieser Aufgabe erstellt der Sachverständigenrat einen jährlichen nationalen Produktivitätsbericht.

¹⁴⁸ Vgl. hierzu OECD, OECD Compendium of Productivity Indicators, a. a. O., vgl. Fn. 143.

¹⁴⁹ Vgl. Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Produktivitätswachstum durch Innovation: Digitalisierung vorantreiben, Nationaler Produktivitätsbericht 2020, 2020.

¹⁵⁰ Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 2015/16: Zukunftsfähigkeit in den Mittelpunkt, Wiesbaden, 2015.

¹⁵¹ Ademmer, M. u. a., Produktivität in Deutschland: Messbarkeit und Entwicklung, Kiel, 2017.

¹⁵² Vgl. u. a. Nicoletti, G./Scarpetta, S., Regulation, productivity and growth: OECD evidence, *Economic Policy*, 18, 2003, S. 9–72; Griffith, R./Harrison, R./Simpson, H., Product Market Reform and Innovation in the EU, *The Scandinavian Journal of Economics*, 112, 2010, S. 389–415; Aghion, P. u. a., Entry and Productivity Growth: Evidence from Microlevel Panel Data, *Journal of the European Economic Association*, 2, 2004, S. 265–276.

Derartige Anstrengungen könnte ein Management eher auf sich nehmen, wenn entsprechende Anreize durch Wettbewerbsdruck bestehen.¹⁵³

147. Allerdings sind die produktivsten Unternehmen nicht unbedingt auch diejenigen, die dem höchsten Wettbewerbsdruck ausgesetzt sind. So finden beispielsweise Autor u. a. Hinweise auf eine zunehmende Bedeutung großer produktiver und gleichzeitig marktmächtiger Unternehmen.¹⁵⁴ Auch De Loecker und Warzynski finden einen positiven Zusammenhang zwischen den Preisaufschlägen und der Produktivität von Unternehmen.¹⁵⁵ Diese Beobachtungen müssen jedoch nicht im Widerspruch zueinander gesehen werden, sondern deuten vielmehr auf die Dynamik des Zusammenhangs zwischen Wettbewerbsdruck und Produktivitätsentwicklung hin. So könnte angenommen werden, dass der Wettbewerbsdruck auf heute marktführende Unternehmen in der Vergangenheit die Anreize dafür gesetzt hat, sich durch Innovation einen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen, um dem Wettbewerbsdruck damit – zumindest zeitweise – zu entgehen. Inwiefern Wettbewerbsdruck zu Innovationen führt, wird im nachfolgenden Abschnitt näher erläutert.

2.4.2.2 Indirekte Innovationseffekte auf Unternehmensebene

148. Einen indirekten Effekt auf die Produktivität kann Wettbewerbsdruck über das Innovationsverhalten von Unternehmen ausüben. Innovationen sorgen für technologischen Fortschritt und sind eine wesentliche Triebkraft für Effizienzsteigerungen. Dies gilt insbesondere für organisationale und Prozessinnovationen, aber auch für Produktinnovationen, wenn diese zu Effizienzsteigerungen in nachgelagerten Produktionsprozessen führen. Wettbewerb kann Unternehmen Anreize liefern, sich durch Investitionen in Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten und Innovationen einen Wettbewerbsvorteil und damit höhere Gewinnmargen zu verschaffen. Demnach würden die Anreize zu Innovationstätigkeit mit sinkendem Wettbewerbsdruck ebenfalls sinken und eine zunehmende Marktmacht oder gar eine Monopolstellung zu einer abnehmenden Produktivität oder zumindest abnehmender Produktivitätssteigerung führen.

149. Wettbewerb kann sich allerdings auch negativ auf Innovationen auswirken. Kostenintensive Innovationsanstrengungen, z. B. in Form von Forschungs- und Entwicklungsausgaben, könnten leichter von Unternehmen aufgebracht werden, die finanziell besser aufgestellt sind. Die Finanzierung von Innovationsanstrengungen könnte daher besser von Unternehmen getragen werden, die in der Vergangenheit eher dazu in der Lage waren, sich aufgrund einer marktmächtigen Wettbewerbsstellung und höherer Gewinnmargen finanziell gut aufzustellen. Auch die Risiken von Forschungs- und Entwicklungsvorhaben, deren Erfolg keineswegs garantiert ist, könnten von marktmächtigen Unternehmen leichter getragen werden.

150. Diese beiden gegenläufigen Effekte der Wettbewerbsintensität auf die Innovativität und damit die Produktivität von Unternehmen werden in der viel beachteten empirischen Untersuchung von Aghion u. a. gemeinsam berücksichtigt.¹⁵⁶ Im Ergebnis zeigt sich ein nicht-linearer Zusammenhang zwischen Wettbewerb und Innovativität: Wettbewerb hat demnach durchaus das Potenzial, sich positiv auf Innovationen auszuwirken, allerdings nur dann, wenn die Wettbewerber auf einem vergleichbaren technologischen Niveau produzieren. In diesem Fall bietet Wettbewerb Anreize, dem Wettbewerb durch Innovationen zu entgehen, und führt zu einem höheren Grad an Innovativität und Produktivität („escape-competition effect“). Dadurch vergrößert sich wiederum die technologische Schere zwischen Technologieführern und Nachzüglern. Wird der technologische Abstand zu den jeweils füh-

¹⁵³ Diese Hypothese ist auch als sog. „Quiet-Life-Hypothese“ bekannt und geht zurück auf Hicks, J.R., Annual Survey of Economic Theory: The Theory of Monopoly, *Econometrica*, 3, 1935, S. 1–20. Empirische Evidenz für einen positive Zusammenhang zwischen Wettbewerb und verbesserten Managementpraktiken liefern u. a. Bloom, N./Van Reenen, J., Measuring and Explaining Management Practices Across Firms and Countries, *The Quarterly Journal of Economics*, 122, 2007, S. 1351–1408.

¹⁵⁴ Autor u. a., The Fall of the Labor Share and the Rise of Superstar Firms, a. a. O., vgl. Fn. 74.

¹⁵⁵ De Loecker/Warzynski, Markups and Firm-Level Export Status, a. a. O., vgl. Fn. 75.

¹⁵⁶ Aghion, P. u. a., Competition and Innovation: an Inverted-U Relationship, *The Quarterly Journal of Economics*, 120, 2005, S. 701–728.

renden Unternehmen jedoch zu groß, kann sich Wettbewerb ebenso negativ auf die Innovationsleistung technologischer Nachzügler auswirken („Schumpeterian effect“).

2.4.2.3 Produktivitätseffekte auf aggregierter Ebene

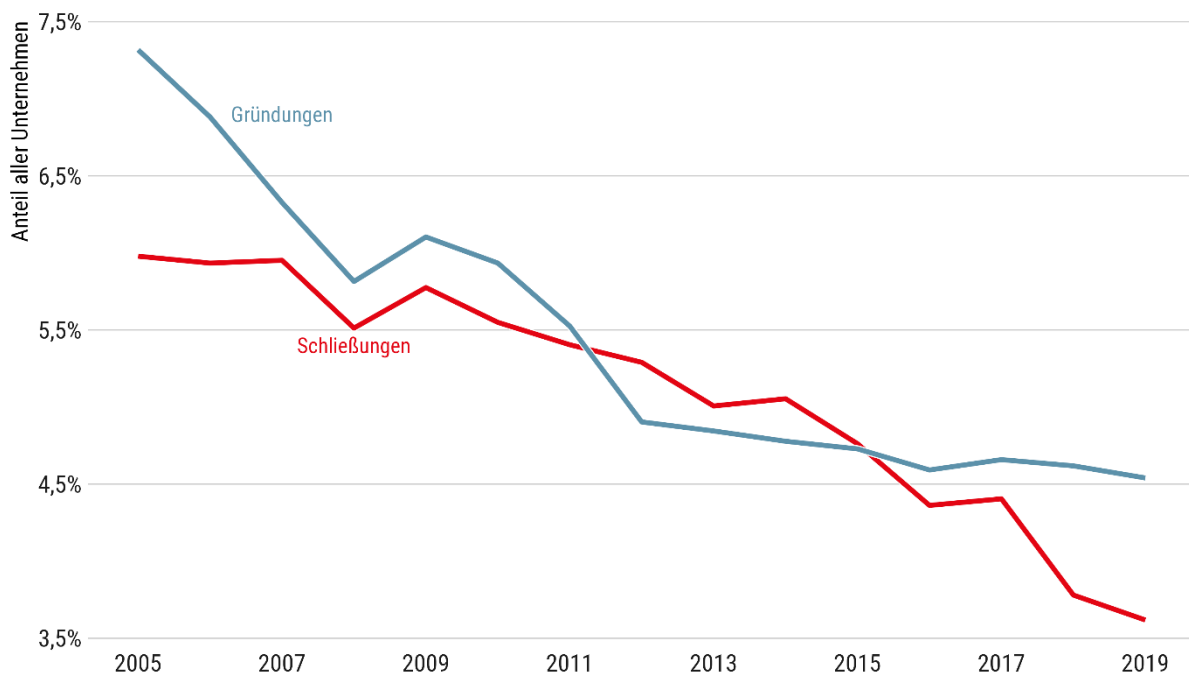
151. Von Effekten der Wettbewerbsintensität auf die Produktivität auf Unternehmensebene sind sog. Reallokations- bzw. Selektionseffekte auf aggregierter Betrachtungsebene zu unterscheiden. Gemeint ist die Reallokation von Produktionsfaktoren von relativ unproduktiven Unternehmen hin zu produktiveren Unternehmen oder von relativ unproduktiven Wirtschaftsbereichen hin zu produktiveren Wirtschaftsbereichen. Eine ganz entscheidende Rolle für eine derartige Reallokation von Produktionsmitteln spielt die unternehmensdemografische Dynamik im Sinne von Unternehmensgründungen und -schließungen. So führen beispielsweise Marktaustritte unterdurchschnittlich produktiver Anbieter durch Wettbewerbsdruck in einem Markt oder einer Volkswirtschaft zu einer ansteigenden aggregierten Produktivität. Empirische Untersuchungen machen einen Rückgang der unternehmensdemografischen Dynamik für ein vermindertes Produktivitätswachstum verantwortlich.¹⁵⁷ Ein funktionierender Wettbewerb sollte gerade eine solche Allokationseffizienz in Form von geringen Markteintritts- und Marktaustrittshürden sicherstellen.

152. In Deutschland war zuletzt eine deutlich abnehmende Dynamik im Sinne von Unternehmensgründungen und -schließungen zu beobachten. Eine aktuelle Untersuchung von Bersch u. a. zeigt, dass eine abnehmende Dynamik dabei in fast allen Regionen und Branchen Deutschlands vorherrscht.¹⁵⁸ Einzige Ausnahme ist dabei der IT-Sektor bzw. die Region Berlin. Abbildung I.41 zeigt, dass die Eintrittsrate – als Anteil von Unternehmensgründungen an allen aktiven Unternehmen – in Deutschland bis 2011 noch über der Austrittsrate – als Anteil der Unternehmensschließungen an allen aktiven Unternehmen – lag und damit mehr Markteintritte als -austritte erfolgten. Ein solches Verhältnis ist wettbewerbslich wünschenswert, da die Anzahl der Wettbewerber steigt und zeitgleich ein größeres Potenzial besteht, dass neue Unternehmen Innovationen in die Märkte tragen. In der Zeit zwischen 2011 und 2015 hat sich das Verhältnis zwischen Ein- und Austrittsrate in Deutschland allerdings umgekehrt. Seit 2015 liegt die Eintrittsrate wieder über der Austrittsrate, allerdings ist insgesamt ein deutlich stärkerer Rückgang der Eintritte im Vergleich zu den Austritten zu verzeichnen. Mit Hinblick auf die aggregierte (Arbeits-)Produktivitätsentwicklung ist in Deutschland damit ein Produktivitätsbeitrag durch Markteintritte und -austritte zu verzeichnen, der im Vergleich zum Beitrag durch Produktivitätsverbesserungen in etablierten Unternehmen eher gering ausfällt.¹⁵⁹

¹⁵⁷ Vgl. u. a. Decker, R.A. u. a., Declining Business Dynamism: What We Know and the Way Forward, *American Economic Review*, 106, 2016, S. 203–207; Bartelsman, E./Haltiwanger, J./Scarpetta, S., Cross-Country Differences in Productivity: The Role of Allocation and Selection, *American Economic Review*, 103, 2013, S. 305–334; Bijmans, G./Konings, J., Declining business dynamism in Belgium, *Small Business Economics*, 54, 2020, S. 1201–1239.

¹⁵⁸ Bersch, J. u. a., Industry and Productivity Dynamics in Germany, *Produktivität für Inklusives Wachstum* 12, Gütersloh, 2021.

¹⁵⁹ Ebenda.

Abbildung I.41: Unternehmensgründungen und -schließungen in Deutschland

Quelle: Bersch, J. u. a., Industry and Productivity Dynamics in Germany, Produktivität für inklusives Wachstum, 12, Gütersloh, 2021; eigene Darstellung

2.4.3 Positive Auswirkungen auf Produktivität bei Dienstleistungen, aber auch negative im verarbeitenden Gewerbe

153. Wie bereits in Abschnitt 2.3.1.1 dargestellt, wurde für die Analyse der Unternehmensproduktivität im Rahmen des vorliegenden Gutachtens die totale Faktorproduktivität auf Basis der amtlichen Daten berechnet. Die totale Faktorproduktivität (TFP) gibt den Mehrwert der Kombination aller Produktionsfaktoren an. Um den Zusammenhang zwischen Unternehmensproduktivität und Preisaufschlägen empirisch zu untersuchen, wird das folgende Regressionsmodell geschätzt:

$$\ln(\Omega_{ijt}) = \alpha_{ij} + \tau_t + \beta_1 \ln(\mu_{ijt-1}) + \beta_2 \ln(\mu_{ijt-1})^2 + \varepsilon_{ijt} \quad (8)$$

Dabei wird der Einfluss der Preisaufschläge μ_{ijt-1} des Vorjahres auf die für das Jahr t ermittelte logarithmierte Produktivität Ω_{ijt} eines Unternehmens i , das im Wirtschaftszweig j tätig ist, geschätzt. Um einem möglichen nichtlinearen Zusammenhang Rechnung zu tragen, wurden die Preisaufschläge gleichfalls in Form eines Polynoms zweiten Grades berücksichtigt. Je nach Spezifikation sind außerdem Jahres- und Unternehmens- bzw. Wirtschaftszweigeffekte in τ_t und α_{ij} berücksichtigt.

154. Die Wirkung des Zusammenhangs zwischen Preisaufschlägen und unternehmensspezifischer Produktivität ist grundsätzlich in beide Richtungen möglich. So könnte einerseits eine hohe Marktmacht bzw. ein hoher Preisaufschlag zu sinkender Produktivität führen, weil beispielsweise aufgrund hoher Margen kein Innovationsdruck besteht; andererseits könnte eine hohe Produktivität zu hohen Preisaufschlägen führen, weil innovative Produkte zu einem Alleinstellungsmerkmal werden. Um dieses Simultanitätsproblem zumindest abzuschwächen, kann die Panelstruktur der Daten dazu genutzt werden, die unternehmensspezifische Produktivität in einem Jahr in Abhängigkeit der Preisaufschläge des Vorjahres zu schätzen.¹⁶⁰ Somit kann ausgeschlossen werden, dass die Produktivität eines Unternehmens gleichfalls dessen Preisaufschlag bestimmt, weil dieser in der Vergangenheit liegt.

¹⁶⁰ Ganglmair u. a., Price Markups, Innovation, and Productivity: Evidence from Germany, a. a. O., vgl. Fn. 95.

155. Die Ergebnisse der beschriebenen Schätzung sind Tabelle I.14 zu entnehmen. Hier zeigt sich zunächst im Durchschnitt eine positive Auswirkung hoher Preisauflschläge auf die Unternehmensproduktivität in beiden Sektoren. Die nichtlinearen Spezifikationen der Modelle (2) und (4) lassen überdies zu, dass der Effekt auf die Produktivität unterschiedlich hoch ausfallen kann. Diese Analyse zeigt: Im verarbeitenden Gewerbe wirken sich Preisauflschläge ab einer Höhe von etwa 1,6 negativ auf die Produktivität aus, wohingegen im Dienstleistungsbereich im betrachteten Bereich eine durchweg positive Auswirkung zu beobachten ist, da sich der produktivitätsmindernde Effekt erst ab einem höheren Niveau der Preisauflschläge auswirkt. Die Produktivitätssteigerung bei höheren Preisauflschlägen liegt im verarbeitenden Gewerbe bei maximal 6,5 Prozent im Vergleich zum TFP-Niveau bei Preisauflschlägen in Höhe von 1; bei Dienstleistungsunternehmen steigt die Produktivität im Durchschnitt um bis zu 5 Prozent (vgl. Abbildung I.42).¹⁶¹

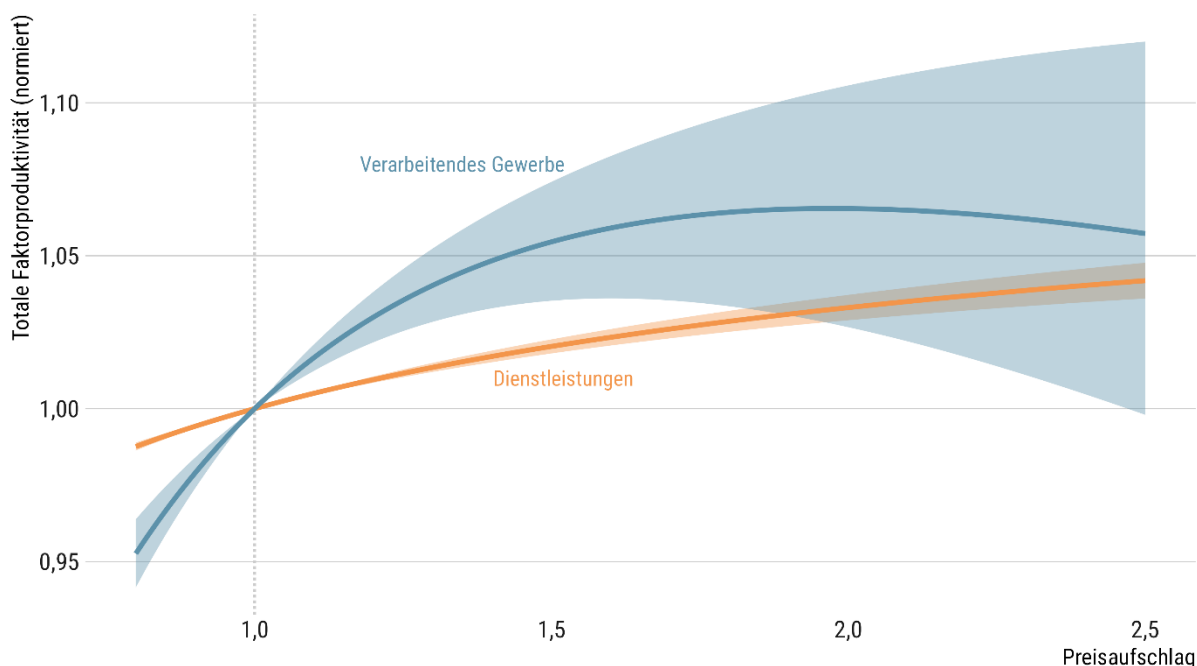
Tabelle I.14: Effekt von Preisauflschlägen auf Unternehmensproduktivität

	Verarbeitendes Gewerbe		Dienstleistungen	
	(1)	(2)	(3)	(4)
$\ln(\text{Preisauflschlag}_{t-1})$	0,191 (0,024)***	0,187 (0,024)***	0,051 (0,003)***	0,054 (0,003)***
$\ln(\text{Preisauflschlag}_{t-1})^2$		-0,137 (0,033)***		-0,010 (0,002)***
N	98860	98860	522859	522859
R ² Adj.	1,000	1,000	0,999	0,999
R ² Within	0,008	0,009	0,003	0,003
FE: Jahr	✓	✓	✓	✓
FE: Unternehmen	✓	✓	✓	✓

Anmerkungen: * $p < 0,05$; ** $p < 0,01$; *** $p < 0,001$; auf Unternehmensebene geclusterte Standardfehler in Klammern.

Quelle: AfID Panel Industrieunternehmen 2008–2017 (DOI: 10.21242/42221.2017.00.01.1.1.0); AfID Panel Strukturerhebung im Dienstleistungsbereich 2008–2017 (DOI: 10.21242/47415.2017.00.01.1.1.0); KLEMS; eigene Berechnungen

¹⁶¹ Im Vergleich zu einer Korrelationsanalyse, die eine kausale Wechselwirkung außer Acht lässt und nicht die vorjährigen Preisauflschläge verwendet, sind diese Effekte wesentlich geringer (vgl. Abschnitt 5 in Anhang B).

Abbildung I.42: Leichte Produktivitätssteigerung durch Preisaufschläge über Wettbewerbsniveau

Anmerkungen: Für eine Vergleichbarkeit zwischen Sektoren wurde die Produktivität jeweils auf den Wert bei einem Preisaufschlag von 1 normiert. Werte sind Schätzungen basierend auf den Regressionsmodellen in Tabelle I.14 mit quadriertem Preisaufschlagsterm (Spalten (2) und (4)). Transparente Flächen stellen Konfidenzintervalle auf 95 %-Niveau dar.

Quelle: AfID Panel Industrieunternehmen 2008–2017 (DOI: 10.21242/42221.2017.00.01.1.1.0); AfID Panel Strukturerhebung im Dienstleistungsbereich 2008–2017 (DOI: 10.21242/47415.2017.00.01.1.1.0); KLEMS; eigene Berechnungen

Zusammenfassung: Auswirkungen von Preisaufschlägen

- Hohe Preisaufschläge und die damit einhergehende Marktmacht von Unternehmen können mehrere gegenläufige Effekte auf die gesamtwirtschaftliche Produktivität haben.
- Der Gesamteffekt ist bei geringer Marktmacht zunächst positiv: Die Produktivität steigt um bis zu 6,5 Prozent im verarbeitenden Gewerbe und um bis zu 5 Prozent im Dienstleistungsbereich.
- Hohe Preisaufschläge von mehr als 1,6 reduzieren im verarbeitenden Gewerbe die Produktivität. Bei Dienstleistungsunternehmen bleibt der positive Effekt auch bei hohen Preisaufschlägen erhalten.

2.5 Marktstrukturelle Auswirkungen des Russland-Ukraine-Krieges

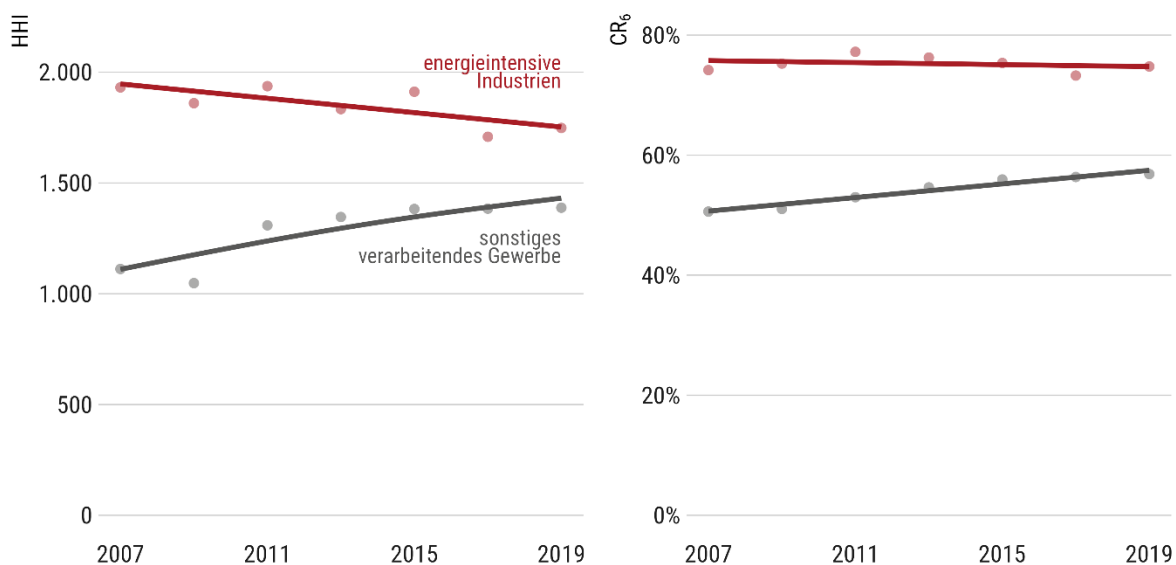
156. Der militärische Angriff Russlands auf die Ukraine am 24. Februar 2022 hat weitreichende Folgen für die deutsche Wirtschaft. So sind Rohstoffpreise, insbesondere von Energieträgern, Getreide und Metallen, stark angestiegen. Die Großhandelspreise für Mineralölerzeugnisse sind im April 2022, im Vergleich zum Vorjahresmonat, um 63 Prozent gestiegen.¹⁶² Aus einer gesamtwirtschaftlichen Wettbewerbsperspektive stellt sich auch die Frage, inwiefern der Konflikt das Potential hat, sich sektorübergreifend auf Marktstrukturen auszuwirken. Die Verteuerung von Vor- und Zwischenprodukten und die Störung von Lieferketten durch wirtschaftliche Sanktionen gegenüber Russland und eine Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Aktivität in der Ukraine könnten neben konjunkturellen Auswirkungen mittelfristig auch die Wettbewerbssituation auf einzelnen Märkten beeinflussen. Anzunehm-

¹⁶² Vgl. Statistisches Bundesamt, Pressemitteilung Nr. 203 vom 1. Mai 2022, Großhandelspreise im April 2022: +23,8 % gegenüber April 2021. Stärkster Anstieg der Großhandelspreise seit Beginn der Erhebung im Jahr 1962, URL: https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2022/05/PD22_203_61281.html.

men wäre, dass einzelne Unternehmen aufgrund gestiegener Produktionskosten aus Märkten ausscheiden und sich infolgedessen die Unternehmenskonzentration erhöht. So war beispielsweise bereits im Rahmen der zweiten Ölpreiskrise Ende der 1970er Jahre und der damit verbundenen schwachen konjunkturellen Entwicklung in den Jahren 1979 bis 1981 ein Anstieg der Unternehmenskonzentration in der überwiegenden Anzahl der Wirtschaftszweige zu beobachten.¹⁶³

157. Derartige Effekte wären vor allem in den Wirtschaftsbereichen energieintensiver Produktion im verarbeitenden Gewerbe zu erwarten und würden dann wettbewerblich einer besonderen Aufmerksamkeit bedürfen, wenn diese Wirtschaftsbereiche bereits durch eine vergleichsweise hohe Anbieterkonzentration geprägt sind. Abbildung I.43 zeigt die Entwicklung der Unternehmenskonzentration in energieintensiven Bereichen des verarbeitenden Gewerbes in Deutschland.¹⁶⁴ Energieintensive Wirtschaftszweige weisen in Deutschland eine deutlich höhere Unternehmenskonzentration als das sonstige verarbeitende Gewerbe auf. Allerdings hat die Konzentration über die vergangenen Jahre in diesen Bereichen eher abgenommen, während sie in den sonstigen Bereichen des verarbeitenden Gewerbes zugenommen hat. Die durchschnittliche Umsatzkonzentration ist zwischen 2007 und 2019 in den energieintensiven Industrien um rund 12 Prozent zurückgegangen; dagegen stieg der HHI im Übrigen verarbeitenden Gewerbe um gut 25 Prozent an.

Abbildung I.43: Unternehmenskonzentration in energieintensiven Industrien geht zurück



Anmerkungen: Trends und jährliche Mittelwerte basieren auf Herfindahl-Hirschman-Indizes bzw. CR₆-Konzentrationsraten für 4-Steller-Wirtschaftszweige nach WZ 2008 und sind umsatzgewichtet. Trends entsprechen REML-Schätzungen von GAM-Modellen mit kubischen Splines.

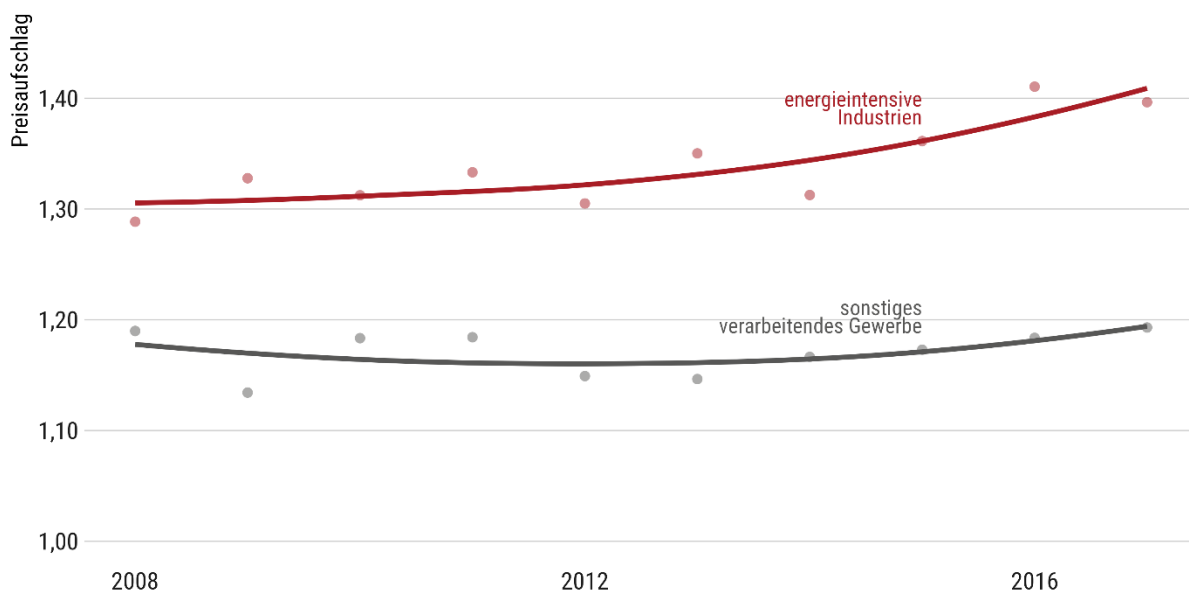
Quelle: Statistisches Bundesamt, konzentrationsstatistische Sonderaufbereitung im Auftrag der Monopolkommission auf Basis des amtlichen Unternehmensregisters; eigene Berechnungen

¹⁶³ Vgl. Monopolkommission, V. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 63, Tz. 274.

¹⁶⁴ Der Begriff der energieintensiven Industrien ist nicht abschließend und allgemeingültig definiert. Daher wurden für die vorliegende Datenauswertung einzelne Wirtschaftszweige des verarbeitenden Gewerbes den energieintensiven Industrien zugeordnet, die Teil des europäischen Emissionshandels sind. Folgende 3-Steller-Wirtschaftszweige wurden als energieintensiv klassifiziert: Herstellung von Holz- und Zellstoff, Papier, Karton und Pappe; Kokerei; Mineralölverarbeitung; Herstellung von chemischen Grundstoffen, Düngemitteln und Stickstoffverbindungen, Kunststoffen in Primärformen und synthetischem Kautschuk in Primärformen; Erzeugung von Roheisen, Stahl und Ferrolegierungen; Herstellung von Stahlrohren, Rohrform-, Rohrverschluss- und Rohrverbindungsstücken aus Stahl; Erzeugung und erste Bearbeitung von NE-Metallen; Gießereien; Herstellung von Glas und Glaswaren; Herstellung von feuerfesten keramischen Werkstoffen und Waren; Herstellung von keramischen Baumaterialien; Herstellung von Zement, Kalk und gebranntem Gips.

158. Eine höhere Konzentration signalisiert zwar ein höheres Risiko von Wettbewerbsproblemen (z.B. aufgrund einer Erleichterung koordinierten Verhaltens), deutet jedoch nicht grundsätzlich auf mangelnden Wettbewerb hin. Eine steigende Unternehmenskonzentration kann auch Ausdruck von Effizienzsteigerungen sein. Preisaufschläge der Unternehmen können hier helfen, den Wettbewerb bei gegebener Unternehmenskonzentration besser einzuschätzen. Sektoren mit hoher Konzentration, in denen Unternehmen zudem hohe Preisaufschläge erzielen, können einerseits auf Wettbewerbsprobleme hindeuten, sind jedoch andererseits besser in der Lage, gestiegene Kosten – z. B. aufgrund höherer Energiepreise – ohne einen Konzentrationsanstieg zu kompensieren. In Sektoren mit geringen Preisaufschlägen ist dagegen eher zu erwarten, dass Unternehmen bei gestiegenen Kosten aus dem Markt ausscheiden und sich demnach marktstrukturelle Effekte durch steigende Produktionskosten ergeben.¹⁶⁵ Abbildung I.44 zeigt die Entwicklung durchschnittlicher Preisaufschläge in energieintensiven Wirtschaftsbereichen des verarbeitenden Gewerbes. Energieintensive Wirtschaftszweige des verarbeitenden Gewerbes weisen in Deutschland deutlich höhere Preisaufschläge auf als das übrige verarbeitende Gewerbe. Zudem ist ein deutlich stärkerer Anstieg seit dem Jahr 2014 zu beobachten.

Abbildung I.44: Steigende und systematisch höhere Preisaufschläge in energieintensiven Wirtschaftszweigen



Quelle: AfID Panel Industrieunternehmen 2008–2017 (DOI: 10.21242/42221.2017.00.01.1.1.0); eigene Berechnungen

159. Es lässt sich daher festhalten, dass der Russland-Ukraine-Konflikt sich über stark steigende Energiepreise potenziell zunächst insbesondere auf die energieintensive Produktion in Deutschland auswirken könnte. Die energieintensiven Bereiche des verarbeitenden Gewerbes in Deutschland sind geprägt durch eine vergleichsweise hohe Unternehmenskonzentration und überdurchschnittlich hohe Preisaufschläge. Während die bereits hohe Konzentration Anlass zur Sorge gibt, dass sich diese durch steigende Energiepreise in Zukunft weiter erhöhen könnte, wird diese Sorge durch die hohen Preisaufschläge abgeschwächt, die die Unternehmen zur Kompensation der steigenden Produktionskosten nutzen könnten. Wesentliche Voraussetzung für diese Schlussfolgerung ist allerdings, dass Preisaufschläge in energieintensiven Industrien nicht auf hohe Fixkosten der Produktion zurückzuführen sind.

¹⁶⁵ Zusätzlich könnte die Verteilung von Preisaufschlägen eine Rolle spielen, da – wenn steigende Energiepreise von allen Unternehmen eines Marktes in gleicher Weise berücksichtigt werden müssen – es bei homogenen Kosten- und Preisstrukturen in einem Markt zu keiner Andersbehandlung kommt. Je heterogener die Preisaufschläge in einem Bereich ausfallen, desto wahrscheinlicher dürften Marktaustritte und damit konzentrierte Entwicklungen sein. Ebenfalls könnte in diesem Zusammenhang die Bedeutung des Importwettbewerbs und der Einfluss der Energiepreissteigerungen auf Preise von Importen eine Rolle spielen.

Zusammenfassung: Marktstrukturelle Auswirkungen des Russland-Ukraine-Kriegs

- Steigende Energie- und Rohstoffpreise im Zuge der russischen Invasion der Ukraine könnten insbesondere in energieintensiven Branchen wettbewerbliche Auswirkungen entfalten.
- Energieintensive Industrien des verarbeitenden Gewerbes in Deutschland sind von einer hohen Unternehmenskonzentration und überdurchschnittlicher Marktmacht geprägt.
- Die vergleichsweise hohen Preisaufschläge könnten den Unternehmen grundsätzlich ermöglichen, steigende Produktionskosten zu kompensieren und damit marktstrukturelle Auswirkungen zu minimieren.

2.6 Zusammenfassung

160. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass sich die sektorübergreifende Unternehmenskonzentration in Deutschland im Zeitraum 2007 bis 2019 weitgehend konstant entwickelt hat. Allerdings gibt es deutliche Unterschiede zwischen den Wirtschaftsbereichen. So weisen Wirtschaftszweige des Dienstleistungssektors, die bereits vergleichsweise hoch konzentriert sind, im Beobachtungszeitraum einen deutlichen Konzentrationsanstieg auf. Zu den derart hoch konzentrierten Bereichen zählen auch die drahtlose Telekommunikation, die Post und der Schienenpersonenfernverkehr.

161. Die Entwicklung von Preisaufschlägen stellt sich in Deutschland weiterhin gesamtwirtschaftlich nicht derart besorgniserregend dar, wie dies beispielsweise in den USA der Fall ist. Ein deutlicher Anstieg ist allerdings in einzelnen Wirtschaftsbereichen zu beobachten. Den mit Abstand höchsten Anstieg verzeichnet der Bereich Kokerei und Mineralölverarbeitung, obwohl der Preisaufschlag dort bereits im Jahr 2008 gut 30 Prozent über dem Durchschnitt des verarbeitenden Gewerbes lag. Die Ergebnisse zeigen auch, dass in Deutschland – ebenfalls anders als in anderen Ländern – kein überproportionaler Anstieg von Preisaufschlägen am oberen Verteilungsrand zu beobachten ist. Allerdings kann gezeigt werden, dass vor allem große Unternehmen ihre Preisaufschläge im betrachteten Zeitraum erhöhen konnten, im Dienstleistungsbereich sogar entgegen dem Sektortrend. Detaillierte Analysen zeigen darüber hinaus, dass tendenziell unternehmensinterne Preisaufschlagsveränderungen und Umsatzzugewinne von Unternehmen mit hohen Preisaufschlägen für sektorale Entwicklungen verantwortlich sind und nicht die Umverteilung von Marktanteilen zwischen Unternehmen.

162. Durch den Vergleich verschiedener in der Literatur verbreiteter Methoden zur Schätzung von Preisaufschlägen konnte gezeigt werden, dass die verwendete Methode erheblichen Einfluss auf die Ergebnisse haben kann und daher bei der Interpretation von Ergebnissen zur Entwicklungen von Preisaufschlägen stets mitberücksichtigt werden muss. Damit wird im vorliegenden Gutachten die Robustheit der aufgezeigten Trends sichergestellt.

163. Hinsichtlich der Interpretation von Preisaufschlägen als Marktmachtindikator konnte gezeigt werden, dass hohe Preisaufschläge nicht ausschließlich von Investitionen und damit verbundenen Produktivitätssteigerungen erklärt werden. Allerdings gehen steigende Preisaufschläge besonders im Dienstleistungsbereich mit verstärkten Investitionen in immaterielle Digitalisierungsgüter und gleichzeitig einer höheren Produktivität einher.¹⁶⁶ Auch im verarbeitenden Gewerbe spiegeln steigende Preisaufschläge zum Teil hohe Fixkosteninvestitionen in die Digitalisierung wider. Hohe Investitionen in Fixkosten und immaterielles Vermögen können dabei – trotz einer zunächst produktivitätssteigernden Auswirkung – allerdings wiederum wachsende Markteintrittshürden bedeuten.

164. Insgesamt scheinen Digitalisierungsprozesse als Ursache für steigende Preisaufschläge in Deutschland insbesondere im verarbeitenden Gewerbe in Frage zu kommen. Dort zeigt sich ein durchschnittlich höherer Preisaufschlag in digitalintensiven Branchen. Im Dienstleistungsbereich deuten die Ergebnisse auf einen wettbewerbsför-

¹⁶⁶ Zu dem Ergebnis, dass Preisaufschläge in Europa nicht ausschließlich Fixkosten und Investitionen widerspiegeln und daher auf Marktmacht hindeuten, kommen u. a. auch die britische Wettbewerbsbehörde sowie Affeldt u. a. (Competition and Markets Authority, The state of UK competition, a. a. O., vgl. Fn. 57; Affeldt u. a., DIW Berlin, a. a. O., vgl. Fn. 60).

dernden Zusammenhang hin, da hier Preisaufschläge in digitalintensiven Branchen durchschnittlich niedriger ausfallen als in weniger digitalintensiven Branchen.

165. Als eine weitere potenzielle Ursache steigender Preisaufschläge wurde der Zusammenhang zwischen Unternehmensverflechtungen über indirekte Horizontalbeteiligungen untersucht. Die Ergebnisse zeigen zunächst, dass nahezu 80 Prozent der Wirtschaftsbereiche in Europa von indirekten Horizontalverflechtungen betroffen sind. Zudem zeigt sich, dass Preisaufschläge von Unternehmen in Wirtschaftszweigen mit indirekten Horizontalverflechtungen im deutschen verarbeitenden Gewerbe durchschnittlich höher sind und damit auf eine größere Marktmacht hinweisen könnten. Hinweise für eine Erleichterung von Wissens- und Technologieexternalitäten durch indirekte Horizontalverflechtungen ergeben sich nicht. Für den deutschen Dienstleistungssektor zeigt sich ein deutlich anderes Bild. Hier sinkt der Preisaufschlag bei einem entsprechenden Anstieg der Horizontalverflechtungen, allerdings nur in wissensintensiven Bereichen.

166. Die Auswirkungen steigender Preisaufschläge auf die Produktivitätsentwicklung stellen sich nichtlinear dar. Insbesondere im verarbeitenden Gewerbe zeigt sich, dass Preisaufschläge sich zunächst positiv auf die Unternehmensproduktivität auswirken, dieser Effekt ab einer gewissen Höhe jedoch negativ wird. Im Dienstleistungsbereich ist der Effekt hingegen bis zu weitaus höheren Preisaufschlagniveaus positiv. Die Auswirkungen von Preisaufschlägen auf die gesamtwirtschaftliche Produktivitätsentwicklung scheinen demnach sektorspezifisch zu sein. Hierfür spricht auch der Zusammenhang zwischen Preisaufschlägen und Investitionstätigkeit, der in Deutschland im Dienstleistungsbereich weitaus stärker ausgeprägt zu sein scheint.

Kapitel II

Würdigung der kartellrechtlichen Entscheidungspraxis

Kurz gefasst	100
Summary	101
1 Allgemeine Entwicklungen im Berichtszeitraum	102
1.1 Überblick über die legislativen Entwicklungen	102
1.2 Überblick über die kartellrechtliche Entscheidungspraxis	112
2 Spezifische Probleme der Kartellrechtsanwendung	134
2.1 Verweisung der Prüfung von Zusammenschlussvorhaben an die Europäische Kommission trotz fehlender nationaler Anmeldepflicht	134
2.2 Zuständigkeit für die kartellrechtliche Beurteilung von regionalen Kooperationen im Rahmen der fusionskontrollrechtlichen Prüfung von Zusammenschlussvorhaben	142
2.3 SIEC-Test im Fokus der Rechtsprechung	146
2.4 Grenzen für Vorgaben der Hersteller zur Gestaltung des Onlinevertriebs	152
2.5 Reformbedarf bei der zivilrechtlichen Privilegierung von Kronzeugen	160
3 Quantitative Analysen im Berichtszeitraum	182
3.1 Anwendung quantitativer Methoden durch das Bundeskartellamt	182
3.2 Anwendung quantitativer Methoden im Vereinigten Königreich	186
3.3 Anwendung quantitativer Methoden durch die Europäische Kommission	188
3.4 Anwendung quantitativer Methoden des Bundeskartellamtes weiter ausbauen	191

Kurz gefasst

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

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**.

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.

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.

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**.

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.

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**.

Summary

In Chapter II, the Monopolies Commission develops recommendations for actions to be taken by legislators and competition authorities on the basis of the German and the EU competition decision-making practice in the reporting period.

The European Commission should refrain from promoting and accepting such **referrals of proposed mergers** by Member States which are not subject to national merger control. Instead, the Monopolies Commission recommends **extending the scope of application of the German transaction value threshold** by deleting the requirement of having domestic operations or, at least, initially adapting it in such a way that **anticipated future domestic operations of the target undertaking** can also trigger a notification requirement. Accordingly, this appears as reasonable for the Austrian transaction value threshold as does the **introduction of a transaction value threshold at EU level and in the other Member States**.

There are good reasons to assume that the German Federal Cartel Office can already assess an **existing cooperation with only regional effects in merger control proceedings** for its **compatibility with the ban on cartels** under current law. To increase legal certainty, the German Act against Restraints of Competition should nevertheless be supplemented by a corresponding **annex competence for the Federal Cartel Office**.

The decisions of the General Court and the Dusseldorf Higher Regional Court on the application of the SIEC test on the basis of unilateral effects do **not yet** provide **legal certainty**. The final decisions in the respective cases are still pending. It remains to be seen whether the highest courts will confirm the high requirements for proof of a significant impediment to effective competition. **Once the court decisions have been made**, it will be necessary to **monitor** their impact on merger control practice.

Distribution agreements between suppliers and retailers usually have the purpose of safeguarding or promoting the service quality of distribution networks. In some cases, dual pricing systems or service quality requirements might be used to **prevent the effective use of the Internet for sales**. However, this should **only** be assumed **if there is a serious risk that consumers will only be able to purchase products online on terms that are significantly worse than those in bricks-and-mortar retail**.

If undertakings that become **immunity recipients** in cartel proceedings **are protected from private claims for damages, this can weaken the stability of cartels**. An **amendment to the law** in this regard should ensure that injured parties and their claims for damages are protected. If the immunity recipient is only subordinately liable to cartel victims, this is nevertheless guaranteed.

The German Telecommunications Act (TKG) introduces new rules regarding the assessment of **co-operation models in its §§ 18 and 19**. The regulatory and competition **authorities should work together closely** to diminish inconsistencies in their judgement of co-operation models, if undertakings make use of the new rules. Therefore, it should be further **clarified how the authorities can work together**.

1 Allgemeine Entwicklungen im Berichtszeitraum

1.1 Überblick über die legislativen Entwicklungen

1.1.1 Verabschiedung der 10. GWB-Novelle

167. Am 19. Januar 2021 ist die 10. GWB-Novelle in Kraft getreten.¹ Mit ihr wurde unter anderem die sog. ECN+-Richtlinie umgesetzt.² Gleichzeitig sollte ein neuer Ordnungsrahmen für die Digitalisierung und Globalisierung der Wirtschaft geschaffen, dem Anstieg der Fallzahlen in der Fusionskontrolle beim Bundeskartellamt begegnet und die Durchsetzbarkeit von Schadenersatzansprüchen aufgrund von Kartellabsprachen verbessert werden.³ Die Monopolkommission hat sich bereits in ihrem XXIII. Hauptgutachten sowie einem Policy Brief zum entsprechenden Referentenentwurf⁴ des damaligen Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie vom 24. Januar 2020 geäußert.⁵

168. Ein wesentlicher Inhalt der Novellierung, der die Digitalwirtschaft betrifft, war die Einführung eines neuen § 19a in das GWB.⁶ Diese Norm verschafft dem Bundeskartellamt neue Eingriffsbefugnisse gegenüber Unternehmen, die eine eigens festgestellte überragende marktübergreifende Stellung für den Wettbewerb auf Märkten im Sinne des § 18 Abs. 3a GWB haben, d. h. bei mehrseitigen Märkten und Netzwerken. Wenn einem Unternehmen auf solchen Märkten eine Stellung gemäß § 19a Abs. 1 GWB attestiert wird, können ihm Verhaltensweisen im Sinne des Abs. 2 untersagt werden. Anders als noch im Referentenentwurf vorgesehen, wurden im weiteren Gesetzgebungsprozess insbesondere Regelbeispiele eingefügt, die die Verhaltensweisen nach Abs. 2 weiter konkretisieren, der Rechtsweg gegen Entscheidungen des Bundeskartellamtes in erster und letzter Instanz auf den Bundesgerichtshof (BGH) konzentriert (§ 73 Abs. 5 GWB) und dem BGH in § 75 Abs. 5 GWB die Möglichkeit eröffnet, in Verfahren nach § 19a GWB eine Stellungnahme der Monopolkommission einzuholen. Das Bundeskartellamt hat im Jahr 2021 gegen die Unternehmen Meta (vormals Facebook), Amazon, Alphabet (mit ihrem Tochterunternehmen Google) sowie Apple Verfahren nach § 19a Abs. 1 GWB eröffnet. Die ersten Unternehmen, die als solche mit überragender marktübergreifender Bedeutung eingestuft wurden, waren Alphabet und Meta, gegen die in der Folge die Prüfung einer Untersagung von Verhaltensweisen nach § 19a Abs. 2 GWG eingeleitet wurde.⁷

169. Gegenüber dem Referentenentwurf zur 10. GWB-Novelle⁸ wurde zudem im weiteren Gesetzgebungsverfahren in § 186 Abs. 9 GWB im Krankenhausbereich eine zeitlich befristete Ausnahme von der Fusionskontrolle für

¹ Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 und anderer Bestimmungen (GWB-Digitalisierungsgesetz) vom 18. Januar 2021, BGBl. I Nr. 1 vom 18.1.2021, 2

² Richtlinie (EU) 2019/1 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts, ABl. L vom 14. Januar 2019, S. 3; Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 und anderer wettbewerbsrechtlicher Bestimmungen (GWB-Digitalisierungsgesetz), BT-Drs. 19/23492 vom 19. Oktober 2020, S. 1.

³ Ebenda, vgl. Fn. 2.

⁴ Der Referentenentwurf ist abrufbar unter <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/G/gwb-digitalisierungsgesetz-referentenentwurf.pdf>, Abruf am 11. Mai 2022.

⁵ Monopolkommission, XXIII. Hauptgutachten, Wettbewerb 2020, Baden-Baden, 2020, Tz. 309 ff. bzw. Monopolkommission, 4. Policy Brief: 10. GWB-Novelle – Herausforderungen auf digitalen und regionalen Märkten begegnen!, Januar 2020.

⁶ Siehe zum Verhältnis des § 19a GWB zum DMA auch unten, Tz. 508 ff.

⁷ BKartA, Für Meta (vormals Facebook) gelten neue Regeln – Bundeskartellamt stellt „überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb“ fest, Pressemitteilung, 4. Mai 2022. Siehe dazu auch Tz. 206.

⁸ Siehe zu den Veränderungen im Gesetzgebungsverfahren Käseberg, T., in: Bien, F. u. a. (Hrsg.), Die 10. GWB-Novelle: das neue Kartellrecht, München, 2021, Einleitung, Tz. 26 ff.

solche Konzentrationsvorhaben aufgenommen, die mit Mitteln des Krankenhausstrukturfonds gefördert werden.⁹ Dies ist kritisch zu sehen. Die Monopolkommission hatte sich bereits in ihrem XXIII. Hauptgutachten gegen jegliche kartellrechtliche Bereichsausnahme ausgesprochen, da dadurch die qualitätssichernde Wirkung der Fusionskontrolle außer Kraft gesetzt wird.¹⁰ Zwar weisen auch nach Auffassung der Monopolkommission Zusammenschlüsse im Krankenhaussektor einige relevante Unterschiede zu Zusammenschlüssen in anderen Branchen auf. Diesen Besonderheiten hätte jedoch auch dadurch Rechnung getragen werden können, dass ein ausdrücklicher Effizienz einwand für Krankenhausfusionen in das GWB aufgenommen wird, der eine hinreichend klare Abwägungsmöglichkeit zwischen wettbewerblich induzierten Qualitätsveränderungen einerseits und aus Synergieeffekten resultierenden Qualitätsvorteilen andererseits vorsieht.¹¹ Bisher sind dem Bundeskartellamt noch keine vollzogenen Zusammenschlüsse mitgeteilt worden, die unter diese Vorschrift fallen (vgl. § 186 Abs. 9 Satz 2 GWB).

170. In der Fusionskontrolle wurden die Aufgreifschwelle gegenüber dem ursprünglichen Vorschlag im Referentenentwurf noch weiter erhöht. Dies betrifft die sog. erste Inlandsumsatzschwelle (§ 35 Abs. 1 Nr. 2 Halbs. 1 GWB), wonach mindestens ein beteiligtes Unternehmen im Inland Umsatzerlöse von nunmehr mindestens EUR 50 Mio. statt wie bisher EUR 25 Mio. erzielt haben muss. Im Referentenentwurf war diesbezüglich noch keine Erhöhung vorgesehen. Die zweite Inlandsumsatzschwelle (§ 35 Abs. 1 Nr. 2 Halbs. 2 GWB) wurde weiter angehoben als im Referentenentwurf vorgeschlagen. Das kleinere an einem Zusammenschluss beteiligte Unternehmen muss nun Inlandsumsätze von mindestens EUR 17,5 Mio. statt bisher EUR 5 Mio. aufweisen. Im Referentenentwurf war noch eine Erhöhung auf EUR 10 Mio. beabsichtigt. Aufgrund dieser stärkeren Erhöhung der Schwellenwerte ist erneut¹² auf die Gefahr hinzuweisen, dass es dadurch zu einer Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen auf regionalen Märkten kommen kann, indem wettbewerblich relevante Zusammenschlüsse dort vermehrt aus der Kontrollpflicht fallen. Die neue Aufforderungsregelung des § 39a GWB erachtet die Monopolkommission nicht als geeignetes Instrument, um die Regionalmarktproblematik zu adressieren. Gemäß § 39a GWB kann das Bundeskartellamt ein Unternehmen unter bestimmten Voraussetzungen für bestimmte Wirtschaftszweige verpflichten, jeden Zusammenschluss mit anderen Unternehmen anzumelden. Eine gezieltere Stärkung der Kontrolle regionaler Zusammenschlüsse ließe sich aus der Sicht der Monopolkommission vielmehr dadurch erreichen, dass der Gesetzgeber die Unternehmensumsätze bei Zusammenschlüssen mit regionalem Schwerpunkt rechnerisch erhöht. Die Monopolkommission hatte daher bereits empfohlen, statt den § 39a GWB einzuführen, den bestehenden § 38 GWB um einen neuen Absatz 6 zu ergänzen, der lauten sollte:

„Für einen Zusammenschluss, bei dem mindestens 90 Prozent der Inlandsumsätze eines Zusammenschlussbeteiligten in nicht mehr als drei Bundesländern erwirtschaftet werden, ist das Doppelte der Umsatzerlöse in Ansatz zu bringen. Abweichend davon sind für die Berechnung der Schwelle nach § 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 die Umsatzerlöse auf einem Markt zu verdoppeln, der sich räumlich auf nicht mehr als drei Bundesländer erstreckt.“¹³

171. Ansonsten wurde in § 81d Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 GWB die Möglichkeit aufgenommen, wirksame Compliance-Maßnahmen, die bereits vor einer Zuwiderhandlung eingeführt worden sind, im Rahmen der Zumessung von Bußgeldern bei einem gleichwohl erfolgten Kartellrechtsverstoß zu berücksichtigen.¹⁴ Schließlich wurde davon abge-

⁹ Ebenda, vgl. Fn. 8, Einleitung, Tz. 28.

¹⁰ Monopolkommission, XXIII. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 5, Tz. 131 ff. insbes. Tz. 165.

¹¹ Ebenda, vgl. Fn. 5, Tz. 168. Zum Zusammenwirken von Wettbewerb, Planung und Finanzierung siehe auch Monopolkommission, Sondergutachten 83 (2022): Krankenhausversorgung nach Corona: Wettbewerb, Planung und Finanzierung neu organisieren.

¹² Ebenda, vgl. Fn. 5, Tz. 315 unter Verweis auf Monopolkommission, 4. Policy Brief, a. a. O., vgl. Fn. 5.

¹³ Monopolkommission, Policy Brief Nr. 4, a. a. O., vgl. Fn. 5, S. 6 ff.

¹⁴ Käseberg, T., a. a. O., vgl. Fn. 8, Tz. 35. Zuvor war im Referentenentwurf nur die Berücksichtigung von Compliance-Maßnahmen vorgesehen, die nach der Zuwiderhandlung eingeführt worden sind, siehe dazu Referentenentwurf, § 81d Abs. 1 Satz 2 Nrn. 4, 5 GWB. Solche Compliance-Maßnahmen sind gemäß § 81d Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 Alt. 2 GWB weiterhin berücksichtigungsfähig.

sehen, die Tankstellen zu einer Weiterleitung von Mengendaten an die Markttransparenzstelle für Kraftstoffe zu verpflichten.¹⁵

1.1.2 Leitlinien des Bundeskartellamts zur Vereinbarkeit des Genossenschaftswesens mit dem Kartellrecht

172. Eine weitere Entwicklung im Berichtszeitraum war die Verabschiedung der Leitlinien für die Vereinbarkeit des Genossenschaftswesens mit dem Kartellrecht durch das Bundeskartellamt (Genossenschafts-Leitlinien).¹⁶ Erste Anregungen für die Schaffung derartiger Leitlinien waren dem Koalitionsvertrag auf Bundesebene zwischen CDU/CSU und SPD vom März 2018 zu entnehmen, der sich für eine Stärkung von Genossenschaften als „*nachhaltige und krisenfeste Unternehmensform in den unterschiedlichsten Wirtschaftsbereichen*“ ausgesprochen und Orientierungshilfen für kleinere Genossenschaften angeregt hatte.¹⁷ Das Bundeskartellamt hat infolgedessen im Mai 2021 einen ersten Entwurf dazu vorgelegt, diesen einer öffentlichen Konsultation unterzogen und im November 2021 die endgültige Fassung veröffentlicht.¹⁸

173. Das Bundeskartellamt differenziert unter Berufung auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) bei der kartellrechtlichen Beurteilung von Genossenschaftsaktivitäten danach, ob entweder das Verhalten der einzelnen Genossenschaft zu ihren Mitgliedern betroffen ist oder das Verhältnis von Genossenschaften zueinander und Dritten gegenüber.¹⁹ Hinsichtlich erstgenanntem Verhältnis behandelt das Bundeskartellamt die Fallgruppen der langfristigen Lieferverpflichtungen, der Möglichkeiten und Grenzen des gemeinsamen (Online-)Vertriebs sowie des Informationsaustauschs. Die Herausforderungen und Möglichkeiten in der Digitalökonomie für die Genossenschaften bilden einen Schwerpunkt in den Leitlinien.²⁰ Beispielhaft wird hier insbesondere auf die Zunahme des Onlinevertriebs hingewiesen. Dadurch kann es dazu kommen, dass die räumlichen Tätigkeitsgebiete von Genossenschaftsmitgliedern wachsen und sich vormals verschiedene regionale Märkte zunehmend überschneiden mit der Konsequenz, dass die Genossenschaftsmitglieder verstärkt in Wettbewerb zueinander treten.²¹ Wenn Genossenschaftsmitglieder ihre Produkte und Dienstleistungen über eine gemeinsame Plattform mit einheitlichem Markenauftritt anbieten, kann dies zwar ihre Wettbewerbsfähigkeit gegenüber anderen großen Online-Plattformen erhöhen.²² Die Plattformen müssen jedoch so ausgestaltet werden, dass kartellrechtlich unzulässige Absprachen (insbesondere über den Preis) vermieden werden.²³

1.1.3 Einigung auf den Digital Markets Act im Trilogverfahren im März 2022

174. Am 15. Dezember 2020 veröffentlichte die Europäische Kommission ihren Vorschlag für eine Verordnung über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor (Gesetz über digitale Märkte; Digital Markets Act – DMA).²⁴

¹⁵ Ebenda, vgl. Fn. 8, Tz. 36.

¹⁶ BKartA, Leitlinien für die Vereinbarkeit des Genossenschaftswesens mit dem Kartellrecht, Bonn, November 2021.

¹⁷ CDU, CSU und SPD, Ein neuer Aufbruch für Europa – Eine neue Dynamik für Deutschland – Ein neuer Zusammenhalt für unser Land, Koalitionsvertrag, 19. Legislaturperiode, abrufbar unter <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/koalitionsvertrag-zwischen-cdu-csu-und-spd-195906>, Abruf am 5. Mai 2022, Zeile 2921 ff.

¹⁸ BKartA, Bundeskartellamt veröffentlicht Genossenschafts-Leitlinien, Pressemitteilung, 2. November 2021.

¹⁹ BKartA, Genossenschaftsleitlinien, a. a. O., vgl. Fn. 16, Tz. 73.

²⁰ Ebenda, vgl. Fn. 16, insbes. Tz. 70 ff. und Tz. 101 ff.

²¹ Ebenda, vgl. Fn. 16, Tz. 102.

²² Ebenda, vgl. Fn. 16, Tz. 111.

²³ Ebenda, vgl. Fn. 16, Tz. 111 ff. Dazu noch Tz. 216.

²⁴ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor (Gesetz über digitale Märkte), KOM(2020) 842 final vom 15. Dezember 2020.

Nachdem sich der Rat der Europäischen Union am 25. November 2021²⁵ und das Europäische Parlament am 15. Dezember 2021²⁶ jeweils intern auf eine Position zu dem Gesetzgebungsverfahren geeinigt hatten, gelang am 24. März 2022 im Trilogverfahren eine Einigung zwischen Kommission, Rat und Parlament.²⁷ Der finale Text der Verordnung lag zum Zeitpunkt der Erstellung des vorliegenden Gutachtens jedoch noch nicht vor. Die Monopolkommission hatte sich bereits in ihrem Sondergutachten 82 vom 5. Oktober 2021 und ihrem 8. Policy Brief mit dem Kommissionsvorschlag befasst und einige Anpassungen vorgeschlagen.²⁸

175. Hintergrund der Verordnung sind Probleme, die sich bei der Durchsetzung der EU-Wettbewerbsregeln und insbesondere von Art. 102 AEUV in der Digitalwirtschaft gezeigt haben. Die Verfahren kommen nach verbreitetem Eindruck zu spät, dauern grundsätzlich zu lange und haben bisher auch nicht zu einer spürbaren (Wieder-)Belebung des Wettbewerbs beitragen können. Um die bei der Anwendung von Art. 101 f. AEUV bestehenden Durchsetzungsprobleme zu lösen, insbesondere eine Verfahrensbeschleunigung zu erreichen, sieht der DMA vor, auf eine Marktabgrenzung, die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung, eine Prüfung der Auswirkungen der adressierten Verhaltensweisen im Einzelfall sowie die Möglichkeit der Effizienzeinrede zu verzichten. Als Adressaten wurden sog. „Gatekeeper“ (deutsch: Torwächter) benannt, die als Betreiber von zentralen Plattformdiensten tätig sind. Die zentralen Plattformdienste sind Online-Vermittlungsdienste, Online-Suchmaschinen, Online-Dienste sozialer Netzwerke, Video-Sharing-Plattform-Dienste, nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste, Betriebssysteme, Webbrowser, Virtuelle Assistenten, Cloud-Computing-Dienste sowie Online-Werbedienste. Diese Gatekeeper werden sodann festgelegten Verhaltenspflichten unterworfen. Eine einzelfallbezogene Ausnahme von den Regelungen des DMA soll nur unter sehr engen Voraussetzungen möglich sein.

176. Da sich neben einzelnen digitalen Plattformdiensten inzwischen ganze Ökosysteme herausgebildet haben, die sich aus zwei oder mehreren komplementären Diensten zusammensetzen, empfiehlt die Monopolkommission weiterhin, ein Ökosystem-Kriterium aufzunehmen, bei dem ein Betreiber zentraler Plattformdienste als Gatekeeper benannt wird, wenn er ein Produkt- und/oder Akteur-basiertes Ökosystem orchestriert und dabei die Fähigkeit besitzt, Eintrittsbarrieren zu erhöhen und/oder sein Ökosystem in neue Bereiche zu erweitern.²⁹ Dieses Kriterium ist dann als erfüllt anzusehen, wenn eine Multi-Plattform-Integration mit mindestens zwei zentralen Plattformdiensten oder eine Doppelrolle durch den Betreiber gegeben ist. Die Aufnahme dieses Ökosystem-Kriteriums hätte zur Folge, dass der Kreis der Adressaten des DMA auf Unternehmen begrenzt wird, von denen besonders große Gefahren für den Wettbewerb ausgehen. Es ermöglicht zudem einen effektiveren Einsatz der Ressourcen zur Durchsetzung des DMA. Zweitens hatte die Monopolkommission empfohlen, sämtliche Verhaltenspflichten dem Dialogverfahren und der Effizienzeinrede zu öffnen.³⁰ Dies hat den Vorteil, dass alle Verhaltenspflichten gleichermaßen unmittelbar Anwendung finden und zugleich die Anpassung einer oder die Ausnahme von einer spezifischen Verhaltenspflicht im Einzelfall möglich ist, um etwaige Kollateralschäden begrenzen zu können.

177. Gegenüber dem ursprünglichen Vorschlag der Europäischen Kommission wurde auf Anregung des Europäischen Parlaments insbesondere eine Interoperabilitätsverpflichtung für nummernunabhängige interpersonelle

²⁵ Rat der Europäischen Union, Regulierung von Big Tech: Rat einigt sich auf mehr Wettbewerb im digitalen Bereich, Pressemitteilung, 25. November 2021.

²⁶ Europäisches Parlament, Digital Markets Act: Parliament ready to start negotiations with Council, Pressemitteilung, 15. Dezember 2021.

²⁷ Europäisches Parlament, Deal on Digital Markets Act: ensuring fair competition and more choice for users, Pressemitteilung, 24. März 2022.

²⁸ Monopolkommission, Sondergutachten 82 (2021): Empfehlungen für einen effektiven und effizienten Digital Markets Act, Baden-Baden, 2022 bzw. Monopolkommission, 8. Policy Brief: DMA stärker auf marktübergreifende Ökosysteme ausrichten!, Juli 2021.

²⁹ Näher dazu Monopolkommission, Sondergutachten 82 (2021), a. a. o., vgl. Fn. 28, Tz. 29 ff.

³⁰ Näher dazu ebenda, vgl. Fn. 28, Tz. 51 ff. bzw. 130 ff.

Kommunikationsdienste aufgenommen.³¹ Dies betrifft vor allem sog. „Messenger“. Danach sollen Gatekeeper verpflichtet werden, ihre Messenger auf Wunsch eines Wettbewerbers interoperabel zu machen, sodass sich z. B. Nutzerinnen und Nutzern von WhatsApp mit jenen kleinerer Anbieter (z. B. Threema, Signal, Telegram) gegenseitig austauschen können. In einem ersten Schritt muss diese Verpflichtung innerhalb von zwei Jahren nach Inkrafttreten des DMA umgesetzt werden und muss zunächst nur die Kommunikation zwischen zwei Personen mittels Text und Anhängen erfassen. In einem zweiten Schritt sollen sodann – nach weiteren zwei Jahren – Sprach- und Videoanrufe möglich sein sowie eine Kommunikation in Gruppen.

178. Die Monopolkommission hatte sich in ihrem 12. Sektorgutachten Telekommunikation eingehend mit den Vor- und Nachteilen von Interoperabilitätsverpflichtungen für derartige Dienste befasst.³² Sie begrüßt zwar, dass im DMA ein asymmetrischer Ansatz gewählt worden ist, d. h., eine Interoperabilitätsverpflichtung nur für die Dienste der Gatekeeper bestehen soll und kleinere Dienste nicht zur Herstellung von Interoperabilität verpflichtet werden. Dies wäre ein wettbewerbsschädlicher und unverhältnismäßiger Eingriff gewesen.³³ Zudem ist eine Beschränkung der Verpflichtung auf bestimmte Funktionalitäten grundsätzlich sinnvoll, um den von den Gatekeepern ausgehenden Innovationswettbewerb nicht zum Erliegen zu bringen.³⁴ Dennoch erscheint gegenwärtig auch eine asymmetrische Interoperabilitätsverpflichtung nicht geboten, da sie nach jetziger Einschätzung in wettbewerblicher Hinsicht mit mehr Nachteilen als Vorteilen einhergeht.³⁵ Wie eine Interoperabilität bei Messengern im DMA technisch genau ausgestaltet werden soll, ist noch unklar, da der Gesetzestext selbst noch nicht vorliegt. Für die Umsetzung ist jedoch generell auf folgende Punkte hinzuweisen: Bei einer asymmetrischen Interoperabilitätsverpflichtung gilt es insbesondere darauf zu achten, dass sie umfassende Nichtdiskriminierungsbedingungen enthält und nicht bestimmte (proprietäre) Standards oder Schnittstellen bevorzugt und dadurch die Stellung eines Dienstes oder einer Gruppe von Diensten gegenüber Dritten begünstigt.³⁶ In der Praxis wird es daher darauf ankommen, dass bei der Durchsetzung des DMA die Standardsetzung durch die Gatekeeper nicht zu einer weiteren Verstärkung ihrer Marktstellung führt und kleinere Wettbewerber noch höheren Marktzutrittsbarrieren ausgesetzt sind, indem sie ihre Dienste an den Vorgaben der Gatekeeper ausrichten müssen.³⁷

1.1.4 Überarbeitung der Vertikal-GVO und der Vertikal-Leitlinien

179. Die Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung (Vertikal-GVO)³⁸ normiert bestimmte Voraussetzungen, unter denen vertikale Vereinbarungen von dem Kartellverbot in Art. 101 Abs. 1 AEUV freigestellt sind. Dabei geht die Vertikal-GVO pauschal und unwiderleglich davon aus, dass eine von ihr erfasste Vereinbarung die Voraussetzungen von Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllt, die mit der Vereinbarung verbundenen Effizienzgewinne eine etwaige Wettbewerbsbeschränkung also überwiegen. Die Vertikal-GVO gilt gemäß § 2 Abs. 2 GWB auch für das Kartellverbot aus

³¹ c't Magazin, <https://www.heise.de/news/EU-einigt-sich-auf-strenge-Regeln-fuer-Tech-Konzerne-6660796.html>, Abruf am 2. Mai 2022

³² Siehe dazu ausführlich zu den ökonomischen und juristischen Implikationen derartige Eingriffe Monopolkommission, 12. Sektorgutachten Telekommunikation (2021): Wettbewerb im Umbruch, Baden-Baden, 2021, Tz. 203 ff.

³³ Ebenda, vgl. Fn. 32, Tz. 235.

³⁴ Ebenda, vgl. Fn. 32, Tz. 236.

³⁵ Siehe dazu umfassend ebenda, vgl. Fn. 32, Tz. 205 ff.

³⁶ Dazu bereits ebenda, vgl. Fn. 32, Tz. 236.

³⁷ Siehe zu den hierbei geäußerten Bedenken auch Sektoruntersuchung Messenger- und Video-Dienste – Zwischenbericht, Bonn, November 2021, S. 61.

³⁸ Verordnung (EU) 2022/720 der Kommission über die Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweise vom 10. Mai 2022, ABL. L 134 vom 11. Mai 2022, 4.

§ 1 GWB. Begleitet wird die Vertikal-GVO von Leitlinien, in denen die Europäische Kommission ihr Verständnis von der Vertikal-GVO sowie den Möglichkeiten und Grenzen einer Einzelfreistellung erläutert (Vertikal-Leitlinien)³⁹.

180. Mit Ablauf des 31. Mai 2022 ist die alte Vertikal-GVO⁴⁰ außer Kraft getreten. Die Europäische Kommission hatte daher bereits am 9. Juli 2021 Entwürfe für deren Überarbeitung sowie der Neufassung der alten Vertikal-Leitlinien veröffentlicht und beide einer öffentlichen Konsultation unterzogen, die bis zum 17. September 2021 andauerte.⁴¹ Vom 4. bis 18. Februar 2022 lief eine ergänzende Konsultation, die die Regelung bezüglich des Informationsaustauschs bei dualen Vertriebswegen betraf.⁴² Schließlich hat die Europäische Kommission am 10. Mai 2022 die Neufassung der Verordnung und der Leitlinien angenommen. Die Freistellung nach der Vertikal-GVO gilt, wie bisher, wenn eine doppelte Marktanteilsschwelle nicht überschritten wird. Danach dürfen weder der Anbieter noch der Abnehmer auf dem jeweils relevanten Markt, auf dem sie die Vertragswaren anbieten bzw. beziehen, einen Marktanteil in Höhe von mehr als 30 Prozent haben (Art. 3 Vertikal-GVO). Außerdem kommt eine Freistellung der in Rede stehenden Vereinbarung nach der Vertikal-GVO nur dann in Betracht, wenn es sich bei der Vereinbarung weder um eine Kernbeschränkung noch um eine nicht freigestellte Beschränkung (bestimmte Wettbewerbsverbote) handelt (Art. 4 f. Vertikal-GVO). Die Europäische Kommission nimmt insbesondere die folgenden Anpassungen bzw. Klarstellungen gegenüber der bisher geltenden Fassung vor:

- Online-Plattformen gelten als Anbieter (Art. 1 Abs. 1 lit. d Vertikal-GVO), nicht mehr als Handelsvertreter/Abnehmer,⁴³ weshalb sie nunmehr etwa dem Preisbindungsverbot unterfallen können (Kernbeschränkung gemäß Art. 4 lit. a Vertikal-GVO).
- Vereinbarungen zwischen Online-Hybrid-Plattformen und ihren gewerblichen Nutzerinnen und Nutzern sind von einer Freistellung nach der Vertikal-GVO generell ausgenommen (Art. 2 Abs. 6 Vertikal-GVO). In Erwägungsgrund 14 der Vertikal-GVO wird diese Regelung damit begründet, dass *„Anbieter von Online-Vermittlungsdiensten mit einer solchen Hybridstellung [...] die Fähigkeit und den Anreiz haben [können], das Ergebnis des Wettbewerbs auf dem relevanten Markt für den Verkauf der vermittelten Waren oder Dienstleistungen zu beeinflussen.“*
- Weite Meistbegünstigungsklauseln gelten als nicht freigestellte Beschränkungen (Art. 5 Abs. 1 lit. d Vertikal-GVO), während enge Bestpreisklauseln weiterhin freistellungsfähig sind (Vertikal-Leitlinien, Tz. 369 ff.).⁴⁴
- Maßnahmen, die darauf abzielen, dass Produkte nicht über die von einem Dritten betriebene Webseite verkauft werden (sog. Drittplattformverbote), sind grundsätzlich freistellungsfähig (Vertikal-Leitlinien, Tz. 332 ff.).⁴⁵

³⁹ Europäische EU-Kommission, Approval of the content of a draft for a Communication from the Commission, Guidelines on vertical restraints, C (2022) 3006 final vom 10. Mai 2020.

⁴⁰ Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen vom 20. April 2010, ABl. L 102 vom 23. April 2010, 1.

⁴¹ Europäische Kommission, Kartellrecht: Kommission fordert Interessenträger auf, zu den Entwürfen der überarbeiteten Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung und der überarbeiteten Vertikal-Leitlinien Stellung zu nehmen, Pressemitteilung, 9. Juli 2021.

⁴² https://ec.europa.eu/competition-policy/public-consultations/2021-vber_de, Abruf am 11. Mai 2022.

⁴³ OLG Düsseldorf, VI-U (Kart) 5/17, 4. Dezember 2017, Expedia, NZKart 2018, 54-57, Rz. 31.

⁴⁴ Das Bundeskartellamt hatte an einer Freistellungsfähigkeit enger Bestpreisklauseln in der *Booking*-Entscheidung Zweifel, konnte die Frage aber offenlassen, da die Marktanteilsschwelle für die Anwendbarkeit der Vertikal-GVO überschritten war; vgl. BKartA, B9-121/13, 22. Dezember 2015, Booking, Rz. 253. Siehe zu Bestpreisklauseln auch Monopolkommission, XXIII. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 5, Tz. 486 ff.

⁴⁵ So bereits EuGH, C-230/16, 6. Dezember 2017, Coty, ECLI:EU:C:2017:941. Das Bundeskartellamt hat zuvor auch an der Freistellungsfähigkeit von Drittplattformverboten Zweifel geäußert; BKartA, B2-98/11, 26. August 2015, Asics, Tz. 531 ff. Siehe zu Drittplattformverboten auch Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, Wettbewerb 2018, Baden-Baden, 2018, Tz. 823 ff.

- Preissysteme, bei denen der Anbieter demselben Abnehmer unterschiedliche Einkaufspreise für Produkte berechnet, je nachdem, ob sie online oder offline weiterverkauft werden sollen (sog. Doppelpreissysteme), sind freistellungsfähig, sofern die Preisdifferenzierung einen Anreiz oder eine Belohnung für ein angemessenes Investitionsvolumen darstellt und im Verhältnis zu den Kosten des jeweiligen Vertriebskanals steht (Vertikal-Leitlinien, Tz. 209). Außerdem müssen die qualitativen Vorgaben, die der Anbieter dem Abnehmer für Online-Verkäufe einerseits und Offline-Verkäufe andererseits im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems macht, nicht mehr gleichwertig sein (Vertikal-Leitlinien, Tz. 235).⁴⁶
- Vereinbarungen betreffend den Internetvertrieb dürfen allerdings nicht dazu führen, dass eine wirksame Nutzung des Internets zum Verkauf der Vertragswaren und -dienstleistungen verhindert wird, da dies eine Kernbeschränkung nach Art. 4 lit. e Vertikal-GVO darstellt.

1.1.5 Überarbeitung der Horizontal-GVOen und der Horizontal-Leitlinien

181. Im Gegensatz zur Vertikal-GVO regeln die Horizontal-Gruppenfreistellungsverordnungen (Horizontal-GVOen) mit den zugehörigen Leitlinien die Freistellung von Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die nicht auf unterschiedlichen, sondern auf derselben Marktstufe tätig und damit potenzielle oder tatsächliche Wettbewerber sind. Die Regelungsmaterie besteht aus der Forschungs- und Entwicklungs-Gruppenfreistellungsverordnung (FuE-GVO),⁴⁷ der Spezialisierungs-Gruppenfreistellungsverordnung (Spezialisierungs-GVO)⁴⁸ sowie den Horizontal-Leitlinien.⁴⁹ Die Verordnungen stellen FuE- bzw. Spezialisierungsvereinbarungen unter den dort jeweils genannten Voraussetzungen vom Kartellverbot frei. Die Spezialisierungs-GVO zielt unter anderem auf Vereinbarungen ab, die eine einseitige oder gegenseitige Spezialisierung zum Gegenstand haben, sodass sich Unternehmen gegenseitig verpflichten, bestimmte Produkte nicht oder nur ausschließlich zu produzieren (Art. 1 Abs. 1 lit. a-d Spezialisierungs-GVO). Hingegen bezieht sich die FuE-GVO auf solche Vereinbarungen, denen eine gemeinsame Forschung und Entwicklung zugrunde liegt (Art. 1 Abs. 1 lit. a FuE-GVO). Beide Verordnungen gelten bis zum 31. Dezember 2022. Die Europäische Kommission überarbeitet derzeit die Verordnungen und Leitlinien und plant, die Neuregelungen zum 1. Januar 2023 in Kraft treten zu lassen.⁵⁰ Erste Entwürfe hierzu wurden am 1. März 2022 veröffentlicht und eine öffentliche Konsultation durchgeführt, die bis zum 26. April 2022 andauerte.⁵¹

182. Mit der Reform soll insbesondere der Kritik begegnet werden, nach der einige Bestimmungen der Gruppenfreistellungsverordnungen zu starr und komplex seien, und der Grad der Rechtssicherheit, den die Horizontal-Leitlinien bieten, für die verschiedenen Arten von Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit uneinheitlich sei.⁵² Neu hinzukommen soll bei den Horizontal-Leitlinien ein neuntes Kapitel, das die Prüfung von Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern über Nachhaltigkeitsziele erläutert. Die Leitlinien verstehen in Bezugnahme auf die Ziele

⁴⁶ Dazu noch Abschnitt 2.4.

⁴⁷ Verordnung (EU) Nr. 1217/2010 der Kommission über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung vom 14. Dezember 2010, ABl. L 335 vom 18. Dezember 2010, 36.

⁴⁸ Verordnung (EU) Nr. 1218/2010 der Kommission über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen vom 14. Dezember 2010, ABl. L 335 vom 18. Dezember 2010, 43.

⁴⁹ Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit ABl. C 11 vom 14. Januar 2011, 1.

⁵⁰ Europäische Kommission, Kartellrecht: Kommission bittet um Stellungnahme zu den Entwürfen der überarbeiteten Vorschriften für Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit zwischen Unternehmen, Pressemitteilung, 1. März 2022.

⁵¹ Europäische Kommission, https://ec.europa.eu/competition-policy/public-consultations/2022-hbers_de, Abruf am 4. Mai 2022.

⁵² Europäische Kommission, Pressemitteilung, 1. März 2022, a. a. O., vgl. Fn. 50.

der Vereinten Nationen⁵³ für nachhaltige Entwicklung und den europäischen Grünen Deal⁵⁴ unter einer nachhaltigen Entwicklung

„die Fähigkeit der Gesellschaft, die heute verfügbaren Ressourcen zu verbrauchen und zu nutzen, ohne die Fähigkeit künftiger Generationen zu gefährden, ihre eigenen Bedürfnisse zu decken. Sie umfasst Tätigkeiten, die die wirtschaftliche, ökologische und soziale Entwicklung (einschließlich Arbeitnehmer- und Menschenrechte) unterstützen. Der Begriff des Nachhaltigkeitsziels umfasst daher unter anderem die Bekämpfung des Klimawandels (z. B. durch die Verringerung der Treibhausgasemissionen), die Vermeidung von Umweltverschmutzung, die Begrenzung der Nutzung natürlicher Ressourcen, die Achtung der Menschenrechte, die Förderung einer widerstandsfähigen Infrastruktur und von Innovationen, die Verringerung der Nahrungsmittelverschwendung, die Erleichterung des Übergangs zu gesunden und nährstoffreichen Nahrungsmitteln, die Gewährleistung des Tierschutzes“ (Tz. 543 des Entwurfs)

183. Damit ist der Umfang der berücksichtigungsfähigen Ziele breit gewählt. Dieses Kapitel soll nur subsidiär zur Anwendbarkeit kommen, d. h. nicht, wenn die in Frage stehenden Vereinbarungen bereits durch die vorstehenden Kapitel gewürdigt werden (Tz. 556 des Entwurfs). Eine Vereinbarung, gemeinsam eine Produktionstechnologie zu entwickeln, die den Energieverbrauch senkt, muss z. B. nach den in Kapitel 2 dargelegten Grundsätzen für FuE-Vereinbarungen geprüft werden (Tz. 556 des Entwurfs). Zudem gelten die Leitlinien nicht für Absprachen, die sich auf die Produktion von oder den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen beziehen und die darauf abzielen, hohe Nachhaltigkeitsstandards anzuwenden, und die gemäß Artikel 210a der Verordnung (EU) Nr. 1308/2013 über eine gemeinsame Marktorganisation für landwirtschaftliche Erzeugnisse von Art. 101 Abs. 1 AEUV ausgenommen sind (Tz. 51 des Entwurfs).⁵⁵ Besonderes Augenmerk soll in den Leitlinien auf die Vereinbarungen zur Festlegung von Nachhaltigkeitsstandards gelegt werden, da dies nach Auffassung der Europäischen Kommission die häufigste Form der Kooperation bei der Verfolgung von Nachhaltigkeitszielen sein dürfte und sich die so festgelegten Standards von den Technologiestandards unterscheiden, die in Kapitel 7 der Leitlinien behandelt werden.⁵⁶ Die Monopolkommission befasst sich in Kapitel IV dieses Gutachtens eingehend mit der Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten im Wettbewerbsrecht.

1.1.6 Überarbeitung der Bekanntmachung der Europäischen Kommission über die Marktabgrenzung

184. Die sachliche und räumliche Marktabgrenzung spielt eine zentrale Rolle bei der Anwendung des Wettbewerbsrechts: Sie dient dazu, die tatsächlichen Wettbewerber zu ermitteln, die Druck auf die geschäftlichen Entscheidungen der betreffenden Unternehmen ausüben, um unter anderem die Berechnung von Marktanteilen zu ermöglichen, die für die Fusionskontroll- und Kartellverfahren zur Bewertung der Marktmacht herangezogen werden. Um insbesondere Unternehmen in die Lage zu versetzen abzuschätzen, ob die Europäische Kommission in einem konkreten Fall möglicherweise wettbewerbliche Bedenken geltend machen wird, veröffentlicht sie Erläuterungen, wie sie diese Marktabgrenzung vornimmt. Diese Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts wird derzeit überarbeitet, da sie nach ihrem Inkrafttreten im Dezember 1997 nicht mehr geändert wurde und neuere Entwicklungen möglicherweise nicht mehr hinreichend berücksich-

⁵³ Vereinte Nationen, Resolution der Generalversammlung vom 25. September 2015, Transformation unserer Welt: die Agenda 2030 für nachhaltige Entwicklung.

⁵⁴ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Der europäische Grüne Deal vom 11. Dezember 2019, COM(2019) 640 final.

⁵⁵ Art. 210a der Verordnung (EU) Nr. 1308/2013 wurde eingeführt mit der Verordnung (EU) 2021/2117 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 2. Dezember 2021 zur Änderung der Verordnungen (EU) Nr. 1308/2013, (EU) Nr. 1151/2012, (EU) Nr. 251/2014 und (EU) Nr. 228/2013, ABl. L 435 vom 6. Dezember 2021, 262.

⁵⁶ Europäische Kommission, Überarbeitung der Horizontal-Gruppenfreistellungsverordnungen und der Horizontal-Leitlinien - Überblick über die wichtigsten vorgeschlagenen Änderungen, abrufbar unter https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_22_1371, Abruf am 4. Mai 2022.

tigt werden.⁵⁷ Zu diesem Zweck leitete die Europäische Kommission im März 2020 ein Evaluierungsverfahren ein, führte eine Konsultation der Öffentlichkeit und der nationalen Wettbewerbsbehörden der EU durch und gab ein externes Gutachten in Auftrag.⁵⁸

185. Die Evaluierung wurde im Juli 2021 mit folgenden Ergebnissen abgeschlossen:⁵⁹ Insgesamt wird die Bekanntmachung weiterhin als wichtiges Instrument angesehen, um Transparenz für die Unternehmen zu schaffen. Grundsätzlich sind die in der Bekanntmachung enthaltenen Ausführungen nach wie vor als korrekt, umfassend und klar anzusehen, auch wenn bei einzelnen Aspekten ein Aktualisierungsbedarf besteht. Konkret benannt werden insoweit etwa der Einsatz und Zweck des sog. SSNIP-Tests („small significant non transitory increase in price“, kleiner signifikanter nicht vorübergehender Preisanstieg). Zu den bislang noch nicht vollständig berücksichtigten Neuerungen zählen insbesondere die Folgen der Digitalisierung, die im Jahr 1997 noch nicht absehbar waren: Hier wird die Durchführung der Marktabgrenzung z. B. bei mehrseitigen Plattformen, auf denen Dienstleistungen zu einem monetären Nullpreis angeboten werden, vor neue Probleme gestellt. Umstritten ist hierbei etwa, inwiefern auf den Plattformseiten mehrere relevante Märkte vorliegen oder es sich insgesamt um einen einheitlichen Markt handelt.⁶⁰ Ein weiteres wichtiges Thema ist die voranschreitende Globalisierung, die im Rahmen der räumlichen Marktabgrenzung zunehmend zu einer Abgrenzung weltweiter Märkte führt.⁶¹ Die Europäische Kommission plant, die etwa notwendigen Überarbeitungen der Bekanntmachung bis zum ersten Quartal des Jahres 2023 abzuschließen.⁶²

1.1.7 Erarbeitung von Leitlinien zu Tarifverträgen über die Arbeitsbedingungen von Solo-Selbstständigen

186. Digitale Arbeitsplattformen nehmen eine stetig steigende Bedeutung auf dem Arbeitsmarkt ein und sind in einer Vielzahl von Sektoren verbreitet: Die Spanne der darüber abgewickelten Tätigkeiten reicht von Fahr- und Lieferdiensten über Hausarbeit bis hin zu architektonischer Gestaltung, Übersetzungen und IT-Entwicklung.⁶³ Am 9. Dezember 2021 stellte die Europäische Kommission ein Maßnahmenpaket vor, das die Arbeitsbedingungen von Menschen verbessern soll, die über solche digitale Plattformen arbeiten.⁶⁴ Erstens soll eine Mitteilung die Vorge-

⁵⁷ Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft vom 9. Dezember 1997, ABl. C 372 vom 9. Dezember 1997, 5.

⁵⁸ Europäische Kommission, Wettbewerb: Kommission veröffentlicht Ergebnisse der Evaluierung der Bekanntmachung über die Marktdefinition, Pressemitteilung, 12. Juli 2021.

⁵⁹ Siehe dazu Europäische Kommission, Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen – Evaluierung der Bekanntmachung der Kommission vom 9. Dezember 1997 über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, SWD(2021) 199 final, 12. Juli 2021, S. 66 ff. sowie die dazugehörige Zusammenfassung Europäische Kommission, Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen – Evaluierung (Zusammenfassung) der Bekanntmachung der Kommission vom 9. Dezember 1997 über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, SWD(2021) 200 final, 12. Juli 2021. Siehe für eine Zusammenfassung und Bewertung der Evaluationsergebnisse auch Kruse, J./Maturana, S., Die Zukunft der Marktabgrenzung – Evaluierungsergebnisse der Kommission zur Bekanntmachung über die Marktdefinition, NZKart, 2021, S. 449–455.

⁶⁰ Kruse, J./Maturana, S., Die Zukunft der Marktabgrenzung – Evaluierungsergebnisse der Kommission zur Bekanntmachung über die Marktdefinition, a. a. O., vgl. Fn. 59, S. 453 f. mit weiteren Nachweisen.

⁶¹ Europäische Kommission, Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen – Evaluierung der Bekanntmachung der Kommission vom 9. Dezember 1997 über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, a. a. O., vgl. Fn. 59, S. 42 ff. Siehe dazu auch die Darstellung und Bewertung bei Kruse, J./Maturana, S., Die Zukunft der Marktabgrenzung – Evaluierungsergebnisse der Kommission zur Bekanntmachung über die Marktdefinition, a. a. O., vgl. Fn. 59, S. 451 bzw. 454.

⁶² https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13308-EU-Wettbewerbsrecht-Aktualisierung-der-Bekanntmachung-uber-die-Marktdefinition-Uberarbeitung-_de, Abruf am 9. Mai 2022.

⁶³ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Bessere Arbeitsbedingungen für ein stärkeres soziales Europa: die Vorteile der Digitalisierung für die Zukunft der Arbeit in vollem Umfang nutzen vom 9. Dezember 2021, COM(2021) 761 final, S. 2 f.

⁶⁴ Europäische Kommission, Vorschläge der Kommission zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen von Menschen, die über digitale Arbeitsplattformen arbeiten, Pressemitteilung, 9. Dezember 2021.

hungsweise der Europäischen Union im Bereich der Plattformarbeit erläutern. Zweitens soll eine Richtlinie erlassen werden, die insbesondere Vorgaben zur korrekten Feststellung des Beschäftigtenstatus (Arbeitnehmer(in)/Selbstständige(r)) aufstellt. Drittens hat die Europäische Kommission einen Entwurf für Leitlinien vorgelegt, die die Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts auf Tarifverträge von Solo-Selbstständigen⁶⁵ klarstellen soll (Tarifvertrags-Leitlinien-E).

187. Vor allem der letztgenannte Punkt hat eine hohe Bedeutung für die künftige Anwendung des Kartellrechts. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist das Kartellverbot auf Tarifverträge zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbänden grundsätzlich nicht anwendbar.⁶⁶ Dies gilt im Ergebnis auch für Tarifverträge, die Personen betreffen, die nach nationalem Recht zwar nicht als Arbeitnehmer, sondern als Selbstständige anzusehen sind, sich aber in einer mit Arbeitnehmern vergleichbaren Situation befinden.⁶⁷ Ob die Situation eines Selbstständigen mit der eines Arbeitnehmers vergleichbar ist, muss in einer Einzelfallbeurteilung festgestellt werden, die zwangsläufig mit gewissen Unsicherheiten verbunden ist. Diesen Unsicherheiten, die durch die Zunahme der Online-Plattformwirtschaft weiter verstärkt werden, will die Europäische Kommission mit den Leitlinien begegnen.⁶⁸ Sie benennt dafür drei Fallgruppen: Erstens liegt eine Vergleichbarkeit dann vor, wenn Solo-Selbstständige wirtschaftlich abhängig sind, also ihre Dienstleistungen ausschließlich oder vorwiegend (d. h. mindestens zu 50 %) für eine einzige Gegenpartei erbringen (Tz. 24 f. Tarifvertrags-Leitlinien-E). Als zweite Fallgruppe werden Solo-Selbstständige genannt, die „*Seite an Seite*“ mit Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern arbeiten, d. h., dieselben oder ähnliche Aufgaben wie diese übernehmen (Tz. 26 f. Tarifvertrags-Leitlinien-E). Drittens wird die Tätigkeit über digitale Arbeitsplattformen aufgezählt, die sogleich definiert wird (Tz. 28 ff., 30 Tarifvertrags-Leitlinien-E). Wesentlich für die Vergleichbarkeit zur Situation der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ist im letztgenannten Fall insbesondere, dass die Plattform „*die Organisation der Arbeit*“ der Einzelpersonen umfasst und nicht nur ein bloßes Kommunikationsmittel zu den Endnutzerinnen und Endnutzern darstellt. Die Einbeziehung von Selbstständigen, die über digitale Plattformen arbeiten, wird damit begründet, dass einzelne Plattformen eine hohe Kundenreichweite haben und Solo-Selbstständige faktisch keine Wahlmöglichkeiten haben. Abschließend sind in den Leitlinien Fälle genannt, in denen Solo-Selbstständige nicht in einer vergleichbaren Situation sind wie Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, ihre Tarifverträge also vom Anwendungsbereich des Art. 101 AEUV grundsätzlich erfasst sind, die Kommission jedoch nicht gegen die Tarifverträge vorzugehen gedenkt, da die betroffenen Personen aus sonstigen Gründen eine schwache Position gegenüber ihren Gegenparteien haben (Tz. 32 ff. Tarifvertrags-Leitlinien-E). Genannt wird hier beispielsweise eine hohe Wirtschafts- und Nachfragemacht der Gegenparteien.

188. Das Verfahren hat bereits folgende Schritte durchlaufen:⁶⁹ Nachdem die Europäische Kommission am 6. Januar 2021 eine Folgenabschätzung zur Anfangsphase der Initiative veröffentlicht hatte, folgte zwischen dem 5. März und 31. Mai 2021 eine öffentliche Konsultation von Sozialpartnern und anderen Interessenträgern. Derzeit werden die Stellungnahmen ausgewertet, die zu dem von der Europäischen Kommission vorgelegten Entwurf der Leitlinien bis zum 24. Februar 2022 im Rahmen einer öffentlichen Konsultation abgegeben werden konnten.

⁶⁵ Dabei handelt es sich um Selbstständige, die keine Mitarbeiter beschäftigen, ebenda, vgl. Fn. 64. In den Leitlinien werden sie als Personen definiert, die über keinen Arbeitsvertrag verfügen oder die in keinem Arbeitsverhältnis stehen und die zur Erbringung der betreffenden Dienstleistungen *in erster Linie auf die eigene Arbeitskraft angewiesen* sind (Tz. 19 Tarifvertrags-Leitlinien-E).

⁶⁶ EuGH, C-67/96, 21. September 1999, Albany, ECLI:EU:C:1999:430, Tz. 59.

⁶⁷ Vgl. EuGH, C-413/13, 4. Dezember 2014, FNV KIM, ECLI:EU:C:2014:2411, Tz. 31, 36.

⁶⁸ Tarifvertrags-Leitlinien-E, Tz. 9.

⁶⁹ Europäische Kommission, Kartellrecht: Kommission bittet um Stellungnahmen zum Entwurf der Leitlinien zu Tarifverträgen über die Arbeitsbedingungen von Solo-Selbstständigen, Pressemitteilung, 9. Dezember 2021.

1.1.8 Vereinfachung von EU-Fusionskontrollverfahren

189. Die Fusionskontrolle auf Unionsebene ist in der EU-Fusionskontrollverordnung geregelt und wird hinsichtlich Verfahrensfragen durch eine Durchführungsverordnung der Europäischen Kommission präzisiert.⁷⁰ Bereits seit dem Jahr 2000 besteht die Möglichkeit, dass bestimmte Zusammenschlüsse, die voraussichtlich keine wettbewerblichen Bedenken aufwerfen, in einem vereinfachten Verfahren geprüft werden. Am 6. Mai 2022 veröffentlichte die Europäische Kommission ihre Vorschläge zur öffentlichen Konsultation, die auf eine weitere Vereinfachung gegenüber einer bereits im Jahr 2013 erfolgten Reform dieses Verfahrens abzielen.⁷¹ Darin werden die Interessensträger aufgerufen, zum Entwurf einer überarbeiteten Durchführungsverordnung zur Fusionskontrollverordnung und zum Entwurf einer überarbeiteten Bekanntmachung über ein vereinfachtes Verfahren Stellung zu nehmen. Eine Stellungnahme von Interessensträgern war bis zum 3. Juni 2022 möglich, und die Europäische Kommission strebt an, das Überarbeitungsverfahren im Jahr 2023 abzuschließen. Inhaltlich schlägt die Europäische Kommission vor, die Kategorien von Zusammenschlüssen, die für ein vereinfachtes Verfahren infrage kommen, zu erweitern⁷² und klarer zu fassen, die Prüfung von Zusammenschlüssen insgesamt durch eine bessere Informationserhebung zu straffen sowie die seit der Corona-Pandemie vorübergehend mögliche digitale Übermittlung von Unterlagen dauerhaft beizubehalten.⁷³

1.2 Überblick über die kartellrechtliche Entscheidungspraxis

1.2.1 Fusionskontrolle

1.2.1.1 Deutsche Fusionskontrolle

190. Im Berichtszeitraum wurden insgesamt 2.261 Zusammenschlussvorhaben zur fusionskontrollrechtlichen Prüfung beim Bundeskartellamt angemeldet, von denen auf das Jahr 2020 1.236 und auf das Jahr 2021 1.025 Anmeldungen entfielen. Der deutliche Rückgang der Anmeldungen im Vergleich zum vorangegangenen Berichtszeitraum 2018/2019, in dem insgesamt 2.816 Zusammenschlussvorhaben angemeldet wurden, ist zunächst mit den Auswirkungen der Corona-Pandemie sowie sodann mit der Anhebung der Anmeldeschwellen im Zuge der 10. GWB-Novelle im Januar 2021 zu erklären.⁷⁴ Der ganz überwiegende Teil der angemeldeten Zusammenschlussvorhaben konnte im Vorprüfverfahren freigegeben werden. Das Bundeskartellamt schloss 19 Hauptprüfverfahren ab, und zwar neun im Jahr 2020 und zehn im Jahr 2021 (2018/2019: 29 Hauptprüfverfahren). Ein Großteil der Anmeldungen im Hauptprüfverfahren wurde von den Unternehmen zurückgenommen, nachdem das Bundeskartellamt ihnen seine wettbewerblichen Bedenken mitgeteilt hatte, und zwar insbesondere im Jahr 2021 (fünf Rücknahmen). Im Jahr 2020 untersagte das Bundeskartellamt kein und im Jahr 2021 ein Zu-

⁷⁰ Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. L 24 vom 29. Januar 2004, 1 bzw. Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission vom 7. April 2004 zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. L 133 vom 30. April 2004, 1.

⁷¹ Europäische Kommission, Fusionskontrolle: Kommission bittet um Stellungnahme zur vorgeschlagenen Vereinfachung von Fusionskontrollverfahren, Pressemitteilung, 6. Mai 2022.

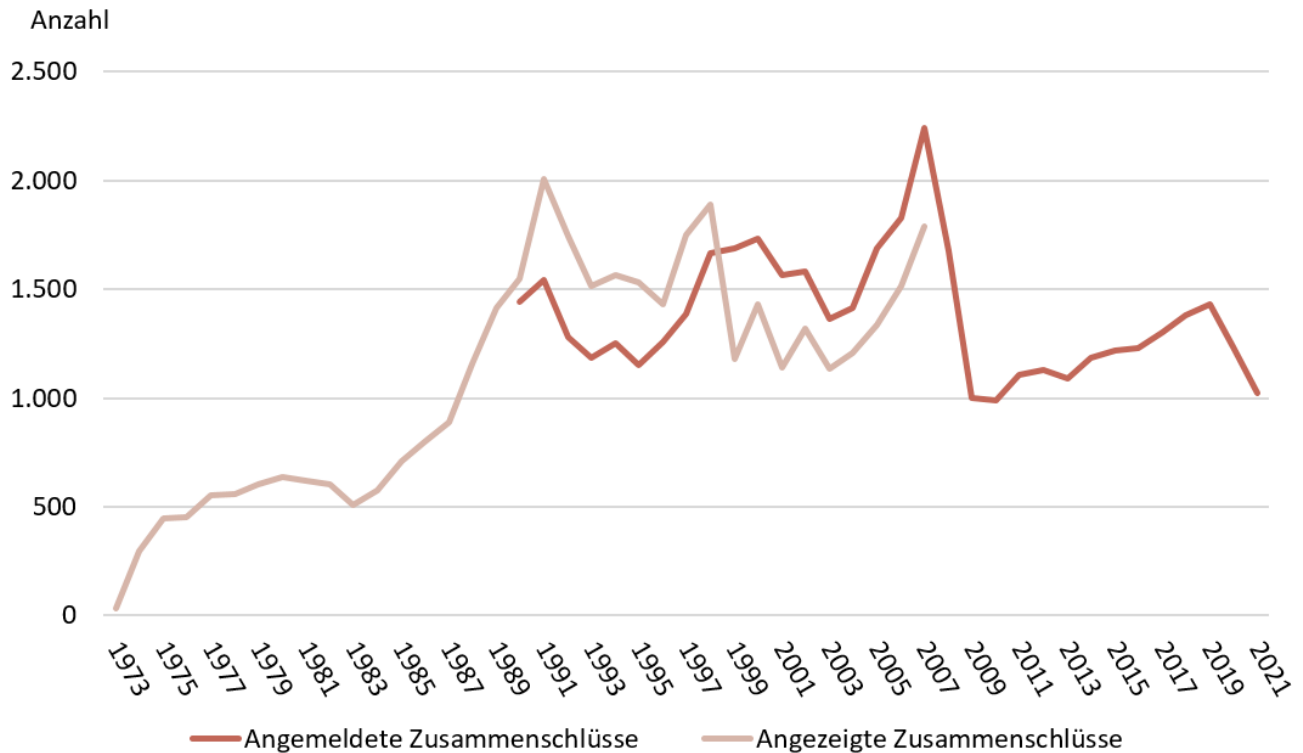
⁷² Als eine weitere Kategorie wird etwa genannt, dass „der individuelle oder gemeinsame Anteil der an dem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen an einem vorgelagerten Markt [...] nach allen plausiblen Marktdefinitionen weniger als 30 % [beträgt] und sie [...] gemeinsam weniger als 30 % der Vorleistungen auf diesem Markt [beziehen]“, Europäische Kommission, begleitender Vermerk zur Durchführungsverordnung und zur Bekanntmachung über das vereinfachte Verfahren, abrufbar unter https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_22_2806, S. 3, Abruf am 18. Mai 2022.

⁷³ Ebenda, vgl. Fn. 72, S. 3.

⁷⁴ Die beiden Inlandsumsatzschwellen betragen nunmehr EUR 50 Mio. und EUR 17,5 Mio. statt zuvor EUR 25 Mio. bzw. EUR 5 Mio. Dazu bereits Tz. 170.

sammenschlussvorhaben.⁷⁵ Im vorangegangenen Berichtszeitraum wurden dagegen vier Zusammenschlussvorhaben untersagt. Die Anzahl der Untersagungen in den einzelnen Berichtszeiträumen unterliegt allerdings großen Schwankungen. Einzelheiten zur Fusionskontrollstatistik können den folgenden Abbildungen und Tabellen entnommen werden:

Abbildung II.1: Anzahl der angemeldeten Zusammenschlüsse und der vollzogenen Zusammenschlüsse



Anm.: Über den Vollzug von Zusammenschlüssen liegen seit 2008 keine verlässlichen Zahlen mehr vor. Daher sind die angezeigten Zusammenschlüsse nur bis 2007 dargestellt.

Quelle: eigene Darstellung nach Angaben des Bundeskartellamtes

⁷⁵ BKartA, V-36/20, 28. September 2021, Thüringische Landeszeitung/Ostthüringer Zeitung. Eine weitere Untersagung erließ das Bundeskartellamt erst nach Abschluss des von der Monopolkommission für die hiesige Fusionskontrollstatistik betrachteten Zeitraums 2020/2021; vgl. BKartA, B1-137/21, 14. Januar 2022, ACO/BIRCO.

Tabelle II.1: Übersicht über die Anzahl der angemeldeten und vollzogenen Zusammenschlüsse sowie der vom Bundeskartellamt ausgesprochenen Untersagungen, gegliedert nach Berichtszeiträumen der Monopolkommission

Jahr	Anzeigen vollzogener Zusammenschlüsse	Angemeldete Zusammenschlüsse	Untersagungen
1973/1975	773		5
1976/1977	1.007		7
1978/1979	1.160		13
1980/1981	1.253		21
1982/1983	1.109		10
1984/1985	1.284		13
1986/1987	1.689		5
1988/1989	2.573		16
1990/1991	3.555	2.986	8
1992/1993	3.257	2.467	6
1994/1995	3.094	2.408	8
1996/1997	3.185	2.644	9
1998/1999	3.070	3.354	8
2000/2001	2.567	3.303	4
2002/2003	2.452	2.950	8
2004/2005	2.541	3.099	18
2006/2007	3.303	4.071	12
2008/2009	-	2.673	7
2010/2011	-	2.095	3
2012/2013	-	2.218	5
2014/2015	-	2.407	2
2016/2017	-	2.530	1
2018/2019	-	2.816	4
2020/2021	-	2.261	1
Davon:			
2020	-	1.236	0
2021	-	1.025	1
Insgesamt	(bis 2007) 37.872	44.282	194

Anm.: Über den Vollzug von Zusammenschlüssen liegen seit 2008 keine verlässlichen Zahlen mehr vor. Daher sind die angezeigten Zusammenschlüsse nur bis 2007 dargestellt.

Quelle: Bundeskartellamt

Abbildung II.2: Anzahl der Hauptprüfverfahren und der dortigen Entscheidungen sowie Rücknahmen

Anzahl

100

90

80

70

60

50

40

30

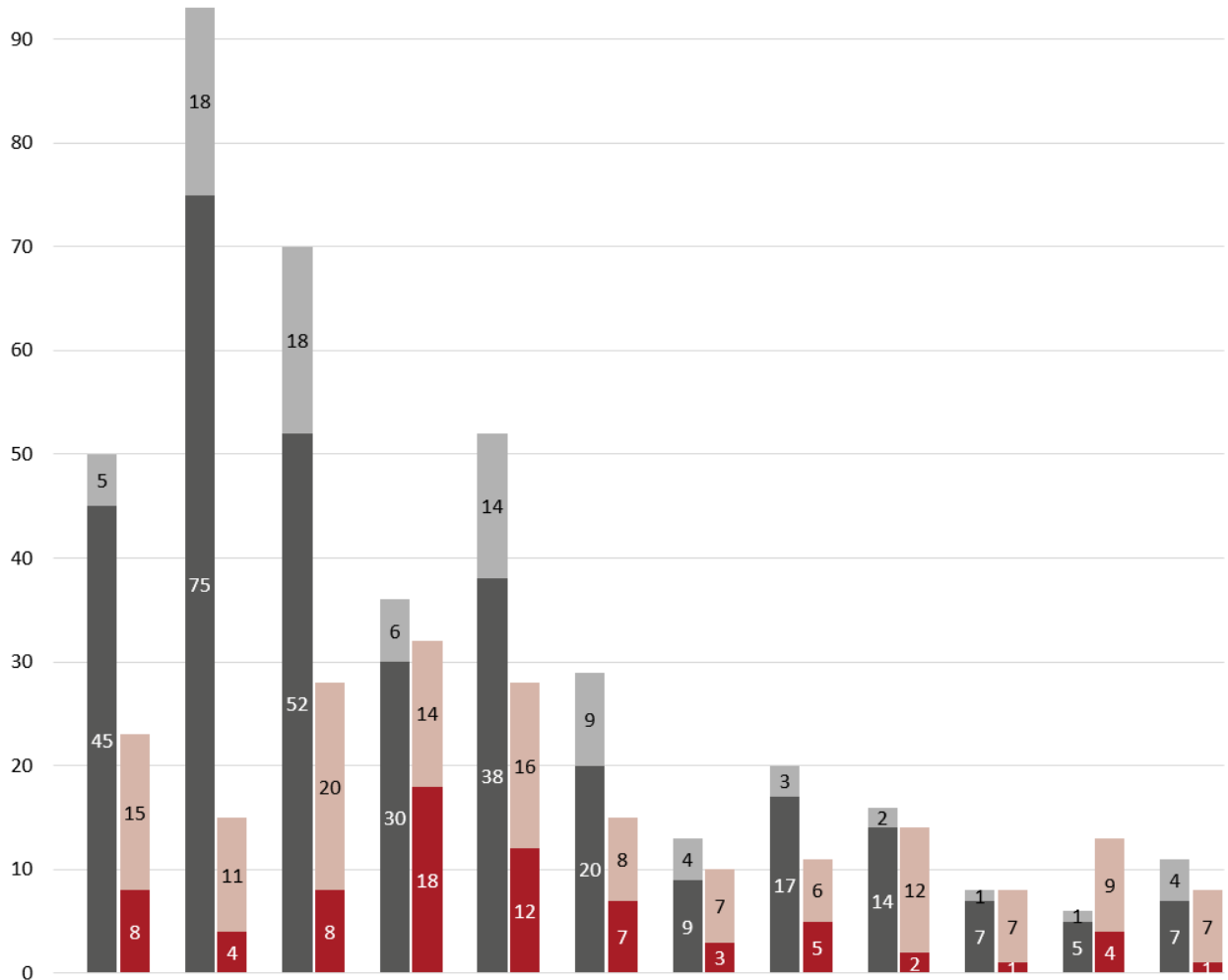
20

10

0

1998/99 2000/01 2002/03 2004/05 2006/07 2008/09 2010/11 2012/13 2014/15 2016/17 2018/19 2020/21

■ Freigaben ■ Freigaben mit Nebenbestimmungen ■ Untersagungen ■ Rücknahmen



Quelle: eigene Darstellung nach Angaben des Bundeskartellamtes

Tabelle II.2: Übersicht über den Stand der deutschen Zusammenschlusskontrolle 2020 und 2021 (im Vergleich zu 2019)

	2019	2020	2021
I. Fusionskontrollverfahren insgesamt			
Eingegangene Anmeldungen nach § 39 GWB	1.433	1.236	1.025
Vorfeldfälle	13	15	11
II. Vorprüfverfahren (Erste-Phase-Fälle)			
Freigabe	1.376	1.177	1.041
Keine Anmeldepflicht	26	21	46
Rücknahme der Anmeldung	29	18	14
III. Hauptprüfverfahren (Zweite-Phase-Fälle)			
Entscheidungen	6	7	5
davon: Freigabe ohne Nebenbestimmungen	2	4	3
Freigabe mit Nebenbestimmungen	0	3	1
Untersagung	4	0	1
Rücknahme der Anmeldung	5	2	5

Anm.: Die Zahlen beziehen sich auf alle in den jeweiligen Jahren ergangenen Entscheidungen oder sonstige Erledigungen, unabhängig vom Zeitpunkt der Anmeldung; aus diesem Grund können die Zahlen der angemeldeten und der erledigten Fälle divergieren. Vorfeldfälle sind Zusammenschlussvorhaben, die wegen wettbewerbllicher Bedenken des Bundeskartellamtes entweder nicht bzw. modifiziert angemeldet oder zurückgenommen worden sind. In diesen Fällen kann auch ohne abschließende Verfügung die erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs verhindert werden. Die Erfassung dieser Fälle ist naturgemäß schwierig, sodass die angegebenen Werte nur eine Annäherung darstellen können. Nach Angaben des Bundeskartellamtes geht nur ein geringer Teil der Rücknahmen von Fusionskontrollanmeldungen auf Bedenken des Bundeskartellamtes zurück.

Quelle: Bundeskartellamt

191. Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum das Zusammenschlussvorhaben Thüringische Landeszeitung/Ostthüringer Zeitung untersagt.⁷⁶ Die Funke Mediengruppe, zu der die Thüringische Landeszeitung gehört, beabsichtigte den Erwerb aller Anteile der Verlagsgesellschaften der Ostthüringer Zeitung. Die Ostthüringer Zeitung befindet sich bereits zu 60 Prozent im (mittelbaren) Besitz der Funke Mediengruppe, es besteht allerdings eine gemeinsame Kontrolle mit einem Minderheitsgesellschafter. Durch den Erwerb der alleinigen Kontrolle – so das Bundeskartellamt – würden sich die Verhaltensspielräume der Funke Mediengruppe in Bezug auf die Ostthüringer Zeitung vergrößern, da der Minderheitsgesellschafter mit seiner teilweise gegenläufigen Interessenlage wegfielen. Der Zusammenschluss würde zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs in Form einer Verstärkung der marktbeherrschenden Stellungen beider Zeitungen führen. Die Ostthüringer Zeitung und die Thüringische Landeszeitung verfügen auf den Lesermärkten für regionale Abonnement-Tageszeitungen über starke Marktpositionen. Überschneidungen bei den Verbreitungsgebieten habe es bislang lediglich in Gera und Jena gegeben, wo der Zusammenschluss einen Wegfall des wettbewerbllichen Drucks der jeweils anderen Zeitung zur Folge hätte. Die zwischen den Zusammenschlussbeteiligten bestehenden, weitreichenden Kooperationen wurden bei der Beurteilung der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Wettbewerb seitens des Bundeskartellam-

⁷⁶ BKartA, V-36/20, a. a. O., vgl. Fn. 75. Ein Rechtsmittel ist anhängig beim OLG Düsseldorf, VI-Kart 10/21 (V).

tes insoweit nicht berücksichtigt, als sie kartellrechtswidrig sind. Die Monopolkommission befasst sich in diesem Kapitel noch tiefergehend mit der behördlichen Zuständigkeit für die kartellrechtliche Beurteilung von regionalen Kooperationen im Rahmen der Fusionskontrolle (Abschnitt 2.2).

192. Im Januar 2022 untersagte das Bundeskartellamt zudem den Erwerb von BIRCO durch ACO.⁷⁷ Bei den Unternehmen handele es sich um führende Hersteller von Systemen zur Oberflächenentwässerung, wobei der Fokus von BIRCO insbesondere auf der sog. Linienentwässerung liegt. Das Bundeskartellamt hat die Linienentwässerung von anderen Formen der Oberflächenentwässerung abgegrenzt und in sachlicher Hinsicht einen separaten Markt für Linienentwässerungssysteme angenommen. In räumlicher Hinsicht sei dieser Markt deutschlandweit abzugrenzen. Durch den Zusammenschluss würden ACO und BIRCO ihre ohnehin schon starken Marktpositionen ausbauen und eine marktbeherrschende Stellung erlangen, wodurch der wirksame Wettbewerb auf dem deutschlandweiten Markt für Linienentwässerung erheblich behindert würde.

193. Im Rahmen des Zusammenschlusskomplexes Real hat das Bundeskartellamt mehrere Vorhaben zur Übernahme der Lebensmitteleinzelhandelsgeschäfte von Real geprüft. Eine tiefergehende Prüfung hat es in den Fällen Edeka/Real und Kaufland/Real gegeben, die beide im Hauptprüfverfahren mit Nebenbestimmungen freigegeben wurden.⁷⁸ Kaufland beabsichtigte ursprünglich die Übernahme von bis zu 101 Real-Standorten von der Veräußerin SCP. Das Bundeskartellamt gab allerdings nur den Erwerb von 92 Standorten frei, da die Übernahme der übrigen neun Standorte auf der Absatzseite zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führen würde. Kaufland gab deshalb gegenüber dem Bundeskartellamt die Zusage ab, auf den Erwerb dieser Standorte zu verzichten. Edeka beabsichtigte ursprünglich den Erwerb von 72 Real-Standorten, bei 27 von ihnen hatte das Bundeskartellamt wettbewerbliche Bedenken auf der Absatzseite. Hinsichtlich des ganz überwiegenden Teils dieser Standorte hat Edeka deshalb zugesagt, auf eine Übernahme zu verzichten. Im Übrigen betreffen die von Edeka gegenüber dem Bundeskartellamt abgegebenen Zusagen etwa eine Übertragung von Teilflächen der übernommenen Märkte an Wettbewerber. Das Bundeskartellamt nutzte zur räumlichen Marktabgrenzung auf der Absatzseite in den beiden Parallelverfahren Edeka/Real und Kaufland/Real Daten der Bonuskarte „Payback“, um Kundenströme zu ermitteln.⁷⁹ In beiden Verfahren – Edeka/Real einerseits und Kaufland/Real andererseits – hatte das Bundeskartellamt auf der Beschaffungsseite wettbewerbliche Bedenken wegen des mit dem jeweiligen Zusammenschluss einhergehenden großen Zuwachses an Beschaffungsvolumen bei Kaufland, das Teil der Schwarz-Gruppe ist, bzw. Edeka und des gleichzeitigen Verlustes des Beschaffungsvolumens bei einer mittelständisch geprägten Einkaufskooperation, der Real angehörte. SCP gab deshalb gegenüber dem Bundeskartellamt in beiden Verfahren die Zusage ab, Real-Standorte mit einem Beschaffungsvolumen von insgesamt EUR 200 Mio. für Lebensmittel an mittelständische Unternehmen zu veräußern.

194. Das Bundeskartellamt hat das Zusammenschlussvorhaben Meta/Kustomer freigegeben. Die Freigabe erfolgte im Vorprüfverfahren (Phase I); allerdings war die – vom Bundeskartellamt letztlich bejahte – Anmeldepflicht Gegenstand einer ausführlichen, separaten (Vor-) Prüfung.⁸⁰ Mangels ausreichender auf Deutschland entfallender Umsätze von Kustomer, einem Anbieter von Cloud-basierten Diensten zur Verwaltung von Kundendaten und -kontakten für Unternehmen (sog. CRM-Dienste), kam lediglich eine Anmeldepflicht gemäß der Transaktionswertschwelle aus § 35 Abs. 1a GWB in Betracht. In Österreich wurde das Zusammenschlussvorhaben dagegen nach den Umsatzschwellen angemeldet und gemäß Art. 22 Abs. 1 der Verordnung (EG) 139/2004 an die Europäische Kommission verwiesen.⁸¹ Das Bundeskartellamt hat sich der Verweisung aufgrund der nach nationalem Fusions-

⁷⁷ BKartA, B1-137/21, a. a. O., vgl. Fn. 75.

⁷⁸ BKartA, B2-85/20, 17. März 2021, Edeka/Real; B2-83/20, 22. Dezember 2020, Kaufland/Real.

⁷⁹ Dazu noch Tz. 347.

⁸⁰ BKartA, B6-37/21, 9. Dezember 2021 und 11. Februar 2022, Meta/Kustomer; vgl. BKartA, Freigabe der Übernahme von Kustomer durch Meta (ehemals Facebook), Pressemitteilung, 11. Februar 2022.

⁸¹ Die Monopolkommission befasst sich in diesem Kapitel noch tiefergehend mit der Verweisung von Zusammenschlussvorhaben an die Europäische Kommission trotz fehlender nationaler Anmeldepflicht (Abschnitt 2.1).

kontrollrecht zunächst klärungsbedürftigen Anmeldepflicht nicht angeschlossen und stattdessen ein eigenes Verfahren eingeleitet. Bei der (Vor-) Prüfung der Anmeldepflicht gemäß der Transaktionswertschwelle war insbesondere fraglich, ob das zu erwerbende Unternehmen Kustomer über eine erhebliche Inlandstätigkeit im Sinne des § 35 Abs. 1a Nr. 4 GWB verfügt. Das Bundeskartellamt stellte insoweit fest, dass die Dienste von Kustomer einen Marktbezug zu Deutschland haben, da sie gegenüber Unternehmen mit Sitz in Deutschland erbracht würden bzw. deutsche Endkundinnen und Endkunden betroffen seien. Die Inlandstätigkeit sei zudem erheblich: Während die gegenwärtigen geringen Umsätze von Kustomer in Deutschland das wettbewerbliche Potenzial des Unternehmens, das es aus Sicht von Meta habe, nicht angemessen widerspiegele, stelle die insgesamt nicht unerhebliche Anzahl der Datensätze der deutschen Endkundinnen und Endkunden, die in dem System von Kustomer hinterlegt seien, eine geeignete Messgröße dar. Das Bundeskartellamt verweist in diesem Zusammenhang auch auf die Gesetzesbegründung zur 9. GWB-Novelle, wonach das Kriterium der Erheblichkeit der Inhaltstätigkeit lediglich marginale Tätigkeiten ausnehme.⁸² Im Anschluss an die seitens des Bundeskartellamtes festgestellte Fusionskontrollpflicht wurde das Zusammenschlussvorhaben Meta/Kustomer beim Bundeskartellamt angemeldet und zeitnah freigegeben. Dabei konnte das Bundeskartellamt die Feststellungen der Europäischen Kommission aus dem EU-Fusionskontrollverfahren berücksichtigen. Die Europäische Kommission hatte das Zusammenschlussvorhaben zuvor nach einer vertieften Prüfung (Phase II) mit Nebenbestimmungen freigegeben, die den Zugang zu Programmerschnittstellen für konkurrierende Anbieter von CRM-Diensten gewährleisten sollen.⁸³

195. Der BGH hat die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts (OLG) Düsseldorf zu dem Zusammenschlussvorhaben CTS Eventim/Four Artists zurückgewiesen.⁸⁴ Das OLG Düsseldorf hatte die Untersagung des Zusammenschlussvorhabens durch das Bundeskartellamt zuvor bestätigt. Da das OLG die Rechtsbeschwerde gegen seinen Beschluss nicht zugelassen hatte, legten die Zusammenschlussbeteiligten zunächst Nichtzulassungsbeschwerde ein, der der BGH stattgab. Der BGH hatte damals festgestellt, dass die Frage, ob die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung erheblich sein muss, um eine Untersagung wegen der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs (sog. SIEC-Kriterium) zu rechtfertigen, grundsätzliche Bedeutung habe und vom BGH noch nicht entschieden sei.⁸⁵ In der Hauptsache schloss sich der BGH nunmehr der Auffassung des Bundeskartellamtes sowie des OLG Düsseldorf an, wonach stets von einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs auszugehen sei, wenn eine marktbeherrschende Stellung verstärkt werde. Einer gesonderten Feststellung der Erheblichkeit der Behinderung wirksamen Wettbewerbs im Sinne des SIEC-Kriteriums bedürfe es nicht. Der BGH begründet dies unter anderem mit dem Wortlaut des § 36 Abs. 1 Satz 1 GWB und dem Willen des Gesetzgebers. Insbesondere sei die in der Gesetzesbegründung zur achten GWB-Novelle gewählte Bezeichnung der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung als „Regelbeispiel“ der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs untechnisch zu verstehen. Die Monopolkommission hatte sich dagegen dafür ausgesprochen, ohne die Prüfung etwaiger entgegenstehender Aspekte nicht von der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf die Erfüllung der Untersagungs Voraussetzungen des SIEC-Kriteriums zu schließen.⁸⁶

196. Das OLG Düsseldorf hat einer Beschwerde gegen die fusionskontrollrechtliche Freigabe der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens zwischen der Telekom Deutschland und EWE stattgegeben und den Beschluss des Bundeskartellamtes aufgehoben.⁸⁷ Das Bundeskartellamt hatte das Zusammenschlussvorhaben der beiden Unter-

⁸² Bundesregierung, Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drs. 18/10207 vom 7. November 2016, S. 75.

⁸³ EU-Kommission, M.10262, 27. Januar 2022, Meta/Kustomer; vgl. EU-Kommission, Fusionskontrolle: Kommission genehmigt Übernahme von Kustomer durch Meta (zuvor: Facebook) unter Auflagen, Pressemitteilung, 27. Januar 2022, IP/22/652.

⁸⁴ BGH, KVR 34/20, 12. Januar 2021, CTS Eventim/Four Artists, ECLI:DE:BGH:2021:120121BKVR34.20.0.

⁸⁵ Dazu bereits Monopolkommission, XXIII. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 5, Tz. 327.

⁸⁶ Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, Eine Wettbewerbsordnung für die Finanzmärkte, Baden-Baden, 2014, Tz. 564 ff.

⁸⁷ OLG Düsseldorf, VI-Kart 5/20 (V), 22. September 2021 (berichtigt 25. Oktober 2021), Glasfaser Nordwest, ECLI:DE:OLGD:2021:0922.KART5.20V.00. Ein Rechtsmittel (Nichtzulassungsbeschwerde) ist anhängig beim BGH, KVZ 64/21.

nehmen im Wege der Doppelkontrolle in einem Kartell- und einem Fusionskontrollverfahren geprüft. Dabei hatte es die in dem Kartellverfahren entgegengenommenen und für bindend erklärten Verpflichtungszusagen auch bei seiner fusionskontrollrechtlichen Prüfung berücksichtigt, sodass das Zusammenschlussvorhaben ohne eigene Nebenbestimmungen freigegeben wurde.⁸⁸ Das OLG Düsseldorf stellte unter anderem fest, dass das fusionskontrollrechtliche Verbot des Erlasses von Nebenbestimmungen, die eine laufende Verhaltenskontrolle darstellen (§ 40 Abs. 3 Satz 2 GWB), vorliegend keine Anwendung finde, da es sich tatsächlich um Verpflichtungszusagen nach § 32b GWB handele, die in dem Kartellverfahren abgegeben worden seien. Eine analoge Anwendung des Verbots aus § 40 Abs. 3 Satz 2 GWB komme nicht in Betracht, da das Gesetz insoweit keine planwidrige Regelungslücke aufweise. Allerdings seien die Nebenbestimmungen aus dem Kartellverfahren, die auch bei der Freigabeentscheidung Berücksichtigung gefunden haben, nicht ausreichend, um die wettbewerbsrechtlichen Bedenken gegenüber dem Zusammenschlussvorhaben zu beseitigen, die für sich betrachtet seine Untersagung rechtfertigen würden. Insbesondere verhindere die Verpflichtung des Gemeinschaftsunternehmens, einen diskriminierungsfreien Vorleistungszugang für Drittunternehmen zu gewähren, nicht, dass insgesamt zu hohe Vorleistungspreise verlangt würden. Die Monopolkommission hatte bereits darauf hingewiesen, dass die Verpflichtungszusagen die wettbewerblichen Bedenken in dem Fall aus ihrer Sicht nur teilweise beseitigen können.⁸⁹ In diesem Kapitel befasst sich die Monopolkommission noch tiefergehend mit der Bewertung von Kooperationen zum Netzausbau im Regulierungs- und Kartellrecht nach der Novelle des Telekommunikationsgesetzes von 2021 (Abschnitt 2.5).

1.2.1.2 Europäische Fusionskontrolle

197. Wie das Bundeskartellamt prüfte auch die Europäische Kommission in den Jahren 2020/2021 im Vergleich zum vorangegangenen Berichtszeitraum weniger Zusammenschlussvorhaben.⁹⁰ Der Rückgang bei den Anmeldungen war bei der Europäischen Kommission allerdings deutlich geringer: Im Jahr 2020 wurden dort 361 und im Jahr 2021 405 Zusammenschlussvorhaben angemeldet, d. h. es gab insgesamt 766 Anmeldungen (gegenüber 796 Anmeldungen im Berichtszeitraum 2018/2019). Der Anteil der Fälle, die im vereinfachten Verfahren freigegeben wurden, erhöhte sich erneut leicht und betrug in den Jahren 2020/2021, bezogen auf die in demselben Zeitraum eingereichten Anmeldungen, mehr als drei Viertel.

198. In 15 Fällen leitete die Europäische Kommission das Hauptprüfverfahren ein (achtmal im Jahr 2020 und siebenmal im Jahr 2021). Dies stellt einen Rückgang von einem Viertel gegenüber dem Berichtszeitraum 2018/2019 dar, entspricht aber der Anzahl der Fälle in den Jahren 2016/2017. Im Hauptprüfverfahren wurden sieben Zusammenschlussvorhaben mit und ein Zusammenschlussvorhaben ohne Nebenbestimmungen freigegeben. Im Vorprüfverfahren erfolgten 20 Freigaben mit Nebenbestimmungen. Die Europäische Kommission untersagte im Berichtszeitraum 2020/2021 kein Zusammenschlussvorhaben;⁹¹ in den Jahren 2016/2017 sowie 2018/2019 gab es dagegen jeweils drei Untersagungen. Insgesamt wurden 21 Anmeldungen zurückgenommen, 16 im Vorprüfverfahren und fünf im Hauptprüfverfahren.

199. Die Zusammenschlussbeteiligten stellten im Berichtszeitraum 2020/2021 33 Anträge auf Verweisung eines Fusionskontrollverfahrens an einen Mitgliedstaat und damit deutlich mehr als in den Jahren 2018/2019, in denen es solche Anträge nur in vergleichsweise geringer Zahl gab (20 Anträge). In 29 Fällen gab die Europäische Kommission ein Verfahren vollumfänglich und in sechs Fällen teilweise an einen Mitgliedstaat ab. Auch die Anzahl der Anträge der Zusammenschlussbeteiligten auf Abgabe des Fusionskontrollverfahrens an die Europäische Kommissi-

⁸⁸ BKartA, B7-21/18, 4. und 30. Dezember 2019 – Glasfaser Nordwest.

⁸⁹ Dazu bereits Monopolkommission, XXIII. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 5, Tz. 446 ff.

⁹⁰ Die statistischen Angaben der Europäischen Kommission zu ihrer Fusionskontrollpraxis sind abrufbar auf der Webseite der Behörde unter https://ec.europa.eu/competition-policy/mergers/statistics_en, Abruf am 19. April 2022.

⁹¹ Allerdings hat die Europäische Kommission nach Abschluss des von der Monopolkommission hier statistisch betrachteten Fusionskontrollzeitraums 2020/2021 ein Zusammenschlussvorhaben untersagt; vgl. EU-Kommission, M.9343, 13. Januar 2022, Hyundai/Daewoo.

on war zuletzt mit 41 Anträgen wieder höher als im vorangegangenen Berichtszeitraum (31 Anträge). In insgesamt 42 Fällen wurde einem solchen Antrag stattgegeben.⁹² Die Anzahl der Verweisungsanträge, die von einem oder mehreren Mitgliedstaaten mit dem Ziel gestellt wurden, ein Zusammenschlussvorhaben ohne unionsweite Bedeutung durch die Europäische Kommission prüfen zu lassen, war mit drei Anträgen niedriger als im vorangegangenen Berichtszeitraum. Den Anträgen wurde in gleicher Anzahl stattgegeben. In sieben Fällen beantragte ein Mitgliedstaat die Verfahrensabgabe an eine nationale Wettbewerbsbehörde (2018/2019: acht). Die Europäische Kommission verwies das Verfahren in insgesamt acht Fällen an die Wettbewerbsbehörde eines Mitgliedstaates.

200. Im Januar 2022 untersagte die Europäische Kommission den Erwerb von Daewoo Shipbuilding & Marine Engineering durch Hyundai Heavy Industries Holdings.⁹³ Bei den Unternehmen handelt es sich um koreanische Schiffshersteller, die zu den drei weltweit größten Anbietern für den Bau von Flüssigerdgastankern zählen. Der Europäischen Kommission zufolge hätte der Zusammenschluss zu einer marktbeherrschenden Stellung auf dem sehr konzentrierten weltweiten Markt für den Bau großer Flüssigerdgastanker geführt. Der gemeinsame Marktanteil der Zusammenschlussbeteiligten hätte mindestens 60 Prozent betragen. Zudem seien die Kapazitäten des einzigen weiteren großen Wettbewerbers begrenzt und die Marktzutrittsschranken hoch, während es an Nachfragemacht der Abnehmer, die zu einem Großteil aus europäischen Unternehmen bestünden, fehle. Da die Zusammenschlussbeteiligten keine förmlichen Abhilfemaßnahmen angeboten haben, wurde der Zusammenschluss wegen einer zu erwartenden erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs untersagt.

201. Die Europäische Kommission hat das Zusammenschlussvorhaben Google/Fitbit nach einer vertieften Prüfung mit Nebenbestimmungen freigegeben.⁹⁴ Fitbit bietet insbesondere Smartwatches und Fitness-Tracker an. Die Tätigkeiten des Unternehmens sind weitgehend komplementär zu denen von Google. Die anfänglichen wettbewerblchen Bedenken der Europäischen Kommission betrafen die folgenden Aspekte: (1) Google könne seinen Vorsprung bei dem Angebot von personalisierter Werbung durch den Zugang zu den von Fitbit gespeicherten Gesundheits- und Fitnessdaten seiner Nutzerinnen und Nutzer ausbauen; (2) Google könne den Zugang zu der Programmierschnittstelle von Fitbit zulasten von Unternehmen beschränken, die für die Nutzerinnen und Nutzer von Fitbit digitale Gesundheitsdienstleistungen erbringen; und (3) Google könne Hersteller von tragbaren Endgeräten, die mit Fitbit konkurrieren, benachteiligen, indem es deren Interoperabilität mit Android-Smartphones beeinträchtigt. Die Europäische Kommission weist aber auch darauf hin, dass sich der Sektor für digitale Gesundheitsdienstleistungen in Europa noch im Entstehen befinde und dort eine Vielzahl von Unternehmen aktiv sei. Zudem sei der Marktanteil von Fitbit im Bereich von Smartwatches, die auch von vielen größeren Wettbewerbern wie Apple, Garmin und Samsung angeboten werden, begrenzt. Zur Ausräumung ihrer wettbewerblchen Bedenken hat die Europäische Kommission unter anderem die folgenden Verpflichtungszusagen von Google angenommen: (1) Die Gesundheits- und Fitnessdaten der Nutzerinnen und Nutzer von Fitbit werden von Google nicht für personalisierte Werbung verwendet und getrennt von den für solche Zwecke erhobenen Daten gespeichert; und (2) Google gewährleistet dritten Unternehmen den Zugang zu der Programmierstelle von Fitbit sowie die Interoperabilität mit Android-Smartphones.

202. Auch das Zusammenschlussvorhaben Cargotec/Konecranes hat die Europäische Kommission mit Nebenbestimmungen nach einer vertieften Prüfung freigegeben.⁹⁵ Bei den Unternehmen handele es sich um die größten europäischen und zugleich weltweit führende Hersteller von Container- und Frachtumschlaggeräten. Infolge des Zusammenschlusses würden die Unternehmen bei mehreren solcher Produkte über sehr hohe Marktanteile ver-

⁹² Die Anzahl der stattgegebenen Verweisungsanträge umfasst auch Anträge, die bereits im vorangegangenen Berichtszeitraum gestellt worden sind.

⁹³ EU-Kommission, M.9343, a. a. O., vgl. Fn. 91; vgl. EU-Kommission, Fusionskontrolle: Kommission untersagt geplante Übernahme von Daewoo Shipbuilding & Marine Engineering durch Hyundai Heavy Industries Holdings, Pressemitteilung, 13. Januar 2022, IP/22/343. Ein Rechtsmittel ist anhängig beim Europäischen Gericht (EuG), T-156/22.

⁹⁴ EU-Kommission, M.9660, 17. Dezember 2020, Google/Fitbit.

⁹⁵ EU-Kommission, M.10078, 24. Februar 2022, Cargotec/Konecranes; vgl. EU-Kommission, Fusionskontrolle: Kommission genehmigt Zusammenschluss von Cargotec mit Konecranes unter Auflagen, Pressemitteilung, 24. Februar 2022, IP/22/1329.

fügen. Zur Beseitigung der wettbewerblichen Bedenken haben beide Unternehmen angeboten, einzelne Vermögenswerte, wie etwa Produktionswerke, Lizenzen und Vertriebsverträge, zu veräußern. Die Europäische Kommission unterzog die Verpflichtungszusagen einem Markttest und gelangte zu der Auffassung, dass die Vermögenswerte bestandsfähige Unternehmen darstellten, die Erwerber in die Lage versetzten, in wirksamen Wettbewerb zu dem zusammengeschlossenen Unternehmen zu treten. Das Zusammenschlussvorhaben wurde daraufhin von der Europäischen Kommission freigegeben. Die Wettbewerbsbehörde des Vereinigten Königreichs, die Competition and Markets Authority (CMA), untersagte das Zusammenschlussvorhaben dagegen. Sie bewertete die angebotenen Abhilfemaßnahmen deutlich kritischer. Die Herausnahme der Vermögenswerte aus den jeweiligen Geschäften der beiden Zusammenschlussparteien und deren Zusammenführung in einem neuen Unternehmen seien komplex und riskant.⁹⁶ Auch das US-amerikanische Department of Justice hatte wettbewerbliche Bedenken und drohte mit einer Klage gegen das Zusammenschlussvorhaben.⁹⁷ Cargotec und Konecranes gaben ihr Zusammenschlussvorhaben daraufhin auf.

203. Im März 2021 veröffentlichte die Europäische Kommission einen Leitfaden zur Anwendung des Verweisungssystems gemäß Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004. Darin legt die Europäische Kommission den Mitgliedstaaten ausdrücklich nahe, bestimmte Zusammenschlussvorhaben, die nicht der nationalen Fusionskontrolle unterliegen, zur Prüfung an sie zu verweisen. Im Berichtszeitraum hat es mit der geplanten Übernahme von Grail durch Illumina einen ersten Anwendungsfall für die Verweisung eines national nicht anmeldepflichtigen Zusammenschlussvorhabens an die Europäische Kommission gegeben. Die Europäische Kommission hat die Verweisung des Zusammenschlussvorhabens, den die französische Wettbewerbsbehörde gemäß Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004 beantragt hatte und dem sich weitere Wettbewerbsbehörden anschlossen, im April 2021 zur Prüfung angenommen. Derzeit unterzieht sie den Fall einer vertieften Prüfung.⁹⁸ Die Annahme der Verweisung begründet die Europäische Kommission damit, dass sich die wettbewerbliche Bedeutung von Grail zwar nicht in dem Umsatz des Unternehmens, aber in dem Kaufpreis von USD 7,1 Mrd., den Illumina zu zahlen bereit ist, widerspiegele. Trotz des laufenden Fusionskontrollverfahrens haben Illumina und Grail den Zusammenschluss vollzogen, sodass die Europäische Kommission einstweilige Maßnahmen erließ, um irreparable negative Auswirkungen auf den Wettbewerb zu verhindern.⁹⁹ Die Europäische Kommission befürchtet, dass durch den Zusammenschluss der Zugang zu den von Illumina angebotenen Sequenzierungssystemen für (potenzielle) Wettbewerber von Grail im Bereich von Krebserkennungstests eingeschränkt würde. Wegen eines möglichen Verstoßes gegen das Verbot des vorzeitigen Vollzugs eines Zusammenschlusses ist zudem ein Bußgeldverfahren eröffnet worden.¹⁰⁰ Gleichzeitig sind beim EuG Nichtigkeitsklagen von Illumina gegen die Beschlüsse der Europäischen Kommission betreffend die Annahme der Verweisung sowie den Erlass der einstweiligen Maßnahmen anhängig.¹⁰¹ Über die Klage von Illumina gegen die Annahme der Verweisung durch die Europäische Kommission entscheidet das EuG im beschleunigten Verfahren. Die Monopolkommission befasst sich in diesem Kapitel noch tiefergehend mit der Verweisung von Zusammenschlussvorhaben an die Europäische Kommission trotz fehlender nationaler Anmeldepflicht (Abschnitt 2.1).

⁹⁶ CMA, 29. März 2022; vgl. CMA blocks planned Cargotec / Konecranes merger, Pressemitteilung, 29. März 2002. Vgl. zu sog. „mix-and-match“-Lösungen auch BKartA, Leitfaden Zusagen in der Fusionskontrolle, Mai 2017, S. 29 f.

⁹⁷ DoJ, Shipping Equipment Giants Cargotec and Konecranes Abandon Merger After Justice Department Threatens to Sue, Pressemitteilung, 29. März 2022.

⁹⁸ EU-Kommission, M.10188, Illumina/Grail.

⁹⁹ EU-Kommission, M.10493, 29. Oktober 2021, Illumina/Grail; vgl. EU-Kommission, Fusionskontrolle: Kommission ordnet bis zum Erlass ihres abschließenden Beschlusses geltende einstweilige Maßnahmen an, um Beeinträchtigung des Wettbewerbs nach vorzeitigem Vollzug der Übernahme von GRAIL durch Illumina zu verhindern, Pressemitteilung, 29. Oktober 2021, IP/21/5661.

¹⁰⁰ EU-Kommission, M.10483, Illumina/Grail.

¹⁰¹ EuG, T-227/21 bzw. T-755/21, Illumina. Auch Grail hat mittlerweile eine Nichtigkeitsklage gegen den Erlass der einstweiligen Maßnahmen durch die Kommission erhoben; vgl. EuG, T-23/22, Grail.

204. Das EuG hat die Untersagung eines Zusammenschlussvorhabens zwischen den Mobilfunkbetreibern Hutchison 3G UK und Telefónica UK durch die Europäische Kommission für nichtig erklärt.¹⁰² Durch den Zusammenschluss hätte sich die Anzahl der auf dem Mobilfunkmarkt im Vereinigten Königreich tätigen Anbieter von vier auf drei verringert. Die Europäische Kommission hatte ihre Untersagungsentscheidung damit begründet, dass der Zusammenschluss zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs in Form nichtkoordinierter Effekte führen würde.¹⁰³ Das EuG beanstandet die Anwendung des SIEC-Tests durch die Europäische Kommission. Insbesondere reiche der Wegfall einer „wichtigen Wettbewerbskraft“ bzw. eines „nahen Wettbewerbers“ für sich genommen nicht zur Begründung des Vorliegens von nichtkoordinierten Effekten aus. Es könne sein, dass es sich bei den Zusammenschlussbeteiligten um relativ nahe Wettbewerber handle; die Unternehmen müssten jedoch besonders nahe Wettbewerber sein. Erwägungsgrund 25 der Verordnung (EG) 139/2004 verlange die Beseitigung beträchtlichen Wettbewerbsdrucks. Die Monopolkommission befasst sich in diesem Kapitel noch tiefergehend mit den Anforderungen an die Untersagung von Zusammenschlussvorhaben aufgrund des SIEC-Tests (Abschnitt 2.3) sowie mit der Durchführung einer Upward-Pricing-Pressure-Analyse in diesem Fall (Tz. 360).

1.2.2 Missbrauchsaufsicht

205. Das Bundeskartellamt leitete im Jahr 2020 21 neue Verfahren wegen Verstößen gegen das Missbrauchsverbot ein und schloss 22 Missbrauchsverfahren ab.¹⁰⁴ Keines der abgeschlossenen Verfahren wurde mit einer förmlichen Verfügung beendet.¹⁰⁵ In sieben Fällen wurde das vom Bundeskartellamt beanstandete Verhalten seitens der Unternehmen aufgegeben, die 15 übrigen Verfahren wurden aus anderen Gründen ohne Verfügung eingestellt.¹⁰⁶ Für das Jahr 2021 liegen der Monopolkommission keine vollständigen Daten vor. Das Bundeskartellamt erließ aber eine Entscheidung mit der Feststellung einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb im Sinne des § 19a Abs. 1 GWB handelt (dazu sogleich).¹⁰⁷

206. Das Bundeskartellamt hat mehrere Verfahren gegen unterschiedliche Plattformunternehmen auf Grundlage des im Zuge der 10. GWB-Novelle neu geschaffenen § 19a GWB eingeleitet. Die Vorschrift soll es dem Bundeskartellamt ermöglichen, frühzeitig gegen missbräuchliches Verhalten von Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb vorzugehen.¹⁰⁸ Die Verfahren des Bundeskartellamtes richten sich gegen Amazon, Apple, Google sowie Meta und dauern größtenteils fort. In einigen Fällen beschränken sich die Ermittlungen des Bundeskartellamtes zunächst auf die isolierte Feststellung, ob das betreffende Unternehmen über eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb im Sinne des § 19a Abs. 1 GWB verfügt.¹⁰⁹ In anderen Fällen verknüpft das Bundeskartellamt die Ermittlungen zu der Normadressatenstellung bereits mit einem konkreten Verhalten, das den Unternehmen möglicherweise nach § 19a Abs. 2 GWB untersagt werden

¹⁰² EuG, T-399/16, 28. Mai 2020, CK Telecoms, ECLI:EU:T:2020:217. Ein Rechtsmittel ist anhängig beim EuGH, C-376/20 P.

¹⁰³ EU-Kommission, M.7612, 11. Mai 2016, Hutchison 3G UK und Telefónica UK.

¹⁰⁴ BKartA, Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 2019/2020, BT-Drs. 19/30755 vom 16. Juni 2021, S. 156.

¹⁰⁵ Im Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 2019/2020 ist angegeben, dass im Jahr 2020 ein Missbrauchsverfahren mit einem Bußgeldbescheid abgeschlossen wurde. In diesem Fall dürfte der Bußgeldbescheid allerdings bereits im Jahr 2019 erlassen worden sein; vgl. BKartA, B1-233/17-2, 2. Dezember 2019, Basaltsteinbrüche (Verstoß gegen § 21 GWB), Fallbericht, 18. Februar 2020.

¹⁰⁶ In Betracht kommt eine Verfahrenseinstellung z. B. aus Ermessenserwägungen oder weil sich der Verdacht eines kartellrechtswidrigen Verhaltens nicht bestätigt hat.

¹⁰⁷ BKartA, B7-61/21, 30. Dezember 2021, Google.

¹⁰⁸ Dazu bereits Tz. 168.

¹⁰⁹ BKartA, Verfahren gegen Apple nach neuen Digitalvorschriften (§ 19a Abs. 1 GWB) – Bundeskartellamt prüft Apples marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb, Pressemitteilung, 21. Juni 2021; Verfahren gegen Amazon nach neuen Vorschriften für Digitalkonzerne (§ 19a GWB), Pressemitteilung, 18. Mai 2021.

kann.¹¹⁰ Gegenüber Alphabet, der Muttergesellschaft von Google und der mit ihr verbundenen Unternehmen, sowie gegenüber Meta hat das Bundeskartellamt bereits festgestellt, dass die Unternehmen Normadressaten im Sinne des § 19a Abs. 1 GWB sind.¹¹¹ Dabei wurde unter anderem berücksichtigt, dass Google etwa mit der Google-Suche in erheblichem Umfang auf mehrseitigen Märkten tätig sei und insbesondere mit seiner Suchmaschine sowie mit YouTube, Chrome, Android und dem Play Store über eine Vielzahl von zumindest marktstarken Diensten verfüge. Die Beschlüsse des Bundeskartellamtes gegen Alphabet und Meta sind rechtskräftig, da die Unternehmen auf Rechtsmittel verzichtet haben. Im anschließenden Verfahren des Bundeskartellamtes zur Prüfung von Google News Showcase hat das Unternehmen dem Bundeskartellamt Maßnahmen zur Ausräumung der wettbewerblichen Bedenken vorgeschlagen. Google News Showcase ist ein Online-Nachrichtenangebot, das es Presseverlagen ermöglicht, ihre Beiträge auf bestimmten Google-Diensten zu präsentieren. Gegenstand der Prüfung des Bundeskartellamtes in diesem Fall sind eine mögliche Selbstbevorzugung, die Möglichkeit der Durchsetzung des Leistungsschutzrechts für Presseverlage und die Bedingungen des Zugangs zu dem Angebot von Google News Showcase.¹¹² Zwei weitere Untersuchungen des Bundeskartellamtes gegen Alphabet, die allerdings nach den Vorschriften des allgemeinen Missbrauchsrechts oder des Kartellverbots geführt wurden und die Darstellung von TLS-Zertifikaten und die Verschlüsselung von DNS-Diensten betrafen, hat das Bundeskartellamt eingestellt bzw. nicht fortgeführt.¹¹³

207. Auch die mit der 10. GWB-Novelle eingeführte Vorschrift des § 20 Abs. 3a GWB hat im Berichtszeitraum bereits Anwendung gefunden. Mit der Vorschrift ist ein zusätzlicher Behinderungstatbestand in das Gesetz eingefügt worden, der sich gegen das gezielte Herbeiführen des Kippens von mehrseitigen Märkten durch Unternehmen mit gegenüber kleinen und mittleren Wettbewerbern überlegener Marktmacht richtet. Ein solches „Tipping“ befürchtete das Landgericht (LG) Berlin in Bezug auf das Rabattsystem der Immobilienplattform Immoscout. Das Gericht untersagte dem Plattformbetreiber im Wege der einstweiligen Verfügung die Gewährung eines sog. List-First-Rabatts für den Fall, dass ein Kunde mindestens 95 Prozent seiner Immobilienanzeigen in den ersten sieben Tagen ausschließlich bei Immoscout und/oder seinen Partnerseiten einstellt.¹¹⁴ Insoweit sei von einer Behinderung des Multi-Homing für die Inserenten der Immobilien auszugehen, da die Vorgabe zu der Exklusivität die parallele Nutzung konkurrierender Immobilienplattformen erschwere und diese in der eigenständigen Erzielung von Netzwerkeffekten behindere. Dies begründe – so das LG Berlin – die ernstliche Gefahr, dass der Leistungswettbewerb in nicht unerheblichem Maße eingeschränkt werde mit der Folge, dass ein Kippen des Marktes drohe. Zu demselben Ergebnis gelangte das LG Berlin in einer weiteren einstweiligen Verfügung gegen Immoscout.¹¹⁵ Das Unternehmen hatte sein Rabattsystem infolge der ersten Gerichtsentscheidung dergestalt angepasst, dass ein Kunde mindestens 70 Prozent seiner Immobilienanzeigen in den ersten 14 Tagen ausschließlich bei Immoscout und/oder seinen Partnerseiten einstellt, um den List-First-Rabatt zu erhalten.

208. Das LG München I hat sich mit der Frage befasst, ob die Sperrung eines Händlerkontos durch Amazon einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäß § 19 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 GWB darstellt. Das LG München I

¹¹⁰ BKartA, Bundeskartellamt prüft Google News Showcase, Pressemitteilung, 4. Juni 2021; Verfahren gegen Google nach neuen Digitalvorschriften (§ 19a GWB) – Bundeskartellamt prüft marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb und Konditionen zur Datenverarbeitung, Pressemitteilung, 25. Mai 2021; Bundeskartellamt prüft im Facebook/Oculus-Verfahren auch den neuen § 19 a GWB, Pressemitteilung, 28. Januar 2021.

¹¹¹ BKartA, B7-61/21, a. a. O., vgl. Fn. 107; BKartA, Für Meta (vormals Facebook) gelten neue Regeln – Bundeskartellamt stellt „übertragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb“ fest, Pressemitteilung, 4. Mai 2022.

¹¹² BKartA, Google News Showcase – Bundeskartellamt konsultiert Vorschläge Googles zum Ausräumen wettbewerblicher Bedenken, Pressemitteilung, 12. Januar 2022.

¹¹³ BKartA, B7-250/19, 17. Januar 2022, Google TLS-Zertifikate; Fallbericht, 3. Februar 2022, B7-2020/115, Google DNS-Dienste. DNS-Dienste dienen der Übersetzung von Domainnamen in IP-Adressen (DNS = Domain Name System). TLS-Zertifikate dienen der Verschlüsselung sowie der Authentifizierung der Datenübertragung im Internet (TLS = Transport Layer Security).

¹¹⁴ LG Berlin, 16 O 73/21 Kart, 8. April 2021; zustimmend KG Berlin, U 4/21 Kart, 11. Februar 2022.

¹¹⁵ LG Berlin, 16 O 82/22 Kart, 24. Februar 2022; vgl. Tipping-Gefahr: Immowelt geht erneut erfolgreich gegen Immoscouts Rabattregeln vor, WuW, 2022, S. 359.

untersagte Amazon zunächst im Wege der einstweiligen Verfügung die Sperrung des Händlerkontos.¹¹⁶ Eine marktbeherrschende Stellung von Amazon bei der Erbringung von Online-Marktplatzdienstleistungen in Deutschland sei hinreichend wahrscheinlich. Das Verhalten des Unternehmens sei zudem missbräuchlich gewesen, da es kein angemessenes Verfahren zur Anhörung wegen der vorübergehenden Sperrung des Händlerkontos zur Verfügung gestellt habe. In der Begründung seiner Entscheidung nimmt das LG München I hinsichtlich sowohl des Bestehens einer marktbeherrschenden Stellung als auch des missbräuchlichen Verhaltens Bezug auf frühere Ermittlungen des Bundeskartellamtes gegen Amazon.¹¹⁷ Auf den Widerspruch von Amazon hat das LG München I seinen Beschluss vom 14. Januar 2021 allerdings wieder aufgehoben; es lehnt ein missbräuchliches Verhalten seitens Amazon nunmehr ab.¹¹⁸ Das Gericht geht – nach einer ausführlichen Marktabgrenzung – weiterhin davon aus, dass Amazon auf dem (Teil-) Markt für die Erbringung von Dienstleistungen von Onlinemarktplätzen gegenüber Onlinehändlern in Deutschland beherrschend sei. Zudem erfülle es die Anforderungen an die Begründung der Beendigung einer Geschäftsbeziehung durch einen Online-Vermittlungsdienste aus Art. 4 Abs. 5 Unterabs. 1 Verordnung (EU) 2019/1150 (sog. Plattform-to-business-Verordnung) nicht, da die Sperrung des Händlerkontos nur pauschal begründet worden sei.¹¹⁹ Allerdings sei das betreffende Händlerkonto bereits in der Vergangenheit wegen einer vergleichbaren Pflichtverletzung seitens des Händlers durch Amazon gesperrt worden. In einem solchen Fall sehe Art. 4 Abs. 5 Unterabs. 2 Verordnung (EU) 2019/1150 eine Ausnahme von der Begründungspflicht vor.¹²⁰ Mangels eines Verstoßes gegen die Vorgaben aus der Verordnung (EU) 2019/1150 sei letztlich auch nicht von dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne einer unbilligen Behinderung auszugehen.

209. Der BGH hat die Nichtzulassungsbeschwerde gegen einen Beschluss des OLG Düsseldorf im Zusammenhang mit dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch CTS Eventim, einem Anbieter von Ticketing- und Live-Entertainment-Dienstleistungen, zurückgewiesen.¹²¹ Fraglich war das Erfordernis der Durchführung eines sog. „As-efficient-competitor-Tests“ (AEC-Test), um festzustellen, ob die in Rede stehenden Exklusivitätsvereinbarungen zwischen CTS Eventim und den Veranstaltern von Konzerten und Festivals eine Verdrängungswirkung entfalten. Der BGH ist der Auffassung, dass die Entscheidung des OLG Düsseldorf nicht in Widerspruch zu dem Urteil des EuGH in der Rechtssache „Intel“ stehe.¹²² Die Aussagen des EuGH zur Bedeutung des AEC-Tests bezögen sich auf Rabatte und nicht auf vertragliche Ausschließlichkeitsbindungen. Dem Urteil des EuGH sei auch nicht zu entnehmen, dass Ausschließlichkeitsbindungen nur dann missbräuchlich seien, wenn ihre konkrete Eignung zur Verdrängung von mindestens ebenso leistungsfähigen Wettbewerbern nachgewiesen werde. Die Verdrängungswirkung von Ausschließlichkeitsbindungen folge bereits aus ihrem Bindungsgrad, ihrer Laufzeit sowie der Marktstärke des bindenden Unternehmens, gegebenenfalls im Zusammenhang mit der Verbreitung solcher oder vergleichbarer Vereinbarungen auf dem Markt, und bestehe unabhängig von der Höhe der von dem marktbeherrschenden Unternehmen berechneten Preise und der darauf gewährten Rabatte. Daraus folge eine gegenüber der Gewährung von Rabatten deutlich höhere Eingriffswirkung von Ausschließlichkeitsbindungen. Die durch einen AEC-Test zu

¹¹⁶ LG München I, 37 O 32/21, 14. Januar 2021. Vgl. auch LG Hannover, 25 O 221/21, 22. Juli 2021.

¹¹⁷ BKartA, B2-88/18, 17. Juli 2019, Amazon Marktplatz. Das Bundeskartellamt stellte das Missbrauchsverfahren letztlich ein, da Amazon das beanstandete Verhalten angepasst hat; vgl. dazu Monopolkommission, XXIII. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 5, Tz. 342.

¹¹⁸ LG München I, 37 O 32/21, 12. Mai 2021.

¹¹⁹ Art. 4 Abs. 5 Unterabs. 1 Verordnung (EU) 2019/1150 lautet: „In der in den Absätzen 1 und 2 und Absatz 4 Unterabsatz 2 genannten Begründung gibt der Anbieter der Online-Vermittlungsdienste die konkreten Tatsachen oder Umstände, einschließlich des Inhalts der Mitteilungen Dritter, die ihn zu seiner Entscheidung bewogen haben, und die für diese Entscheidung geltenden Gründe gemäß Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe c an.“

¹²⁰ Art. 4 Abs. 5 Unterabs. 2 Verordnung (EU) 2019/1150 lautet: „Ein Anbieter von Online-Vermittlungsdiensten ist nicht verpflichtet, eine Begründung abzugeben, wenn er [...] wenn er nachweisen kann, dass der betroffene gewerbliche Nutzer wiederholt gegen die geltenden allgemeinen Geschäftsbedingungen verstoßen hat, was zur vollständigen Beendigung der betreffenden Online-Vermittlungsdienste geführt hat.“

¹²¹ BGH, KVZ 44/19, 3. Juni 2020, CTS Eventim Exklusivitätsvereinbarungen, ECLI:DE:BGH:2020:030620BKVZ44.19.0.

¹²² Vgl. EuGH, C-413/14 P, 6. September 2017, Intel, ECLI:EU:C:2017:632.

beantwortende Frage, ob ein mindestens ebenso leistungsfähiger Wettbewerber bei der Gewährung entsprechender Rabatte vom Markt verdrängt würde, könne sich – so der BGH – damit bei Ausschließlichkeitsbindungen von vornherein nicht stellen.

210. Abermals war die Untersagungsverfügung des Bundeskartellamtes gegen Meta wegen des Missbrauchs seiner marktbeherrschenden Stellung im Zusammenhang mit der Verarbeitung personenbezogener Daten vom Februar 2019 Gegenstand der Rechtsprechung.¹²³ In einem ersten Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes hatte das OLG Düsseldorf auf Antrag von Meta im August 2019 zunächst die aufschiebende Wirkung seiner Beschwerde gegen den Beschluss des Bundeskartellamtes angeordnet, während der BGH die Entscheidung des OLG Düsseldorf in der Rechtsbeschwerdeinstanz wieder aufhob.¹²⁴ Meta stellte im November 2020 einen Antrag, mit dem die aufschiebende Wirkung seiner Beschwerde gegen den Beschluss des Bundeskartellamtes vorläufig angeordnet werden sollte, da die seitens des Bundeskartellamtes gewährte Aussetzung der Vollziehung seines Beschlusses endete. Das OLG Düsseldorf erließ daraufhin einen sog. Hängebeschluss, d. h. eine Zwischenentscheidung in einem anhängigen Eilverfahren.¹²⁵ Das OLG stellte fest, dass die Entscheidung des BGH in dem ersten Eilverfahren keine materielle Rechtskraft entfalte und dem erneuten Antrag von Meta daher nicht entgegenstehe. Die Entscheidung des BGH sei auf eine Begründung gestützt, die von derjenigen des Bundeskartellamtes aus seinem ursprünglichen Beschluss abweiche.¹²⁶ Die Möglichkeit, eine Zwischenentscheidung in Form eines Hängebeschlusses zu erlassen, sei im verwaltungsgerichtlichen Verfahren anerkannt und im vorliegenden Fall auch erforderlich, um während der Anhängigkeit des Eilantrags effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten. Der BGH ließ die Rechtsbeschwerde des Bundeskartellamtes gegen den Hängebeschluss des OLG Düsseldorf zu.¹²⁷ Der höchstrichterlich noch nicht geklärten Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Hängebeschluss im Kartellverwaltungsverfahren erlassen werden kann, komme grundsätzliche Bedeutung zu. Meta nahm den Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung in der Folge allerdings zurück, sodass auch die Entscheidung des OLG Düsseldorf vom November 2020 gegenstandslos geworden ist.¹²⁸ In der Hauptsache fand im März 2021 eine mündliche Verhandlung vor dem OLG Düsseldorf statt. Dort verkündete das Gericht einen Beschluss, mittels dessen es dem EuGH mehrere Fragen zur Auslegung der Verordnung (EU) 2016/679 (Datenschutz-Grundverordnung) zur Vorabentscheidung vorlegte.¹²⁹ Die Vorlagefragen betreffen unter anderem die Zuständigkeit des Bundeskartellamtes zur Feststellung und Abstellung eines Verstoßes gegen die Verordnung (EU) 2016/679 im Rahmen der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht sowie die Bedeutung eines Verstoßes gegen die DSGVO bei der Prüfung eines Verstoßes gegen das Missbrauchsverbot. Die Entscheidung des EuGH steht noch aus (Rechtssache C-252/21).

211. Die Europäische Kommission hat im Berichtszeitraum keine Entscheidung erlassen, in der ein Verstoß gegen das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung festgestellt oder untersagt worden wäre. Es ergingen allerdings drei Entscheidungen, in denen die Europäische Kommission Verpflichtungszusagen von Unternehmen zur Ausräumung ihrer wettbewerblichen Bedenken wegen eines etwaigen Marktmachtmissbrauchs für bindend erklärt hat.¹³⁰

¹²³ BKartA, B6-22/16, 6. Februar 2019, Facebook.

¹²⁴ BGH, KVR 69/19, 23. Juni 2020, Facebook I, ECLI:DE:BGH:2020:230620BKVR69.19.0; OLG Düsseldorf, VI-Kart 1/19 (V), 26. August 2019, Facebook I, ECLI:DE:OLGD:2019:0826.KART1.19V.00. Hierzu bereits Monopolkommission, XXIII. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 5, Tz. 341.

¹²⁵ OLG Düsseldorf, VI-Kart 13/20 (V), 30. November 2020, Facebook II, ECLI:DE:OLGD:2020:1130.KART13.20V.00.

¹²⁶ Im Gegensatz zum Bundeskartellamt knüpft der BGH bei der Frage, ob Meta missbräuchlich gehandelt hat, nicht an einen Verstoß gegen die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) an, sondern stellt maßgeblich darauf ab, dass den Nutzerinnen und Nutzern von Facebook keine Wahl gelassen werde, in welchem Umfang sie ihre persönlichen Daten preisgeben.

¹²⁷ BGH, KVZ 90/20, 15. Dezember 2020, Facebook II, ECLI:DE:BGH:2020:151220BKVZ90.20.0.

¹²⁸ Vgl. BGH, KVR 96/20, 8. März 2021, Facebook II, ECLI:DE:BGH:2021:080321BKVR96.20.0.

¹²⁹ OLG Düsseldorf, VI-Kart 2/19 (V), 24. März 2021, Facebook III, ECLI:DE:OLGD:2021:0324.KART2.19V.00.

¹³⁰ EU-Kommission, AT.40394, 10. Februar 2021, Aspen; AT. 40608, 7. Oktober 2020, Broadcom; AT.40335, 6. März 2020, Romanian gas interconnectors.

212. Zudem hat die Europäische Kommission eine Vielzahl wettbewerbsrechtlicher Untersuchungen gegen große Plattformunternehmen eingeleitet oder fortgesetzt. Ihr intensives Vorgehen gegen mögliche Rechtsverstöße auf digitalen Märkten war prägend für die Missbrauchsaufsicht auf Unionsebene im Berichtszeitraum.¹³¹

- Die Europäische Kommission hat Apple ihre Beschwerdepunkte zu einem möglichen Missbrauch der beherrschenden Stellung des Unternehmens auf den Märkten für mobile Geldbörsen auf Apple-Geräten mitgeteilt.¹³² Die Europäische Kommission beanstandet, dass Apple den Zugang für kontaktlose Zahlungen zugunsten seines eigenen Angebots, Apple Pay, dergestalt beschränke, dass Entwickler von Apps für mobile Geldbörsen daran gehindert werden, auf die Hardware und Software von Apple-Geräten zuzugreifen. Eine weitere Mitteilung der Beschwerdepunkte erfolgte gegenüber Apple im Bereich des Vertriebs von Musikstreaming-Apps über seinen App-Store.¹³³ Die Europäische Kommission ist der vorläufigen Auffassung, dass Apple seine marktbeherrschende Stellung ausnutze, indem es Entwicklern von Musikstreaming-Apps vorschreibe, bei dem Vertrieb von Apps über den App Store das Apple-eigene System für In-App-Käufe zu nutzen. Zudem sollen App-Entwickler daran gehindert werden, die Nutzerinnen und Nutzer von Apple-Geräten über Musikstreaming-Dienste zu informieren, die mit Apple Music konkurrieren. Zwei weitere Verfahren im Zusammenhang mit der Nutzung des App Store von Apple und einem ähnlichen, möglicherweise selbstbegünstigenden Verhalten des Unternehmens sind bei der Europäischen Kommission anhängig, ohne dass diese dort bereits Beschwerdepunkte mitgeteilt hätte.¹³⁴
- Gegenüber Amazon erfolgte eine Mitteilung der Beschwerdepunkte wegen der Verwendung von nichtöffentlichen Geschäftsdaten von Dritthändlern zugunsten des eigenen Angebots.¹³⁵ Die Europäische Kommission wirft Amazon vor, seinen ausschließlichen Zugang zu den Daten von Händlern, die über den Amazon-Marktplatz verkaufen, dazu zu nutzen, um den Vertrieb der Produkte, die Amazon dort selbst anbietet, anzupassen und sich dadurch einen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen. Ein weiteres Verfahren betrifft eine mögliche Bevorzugung der eigenen Angebote von Amazon und solchen von Dritthändlern, welche die Logistik- und Versanddienste von Amazon bei der Darstellung von Produkten im Einkaufswagenfeld des Amazon-Marktplatzes (sog. Buy Box) nutzen.¹³⁶
- Die Europäische Kommission untersucht, ob Google seine eigenen Dienste für Online-Werbearzeigen zu Lasten konkurrierender Anbieter von Werbetechnologie sowie Werbetreibender und Online-Verleger bevorzugt.¹³⁷ Insoweit beschränke das Unternehmen möglicherweise den Zugang Dritter zu Daten von Nutzerinnen und Nutzern für Werbung auf Websites sowie in Apps, um diese Daten ausschließlich selbst zu verwenden. Zudem hat die Europäische Kommission jüngst ein Verfahren eingeleitet, das eine Vereinba-

¹³¹ Bei einigen der nachfolgend genannten Fälle ist die Information, auf welcher Rechtsgrundlage – Missbrauchsverbot (Art. 102 AEUV) oder Kartellverbot (Art. 101 AEUV) – die Verfahren geführt werden, noch nicht öffentlich verfügbar. Da es sich bei den betroffenen Unternehmen um solche mit einer bedeutenden Marktstellung in oftmals mehreren Bereichen handelt, werden sämtliche Fälle hier im Abschnitt zur Missbrauchsaufsicht dargestellt.

¹³² EU-Kommission, Kartellrecht: Kommission übermittelt Apple Mitteilung der Beschwerdepunkte zu Apple-Pay-Praktiken, Pressemitteilung, 2. Mai 2022, IP/22/2764, AT.40452, Apple Mobile Payments.

¹³³ EU-Kommission, Kartellrecht: Kommission übermittelt Apple Mitteilung der Beschwerdepunkte zu App-Store-Regeln für Musikstreaming-Anbieter, Pressemitteilung, 30. April 2021 IP/21/2061, AT.40437, Apple App Store Practices (music streaming).

¹³⁴ EU-Kommission, Kartellrecht: Kommission leitet Untersuchung von Apples App-Store-Regeln ein, Pressemitteilung, 16. Juni 2020, IP/20/1073, AT.40716, Apple App Store Practices, AT.40652, Apple - App Store Practices (e-books/audiobooks).

¹³⁵ EU-Kommission, Kartellrecht: Kommission richtet Mitteilung der Beschwerdepunkte an Amazon wegen Nutzung nichtöffentlicher Daten unabhängiger Verkäufer und leitet zweite Untersuchung der E-Commerce-Geschäftspraxis des Unternehmens ein, Pressemitteilung, 10. November 2020, IP/20/2077, AT.40462, Amazon Marketplace.

¹³⁶ Ebenda, vgl. Fn. 135, AT.40703, Amazon Buy Box. Zu den unterschiedlichen Rollen von Amazon auf dem Paketmarkt vgl. Monopolkommission, 12. Sektorgutachten Post (2021): Wettbewerb mit neuem Schwung!, Baden-Baden, 2022, Tz. 71 ff.

¹³⁷ EU-Kommission, Kartellrecht: Kommission leitet Untersuchung zu mutmaßlich wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen von Google im Bereich der Online-Werbetechnologie ein, Pressemitteilung, 22. Juni 2021, IP/21/3143, AT.40670, Google Adtech and Data-related practices.

rung zwischen Google und Meta in Bezug auf Online-Werbung zum Gegenstand hat.¹³⁸ Die Europäische Kommission befürchtet, dass die Unternehmen eine Schwächung von solchen Werbetechnologiediensten bezwecken, die mit dem Google-Angebot „Open Bidding“ konkurrieren. „Open Bidding“ ist ein Dienst, über den Online-Werbeflächen auf Webseiten und in Apps versteigert werden und den auch Meta für entsprechende Auktionen nutzt.

- Meta ist zudem Adressat eines Verfahrens der Europäischen Kommission, im Rahmen dessen zum einen Praktiken der Datensammlung und zum anderen solche der Kopplung untersucht werden. Die Europäische Kommission prüft, inwiefern Meta (1) Daten von Werbetreibenden des sozialen Netzwerks Facebook nutzt, um sich mit diesen in anderen Bereichen – etwa bei Kleinanzeigendiensten – einen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen, und (2) den Kleinanzeigendienst „Facebook Marketplace“ dergestalt in sein soziales Netzwerk einbettet, dass es dem Unternehmen erlaubt, konkurrierende Kleinanzeigendienste zu verdrängen.¹³⁹

213. Das EuG hat die Klage von Google und Alphabet gegen den Beschluss der Europäischen Kommission in der Rechtssache „Google Search (Shopping)“ ganz überwiegend abgewiesen und diese Entscheidung einschließlich der verhängten Geldbuße in Höhe von EUR 2,42 Mrd. bestätigt.¹⁴⁰ Die Europäische Kommission hatte im Juni 2017 festgestellt, dass Google seine beherrschende Stellung auf dem Markt für allgemeine Suchdienste in mehreren Mitgliedstaaten missbraucht habe, indem es seinen eigenen Preisvergleichsdienst „Google Shopping“ auf der Suchergebnisseite bevorzugt gegenüber jenen der Wettbewerber dargestellt habe.¹⁴¹ Die Entscheidungen der Europäischen Kommission sowie nunmehr des EuG haben insbesondere Bedeutung für die Frage, inwiefern das Verhalten eines marktbeherrschenden (Plattform-) Unternehmens, das die eigenen Dienste zulasten konkurrierender Angebote bevorzugt, zum Leistungswettbewerb zählt oder diesem entzogen ist. Das EuG teilt die Auffassung der Europäischen Kommission, dass die Selbstbevorzugung von Google gegen das Missbrauchsverbot verstoße. Das Gericht verweist auf die Bedeutung des durch die allgemeine Suchmaschine von Google generierten Verkehrs für die Preisvergleichsdienste und der zuoberst angezeigten Suchergebnisse für die Nutzerinnen und Nutzer sowie auf den erheblichen Umfang des durch das Verhalten von Google auf seinen Preisvergleichsdienst umgeleiteten Internetverkehrs. Das EuG betont, dass bei der Darstellung der Suchergebnisse auf einer Suchmaschine zu erwarten sei, dass diese nicht von der Herkunft des Angebots abhängen, d. h. ob es sich um einen Preisvergleichsdienst von Google oder um jenen eines Wettbewerbers handelt, sondern von der Relevanz für die entsprechende Suchanfrage. Hinsichtlich der Voraussetzungen für die Annahme eines missbräuchlichen Verhaltens stellt das EuG fest, dass es sich bei der allgemeinen Suchmaschine von Google zwar nicht um eine wesentliche Einrichtung („essential facility“) handele; sie weise allerdings insofern Merkmale einer solchen auf, als derzeit keine wirtschaftlich tragfähigen Alternativen verfügbar seien. Dennoch fänden die sog. Bronner-Kriterien, die vom EuGH für den Zugang zu einer wesentlichen Einrichtung entwickelt wurden,¹⁴² auf den Zugang zu der Suchmaschine keine Anwendung, da es vorliegend nicht um eine Lieferverweigerung, sondern um eine Ungleichbehandlung gehe. Das Verhalten von Google sei auch geeignet gewesen, den Wettbewerb zu beschränken. Infolge der Umleitung des Verkehrs auf den Preisvergleichsdienst von Google seien negative Auswirkungen auf den Wettbewerb im Markt der Preisvergleichsdienste feststellbar. Die Ungleichbehandlung von Google sei zudem nicht gerechtfertigt, da das Unternehmen keine Effizienzvorteile dargelegt habe, welche die negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb im Markt der Preisvergleichsdienste ausgleichen könnten. Entgegen der Auffassung der Europäischen Kommission seien jedoch

¹³⁸ EU-Kommission, Kartellrecht: Kommission leitet Untersuchung zu mutmaßlich wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen von Google und Meta im Bereich Display-Werbung ein, Pressemitteilung, 11. März 2022, IP/22/1703, AT.40774, Google-Facebook (Open Bidding) agreement.

¹³⁹ EU-Kommission, Kartellrecht: Kommission leitet Untersuchung zu möglichen wettbewerbswidrigen Praktiken von Facebook ein, Pressemitteilung, 4. Juni 2021, IP/21/2848, AT.40684, Facebook leveraging.

¹⁴⁰ EuG, T-612/17, 10. November 2021, Google und Alphabet, ECLI:EU:T:2021:763.

¹⁴¹ EU-Kommission, AT.39740, 27. Juni 2017, Google Search (Shopping).

¹⁴² Vgl. EuGH, C-7/97, 26. November 1998, Bronner, ECLI:EU:C:1998:569.

keine – auch keine potenziellen – negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb im Markt der allgemeinen Suchdienste nachgewiesen. Ein Rechtsmittel gegen die Entscheidung des EuG ist anhängig beim EuGH (C-48/22 P).

214. Das EuG hat die Entscheidung der Europäischen Kommission gegen das Unternehmen Intel teilweise für nichtig erklärt.¹⁴³ Die Europäische Kommission hatte bereits im Mai 2009 wegen verschiedener Rabatte und Zahlungen seitens Intel an Computerhersteller und Einzelhändler den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung festgestellt und eine Geldbuße in Höhe von EUR 1,06 Mrd. verhängt.¹⁴⁴ Die dagegen erhobene Klage des Unternehmens hatte das EuG zunächst abgewiesen; der EuGH hatte dieses Urteil indes aufgehoben und die Sache an das EuG zurückverwiesen.¹⁴⁵ In dem vorliegenden Urteil des EuG wird bei dem Rabattsystem von Intel zwischen „reinen Beschränkungen“ (wie die Verpflichtung der Abnehmer, keine Computer mit Chips der Wettbewerber von Intel auf den Markt zu bringen) und sonstigen Rabatten (wie Treuerabatten) unterschieden. Während bei den „reinen Beschränkungen“ für die Annahme eines Verstoßes gegen das Missbrauchsverbot nicht geprüft werden müsse, welche wettbewerbslichen Wirkungen sie haben, könne bei den sonstigen Rabatten eine Wettbewerbsbeschränkung nur angenommen werden, wenn negative Auswirkungen auf den Wettbewerb aufgrund der Art des gewährten Rabattes zu vermuten seien. Mache das marktbeherrschende Unternehmen bei den sonstigen Rabatten, gestützt auf Beweise, geltend, dass sein Verhalten nicht wettbewerbsbeschränkend sei, müsse die Europäische Kommission nachweisen, dass die Rabattgewährung insoweit tatsächlich geeignet ist, mindestens ebenso effiziente Wettbewerber vom Markt zu verdrängen. Für die Feststellung der Verdrängungswirkung – so das EuG – könne auch der Durchführung eines AEC-Tests eine tatsächliche Bedeutung zukommen. Dabei ist es der Europäischen Kommission nach Auffassung des EuG indes nicht gelungen, die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen der sonstigen Rabatte nachzuweisen. Da das EuG nicht in der Lage sei, zu bestimmen, welcher Betrag der ursprünglichen verhängten Geldbuße auf diese Verhaltensweisen einerseits und auf die reinen Beschränkungen andererseits entfalle, erklärt das Gericht die gesamte Geldbuße für nichtig. Gegen das Urteil des EuG hat die Europäische Kommission Rechtsmittel eingelegt, über das wiederum der EuGH entscheiden wird (Rechtssache C-240/22 P).

1.2.3 Horizontale und vertikale Beschränkungen

215. Das Bundeskartellamt leitete im Jahr 2020 48 neue Verfahren wegen Verstößen gegen das Kartellverbot ein und schloss 33 Kartellverfahren ab.¹⁴⁶ In fünf (horizontalen) Kartellfällen und einem Fall mit (vertikalen) Preisbindungen erließ das Bundeskartellamt Bußgeldbescheide.¹⁴⁷ Dabei wurden Geldbußen in einer Gesamthöhe von rund EUR 349 Mio. verhängt.¹⁴⁸ Ein Verfahren endete mit Verpflichtungszusagen, die das Bundeskartellamt für bindend erklärte.¹⁴⁹ Alle übrigen Verfahren wurden ohne förmliche Verfügung abgeschlossen, wobei das beanstandete Verhalten in fünf Fällen aufgegeben und das Verfahren in 22 Fällen aus einem anderen Grund eingestellt sowie in einem Fall an eine andere Behörde abgegeben wurde.¹⁵⁰ Für das Jahr 2021 liegen der Monopolkommission keine vollständigen Daten vor. Das Bundeskartellamt erließ aber in mindestens vier Fällen wegen horizontaler

¹⁴³ EuG, T-286/09 RENV, 26. Januar 2022, Intel Corporation, ECLI:EU:T:2022:19.

¹⁴⁴ EU-Kommission, AT.37990, 13. Mai 2009, Intel.

¹⁴⁵ EuGH, C-413/14 P, 6. September 2017, Intel, ECLI:EU:C:2017:632; EuG, T-286/09, 12. Juni 2014, Intel, ECLI:EU:T:2014:547.

¹⁴⁶ BKartA, Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 2019/2020, a. a. O., vgl. Fn. 104, S. 157.

¹⁴⁷ BKartA, B11-8/18, 29. Dezember 2020, Schachtabdeckungen; B12-24/17, 21. Dezember 2020, Aluminium-Schmieden; B11-31/19, 18. Dezember 2020, Musikinstrumente (horizontale Preisabsprachen); B10-22/15, 13. Januar bis 9. April 2020, Pflanzenschutzmittel; B10-22/17, 20. März 2020, Kfz-Schilder. Vertikaler Verstoß: BKartA, B11-33/19, 3., 24., 30. September und 18. Dezember 2020, Musikinstrumente (vertikale Preisbindung).

¹⁴⁸ BKartA, Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 2019/2020, a. a. O., vgl. Fn. 104, S. 38.

¹⁴⁹ BKartA, B6-28/19, 20. März 2020, Zentralvermarktung Fußball-Bundesliga.

¹⁵⁰ BKartA, Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 2019/2020, a. a. O., vgl. Fn. 104, S. 157.

und in drei Fällen wegen vertikaler Verstöße Bußgeldbescheide.¹⁵¹ Insgesamt verhängte das Bundeskartellamt im Jahr 2021 Geldbußen in Höhe von rund EUR 105 Mio.¹⁵²

216. Das Bundeskartellamt hat sich im Berichtszeitraum wiederholt mit Kooperationen von Unternehmen im Rahmen von digitalen Vertriebsplattformen befasst. Diese betrafen überwiegend den Großhandel (B2B), aber auch den Einzelhandel (B2C). Gegenstand der Fallpraxis des Bundeskartellamtes waren unter anderem eine B2B-Plattform für die Versorgung mit medizinischem Zubehör für Impfungen gegen Covid-19 einschließlich der Beteiligung des Pharmagroßhandels an dieser Plattform,¹⁵³ eine B2B-Plattform zum Vertrieb von Mineralölprodukten,¹⁵⁴ eine B2C-Plattform zum Vertrieb von Produkten innerhalb des Netzwerks der Intersport-Händler¹⁵⁵ sowie verschiedene Plattformen im Bereich der Agrarwirtschaft.¹⁵⁶ Ein erwähnenswerter Fall aus dem vorangegangenen Berichtszeitraum betraf eine B2B-Plattform zum Vertrieb von Stahlprodukten.¹⁵⁷ Das Bundeskartellamt hatte in den vorgenannten Fällen letztlich jeweils keine Einwände gegen die Kooperation der Unternehmen in Form der Gründung der bzw. der Beteiligung an den Plattformen. Es weist vielmehr darauf hin, dass solche Kooperationen insbesondere die Auffindbarkeit der Anbieter sowie die Warenverteilung verbessern und die Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen gegenüber anderen, großen Online-Plattformen steigern könnten. Wettbewerbsliche Bedenken bestünden dagegen mit Blick auf eine erhöhte Markttransparenz, welche die Gefahr des Austauschs von wettbewerbslich sensiblen Informationen sowie von kartellrechtswidrigen Absprachen steigern könnten, sowie auf eine etwaige Diskriminierung beim Zugang zu den Plattformen. Diesbezüglich seien geeignete Vorkehrungen zu treffen, und zwar insbesondere auch dann, wenn ein (Konzern-) Unternehmen der Betreiber der Plattform und gleichzeitig einer der dort tätigen Anbieter ist. Insoweit komme eine personelle, organisatorische, technische und informatorische Trennung in Betracht. Erwähnung finden Kooperationen im Rahmen von digitalen Plattformen auch in den Leitlinien zum Genossenschaftswesen, die das Bundeskartellamt im November 2021 veröffentlichte.¹⁵⁸

217. Der BGH hat einen Beschluss des OLG Düsseldorf zu den von der Hotelbuchungsplattform Booking.com verwendeten sog. engen Bestpreisklauseln auf die Rechtsbeschwerde des Bundeskartellamtes aufgehoben.¹⁵⁹ Während das Bundeskartellamt im Dezember 2015 festgestellt hatte, dass die engen Bestpreisklauseln gegen das Kartellverbot verstießen, hielt das OLG Düsseldorf sie mit Blick auf ein etwaiges „Trittbrettfahren“ der Hotels als notwendige Nebenabreden zu einem im Übrigen kartellrechtsneutralen Vertrag für zulässig.¹⁶⁰ Der BGH widerspricht der Auffassung des OLG, dass enge Bestpreisklauseln dem Anwendungsbereich des Kartellverbots entzogen seien.

¹⁵¹ Horizontale Verstöße: BKartA, B11-22/17, 28. Dezember 2021, Brückendehnfugen; B12-22/15, -21/17, 27. Januar und 21. Juli 2021, Edelstahl; B11-31/19, 15. Februar 2021, Musikinstrumente (horizontale Preisabsprachen); B12-22/17, 28. Januar und 4. Februar 2021, Stahlschmieden. Vertikale Verstöße: BKartA, B10-23/20, 11. November 2021, Unterhaltungselektronik; B10-26/20, 16. Juli 2021, Schulrucksäcke und -taschen; B11-33/19, 24. Juni 2021, Musikinstrumente (vertikale Preisbindung).

¹⁵² BKartA, Bundeskartellamt – Jahresrückblick 2021, Pressemitteilung, 22. Dezember 2021.

¹⁵³ BKartA, Bundeskartellamt gibt grünes Licht für Notfallplattform Impfbzubehör – Auch keine Einwände gegen Beteiligung des Pharmagroßhandels, Pressemitteilung, 29. März 2021; Jahresbericht 2020/21, S. 25.

¹⁵⁴ BKartA, B8-94/19, 14. Mai 2020; vgl. BKartA, Aufbau einer elektronischen Handelsplattform für Mineralölprodukte durch OLF Deutschland GmbH, Fallbericht, 9. September 2020.

¹⁵⁵ BKartA, Bundeskartellamt billigt Vertriebsmodell der Intersport Online-Plattform, Pressemitteilung, 25. Juni 2020; Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 2019/2020, a. a. O., vgl. Fn. 104, S. 67; Jahresbericht 202/21, S. 48 f.

¹⁵⁶ BKartA, Keine Einwände gegen Start einer digitalen Agrarplattform, Pressemitteilung, 5. Februar 2020; Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 2019/2020, a. a. O., vgl. Fn. 104, S. 59.

¹⁵⁷ BKartA, B5-1/18-001, 27. Februar 2018; vgl. BKartA, Aufbau einer elektronischen Handelsplattform für Stahlprodukte (XOM Metals GmbH), Fallbericht, 27. März 2018.

¹⁵⁸ Dazu bereits Tz. 172 f.

¹⁵⁹ BGH, KVR 54/20, 18. Mai 2021, Booking.com, ECLI:DE:BGH:2021:180521BKVR54.20.0.

¹⁶⁰ OLG Düsseldorf, VI-Kart 2/16 (V), 4. Juni 2019, Booking, ECLI:DE:OLGD:2019:0604.KART2.16V.00; BKartA, B9-121/13, 22. Dezember 2015, Booking.

Es handele sich nicht um bloße Nebenabreden zu dem Plattformvertrag zwischen Booking.com und dem jeweiligen Hotelbetreiber, da die engen Bestpreisklauseln für die Durchführung dieses Vertrages nicht unerlässlich seien. Insbesondere sei ohne die Möglichkeit, die engen Bestpreisklauseln zu verwenden, nicht von einer Gefährdung des Geschäftsmodells von Booking.com auszugehen, wie die Nachermittlungen des Bundeskartellamtes zu den Marktverhältnissen nach Aufgabe der Bestpreisklauseln bestätigten. Eine Abwägung der wettbewerbsfördernden und -widrigen Auswirkungen der engen Bestpreisklauseln könne zwar im Rahmen der Prüfung einer möglichen Freistellung der Vereinbarung nach Maßgabe der Voraussetzungen aus Art. 101 Abs. 3 AEUV erfolgen. Eine Freistellung scheitere aber bereits daran, dass die Effizienzvorteile, die sich aus der Nutzung einer Hotelbuchungsplattform für die Verbraucherinnen und Verbraucher ergäben (wie eine Verringerung der Such- und Transaktionskosten), nicht kausal auf die Verwendung der engen Bestpreisklauseln zurückzuführen seien. Eine Vorlage an den EuGH lehnte der BGH ab.¹⁶¹

218. Das LG München I untersagte im Wege der einstweiligen Verfügung eine Vereinbarung zwischen dem Bundesministerium für Gesundheit (BMG) und Google wegen Verstoßes gegen das Kartellverbot.¹⁶² Die Kooperation sah vor, dass Inhalte des „Nationalen Gesundheitsportals“ des BMG bei Suchanfragen zu bestimmten Krankheiten über die Google-Suche auf deren Ergebnisseite in hervorgehobenen Informationsboxen dargestellt werden. Hiergegen wandte sich das Unternehmen Netdoktor, das ein Online-Portal zum Thema Gesundheit betreibt, mit einem Antrag auf Unterlassung. Das LG München I ist der Auffassung, dass die Vereinbarung zwischen dem BMG und Google kartellrechtswidrig sei. Insbesondere handele es sich bei der Tätigkeit des BMG in diesem Zusammenhang um keine hoheitliche, sondern um eine unternehmerische. Entscheidend sei insoweit, dass die betreffende Leistung auf dem relevanten Markt üblicherweise gegen Entgelt angeboten werde. Hier stehe der Betrieb des „Nationalen Gesundheitsportals“ im Wettbewerb mit dem werbefinanzierten Angebot von Netdoktor. Die Gesundheitsportale seien aus Sicht der Marktgegenseite funktional austauschbar. Das Gericht geht auch von einer (bewirkten) Beschränkung dieses Wettbewerbs aus, da es Netdoktor nicht möglich sei, etwa durch besonders relevante Inhalte oder den Erwerb von Anzeigenplätzen auf der Ergebnisseite der Google-Suche eine bessere Sichtbarkeit zu erzielen als die – infolge der in Rede stehenden Vereinbarung – besonders hervorgehobenen Informationsboxen des BMG. Die Entscheidung des LG München I ist rechtskräftig; das BMG und Google haben das beanstandete Verhalten aufgegeben.¹⁶³

219. Die Europäische Kommission erließ im Berichtszeitraum in insgesamt 16 Fällen Entscheidungen, in denen sie Verstöße gegen das Kartellverbot feststellte, und zwar in sechs Fällen im Jahr 2020 und in zehn Fällen im Jahr 2021. Darunter waren drei Fälle mit Vereinbarungen im Vertikalverhältnis;¹⁶⁴ im Übrigen handelte es sich um Entscheidungen betreffend Absprachen zwischen (potenziellen) Wettbewerbern.¹⁶⁵ In allen Fällen verhängte die Europäische Kommission Geldbußen, deren Gesamthöhe rund EUR 2,1 Mrd. betrug.

220. Die Europäische Kommission hat gegenüber den deutschen Automobilherstellern BMW, Daimler und Volkswagen (einschließlich Audi und Porsche) einen Verstoß gegen das Kartellverbot festgestellt.¹⁶⁶ Die Unternehmen

¹⁶¹ Vgl. aber Monopolkommission, XXIII. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 5, Tz. 486 ff., insb. 496, 506.

¹⁶² LG München, 37 O 15720/20 und 15721/20, 10. Februar 2021.

¹⁶³ Beck-aktuell, Google zieht Berufung gegen Urteil zu Gesundheitsportal zurück, 9. April 2021, abrufbar unter <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/google-zieht-berufung-gegen-urteil-zu-bund-gesundheitsportal-zurueck>, Abruf am 30. Mai 2022.

¹⁶⁴ EU-Kommission, AT.40413/40414/40420/40422/40424, 20. Januar 2021, Video Games; AT.40528, 21. Februar 2020, Melia (Holiday Pricing); AT.40433, 30. Januar 2020, Film merchandise.

¹⁶⁵ EU-Kommission, AT.40054 – Ethanol benchmarks, 10. Dezember 2021; AT.40135, 2. Dezember 2021, FOREX; AT.40127, 19. November 2021, Canned Vegetables; AT.40178, 8. Juli 2021, Car Emissions; AT.39914, 28. Juni 2021, Euro Interest Rate Derivatives; AT.39861, 28. Mai 2021, Yen Interest Rate Derivatives; AT.40324, 20. Mai 2021, EGB; AT.40346, 28. April 2021, SSA Bonds; AT.40330, 20. April 2021, Rail cargo; AT.39563, 17. Dezember 2020, Retail Food Packaging; AT.39686, 26. November 2020, Cephalon; AT.40299, 20. September 2020, Closure systems; AT.40410, 14. Juli 2020, Ethylene.

¹⁶⁶ EU-Kommission, AT.40178, a. a. O., vgl. Fn. 165.

tauschten sich im Zeitraum zwischen Juni 2009 und Oktober 2014 über die technische Entwicklung im Bereich der Abgasreinigung bei Diesel-Pkw aus. Dies habe – so die Europäische Kommission – dazu gedient, die Unsicherheit hinsichtlich ihres künftigen Marktverhaltens zu verringern und den Wettbewerbsdruck in Bezug auf Produktmerkmale zu begrenzen. Es sei vereinbart worden, über die gesetzlichen Vorgaben zur Abgasreinigung hinaus nicht miteinander in Wettbewerb zu treten. Die Europäische Kommission wertete das Verhalten als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 101 Abs. 1 lit. b AEUV und verhängte Geldbußen in Höhe von insgesamt rund EUR 875 Mio. Sie reduzierte die Geldbußen der Unternehmen um 20 Prozent, da erstmals Absprachen, die ausschließlich eine Einschränkung der technischen Entwicklung betrafen, Gegenstand einer Verbotsentscheidung waren. Sämtliche Unternehmen erhielten zusätzliche Bußgeldermäßigungen nach der Kronzeugenregelung und/oder wegen einer einvernehmlichen Verfahrensbeendigung. Daimler wurde die Geldbuße sogar vollständig erlassen, weil es die Absprachen gegenüber der Europäischen Kommission aufgedeckt hatte. Parallel zu der Verbotsentscheidung teilte die Generaldirektion Wettbewerb den Automobilherstellern in einem separaten Schreiben mit, dass sie bestimmte andere Kooperationen der Automobilhersteller im Zusammenhang mit der Abgasreinigung bei Diesel-Pkw kartellrechtlich nicht zu verfolgen beabsichtige.¹⁶⁷

221. Der EuGH hat sich mit der Beeinträchtigung der Rechte Dritter bei Entscheidungen der Europäischen Kommission, in denen Verpflichtungszusagen für bindend erklärt werden, befasst.¹⁶⁸ In dem der EuGH-Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt ging es um etwaige wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen zwischen Filmproduktionsgesellschaften und Pay-TV-Sendern im Zusammenhang mit der Bereitstellung von Pay-TV-Diensten. Die Europäische Kommission beendete das Verfahren mit Zusagenentscheidungen.¹⁶⁹ Das Unternehmen Groupe Canal + klagte gegen die Entscheidung der Europäischen Kommission vor dem EuG, da die Verpflichtungszusagen Rechte des Unternehmens aus einer Lizenzvereinbarung berührten, die es mit einer der Filmproduktionsgesellschaften geschlossen hatte. Mit dem vorliegenden Urteil hob der EuGH die Entscheidung des EuG, mit der die Klage von Groupe Canal + abgewiesen worden war,¹⁷⁰ auf und erklärte die ursprüngliche Entscheidung der Europäischen Kommission für nichtig. Der EuGH stellte fest, dass die Europäische Kommission vor Erlass einer Zusagenentscheidung nach Art. 9 Abs. 1 Verordnung (EU) 1/2003 habe prüfen müssen, ob die Verpflichtungszusagen, welche die am Verfahren beteiligten Unternehmen zur Ausräumung der wettbewerbsrechtlichen Bedenken angeboten haben, verhältnismäßig sind auch im Hinblick auf den Schutz der vertraglichen Rechte Dritter. Der EuGH ist – anders als das EuG – der Auffassung, dass Dritte zur Geltendmachung ihrer vertraglichen Rechte nicht an die nationalen (Zivil-) Gerichte verwiesen werden dürften, da es insoweit an ausreichendem Rechtsschutz fehle. So dürfe ein nationales Gericht ein Unternehmen nicht verpflichten, einer Zusagenentscheidung der Europäischen Kommission zuwider zu handeln. Ein nationales Gericht dürfe auch nicht feststellen, dass es keinen Verstoß gegen das Kartellverbot gegeben habe, wenn die Europäische Kommission das Verfahren noch gemäß Art. 9 Abs. 2 Verordnung (EU) 1/2003 wiederaufnehmen und sodann einen Verstoß feststellen könne. Deshalb könnten die nationalen Gerichte eine fehlende Prüfung der Verhältnismäßigkeit durch die Europäische Kommission nicht ausgleichen. Der EuGH passte in dem vorliegenden Urteil seine Rechtsprechung zum Umfang der Prüfung von Verpflichtungszusagen an. Bislang war die Europäische Kommission demnach nur verpflichtet, zu prüfen, ob die fraglichen Verpflichtungszusagen ihre wettbewerbsrechtlichen Bedenken ausräumen und die am Verfahren beteiligten Unternehmen keine weniger belastenden Verpflichtungszusagen angeboten haben, wobei die Interessen Dritter lediglich zu berücksichtigen waren.¹⁷¹

222. Das EuG bestätigte in ganz überwiegendem Umfang eine Entscheidung der Europäischen Kommission, in der diese festgestellt hatte, dass einzelne Zulassungsbestimmungen der Internationalen Eislaufunion (ISU) für Sportle-

¹⁶⁷ GD Wettbewerb, Schreiben vom 8. Juli 2021, AT.40178 – Car Emissions.

¹⁶⁸ EuGH, C-132/19 P, 9. Dezember 2020, Groupe Canal +, ECLI:EU:C:2020:1007.

¹⁶⁹ EU-Kommission, AT.40023, 26. Juli 2016, Cross-border access to pay-TV.

¹⁷⁰ EuG, T-873/16, 12. Dezember 2018, Groupe Canal +, ECLI:EU:T:2018:904.

¹⁷¹ EuGH, C-441/07 P, 29. Juni 2010, Alrosa, ECLI:EU:C:2010:377.

rinnen und Sportler gegen das Kartellverbot verstoßen.¹⁷² Die Bestimmungen sahen insbesondere eine Pflicht der Sportlerinnen und Sportler zur Einholung einer Vorabgenehmigung der ISU für die Teilnahme an Wettkämpfen anderer Veranstalter sowie strenge Sanktionen für den Fall vor, dass Sportlerinnen und Sportler an nicht genehmigten Wettkämpfen teilnahmen. Nach Auffassung des EuG handele es sich bei den Bestimmungen der ISU, dem einzigen vom Internationalen Olympischen Komitee anerkannten Dachverband für den Eiskunstlauf und den Eisschnelllauf, um bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen einer Unternehmensvereinigung. Angesichts ihrer doppelten Stellung – einerseits erlässt die ISU die Regeln für die sie betreffenden Sportarten, andererseits veranstaltet sie selbst Wettkämpfe – sei die ISU verpflichtet, sicherzustellen, dass Dritten der Zugang zu dem Markt nicht zu Unrecht verwehrt werde, um den Wettbewerb auf diesem Markt nicht zu verfälschen. Die Zulassungsbestimmungen der ISU könnten zwar grundsätzlich legitime Ziele, namentlich die Vorbeugung von Manipulationen der Wettkämpfe sowie die Gewährleistung allgemeiner Standards für die Wettkämpfe, verfolgen. Die Tatsache, dass ein Sportverband auch seine wirtschaftlichen Interessen schützen möchte, sei für sich genommen nicht wettbewerbswidrig. Allerdings gingen die Bestimmungen über das für die Zielerreichung Erforderliche hinaus und seien somit unverhältnismäßig. Lediglich hinsichtlich der Vorgaben der ISU zur Schiedsgerichtsbarkeit, die nach Auffassung der Europäischen Kommission die von den Zulassungsbestimmungen ausgehenden Wettbewerbsbeschränkungen verstärkten, konnte das EuG kein rechtswidriges Verhalten feststellen.

1.2.4 Kartellschadensersatz

223. Der BGH hat in einem Urteil zum Schienenkartell die Wirksamkeit einer Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) bejaht, mittels derer ein Kartellschaden in einer bestimmten Höhe pauschal vereinbart wird.¹⁷³ Die Frage, ob und – gegebenenfalls – in welcher Höhe eine Schadenspauschalierung in AGB zulässig ist, war in der Vergangenheit umstritten.¹⁷⁴ Die streitgegenständliche AGB-Klausel sah eine Schadenspauschale in Höhe von fünf Prozent der Abrechnungssumme für den Fall vor, dass der Vertragspartner anlässlich der veräußerten Produkte eine wettbewerbswidrige Absprache getroffen hat, wobei der Nachweis eines anderen Schadens möglich war. Gemäß § 309 Nr. 5 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) – bzw. im unternehmerischen Geschäftsverkehr gemäß den §§ 307, 310 Abs. 1 BGB – dürfen Klauseln zur Schadenspauschalierung den nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden nicht übersteigen. Dabei wird normalerweise auf einen branchentypischen Durchschnittsschaden abgestellt, dessen Höhe der Verwender der AGB-Klausel nachzuweisen hat. Da eine zuverlässige Ermittlung eines solchen Schadens bei wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen regelmäßig mit erheblichen tatsächlichen Schwierigkeiten verbunden sei, sei es – so der BGH – ausreichend, dass die Höhe der Schadenspauschale eine Unter- und eine Überkompensation des kartellbedingten Schadens gleichermaßen wahrscheinlich erscheinen lasse und dem Schädiger die Möglichkeit verbleibe, einen geringeren oder fehlenden Schaden nachzuweisen. Die streitgegenständliche AGB-Klausel, die eine Schadenspauschale in Höhe von fünf Prozent der Abrechnungssumme sowie den Nachweis eines anderen Schadens vorsah, erachtete der BGH insoweit als angemessen und bezeichnete darüber hinaus sogar eine Schadenspauschale in Höhe von bis zu 15 Prozent als vertretbar.

¹⁷² EuG, T-93/18, 16. Dezember 2020, International Skating Union, ECLI:EU:T:2020:610; EU-Kommission, AT.40208, 8. Dezember 2017, International Skating Union's Eligibility rules. Ein Rechtsmittel ist anhängig beim EuGH, C-124/21 P.

¹⁷³ BGH, KZR 63/18, 10. Februar 2021, Schienenkartell VI, ECLI:DE:BGH:2021:100221UKZR63.18.0, vgl. auch BGH, KZR 94/18, 10. Februar 2021, ECLI:DE:BGH:2021:100221UKZR94.18.0.

¹⁷⁴ Klausel wirksam: KG Berlin, 2 U 13/14 Kart, 28. Juni 2018 (in Höhe von fünf Prozent); OLG Jena, 2 U 583/15 Kart, 22. Februar 2017 (in Höhe von 15 Prozent); LG Stuttgart, 30 O 33/17, 19. Juli 2018 (in Höhe von 15 Prozent). Klausel unwirksam: LG Potsdam, 2 O 23/15, 13. April 2016 (in Höhe von 15 Prozent). Das LG Dortmund hat in mehreren Entscheidungen zum Schienenkartell Schadenspauschalierungsklauseln bzw. Vertragsstrafenvereinbarungen, die auf die in Rede stehenden Erwerbsvorgänge keine unmittelbare Anwendung fanden, zumindest als Indiz für die freie Schätzung der Schadenshöhe gemäß § 287 der Zivilprozessordnung herangezogen. Vgl. LG Dortmund, 8 O 116/14 (Kart), 3. Februar 2021; 8 O 26/16 (Kart), 4. November 2020; 8 O 115/14 (Kart), 30. September 2020.

224. In weiteren Urteilen zum Schienenkartell sowie zum Lkw-Kartell hat sich der BGH mit der Anwendbarkeit des Einwands der Schadensabwälzung bei sog. Streuschäden befasst.¹⁷⁵ In Kartellschadensersatzverfahren können sich die beklagten Kartellteilnehmer grundsätzlich mit dem Einwand verteidigen, die Kläger haben die kartellbedingten Preiserhöhungen – gegebenenfalls teilweise – an die nachgelagerte Marktstufe weitergereicht, sodass letztlich kein Schaden (mehr) bestehe bzw. dieser im Umfang der Schadensabwälzung reduziert sei. Anderenfalls könnten die Kartellteilnehmer für dieselben Schadenspositionen von Klägern auf unterschiedlichen Marktstufen mehrfach in Anspruch genommen werden. Der BGH hat nun festgestellt, dass der Einwand der Schadensabwälzung eingeschränkt sei, sofern die an dem Kartell beteiligten Unternehmen, ließe man einen solchen Vorteilsausgleich uneingeschränkt zu, unbillig entlastet würden. Hiervon könne vor allem in Konstellationen mit Streuschäden auszugehen sein, in denen eine Vielzahl von mittelbaren Abnehmern auf nachgelagerten Marktstufen einen vergleichsweise geringen individuellen Schaden erlitten haben. Solche Schäden sind häufig nur schwer zu beziffern und werden angesichts des damit verbundenen Aufwands kaum geltend gemacht, und zwar insbesondere nicht von privaten Verbraucherinnen und Verbrauchern. Dann besteht für die Kartellteilnehmer weniger die Gefahr einer mehrfachen Inanspruchnahme, die mit der Zulassung des Einwands der Schadensabwälzung verhindert werden soll. Stattdessen würden die Kartellteilnehmer vielmehr von einer gegebenenfalls teilweisen Freistellung von der Haftung auf Schadensersatz profitieren. Um die unionsrechtlich gebotene Effizienz der Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen insoweit nicht zu gefährden, seien – so der BGH in den Urteilen mit unterschiedlicher Deutlichkeit – an den Nachweis der Schadensabwälzung durch die Kartellteilnehmer keine zu geringen Anforderungen zu stellen, komme eine sekundäre Darlegungslast der Kläger unter Umständen nur ausnahmsweise in Betracht oder könne der Einwand der Schadensabwälzung gänzlich ausgeschlossen sein.¹⁷⁶

225. Der EuGH hat sich im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens zur zivilrechtlichen Haftung einer Tochter für ihre Muttergesellschaft geäußert.¹⁷⁷ Die Entscheidung erging auf Vorlage eines spanischen Gerichts, vor dem ein Unternehmen auf Zahlung von Kartellschadensersatz gegen eine in Spanien ansässige Tochtergesellschaft des Daimler-Konzerns geklagt hatte. Die Klägerin hatte von der Beklagten Lastkraftwagen erworben, bevor die Europäische Kommission im Juli 2016 eine Beteiligung der Muttergesellschaft des Daimler-Konzerns am Lkw-Kartell feststellte.¹⁷⁸ Der EuGH entschied, dass eine Haftung der Tochtergesellschaft für kartellbedingte Schäden, die von ihrer Muttergesellschaft verursacht worden sind, in Betracht komme. Voraussetzung sei, dass beide Gesellschaften zu einem Unternehmen im Sinne einer wirtschaftlichen Einheit gehören. Der Unternehmensbegriff habe im Rahmen der öffentlich-rechtlichen sowie der zivilrechtlichen Durchsetzung des Kartellrechts dieselbe Bedeutung. Demnach sei eine wirtschaftliche Einheit zu verstehen als einheitliche Organisation persönlicher, materieller und immaterieller Mittel, die dauerhaft einen bestimmten wirtschaftlichen Zweck verfolge. Ein und dieselbe Muttergesellschaft könne innerhalb einer Unternehmensgruppe Teil mehrerer wirtschaftlicher Einheiten sein. Für die Annahme einer Haftung der Tochtergesellschaft bedürfe es deshalb des Nachweises, dass zwischen der wirtschaftlichen Tätigkeit der Tochtergesellschaft und dem Kartellverstoß der Muttergesellschaft ein konkreter Zusammenhang bestehe. Dies sei grundsätzlich dann der Fall, wenn der Kartellverstoß der Muttergesellschaft dieselben Produkte betreffe wie die von der Tochtergesellschaft vermarkteten. Die Gesellschaften, die eine wirtschaftliche Einheit bilden, haften gesamtschuldnerisch auf Schadensersatz. Dabei sei die Haftung nicht abhängig von den Kontrollverhältnissen innerhalb der wirtschaftlichen Einheit.

¹⁷⁵ BGH, KZR 19/20, 13. April 2021, Lkw-Kartell II, ECLI:DE:BGH:2021:130421UKZR19.20.0; KZR 4/19, 23. September 2020, Schienenkartell V, ECLI:DE:BGH:2020:230920UKZR4.19.1; KZR 8/18, 19. Mai 2020, Schienenkartell IV, ECLI:DE:BGH:2020:190520UKZR8.18.0.

¹⁷⁶ Die Monopolkommission hat angesichts der Gefahr einer unbilligen Entlastung der an dem Kartellverstoß beteiligten Unternehmen bei Zulassung des Einwands der Schadensabwälzung vorgeschlagen, die private Kartellrechtsdurchsetzung für Verbraucherinnen und Verbraucher durch die Einführung einer Gruppenklage nach dem „Opt in“-Prinzip zu stärken; vgl. Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 45, Tz. 869 ff. insb. 894 ff.

¹⁷⁷ EuGH, C-882/19, 6. Oktober 2021, Sumal, ECLI:EU:C:2021:800.

¹⁷⁸ EU-Kommission, AT.39824, 19. Juli 2016, Trucks.

2 Spezifische Probleme der Kartellrechtsanwendung

2.1 Verweisung der Prüfung von Zusammenschlussvorhaben an die Europäische Kommission trotz fehlender nationaler Anmeldepflicht

226. Im Rahmen ihrer Evaluierung von Verfahrens- und Zuständigkeitsaspekten der EU-Fusionskontrolle änderte die Europäische Kommission ihre Anwendungspraxis zu Verweisungen gemäß Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004. Nach dieser Vorschrift können ein oder mehrere Mitgliedstaaten die Prüfung eines Zusammenschlussvorhabens durch die Europäische Kommission auch dann beantragen, wenn der Zusammenschluss gemäß Art. 1 Verordnung (EG) 139/2004 keine unionsweite Bedeutung hat. Dabei setzt eine Verweisung nach Art. 22 Abs. 1 Verordnung (EG) 139/2004 nicht einmal voraus, dass das Zusammenschlussvorhaben in dem betreffenden oder einem anderen Mitgliedstaat anmeldepflichtig ist. Bislang hatte die Europäische Kommission jedoch grundsätzlich die Prüfung solcher Fälle abgelehnt, die nicht der nationalen Fusionskontrolle unterliegen. In einem im März 2021 veröffentlichten Leitfaden erklärte sie dagegen, nunmehr die Verweisung bestimmter nicht anmeldepflichtiger Zusammenschlussvorhaben „zu fördern“.¹⁷⁹ Mit dem Zusammenschlussvorhaben Illumina/Graill gibt es bereits einen ersten Fall, der auch ohne nationale Kontrollpflicht gemäß Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004 an die Europäische Kommission verwiesen worden ist. Die Monopolkommission sieht diese neue Anwendungspraxis der Europäischen Kommission kritisch. Das fusionskontrollrechtliche Verweisungssystem sollte besser durch eine Anpassung der deutschen Transaktionswertschwelle aus § 35 Abs. 1a GWB gestärkt werden.

2.1.1 Überblick über die Rechtslage zu Verweisungen und die Anwendungspraxis der Europäischen Kommission

227. Die Prüfung eines Zusammenschlussvorhabens durch die Europäische Kommission setzt voraus, dass der Anwendungsbereich der EU-Fusionskontrollverordnung 139/2004¹⁸⁰ eröffnet ist. Nach Art. 1 Abs. 1 Verordnung (EG) 139/2004 ist dies zunächst dann der Fall, wenn die Anmeldeschwellen des Art. 1 Abs. 2 und 3 Verordnung (EG) 139/2004, die an die Umsätze der beteiligten Unternehmen anknüpfen, überschritten sind. Hat ein Zusammenschluss keine solche unionsweite Bedeutung, kann die Europäische Kommission ein Zusammenschlussvorhaben dennoch gemäß Art. 22 Abs. 1 Verordnung (EG) 139/2004 aufgrund eines Antrags eines oder mehrerer Mitgliedstaaten prüfen. Nimmt die Europäische Kommission einen Verweisungsantrag an, erfolgt die fusionskontrollrechtliche Prüfung des Zusammenschlussvorhabens stellvertretend für den bzw. die verweisenden Mitgliedstaaten. Von dieser Prüfung unabhängige parallele Fusionskontrollverfahren in den übrigen Mitgliedstaaten sind zulässig. Die Europäische Kommission kann einem oder mehreren Mitgliedstaaten zudem mitteilen, dass ihres Erachtens die Voraussetzungen für eine Verweisung vorliegen, und in diesem Fall den oder die Mitgliedstaaten auffordern, einen Verweisungsantrag zu stellen, Art. 22 Abs. 5 Verordnung (EG) 139/2004.

228. Voraussetzung für eine Verweisung an die Europäische Kommission ist nach Art. 22 Abs. 1 Verordnung (EG) 139/2004, dass der Zusammenschluss *„den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt und den Wettbewerb im Hoheitsgebiet des beziehungsweise der antragstellenden Mitgliedstaaten erheblich zu beeinträchtigen droht.“*¹⁸¹ Eine Anmeldepflicht in einem Mitgliedstaat ist dagegen nicht erforderlich, und zwar weder eine solche in dem bzw. den verweisenden Mitgliedstaaten noch in einem anderen Mitgliedstaat. Diese Regelung ist historisch bedingt. Sie sollte die Prüfung eines Zusammenschlussvorhabens durch die Europäische Kommission ermöglichen,

¹⁷⁹ EU-Kommission, Leitfaden zur Anwendung des Verweisungssystems nach Artikel 22 der Fusionskontrollverordnung auf bestimmte Kategorien von Vorhaben, ABl. C 113 vom 31. März 2021, S. 1, insb. Tz. 11.

¹⁸⁰ Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 20. April 2004, ABl. L 24 vom 29. Januar 2004, S. 1.

¹⁸¹ Zudem muss ein Zusammenschlusstatbestand im Sinne des Art. 3 Verordnung (EG) 139/2004 verwirklicht sein. Während die EU-Fusionskontrolle eine dauerhafte Veränderung der Kontrolle über ein Unternehmen verlangt, ist das nationale Fusionskontrollrecht teilweise strenger und sieht bereits für Erwerbsvorgänge unterhalb dieser Schwelle eine Anmeldepflicht vor; vgl. nur zum deutschen Recht § 37 GWB.

da einige Mitgliedstaaten ursprünglich nicht über ein Fusionskontrollregime verfügten.¹⁸² Heute hat lediglich Luxemburg keine eigene Fusionskontrolle. In der Vergangenheit hatte die Europäische Kommission den Mitgliedstaaten von Verweisungsanträgen abgeraten, die nach nationalem Recht nicht anmeldepflichtig waren. Ein Mitgliedstaat, in dem ein Zusammenschlussvorhaben nicht anmeldepflichtig war, konnte sich aber zumindest der Verweisung eines anderen Mitgliedstaates, in dem das betreffende Zusammenschlussvorhaben der Fusionskontrolle unterlag, anschließen.¹⁸³

229. Nunmehr hat die Europäische Kommission ihre Praxis insofern geändert, als sie den Mitgliedstaaten in einem im März 2021 veröffentlichten Leitfaden zur Anwendung des Verweisungssystems gemäß Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004 ausdrücklich nahelegt, bestimmte Zusammenschlussvorhaben, die nicht der nationalen Fusionskontrolle unterliegen, zur Prüfung an sie zu verweisen. Der Leitfaden ist ein Ergebnis einer umfassenden Evaluierung von Verfahrens- und Zuständigkeitsaspekten der EU-Fusionskontrolle durch die Europäische Kommission. Er soll die allgemeinen Hinweise zu dem Gesamtverweisungssystem der Verordnung (EG) 139/2004 in der bereits seit Längerem existierenden Mitteilung der Kommission über die Verweisung von Fusionssachen¹⁸⁴ ergänzen.¹⁸⁵ Die Europäische Kommission hat im Zuge ihrer Evaluierung eine Reihe von Zusammenschlüssen identifiziert, die ihrer Ansicht nach auf Unionsebene hätten geprüft werden sollen, aber weder in ihre originäre Zuständigkeit fielen noch gemäß ihrer alten Anwendungspraxis an sie verwiesen wurden.¹⁸⁶

230. Die Europäische Kommission begründet die Änderung ihrer Anwendungspraxis damit, dass bei Zusammenschlussvorhaben, die national nicht anmeldepflichtig sind, in der Vergangenheit davon auszugehen gewesen sei, dass sie in der Regel zu keinen nennenswerten Auswirkungen im Binnenmarkt führten.¹⁸⁷ Mittlerweile gebe es jedoch eine Zunahme von Zusammenschlüssen, an denen Unternehmen beteiligt sind, deren wettbewerbliche Bedeutung groß ist oder absehbar groß sein wird, die aber noch über allenfalls geringe Umsätze verfügen.¹⁸⁸ Die Europäische Kommission benennt in ihrem Leitfaden verschiedene Kategorien von Vorhaben, bei denen davon auszugehen sei, dass der Umsatz von wenigstens einem der beteiligten Unternehmen nicht dessen aktuelles oder zukünftiges wettbewerbliches Potenzial widerspiegele, und die deshalb für eine Verweisung nach Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004 geeignet seien.¹⁸⁹ Während die digitale Wirtschaft und die Pharmaindustrie ausdrückliche

¹⁸² Vgl. bereits Art. 22 Abs. 4 und 5 der ersten europäischen Fusionskontrollverordnung (EWG) 4064/89. Nach Art. 6 Abs. 3 Unterabs. 2 des Protokolls 24 zum EWR-Abkommen können sich zudem die EFTA-Staaten einem Antrag auf Verweisung eines Zusammenschlussvorhabens zur Prüfung an die Europäische Kommission anschließen.

¹⁸³ EU-Kommission, Commission Staff Working Document, Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control, SWD(2021) 66 final, 26. März 2021, Tz. 120 mit Fn. 150.

¹⁸⁴ ABl. C 56 vom 5. März 2005, S. 2.

¹⁸⁵ Neben Art. 22 sieht die Verordnung (EG) 139/2004 weitere Verweisungsmöglichkeiten vor, und zwar vor Anmeldung des Zusammenschlussvorhabens auf Antrag der beteiligten Unternehmen an die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten oder an die Europäische Kommission in Art. 4 Abs. 4 bzw. Abs. 5 sowie nach Anmeldung durch die Europäische Kommission an die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten in Art. 9. Das Gesamtverweisungssystem der Verordnung (EG) 139/2004 soll gewährleisten, dass das jeweilige Zusammenschlussvorhaben im Einzelfall stets von der bzw. den besser geeigneten Behörden geprüft werden kann.

¹⁸⁶ EU-Kommission, Evaluation of EU merger control, a. a. O., vgl. Fn. 183, Tz. 99 ff., insb. 130 ff. Kritisch dazu Apel, K./Polley, R., „Gap cases“ in der formellen Fusionskontrolle der FKVO?, ZWeR, 2021, S. 273-316, 291 ff.; Neideck, P. O., Viele Fragezeichen bleiben – Der Leitfaden zu Art. 22 der Fusionskontrollverordnung, NZKart, 2021, S. 263-269, 264 f.; von Schreiter, F./Urban, J., Große Fische, weites Netz? – Kritik der neuen Verweisungspraxis zu Art. 22 FKVO, WuW, 2021, S. 674-682, 676 f.

¹⁸⁷ EU-Kommission, Leitfaden zur Anwendung des Verweisungssystems, a. a. O., vgl. Fn. 179, Tz. 8.

¹⁸⁸ Ebenda, vgl. Fn. 179, Tz. 9.

¹⁸⁹ (1) Start-up-Unternehmen mit beträchtlichem Wettbewerbspotenzial, (2) wichtiger Innovator oder Unternehmen mit potenziell wichtigen Forschungsarbeiten, (3) (potenziell) wichtige Wettbewerbskraft, (4) Unternehmen mit Zugang zu wettbewerbsrelevanten Vermögenswerten, (5) Unternehmen mit wichtigen Input-Produkten /-Dienstleistungen für andere Wirtschaftszweige; vgl. ebenda, vgl. Fn. 179, Tz. 19.

Erwähnung finden,¹⁹⁰ wird betont, dass die Aufzählung nicht auf bestimmte Wirtschaftszweige beschränkt und nicht abschließend sei.¹⁹¹

231. Im Berichtszeitraum hat es mit der geplanten Übernahme von Grail durch Illumina einen ersten Anwendungsfall für die Verweisung eines national nicht anmeldepflichtigen Zusammenschlussvorhabens an die Europäische Kommission gegeben. Bei Illumina handelt es sich um einen führenden Anbieter von Sequenzierungssystemen für die genetische und genomische Analyse. Grail entwickelt Bluttests zur Früherkennung von Krebs, die auf den von Illumina angebotenen Sequenzierungssystemen beruhen. Beide Unternehmen haben ihren Sitz in den USA. Die Europäische Kommission hat die Verweisung des Zusammenschlussvorhabens, welche die französische Wettbewerbsbehörde gemäß Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004 beantragt hatte und der sich die Wettbewerbsbehörden von Belgien, Griechenland, Island, der Niederlande und Norwegen anschlossen, am 19. April 2021 zur Prüfung angenommen. Derzeit unterzieht sie den Fall einer vertieften Prüfung.¹⁹²

232. Die Europäische Kommission befürchtet, dass durch den Zusammenschluss der Zugang zu den von Illumina angebotenen Sequenzierungssystemen für (potenzielle) Wettbewerber von Grail im Bereich von Krebserkennungstests eingeschränkt wird.¹⁹³ Die Annahme der Verweisung gemäß Art. 22 Abs. 3 Verordnung (EG) 139/2004 begründet die Europäische Kommission damit, dass sich die wettbewerbliche Bedeutung von Grail nicht in dem Umsatz des Unternehmens widerspiegeln. Die wettbewerbliche Bedeutung zeige sich jedoch in dem Kaufpreis von USD 7,1 Mrd.¹⁹⁴ Grail hat erst im April 2021 damit begonnen, ein Produkt in begrenztem Umfang in den USA zu vertreiben; zwei weitere Produkte befinden sich in der Entwicklung. Genomische Krebstests werden von der Europäischen Kommission als mögliche „Game Changer“ im Kampf gegen Krebs bezeichnet.¹⁹⁵

233. Trotz des laufenden Fusionskontrollverfahrens haben Illumina und Grail den Zusammenschluss vollzogen, sodass die Europäische Kommission einstweilige Maßnahmen gemäß Art. 8 Abs. 5 Verordnung (EG) 139/2004 erließ, um irreparable negative Auswirkungen auf den Wettbewerb zu verhindern.¹⁹⁶ Wegen eines möglichen Verstoßes gegen das Verbot des vorzeitigen Vollzugs eines Zusammenschlusses (Art. 22 Abs. 4 Unterabs. 1 Satz 2 i. V. m. Art. 7 Verordnung (EG) 139/2004) ist zudem ein Bußgeldverfahren gemäß Art. 14 Verordnung (EG) 139/2004 eröffnet worden.¹⁹⁷ Gleichzeitig sind bei dem EuG Nichtigkeitsklagen von Illumina gegen die Beschlüsse der Europäischen Kommission betreffend die Annahme der Verweisung sowie den Erlass der einstweiligen Maßnahmen anhängig.¹⁹⁸ Über die Klage von Illumina gegen die Annahme der Verweisung durch die Europäische Kommission entscheidet das EuG im beschleunigten Verfahren.¹⁹⁹

¹⁹⁰ EU-Kommission, Leitfaden zur Anwendung des Verweisungssystems, a. a. O., vgl. Fn. 179, Tz. 9.

¹⁹¹ Ebenda, vgl. Fn. 179, Tz. 20.

¹⁹² EU-Kommission, M.10188, Illumina/Grail; vgl. EU-Kommission, Fusionskontrolle: Kommission nimmt geplante Übernahme von GRAIL durch Illumina unter die Lupe, Pressemitteilung, 22. Juli 2021, IP/21/3844.

¹⁹³ Ebenda, vgl. Fn. 192; EU-Kommission, Mergers: Commission to assess proposed acquisition of GRAIL by Illumina, Pressemitteilung, 20. April 2021, MEX/21/1846.

¹⁹⁴ EU-Kommission, Mergers: Commission to assess proposed acquisition of GRAIL by Illumina, a. a. O., vgl. Fn. 193, MEX/21/1846.

¹⁹⁵ Ebenda, vgl. Fn. 193.

¹⁹⁶ EU-Kommission, M.10493, 29. Oktober 2021, Illumina/Grail; vgl. EU-Kommission, Fusionskontrolle: Kommission ordnet bis zum Erlass ihres abschließenden Beschlusses geltende einstweilige Maßnahmen an, um Beeinträchtigung des Wettbewerbs nach vorzeitigem Vollzug der Übernahme von GRAIL durch Illumina zu verhindern, Pressemitteilung, 29. Oktober 2021, IP/21/5661.

¹⁹⁷ EU-Kommission, M.10483, Illumina/Grail.

¹⁹⁸ EuG, T-227/21 bzw. T-755/21, Illumina. Auch Grail hat mittlerweile eine Nichtigkeitsklage gegen den Erlass der einstweiligen Maßnahmen durch die Kommission erhoben; vgl. EuG, T-23/22, Grail.

¹⁹⁹ EuG, T-227/21, 6. Oktober 2021, Illumina, ECLI:EU:T:2021:672, Rz. 10.

2.1.2 Neue Anwendungspraxis der Europäischen Kommission kritikwürdig

234. Es ist zu begrüßen, dass die Europäische Kommission anstrebt, etwaige Schutzlücken in der EU-Fusionskontrolle unter anderem mit Blick auf sog. Killer Acquisitions²⁰⁰ zu schließen. Dabei gewährleistet der von ihr gewählte Ansatz, nunmehr auch solche Verweisungen von Mitgliedstaaten nach Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004 zu fördern und anzunehmen, die nicht der nationalen Fusionskontrolle unterliegen, ein hohes Maß an Flexibilität. Zusammenschlussvorhaben, die wettbewerblich bedenklich erscheinen, können unabhängig von Umsatzschwellen zielgerichtet aufgegriffen werden. Dagegen stellen die herkömmlichen Anmeldeschwellen, die an den Umsatz der beteiligten Unternehmen oder – wie zusätzlich seit dem Jahr 2017 in Deutschland und Österreich – an den Transaktionswert anknüpfen, lediglich ein vergleichsweise grobes Raster dar, das zwar zuverlässig die wirtschaftliche, aber nicht zwingend die wettbewerbliche Bedeutung eines Zusammenschlussvorhabens widerspiegelt. Dementsprechend wird in der Regel nur ein geringer Bruchteil der angemeldeten Zusammenschlussvorhaben von den Wettbewerbsbehörden tiefergehend geprüft.

235. Allerdings hat das Vorgehen der Europäischen Kommission eine große Rechtsunsicherheit für die Unternehmen zur Folge. Diese können sich nicht mehr darauf verlassen, dass ein Zusammenschlussvorhaben, das weder originär bei der Europäischen Kommission noch in einem Mitgliedstaat anmeldepflichtig ist, tatsächlich fusionskontrollfrei bleibt. Zwar dürfte überhaupt nur in einer geringen Anzahl von Fällen ein relevantes Risiko für eine Verweisung nach Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004 bestehen. Die Europäische Kommission benennt in ihrem Leitfaden auch einige Beispiele, die sich ihrer Auffassung nach besonders für eine Prüfung eignen würden.²⁰¹ Zudem verweist sie darauf, dass die Unternehmen Informationen zu einem konkreten Zusammenschlussvorhaben übermitteln und auf Grundlage einer vorläufigen Beurteilung die Zusage erhalten können, dass das betreffende Zusammenschlussvorhaben nicht für eine Verweisung in Betracht kommt.²⁰²

236. Es lässt sich jedoch einwenden, dass die Anmeldeschwellen der Fusionskontrolle so ausgestaltet sind, dass sie den Unternehmen grundsätzlich eine vergleichsweise einfache Beurteilung der Fusionskontrollpflicht ermöglichen sollen. Dies ist auch dem Umstand geschuldet, dass die Identifizierung der Anmeldepflicht den Unternehmen üblicherweise selbst obliegt. Dagegen werden die Unternehmen in dem Fall einer Verweisung nach Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004 zu der Anmeldung eines Zusammenschlussvorhabens aufgefordert. Dennoch hat die Frage, ob ein Zusammenschluss der Fusionskontrolle unterliegt, für die beteiligten Unternehmen mit Blick etwa auf die zeitliche Planung einer Transaktion sowie die mit ihr verbundenen Investitionen große Bedeutung. Die Voraussetzungen des Art. 22 Abs. 1 Verordnung (EG) 139/2004 – Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels und Gefahr der erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Hoheitsgebiet des bzw. der antragstellenden Mitgliedstaaten – sind hingegen recht vage und im Übrigen materiell-rechtlicher Natur. Die lediglich beispielhafte Aufzählung einiger Fälle in dem Leitfaden zur Anwendung des Verweisungssystems, die sich laut der Europäischen Kommission besonders für eine Verweisung nach Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004 eignen, tragen nach verbreiteter Ansicht kaum zur Konkretisierung bei.²⁰³ Die Europäische Kommission weist in dem Leitfaden selbst an meh-

²⁰⁰ Dazu Cunningham, C., Ederer, F., & Ma, S. (2021), Killer acquisitions, *Journal of Political Economy*, 129(3), S. 649-702.

²⁰¹ Dazu bereits Tz. 230 mit Fn. 189.

²⁰² EU-Kommission, Leitfaden zur Anwendung des Verweisungssystems, a. a. O., vgl. Fn. 179, Tz. 24. Eine solche informelle Beratung dürfte grundsätzlich auch auf Ebene der Mitgliedstaaten in Betracht kommen. Sie hätte indes den Nachteil, dass sich ein Unternehmen im Einzelfall theoretisch an sämtliche nationalen Wettbewerbsbehörden wenden müsste, um die Wahrscheinlichkeit einer Verweisung einschätzen zu können.

²⁰³ Apel, K./Polley, P., „Gap cases“ in der formellen Fusionskontrolle der FKVO?, a. a. O., vgl. Fn. 186, S. 297 f.; Neideck, P. O., Viele Fragezeichen bleiben, a. a. O., vgl. Fn. 186, S. 266 f.; Völcker, S. B., Willkommen in der „Killzone“ – die neue „Guidance“ der Kommission zu Verweisungen durch unzuständige Behörden nach Art. 22 FKVO, NZKart, 2021, S. 262-263 262; von Schreitter, F./Urban, J., Große Fische, weites Netz?, a. a. O., vgl. Fn. 186 S. 676 f.; weniger kritisch gegenüber der (fehlenden) Rechtssicherheit Franck, J.-U./Monti, G./de Streel, A., Article 114 TFEU as a Legal Basis for Strengthened Control of Acquisitions by Digital Gatekeepers, Legal Opinion commissioned by the Federal Ministry for Economic Affairs and Energy, 20. September 2021, S. 28, abrufbar unter <https://www.bmwi.de/Redaktion/EN/Publikationen/Wirtschaft/article-114-tfeu-as-a-legal-basis-for-strengthened-control-of-acquisitions-by-digital-gatekeepers.html>, Abruf am 4. Januar 2022.

rerer Stellen auf den ihr zustehenden Ermessensspielraum hin.²⁰⁴ Zudem ist die Inanspruchnahme von informeller behördlicher Beratung im Einzelfall für die Unternehmen aufwändig, während das Risiko für eine Verweisung bzw. deren Annahme auch nach Inanspruchnahme einer solchen nicht vollständig ausgeschlossen wäre.

237. Die Rechtsunsicherheit für die Unternehmen wird ferner durch den Umstand vergrößert, dass die Europäische Kommission grundsätzlich auch in dem Fall eines bereits vollzogenen Zusammenschlusses eine Verweisung annehmen möchte.²⁰⁵ Insofern besteht sogar die Gefahr, dass die Europäische Kommission einen Zusammenschluss nachträglich untersagt und dieser entflochten werden muss, Art. 22 Abs. 4 Satz 1 i. V. m. Art. 8 Abs. 4 Verordnung (EG) 139/2004. Immerhin hält die Europäische Kommission eine Prüfung in der Regel für nicht angemessen, wenn seit dem Vollzug des Zusammenschlusses mehr als sechs Monate vergangen sind, wobei sie auf mögliche Ausnahmen hinweist.²⁰⁶ Außerdem möchte die Europäische Kommission die Unternehmen so früh wie möglich informieren, wenn ein Verweisungsantrag in Betracht gezogen wird, damit diese etwa den Vollzug des Zusammenschlussvorhabens aufschieben können.²⁰⁷ Die Fristenregelung des Art. 22 Abs. 1 Unterabs. 2 Verordnung (EG) 139/2004, wonach der Verweisungsantrag seitens des Mitgliedstaates innerhalb von 15 Arbeitstagen gestellt werden muss, nachdem ihm der Zusammenschluss „zur Kenntnis gebracht worden ist“, dürfte das Problem einer Ex-post-Prüfung indes kaum mindern. Denn eine Kenntnis in diesem Sinne soll auch bedeuten, „dass ausreichende Informationen vorliegen, um zu prüfen, ob die Voraussetzungen für einen Verweisungsantrag nach Artikel 22 vorliegen.“²⁰⁸ Die Unternehmen könnten die nationalen Wettbewerbsbehörden dann allenfalls vorab umfassend über das Zusammenschlussvorhaben informieren, um möglichst große Rechtssicherheit über die Wahrscheinlichkeit einer Verweisung zu erlangen.²⁰⁹

238. Eine höhere Rechtsunsicherheit führt in der Regel zu weniger Unternehmenszusammenschlüssen.²¹⁰ Die Mehrheit aller Unternehmenszusammenschlüsse ist jedoch wettbewerbslich unbedenklich und ermöglicht Effizienzgewinne.²¹¹ Können Unternehmen sich nicht mehr darauf verlassen, dass ein Zusammenschluss kontrollfrei bleibt, er also weder bei der Europäischen Kommission noch in einem Mitgliedstaat anmeldepflichtig ist, hat dies möglicherweise zur Folge, dass Zusammenschlussvorhaben, die zu Effizienzvorteilen führen würden, nicht realisiert werden.

239. Fraglich ist zudem, ob die neue Anwendungspraxis der Europäischen Kommission mit den Vorgaben des Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004 vereinbar ist. Zwar verlangt der Wortlaut dieser Vorschrift nicht, dass das betreffende Zusammenschlussvorhaben in einem Mitgliedstaat anmeldepflichtig ist. Insoweit sollte die Vorschrift ursprünglich allerdings dazu dienen, dass die Europäische Kommission die Prüfung eines Zusammenschlussvorhabens stellvertretend für diejenigen Mitgliedstaaten übernimmt, die über keine eigene Fusionskontrolle verfügen.²¹² Dass die Europäische Kommission die Möglichkeit der Verweisung nunmehr nutzt, um Fälle zu prüfen, die den – tatsächlich existierenden – Fusionskontrollregimen der Mitgliedstaaten alleine deshalb nicht unterliegen, weil sie die nationalen Anmeldeschwellen nicht überschreiten, ist mit der Entstehungsgeschichte des Art. 22 Ver-

²⁰⁴ EU-Kommission, Leitfaden zur Anwendung des Verweisungssystems, a. a. O., vgl. Fn. 179, Tz. 3, 18, 21.

²⁰⁵ Ebenda, vgl. Fn. 179, Tz. 21.

²⁰⁶ Ebenda, vgl. Fn. 179, Tz. 21.

²⁰⁷ Ebenda, vgl. Fn. 179, Tz. 27.

²⁰⁸ EU-Kommission, Mitteilung der Kommission über die Verweisung von Fusionsachen, a. a. O., vgl. Fn. 184, Tz. 50 mit Fn. 43.

²⁰⁹ Vgl. Schmidt, J. P./Steinvorth, T., Fusionskontrolluntersuchungen durch die EU-Kommission ohne Anmeldepflicht – neue Herausforderungen für die M&A-Transaktionspraxis, BB, 2021, S. 1666-1672, 1670; Völcker, S. B., Willkommen in der „Killzone“, a. a. O., vgl. Fn. 203, S. 263; von Schreitter, F./Urban, J., Große Fische, weites Netz?, a. a. O., vgl. Fn. 186, S. 680.

²¹⁰ Bonaime, A., Gulen, H., Ion, M., Does policy uncertainty affect mergers and acquisitions?, 2018, Journal of Financial Economics, 129(3), S. 531-558.

²¹¹ Crandall, R. W., Winston, C., Does antitrust policy improve consumer welfare?, Assessing the evidence, Journal of Economic Perspectives, 17(4), 2003, S. 3-26, S. 15 ff.

²¹² Dazu bereits Tz. 228.

ordnung (EG) 139/2004 nur schwer in Einklang zu bringen. Eine solche Zweckänderung der Vorschrift sollte aber nicht der Exekutive überlassen sein; die Entscheidung müsste vielmehr von dem Ordnungsgeber getroffen werden.²¹³

240. Ähnliche Erwägungen gelten mit Blick auf das Fusionskontrollrecht der Mitgliedstaaten. Es erscheint naheliegend, dass die nationalen Gesetzgeber mit der Festsetzung ihrer jeweiligen Anmeldeschwellen entschieden haben, dass nur diejenigen Zusammenschlussvorhaben fusionskontrollpflichtig sein sollen, welche diese Schwellen überschreiten. Wenn seitens der Wettbewerbsbehörden unterschwellige Fälle zur Prüfung an die Europäische Kommission verwiesen werden, wird die gesetzgeberische Entscheidung zulasten der Unternehmen umgangen.²¹⁴ Da das oben beschriebene Zusammenschlussvorhaben Illumina/Grail in Deutschland nicht anmeldepflichtig war, hat das Bundeskartellamt aus Sicht der Monopolkommission in dem Fall zu Recht darauf verzichtet, sich der Verweisung nach Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004 anzuschließen.²¹⁵

2.1.3 Anpassung der deutschen Transaktionswertschwelle vorzugswürdig

241. Zur Stärkung des fusionskontrollrechtlichen Verweisungssystems wäre eine Anpassung der deutschen Transaktionswertschwelle gegenüber der Lösung über eine Verweisung nach Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004 vorzugswürdig. Denkbar erscheint zunächst die Einführung einer Transaktionswertschwelle neben den bestehenden Umsatzschwellen auf Unionsebene. Die Monopolkommission hat dies frühzeitig empfohlen.²¹⁶ Die Europäische Kommission hat sich im Rahmen ihrer jüngsten Evaluierung der EU-Fusionskontrolle allerdings dagegen ausgesprochen.²¹⁷ Sie begründet dies damit, dass der Transaktionswert zwar gewisse Rückschlüsse auf die wettbewerbliche Bedeutung eines Zusammenschlussvorhabens zulasse, aber nicht zwangsläufig in hinreichendem Maße mit ihr korreliere. Die Fallpraxis aus Deutschland und Österreich zeige, dass auf Basis einer Transaktionswertschwelle bisher keine zusätzlichen wettbewerblich bedenklichen Zusammenschlussvorhaben geprüft werden konnten, ins-

²¹³ Ähnlich Apel, K./Polley, R., „Gap cases“ in der formellen Fusionskontrolle der FKVO?, a. a. O., vgl. Fn. 186, S. 294 f.; Franck, J.-U./Monti, G./de Streel, A., Article 114 TFEU as a Legal Basis, a. a. O., vgl. Fn. 203, S. 28 f.; Neideck, P. O., Viele Fragezeichen bleiben, a. a. O., vgl. Fn. 186, S. 268 f.; von Schreitter, F./Urban, J., Große Fische, weites Netz?, a. a. O., vgl. Fn. 186, S. 681. Dagegen EU-Kommission, Leitfaden zur Anwendung des Verweisungssystems, a. a. O., vgl. Fn. 179, Tz. 11: „Für diese Änderung gegenüber der bisherigen Praxis müssen die einschlägigen Bestimmungen der Fusionskontrollverordnung nicht angepasst werden.“

²¹⁴ Vgl. Stellungnahme der Bundesregierung zum Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 2019/2020, BT-Drs. 19/30755 vom 16. Juni 2021, S. XII; Schmidt, J. P./Steinvorth, T., Fusionskontrolluntersuchungen durch die EU-Kommission ohne Anmeldepflicht, a. a. O., vgl. Fn. 209, S. 1671; Völcker, S. B., Willkommen in der „Killzone“, a. a. O., vgl. Fn. 203, S. 262; von Schreitter, F./Urban, J., Große Fische, weites Netz?, a. a. O., vgl. Fn. 186, S. 681.

²¹⁵ Auch in dem Fall Meta/Kustomer hat sich das Bundeskartellamt unter Verweis auf die zunächst klärungsbedürftige nationale Anmeldepflicht einer Verweisung an die Europäische Kommission nicht angeschlossen. Später hat das Bundeskartellamt festgestellt, dass das Zusammenschlussvorhaben nach der Transaktionswertschwelle (§§ 39, 35 Abs. 1a GWB) anmeldepflichtig ist; vgl. BKartA, B6-37/21, 9. Dezember 2021. Der Fall Meta/Kustomer wird zwar häufig im Zusammenhang mit der neuen Anwendungspraxis der Europäischen Kommission zu Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004 genannt. Er unterscheidet sich von dem bereits beschriebenen Fall Illumina/Grail aber insofern, als die österreichische Wettbewerbsbehörde nach nationalem Recht für die Prüfung des Zusammenschlussvorhabens zuständig war und den Fall infolgedessen an die Europäische Kommission verwies. Sowohl die Europäische Kommission als auch das Bundeskartellamt haben das Zusammenschlussvorhaben freigegeben, die Europäische Kommission nur mit Nebenstimmungen nach einer vertieften Prüfung (EU-Kommission, M.10262, 27. Januar 2022, Meta/Kustomer), die das Bundeskartellamt bei seiner Entscheidung berücksichtigt hat (BKartA, Freigabe der Übernahme von Kustomer durch Meta (ehemals Facebook), Pressemitteilung, 11. Februar 2022).

²¹⁶ Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Baden-Baden, 2015, Tz. 459 ff. Vgl. auch Monopolkommission, Stellungnahme vom 16. Dezember 2016 zur „Consultation on Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control“ der Europäischen Kommission, insb. S. 25 ff., abrufbar unter https://ec.europa.eu/competition-policy/public-consultations/2016-merger-control_en, Abruf am 28. Dezember 2021.

²¹⁷ Bereits in den Jahren 2016/2017 führte die Europäische Kommission eine Konsultation zu Verfahrens- und Zuständigkeitsaspekten der EU-Fusionskontrolle durch. Die Einführung einer Transaktionswertschwelle wurde in den damaligen Stellungnahmen größtenteils kritisch gesehen und von der Europäischen Kommission nicht weiterverfolgt; vgl. EU-Kommission, Summary of replies to the Public Consultation on Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control, Jul 2017, S. 4 ff., abrufbar unter https://ec.europa.eu/competition-policy/public-consultations/2016-merger-control_en, Abruf am 4. Januar 2022.

besondere nicht solche aus dem Digitalbereich.²¹⁸ Dagegen gestatte es der Ansatz über Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004, sich auf diejenigen Fälle zu konzentrieren, die auf Unionsebene geprüft werden sollten, und vermeide zusätzlichen bürokratischen Aufwand durch eine Erweiterung der Anmeldepflicht.²¹⁹

242. Die Argumente der Europäischen Kommission können nur teilweise überzeugen. Das Konzept der Transaktionswertschwelle ist grundsätzlich geeignet, das von der Europäischen Kommission in ihrem Leitfaden zur Anwendung des Verweisungssystems genannte Problem, auf das sie auch im Zusammenhang mit dem Fall Illumina/Graill Bezug nimmt, zu lösen. Die Transaktionswertschwelle ist namentlich für solche Fälle gedacht, in denen tendenziell weniger der Umsatz als vielmehr der Kaufpreis eines Unternehmens in der Lage ist, dessen wettbewerbliche Bedeutung widerzuspiegeln.²²⁰ Der Europäischen Kommission ist aber zuzugestehen, dass die „Verweisungslösung“ tatsächlich (noch) zielgenauer bzw. flexibler ist als die Transaktionswertschwelle.²²¹ So hat die deutsche Transaktionswertschwelle zwar in einigen Fällen eine Fusionskontrollpflicht ausgelöst; darunter waren bislang jedoch kaum wettbewerblich bedenkliche Zusammenschlüsse. Zudem war insbesondere der Fall Illumina/Graill weder nach der deutschen noch der österreichischen Transaktionswertschwelle anmeldepflichtig.²²² Umgekehrt hat die überschaubare Anzahl von Fällen, in denen das Bundeskartellamt ein aufgrund der Transaktionswertschwelle angemeldetes Zusammenschlussvorhaben oder zumindest eine entsprechende Anmeldepflicht geprüft hat, insgesamt keine großen Transaktions- bzw. Bürokratiekosten zur Folge.²²³ Zu berücksichtigen ist außerdem die Präventivwirkung der Fusionskontrolle: Bereits die Existenz einer Anmeldepflicht oberhalb bestimmter Schwellen, die durch die Einführung der Transaktionswertschwelle im deutschen Recht ergänzt wurden, dürfte dazu führen, dass Unternehmen wettbewerblich bedenkliche Zusammenschlussvorhaben vermehrt vor ihrer Anmeldung aufgeben. Auch wenn der Umfang einer solchen Präventivwirkung nur schwer zu quantifizieren ist, kann der bisherige Erfolg der Transaktionswertschwelle vor diesem Hintergrund lediglich bedingt anhand der angemeldeten und geprüften Zusammenschlussvorhaben beurteilt werden. Außerdem streitet für das Konzept der Transaktionswertschwelle im Vergleich zu der „Verweisungslösung“ der Europäischen Kommission, dass letztere größere Bedenken hinsichtlich der fehlenden Rechtssicherheit für die Unternehmen und der gesetzgeberischen Entscheidungen aufwirft.²²⁴

243. Das fusionskontrollrechtliche Verweisungssystem hat in der Vergangenheit dazu beigetragen, dass mehrere wettbewerblich bedeutende Zusammenschlussvorhaben – unter anderem aus dem Digital- sowie dem Pharmabereich – durch die Europäische Kommission geprüft wurden, obwohl dort jeweils keine originäre Anmeldepflicht bestanden hat.²²⁵ Da dieses System in dem Fall Illumina/Graill mangels einer Anmeldepflicht in einem Mitgliedstaat nicht gegriffen hat und die neue Anwendungspraxis der Europäischen Kommission, die auf eine nationale Fusions-

²¹⁸ EU-Kommission, Evaluation of EU merger control, a. a. O., vgl. Fn. 183, Tz. 122 ff., 134 ff.

²¹⁹ EU-Kommission, Fusionskontrolle: Kommission gibt Evaluierungsergebnisse und Folgemaßnahmen zu Zuständigkeits- und Verfahrensaspekten im Bereich der EU-Fusionskontrolle bekannt, Pressemitteilung, 26. März 2021, IP/21/1384.

²²⁰ BKartA/BWB, Leitfaden Transaktionswert-Schwellen für die Anmeldepflicht von Zusammenschlussvorhaben (§ 35 Abs. 1a GWB und § 9 Abs. 4 KartG), Januar 2020, aktualisiert Januar 2022, Tz. 81; Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., vgl. Fn. 216, Tz. 460. Zu den diesbezüglichen Äußerungen der Europäischen Kommission im Zusammenhang mit der Verweisung nach Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004 vgl. bereits Tz. 231, 233.

²²¹ Dazu bereits Tz. 234.

²²² Zu dem Fall Meta/Kustomer vgl. bereits Fn. 215.

²²³ Vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 2019/2020, BT-Drs. 19/30755 vom 16. Juni 2021, S. 36 f.; Bundesregierung, Bericht gemäß § 18 Absatz 8 und § 43a des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drs. 19/26136 vom 15. Januar 2021, S. 3 ff.

²²⁴ Dazu bereits Tz. 235 ff. Insoweit zustimmend Cukurov, D., Die „niederländische Klausel“ als Instrument zur Schließung von Durchsetzungslücken, NZKart, 2021, S. 606-611, 611; insgesamt kritischer gegenüber der Transaktionswertschwelle Apel, K./Polley, R., „Gap cases“ in der formellen Fusionskontrolle der FKVO?, a. a. O., vgl. Fn. 186, S. 308 f.

²²⁵ Vgl. EU-Kommission, Evaluation of EU merger control, a. a. O., vgl. Fn. 183, Tz. 114 ff.; Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, Abschlussbericht, 9. September 2019, Berlin, S. 67.

kontrollpflicht verzichtet, aus den genannten Gründen abzulehnen ist, stellte sich aber die Frage, wie die deutsche Transaktionswertschwelle gestärkt werden kann, um solche Schutzlücken zu minimieren.²²⁶

244. Eine Anmeldepflicht nach der Transaktionswertschwelle des § 35 Abs. 1a GWB setzt voraus, dass (1) die beteiligten Unternehmen insgesamt weltweit Umsatzerlöse von mehr als EUR 500 Mio. erzielt haben, (2) ein beteiligtes Unternehmen im Inland Umsatzerlöse von mehr als EUR 50 Mio. erzielt hat und weder das zu erwerbende Unternehmen noch ein anderes beteiligtes Unternehmen im Inland Umsatzerlöse von jeweils mehr als EUR 17,5 Mio. erzielt haben, (3) der Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss mehr als EUR 400 Mio. beträgt und (4) das zu erwerbende Unternehmen in erheblichem Umfang im Inland tätig ist. Potenzial für eine Anpassung bietet insbesondere das Kriterium der Inlandstätigkeit gemäß § 35 Abs. 1a Nr. 4 GWB, das eine aktuelle Tätigkeit des Zielunternehmens in Deutschland verlangt. Die Anmeldepflicht des Zusammenschlussvorhabens Illumina/Grail beim Bundeskartellamt scheiterte daran, dass sich die Tätigkeiten von Grail bislang auf die USA beschränkt haben. An die Spürbarkeit der Inlandstätigkeit selbst werden keine hohen Anforderungen gestellt. Zwar muss die Tätigkeit von erheblichem Umfang sein; ausgeschlossen werden sollen dadurch aber vor allem marginale Tätigkeiten, die bereits dem – geringen oder fehlenden – inländischen Umsatz des Unternehmens entsprechen. Im Übrigen ist eine Marktbezogenheit der Tätigkeit erforderlich, wobei etwa die Durchführung von Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten im Inland als ausreichend gelten.²²⁷

245. Der Gesetzentwurf der 9. GWB-Novelle begründet das Erfordernis einer aktuellen Inlandstätigkeit damit, dass mit Blick auf die völkerrechtlich notwendigen Inlandsauswirkungen keine im Vergleich zur Rechtslage vor Einführung der zweiten Inlandsumsatzschwelle im Jahr 2009 verschlechterte Situation geschaffen werde.²²⁸ Der Referentenentwurf der 9. GWB-Novelle hatte dagegen eine künftige Inlandstätigkeit noch für ausreichend gehalten. Demnach würde es genügen, wenn das zu erwerbende Unternehmen innerhalb des allgemeinen fusionskontrollrechtlichen Prognosezeitraums von in der Regel drei bis fünf Jahren voraussichtlich in Deutschland tätig werden soll.²²⁹ Die Monopolkommission hatte sogar vorgeschlagen, vollständig auf ein eigenständiges Kriterium der Inlandstätigkeit zu verzichten. Ihrer Ansicht nach ist ein ausreichender Bezug zu Inlandsfällen aufgrund der ersten Inlandsumsatzschwelle in Höhe von mittlerweile EUR 50 Mio. (§ 35 Abs. 1a Nr. 2 lit. a GWB) und des allgemeinen kartellrechtlichen Auswirkungsprinzips (§ 185 Abs. 2 GWB) gewährleistet.²³⁰ Dass infolge des Verzichts auf eine Inlandstätigkeit des zu erwerbenden Unternehmens für den begrenzten Anwendungsbereich der Transaktionswertschwelle mit Blick auf die Inlandsauswirkungen eine Situation wie vor Einführung der zweiten Inlandsumsatzschwelle im Jahr 2009 entstehen würde, hatte die Monopolkommission akzeptiert. Sie hatte dennoch festgestellt, dass auch die ursprünglich im Referentenentwurf gewählte Formulierung, die sowohl eine aktuelle als auch eine voraussichtliche künftige Inlandstätigkeit berücksichtigt („im Inland tätig ist oder voraussichtlich tätig werden wird“), bereits sehr weit gefasst ist.²³¹

246. Dies erscheint auch sachgerecht. Die Transaktionswertschwelle soll insbesondere solche Zusammenschlüsse erfassen, bei denen sich die jeweiligen unternehmerischen Tätigkeiten oder Märkte noch im Entstehen befinden.

²²⁶ Die Ausführungen zu der deutschen Transaktionswertschwelle dürften für die österreichische Transaktionswertschwelle (§ 9 Abs. 4 KartG) größtenteils entsprechend gelten. Die Monopolkommission beschränkt sich hingegen auf Ausführungen zum deutschen Recht.

²²⁷ Vgl. Bundesregierung, Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drs. 18/10207 vom 7. November 2016, S. 75 f.

²²⁸ Ebenda, vgl. Fn. 227, S. 74. Vor der Einführung der zweiten Inlandsumsatzschwelle war ein Zusammenschlussvorhaben unter Umständen bereits dann anmeldepflichtig, wenn ein beteiligtes Unternehmen Umsätze in Deutschland erzielte; seit der Gesetzesänderung werden inländische Umsätze von mindestens zwei Unternehmen benötigt, § 35 Abs. 1 GWB.

²²⁹ BMWi, Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (9. GWB-ÄndG), Bearbeitungsstand: 01.07.2016, 11:25 Uhr, S. 77.

²³⁰ Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, Wettbewerb 2016, Baden-Baden, 2016, Tz. 19; Sondergutachten 68, a. a. O., vgl. Fn. 216, Tz. 461.

²³¹ Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 230, Tz. 19.

Das Erfordernis einer (aktuellen) Inlandstätigkeit des zu erwerbenden Unternehmens kann den Anwendungsbereich der Transaktionswertschwelle zu stark einschränken, falls im Rahmen der fusionskontrollrechtlichen Prognoseentscheidung trotz einer fehlenden Inlandstätigkeit mit negativen Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Wettbewerb in Deutschland zu rechnen ist. Insofern wäre bei der Transaktionswertschwelle ein schwächerer Inlandsbezug hinzunehmen. Ob ein Zusammenschluss spürbare Auswirkungen im Inland im Sinne des § 185 Abs. 2 GWB hat, wäre bei einem vollständigen Verzicht auf das Kriterium der Inlandstätigkeit dann anhand sämtlicher Umstände des Einzelfalls zu beurteilen. Dies hätte zwar eine größere Rechtsunsicherheit für die Unternehmen zur Folge,²³² erscheint aber im Vergleich zu den entsprechenden Bedenken, welche die neue Anwendungspraxis der Europäischen Kommission zu Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004 aufwirft,²³³ vertretbar. Im Übrigen ist eine aufwändigere Prüfung der Anmeldepflicht dem deutschen Fusionskontrollrecht ohnehin nicht unbekannt. Sie kann insbesondere bei Auslandszusammenschlüssen, bei denen die umsatzbasierten Anmeldeschwellen des § 35 Abs. 1 GWB überschritten werden, sowie bei der Anwendung der Transaktionswertschwelle, etwa bereits hinsichtlich des Kriteriums der Inlandstätigkeit, erforderlich sein. Das Bundeskartellamt hat dazu jeweils Leitlinien veröffentlicht.²³⁴

2.1.4 Auf Verweisungen nicht anmeldepflichtiger Zusammenschlussvorhaben verzichten, Anwendungsbereich der deutschen Transaktionswertschwelle erweitern und Transaktionswertschwelle auf Unionsebene sowie in den übrigen Mitgliedstaaten einführen

247. Die geänderte Anwendungspraxis der Europäischen Kommission zu Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004 ist kritikwürdig. Sie führt zu Rechtsunsicherheit für die Unternehmen, bedeutet eine Zweckänderung der Vorschrift, über die der europäische Verordnungsgeber entscheiden müsste, und stellt die Anmeldeschwellen der nationalen Fusionskontrollregime infrage. Die Europäische Kommission sollte deshalb darauf verzichten, solche Verweisungen von Zusammenschlussvorhaben seitens der Mitgliedstaaten zu fördern und anzunehmen, die nicht der nationalen Anmeldepflicht unterliegen. Demgegenüber vorzugswürdig wäre aus Sicht der Monopolkommission die Einführung einer Transaktionswertschwelle auf Unionsebene. Daneben sollte zur Schließung von fusionskontrollrechtlichen Schutzlücken das Verweisungssystem der Verordnung (EG) 139/2004 gestärkt werden. Die Monopolkommission empfiehlt hierzu eine Ausweitung des Anwendungsbereichs der deutschen Transaktionswertschwelle, indem das Kriterium der Inlandstätigkeit in § 35 Abs. 1a Nr. 4 GWB 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 (§ 9 Abs. 4 Nr. 4 KartG) ebenso sinnvoll wie die Einführung einer Transaktionswertschwelle in den übrigen Mitgliedstaaten.

2.2 Zuständigkeit für die kartellrechtliche Beurteilung von regionalen Kooperationen im Rahmen der fusionskontrollrechtlichen Prüfung von Zusammenschlussvorhaben

248. Im Berichtszeitraum gab es zwei Fälle, in denen das Bundeskartellamt im Fusionskontrollverfahren bereits bestehende Kooperationen der beteiligten Unternehmen zu berücksichtigen hatte. In einem Fall geht es um ein Zusammenschlussvorhaben von zwei Zeitungen in Thüringen, der untersagt wurde,²³⁵ in dem anderen Fall um ein Zusammenschlussvorhaben von zwei Kliniken in Flensburg, das im Hauptprüfverfahren freigegeben wurde.²³⁶ Die

²³² Zur Einführung der zweiten Inlandsumsatzschwelle vgl. Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten, Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen, Baden-Baden, 2010, Tz. 473.

²³³ Dazu bereits Tz. 235 ff.

²³⁴ BKartA/BWB, Leitfaden Transaktionswert-Schwellen, a. a. O., vgl. Fn. 220; BKartA, Merkblatt Inlandsauswirkungen in der Fusionskontrolle, 30. September 2014.

²³⁵ BKartA, V-36/20, a. a. O., vgl. Fn. 75.

²³⁶ BKartA, B3-33/20, 30. Juli 2020, Malteser Norddeutschland/Evangelisch-lutherische Diakonissenanstalt zu Flensburg.

bestehenden Kooperationen waren, soweit hier relevant, allein nach dem Kartellverbot und nicht nach dem Fusionskontrollrecht zu beurteilen. Da es sich um regionale Kooperationen handelte, stellt sich die Frage, ob eine kartellrechtliche Bewertung der Kooperationen im Fusionskontrollverfahren durch das Bundeskartellamt zu erfolgen hat oder ob für diese Prüfung die Landeskartellbehörden zuständig sind. Aus Sicht der Monopolkommission obliegt diese Prüfung bereits nach aktuellem Recht dem Bundeskartellamt. Klarstellend sollte das Gesetz um eine entsprechende Annexkompetenz für das Bundeskartellamt ergänzt werden.

2.2.1 Überblick über die Rechtslage zur kartellbehördlichen Zuständigkeitsverteilung und die Anwendungspraxis des Bundeskartellamtes

249. Hintergrund für die Frage nach der Berücksichtigung der bestehenden Kooperationen durch das Bundeskartellamt ist der Umstand, dass die fusionskontrollrechtliche Beurteilung auch davon abhängig ist, ob und inwiefern der Wettbewerb durch einen Zusammenschluss überhaupt noch eingeschränkt werden kann. Kooperieren die beteiligten Unternehmen vor einem geplanten Zusammenschluss bereits miteinander oder mit Dritten, ist dies als Teil der Wettbewerbsbedingungen vor dem Zusammenschluss zu berücksichtigen. Dies gilt auch dann, wenn die Kooperationen keinen Zusammenschlusstatbestand im Sinne des § 37 Abs. 1 GWB verwirklichen, sondern ausschließlich nach dem Kartellverbot aus § 1 GWB bzw. – sofern der zwischenstaatliche Handel betroffen ist – Art. 101 AEUV zu beurteilen sind. Voraussetzung ist nach der Rechtsprechung allerdings, dass die bestehenden Kooperationen kartellrechtskonform sind; kartellrechtswidrige Kooperationen bleiben dagegen unberücksichtigt.²³⁷

250. Die Kooperationen, die in den Fällen Thüringer Zeitungen und Flensburger Kliniken zwischen den beteiligten Unternehmen sowie teilweise zwischen diesen und dritten Unternehmen bestanden haben, verwirklichten größtenteils keinen Zusammenschlusstatbestand und unterlagen insoweit allein dem Kartellverbot aus § 1 GWB. Da es sich bei den Fällen Thüringer Zeitungen und Flensburger Kliniken um regionale Sachverhalte handelte, deren Wirkungen nicht über das Gebiet der Bundesländer Thüringen bzw. Schleswig-Holstein hinausreichten, wäre für eine kartellrechtliche Prüfung der bestehenden Kooperationen im Verwaltungsverfahren gemäß § 48 Abs. 2 GWB originär die jeweilige Landeskartellbehörde zuständig.²³⁸ § 50 Abs. 1 GWB, wonach das Bundeskartellamt abweichend von § 48 Abs. 2 GWB die für die Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV zuständige Wettbewerbsbehörde ist, steht dem nicht grundsätzlich entgegen. Bei lediglich regionalen Auswirkungen auf den Wettbewerb ist der zwischenstaatliche Handel in der Regel nicht betroffen, sodass lediglich das deutsche, nicht aber das unionsrechtliche Kartellverbot gilt. Die Zuständigkeit für die Fusionskontrolle liegt nach deutschem Recht, d. h. außerhalb des Anwendungsbereichs der Fusionskontrollverordnung (EG) 139/2004, dagegen ausschließlich beim Bundeskartellamt, vgl. §§ 36 Abs. 1, 40 GWB. Daher könnte von einem Auseinanderfallen der Zuständigkeiten von Bundeskartellamt und Landeskartellbehörde ausgegangen werden.

251. § 49 Abs. 3 und 4 GWB sieht ein ausnahmsweises Abweichen von der originären Zuständigkeitsverteilung des § 48 Abs. 2 GWB vor. Nach § 49 Abs. 3 Satz 1 GWB kann eine Sache durch die Landeskartellbehörde auf Antrag des Bundeskartellamtes abgegeben werden, wenn dies aufgrund der Umstände der Sache angezeigt ist. Infolge der Abgabe ist nunmehr das Bundeskartellamt die zuständige Kartellbehörde, § 49 Abs. 3 Satz 2 GWB. § 49 Abs. 4 GWB betrifft den umgekehrten Fall der Abgabe einer Sache an eine Landeskartellbehörde durch das Bundeskartellamt. In beiden Fällen kann eine Abgabe auch vorsorglich erfolgen, sofern nicht zweifelsfrei feststeht, welche die zuständige Behörde ist.²³⁹ Die Entscheidung über eine Abgabe steht im Ermessen der jeweils originär zuständigen Kartellbehörde. In dem Fall Thüringer Zeitungen hatte die Landeskartellbehörde die kartellrechtliche Prüfung der

²³⁷ Vgl. BGH, KVR 15/11, 19. Juni 2012, Haller Tagblatt, Rz. 24 ff. (zit. nach Juris).

²³⁸ Die Zuständigkeitsverteilung im Verwaltungsverfahren gilt gemäß § 82 Abs. 1 Nr. 3 GWB auch im Bußgeldverfahren.

²³⁹ Schneider, H.-H., in: Bunte, Kartellrecht, Bd. 1: GWB, 14. Aufl., Köln, 2022, § 49 Tz. 9; Stockmann, K., in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2: GWB, 6. Aufl., München, 2020, § 49 Tz. 12.

bestehenden Kooperationen antragsgemäß an das Bundeskartellamt abgegeben.²⁴⁰ Die Prüfung des Bundeskartellamtes ergab, dass die Kooperationen, soweit sie die redaktionelle Zusammenarbeit zum Gegenstand hatten, kartellrechtswidrig waren. Daher wurden sie bei der fusionskontrollrechtlichen Beurteilung außer Acht gelassen.²⁴¹

252. Das Bundeskartellamt hat häufig und in unterschiedlichen Konstellationen – teilweise rein vorsorglich – die Abgabe einer Sache bei der jeweiligen Landeskartellbehörde beantragt. Dabei ist es bislang soweit ersichtlich nicht zu Problemen gekommen. Auch in dem Fall Berliner Wasserpreise wurde die Sache antragsgemäß an das Bundeskartellamt abgegeben. Dort hatte das Bundeskartellamt bei der Kartellbehörde des Landes Berlin die Abgabe der Zuständigkeit für die missbrauchsrechtliche Überprüfung der Berliner Trinkwasserpreise mit der Begründung beantragt, *„dass die Berliner Senatsverwaltung gleichfalls für die Genehmigung der Berliner Trinkwassertarife zuständig sei und sich daraus ein innerhalb des Stadtstaates Berlin nicht lösbarer Interessenkonflikt ergebe.“*²⁴² Dieser Fall verdeutlicht, dass im Einzelfall auch landespolitische Interessenkonflikte bei der kartellrechtlichen Prüfung eine Rolle spielen können. Es scheint deshalb theoretisch nicht ausgeschlossen, dass der Antrag auf Abgabe einer Sache an das Bundeskartellamt von einer Landeskartellbehörde aus sachfremden Erwägungen abgelehnt wird.

253. Auch in dem Fall Flensburger Kliniken bestand ein politisches Interesse an der Kooperation der an dem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen. Deren – zum Teil möglicherweise kartellrechtlich problematischen – Absprachen wurden von der zuständigen Krankenhausplanungsbehörde des Bundeslandes Schleswig-Holstein über einen längeren Zeitraum gefordert und gefördert.²⁴³ In dem Fall Flensburger Kliniken hatte das Bundeskartellamt bei der Landeskartellbehörde nicht eine Abgabe der Sache beantragt. Das Bundeskartellamt hatte aber verschiedene Kooperationen vor der eigentlichen Anmeldung des Zusammenschlussvorhabens informell geprüft und den Unternehmen geraten, einige Kooperationen anzupassen oder zu beenden.²⁴⁴ Diesem Hinweis des Bundeskartellamtes sind die Unternehmen ganz überwiegend gefolgt. Ihre Zusammenarbeit als „Medizinischer Klinik-Verbund Flensburg“ hat das Bundeskartellamt seiner fusionskontrollrechtlichen Prüfung dagegen als kartellrechtskonform mit dem Hinweis zugrunde gelegt, sie sei von der zuständigen Landeskartellbehörde nicht beanstandet worden.²⁴⁵ Es erscheint allerdings zweifelhaft, ob aus dem Umstand, dass die Landeskartellbehörde das in Rede stehende Verhalten nicht beanstandet hat, gefolgert werden kann, es sei aus ihrer Sicht mit dem Kartellverbot vereinbar. Denn die Frage, ob ein bestimmtes Verhalten kartellbehördlich aufgegriffen wird, ist Gegenstand der behördlichen Ermessensausübung.²⁴⁶

2.2.2 Zuständigkeit des Bundeskartellamtes für die kartellrechtliche Prüfung regionaler Kooperationen im Fusionskontrollverfahren bereits nach aktuellem Recht begründbar

254. Die Ausführungen verdeutlichen, dass ein etwaiges Auseinanderfallen der Zuständigkeiten von Bundeskartellamt und Landeskartellbehörde für die kartellrechtliche Beurteilung von bestehenden Kooperationen im Fusionskontrollverfahren im Einzelfall problematisch sein kann. Fraglich ist aber, ob sich die Zuständigkeit des Bundeskartellamtes für die Fusionskontrolle nicht ohnehin bereits auf die kartellrechtliche Beurteilung von regionalen Kooperationen erstreckt, wenn und soweit dies für die Prüfung eines Zusammenschlusses erforderlich ist.

255. Für eine Zuständigkeit der Landeskartellbehörde spricht die Tatsache, dass es sich bei der Beurteilung der Kooperationen – isoliert betrachtet – um eine Prüfung anhand des Kartellverbots handelt, für die nach § 48 Abs. 2

²⁴⁰ BKartA, V-36/20, a. a. O., vgl. Fn. 75, Tz. 49.

²⁴¹ Ebenda, vgl. Fn. 75, Tz. 127 ff. Für die verlagswirtschaftliche Zusammenarbeit gilt seit der 9. GWB-Novelle eine weitreichende Ausnahme von dem Kartellverbot aus § 1 GWB; kritisch Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 230, Tz. 29 ff.

²⁴² BKartA, B8-40/10, 4. Juni 2012, Berliner Wasserpreise, Tz. 9.

²⁴³ BKartA, B3-33/20, a. a. O., vgl. Fn. 236, Tz. 65 ff., 308.

²⁴⁴ Ebenda, vgl. Fn. 236, Tz. 140.

²⁴⁵ Ebenda, vgl. Fn. 236, Tz. 308.

²⁴⁶ BGH, KZR 88/20, 21. September 2021, Trassenentgelte II, ECLI:DE:BGH:2021:210921UKZR88.20.0, Rz. 41 (zit. nach Juris).

GWB die Landeskartellbehörde zuständig ist, wenn die Wirkungen des Verhaltens nicht über das Gebiet eines Bundeslandes hinausreichen.²⁴⁷ Dagegen spricht allerdings entscheidend, dass bei der kartellrechtlichen Beurteilung der bestehenden Kooperationen eine inzidente Prüfung im Rahmen der Fusionskontrolle stattfindet. Die Frage nach der (Un-) Zulässigkeit der Kooperationen ist eine Vorfrage für die Entscheidung über das angemeldete Zusammenschlussvorhaben, die Beurteilung der Wettbewerbsbedingungen vor dem Zusammenschluss mithin Bestandteil des Fusionskontrollverfahrens. Damit zielt die kartellrechtliche Prüfung letztlich ebenfalls auf eine Untersagung oder (bedingte) Freigabe des angemeldeten Zusammenschlussvorhabens gemäß den §§ 36 Abs. 1, 40 GWB und nicht etwa auf eine kartellbehördliche Verfügung gemäß den §§ 32 ff. GWB.²⁴⁸ Von einer Zuständigkeit des Bundeskartellamtes scheint auch der BGH auszugehen. Denn seiner Feststellung in der Entscheidung Hal-ler Tagblatt, dass (ausschließlich) kartellrechtskonforme Kooperationen als Teil der Wettbewerbsbedingungen vor dem Zusammenschluss im Fusionskontrollverfahren berücksichtigt werden,²⁴⁹ lag ein Sachverhalt mit regionalen Kooperationen zugrunde. Könnte das Bundeskartellamt die bestehenden Kooperationen nicht kartellrechtlich bewerten, würde sich nach hier vertretener Auffassung²⁵⁰ zudem die Frage nach dem Fortgang des – engen Fristen unterliegenden – Fusionskontrollverfahrens stellen, falls die Landeskartellbehörde die Prüfung weder selbst vornehmen noch die Sache an das Bundeskartellamt abgeben sollte.²⁵¹

256. Es kann auch nicht eingewandt werden, dass eine kartellrechtliche Beurteilung der Kooperationen durch das Bundeskartellamt in einem Fusionskontrollverfahren einem eigenständigen Verwaltungs- oder Bußgeldverfahren der Landeskartellbehörde entgegenstehe. Sofern die Landeskartellbehörde die betreffenden regionalen Kooperationen zum Gegenstand eines solchen Verfahrens macht, ergibt sich ihre Zuständigkeit hierfür ohne Weiteres aus § 48 Abs. 2 GWB bzw. § 82 Abs. 1 Nr. 3 GWB. Eine Bindungswirkung entfaltet die inzidente kartellrechtliche Beurteilung der Kooperationen durch das Bundeskartellamt für die Landeskartellbehörde nicht. Wegen der weitgehend fehlenden Wirkungen seiner kartellrechtlichen Beurteilung über das Fusionskontrollverfahren hinaus ist es sogar denkbar, dass das Bundeskartellamt zu einem Ergebnis gelangen kann, das von der bereits getroffenen Einschätzung einer Landeskartellbehörde abweicht.²⁵² Umgekehrt kann sich das Bundeskartellamt bei seiner kartellrechtlichen Beurteilung einer Kooperation im Fusionskontrollverfahren aber auch auf die kartellrechtliche Prüfung durch eine Landeskartellbehörde berufen.²⁵³

257. Eine Zuständigkeit des Bundeskartellamtes für die kartellrechtliche Beurteilung bestehender Kooperationen im Rahmen der Fusionskontrolle ist ferner nicht etwa deshalb abzulehnen, weil es dem Bundeskartellamt an den entsprechenden Ermittlungsbefugnissen fehlen würde. Zwar zählen Informationen zu etwaig relevanten Kooperationen zwischen den Zusammenschlussparteien oder zwischen diesen und Dritten weder zu den Pflichtangaben einer Fusionskontrollanmeldung im Sinne des § 39 Abs. 3 GWB, noch können sie Gegenstand des vereinfachten Auskunftsrechts des Bundeskartellamtes nach § 39 Abs. 5 GWB sein. Allerdings verfügt das Bundeskartellamt mit Blick auf die Beurteilung der Kooperationen über die allgemeinen Ermittlungsbefugnisse aus den §§ 57 ff. GWB,

²⁴⁷ Dazu bereits Tz. 250.

²⁴⁸ Die vorliegende Konstellation der kartellrechtlichen Beurteilung bestehender Kooperationen als Teil der Wettbewerbsbedingungen vor einem Zusammenschluss ist abzugrenzen von dem Fall, dass ein Zusammenschluss ausnahmsweise selbst anhand des Kartellverbots geprüft und unter Umständen gemäß § 32 GWB untersagt wird. Hier ist anerkannt, dass das Bundeskartellamt für die fusionskontrollrechtliche und die Landeskartellbehörde für die kartellrechtliche Prüfung zuständig sein können, wenn die Wirkungen des Zusammenschlusses nicht über das Gebiet eines Landes hinausreichen; vgl. BGH, KVR 7/80, 22. Juni 1981, Transportbeton Sauerland, Rz. 28 (zit. nach Juris).

²⁴⁹ Dazu bereits Tz. 249 mit Fn. 237.

²⁵⁰ Dazu bereits Tz. 253.

²⁵¹ Dazu bereits Tz. 252.

²⁵² Zu berücksichtigen ist allerdings die Bindungswirkung der kartellbehördlichen Entscheidung für Schadensersatzklagen gemäß § 33b GWB, die nicht nur den Tenor, sondern auch die tragenden Gründe der Entscheidung umfasst; vgl. BGH, KZR 24/14, 12. Juli 2016, Lottblock II, ECLI:DE: BGH:2016:120716UKZR25.14.0, Rz. 12.

²⁵³ Vgl. BKartA, B10-86/04, 28. Oktober 2004, G. Schneider & Söhne/Classen, Tz. 244, 251.

die auch im Fusionskontrollverfahren Anwendung finden. Soweit die Kooperationen deshalb als für die Prüfung des Zusammenschlussvorhabens relevant erachtet werden, kann das Bundeskartellamt nach § 57 Abs. 1 GWB die erforderlichen Beweise erheben und mithin etwa gemäß § 59 GWB Auskünfte einholen. Das Auskunftsrecht des Bundeskartellamtes besteht nicht nur gegenüber den am Fusionskontrollverfahren beteiligten Unternehmen, sondern auch gegenüber Dritten.²⁵⁴

2.2.3 Zuständigkeit des Bundeskartellamtes für die kartellrechtliche Prüfung regionaler Kooperationen im Fusionskontrollverfahren gesetzlich regeln

258. Kooperieren die beteiligten Unternehmen vor einem geplanten Zusammenschluss bereits miteinander oder mit Dritten und ist die betreffende Kooperation mit dem Kartellverbot vereinbar, ist sie nach dem Vorstehenden als Teil der Wettbewerbsbedingungen vor dem Zusammenschluss in der Fusionskontrolle zu berücksichtigen. Handelt es sich um eine Kooperation mit lediglich regionalen Wirkungen, erscheint zunächst fraglich, ob das Bundeskartellamt für ihre kartellrechtliche Beurteilung im Fusionskontrollverfahren zuständig ist. Die Möglichkeit der (vorsorglichen) Abgabe einer Sache an das Bundeskartellamt wird in der Praxis zwar genutzt, setzt aber ein Einverständnis mit der Landeskartellbehörde voraus. Da es sich bei der Frage nach der Vereinbarkeit der Kooperation mit dem Kartellverbot um eine bloße Vorfrage für die fusionskontrollrechtliche Entscheidung über den Zusammenschluss handelt, dürfte die Zuständigkeit des Bundeskartellamtes begründet sein. Das Bundeskartellamt sollte diese Prüfung daher übernehmen.

259. Die im Berichtszeitraum zu beobachtende tendenzielle Zurückhaltung des Bundeskartellamtes gegenüber der Übernahme der kartellrechtlichen Prüfung von bestehenden regionalen Kooperationen im Fusionskontrollverfahren erweckt allerdings den Eindruck, dass die derzeitige Rechtslage nicht hinreichend klar ist. Zur Erhöhung der Rechtssicherheit sollte aus Sicht der Monopolkommission deshalb eine entsprechende Annexkompetenz für das Bundeskartellamt im Gesetz ergänzt werden. Ein neuer § 48 Abs. 2a GWB könnte wie folgt lauten:

„Die Zuständigkeit des Bundeskartellamtes für die Beurteilung von Zusammenschlüssen umfasst auch die Prüfung von kartellrechtlichen Verhaltensweisen, deren wettbewerbsbeschränkende oder diskriminierende Wirkungen nicht über das Gebiet eines Landes hinausreichen, soweit dies für die Beurteilung der Wettbewerbsbedingungen vor einem angemeldeten Zusammenschluss erforderlich ist.“

2.3 SIEC-Test im Fokus der Rechtsprechung

260. Seit dem Jahr 2004 ist der SIEC-Test²⁵⁵ gemäß Artikel 2 Abs. 2 das maßgebende Untersagungskriterium in der EU-Fusionskontrollverordnung 139/2004. Dieser sieht vor, dass Zusammenschlüsse für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar zu erklären sind, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde. Ziel der Einführung des SIEC-Tests war eine Klarstellung hinsichtlich des Anwendungsbereichs der Fusionskontrolle.²⁵⁶ Bis dahin sah die Regelung vor, dass Zusammenschlüsse mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar sind, wenn eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird. Dies umfasste auch eine mögliche kollektive Marktbeherrschung, d. h. stillschweigende Koordinierung, in oligopolistischen Märkten. Eine solche ist gemäß EuGH wahrscheinlich, wenn die am Markt verbleibenden Unternehmen sich für eine stillschweigende Koordinierung hinreichend überwachen können, es eine Art Abschreckungsmechanismus zu Disziplinierung gibt und an der Koordinierung nicht beteiligte Marktakteure durch ihre Reaktionen den Effekt der Koordinierung nicht infrage stellen.²⁵⁷ Unklar war hingegen, ob eine Untersagung von

²⁵⁴ OLG Düsseldorf, Kart 19/01 (V), 27. April 2001, Rz. 5 (zit. nach Juris).

²⁵⁵ SIEC steht für „significant impediment to effective competition“.

²⁵⁶ Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. L 24 vom 29. Januar 2004, 1, Erwägungsgrund 25.

²⁵⁷ EuGH, C-413/06, 10. Juli 2008, Bertelsmann und Sony Corporation of America/Impala, ECLI:EU:C:2008:392, Rz. 123.

Zusammenschlüssen möglich gewesen wäre, wenn sog. unilaterale Effekte im Oligopol der erheblichen Behinderung des Wettbewerbs zugrunde liegen. In diesen Fällen geht die Wettbewerbsbehinderung durch den Zusammenschluss nicht auf die Begründung oder Verstärkung einer (kollektiven) marktbeherrschenden Stellung zurück. Die Horizontal-Leitlinien der Europäischen Kommission nennt als Beispiele unter anderem Fälle, in denen die Zusammenschlussparteien „nahe Wettbewerber“ sind oder in denen ein am Zusammenschluss beteiligtes Unternehmen eine „wichtige Wettbewerbskraft“ ist.²⁵⁸ Der SIEC-Test schließt diese potenzielle Regelungslücke. Das Kriterium der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung blieb als Regelbeispiel für eine Untersagung nach dem SIEC-Test erhalten. Der SIEC-Test wurde im Jahr 2013 mit der 8. GWB-Novelle auch in nationales Recht überführt (§ 36 Abs. 1 GWB). Ziel war es, „Unterschiede zwischen deutscher und europäischer Fusionskontrolle weiter zu verringern, um eine weitgehend gleichlaufende Beurteilung von Fusionsvorhaben auf deutscher und europäischer Ebene zu ermöglichen.“²⁵⁹ Obwohl die EU-Fusionskontrollverordnung seit 2004 in Kraft ist, gibt es bis heute keine abschließende Bewertung der Anforderungen für den Nachweis einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs (SIEC-Test) durch die nationalen und gemeinschaftsweiten Kartellgerichte.²⁶⁰

261. Auf Unionsebene ist im Mai 2020 ein Urteil des Gerichts der Europäischen Union (EuG) ergangen, das sich mit dem SIEC-Test auf Basis unilateraler Effekte befasst.²⁶¹ Die Rechtssache CK Telecoms betrifft ein „Vier zu Drei“-Zusammenschlussvorhaben im Bereich der Mobilfunkmärkte. Die Europäische Kommission hatte den Zusammenschluss untersagt, weil er den wirksamen Wettbewerb auf dem britischen Mobilfunkmarkt erheblich behindere, auch wenn keine marktbeherrschende Stellung entstehe.²⁶² Begründet wurde die Untersagung u. a. mit dem Argument, dass die Zusammenschlussparteien nahe Wettbewerber seien und es sich bei einem Unternehmen um eine wichtige Wettbewerbskraft handele.²⁶³ Das EuG erklärte die Untersagung des Zusammenschlusses zwischen den Mobilfunkbetreibern Telefónica UK und Hutchison 3G UK auf dem Mobilfunkmarkt in Großbritannien durch die Europäische Kommission für nichtig.²⁶⁴

262. Auf nationaler Ebene hat das OLG Düsseldorf in dem Fall XXXLutz eine auf Basis unilateraler Effekte mit Nebenbestimmungen erteilte Freigabeentscheidung des Bundeskartellamtes dahingehend geprüft, ob die Nebenbestimmungen dadurch zu rechtfertigen sind, dass es sich bei den Zusammenschlussparteien um nahe Wettbewerber handelt.²⁶⁵ Der Fall betrifft eine geplante Beteiligung der Mann Mobilia Beteiligungs GmbH, Würzburg (Teil der österreichischen XXXLutz-Gruppe), in Höhe von 50 Prozent an der tejo Möbel Management Holding GmbH & Co. KG, Goslar, sowie der Roller GmbH & Co. KG, Gelsenkirchen (Tessner-Gruppe).²⁶⁶ Alle Unternehmen sind im deutschen Möbeleinzelhandel tätig. Das Bundeskartellamt hatte das Zusammenschlussvorhaben der Parteien unter Nebenbestimmungen freigegeben.²⁶⁷ Das OLG Düsseldorf erklärte mit seinem Beschluss vom 9. März 2022 diese Nebenbestimmungen für rechtswidrig.²⁶⁸ Das Gericht verweist bei der Prüfung, ob im vorliegenden Fall eine erhebliche Behinderung des Wettbewerbs durch den Zusammenschluss nachgewiesen wurde, ausdrücklich auf das

²⁵⁸ EU-Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, 2004/C 31/03, vom 5. Februar 2004, Tz. 28.

²⁵⁹ Regierungsentwurf zur Achten GWB-Novelle, BT-Drs. 17/9852 vom 31. Mai 2012, S. 1, 17.

²⁶⁰ OLG Düsseldorf, Kart 2/21 (V), 09. März 2022, ECLI:DE:OLGD:2022:0309.KART2.21V.00, Rz. 107.

²⁶¹ EuG, T-399/16, 28. Mai 2020, CK Telecoms UK Investments Ltd/Europäische Kommission, ECLI:EU:T:2020:217.

²⁶² EU-Kommission, C(2016) 2796, 11. Mai 2016, Hutchison 3G UK/Telefonica UK.

²⁶³ Ebenda, vgl. Fn. 262.

²⁶⁴ EuG, T-399/16, a. a. O., vgl. Fn. 261, Rz. 456.

²⁶⁵ OLG Düsseldorf, Kart 2/21 (V), 09. März 2022, a. a. O., vgl. Fn. 260.

²⁶⁶ BKartA, Freigabe der Fusion von XXXLutz mit der Tessner-Gruppe (Roller, tejo's, Schulenburg) nur unter Auflagen, Pressemitteilung, 26. November 2020.

²⁶⁷ BKartA, a. a. O., vgl. Fn. 266.

²⁶⁸ OLG Düsseldorf, Kart 2/21 (V), a. a. O., vgl. Fn. 260.

CK-Telecoms Urteil des EuG und die dortigen Erwägungen zum Begriff naher Wettbewerber.²⁶⁹ Zwar ist die EuG-Rechtsprechung nicht unmittelbar bindend für die deutsche Fusionskontrolle. Da es jedoch, wie bereits in Tz. 260 erwähnt, Ziel des deutschen Gesetzgebers war „eine weitgehend gleichlaufende Beurteilung von Fusionsvorhaben auf deutscher und europäischer Ebene zu ermöglichen“²⁷⁰, berücksichtigt das Gericht in seinen Erwägungen die Verordnung (EG) 139/2004, die Horizontal-Leitlinien sowie die Rechtsprechung auf Unionsebene.²⁷¹ Dies zeigt die hohe Relevanz des EuG-Urteils nicht nur für die europäische, sondern auch für die nationale Rechtsprechung.

263. Sowohl in dem Fall „CK Telecoms“ als auch in dem Fall „XXXLutz“ hat die jeweilige Wettbewerbsbehörde Rechtsmittel eingelegt. Die letztinstanzlichen Entscheidungen des EuGH bzw. des BGH stehen noch aus.

2.3.1 EuG formuliert hohe Anforderungen an das Beweismaß und die Erheblichkeitsschwelle

264. Das Urteil des EuG formuliert nicht nur fallspezifische, sondern auch allgemeine Grundsätze zur Reichweite des SIEC-Tests und stützt sich bei seiner Auslegung auf systematisch-teleologische Aspekte des Untersagungskriteriums in Art. 2 Abs. Verordnung (EG) 139/2004. Nach dieser Vorschrift sind solche Zusammenschlüsse zu untersagen, durch die ein wirksamer Wettbewerb im Binnenmarkt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert werden würde, insbesondere durch die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.²⁷² Das Gericht führt aus, dass Art. 2 Abs. 3 Verordnung (EG) 139/2004 so auszulegen sei, dass die Europäische Kommission unter bestimmten Umständen auf oligopolistischen Märkten Zusammenschlüsse untersagen kann, die nicht eine Begründung oder Verstärkung einer individuellen oder kollektiven beherrschenden Stellung zur Folge haben.²⁷³ Es stellt jedoch hohe Anforderungen hinsichtlich der Beweisschwelle.

265. Im Hinblick auf das Beweismaß fordert das EuG, dass die Beweise und Indizien geeignet sein müssen, um mit „ernsthafter Wahrscheinlichkeit“ eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs nachzuweisen.²⁷⁴ Das Beweismaß der „ernsthaften Wahrscheinlichkeit“ sei strenger als das von der Europäischen Kommission im betreffenden Fall angewandte Beweismaß, gemäß dem eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs „eher wahrscheinlich als unwahrscheinlich“ sein muss. Es sei zugleich weniger streng als dasjenige des „Fehlens eines begründeten Zweifels“. Das EuG erhöht damit die Beweisschwelle im Vergleich zu den Anforderungen, die der EuGH in Verfahren aufgestellt hat, welche Fälle kollektiver Marktbeherrschung betrafen.²⁷⁵ In dem Fall Kommission / Tetra Laval hatte der EuGH erklärt, die Untersuchung eines Zusammenschlusses „erfordert es, sich die verschiedenen Ursache-Wirkungs-Ketten vor Augen zu führen und von denjenigen mit der größten Wahrscheinlichkeit auszugehen“.²⁷⁶ Das EuG betont zwar, dass sich die Beweisstandards für koordinierte und unilaterale Effekte nicht wesentlich voneinander unterscheiden.²⁷⁷ Mit zunehmender Komplexität einer Schadenstheorie sei es jedoch erforderlich, dass auch die Beweisanforderungen steigen.²⁷⁸ Die Untersuchung müsse mit besonderem Bedacht erfolgen, da es einer Prognose hinsichtlich der Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens auf die Marktver-

²⁶⁹ OLG Düsseldorf, Kart 2/21 (V), 9. März 2022, a. a. O., vgl. Fn. 260, Rz. 115.

²⁷⁰ Regierungsentwurf zur Achten GWB-Novelle, BT-Drs. 17/9852 vom 31. Mai 2012, S. 1, 17.

²⁷¹ OLG Düsseldorf, Kart 2/21 (V), 9. März 2022, a. a. O., vgl. Fn. 260, Rz. 107 ff.

²⁷² Verordnung (EG) Nr. 139/2004, a. a. O., vgl. Fn. 256, Art. 2 Abs. 3.

²⁷³ EU-Kommission, C(2016) 2796, a. a. O., vgl. Fn. 262, Rz. 90.

²⁷⁴ Ebenda, vgl. Fn. 262, Rz. 118.

²⁷⁵ EuGH, C-12/03 P, 15. Februar 2005, Kommission/Tetra Laval, Slg. 2005, I-987, Rz. 43; EuGH, C-413/06, 10. Juli 2008, Bertelsmann und Sony Corporation of America/Impala, ECLI:EU:C:2008:392, Rz. 47.

²⁷⁶ EuGH, C-12/03 P, a. a. O., vgl. Fn. 275, Rz. 43.

²⁷⁷ EuG, T-399/16, a. a. O., vgl. Fn. 261, Rz. 109.

²⁷⁸ Ebenda, vgl. Fn. 261, Rz. 111.

hältnisse bedürfe.²⁷⁹ Es bleibt abzuwarten, inwieweit diese Feststellungen durch den EuGH bestätigt werden. Bei einer Bestätigung wäre möglicherweise eine Anpassung der Anwendungspraxis notwendig.²⁸⁰

266. Auf nationaler Ebene hat sich das OLG Düsseldorf in dem bereits erwähnten Beschluss zum Fall „XXXLutz“ nicht zum Beweismaßstab geäußert. Es stellt mit Blick auf den betreffenden Fall lediglich fest, dass es unwahrscheinlich sei, dass die Zusammenschlussbeteiligten die Preise dauerhaft allgemein erhöhen.²⁸¹ Damit bleibt offen, ob es aus Sicht des OLG Düsseldorf ausreichend ist, wenn der Wettbewerb durch einen Zusammenschluss mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erheblich behindert wird. Bei Fällen, die auf Marktbeherrschung abstellten, hatte der BGH in der Vergangenheit bezüglich des Beweismaßstabs die Formulierung „*mit einiger Wahrscheinlichkeit*“ angewandt.²⁸²

267. Es kann außerdem festgehalten werden, dass selbst wenn der EuGH und/oder der BGH die Ansichten des EuG hinsichtlich des Beweismaßstabs bestätigen sollten, nicht klar ist, welche praktische Relevanz dieser strengere Beweismaßstab im Hinblick auf zukünftige Fusionskontrollverfahren hat. In keinem der beiden Fälle hat das jeweilige Gericht explizit festgestellt, dass eine Behinderung des Wettbewerbs mit überwiegender, aber nicht mit „ernsthafter Wahrscheinlichkeit“ vorliege.

268. Neben dem Beweismaßstab befasst sich das EuG mit der Erheblichkeitsschwelle und weist in diesem Zusammenhang auf die zentrale Bedeutung des Erwägungsgrundes 25 der Verordnung (EG) 139/2004 hin. Dort wird ausgeführt, dass der SIEC-Test über das bereits vor der Gesetzesänderung etablierte Marktbeherrschungskriterium hinaus einzig unilaterale Effekte auf oligopolistischen Märkten erfasst. Hieraus schließt das Gericht, dass ein Zusammenschluss bei Vorliegen unilateraler Effekte dann mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar ist, wenn das Ausmaß der Behinderung des Wettbewerbs mit demjenigen einer beherrschenden Stellung „vergleichbar“ ist.²⁸³ Die Vergleichbarkeit wird bejaht, wenn „*der aus dem Zusammenschluss hervorgehenden Einheit eine Macht verschafft wird, die es ihr gestattet, selbst die Wettbewerbsparameter zu bestimmen und insbesondere die Preise festzusetzen, statt sie zu akzeptieren*“.²⁸⁴ Mit Bezug auf den vorliegenden Fall bemängelt das EuG, dass die Europäische Kommission durch ihre Auslegung der aus den Horizontal-Leitlinien²⁸⁵ stammenden Begriffe „naher Wettbewerber“ und „wichtige Wettbewerbskraft“ die Anforderung an eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs so aufgeweicht habe, dass jeder Zusammenschluss in einem oligopolistischen Markt untersagt werden könne.²⁸⁶ Dies habe laut Gericht zur Folge, dass die erforderliche Beweisschwelle für den Nachweis einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs variieren würde, je nachdem, ob die Europäische Kommission die vorhersehbaren Auswirkungen eines Zusammenschlusses als unilateral oder als koordiniert einstuft.²⁸⁷

269. Das EuG benennt zwei grundlegende Kriterien, die nach Art. 2 Abs. 3 Verordnung (EG) 139/2004 in Verbindung mit dem Erwägungsgrund 25 der Verordnung (EG) 139/2004 kumulativ erfüllt sein müssen.²⁸⁸ Dies ist zum einen, dass „*der beträchtliche Wettbewerbsdruck beseitigt wird, den die fusionierenden Unternehmen aufeinander ausgeübt haben*“, und zum anderen, dass „*der Wettbewerbsdruck auf die verbleibenden Wettbewerber gemindert*“

²⁷⁹ EuG, T-399/16, a. a. O., vgl. Fn. 261, Rz. 112 ff.

²⁸⁰ Zimmer, D., Erinnerungen an Airtours: Zum Urteil des EuG im Fall CK Telecoms UK/Kommission, WuW 2020, S. 354-357, 357.

²⁸¹ OLG Düsseldorf, Kart 2/21 (V), a. a. O., vgl. Fn. 260, Rz. 239 f.

²⁸² BGH, KVR 34/20, 12. Januar 2021, CTS Eventim/Four Artists, ECLI:DE:BGH:2021:120121BKVR34.20.0., Rz. 20: „*Nach ständiger Rechtsprechung wird eine marktbeherrschende Stellung verstärkt, wenn rechtliche oder tatsächliche Umstände dem marktbeherrschenden Unternehmen mit einiger Wahrscheinlichkeit eine günstigere Wettbewerbsposition verschaffen würden.*“

²⁸³ EuG, T-399/16, a. a. O., vgl. Fn. 261, Rz. 90.

²⁸⁴ Ebenda, vgl. Fn. 261, Rz. 90.

²⁸⁵ EU-Kommission, Leitlinien 2004/C 31/03, a. a. O., vgl. Fn. 258.

²⁸⁶ EuG, T-399/16, a. a. O., vgl. Fn. 261, Rz. 174, Rz. 249.

²⁸⁷ Ebenda, vgl. Fn. 261, Rz. 172.

²⁸⁸ Ebenda, vgl. Fn. 261, Rz. 96.

wird“.²⁸⁹ Das Gericht betont, dass es dementsprechend für den Nachweis einer erheblichen Behinderung des Wettbewerbs nicht ausreichend sei, die Auswirkung der Minderung des Wettbewerbsdrucks auf die verbleibenden Wettbewerber zu untersuchen.²⁹⁰

2.3.2 EuG spezifiziert Anforderungen an wichtige Wettbewerbskraft

270. Mit Bezug auf den vorliegenden Fall bemängelt das EuG, die erste auf dem Begriff „wichtige Wettbewerbskraft“ aufbauende Schadenstheorie der Europäischen Kommission konzentriere sich einzig auf die Minderung des Wettbewerbsdrucks, der von den Zusammenschlussparteien auf die übrigen Wettbewerber ausgeübt wird. Damit verzichte die Europäische Kommission auf einen Teil der kumulativ vorzunehmenden Prüfung, die auch den Nachweis erfordert, dass eine Beseitigung des beträchtlichen Wettbewerbsdrucks zwischen den Zusammenschlussparteien vorliegt.²⁹¹

271. In den Horizontal-Leitlinien der Europäischen Kommission wird eine wichtige Wettbewerbskraft eher vage definiert, als ein Unternehmen, dessen Einfluss auf den Wettbewerb größer ist als anhand von Marktanteilen oder anderer Messgrößen zu vermuten wäre.²⁹² Die Leitlinien benennen als Beispiele Unternehmen, die jüngst in den Markt eingetreten sind oder durch Innovationen Wettbewerbsdruck ausüben. Das EuG bemängelt mit Bezug auf den vorliegenden Fall, dass die Europäische Kommission davon ausgegangen sei, dass eine *„einfache Verringerung des Wettbewerbsdrucks, die sich insbesondere aus dem Verschwinden eines Unternehmens mit einem größeren Einfluss, als seine Marktanteile vermuten ließen, (...) für sich genommen zum Nachweis einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs hinreiche.“*²⁹³ Dadurch unterlasse die Europäische Kommission die Prüfung, *„ob der beträchtliche Wettbewerbsdruck, den die Parteien des Zusammenschlusses aufeinander ausüben, beseitigt wird, zugunsten einer Schadenstheorie, die allein auf der Minderung des Wettbewerbsdrucks auf die anderen Wettbewerber beruht.“*²⁹⁴ Das Gericht ist der Ansicht, dass der Nachweis, dass ein am Zusammenschluss beteiligtes Unternehmen eine wichtige Wettbewerbskraft ist, nur dann für sich genommen für eine Untersagung hinreiche, wenn dieses sich hinsichtlich der Auswirkungen auf den Wettbewerb von seinen Wettbewerbern unterscheidet.²⁹⁵ Es bedürfe einer einzigartigen Rolle, die unerlässlich ist, um einen wirksamen Wettbewerb zu erhalten.²⁹⁶

2.3.3 EuG und OLG Düsseldorf spezifizieren Näheverhältnis zwischen Wettbewerbern

272. Mit dem aus den Horizontal-Leitlinien stammenden Begriff des nahen Wettbewerbers befassen sich sowohl das EuG als auch das OLG Düsseldorf.²⁹⁷ Der Begriff umfasst Fälle, in denen die Zusammenschlussparteien am

²⁸⁹ EuG, T-399/16, a. a. O., vgl. Fn. 261, Rz. 96.

²⁹⁰ Ebenda, vgl. Fn. 261, Rz. 97.

²⁹¹ Ebenda, vgl. Fn. 261, Rz. 175; siehe hierzu noch die Ausführungen des EuG in Rz. 173: *„Der von der Kommission im angefochtenen Beschluss verfolgte Ansatz liefe nämlich in der Praxis darauf hinaus, drei Begriffe zu verwechseln, nämlich den Begriff ‚erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs‘, der das in Art. 2 Abs. 3 der Verordnung Nr. 139/2004 genannte rechtliche Kriterium ist, den Begriff ‚Beseitigung beträchtlichen Wettbewerbsdrucks‘ im Sinne des 25. Erwägungsgrundes dieser Verordnung sowie den im angefochtenen Beschluss verwendeten und aus den Leitlinien abgeleiteten Begriff des ‚Verschwindens einer wichtigen Wettbewerbskraft‘. Mit der Vermengung dieser Begriffe erweitert die Kommission den Anwendungsbereich von Art. 2 Abs. 3 der Verordnung Nr. 139/2004 erheblich, da jedes Verschwinden einer wichtigen Wettbewerbskraft der Beseitigung beträchtlichen Wettbewerbsdrucks gleichkäme, die ihrerseits den Schluss rechtfertigen würde, dass eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs vorliegt.“*

²⁹² EU-Kommission, Leitlinien 2004/C 31/03 a. a. O., vgl. Fn. 258, Tz. 37.

²⁹³ EuG, T-399/16, a. a. O., vgl. Fn. 261, Rz. 171.

²⁹⁴ Ebenda, vgl. Fn. 261, Rz. 175.

²⁹⁵ Ebenda, vgl. Fn. 261, Rz. 171, Rz. 174.

²⁹⁶ Ebenda, vgl. Fn. 261, Rz. 168.

²⁹⁷ Das EuG hat sich bereits in früheren Fällen mit dem Begriff „naher Wettbewerber“ befasst. In dem Fall Ryan Air/Aer Lingus stellt der EuGH fest, *„Somit tut die Klägerin nicht rechtlich hinreichend dar, dass die Kommission in Randnr. 431 der angefochtenen Ent-*

Markt nahe Substitute anbieten und daher aufeinander starken Wettbewerbsdruck ausüben.²⁹⁸ Gemäß Horizontal-Leitlinien ist es in solchen Fällen wahrscheinlicher, dass die Zusammenschlussparteien ihre Preise spürbar erhöhen werden.²⁹⁹ So könne *„ein Zusammenschluss zwischen zwei Herstellern, deren Produkte für eine große Anzahl von Kunden die erste und die zweite Kaufwahl sind, zu spürbaren Preiserhöhungen führen.“*³⁰⁰ Nachfolgend schränken die Horizontal-Leitlinien jedoch ein, dass eine geringere Wahrscheinlichkeit bestehe, *„dass ein Zusammenschluss wirksamen Wettbewerb (...) erheblich behindert, wenn ein hohes Maß an Substituierbarkeit zwischen den Produkten der fusionierenden Unternehmen und den Produkten der Wettbewerber besteht.“*³⁰¹

273. Beide Gerichte stellen in den jeweiligen Fällen fest, dass neben den Zusammenschlussparteien Konkurrenten existieren, die ebenfalls nahe Substitute anbieten. Das EuG resümiert in seinem Urteil, dass die vier auf dem Mobilfunkmarkt des Vereinigten Königreichs aktiven Mobilfunknetzbetreiber alle „mehr oder weniger“ nahe Wettbewerber seien.³⁰² Daher reiche die Feststellung nicht aus, dass es sich bei den Zusammenschlussparteien Telefónica UK und Hutchison 3G UK um nahe Wettbewerber handelt.³⁰³ Es sei nicht nachgewiesen worden, dass die beiden Unternehmen „nächste“ oder „besonders nahe“ Wettbewerber auf dem Markt seien, d. h. einander näher stehen als den übrigen Unternehmen.³⁰⁴

274. Das OLG Düsseldorf kommt bei der Prüfung des Falls „XXXLutz“ zu einem ähnlichen Ergebnis. In seinem Beschluss prüft es, ob es sich bei den Zusammenschlussparteien um nahe³⁰⁵ Wettbewerber handelt. Dafür muss nach Ansicht des Gerichtes eine Konstellation vorliegen, in der auf einem Gesamtmarkt mit differenzierten Produkten der Zusammenschluss zu einer Wettbewerbsbeseitigung zwischen den Anbietern enger Substitute führe, ohne dass entferntere Substitute anderer Anbieter hinreichend Wettbewerbsdruck ausüben.³⁰⁶ Dies würde dann Preiserhöhungen und andere einseitige Verhaltensweisen ermöglichen und könne auch Verhaltensspielräume für Wettbewerber zum Nachteil der Verbraucherinnen und Verbraucher eröffnen.³⁰⁷ Bei dieser Interpretation des § 36 Abs. 1 GWB beruft sich das OLG Düsseldorf explizit auf das Urteil des EuG in dem Fall CK-Telecoms, in dem festgestellt worden sei, dass es *„auf einem konzentrierten Markt, dem vier Mobilfunknetzbetreiber angehörten, nicht aus[reichte], dass zwei Anbieter auf einem Teil der Segmente relativ nahe Wettbewerber sind, um die Beseitigung des beträchtlichen Wettbewerbsdrucks, den die Parteien des Zusammenschlusses aufeinander ausübten, nachzuweisen, und dies reichte auch nicht aus, um eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs darzutun.“*³⁰⁸ Das Gericht stellt betreffend den vorliegenden Fall im Bereich des Möbeleinzelhandels fest, dass der

scheidung zu Unrecht zu dem Schluss gekommen ist, dass Aer Lingus und sie die ‚stärksten [bzw. nächsten] Konkurrenten‘ auf den betroffenen Strecken von Irland aus seien.“ EuG, T-342/07, 6. Juli 2010, Ryanair/Kommission, ECLI:EU:T:2010:280, Rz. 94.

²⁹⁸ EuG, T-399/16, a. a. O., vgl. Fn. 261, Rz. 238; Leitlinien 2004/C 31/03, a. a. O., vgl. Fn. 258, Tz. 28: *„[können d]ie Produkte ... in dem relevanten Markt so differenziert sein ..., dass bestimmte Produkte nähere Substitute als andere sind ... Mit dem zunehmenden Maß an Substituierbarkeit zwischen den Produkten der fusionierenden Unternehmen wird es wahrscheinlicher, dass diese ihre Preise spürbar erhöhen werden ... Der Anreiz für die fusionierenden Unternehmen, die Preise zu erhöhen, wird stärker eingeschränkt, wenn konkurrierende Unternehmen nahe Substitute zu den Produkten der fusionierenden Unternehmen herstellen, als wenn sie weniger nahe Substitute anbieten ... Es besteht deshalb eine geringere Wahrscheinlichkeit, dass ein Zusammenschluss wirksamen Wettbewerb ... erheblich behindert, wenn ein hohes Maß an Substituierbarkeit zwischen den Produkten der fusionierenden Unternehmen und den Produkten der Wettbewerber besteht.“*

²⁹⁹ EU-Kommission, Leitlinien 2004/C 31/03, a. a. O., vgl. Fn. 258, Tz. 28.

³⁰⁰ Ebenda, vgl. Fn. 258, Tz. 28.

³⁰¹ Ebenda, vgl. Fn. 258, Tz. 28.

³⁰² EuG, T-399/16, a. a. O., vgl. Fn. 261, Rz. 238, Rz. 247.

³⁰³ Ebenda, vgl. Fn. 261, Rz. 249.

³⁰⁴ Ebenda, vgl. Fn. 261, Rz. 244 ff.

³⁰⁵ Das OLG Düsseldorf spricht von enger oder naher Wettbewerbern. OLG Düsseldorf, Kart 2/21 (V), a. a. O., vgl. Fn. 260, Rz. 115.

³⁰⁶ Ebenda, vgl. Fn. 260, Rz. 238.

³⁰⁷ Ebenda, vgl. Fn. 260, Rz. 238.

³⁰⁸ Ebenda, vgl. Fn. 260, Rz. 115.

Nachweis, dass es sich bei den Zusammenschlussparteien um nahe Wettbewerber handelt, ebenfalls nicht ausreicht, weil es neben den Zusammenschlussparteien im betroffenen Marktsegment weitere (nahe) Wettbewerber gibt.³⁰⁹ Wenn die Parteien nach ihrer Fusion Preisanhebungen tätigen würden, hätten die Verbraucherinnen und Verbraucher Ausweichmöglichkeiten durch das Vorhandensein anderer Anbieter.³¹⁰

275. Darüber hinaus weist das OLG Düsseldorf darauf hin, dass in den für die Entscheidung relevanten Markträumen im Discountsegment des Möbeleinzelhandels keine oligopolistischen Strukturen nachgewiesen werden konnten.³¹¹ Zu diesem Ergebnis kommt das OLG Düsseldorf insbesondere, weil aus seiner Sicht das Discountsegment des Möbelmarktes vom Bundeskartellamt zu eng abgegrenzt worden sei.³¹² Das Gericht betont in diesem Zusammenhang, dass unilaterale Effekte nur auf Märkten zu erwarten seien, die eine oligopolistische Struktur aufweisen.³¹³

2.3.4 Auswirkungen der gerichtlichen Anforderungen auf die Fusionskontrollpraxis zunächst beobachten

276. Durch die Feststellungen des EuG und des OLG Düsseldorf zum SIEC-Kriterium auf Basis unilateraler Effekte sind die Anforderungen an den Nachweis und den Beweismaßstab bei Anwendung des Kriteriums gestiegen. Abschließende Rechtssicherheit ist noch nicht geschaffen worden, weil die letztinstanzlichen Entscheidungen in den jeweiligen Fällen noch ausstehen. Es bleibt abzuwarten, ob die obersten Gerichte die skizzierten Feststellungen bestätigen. Insbesondere in Bezug auf den strengeren Beweismaßstab scheint dies fraglich. Unabhängig davon empfiehlt die Monopolkommission, nach den letztinstanzlichen Entscheidungen zunächst zu beobachten, wie sich diese auf die Praxis in der Fusionskontrolle auswirken, bevor eine weitere gesetzliche Änderung, z. B. hinsichtlich einer Absenkung des Beweismaßstabs im Rahmen der Anwendung des SIEC-Kriteriums, erwogen wird.

2.4 Grenzen für Vorgaben der Hersteller zur Gestaltung des Onlinevertriebs

277. Am 1. Juni 2022 trat eine neue Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen (Vertikal-GVO) in Kraft.³¹⁴ Die Vertikal-GVO stellt Vereinbarungen zwischen Unternehmen entlang einer Wertschöpfungskette und mit Marktanteilen, die jeweils 30 Prozent nicht übersteigen, von dem Verbot einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung aus Art. 101 AEUV grundsätzlich frei, schränkt diese Freistellung jedoch unter anderem für bestimmte Kernbeschränkungen ein. In der neuen Vertikal-GVO wird die Liste der Kernbeschränkungen in Art. 4 um einen neuen lit. e ergänzt, der die Verhinderung der wirksamen Nutzung des Internets zum Verkauf von Vertragswaren oder -dienstleistungen verbietet. Es wird außerdem klargestellt, dass andere Beschränkungen des Onlineverkaufs freigestellt sind. Im Zuge der Gesetzesänderung veröffentlichte die Europäische Kommission auch neue Leitlinien für vertikale Beschränkungen³¹⁵ (Vertikal-Leitlinien). Diese enthalten unter anderem Änderungen bei der Bewertung von Vereinbarungen zwischen Herstellern und Händlern, die unterschiedliche Konditionen hinsichtlich Qualitätsanforderungen und Großhandelspreisen für stationäre Händler einerseits und Onlinehändler andererseits vorsehen. Gemäß den alten Vertikal-Leitlinien lag eine Kernbeschränkung im Sinne des Art. 4 lit. b Verordnung (EU) 330/2010 vor, wenn vereinbart wurde, dass ein Händler für Produkte, die er online weiterzuverkaufen beabsichtigt-

³⁰⁹ OLG Düsseldorf, Kart 2/21 (V), a. a. O., vgl. Fn. 260, Rz. 239.

³¹⁰ Ebenda, vgl. Fn. 260, Rz. 240.

³¹¹ Ebenda, vgl. Fn. 260, Rz. 232.

³¹² Ebenda, vgl. Fn. 260, Rz. 75 ff.

³¹³ Ebenda, vgl. Fn. 260, Rz. 232.

³¹⁴ Verordnung (EU) Nr. 2022/720 der Kommission vom 10. Mai 2022 über die Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. EU L 134 vom 11. Mai 2022, 4.

³¹⁵ Europäische EU-Kommission, Approval of the content of a draft for a Communication from the Commission, Guidelines on vertical restraints, C (2022) 3006 final vom 10. Mai 2010.

te, höhere Preise zahlt als für Produkte, die offline verkauft werden sollten.³¹⁶ Eine Kernbeschränkung – insbesondere für den selektiven Vertrieb, Art. 4 lit. c Verordnung (EU) 330/2020 – lag außerdem vor, wenn ein Hersteller einem Händler Anforderungen für Onlineverkäufe auferlegte, die insgesamt gegenüber den Kriterien für Verkäufe im stationären Handel nicht gleichwertig waren.³¹⁷ Gemäß den neuen Leitlinien stellt eine abweichende Behandlung von Onlineverkäufen und Verkäufen im stationären Handel dagegen insoweit keine Kernbeschränkung im Sinne der Vertikal-GVO mehr dar.³¹⁸

278. Das Bundeskartellamt hat zuletzt im April 2021 – vor Veröffentlichung der neuen Vertikal-Leitlinien – in einem solchen Fall interveniert.³¹⁹ Das Bundeskartellamt erwirkte in dem Fall Liebherr eine Anpassung von Vertragsklauseln in den Vertriebsverträgen des Herstellers Liebherr Hausgeräte Vertriebs- und Service GmbH. Das Unternehmen verkauft Produkte ganz überwiegend in einem selektiven Vertriebssystem über autorisierte Händler.³²⁰ Grund für die Intervention war laut Bundeskartellamt, dass die Vertriebsverträge bestimmte von Händlern zu erfüllende Anforderungen beim Kundenservice enthielten, die für den Onlinevertrieb teils deutlich umfassender ausfielen als für den Vertrieb über den stationären Handel.³²¹ Hierzu zählte unter anderem die Erreichbarkeit von Personal an Sonn- und Feiertagen zwischen 9 und 20 Uhr. Eine Nichterfüllung der Anforderungen seitens der Händler führte zu einem Verlust von Rabatten.³²² Bei Händlern, die beide Vertriebskanäle bedienten, drohte der Rabattverlust für alle Waren, unabhängig davon, ob diese online oder stationär vertrieben wurden.³²³ Von den strengen Auflagen nicht betroffen waren folglich nur rein stationäre Händler.

279. Der Fall berührt zwei von der Neueinschätzung der Europäischen Kommission betroffene Aspekte: (1) Eine Ungleichbehandlung von Händlern auf verschiedenen Vertriebskanälen, welche Qualitätsanforderungen betrifft (Äquivalenzprinzip). (2) Eine Ungleichbehandlung von Händlern auf verschiedenen Vertriebskanälen, welche den Großhandelspreis betrifft (Doppelpreissysteme). Beide Formen der Ungleichbehandlung sind in ihrer möglichen Wirkung auf den Wettbewerb ambivalent. Verbraucherinnen und Verbraucher sowie Unternehmen können von solchen Vereinbarungen durchaus profitieren.

2.4.1 Ambivalente Wirkung der Ungleichbehandlung des Onlinehandels bei Qualitätsvorgaben

280. Das unternehmerische Ziel von Herstellern ist es in der Regel, möglichst viele Waren gewinnbringend zu verkaufen. Um dieses Ziel zu erreichen, bauen sie Vertriebsnetze auf, die möglichst effizient und mit hoher Reichweite ihre Waren an Kundinnen und Kunden absetzen. Dabei ist nicht ausschließlich die Anzahl der Händler im Vertriebsnetz von Bedeutung. Auch die Absatzmenge pro Händler ist ein entscheidender Parameter, der unter anderem durch die Servicequalität bei den Händlern beeinflusst wird. Eine hohe Servicequalität des Vertriebsnetzwerkes ist insbesondere dann von großer Bedeutung, wenn Kundinnen und Kunden mit einem Produkt vertraut gemacht werden müssen.³²⁴ Dies ist z. B. bei neuartigen Produkten und bei komplexen Produkten, die nicht regel-

³¹⁶ Europäische EU-Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. C 130 vom 19. Mai 2010, S. 1, Tz. 52 lit. d.

³¹⁷ Ebenda, vgl. Fn. 316, Tz. 56.

³¹⁸ EU-Kommission, Approval of the content of a draft for a Communication from the Commission, Guidelines on vertical restraints, C (2022) 3006 final vom 10. Mai 2022, Tz. 208, 209, 235.

³¹⁹ BKartA, Bundeskartellamt sichert Chancengleichheit des Online-Handels beim neuen Liebherr-Vertriebsmodell, Pressemitteilung, 12. April 2021, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2021/12_04_2021_Liebherr_Vertriebsmodell.html, Abruf am 28. Juni 2022.

³²⁰ Ebenda, vgl. Fn. 319.

³²¹ Ebenda, vgl. Fn. 319.

³²² Ebenda, vgl. Fn. 319.

³²³ Ebenda, vgl. Fn. 319.

³²⁴ Telser, L. G., Why should manufacturers want fair trade?, The Journal of Law and Economics, 3, 1960, 86-105, S. 95.

mäßig in kurzen Zeitabständen gekauft werden, der Fall.³²⁵ Sind die Produkte hingegen einfach verständlich oder haben Kundinnen und Kunden aufgrund regelmäßiger Käufe Erfahrung, ist die Beratungsqualität nachrangig.³²⁶ Daneben ist die Servicequalität auch von Bedeutung, wenn sie als integraler Bestandteil des Produktes wahrgenommen wird. Dies kann z. B. bei hochwertigen Markenartikeln der Fall sein.

281. Um die Servicequalität ihres Vertriebsnetzes sicherzustellen, können Hersteller mit Händlern entsprechende Vereinbarungen treffen. Von solchen Vereinbarungen profitieren auch die Kundinnen und Kunden, sofern sie z. B. durch das höhere Serviceniveau besser informierte Kaufentscheidungen treffen. Dass Hersteller bei solchen Vereinbarungen zwischen stationärem Handel und Onlinevertrieb unterscheiden, kann allein schon aus pragmatischen Gründen notwendig und gerechtfertigt sein, da der Kaufprozess aus Sicht der Kundinnen und Kunden auf diesen Vertriebskanälen unterschiedlich abläuft, wodurch sich unterschiedliche Bedürfnisse ergeben können. Die vom Bundeskartellamt in dem Fall Liebherr beanstandete Anforderung, dass Onlinehändler eine Erreichbarkeit von Personal auch an Sonn- und Feiertagen gewährleisten müssen, könnte z. B. darauf zurückzuführen sein, dass diese Tage für Onlinekundinnen und -kunden von hoher Bedeutung sind. Es ist daher nicht sofort ersichtlich, ob diese Anforderung einen wettbewerbsbeschränkenden Charakter hatte.³²⁷ Die Europäische Kommission nennt in ihren neuen, nach der Intervention des Bundeskartellamtes erschienenen Leitlinien z. B. explizit die Einrichtung eines „Online after-sales Helpdesks“ als eine mögliche Anforderung, die Onlinehändlern zur Gewährleistung von Standards bei der Servicequalität auferlegt werden kann.³²⁸

282. Im Wettbewerb zwischen Onlinevertrieb und stationärem Handel kann auch das sog. „Trittbrettfahrerproblem“ von besonderer Bedeutung sein. Der stationäre Handel hat üblicherweise höhere Kosten, bietet Verbraucherinnen und Verbrauchern jedoch zugleich die Möglichkeit, vor Ort Waren unkompliziert physisch zu prüfen und eine persönliche Beratung in Anspruch zu nehmen.³²⁹ Diese Services tragen z. B. bei beratungsintensiven Produkten möglicherweise maßgeblich zur Höhe des Gesamtabsatzes bei, insbesondere weil Waren bei einem Onlinekauf nicht unmittelbar physisch geprüft werden können. Zugleich besteht die Gefahr, dass Kundinnen und Kunden vor dem Kauf die Services eines stationären Händlers genutzt haben und dieses Produkt anschließend bei einem Onlinehändler kaufen, der einen geringeren Preis aufgrund seiner geringeren Kosten anbieten kann.³³⁰ Erlangt dieses Trittbrettfahrerproblem zu großer Bedeutung im Vertriebsnetz des betreffenden Produktes, werden stationäre Händler entweder ihre Servicequalität und damit ihre Kosten senken oder den Vertrieb des Produktes gänzlich einstellen.³³¹ Dies kann das Vertriebsnetz eines Herstellers insgesamt und seine Wettbewerbsposition und daher auch den Wettbewerb schädigen. Umfassendere Anforderungen an die Servicequalität für Onlinehändler sind möglicherweise ein Mittel, um dieses Problem zu adressieren.

283. Weniger eindeutig sind Fälle, in denen eine Ungleichbehandlung erfolgt, weil sich die Art des Wettbewerbs im Onlinehandel und stationärem Handel unterscheidet. Sowohl Helfrich und Herweg (2017) als auch Dertwinkel-Kalt und Köster (2020) betrachten eine Konstellation, in der im Onlinehandel in erster Linie die Produktpreise im Zentrum der Aufmerksamkeit der Kundinnen und Kunden stehen, während im stationären Handel der Händler die

³²⁵ Telser, L. G., Why should manufacturers want fair trade?, a. a. O., vgl. Fn. 324, S. 95.

³²⁶ Ebenda, vgl. Fn. 324, S. 95 f.

³²⁷ BKartA, Bundeskartellamt sichert Chancengleichheit des Online-Handels beim neuen Liebherr-Vertriebsmodell, a. a. O.

³²⁸ EU-Kommission, Approval of the content of a draft for a Communication from the Commission, Guidelines on vertical restraints, C (2022) 3006 final vom 10. Mai 2022, Tz. 235.

³²⁹ Carlton, D. W., Chevalier, J. A., Free riding and sales strategies for the Internet, The Journal of Industrial Economics, 49(4), 2001, 441-461, S. 443.

³³⁰ Dieses Problem wurde erstmals im Jahr 1960 beschrieben in Telser, L. G., Why should manufacturers want fair trade?, The Journal of Law and Economics, 3, 1960, 86-105.

³³¹ Telser, L. G., Why should manufacturers want fair trade?, a. a. O., vgl. Fn. 324, S. 87.

Aufmerksamkeit stärker auf die Qualitätsunterschiede der Produkte lenken kann.³³² Eine solche Situation führt dazu, dass Hersteller über den Onlinevertrieb einem intensiven Preiswettbewerb ausgesetzt sind. Dieser Preisdruck wirkt, da einige Verbraucherinnen und Verbraucher die Produktpreise im stationären Handel mit Onlinepreisen vergleichen, indirekt auch auf den stationären Handel, in dem sonst möglicherweise der Qualitätswettbewerb stärker im Vordergrund stünde. Der Preisdruck kann vom Hersteller abgeschwächt oder vermieden werden, indem Onlinehändler benachteiligt oder der Onlinevertrieb gänzlich unterbunden wird.³³³ Ein solches Verhalten schädigt die Verbraucherinnen und Verbraucher, indem sie höhere Preise zahlen müssen oder teilweise keinen Zugriff mehr auf das Produkt haben, sofern der Onlinehandel gänzlich unterbunden wird.³³⁴ Zugleich profitieren sie möglicherweise davon, dass sich der Hersteller nun stärker auf den Qualitätswettbewerb im stationären Handel fokussieren kann, wenn dies tatsächlich dazu führt, dass spürbar höhere Qualität angeboten wird.³³⁵ Der resultierende Gesamteffekt kann daher im Einzelfall negativ oder positiv sein.

284. Sehr wahrscheinlich ist eine Behinderung des Wettbewerbs, wenn mehrere Hersteller auf einem Markt die Vereinbarung mit ihren Händlern koordiniert so gestalten, dass die Händlerzahl systematisch reduziert wird. Auch dies kann geschehen, indem z. B. Onlinehändler gezielt durch hohe Anforderungen behindert werden. Aufgrund der daraus resultierenden geringeren Händlerzahl auf dem Endkundenmarkt wird die Marktmacht der verbliebenen Händler gestärkt. Diese können wegen des geringeren Wettbewerbsdrucks eine höhere Gewinnmarge auf den Großhandelspreis der Hersteller aufschlagen. Dies hat auch Folgen für den Wettbewerbsdruck, der auf die Hersteller wirkt. Senkt ein Hersteller in einer solchen Konstellation seinen Großhandelspreis, führt dies nicht mehr direkt zu einem niedrigeren Endkundenpreis und einer Steigerung seiner Absatzmenge zulasten der konkurrierenden Hersteller.³³⁶ Vielmehr werden die Händler aufgrund ihrer höheren Marktmacht eine Senkung des Großhandelspreises teilweise dazu nutzen, ihre eigene Gewinnmarge weiter zu erhöhen und nur einen Teil der Preissenkung an die Kundinnen und Kunden weitergeben.³³⁷ Niedrige Großhandelspreise werden für Hersteller folglich weniger lukrativ.³³⁸ Sie sind faktisch einem niedrigeren Wettbewerbsdruck ausgesetzt und werden daher höhere Großhandelspreise nehmen.³³⁹ Das Erzeugen einer solchen Situation mittels vertikaler Vereinbarungen kann Herstellern jedoch nur gelingen, wenn ein wesentlicher Teil der konkurrierenden Hersteller den Händlern solche Vereinbarungen koordiniert auferlegt.³⁴⁰ Nur dann kann die Zahl der Händler spürbar vermindert werden. Andernfalls würden Händler bei zu restriktiven Vertriebsbedingungen seitens eines Herstellers Konkurrenzprodukte eines anderen Herstellers anbieten, der solche Vertriebsbedingungen nicht auferlegt. Ohne eine kartellrechtswidrige Absprache dürfte solch ein koordiniertes Vorgehen in der Realität nur zu beobachten sein, wenn auf der Herstellerebene ein sehr enges Oligopol existiert, in dem sich die Hersteller mittels gegenseitiger Verhaltensbeobachtung stillschweigend koordinieren können.

285. Ein anderes starkes Indiz für einen primär wettbewerbsbeschränkenden Charakter von Vereinbarungen zwischen Herstellern und Händlern kann sein, dass die Initiative für die Einführung von umfassenderen Anforderun-

³³² Helfrich, M., Herweg, F., Salience in retailing: Vertical restraints on Internet sales, 2017, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3035729; Dertwinkel-Kalt, M., Köster, M., Attention to online sales: The role of brand image concerns. *Journal of Economics & Management Strategy*, 2020, 64-89.

³³³ Helfrich, M., Herweg, F., Salience in retailing: Vertical restraints on Internet sales, a. a. O., vgl. Fn. 332, S. 18 ff.; Dertwinkel-Kalt, M., Köster, M., Attention to online sales: The role of brand image concerns, a. a. O., vgl. Fn. 332, S. 72 ff.

³³⁴ Helfrich, M., Herweg, F., Salience in retailing: Vertical restraints on Internet sales, a. a. O., vgl. Fn. 332, S. 24 f.; Dertwinkel-Kalt, M., Köster, M., Attention to online sales: The role of brand image concerns, a. a. O., vgl. Fn. 332, S. 72 ff.

³³⁵ Helfrich, M., Herweg, F., Salience in retailing: Vertical restraints on internet sales, a. a. O., vgl. Fn. 332, S. 22 f.

³³⁶ Rey, P., Stiglitz, J., Vertical Restraints and Producers' Competition, *European Economic Review* 32, 1988, 561-568, S. 566.

³³⁷ Ebenda, vgl. Fn. 336, S. 566.

³³⁸ Ebenda, vgl. Fn. 336, S. 566.

³³⁹ Ebenda, vgl. Fn. 336, S. 563.

³⁴⁰ Ebenda, vgl. Fn. 336, S. 566 f.

gen von den Händlern, nicht aber von den Herstellern ausgeht.³⁴¹ In solchen Fällen ist es wahrscheinlich, dass die Händler versuchen, die Wettbewerbsintensität auf ihrer Wertschöpfungsebene zu verringern. Dies kann z. B. geschehen, indem durch vertikale Beschränkungen Markteintrittsbarrieren auf der Händlerebene geschaffen werden.³⁴² Alternativ könnte es das Ziel der Händler sein, die Zahl der relevanten Wettbewerbsparameter zu verringern.³⁴³ Dadurch werden ihre Angebote gleichförmiger. Dies kann eine stillschweigende Koordinierung erleichtern.³⁴⁴ Findet der Wettbewerb zwischen den Händlern aufgrund vertikaler Beschränkungen z. B. nur noch über den Preis, aber nicht mehr über die Servicequalität statt, können sie sich leichter auf einem hohen nicht wettbewerblichen Preisniveau koordinieren, ohne bei dieser Koordination Qualitätsunterschiede zwischen ihren Serviceangeboten berücksichtigen zu müssen.³⁴⁵ Eine Durchsetzung vertikaler Beschränkungen durch Händler setzt jedoch voraus, dass einzelne Händler über ausreichende Nachfragemacht verfügen, um eine entsprechende Vertriebspolitik bei den Herstellern zu erzwingen, oder dass die Händler so organisiert sind, dass sie gemeinsam einen entsprechenden Verhandlungsdruck gegenüber den Herstellern aufbauen können.

286. Zusammengefasst spricht vieles dafür, dass Vereinbarungen zwischen Herstellern und Händlern, welche die Servicequalität betreffen, zumeist aus ökonomischer Sicht nicht nur unproblematisch sind, sondern durch die Sicherstellung der Qualität des Vertriebsnetzes den Wettbewerb stärken. Eindeutige Fälle von Wettbewerbsbehinderungen zeichnen sich in der Regel durch eine Koordinierung zwischen den Akteuren auf einer bestimmten Wertschöpfungsebene aus.

2.4.2 Ambivalente Wirkung der Ungleichbehandlung des Onlinehandels bei Großhandelspreisen

287. Auch eine Benachteiligung des Onlinehandels bei den Großhandelspreisen kann das bereits im vorangegangenen Abschnitt beschriebene Trittbrettfahrerproblem zwischen stationärem Handel und Onlinehandel adressieren. Die Europäische Kommission sieht dementsprechend in ihren neuen Leitlinien vor, dass sog. Doppelpreissysteme unter die gruppenweise Freistellung der Vertikal-GVO fallen, wenn die Preisunterschiede mit Unterschieden in den Kosten begründet werden können, die den Händlern auf der Einzelhandelsstufe in den jeweiligen Vertriebskanälen entstehen.³⁴⁶ Die Hersteller tragen in solchen Fällen zur Lösung des Trittbrettfahrerproblems bei, indem sie ihre zusätzlichen Erträge aus höheren Großhandelspreisen für den Onlinehandel dazu nutzen, die Serviceleistungen des stationären Handels mittels entsprechend niedrigerer Großhandelspreise zu subventionieren.

288. Soweit Preisunterschiede durch Kostenunterschiede begründet sind, sollte jedoch geprüft werden, ob diese Mehrkosten tatsächlich einer Aufrechterhaltung der Servicequalität des Vertriebsnetzes dienen. Situationen, in denen Hersteller effizientere Händler benachteiligen, sollten vermieden werden. Dies ist vor allem bei marktmächtigen Herstellern relevant. DeGraba (1990) zeigt, dass solche Unternehmen ihre Marktmacht dazu einsetzen können, effizienteren Händlern systematisch höhere Großhandelspreise aufzuerlegen.³⁴⁷ Auf diese Weise partizipiert das marktmächtige Unternehmen an der höheren Effizienz. Daraus resultiert ein negativer Gesamteffekt für den

³⁴¹ Iacobucci, E., Winter, R. A., European Law on Selective Distribution and Internet Sales: An Economic Perspective, *Antitrust LJ*, 81(1), 2016, 47-64, S. 61 f.

³⁴² Ebenda, vgl. Fn. 341, S. 62.

³⁴³ Buccirossi, P., Vertical restraints on e-commerce and selective distribution, *Journal of Competition Law & Economics*, 11(3), 2015, 747-773, S. 753.

³⁴⁴ Ivaldi, M., Jullien, B., Rey, P., Seabright, P., Tirole, J., The economics of tacit collusion, 2003, http://publications.ut-capitole.fr/1200/1/tacit_collusion.pdf, S. 45 f.

³⁴⁵ Buccirossi, P., Vertical restraints on e-commerce and selective distribution, a. a. O., vgl. Fn. 343, S. 753.

³⁴⁶ EU-Kommission, Approval of the content of a draft for a Communication from the Commission, Guidelines on vertical restraints, C (2022) 3006 final vom 10. Mai 2010, Tz. 209.

³⁴⁷ Die Nachfrage der effizienten Händler reagiert weniger elastisch auf Einkaufspreiserhöhungen. DeGraba, P., Input market price discrimination and the choice of technology, *The American Economic Review*, 80(5), 1990, 1246-1253, S. 1248.

Wettbewerb. Die Benachteiligung effizienter Händler wirkt sich langfristig negativ auf die Effizienz der gesamten Vertriebsstruktur aus, weil effiziente Händler durch höhere Großhandelspreise „bestraft“ werden.³⁴⁸ Dies ist auch nachteilig für Verbraucherinnen und Verbraucher, die dadurch langfristig höhere Preise zahlen.³⁴⁹ Diese Gefahr besteht jedoch nur in Situationen, in denen ein Hersteller über Marktmacht verfügt.³⁵⁰ Gibt es hingegen Wettbewerb zwischen Herstellern, dann verkehrt sich das Resultat ins Gegenteil. Im Wettbewerb stehende Hersteller benachteiligen eher kostenineffizientere Händler, um gegenüber konkurrierenden Herstellern wettbewerbsfähig zu sein.³⁵¹ Dies steigert langfristig die Effizienz der Vertriebsstruktur, sodass in diesem Fall die Ungleichbehandlung auch den Verbraucherinnen und Verbrauchern zugutekommt.³⁵²

289. Auch strukturelle Unterschiede zwischen Vertriebskanälen kommen als Grund für unterschiedliche Großhandelspreise infrage. So kann sich z. B. die Intensität des Wettbewerbs im Onlinehandel und im stationären Handel unterscheiden. Wählt ein Hersteller aus diesem Grund unterschiedliche Großhandelspreise, ist keineswegs klar, ob dies zum Nachteil der Verbraucherinnen und Verbraucher ist. Der Gesamteffekt einer Vereinheitlichung der Großhandelspreise kann sowohl negativ als auch positiv ausfallen.³⁵³ Werden z. B. Händler sowie Verbraucherinnen und Verbraucher, die den Onlinevertriebskanal nutzen, durch höhere Großhandelspreise benachteiligt, gilt es zu berücksichtigen, dass sie zugleich auf anderen Vertriebskanälen, wie dem stationären Handel, von niedrigeren Großhandelspreisen profitieren. Die Untersagung der Ungleichbehandlung durch eine Wettbewerbsbehörde wird typischerweise zu Großhandelspreisen führen, die ein gewichtetes Mittel zwischen diesen Preisen sind. Das heißt, dass jene Händler sowie Verbraucherinnen und Verbraucher bessergestellt werden, die zuvor durch höhere Großhandelspreise benachteiligt wurden. Zugleich werden aber auch jene Händler sowie Verbraucherinnen und Verbraucher schlechter gestellt, die zuvor von günstigen Großhandelspreisen profitierten. Welchem Effekt größere Bedeutung zukommt, hängt vom Einzelfall ab.

290. Zusammenfassend lässt sich sagen, dass auch eine Preisdiskriminierung auf Großhandelsebene insgesamt keineswegs nachteilig sein muss. Führt das Preissystem jedoch dazu, dass bestimmte Produkte online nicht mehr oder im Vergleich zum stationären Handel nur noch zu sehr schlechten Konditionen erhältlich sind, ist dies ein

³⁴⁸ DeGraba, P., Input market price discrimination and the choice of technology, *The American Economic Review*, 80(5), 1990, 1246-1253, S. 1249-1253.

³⁴⁹ Ebenda, vgl. Fn. 348, S. 1250. Der sich ebenfalls mit diesem Thema befassenden Studie von Yoshida (2000) ist hingegen nicht eindeutig zu entnehmen, ob die Verbraucherinnen und Verbraucher bei einer Preisdiskriminierung schlechter gestellt sind. In der Studie wird jedoch angenommen, dass nicht Händler, sondern Hersteller auf der nachgelagerten Wertschöpfungsebene aktiv sind und je nach Effizienz mehr oder weniger Output pro Input generieren. Das Resultat der Studie ist daher nicht auf Händler, die ein Gut weiterverkaufen, ohne es zu verarbeiten, anwendbar. Yoshida, Y., Third-degree price discrimination in input markets: output and welfare. *American Economic Review*, 90(1), 2000, 240-246.

³⁵⁰ Außerdem wird angenommen, dass der Hersteller lediglich Einkaufspreise für das Produkt festlegen kann. Verlangt er von den Händlern hingegen zusätzlich auch noch Pauschalentgelte, wie z. B. ein Franchise-Entgelt, die von der Einkaufsmenge unabhängig sind, kann sich das Resultat ins Gegenteil verkehren und der effizientere Händler erhält bessere Konditionen, sodass aufgrund der höheren Effizienz des Vertriebsnetzes die Verbraucherinnen und Verbraucher insgesamt bei einem Doppelpreissystem bessergestellt sein können. Inderst, R., Shaffer, G., Market power, price discrimination, and allocative efficiency in intermediate-goods markets. *The RAND Journal of Economics*, 40(4), 2009, 658-672; Herweg, F., Müller, D., Discriminatory nonlinear pricing, fixed costs, and welfare in intermediate-goods markets, *International Journal of Industrial Organization*, 46, 2016, 107-136.

³⁵¹ Inderst, R., Valletti, T., Price discrimination in input markets, *The RAND Journal of Economics*, 40(1), 2009, 1-19, S. 14.

³⁵² Das Unternehmen Liebherr, aus dem eingangs beschriebenen Fall, verfügt in einzelnen Marktsegmenten lediglich über moderate Anteile, daher ist eine marktmächtige Position unwahrscheinlich. Wären Unterschiede in der Kosteneffizienz der Händler für die Ungleichbehandlung in diesem Fall ausschlaggebend gewesen, wäre folglich eher eine Begünstigung statt einer Benachteiligung des Onlinehandels zu beobachten gewesen. In anderen Fällen jedoch, in denen Unternehmen über eine marktmächtige Position verfügen, könnte eine preisliche Benachteiligung des Onlinehandels auf ein Ausnutzen dieser Position hindeuten. Eine Benachteiligung über nicht monetäre vertikale Beschränkungen ließe sich so indes auch in diesen Fällen nicht erklären, weil der Hersteller über diese Instrumente keinen zusätzlichen Gewinn bei den effizienteren Händlern abschöpfen kann.

³⁵³ Siehe dazu Miklós-Thal, J., Shaffer, G., Input price discrimination by resale market. *The RAND Journal of Economics*, 52(4), 2021, 727-757; und Arya, A., Mittendorf, B., Input price discrimination when buyers operate in multiple markets, *The Journal of Industrial Economics*, 58(4), 2010, 846-867, S. 858 f.

starkes Indiz für eine summarische Benachteiligung der Verbraucherinnen und Verbraucher und für eine Behinderung des Wettbewerbs. Im eingangs beschriebenen Liebherr-Fall ist das Bundeskartellamt z. B. zu dem Schluss gelangt, dass die Ausgestaltung des Rabattsystems für Onlinehändler dazu geeignet sei, den Onlinevertrieb für Händler wirtschaftlich unattraktiv zu machen.³⁵⁴ Das tatsächliche Vorliegen dieses Effektes wurde vom Bundeskartellamt nicht vertieft geprüft, da sich Liebherr bereit erklärte, seine Vertriebsbedingungen anzupassen.

2.4.3 Wettbewerbsrechtliche Eingriffe nur bei erheblicher Einschränkung des Onlinevertriebs

291. In der Vergangenheit erwirkte das Bundeskartellamt auf Grundlage der alten Vertikal-Leitlinien bei mehreren Unternehmen Änderungen in Rabattsystemen, die eine unterschiedliche Behandlung von Onlineverkäufen und Verkäufen im stationären Handel vorsahen.³⁵⁵ Dies betraf etwa Dornbracht³⁵⁶, Gardena³⁵⁷, BSH³⁵⁸ und Lego³⁵⁹. Eine gerichtliche Prüfung erfolgte in keinem der genannten Fälle.³⁶⁰ Der Fall vom April 2021 bezüglich des Rabattsystems von Liebherr stellt eine Fortsetzung dieser bisherigen Praxis des Bundeskartellamtes dar. Da die Europäische Kommission ihren Entwurf der neuen Vertikal-Leitlinien zu einem späteren Zeitpunkt am 9. Juli 2021 veröffentlicht hat, konnte das Bundeskartellamt die Änderungen bei der Auslegung der Vertikal-GVO noch nicht berücksichtigen.³⁶¹ Wie bereits in Tz. 287 erwähnt, fallen laut der neuen Vertikal-Leitlinien Doppelpreissysteme explizit nicht unter die Kernbeschränkungen gemäß Art. 4 lit. b-d Vertikal-GVO, sofern die Preisunterschiede mit Unterschieden in den Kosten begründet werden können, die den Händlern auf der Einzelhandelsstufe in den jeweiligen Vertriebskanälen entstehen.³⁶² Die Europäische Kommission äußert sich nicht dazu, ob Preisunterschiede durch andere effizienzsteigernde Auswirkungen gerechtfertigt werden können. Auch eine Auferlegung spezifischer Anforderungen an den Onlinehandel, die von jenen an den Offline-Handel abweichen, zählt nach Auffassung der Europäischen Kommission nicht länger zu den Kernbeschränkungen.³⁶³ Eine Kernbeschränkung liegt aber gemäß Art. 4 lit. e Vertikal-GVO vor, sofern ein Hersteller den Onlineverkauf verbietet oder Beschränkungen auferlegt, die einen Verkauf über das Internet effektiv verhindern.³⁶⁴

292. Indem eine Benachteiligung des Onlinehandels gegenüber dem stationären Handel von der Europäischen Kommission als in bestimmten Fällen legitim anerkannt wird, orientiert sie sich am aktuellen Stand der wirtschaftswissenschaftlichen Forschung. Auf diese Weise können Hersteller die Servicequalität ihrer Vertriebsnetze

³⁵⁴ BKartA, Bundeskartellamt sichert Chancengleichheit des Online-Handels beim neuen Liebherr-Vertriebsmodell, a. a. O.

³⁵⁵ Bien, F., Bernhard, J., More interchannel competition please! – Zur Neubewertung von Doppelpreissystemen im Entwurf der Vertikal-Leitlinien, NZKart, 2021, 641 – 643, S. 641.

³⁵⁶ BKartA, B5-100/10, Fallbericht - Bundeskartellamt stellt sicher: Hochwertige Sanitärarmaturen im Internet erhältlich, 13. Dezember 2011.

³⁵⁷ BKartA, B5-144/13, Fallbericht - Bundeskartellamt erwirkt Änderung des Händler-Rabattsystems bei GARDENA, 5. Dezember 2013.

³⁵⁸ BKartA, B7-11/13, Fallbericht - Rabattsystem der Bosch Siemens Hausgeräte GmbH, 23. Dezember 2013.

³⁵⁹ BKartA, Lego passt Rabattsystem an. Künftig fairere Bedingungen für Onlinehandel, Pressemitteilung, 18. Juli 2016, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2016/18_07_2016_Lego.html, Abruf am 28. Juni 2022.

³⁶⁰ Bien, F., Bernhard, J., More interchannel competition please! – Zur Neubewertung von Doppelpreissystemen im Entwurf der Vertikal-Leitlinien, a. a. O., vgl. Fn. 355, S. 641.

³⁶¹ EU-Kommission, Antitrust: Commission invites interested parties to provide comments on draft revised Vertical Block Exemption Regulation and Vertical Guidelines, 9. Juli 2021, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_3561 I, Abruf am 28. Juni 2022.

³⁶² EU-Kommission, Approval of the content of a draft for a Communication from the Commission, Guidelines on vertical restraints, C (2022) 3006 final vom 10. Mai 2022, Tz. 209.

³⁶³ Ebenda, vgl. Fn. 362, Tz. 208, Tz. 235.

³⁶⁴ Ebenda, vgl. Fn. 362, Tz. 206.

sichern und verbessern. Das Bundeskartellamt sollte die Änderung der Vertikal-GVO und der Vertikal-Leitlinien³⁶⁵ durch die Europäische Kommission zum Anlass nehmen, seine bisherige Praxis in Bezug auf die Benachteiligung von Onlinehändlern durch Hersteller anzupassen. Aus Art. 4 lit. e Vertikal-GVO folgt, dass vertikale Vereinbarungen im Zusammenhang mit dem Onlinevertrieb nunmehr lediglich dann eine Kernbeschränkung im Sinne des Art. 4 lit. b-d Vertikal-GVO darstellen, wenn die wirksame Nutzung des Internets verhindert wird.³⁶⁶ Das Bundeskartellamt sollte deshalb im Zusammenhang mit den in dem Fall Liebherr in Rede stehenden Vereinbarungen (Doppelpreissysteme und Anforderungen an die Servicequalität) nur dann von einer Verhinderung der wirksamen Nutzung des Internets ausgehen, 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.

293. Es ist auch in Fällen, in denen eine Ungleichbehandlung nicht auf Kostenunterschiede zurückzuführen ist, nicht gänzlich unwahrscheinlich, dass z. B. ein Doppelpreissystem effizienzsteigernd ist. Liegen die Ursachen für eine Ungleichbehandlung z. B. in unterschiedlichen Wettbewerbssituationen auf den einzelnen Vertriebskanälen, so führt eine Vereinheitlichung des Großhandelspreises typischerweise dazu, dass einige Verbraucherinnen und Verbraucher profitieren, während andere höhere Preise zahlen müssen.

2.4.4 Wettbewerbsrechtliche Eingriffe bei Vereinbarungen zum Onlinevertrieb nur bei wesentlichen Nachteilen für Verbraucherinnen und Verbraucher

294. Die Analyse hat gezeigt, dass die wettbewerbliche Wirkung von Vertriebsvereinbarungen zwischen Herstellern und Händlern komplex ist. In der Regel dienen solche Vereinbarungen dazu, die Servicequalität von Vertriebsnetzwerken zu sichern oder zu fördern. Sie können folglich Teil eines funktionsfähigen Wettbewerbs sein. In Einzelfällen können sie jedoch zur Behinderung des Wettbewerbs eingesetzt werden oder eine solche Wirkung haben. Gründe für eine Benachteiligung des Onlinehandels bei Vereinbarungen zwischen Herstellern und Händlern können besondere Kundenbedürfnisse auf diesem Vertriebskanal, aber auch der Erhalt des stationären Handels als alternativer Vertriebskanal sein. In beiden Fällen wirken diese Vereinbarungen zumeist im Sinne des Wettbewerbs. Auch strukturelle Unterschiede der Vertriebskanäle, z. B. in Bezug auf die Wettbewerbssituation, können ursächlich für eine Ungleichbehandlung sein. Klar wettbewerbsbehindernd wirken Vereinbarungen zwischen Herstellern und Händlern vor allem, wenn sie koordiniert durch eine wesentliche Anzahl von Akteuren erwirkt werden, die auf derselben Wertschöpfungsebene aktiv sind. Auch wenn marktmächtige Unternehmen Onlinehändler und stationäre Händler ungleich behandeln, behindert dies mit hoher Wahrscheinlichkeit den Wettbewerb.

295. Die Monopolkommission empfiehlt daher, dass das Bundeskartellamt die Änderung der Vertikal-GVO und der Vertikal-Leitlinien zum Anlass nimmt, seine bisherige Praxis im Hinblick auf Vertriebsverträge von Herstellern, die eine Benachteiligung des Onlinehandels gegenüber dem stationären Handel vorsehen, anzupassen. Insbesondere sollte bei Vereinbarungen, wie sie in dem Fall Liebherr in Rede stehen (Doppelpreissysteme und Anforderungen an die Servicequalität), nur dann von einer Verhinderung der wirksamen Nutzung des Internets zum Verkauf 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.

³⁶⁵ Verwaltungsvorschriften der Europäischen Kommission (Leitlinien, Mitteilungen etc.) sind grundsätzlich nicht allgemein verbindlich, sondern sie bewirken lediglich eine Selbstbindung der Behörde. Den Vertikal-Leitlinien kommt aber insofern eine besondere Bedeutung zu, als die Europäische Kommission in ihnen Ausführungen zu einem von ihr selbst erlassenen Gesetz – der Vertikal-GVO – macht. Die Vertikal-Leitlinien stellen deshalb eine wichtige Auslegungshilfe für das Verständnis der Regelungen der Vertikal-GVO dar und lassen sich mit einer Gesetzesbegründung vergleichen; vgl. Schultze, J.-M./Pautke, S./Wagener, D., Vertikal-GVO, 4. Auflage, Frankfurt am Main, 2019, Tz. 26 ff., die wegen des Bezugs zur Vertikal-GVO sogar von einer „quasi-gesetzlichen“ Rechtsnatur der Vertikal-Leitlinien ausgehen. Auch mit Blick auf eine unionsweit einheitliche Anwendung der Vertikal-GVO erscheint es naheliegend, dass sich die Gerichte und Behörden der Mitgliedstaaten an dem Inhalt der Vertikal-Leitlinien orientieren.

³⁶⁶ Dazu bereits Tz. 277.

2.5 Reformbedarf bei der zivilrechtlichen Privilegierung von Kronzeugen

296. Im Rahmen eines Kronzeugenprogramms bei Kartellverfahren kann beteiligten Unternehmen die Geldbuße ermäßigt oder vollständig erlassen werden, wenn sie bei einer Aufdeckung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens entscheidend beitragen. Kronzeugenprogramme finden seit Jahrzehnten in der ganzen Welt Anwendung und sind von maßgeblicher Bedeutung, denn – wie das Bundeskartellamt betont – Kartellabsprachen können „*typischerweise nur von innen heraus*“ aufgedeckt werden.³⁶⁷ Allerdings gehen die Kronzeugenanträge in den letzten Jahren nicht nur in Deutschland, sondern weltweit zurück.³⁶⁸ Vor diesem Hintergrund wird sowohl in der Literatur als auch in der Praxis über die Ursachen diskutiert und über Möglichkeiten, die Zahl der Kronzeugenanträge zu steigern. In diesem Zusammenhang hat das Ministerium für Wirtschaft und Klimaschutz in seiner wettbewerbspolitischen Agenda bis 2025 als Ziel die Stärkung der Kartellverfolgung „*durch eine Initiative zum besseren Schutz von Kronzeugen und zur Reform der EU-Kartellschadensersatzrichtlinie*“ gesetzt.³⁶⁹ In Anbetracht der wichtigen Rolle der Kronzeugenregelung für die Aufdeckung und Verfolgung von illegalen Kartellen befasst sich die Monopolkommission in diesem Kapitel mit der Frage, ob es geboten scheint, die Attraktivität der Kronzeugenregelung weiter zu steigern und wie betreffende Regelungen entsprechend angepasst werden könnten.

2.5.1 Überblick über die Rechtslage zur Kronzeugenregelung

297. Kartelle sind gemäß § 1 GWB und Artikel 101 AEUV verboten. Entsprechend versuchen Unternehmen, sich einer Aufdeckung durch Wettbewerbsbehörden zu entziehen. Zur Kartellaufdeckung haben sich daher Kronzeugenprogramme auf der ganzen Welt als besonders effizient erwiesen.³⁷⁰ Das Bundeskartellamt hat als eine der ersten europäischen Wettbewerbsbehörden schon im Jahr 2000 nach europäischem Vorbild entsprechende allgemeine Verwaltungsgrundsätze erlassen (sog. „Bonusregelung“) und 2006 überarbeitet.³⁷¹ Mit der 10. GWB-Novelle wurde das Kronzeugenprogramm gemäß der Vorgaben der ECNplus-Richtlinie (2019/1/EU) in den §§ 81h–81n GWB auch gesetzlich verankert. Somit konnte die Bonusregelung mit Inkrafttreten dieser Vorschriften zum 19. Januar 2021 aufgehoben werden.

298. Verstoßen Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen gegen das Kartellrecht, so können gegen sie Geldbußen in Höhe von bis zu zehn Prozent ihres Jahresumsatzes verhängt werden.³⁷² Im Rahmen des Kronzeugenprogramms werden den Kartellbeteiligten Anreize gegeben, das Kartell zu verlassen. Die Voraussetzungen für eine Kronzeugenbehandlung und einen Erlass der Geldbuße werden in den §§ 81j und 81k GWB bestimmt. Insbesondere wird demjenigen Kartellbeteiligten keine Geldbuße auferlegt, der unter anderem als Erster Beweismittel zur Verfügung stellt, welche die Wettbewerbsbehörde zu dem Zeitpunkt, zu dem sie den Kronzeugenantrag erhält, erstmals in die Lage versetzen, einen Durchsuchungsbeschluss zu erwirken. Zudem muss der Kronzeuge dauerhaft

³⁶⁷ BKartA, Neue Leitlinien des Bundeskartellamtes zum Kronzeugenprogramm und zur Bußgeldzumessung, Pressemitteilung, 11. Oktober 2021.

³⁶⁸ OECD, Competition Trends 2022, 23. Februar 2022, S. 46 f., <https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-competition-trends-2022.pdf>, Abruf am 28. Februar 2022.

³⁶⁹ BMWK, 10 Punkte für nachhaltigen Wettbewerb als Grundpfeiler der sozial-ökologischen Marktwirtschaft, S. 5, <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/0-9/10-punkte-papier-wettbewerbsrecht.pdf>, Abruf am 25. Februar 2022.

³⁷⁰ Vgl. OECD, a. a. O., vgl. Fn. 368. Laut OECD Angaben wurden im Jahre 2020 in insgesamt 63 Jurisdiktionen der sogenannten OECD CompStats Datenbank Kronzeugenprogramme aktiv eingesetzt. Das erste Kronzeugenprogramm von den zur OECD CompStats Datenbank gehörenden Jursidiktionen wurde erst 1978 eingeführt, wobei die meisten Kronzeugenprogramme wurden zwischen 2000 und 2020 eingesetzt.

³⁷¹ BKartA, Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen – Bonusregelung – vom 7. März 2006.

³⁷² BKartA, Merkblatt über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen für Kartellbeteiligte: Kronzeugenprogramm, S. 1, <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Merkbl%C3%A4tter/Merkblatt%20-%20Kronzeugenprogramm.html>, Abruf am 20. März 2022.

und uneingeschränkt mit der Wettbewerbsbehörde zusammenarbeiten.³⁷³ Ein Erlass der Geldbuße kommt gemäß § 81k Abs. 3 GWB dann nicht infrage, wenn der Kartellbeteiligte versucht hat, andere zur Beteiligung am und zum Verbleib im Kartell zu zwingen.

2.5.2 Instrumente zur Aufdeckung von Kartellen und Unerlässlichkeit der Kronzeugenregelung

299. Neben Kronzeugenprogrammen gibt es auch andere Quellen, über die ein Anfangsverdacht bei Kartellverfahren entstehen kann. Als hilfreich haben sich z. B. anonyme Hinweisgebersysteme erwiesen, über die Dritte oder Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der betreffenden Unternehmen zur Wettbewerbsbehörde Kontakt aufnehmen können.³⁷⁴ Das dafür notwendige digitale System wurde im Jahr 2012 eingeführt und wird von einem externen Dienstleister betrieben, der eine vertrauensvolle und – soweit gewünscht – auch anonyme Übermittlung von Hinweisen, sowie eine weitergehende Kommunikation mit dem Hinweisgeber über einen elektronischen Briefkasten ermöglicht.³⁷⁵ Mit Hilfe von Informationen, die über das Hinweisgebersystem eingereicht wurden, hat das Bundeskartellamt seit 2012 in vielen Fällen Ermittlungen eingeleitet, Durchsuchungen durchgeführt und bei Verstößen Bußgelder verhängt.³⁷⁶

300. Darüber hinaus stellt der Informationsaustausch mit Landeskartellbehörden, Gerichten, Vergabestellen und Staatsanwaltschaften eine weitere bedeutende Quelle dar, die zur Kartellaufdeckung beitragen kann. Auch auf europäischer und globaler Ebene kann eine Zusammenarbeit für die Informationsgewinnung sinnvoll sein. Ferner wendet das Bundeskartellamt sog. Screening-Methoden an.³⁷⁷ Hier werden öffentlich verfügbare Daten und Informationsquellen für die Kartellaufdeckung genutzt. Dieses Vorgehen eignet sich jedoch in der Regel nicht für die Generierung eines Erstverdachts, sondern wird genutzt, wenn es bereits erste Hinweise durch einen Kronzeugen oder Hinweisgeber gibt.³⁷⁸ Eine manuelle verdachtsunabhängige flächendeckende Überwachung von Märkten mittels Screening scheint hingegen als Instrument der Kartellaufdeckung ungeeignet. Dies gilt vor allem mit Blick auf die effiziente Verwendung von Personalressourcen.

301. Möglichkeiten zur Automatisierung einer Überwachung von Märkten mittels künstlicher Intelligenz (KI) stehen derzeit noch in den Anfängen.³⁷⁹ Mittelfristig ist fraglich, ob solche Methoden großflächig zur Identifikation von Kartellen genutzt werden können. Eine Voraussetzung wäre das Vorhandensein geeigneter Datensätze, mit denen eine KI „lernen“ kann, welche Eigenschaften oder Verhaltensweisen einen Markt auszeichnen, auf dem ein Kartell existiert. Insbesondere bedarf es großer Mengen von Daten, die Stichproben mit und ohne Kartell beinhalten.³⁸⁰ Eine mit diesen Daten trainierte KI könnte dann auf Märkten mit hinreichend homogenen Eigenschaften eingesetzt werden. Dass ein sektorübergreifender Einsatz möglich ist, darf hingegen bezweifelt werden. Es ist anzunehmen, dass ein Kartell im Bereich Brauereiwesen andere Muster aufweist, als ein Kartell im Bereich Zement.

³⁷³ BKartA, Merkblatt über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen für Kartellbeteiligte, a. a. O., vgl. Fn. 372, S. 1.

³⁷⁴ BKartA, Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 2019/2020, a. a. O., vgl. Fn. 104, S. 43.

³⁷⁵ Ebenda, vgl. Fn. 104, S. 43.

³⁷⁶ Laut Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes sind im Berichtszeitraum 2019-2020 insgesamt über 680 Meldungen über das Hinweisgebersystem eingegangen. Ebenda, vgl. Fn. 104, S. 43.

³⁷⁷ Ebenda, vgl. Fn. 104, S. 43.

³⁷⁸ Ebenda, vgl. Fn. 104, S. 43.

³⁷⁹ In ihrem XXII. Hauptgutachten hat die Monopolkommission sich bereits eingehend mit einer möglichen Rolle von Algorithmen bei der Bildung von Kartellen auseinandergesetzt. Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 45, Tz. 172 ff.

³⁸⁰ Abrantes-Metz, R. M., & Metz, A., Can Machine Learning Aide in Cartel Detection?, 2018, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3291633, S. 3; Linde, H., Künstliche Intelligenz: Wie sich Deep Learning vom Gehirn unterscheidet, 2022, S. 4, <https://www.golem.de/news/kuenstliche-intelligenz-wie-sich-deep-learning-vom-gehirn-unterscheidet-2202-162231.html>, Abruf am 20. März 2022.

Aus diesem Grund wurden KIs bisher nur zur Identifikation von Kartellen in spezifischen Bereichen getestet, die sich durch eine hohe Standardisierung auszeichneten.³⁸¹

302. Ein solcher Bereich sind Vergabeverfahren. Die standardisierten Abläufe bei solchen Verfahren führen zu einer hohen Datenqualität, durch die Muster klarer identifizierbar sind. Da Vergabeverfahren außerdem häufig regelmäßig durchgeführt werden, stehen oftmals Daten aus vergangenen Vergabeverfahren zur Verfügung, die eine gute Basis bilden, um eine KI zu trainieren. Allerdings ist auch bei Vergabeverfahren eine KI nur eingeschränkt kontextübergreifend einsetzbar. Bereits Länderunterschiede können sich z. B. auf die Präzision der Analyse auswirken.³⁸² Eine trainierte KI kann daher nicht ohne Weiteres in unterschiedlichen Vergabekontexten angewandt werden. Fraglich ist auch, ob eine öffentlich bekannte automatische Überwachung von Vergabeverfahren zu grundlegenden Verhaltensanpassungen aufseiten der Kartellanten führt. Die auf historische Daten angewiesenen KIs sind gegenüber solchen Änderungen möglicherweise nicht robust und könnten in der Folge Kartelle möglicherweise bereits nach kurzer Zeit nicht mehr mit hinreichender Zuverlässigkeit identifizieren. Zudem kann das Bundeskartellamt selbst einen Anfangsverdacht mittels solch eines Instrumentes nur generieren, wenn es Vergabeverfahren verdachtsunabhängig überwachen würde. Dies wäre mit der Herausforderung verbunden, dass die notwendigen Daten aus den Vergabeverfahren dem Bundeskartellamt zugänglich gemacht werden müssten. Um den Verwaltungsaufwand zu reduzieren, scheinen dezentrale Lösungen praktikabler, bei denen die Vergabeverfahren vorrangig durch den jeweiligen Auftraggeber oder einen von ihm beauftragten Dienstleister geprüft werden. Es ist zu erwarten, dass Vergabestellen, die durch Kartelle hohe Schäden erleiden, bereits aus Eigeninteresse entsprechende Instrumente zur Kartellaufdeckung nutzen werden, sobald eine gewisse Marktreife solcher Lösungen erreicht ist. Entsprechend hat die Deutsche Bahn im Dezember des Jahres 2020 z. B. angekündigt, bei ihren Vergaben eine KI zur Aufdeckung von Kartellen einzusetzen.³⁸³

303. Ein anderer Markt, in dem das Bundeskartellamt bereits über Daten verfügt, ist der Tankstellenmarkt. Hier wurde in einer Forschungsarbeit mit brasilianischen Daten eine KI erfolgreich zur Identifizierung von regionalen Kartellen getestet.³⁸⁴ An diesem Beispiel zeigt sich jedoch ein weiteres Problem, das den Einsatz einer KI erschweren kann. Obwohl in Deutschland umfangreiche und detaillierte Daten zu Preisänderungen in diesem Markt existieren, könnte eine KI mit den hiesigen Daten nicht für die Erkennung eines Kartells trainiert werden, da in Deutschland bisher kein Kartell im Bereich Tankstellen aufgedeckt wurde und folglich für das Training die Information fehlt, welche Eigenschaften einen Markt auszeichnen würden, auf dem ein solches Kartell aktiv ist. Ob ersatzweise eine mit internationalen Daten trainierte KI geeignet wäre, scheint angesichts nationaler regulatorischer Besonderheiten fraglich.

304. Aus den genannten Gründen wird, wie auch das Bundeskartellamt ausdrücklich betont, die Kronzeugenregelung auf absehbare Zeit ein wichtiges Instrument zur Kartellaufdeckung bleiben.³⁸⁵ Derzeit wird jedes zweite Kar-

³⁸¹ Huber, M., Imhof, D., Machine learning with screens for detecting bid-rigging cartels, *International Journal of Industrial Organization*, 65, 2019, 277-301; Huber, M., Imhof, D., Deep learning for detecting bid rigging: Flagging cartel participants based on convolutional neural networks, 2021, arXiv:2104.11142; Rabuzin, K., Modrusan, N., Prediction of Public Procurement Corruption Indices using Machine Learning Methods, *KMIS*, 2019, 333-340; Ralha, C. G., Silva, C. V. S. A multi-agent data mining system for cartel detection in Brazilian government procurement, *Expert Systems with Applications*, 39(14), 2012, 11642-11656; Silveira, D., Vasconcelos, S., Resende, M., Cajueiro, D. O., Won't get fooled again: A supervised machine learning approach for screening gasoline cartels, *Energy Economics*, 105, 2022, Article 105711.

³⁸² Huber, M., Imhof, D., Deep learning for detecting bid rigging: Flagging cartel participants based on convolutional neural networks, a. a. O., vgl. Fn. 381, S. 13 f.

³⁸³ Balser, M., Algorithmen: Wie die Bahn Jagd auf Kartelle macht, *Süddeutsche Zeitung*, 14. Dezember 2020.

³⁸⁴ Silveira, D., Vasconcelos, S., Resende, M., Cajueiro, D. O., Won't get fooled again: A supervised machine learning approach for screening gasoline cartels, a. a. O., vgl. Fn. 381,.

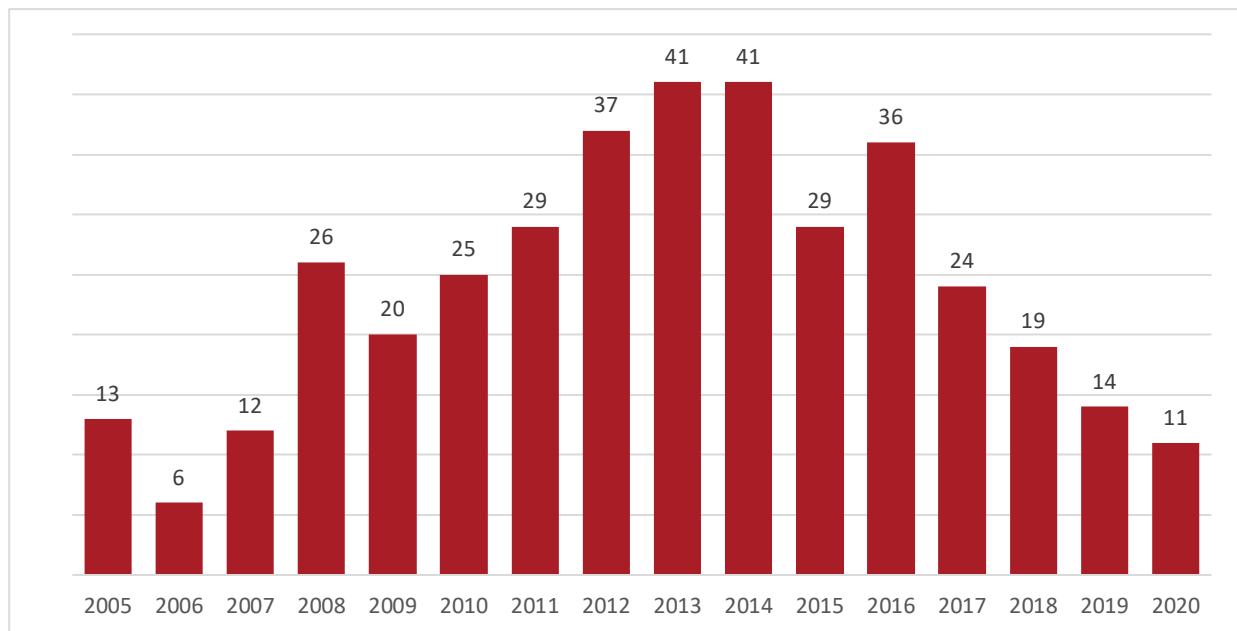
³⁸⁵ BKartA, Kronzeugen decken jedes zweite Kartell auf, 18. Januar 2020, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Interviews/DE/2020/200118_Funke%20Mediengruppe.html, Abruf am 28. Juni 2022.

tell durch kartellbeteiligte Unternehmen aufgedeckt, denen auf Basis ihrer Hinweise die Geldbuße erlassen werden kann.³⁸⁶

2.5.3 Entwicklung der Zahl der Kronzeugenanträge

305. Gemäß den Angaben des Bundeskartellamtes ist die Zahl der Bonusanträge im Zeitraum zwischen 2005 und 2013 nahezu kontinuierlich gestiegen. Der Höhepunkt wurde in den Jahren 2013 und 2014 erreicht, in denen die Anträge jeweils 41 Fälle betrafen. Seitdem sind die Zahlen wieder rückläufig.

Abbildung II.3: Anzahl der Fälle, in denen Bonusanträge gestellt wurden



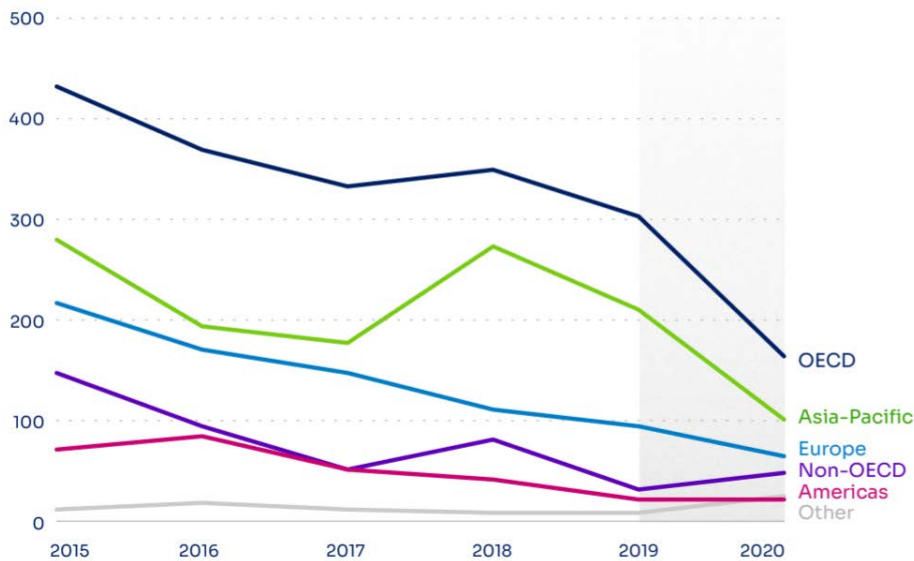
Quelle: Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 2019/2020, BT-Drs. 19/30775, 16. Juni 2021, S. 39.

306. Ein Rückgang der Bonus- / Kronzeugenanträge ist nicht nur beim Bundeskartellamt, sondern auch bei anderen Wettbewerbsbehörden des European Competition Network und des International Competition Network zu beobachten. Nach dem Bericht der Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) über Wettbewerbstendenzen, der Daten aus 73 Ländern umfasst, gab es im Jahr 2015 insgesamt 577 Kronzeugenanträge in den Ländern, die über eine Kronzeugenregelung verfügen.³⁸⁷ Diese Zahl ist im Jahr 2020 auf 210 Kronzeugenanträge gesunken, obwohl mehrere Länder in diesem Zeitraum ein Kronzeugenprogramm begannen.³⁸⁸

³⁸⁶ BKartA, Kronzeugen decken jedes zweite Kartell auf, a. a. O., vgl. Fn. 385.

³⁸⁷ OECD, a. a. O., vgl. Fn. 368, S. 12.

³⁸⁸ Ebenda, vgl. Fn. 368, S. 12.

Abbildung II.4: Anzahl der Kronzeugenanträge 2015 - 2020

Die Abbildung umfasst 48 Länder, die für alle sechs Jahre der OECD vollständige Daten zu Kronzeugenanträgen vorgelegt haben und in denen ein Kronzeugenprogramm in Kraft ist. OECD, Competition Trends 2022, 23. Februar 2022, S. 46, abrufbar unter <https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-competition-trends-2022.pdf>, Abruf am 28. Februar 2022.

2.5.4 Mögliche Ursachen für eine rückläufige Anzahl von Kronzeugenanträgen

307. Sowohl das Bundeskartellamt als auch die Europäische Kommission haben sich aufgrund der rückläufigen Zahl der Kronzeugenanträge besorgt gezeigt. Das Bundeskartellamt vermutet einen Zusammenhang mit der im Jahr 2014 verabschiedeten EU-Kartellschadensersatzrichtlinie 2014/104/EU, die im Zuge der 9. GWB-Novelle im Jahr 2017 in deutsches Recht umgesetzt wurde.³⁸⁹ Diese erzeuge Ungewissheit bei potenziellen Kronzeugen, da ihnen bei einer Kartellaufdeckung die Geltendmachung von Kartellschadensersatzansprüchen durch (mutmaßlich) Geschädigte droht.³⁹⁰ Ähnlich sieht es die Europäische Kommission, die darauf verweist, dass die gesteigerte Kartellschadensersatzaktivität einen Einfluss auf die Attraktivität der Kronzeugenregelung haben könne, sowie die OECD, die international beobachtet hat, dass die Einführung oder Verschärfung von Kartellschadensersatzrichtlinien typischerweise zu Rückgängen bei den Kronzeugenanträgen in den nachfolgenden Jahren führt.³⁹¹ Gegenüber der Monopolkommission weist die Europäische Kommission zusätzlich darauf hin, dass nicht nur die EU-Kartellschadensersatzrichtlinie von Bedeutung sei. Global aktive Kartellbeteiligte würden, sobald sie ein Kartell als Kronzeuge aufdecken, auch mit rechtlichen Risiken in Jurisdiktionen außerhalb der Europäischen Union konfrontiert. Dies könne sie von einem Kronzeugenantrag abhalten. Daher sei der Ausbau der Zusammenarbeit zwischen Wettbewerbsbehörden nicht nur auf europäischer, sondern auch auf globaler Ebene ein wichtiger Aspekt.

308. Neben einer höheren rechtlichen Unsicherheit, unter anderem durch die EU-Kartellschadensersatzrichtlinie, kommen weitere Ursachen für den Rückgang der Kronzeugenanträge infrage. Denkbar ist z. B. auch, dass die Kartellrechtsdurchsetzung effektiver geworden ist und daher derzeit weniger Kartelle als in der Vergangenheit gebildet werden. Folgt man Miller (2009), so zeigt sich nach der Einführung einer Kronzeugenregelung typischerweise zunächst ein Anstieg bei der Zahl der gemeldeten Fälle, weil einige der bestehenden Kartelle durch die Regelung destabilisiert werden.³⁹² Anschließend nimmt die Fallzahl jedoch ab, weil viele der Kartelle, die potenziell gemel-

³⁸⁹ Parr, BKartA head says immunity from follow-on actions for leniency applicants remains on the agenda – Georgetown 2021, <https://app.parr-global.com/intelligence/view/intelcms-jbrjf3>, Abruf am 25. März 2022; Parr, EC in 'regular discussions' on leniency attractiveness, <https://app.parr-global.com/intelligence/view/intelcms-jqss7v>, Abruf am 15. März 2022.

³⁹⁰ Anger, H., Warum Kartellamtschef Mundt das Kronzeugenprogramm ausweiten will, Handelsblatt, 10 Januar 2022.

³⁹¹ Parr, a. a. O., vgl. Fn. 389; OECD, a. a. O., vgl. Fn. 368, S. 47.

³⁹² Miller, N. H., Strategic leniency and cartel enforcement, American Economic Review, 99(3), 2009, 750-768, S. 752.

det werden würden, unter der neuen Regelung so instabil wären, dass sie gar nicht erst gebildet werden.³⁹³ Eine abnehmende Fallzahl kann also ein Indiz dafür sein, dass z. B. die Kronzeugenregelung wie gewünscht präventiv gegen die Kartellbildung wirkt. In diesem Sinne könnte ein Rückgang der Kronzeugenanträge sogar dafür sprechen, dass die EU-Kartellschadensersatzrichtlinie die Kartellrechtsdurchsetzung weiter effektiviert hat. Dafür spricht, dass aus Sicht potenzieller Kartellmitglieder die Schadensersatzforderungen zunächst wie eine Erhöhung der Bußgeldzahlungen wirkt. Ein Kartell zu bilden, ist bei höheren erwarteten Zahlungen in dem Fall der Aufdeckung grundsätzlich weniger attraktiv,³⁹⁴ egal ob diese Zahlungen aufgrund einer Geldbuße oder durch Schadensersatzklagen anfallen. Der vom Bundeskartellamt in den Vordergrund gerückte Effekt, dass Kronzeugen möglicherweise von Kronzeugenanträgen absehen, weil sie Schadensersatzforderungen fürchten, wirkt hingegen primär auf die Stabilität von bestehenden Kartellen, weil der Anreiz, solche Kartelle zu melden, geringer ist. Kombiniert man diese Überlegungen, dann hat die EU-Kartellschadensersatzrichtlinie möglicherweise die Zahl der gebildeten Kartelle reduziert, auf die dennoch gebildeten Kartelle jedoch stabilisierend gewirkt.³⁹⁵ Beide Effekte würden zu einer Reduzierung der Kronzeugenanträge führen.

309. Ein Indiz für eine gestiegene Sensibilität der Unternehmen gegenüber möglichen finanziellen Belastungen aus Kartellrechtsverstößen durch Bußgelder und Schadensersatzforderungen ist möglicherweise, dass in den letzten Jahren das Thema Compliance – d. h. die Sicherstellung der Einhaltung von Gesetzen und Regeln – im Bereich Kartellverstöße an Bedeutung gewonnen hat.³⁹⁶ In diesem Rahmen nehmen Unternehmen interne Prüfungen vor und lassen ihre Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter entsprechend schulen.³⁹⁷ Sie bewirken dadurch eine Sensibilisierung ihrer Beschäftigten im Hinblick auf kartellrechtswidriges Verhalten.³⁹⁸ Dies könnte zu einem allgemeinen Rückgang bei der Kartellbildung und in der Folge zu weniger Kronzeugenanträgen beigetragen haben. Daneben kommt ab dem Jahr 2020 auch die Covid-19-Pandemie als Einflussfaktor infrage, sofern sie die persönliche Kommunikation zwischen Wettbewerbsunternehmen – etwa durch Absagen von Messen oder gemeinsamen Treffen – erschwert haben sollte. Einflüsse der Pandemie auf die Kartellbildung selbst dürften jedoch erst zu einem späteren Zeitpunkt beobachtbar sein, da Kartelle üblicherweise einige Jahre bestehen, bevor sie aufgedeckt werden. Zudem könnte sich die allgemeine wirtschaftliche Belastung der Wettbewerbsunternehmen auf die Meldebereitschaft ausgewirkt haben.

310. Abschließend prüfen lässt sich der mögliche Einfluss der genannten Faktoren nicht, da die Zahl der nicht aufgedeckten Kartelle naturgemäß unbekannt ist und daher nicht beurteilt werden kann, ob generell weniger Kartelle als in der Vergangenheit gebildet werden. Auffällig ist jedoch, wie die OECD in einer Analyse beschreibt, dass die Zahl der Kronzeugenanträge weltweit zurückgegangen ist, also auch in Ländern außerhalb der EU, in denen es keine substantiellen Änderungen bei den Schadensersatzregelungen gegeben hat.³⁹⁹ Es ist daher unwahrscheinlich, dass hier die alleinige Ursache für einen Rückgang der Kronzeugenanträge in Deutschland liegt.

³⁹³ Miller, N. H., a. a. O., vgl. Fn. 392, S. 752.

³⁹⁴ Siehe dazu das Experiment von Bigoni, M., Fridolfsson, S. O., Le Coq, C., Spagnolo, G., Trust, leniency, and deterrence. *The Journal of Law, Economics, and Organization*, 31(4), 2015, 663-689, S. 678 f.

³⁹⁵ Dafür sprechen die Resultate einer aktuellen Studie von Bodnar et al. (2021), die in einem Laborexperiment die Wirkung einer solchen Schadensersatzregelung untersuchen. Sie zeigen, dass die Zahl der gebildeten Kartelle durch eine Schadensersatzregelung sinkt. Einen relativen Rückgang der Meldungen beobachten sie indes nicht, führen dies aber auf die Gestaltung ihres Experimentes zurück, das möglicherweise zu kurz war, um Lerneffekte zu beobachten. Bodnar, O., Fremerey, M., Normann, H. T., Schad, J. L., The effects of private damage claims on cartel activity: Experimental evidence, DICE Discussion Paper No. 315, 2021, <https://www.econstor.eu/handle/10419/235205>, Abruf am 29. März 2022. Urban, J., Große Fische, weites Netz? – Kritik der neuen Verweisungspraxis zu Art. 22 FKVO, WuW, 2021, S. 674-682, 676 f.

³⁹⁶ Zimmer, D., Geht dem Bundeskartellamt die Arbeit aus?, WuW, 2022, S. 181.

³⁹⁷ Jungermann, S., Prävention: Licht ins Dunkel, <https://www.compliance-manager.net/fachartikel/licht-ins-dunkel-1587512307>, Abruf am 20. März 2022.

³⁹⁸ Jungermann, S., Prävention: Licht ins Dunkel, a. a. O., vgl. Fn. 397.

³⁹⁹ OECD, a. a. O., vgl. Fn. 368, S. 46 f.

2.5.5 Attraktivität von Kronzeugenanträgen durch weitergehende Haftungsbefreiung steigern

311. Der Tatsache, dass die Einführung der EU-Kartellschadensersatzrichtlinie nicht gesichert für einen Rückgang der Kronzeugenanträge verantwortlich gemacht werden kann, steht nicht entgegen, dass eine Optimierung der derzeitigen Kronzeugenregelungen die Kartellrechtsdurchsetzung weiter effektivieren würde. Das deutsche Recht sieht in § 33e Abs. 1 Satz 1 GWB im Rahmen der Umsetzung des Art. 11 Abs. 4a der EU-Kartellschadensersatzrichtlinie vor, dass der Kronzeuge *„ein an einem Kartell beteiligtes Unternehmen oder eine an dem Kartell beteiligte natürliche Person, dem oder der im Rahmen eines Kronzeugenprogramms der vollständige Erlass der Geldbuße gewährt wurde (Kronzeuge), nur zum Ersatz des Schadens verpflichtet ist, der seinen oder ihren unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern oder Lieferanten aus dem Verstoß entsteht.“* Von der Regelung ausgenommen sind Kartellbeteiligte, die nur von einer Ermäßigung der Geldbuße profitieren, weil sie Informationen und Beweise vorgelegt haben, die gegenüber den der Wettbewerbsbehörde bereits vorliegenden einen erheblichen Mehrwert aufweisen.⁴⁰⁰ Durch die Regelung können Geschädigte, die in Bezug auf die vom Kartellverstoß betroffenen Dienstleistungen oder Güter keine unmittelbare oder mittelbare Vertragsbeziehung zu dem Kronzeugen haben, für den Ersatz ihres vollständigen Schadens nur die übrigen Kartellbeteiligten in Anspruch nehmen.⁴⁰¹ Andere Geschädigte können gemäß § 33e Abs. 1 Satz 2 GWB in Umsetzung des Art. 11 Abs. 4b der EU-Kartellschadensersatzrichtlinie den Kronzeugen nur für den Schadensersatz infolge einer Zuwiderhandlung gegen § 33a Abs. 1 GWB belangen, wenn sie von den Mitkartellanten ihren Schaden nicht in voller Höhe ersetzt bekommen. Dabei kann es dem Geschädigten zugemutet werden, dass er *„zumindest einmal“* eine Zwangsvollstreckung aufgrund seines Schadensersatzanspruchs gegen jeden der Kartellbeteiligten versucht.⁴⁰² Bleiben die Versuche des Geschädigten ohne Erfolg oder werden seine Schadenersatzansprüche nur teilweise von den Kartellbeteiligten befriedigt, so kann er sich für den noch nicht ersetzten Schaden an den Kronzeugen wenden.⁴⁰³ Um zu verhindern, dass die Privilegierung des Kronzeugen im Außenverhältnis durch den Innenregress unterlaufen wird, beschränkt § 33e Abs. 3 Satz 1 GWB in Umsetzung von Art. 11 Abs. 5 der EU-Kartellschadensersatzrichtlinie außerdem seinen Haftungsanteil im Innenverhältnis auf die Höhe des Schadens, den er seinen unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern verursacht hat.⁴⁰⁴ Der übrige, über die Beschränkung des § 33e Abs. 3 Satz 1 GWB hinausgehende Haftungsanteil, wächst anteilig den übrigen Schädigern an.⁴⁰⁵ Dagegen ist der Kronzeuge nach § 33e Abs. 3 Satz 2 GWB in Umsetzung von Art. 11 Abs. 6 der EU-Kartellschadensersatzrichtlinie im Innenverhältnis nicht für solche Schäden privilegiert, die Personen entstehen, die von keinem der Mitkartellanten unmittelbare oder mittelbare Abnehmer oder Lieferanten sind.⁴⁰⁶ Insbesondere sind damit Preisschirmgeschädigte gemeint, die Waren bei Kartellaußenseibern erworben und aufgrund des Kartells überhöhte Preise gezahlt haben.⁴⁰⁷

312. Viel spricht dafür, die Effektivität des Instruments der Kronzeugenanträge weiter zu stärken, indem diese bestehenden Privilegien des Kronzeugen noch weiter gefasst werden, sodass dieser sowohl im Innen- als auch im Außenverhältnis in Bezug auf Schadensersatzforderungen noch umfassender befreit ist. Eine Schlechterstellung

⁴⁰⁰ In der Regierungsbegründung zu Neunten GWB Novelle heißt es: *„Der Begriff des Kronzeugen entspricht der Definition des Artikels 2 Nummer 19 in Verbindung mit Nummer 15 der [EU-Kartellschadensersatz-]Richtlinie. Kronzeuge ist bezogen auf einen Verstoß stets nur das Unternehmen bzw. die natürliche Person, die als Erste die Voraussetzungen des jeweiligen Kronzeugenprogramms für den vollständigen Erlass der Geldbuße erfüllt.“* Regierungsbegründung zur Neunten GWB-Novelle, BT-Drs. 18/10207 vom 7. November 2016, S. 59.

⁴⁰¹ Regierungsbegründung zur Neunten GWB-Novelle, BT-Drs. 18/10207, a. a. O., vgl. Fn. 400, S. 60.

⁴⁰² Ebenda, vgl. Fn. 400, S. 60.

⁴⁰³ Ebenda, vgl. Fn. 400, S. 60.

⁴⁰⁴ Mackenrodt, M.O., in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle, München, 2017, § 33e Tz. 55.

⁴⁰⁵ Regierungsbegründung zur Neunten GWB-Novelle, BT-Drs. 18/10207, a. a. O., vgl. Fn. 400, S. 60.

⁴⁰⁶ Mackenrodt, M.O., in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle, a. a. O., vgl. Fn. 404, § 33e Tz. 62.

⁴⁰⁷ Ebenda, vgl. Fn. 404, § 33e Tz. 62; Franck, J.U., in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2: GWB, 6. Aufl., München, 2020, § 33e Tz. 13.

der Geschädigten könnte verhindert werden, indem die übrigen Mitglieder des Kartells die betreffenden Schadensersatzforderungen tragen. Zugleich würden die Geschädigten kurzfristig von einer erhöhten Aufdeckungsrate und langfristig von einem Rückgang der Kartelle profitieren. Um diese Wirkung einer weitergehenden Privilegierung auf die Kartellbildung nachzuvollziehen, sollte zunächst wiederum beachtet werden, dass aus Sicht eines Kartellanten Schadensersatzzahlungen im Wesentlichen nur eine weitere Form von Sanktionen sind. Sowohl bei Bußgeldern als auch bei Schadensersatzzahlungen zahlt er einen Geldbetrag. Wer der Adressat der Zahlung ist, ist grundsätzlich von geringer Bedeutung. Muss der Kronzeuge keine Bußgeldzahlungen, aber Schadensersatz leisten, wirkt dies folglich, als wäre er zumindest in reduzierter Form von Sanktionen betroffen, sobald er das Kartell aufdeckt. Eine Befreiung von Schadensersatzforderungen entspricht in ihrer Wirkung folglich einer Reduktion von Sanktionen.

313. Die Wirkung einer solchen Reduktion wird deutlich, wenn man das Kalkül eines Unternehmens betrachtet, das sich unter der derzeitigen Gesetzeslage in einem Kartell befindet. Dieses hat zu jedem Zeitpunkt drei wesentliche Szenarien gegeneinander abzuwägen. (1) Es kann das Kartell fortführen. In diesem Fall profitiert das Unternehmen weiterhin z. B. von höheren Preisen. Zugleich ist die Fortführung des Kartells mit dem Risiko behaftet, Bußgelder und Schadensersatz leisten zu müssen, wenn das Kartell aufgedeckt wird.⁴⁰⁸ (2) Es kann das Kartell stillschweigend verlassen. In diesem Fall besteht weiterhin das Risiko, dass das Kartell im Nachhinein aufgedeckt wird und Bußgelder und Schadensersatz geleistet werden müssen. (3) Es kann das Kartell verlassen und dieses als Kronzeuge der Wettbewerbsbehörde melden. In diesem Fall muss nahezu mit Sicherheit zwar kein Bußgeld gezahlt werden, aber es entstehen Schadensersatzforderungen.

314. Ziel der zusätzlichen Befreiung des Kronzeugen von Schadensersatzforderungen ist es nun, die Attraktivität von Szenario (3) gegenüber Szenario (1) und (2) zu erhöhen. Gegenüber Szenario (1), um die Zahl bestehender Kartelle zu vermindern sowie die Bildung neuer Kartelle aufgrund von Instabilität unattraktiv zu machen, und gegenüber Szenario (2), um die Wahrscheinlichkeit zu erhöhen, dass Geschädigte der aufgedeckten Kartelle eine Entschädigung erhalten. Die Befreiung des Kronzeugen trägt hierzu in mehrfacher Hinsicht bei. Der offensichtlichste Effekt ist, dass Szenario (3) durch eine Befreiung attraktiver wird, weil der Kronzeuge keinen Schadensersatz zahlen muss.⁴⁰⁹ Daneben existieren jedoch noch weitere Effekte. Eine solche Regelung hat auch Einfluss auf die Wahrscheinlichkeit, dass das Kartell aufgedeckt wird. Durch die Möglichkeit, eine Befreiung von Schadensersatzforderungen zu erlangen, wird Szenario (3) nicht nur für das Unternehmen selbst, sondern auch für die anderen Mitglieder des Kartells attraktiver. Dadurch steigt das Risiko, dass ein anderes Mitglied die Kronzeugenregelung in Anspruch nimmt und somit das Kartell aufdeckt. Dadurch erhöht sich für das Unternehmen in Szenario (1) und (2) die Wahrscheinlichkeit, Bußgeld und Schadensersatz zahlen zu müssen. Dies macht sowohl Szenario (1) als auch Szenario (2) für das Unternehmen weniger attraktiv und somit Szenario (3) attraktiver.⁴¹⁰ Des Weiteren führt die Umverteilung des vom Kronzeugen verursachten Schadens auf die übrigen Kartellmitglieder dazu, dass die Schadensersatzforderungen an diese Unternehmen höher ausfallen. Auch dies macht für alle Unternehmen Szenario (1) und (2) weniger attraktiv und damit Szenario (3) attraktiver. Dieser durch die Umverteilung generierte Effekt ist umso stärker, je länger das Kartell besteht, da sich die Schadenssummen über die Dauer der Kartelllebensdauer akkumulieren. Daher würde eine Befreiung des Kronzeugen vor allem bei langlebigen Kartellen die Stabilität erheblich beeinträchtigen.

315. Aus diesem Grund wurde eine weitergehende Befreiung in der Literatur bereits mehrfach befürwortet.⁴¹¹ Empirisch gestützt werden die theoretischen Überlegungen durch ökonomische Laborexperimente, die in der Regel

⁴⁰⁸ Dies entspricht den Annahmen von Kirst, P., Van den Bergh, R. The European directive on damages actions: a missed opportunity to reconcile compensation of victims and leniency incentives. *Journal of Competition Law & Economics*, 12(1), 2016, 1-30, S. 13.

⁴⁰⁹ Siehe für vergleichbares Ergebnis Buccirosi, P., Marvão, C., Spagnolo, G., Leniency and Damages: Where Is the Conflict?, *The Journal of Legal Studies*, 49(2), 2020, 335-379, S. 349.

⁴¹⁰ Ebenda, a. a. O., vgl. Fn. 409, S. 352 f.

⁴¹¹ Siehe z. B. Kersting, C., Removing the tension between public and private enforcement: Disclosure and privileges for successful leniency applicants, *Journal of European Competition Law & Practice*, 5(1), 2014, S. 2-5; Kirst, P., Van den Bergh, R. The European

klare Indizien für einen Zusammenhang zwischen der Befreiung des Kronzeugen von Sanktionen und einer geringeren Anzahl von Kartellen liefern.⁴¹² Auch die bereits in Tz. 308 erwähnten auf Daten aus den USA basierenden Ergebnisse von Miller (2009) bestätigen, dass solche Befreiungen zu einer erhöhten Aufdeckung und anschließend zu einer besseren Prävention bei der Kartellbildung führen.⁴¹³ Mit Bezug auf die Europäische Union zeigt Brenner (2009), dass ein frühes, ab dem Jahr 1996 in der EU geltendes Kronzeugenprogramm die Informationsbeschaffung der Wettbewerbsbehörde erleichterte, sodass Prozesskosten und Verfahrensdauer verringert werden konnten.⁴¹⁴ Einen Einfluss dieses Programms auf die Zahl der aufgedeckten Kartelle oder die Kartellbildung konnte er indes nicht nachweisen.⁴¹⁵ Er führt dies darauf zurück, dass das Programm aus dem Jahr 1996 noch keine vollständige Befreiung von Bußgeldern vorsah und dass die Befreiung auch Kartellmitglieder betraf, die sich erst im späteren Verlauf eines Kartellverfahrens kooperativ zeigten.⁴¹⁶ Die Befreiung von Schadensersatzforderungen im Speziellen wurde, von theoretischen Arbeiten abgesehen, nach Kenntnisstand der Monopolkommission bisher nur von Bodnar et al. (2021) experimentell untersucht.⁴¹⁷ Mit ihren Resultaten bestätigen sie die bisherigen experimentellen Ergebnisse, indem sie zeigen, dass Bußgeldbefreiungen die Zahl der Kartelle senkt.⁴¹⁸ Eine Verstärkung dieses Effektes durch die zusätzliche Befreiung von Schadensersatzforderungen können sie ebenfalls beobachten.⁴¹⁹ Aufgrund einer zu geringen Anzahl an Beobachtungen in ihrem Experiment ist dieser Effekt jedoch nicht signifikant, sodass er durch weitere Forschung bestätigt werden muss, um hieraus verwertbare Ergebnisse ableiten zu können.

316. In der wissenschaftlichen Literatur werden zum Teil auch Bedenken hinsichtlich einer Bußgeldbefreiung von Kronzeugen geäußert. Die genannten Argumente überzeugen jedoch nicht gegen eine zusätzliche Befreiung des Kronzeugen von Schadensersatzforderungen. Eine Befreiung von Schadensersatzforderungen wird vielmehr teilweise sogar als Lösung für mögliche Probleme einer Kronzeugenregelung vorgeschlagen. Zwei wesentliche Kritikpunkte an einer Befreiung von Bußgeldern lassen sich der Literatur entnehmen. (1) Kronzeugenanträge könnten von Kartellanten als Drohung genutzt werden, um das Kartell zu stabilisieren. Sowohl Spangolo (2000) als auch Ellis und Wilson (2001) betrachten eine Situation, in der ein Unternehmen aus einem Kartell austreten, aber das Kartell der Wettbewerbsbehörde nicht melden will, weil dann Schadensersatz gezahlt werden müsste. In einer solchen Situation könnten Mitkartellanten dem Unternehmen damit drohen, das Kartell bei seinem Austritt an die Wettbewerbsbehörde zu melden.⁴²⁰ Der Austritt würde aus Sicht des Unternehmens daher zwingend dazu führen, dass

directive on damages actions: A missed opportunity to reconcile compensation of victims and leniency incentives, *Journal of Competition Law & Economics*, 12(1), 2016, 1-30; Buccirossi, P., Marvão, C., Spagnolo, G., Leniency and Damages: Where Is the Conflict?, a. a. O., vgl. Fn. 409.

⁴¹² Apestequia, J., Dufwenberg, M., Selten, R., Blowing the whistle. *Economic Theory*, 31(1), 2007, 143-166; Hinloopen, J., Soetevent, A. R., Laboratory evidence on the effectiveness of corporate leniency programs, *The RAND Journal of Economics*, 39(2), 2008, 607-616; Bigoni, M., Fridolfsson, S. O., Le Coq, C., Spagnolo, G., Fines, leniency, and rewards in antitrust. *The RAND Journal of Economics*, 43(2), 2012, 368-390; Feltoich, N., Hamaguchi, Y., The Effect of Whistle-Blowing Incentives on Collusion: An Experimental Study of Leniency Programs, *Southern Economic Journal*, 84(4) 2018, 1024-1049; Clemens, G., Rau, H. A., Do discriminatory leniency policies fight hard-core cartels?, *Journal of Economics & Management Strategy*, 28(2), 2019, 336-354.

⁴¹³ Miller, N. H., Strategic leniency and cartel enforcement. *American Economic Review*, 99(3), 2009, 750-768.

⁴¹⁴ Brenner, S., An empirical study of the European corporate leniency program, *International Journal of Industrial Organization*, 27(6), 2009, 639-645.

⁴¹⁵ Ebenda, vgl. Fn. 414, S. 643 f.

⁴¹⁶ Ebenda, vgl. Fn. 414, S. 644 f.

⁴¹⁷ Bodnar, O., Fremerey, M., Normann, H. T., Schad, J. L., The effects of private damage claims on cartel activity: Experimental evidence, DICE Discussion Paper No. 315, 2021, <https://www.econstor.eu/handle/10419/235205>, Abruf am 29. März 2022.

⁴¹⁸ Ebenda, vgl. Fn. 417, S. 21 ff.

⁴¹⁹ Ebenda, vgl. Fn. 417, S. 32 ff.

⁴²⁰ Spagnolo, G., Self-defeating antitrust laws: How leniency programs solve Bertrand's Paradox and enforce collusion in auctions, Available at SSRN 236400, 2000, S. 25, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=236400, Abruf am 28. April 2022; Ellis, C. J., Wilson, W. W., What doesn't kill us makes us stronger: An analysis of corporate leniency policy, 2001, <https://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.17.636&rep=rep1&type=pdf>, Abruf am 28. April 2022.

Schadensersatz gezahlt werden muss, unabhängig davon, ob es selbst das Kartell meldet. Durch diesen Mechanismus können Kartelle stabiler werden. Es ist offensichtlich, dass eine Befreiung des Kronzeugen von der Haftung auf Schadensersatz dieses Problem nicht nur nicht verschärft, sondern sogar behebt, weil es dann keinen Grund mehr für das Unternehmen gibt, bei einem Austritt das Kartell nicht selbst zu melden. Entsprechend schlägt auch Spagnolo (2000) eine zusätzliche Befreiung des Kronzeugen von Schadensersatzforderungen als Lösung vor.⁴²¹ (2) Die Befreiung des Kronzeugen von Sanktionen, d. h. Bußgeldern und Schadensersatz, könnte dazu führen, dass Unternehmen eher bereit sind, in ein Kartell einzutreten, da sie mit einer bestimmten Wahrscheinlichkeit erwarten, Kronzeuge zu werden und keine Sanktionen zahlen zu müssen.⁴²² Dieses Argument basiert auf der Annahme, dass einer Befreiung des Kronzeugen keine zusätzliche Belastung der übrigen Kartellanten gegenübersteht. Bei einer Regelung, bei der die Mitkartellanten für den vom Kronzeugen verursachten Schaden aufkommen, besteht dieses Problem nicht. Zwar hat das Unternehmen, sofern es tatsächlich Kronzeuge wird, keine Sanktionen zu fürchten. Dem steht jedoch eine höhere Belastung gegenüber, falls einer der Mitkartellanten Kronzeuge wird. Im Erwartungswert bleibt die Höhe der potenziellen Sanktionen bei einer Kartellgründung gleich. Selbst wenn ein Unternehmen bei der Kartellbildung antizipieren kann, dass es mit höherer Wahrscheinlichkeit als seine Mitkartellanten Kronzeuge sein wird, steht seinem geringeren Erwartungswert in Bezug auf mögliche Sanktionen ein höherer Erwartungswert bei seinen Mitkartellanten gegenüber. Diese werden in der Regel eine Kartellbildung mit einem Unternehmen vermeiden, das mit hoher Wahrscheinlichkeit Kronzeuge werden würde.

2.5.6 Vorschlag für eine Regelung zur weitergehenden Befreiung des Kronzeugen von Schadensersatzforderungen

317. Insgesamt spricht der derzeitige Forschungsstand dafür, dass eine weitergehende Befreiung des Kronzeugen von Schadensersatzforderungen die Effektivität des Kartellrechts steigern würde. Eine entsprechende Regelung könnte wie folgt aussehen:

„Ein an einem Kartell beteiligtes Unternehmen oder eine an dem Kartell beteiligte natürliche Person, dem oder der im Rahmen eines Kronzeugenprogramms der vollständige Erlass der Geldbuße gewährt wurde (Kronzeuge), ist erst dann zum Ersatz des Schadens verpflichtet, wenn von den übrigen Rechtsverletzern kein vollständiger Ersatz erlangt werden kann. Der Ausgleichbeitrag, den der Kronzeuge zu tragen hätte, fällt im Innenverhältnis anteilig bei den übrigen Rechtsverletzern entsprechend ihres eigenen jeweiligen Haftungsbeitrags an. Eine Haftungsbeschränkung nach Satz 1 ist ausgeschlossen, wenn 1) der Kronzeuge marktbeherrschend ist oder 2) wenn er unwahre Angaben gegenüber der Wettbewerbsbehörde macht.“

318. Gemäß der vorgeschlagenen Regelung können sich die Geschädigten lediglich nachrangig an den Kronzeugen wenden, wenn die Geltendmachung ihrer Schadensersatzansprüche bei den übrigen Rechtsverletzern erfolglos bleibt oder nur ein Teil ihrer Ansprüche ersetzt wird. Die Regelung stellt sicher, dass das „Sonderopfer“ nicht von den Geschädigten, sondern in der Regel von den übrigen Schädigern getragen wird.

319. Mit Blick auf die übrigen Schädiger sollte vermieden werden, dass diese durch die Übernahme der vom Kronzeugen verursachten Schäden einer zu hohen Belastung ausgesetzt werden. Eine solche läge beispielsweise vor, wenn vergleichsweise kleine Unternehmen deutlich überproportional belastet würden und sich deshalb aus dem Wettbewerb zurückziehen müssten. Dies würde den Wettbewerb und damit langfristig auch die Konsumentinnen und Konsumenten schädigen. Um solche Fälle zu verhindern, steht den übrigen Schädigern zunächst bei der gesamtschuldnerischen Haftung gemäß § 33d GWB auch weiterhin die Möglichkeit offen, sich an die übrigen Kartellanten, ausgenommen den Kronzeugen, zu wenden, um von ihnen einen Ausgleich im Innenverhältnis zu verlan-

⁴²¹ Spagnolo, G., Self-defeating antitrust laws: How leniency programs solve Bertrand's Paradox and enforce collusion in auctions, a. a. O., vgl. Fn. 420, S. 25.

⁴²² Motta, M., Polo, M., Leniency programs and cartel prosecution. International Journal of Industrial Organization, 21(3), 2003, 347-379.

gen, wenn ein über den Anteil des Unternehmens hinausgehender Schadensersatz gezahlt wurde.⁴²³ Darüber hinaus haben Hornkohl (2022) und Kersting (2022) vorgeschlagen, dass die öffentliche und private Rechtsdurchsetzung zusammengeführt werden sollten.⁴²⁴ Schadensersatzzahlungen könnten dann mit der Bußgeldhöhe verrechnet werden.⁴²⁵ Eine rechtliche Umsetzung dieses Vorschlags dürfte jedoch hoch komplex sein. Aus diesem Grund erscheint es praktikabler, Kartellanten vor zu hohen Belastungen durch die Übernahme des vom Kronzeugen verursachten Schadens dann zu schützen, wenn die Marktposition des Kronzeugen es wahrscheinlich macht, dass die Belastungen seiner Wettbewerber den Wettbewerb und damit auch die Kundinnen und Kunden schädigen würde. Dies wäre der Fall, wenn der Kronzeuge über eine marktbeherrschende Position verfügt. Ein solches Unternehmen wird in den allermeisten Fällen im Vergleich zu seinen Mitkartellanten eine große relative Verantwortung für den Schaden tragen, da es hohe Umsätze, einen großen Marktanteil und eine besondere Rolle im Markt innehat.⁴²⁶ Daher schließt die vorgeschlagene Regelung eine weitergehende Befreiung von Schadensersatzansprüchen bei marktbeherrschenden Unternehmen aus.

320. Die Regelung stellt außerdem sicher, dass die Kronzeugenregelung nicht als strategisches Instrument genutzt wird, indem falsche Angaben gemacht werden, die z. B. dazu geeignet sein könnten, den Schaden der Wettbewerber zu erhöhen. Daneben trägt die Regelung auch dem Effektivitätsgrundsatz Rechnung. Der Kartellschadensersatzanspruch ist im europäischen Raum ein relativ junges Rechtsinstrument. Der Ursprung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung liegt in den Entscheidungen des EuGH in den Rechtssachen *Courage* und *Manfredi*. Hier wurde auf der Grundlage des Effektivitätsgrundsatzes ein Schadensersatzanspruch ohne Sekundärrechtsgrundlage hergeleitet.⁴²⁷ Dieser Grundsatz besagt gemäß der EuGH-Rechtsprechung, dass die Ausübung der aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte des Einzelnen durch nationale Bestimmungen nicht praktisch unmöglich oder übermäßig erschwert werden darf.⁴²⁸ Dies würde im Falle der vorgeschlagenen Regelungen die Schadensersatzansprüche betreffen, die bei den direkten Kundinnen und Kunden des Kronzeugen anfallen, sofern diese ihren Schaden nicht ersetzt bekämen. Da im Hinblick auf die Frage, gegen wen ein Schadensersatzanspruch geltend gemacht werden soll, in dem EuGH-Urteil in der Rechtssache *Courage* keine abschließende Aussage getroffen wird,⁴²⁹ ist die vorgeschlagene Regelung, solange die Möglichkeit zur Inanspruchnahme von Schadensersatz gegenüber den anderen Kartellmitgliedern erhalten bleibt, mit dem Effektivitätsgrundsatz vereinbar.

⁴²³ Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. L 349 vom 5. Dezember 2014, Erwägungsgrund 37: „Wenn mehrere Unternehmen gemeinsam gegen die Wettbewerbsvorschriften verstoßen — wie im Falle eines Kartells —, ist es angebracht vorzusehen, dass diese gemeinsam handelnden Rechtsverletzer gesamtschuldnerisch für den gesamten durch diese Zuwiderhandlung verursachten Schaden haften. Wenn einer der Rechtsverletzer mehr Schadensersatz gezahlt hat, als seinem Anteil entspricht, so sollte dieser einen Ausgleichsanspruch gegen die anderen gemeinsamen Rechtsverletzer haben.“

⁴²⁴ Hornkohl, L., A Solution to Europe's Leniency Problem: Combining Private Enforcement Leniency Exemptions with Fair Funds, 2022, <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2022/02/18/a-solution-to-europes-leniency-problem-combining-private-enforcement-leniency-exemptions-with-fair-funds/>, Abruf am 29. April 2022. Kersting, C, Agenda 2025: Reform des Kartellschadensersatzrechts, <https://www.d-kart.de/blog/2022/04/12/agenda-2025-reform-des-kartellschadensersatzrechts/>, Abruf am 29. April 2022.

⁴²⁵ Hornkohl (2022) schlägt z. B. vor, dass Schadensersatzforderungen mit den Einnahmen aus den Bußgeldern beglichen werden. Hornkohl, L., A Solution to Europe's Leniency Problem: Combining Private Enforcement Leniency Exemptions with Fair Funds, a. a. O., vgl. Fn. 424.

⁴²⁶ Gemäß Erwägungsgrund 37 der EU-Kartellschadensersatzrichtlinie bestimmt sich der Anteil am Schadens anhand der relativen Verantwortung des betreffenden Rechtsverletzers und der einschlägigen Kriterien, wie Umsatz, Marktanteil oder Rolle in dem Kartell.

⁴²⁷ Soltész, U., Effet Utile als Allzweckwaffe im Kartellschadensersatz, EuZW 2021, 869-873, S. 869.

⁴²⁸ EuGH, C-298/04, 13. Juli 2006, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461, Rz. 62, Rz. 71; EuGH, C-453/99, 20. September 2001, *Courage*, ECLI:EU:C:2001:465, Rz. 29; EuGH, C-261/95, 10. Juli 1997, *Palmisani*, ECLI:EU:C:1997:351, Rz. 27.

⁴²⁹ Roth, W.-H., Privatrechtliche Kartellrechtsdurchsetzung zwischen primärem und sekundärem Unionsrecht, ZHR 2015, 668-689, S. 686.

321. Die Regelung stimmt auch grundsätzlich mit den Zielen der Europäischen Kommission überein. Diese verweist selbst darauf, dass eine Kartellaufdeckung und Ermittlung ohne die Mitwirkung von daran beteiligten Unternehmen oder Einzelpersonen häufig enorm aufwendig ist.⁴³⁰ Vor diesem Hintergrund wird mit Bezug auf die Bußgeldbefreiung ausdrücklich betont, dass es im Gemeinschaftsinteresse liegt, „an dieser Art von rechtswidrigen Verhaltensweisen beteiligte(n) Unternehmen, die zur Beendigung ihrer Beteiligung und zur Mitwirkung an der Untersuchung bereit sind, (...) Gegenleistungen zu gewähren“.⁴³¹ Durch seine Kooperation trägt der Kronzeuge entscheidend dazu bei, erstens dass der Kartellrechtsverstoß abgestellt und zweitens dass der Schaden, der durch eine weitere Fortsetzung des Verstoßes bei den Geschädigten anfallen würde, vermieden wird.⁴³² Zwar hat der Kronzeuge eine Zuwiderhandlung begangen, indem er zusammen mit den übrigen Rechtsverletzern ein Kartell gebildet hat. Ohne sein nachträgliches Verhalten würde das Kartell jedoch fortbestehen.

322. Um den Vorteil der Kartellaufdeckung durch einen Kronzeugen für Geschädigte zu erhöhen, könnte die Privilegierung des Kronzeugen bei Schadensersatzforderungen zusätzlich an eine dritte Bedingung geknüpft werden, die vorsieht, dass er seine Kronzeugenerklärung auch gegenüber den Geschädigten offenlegt. Durch eine Offenlegung von Kronzeugenerklärungen wird es für Geschädigte einfacher, Kartellschadensersatzklagen zu erheben, da ihnen mehr Informationen zur Verfügung stehen. Nach aktueller Gesetzeslage sind Kronzeugenerklärungen gemäß Art. 6 Abs. 6 der EU-Kartellschadensersatzrichtlinie und gemäß § 33g Abs. 4 GWB von einer Offenlegung als Beweismittel im Zivilprozess ausgeschlossen. Eine solche Einschränkung ist nicht mehr notwendig, wenn der Kronzeuge in der Regel von Schadensersatzansprüchen befreit ist. Bisher steht der Offenlegung für Zivilprozesse entgegen, dass dem Kronzeugen durch seine Kronzeugenerklärung keine Nachteile in Zivilprozessen erwachsen sollen, da sich dies nachteilig auf seine Offenlegungsbereitschaft auswirken würde. Es besteht ein Spannungsfeld zwischen der Kartellaufdeckung einerseits und der Geltendmachung der Schadensersatzansprüche andererseits. In diesem Kontext verweist die Europäische Kommission in ihrem Bericht über die Umsetzung der wichtigsten Bestimmungen der EU-Kartellschadensersatzrichtlinie auf die große Bedeutung einer Balance zwischen einer wirksamen behördlichen und einer privaten Rechtsdurchsetzung.⁴³³ Sowohl auf Unions- als auch auf mitgliedstaatlicher Ebene befasst sich die Rechtsprechung häufig mit der Frage, ob Kronzeugenunterlagen offengelegt werden dürfen.⁴³⁴ Die Regelung würde hier Rechtssicherheit und Transparenz schaffen. Einer solchen Regelung steht jedoch entgegen, dass insbesondere bei internationalen Kartellen eine Offenlegung der Kronzeugenunterlagen gegenüber Geschädigten nachteilig für den Kronzeugen sein kann, wenn er in anderen Jurisdiktionen, in denen das Kartell möglicherweise ebenfalls aktiv war, keine Privilegien genießt oder ihm sogar strafrechtliche Sanktionen drohen. Mitunter ist es Geschädigten aber auch ohne eine Offenlegung der Kronzeugenunterlagen gegenüber der Europäischen Kommission möglich, solche Informationen in zivilgerichtlichen Verfahren zu erhalten. So besteht z. B. unter

⁴³⁰ EU-Kommission, Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. C 298 vom 8. Dezember 2006, S. 17.

⁴³¹ Ebenda.

⁴³² Im Hinblick auf die Schlüsselrolle der Unternehmen im Rahmen der Kronzeugenregelung vgl. Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. L 349 vom 5. Dezember 2014, Erwägungsgrund 38.

⁴³³ EU-Kommission, Commission Staff Working Document on the implementation of Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union, SWD (2020) 338 final, 14. Dezember 2020, S. 7.

⁴³⁴ Siehe etwa EuGH, C-162/15 P, 14. März 2017, Evonik Degussa, ECLI:EU:C:2017:205; Cour de Cassation, 440 F-D, 8. Juli 2020, Truck, ECLI:FR:CCASS:2020:CO00440.

bestimmten Umständen die Möglichkeit, auf Basis des US-amerikanischen Discovery-Gesetzes Informationen aus Kartellverfahren der Europäischen Kommission über US-amerikanische Gerichte zu erlangen.⁴³⁵

323. Von einer Vergünstigung für Kartellbeteiligte, die nur von einer Ermäßigung der Geldbuße profitieren, weil sie Informationen und Beweise vorgelegt haben, die gegenüber den der Wettbewerbsbehörde bereits vorliegenden einen erheblichen Mehrwert aufweisen, sollte weiterhin abgesehen werden. Eine Kooperation lohnt sich für diese bereits, da sie eine Ermäßigung der Geldbuße erlangen können. Eine zusätzliche Vergünstigung ist nicht notwendig und würde die Gefahr erhöhen, dass die übrigen Unternehmen durch die Schadensersatzforderungen zu hoch belastet werden.

324. Die betreffende Gesetzesänderung kann nur auf Grundlage einer Änderung der EU-Kartellschadensersatzrichtlinie erfolgen. Die EU-Kartellschadensersatzrichtlinie sieht in Art. 11 Abs. 4 lit. a vor, dass der Kronzeuge gegenüber seinen unmittelbaren oder mittelbaren Abnehmern oder Lieferanten gesamtschuldnerisch haftbar ist. Art. 20 Abs. 1 der EU-Kartellschadensersatzrichtlinie sieht vor, dass die Europäische Kommission die EU-Kartellschadensersatzrichtlinie überprüft und dem Europäischen Parlament und dem Rat bis zum 27. Dezember 2020 einen Bericht dazu vorlegt. Diese Prüfung ist bereits erfolgt. Es wurde jedoch festgestellt, dass aufgrund unzureichender Erfahrungswerte eine weitere Prüfung in der Zukunft notwendig ist.⁴³⁶ Außerdem sieht Art. 20 Abs. 3 der EU-Kartellschadensersatzrichtlinie die Möglichkeit für einen Gesetzgebungsvorschlag seitens der Europäischen Kommission vor. Im Zuge dessen könnte die Bundesregierung auf eine Änderung hinwirken. Eine so geschaffene einheitliche Lösung auf Unionsebene stünde auch mit Art. 114 Abs. 1 AEUV im Einklang, der besagt, dass das Europäische Parlament und der Rat Maßnahmen ergreifen, die darauf abzielen, Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten anzugleichen, welche zur Errichtung und zum Funktionieren des Binnenmarkts beitragen.

2.5.7 Weitestgehende zivilrechtliche Privilegierung von Kronzeugen zur Effektivierung der Kronzeugenregelung

325. Die Analyse hat gezeigt, dass die Zahl der Kronzeugenanträge als Indikator für die Effektivität der Kronzeugenregelung nur sehr eingeschränkt nutzbar ist. Eine sinkende Zahl von Anträgen kann nicht nur auf eine ineffektive Regelung hindeuten, sondern auch darauf, dass diese und andere wettbewerbspolitischen Maßnahmen dazu führen, dass die Zahl der Kartelle insgesamt abnimmt. Eine effektive Regelung ließe sich am ehesten dadurch erkennen, dass die Zahl der aufgedeckten Kartelle kurzfristig steigt und langfristig sinkt. Eine gesicherte Evidenz bietet indes auch solch eine Entwicklung nicht, da überlagernde Effekte existieren können. Dieses empirische Problem lässt sich nicht auflösen, da die Zahl der aktiven Kartelle nicht gesichert ermittelt werden kann. Für eine Beurteilung bedarf es daher anderer Methodiken. Sowohl die Erkenntnisse aus der theoretischen Literatur als auch die Erkenntnisse aus der Experimentalliteratur liefern Hinweise, dass eine weitestgehende Befreiung des Kronzeugen von Sanktionen dazu beiträgt, Kartelle zu destabilisieren. Von einer Befreiung des Kronzeugen von Schadensersatzforderungen ist dies daher ebenfalls zu erwarten. Da das primäre Ziel der Schutz der Geschädigten ist, sollte bei einer entsprechenden Gesetzesänderung sichergestellt bleiben, dass die Geschädigten ihre Ansprüche geltend machen können. Durch eine nachrangige Haftung des Kronzeugen kann dies gewährleistet werden.

326. Die Monopolkommission empfiehlt daher, dass die Kartellschadensersatzrichtlinie lediglich eine nachrangige Haftung des Kronzeugen bei Schadensersatzansprüchen vorsieht. Eine entsprechende Regelung könnte wie folgt lauten:

⁴³⁵ Siehe hierzu Völcker, S., in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1: EU/Teil 2, 6. Aufl., München, 2020, EU-US, Tz. 11 mit Verweis auf die einschlägigen Fälle Intel Corporation v. Advanced Micro Devices Inc., 542 U.S. (2004), No. 02/572 und Microsoft Corporation, Az. C 06-80038JF (PVT).

⁴³⁶ EU-Kommission, Kartellrecht: Kommission veröffentlicht Bericht über Umsetzung der EU-Schadensersatzrichtlinie, Pressemitteilung, 14. Dezember 2020.

„Ein an einem Kartell beteiligtes Unternehmen oder eine an dem Kartell beteiligte natürliche Person, dem oder der im Rahmen eines Kronzeugenprogramms der vollständige Erlass der Geldbuße gewährt wurde (Kronzeuge), ist erst dann zum Ersatz des Schadens verpflichtet, wenn von den übrigen Rechtsverletzern kein vollständiger Ersatz erlangt werden kann. Der Ausgleichbeitrag, den der Kronzeuge zu tragen hätte, fällt im Innenverhältnis anteilig bei den übrigen Rechtsverletzern entsprechend ihres eigenen jeweiligen Haftungsbeitrags an. Eine Haftungsbeschränkung nach Satz 1 ist ausgeschlossen, wenn 1) der Kronzeuge marktbeherrschend ist oder 2) wenn er unwahre Angaben gegenüber der Wettbewerbsbehörde macht.“

2.6 Bewertung von Kooperationen zum Netzausbau im Regulierungs- und Kartellrecht nach der TKG-Novelle 2021

327. Das Verhältnis zwischen Regulierungs- und allgemeinem Wettbewerbsrecht⁴³⁷ ist vielschichtig und in Teilen nicht abschließend geklärt. Im Telekommunikationsbereich wird ein potenzieller Konflikt in der Anwendungspraxis derzeit durch folgende Entwicklungen offenbar: Erstens hat das OLG Düsseldorf in einem Beschluss vom 22. September 2021 die Freigabeentscheidung des Bundeskartellamts für das Gemeinschaftsunternehmen Glasfaser Nordwest aufgehoben. Zweitens ist zum 1. Dezember 2021 eine Novellierung des Telekommunikationsgesetzes (TKG) durch das Telekommunikationsmodernisierungsgesetz in Kraft getreten, die eigenständige Bestimmungen zur Bewertung von Kooperationen enthält, die neben die des GWB und des AEUV treten.⁴³⁸ Zunächst ist zu klären, wie sich diese neuen Bestimmungen in das bestehende System einfügen und in welchem Verhältnis die Rechtsgrundlagen des Regulierungsrechts und des allgemeinen Wettbewerbsrechts bei der Bewertung von Kooperationen stehen. Sodann ist in institutioneller Hinsicht zu klären, wie widersprüchliche Entscheidungen der jeweils zuständigen Behörden möglichst vermieden werden können. Dabei soll sowohl auf den allgemeinen Diskussionsstand zum Verhältnis zwischen Regulierungs- und allgemeinem Wettbewerbsrecht als auch speziell auf die neuen Regelungen im TKG eingegangen werden.

2.6.1 Die Entscheidungen in dem Fall Glasfaser Nordwest und Novellierung des TKG 2021

328. Das Bundeskartellamt hat im Dezember 2019 in zwei parallel geführten Verfahren, einem Kartellverwaltungsverfahren⁴³⁹ und einem Fusionskontrollverfahren,⁴⁴⁰ eine Kooperation in Form eines Gemeinschaftsunternehmens der EWE AG (EWE) und der Telekom Deutschland GmbH (TDG) genehmigt, die den gemeinsamen Bau und Betrieb von Glasfasernetzen in Nordwestdeutschland zum Ziel hat. In dem Kartellverwaltungsverfahren hat das Bundeskartellamt Verpflichtungszusagen der Unternehmen für bindend erklärt und diese bei der fusionskontrollrechtlichen Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens berücksichtigt. Insbesondere sollte durch eine Zugangszusage sichergestellt werden, dass Drittunternehmen über Vorleistungen, die von dem Gemeinschaftsunternehmen erbracht werden, den Endkundinnen und Endkunden wettbewerbsfähige Angebote unterbreiten können.⁴⁴¹ Die Zusagen waren nach Auffassung des Bundeskartellamtes geeignet, die wettbewerbschädlichen Wirkungen des Zusammenschlusses auf ein unbedenkliches Maß zu reduzieren, sodass das Zusammenschlussvorhaben letztlich – ohne

⁴³⁷ Da die Förderung des Wettbewerbs gemäß § 1 Abs. 1 TKG ein Hauptzweck des Telekommunikationsregulierungsrechts ist, kann dieses im Kern als Wettbewerbsrecht verstanden werden, siehe dazu Cornils, M., in: Schütz, R./Geppert, M. (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage, München, 2013, § 2, Tz. 91. Daher sollen in Abgrenzung zum Regulierungsrecht die Regelungen des GWB und der unionsrechtliche Wettbewerbsrahmen im Folgenden als „allgemeines Wettbewerbsrecht“ bezeichnet werden, ohne dass mit dieser Bezeichnung bereits ein bestimmtes Rangverhältnis der Normen impliziert werden soll.

⁴³⁸ Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Neufassung) und zur Modernisierung des Telekommunikationsrechts (Telekommunikationsmodernisierungsgesetz) vom 23. Juni 2021, BGBl. I Nr. 25 vom 28.6.2021, 1858, siehe dort die §§ 18, 19 TKG.

⁴³⁹ BKartA, B7-21/18, 4. Dezember 2019, Glasfaser Nordwest Kartellverwaltungsverfahren.

⁴⁴⁰ BKartA, B7-21/18, 30. Dezember 2019, Glasfaser Nordwest Fusionskontrollverfahren.

⁴⁴¹ BKartA, B7-21/18, Glasfaser Nordwest Kartellverwaltungsverfahren, a. a. O., vgl. Fn. 439, Tz. 136.

eigene fusionskontrollrechtliche Nebenbestimmungen – freigegeben werden konnte. Diese Entscheidung hat die Monopolkommission bereits in ihrem XXIII. Hauptgutachten und dem Sektorgutachten Telekommunikation 2021 kritisch gewürdigt und insbesondere dafür plädiert, eine Kooperation marktmächtiger Unternehmen zum Ausbau von Glasfasernetzen auf solche Gebiete zu beschränken, in denen ausschließlich ein gemeinsamer Netzausbau wirtschaftlich möglich ist.⁴⁴²

329. Über die bereits in den vorangegangenen Gutachten dargelegten Aspekte hinaus haben die in der Sache getroffene Beschwerdeentscheidung des OLG Düsseldorf vom 22. September 2021 und die Neuerungen der TKG-Novelle 2021 weitere Fragen hinsichtlich Kooperationsvorhaben im Glasfaserbereich aufgeworfen. In seinem Beschluss zu einer Beschwerde gegen die fusionskontrollrechtliche Freigabeentscheidung des Bundeskartellamts stellt das OLG Düsseldorf fest, dass die Zusagen von EWE und TDG im Kartellverwaltungsverfahren nicht ausreichend gewesen seien, um die wettbewerbsrechtlichen Bedenken zu beseitigen und daher die Voraussetzungen für eine Untersagung des Zusammenschlussvorhaben weiterhin erfüllt gewesen sind.⁴⁴³ Insbesondere verhindere die Verpflichtung des Gemeinschaftsunternehmens, diskriminierungsfreien Vorleistungszugang für Drittunternehmen zu gewähren, nicht, dass insgesamt zu hohe Vorleistungspreise verlangt würden.⁴⁴⁴ Gegen diese Entscheidung des OLG Düsseldorf ist eine Nichtzulassungsbeschwerde unter dem Az. KVZ 64/21 anhängig. Seit der Reform des TKG im Jahr 2021 können Kooperationen von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht unter den Voraussetzungen der §§ 18, 19 TKG indes ausdrücklich positiv gewürdigt werden. Diese Regulierungserleichterungen bei Ausbaukooperationen sind unionsrechtlich durch eine Richtlinie, den Europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (EKEK), vorgegeben.⁴⁴⁵ Fraglich ist, inwiefern eine kartell- bzw. fusionskontrollrechtliche Prüfung von Kooperationen durch die Wettbewerbsbehörden im Telekommunikationsbereich künftig sinnvoll ist, wenn die Bundesnetzagentur das entsprechende Vorhaben zuvor regulierungsrechtlich geprüft und für im Einklang mit den gesetzlichen Vorgaben erklärt hat.

2.6.2 Materiell-rechtliches Verhältnis von Regulierungs- und allgemeinem Wettbewerbsrecht

2.6.2.1 Grundsätzlicher Vorrang von ausdifferenzierten Regelungen des Regulierungsrechts

330. Die Frage, ob auf einen Sachverhalt, der von regulierungsrechtlichen Vorschriften erfasst wird, auch das allgemeine Wettbewerbsrecht anwendbar ist, ist bis heute nicht abschließend und vollständig überzeugend beantwortet. Sofern die Normen auf derselben Hierarchiestufe stehen, ist es denkbar, die Regelungen des Wettbewerbsrechts als stets neben denen des Regulierungsrechts anwendbar (sog. Idealkonkurrenz), oder durch Subsidiarität⁴⁴⁶ oder Spezialität⁴⁴⁷ verdrängt anzusehen.⁴⁴⁸ Welches Verhältnis zwischen den gesetzlichen Regelungen besteht, kann entweder ausdrücklich im Gesetz geregelt sein oder muss durch Auslegung ermittelt werden.

⁴⁴² Monopolkommission, XXIII. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 5, Tz. 445 ff., insb. 462 sowie Monopolkommission, 12. Sektorgutachten Telekommunikation, a. a. O., vgl. Fn. 32, Tz. 57 ff.

⁴⁴³ OLG Düsseldorf, Kart 5/20 (V), 22. September 2021, Glasfaser Nordwest, juris.

⁴⁴⁴ Ebenda, vgl. Fn. 443, Tz. 154 ff., 159 sowie Tz. 135 und Tz. 120.

⁴⁴⁵ Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation vom 11. Dezember 2018, ABl. L 321 vom 17.12.2018, 36.

⁴⁴⁶ Subsidiarität liegt dann vor, wenn von mehreren auf einen Sachverhalt einschlägigen Normen eine nur in dem Fall zur Anwendung kommt, dass die andere nicht eingreift, Säcker, F. J., in: Säcker, F. J. (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, 3. Auflage, Frankfurt am Main, 2013, Einl. I, Tz. 40.

⁴⁴⁷ Um ein Spezialitätsverhältnis handelt es sich hingegen, wenn mehrere Normen zwar denselben Sachverhalt umfassen und sich in ihren Voraussetzungen nur dadurch unterscheiden, dass die eine Norm eines oder mehrere Tatbestandsmerkmale enger begrenzt und spezieller ausgestaltet. Der speziellere Tatbestand umfasst somit den Tatbestand der allgemeineren Norm und enthält zusätzlich mindestens ein weiteres Tatbestandsmerkmal, ebenda, vgl. Fn. 446, Einl. I, Tz. 40.

⁴⁴⁸ Säcker, F. J., in: Säcker, F. J. (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, a. a. O., vgl. Fn. 446, Einl. I, Tz. 40.

331. Unumstritten ist lediglich, dass das Kartell- und das Missbrauchsverbot gemäß der Art. 101 f. AEUV aufgrund der Normenhierarchie nicht durch Sekundärrecht und nationales Recht verdrängt werden können.⁴⁴⁹ Damit kann weder der EKEK noch das TKG deren Anwendung grundsätzlich ausschließen. Zwar können nach Auffassung des EuGH und des BGH regulatorische Verpflichtungen für die Beurteilung relevant sein, ob ein Unternehmen missbräuchlich im Sinne des Art. 102 AEUV gehandelt hat.⁴⁵⁰ Dennoch kann etwa auch ein von der Regulierungsbehörde genehmigtes Entgelt missbräuchlich im Sinne des Art. 102 AEUV sein, wenn das Unternehmen ein nicht missbräuchliches Entgelt hätte beantragen können.⁴⁵¹ Die Art. 101 f. AEUV sind nur dann nicht anwendbar, wenn durch staatliche Maßnahmen ein eigenständiges Verhalten von Unternehmen ausgeschlossen ist.⁴⁵² Für den Preishöhenmissbrauch dürfte z. B. kaum ein eigenständiger Anwendungsbereich des Art. 102 Satz 2 lit. a AEUV neben den detaillierten Regelungen der §§ 37 ff. TKG⁴⁵³ bestehen und regelmäßig nur dann einschlägig sein, wenn die Verwirklichung weiterer missbräuchlicher Verhaltensweisen in Rede steht, die vom Regulierungsrecht nicht erfasst werden.⁴⁵⁴

332. Auf nationaler Ebene existiert mit § 2 Abs. 4 TKG eine gesetzliche Regelung, die Aussagen zum Verhältnis von TKG und GWB enthält. Diese sorgt jedoch letztlich nicht für eine Klarstellung. Nach dieser Norm bleiben die Vorschriften des GWB anwendbar, soweit nicht durch das TKG ausdrücklich abschließende, d. h. das allgemeine Wettbewerbsrecht ausschließende Regelungen getroffen werden. Zudem bleiben die Aufgaben und Zuständigkeiten der Kartellbehörden unberührt. Misslich an dieser Regelung ist, dass im TKG keine einzige Regelung existiert, die einen ausdrücklichen Ausschluss des allgemeinen Wettbewerbsrechts enthält, so wie dies z. B. im Energierecht in § 111 Abs. 2 EnWG⁴⁵⁵ der Fall ist. Um zu vermeiden, dass § 2 Abs. 4 Satz 1 TKG vollständig leerläuft, wird daher in der Literatur überwiegend vorgeschlagen, auch eine „implizite Vorrangbehauptung“ anzuerkennen, da es nicht überzeugend sei, funktional äquivalente Vorschriften des TKG (etwa zur Zugangs- und Entgeltregulierung) durch das allgemeine Wettbewerbsrecht zu überlagern.⁴⁵⁶ Nach dieser Auffassung ist von einem Spezialitäts- und damit Vorrangverhältnis der regulierungsrechtlichen Vorschriften des TKG gegenüber dem GWB auszugehen, soweit das TKG funktional äquivalente Vorschriften enthält. Diese Auffassung ist plausibel, weil zumindest in einem ersten Schritt zunächst im spezielleren Regulierungsrecht, das sektorspezifische Besonderheiten stärker berücksichtigt, nach einer Lösung eines Problems zu suchen ist, bevor auf das allgemeine Wettbewerbsrecht zurückgegriffen wird. Soweit das Regulierungsrecht also spezielle Regelungen enthält, sind diese grundsätzlich vorrangig. Dies ist vor allem dann sinnvoll und geboten, wenn das Regulierungsrecht sehr ausdifferenzierte Regelungen enthält, in denen der Gesetzgeber auf supranationaler und nationaler Ebene konkrete Wertungsentscheidungen bereits bewusst

⁴⁴⁹ Ebenda, vgl. Fn. 446, § 2, Tz. 30.

⁴⁵⁰ EuGH, C-152/19 P, 25. März 2021, Zum Missbrauch durch Verweigerung des entbündelten Zugangs, ECLI:EU:C:2021:238, Rz. 57 unter Berufung auf EuGH, C-280/08 P, 14. Oktober 2010, Deutsche Telekom / Kommission, ECLI:EU:C:2010:603, Tz. 224 bzw. BGH, KZR 72/15, 22. Juni 2021, Missbrauch bei sektorspezifischer Entgeltregulierung, NZKart, 2021, 699, Rz. 14. Siehe auch EuGH, C-165/19 P, 25. März 2021, Breitbandmarkt Slowakei II, ECLI:EU:C:2021:239, Rz. 57.

⁴⁵¹ EuGH, C-280/08 P, Deutsche Telekom / Kommission, a. a. O., vgl. Fn. 450, Rz. 80 ff.

⁴⁵² Ebenda, vgl. Fn. 450, Tz. 80.

⁴⁵³ Für den Fall, dass Entgelte einer Genehmigungspflicht nach den §§ 39 ff. TKG unterworfen werden und die Bundesnetzagentur den Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung wählt, enthält etwa § 42 TKG detaillierte Regelungen zu den anzusetzenden Kosten.

⁴⁵⁴ BVerwG, 6 C 27.14, 16. Dezember 2015, Genehmigung des Verbindungsentgelts für Terminierung im Mobilfunknetz, ECLI:DE:BVERWG:2015:161215U6C27.14.0, Rz. 27.

⁴⁵⁵ § 111 EnWG lautet: (1) Die §§ 19, 20 und 29 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen sind nicht anzuwenden, soweit durch dieses Gesetz oder auf Grund dieses Gesetzes erlassener Rechtsverordnungen ausdrücklich abschließende Regelungen getroffen werden. Die Aufgaben und Zuständigkeiten der Kartellbehörden bleiben unberührt. (2) Die Bestimmungen des Teiles 3 und die auf Grundlage dieser Bestimmungen erlassenen Rechtsverordnungen sind abschließende Regelungen im Sinne des Absatzes 1 Satz 1.

⁴⁵⁶ Cornils, M., a. a. O., vgl. Fn. 437, § 2, Tz. 98 ff., Säcker, F. J., a. a. O., vgl. Fn. 446, § 2, Tz. 26 ff.; Gärditz, K. F., in: Scheurle, K.-D./Mayen, T. (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, 3. Auflage, München, 2018, § 2, Tz. 76; Ruthig, J., in: Fetzer, T./Scherer, J./Graulich, K. (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, 3. Auflage, Berlin, 2021, § 2, Tz. 39:

getroffen hat. Das betrifft vor allem die Vorschriften zur Zugangs- und Entgeltregulierung, die im Telekommunikationsrecht stark ausdifferenziert sind und über Empfehlungen und Leitlinien der Europäischen Kommission und des Gremiums europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK) kontinuierlich fortentwickelt werden. Im Zweifel ist dennoch auch auf nationaler Ebene davon auszugehen, dass das allgemeine Wettbewerbsrecht ergänzend anwendbar bleibt, da eine klare und ausdrückliche gesetzliche Regelung zum Ausschluss des allgemeinen Wettbewerbsrechts fehlt. Außerdem fehlen im TKG z. B. spezielle telekommunikationsrechtliche Regelungen zur Zusammenschlusskontrolle und zum Kartellverbot.⁴⁵⁷ Dennoch gilt es in den Bereichen, in denen das allgemeine Wettbewerbsrecht das Regulierungsrecht ergänzt oder nur allgemeines Wettbewerbsrecht existiert, die Wertungen des Regulierungsrechts zu berücksichtigen, da das Regulierungsrecht Wertungsentscheidungen des Gesetzgebers enthält, die im allgemeinen Wettbewerbsrecht keine explizite Erwähnung finden. Dies betrifft insbesondere die im Regulierungsrecht enthaltenen umfassenden Zielbestimmungen, die durch die Regulierungsbehörden in Einzelentscheidungen konkretisiert und ausgestaltet werden.⁴⁵⁸ Gleichzeitig beruht das Regulierungsrecht auf Sekundärrecht, das bei einem möglichen Zielkonflikt – genauso wie das gegebenenfalls umzusetzende nationale Recht – primärrechtskonform insbesondere anhand der Art. 101 f. AEUV ausgelegt werden muss.

333. Insgesamt ist festzuhalten, dass die Art. 101 f. AEUV schon aus Gründen der Normenhierarchie grundsätzlich nicht verdrängt sein können. Jedoch sollten auch bei einer Anwendung dieser Normen – genauso wie im nationalen Recht – die spezielleren Wertungen des Regulierungsrechts, wie sie im Gesetz und der Regulierungspraxis zum Ausdruck kommen, Berücksichtigung finden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die spezielleren Wertungen auf Unionsrecht beruhen. In den Bereichen, in denen es ausdifferenzierte Regeln im Regulierungsrecht gibt (insbesondere bei der Zugangs- und Entgeltregulierung), ist zunächst auf diese zurückzugreifen. Dies bedeutet für die Praxis, dass in den Bereichen, in denen umfangreiche regulierungsrechtliche Vorgaben im TKG existieren, zunächst die Bundesnetzagentur gefragt ist, den ihr vom Gesetzgeber übertragenen Gestaltungsauftrag insbesondere bei der Zugangs- und Entgeltregulierung (§§ 20 ff. bzw. 37 ff. TKG), aber – wenn auch in einem geringeren Maße – auch bei der besonderen Missbrauchsaufsicht (§ 50 TKG) auszuüben. Hierbei ist zu bedenken, dass sowohl die Zugangs- und Entgeltregulierung als auch die besondere Missbrauchsaufsicht⁴⁵⁹ ohnehin nur dann anwendbar ist – und damit auch nur dann vorrangig sein kann –, wenn die Bundesnetzagentur zuvor in einem förmlichen Verfahren nach den §§ 10, 11 TKG das Vorliegen beträchtlicher Marktmacht eines bestimmten Unternehmens festgestellt hat. Im Zuge dieser Prüfung muss im Einvernehmen⁴⁶⁰ mit dem Bundeskartellamt (§ 197 Abs. 1 Nr. 1 TKG) insbesondere die Insuffizienz des allgemeinen Wettbewerbsrechts (§ 11 Abs. 2 Nr. 3 TKG) für einen bestimmten Markt festgestellt worden sein. Das allgemeine Wettbewerbsrecht sollte in diesen Fällen nur dort angewendet werden, wo eine bestimmte Missbrauchsform durch das Regulierungsrecht nicht erfasst wird und folglich eine Lücke besteht oder die Bundesnetzagentur aus anderen Gründen untätig bleibt. Sofern ein Einschreiten sowohl durch das Bundeskartellamt als auch die Bundesnetzagentur möglich ist, wie etwa bei Preis-Kosten-Scheren, sollte zunächst die Bundesnetzagentur tätig werden, da ihr mit der Feststellung der Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes die primäre Verantwortung für die Schaffung und Erhaltung des dortigen Wettbewerbs zukommt. Während die Missbrauchskontrolle im TKG mit der Zugangs- und Entgeltregulierung, aber auch der allgemeinen Missbrauchsaufsicht (§ 50 TKG) umfassend geregelt ist, existieren etwa bei der Fusionskontrolle und dem Kartellverbot⁴⁶¹ nahezu ausschließlich Regelungen des allgemeinen Wettbewerbsrechts. Hier wird folglich dem allgemeinen Wettbewerbs-

⁴⁵⁷ Cornils, M., a. a. O., vgl. Fn. 437, § 2, Tz. 102 sowie zum Kartellverbot Gärditz, K. F., a. a. O., vgl. Fn. 456, § 2, Tz. 76.

⁴⁵⁸ Siehe etwa Art. 1 EKEK bzw. § 2 TKG sowie die speziellen Bestimmungen in den einzelnen Teilen des TKG, z. B. der Frequenzverwaltung, § 87 TKG.

⁴⁵⁹ Für die besondere Missbrauchsaufsicht nach § 50 TKG war dies umstritten, wurde jedoch vom Bundesverwaltungsgericht bejaht, BVerwG, BVerwG, 6 C 21/06, 18. April 2007, Rz. 17.

⁴⁶⁰ Dies bedeutet, dass eine Zustimmung seitens des Bundeskartellamtes erforderlich ist, Gramlich, L., in: Scheurle, K.-D./Mayen, T. (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, 3. Auflage, München, 2018, § 123, Tz. 5.

⁴⁶¹ Auch vor der TKG-Novellierung im Jahr 2021 enthielt § 2 Abs. 3 Nr. 4 TKG a. F. einen Regulierungsgrundsatz, wonach Kooperationsvereinbarungen zuzulassen seien, um effiziente Investitionen zu fördern, wenn zugleich der Wettbewerb gewahrt sein kann.

recht eine größere Bedeutung zukommen. Dennoch sollten auch hier die Wertungen des Regulierungsrechts stets mitberücksichtigt werden, insbesondere wenn den Regulierungsbehörden eigenständige Gestaltungsspielräume eingeräumt werden. In der Praxis wird es in allen Bereichen auf eine gute Abstimmung zwischen der Bundesnetzagentur und den Wettbewerbsbehörden ankommen. Wie dies im Einzelfall gelingen kann, wird im Folgenden anhand der im TKG in den §§ 18, 19 TKG neu eingefügten Vorschriften zu Kooperationen erörtert.

2.6.2.2 Kooperationsfreigaben der Bundesnetzagentur als vorgelagerte Regulierungsentscheidungen zwingend zu berücksichtigen

334. Bezüglich Kooperationen von Telekommunikationsunternehmen zum Zwecke des Glasfaserausbaus besteht die Situation, dass es nicht mehr – wie bislang – nahezu⁴⁶² ausschließlich Regelungen im allgemeinen Wettbewerbsrecht gibt. Das TKG sieht seit seiner Novellierung zum Dezember 2021 in Umsetzung von Art. 76 EKEK ein spezielles Prüfverfahren für als „Ko-Investitionsangebot“ bezeichnete Angebote zur Kooperation von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht vor. Im Rahmen des Prüfverfahrens kann das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eine Verpflichtungszusage abgeben, die ein Ko-Investitionsangebot bezüglich der Errichtung von Netzen mit sehr hoher Kapazität⁴⁶³ enthält (§ 18 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 TKG). Mit der Erarbeitung von Leitlinien hinsichtlich der Ausgestaltung solcher Angebote ist gemäß Art. 76 Abs. 4 EKEK das GEREK betraut. Nach Auffassung des GEREK sind insbesondere Angebote erfasst, welche die Gründung von Gemeinschaftsunternehmen oder Modelle zur gegenseitigen oder einseitigen Zugangsgewährung beinhalten.⁴⁶⁴ Sobald die Bundesnetzagentur in dem förmlichen Verfahren unter Beteiligung der Marktteilnehmer feststellt, dass die Verpflichtungszusage die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt, erklärt sie diese ganz oder teilweise für verbindlich (§ 19 Abs. 1 Satz 1 TKG). Zu den Voraussetzungen gehört, dass das Ko-Investitionsangebot Netzbetreibern und Diensteanbietern über die gesamte Lebensdauer des Netzes offensteht, dass das Angebot faire, angemessene und nichtdiskriminierende Bedingungen für die Beteiligung enthält, dass es veröffentlicht wird und dass auch dritte, nicht an der Ko-Investition beteiligte Unternehmen zu fairen, angemessenen und nichtdiskriminierenden Bedingungen Vorleistungszugang erhalten können (§ 18 Abs. 3 TKG). Zudem sehen § 13 Abs. 4 Sätze 3 und 4 TKG vor, dass sofern (mindestens) ein Ko-Investor das in der Verpflichtungszusage enthaltene Ko-Investitionsangebot annimmt, dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht regelmäßig Regulierungserleichterungen zu gewähren sind, sofern nicht besondere Merkmale des betrachteten Marktes dennoch eine strengere Regulierung rechtfertigen.

335. Fraglich ist, inwiefern eine kartell- bzw. fusionskontrollrechtliche Prüfung von Kooperationen im Telekommunikationsbereich noch sinnvoll erscheint, wenn die Bundesnetzagentur ein entsprechendes Vorhaben bereits regulierungsrechtlich geprüft und für im Einklang mit den gesetzlichen Vorgaben erklärt hat. Der EU-Gesetzgeber geht davon aus, dass Kooperationen den Breitbandausbau in Gebieten fördern, in denen ein infrastrukturbasierter Wettbewerb nicht effizient ist und dabei gleichzeitig ein nachhaltiger Wettbewerb gewahrt werden kann (vgl. Erwägungsgrund 198 EKEK). Es ist insbesondere wertungswidersprüchlich, wenn eine Kooperation im Regulierungsrecht die Erleichterung von Verpflichtungen des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht zu rechtfertigen vermag, anschließend jedoch über das allgemeine Wettbewerbsrecht verhindert wird, zumal das Telekommunikationsrecht im Kern ein sektorspezifisches, spezielleres Wettbewerbsrecht darstellt.⁴⁶⁵

336. Soweit Unionsrecht anwendbar ist, stellt sich die Frage nach dem Verhältnis von TKG bzw. EKEK zur EU-Fusionskontrollverordnung 139/2004 und Art. 101 AEUV.⁴⁶⁶ Die EU-Fusionskontrollverordnung dürfte nicht ver-

⁴⁶² Siehe dazu bereits oben, Fn. 461.

⁴⁶³ Dies umfasst nach § 3 Nr. 33 TKG Netze, die entweder komplett aus Glasfaserkomponenten zumindest bis zum Verteilerpunkt am Ort der Nutzung bestehen oder die zu üblichen Spitzenlastzeiten eine vergleichbare Netzleistung bieten können.

⁴⁶⁴ GEREK, Guidelines to foster the consistent application of the conditions and criteria for assessing new very high capacity network elements (Article 76 (1) and Annex IV EECC), BoR (20) 232, 11. Dezember 2020, Tz. 27.

⁴⁶⁵ Siehe zu Kooperationsvereinbarungen bereits Cornils, M., a. a. O., vgl. Fn. 437, § 2, Tz. 95.

⁴⁶⁶ Oftmals wird das Unionsrecht jedoch nicht anwendbar sein: Art. 101 AEUV setzt voraus, dass die Kooperationen dazu geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen. Dies wird auf lokale oder regionale Kooperationen vielfach

drängt sein, da ein klares Spezialitätsverhältnis, das zu einer Verdrängung der Verordnung (EG) 139/2004 führen würde, nicht erkennbar ist. Einerseits kann die Verordnung (EG) 139/2004 insofern spezieller als die Regelung des EKEK angesehen werden, da sie einen Zusammenschluss im Sinne des Art. 3 Verordnung (EG) 139/2004 voraussetzt, der EKEK hingegen eine Kooperation, die zugleich die Voraussetzungen des Art. 3 Verordnung (EG) 139/2004 erfüllt, lediglich als Teilmenge miterfasst. Andererseits enthält Art. 76 EKEK speziellere Regelungen gegenüber der Verordnung (EG) 139/2004 für Kooperationen, die den Ausbau von Telekommunikationsnetzen mit sehr hoher Kapazität durch ein Gemeinschaftsunternehmen betreffen. Art. 101 AEUV ist ebenfalls nicht verdrängt, da dieser als Primärrecht vorrangig zu Art. 76 EKEK ist. Im Ergebnis ist für das nationale Recht ebenfalls von einer grundsätzlich parallelen Anwendbarkeit der Vorschriften zu dem Kartellverbot und der Fusionskontrolle auszugehen: Weder die Fusionskontrolle noch § 1 GWB werden durch die §§ 18, 19 TKG verdrängt, da das TKG insofern keine abschließende Regelung im Sinne des § 2 Abs. 4 TKG enthält.⁴⁶⁷ Es ist folglich zu prüfen, ob und wie die Wertungen des Art. 76 EKEK bzw. die §§ 18, 19 GWB auch innerhalb der Prüfung von Art. 101 AEUV bzw. § 1, 2 GWB sowie der Fusionskontrolle berücksichtigt werden können. Im Ergebnis ist hier von einem Gleichlauf der Wertungsentscheidungen auszugehen, da nicht ersichtlich ist, warum z. B. regionale und überregionale Kooperationen grundsätzlich anders zu beurteilen sind. Kooperationen können im Einzelfall nach Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. § 2 Abs. 1 GWB zulässig sein. Hinsichtlich der in Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. § 2 Abs. 1 GWB genannten Tatbestandsmerkmale kann Folgendes festgestellt werden: Die von Art. 76 EKEK bzw. §§ 18, 19 TKG erfassten Kooperationen dienen dazu, langfristig Kupfer- durch Glasfasernetze zu ersetzen. Glasfasernetze stellen gegenüber den aus Kupferdoppeladern bestehenden Netzen zweifellos eine Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung dar. Im Weiteren kommt es insbesondere darauf an, ob auch die Verbraucherinnen und Verbraucher angemessen daran beteiligt werden und eine Kooperation tatsächlich „unerlässlich“ ist, damit ein bestimmtes Gebiet mit Glasfasernetzen versorgt wird, ohne dass der Wettbewerb ausgeschaltet wird (Art. 101 Abs. 3 lit. a und b AEUV bzw. § 2 Abs. 1 GWB).⁴⁶⁸ Hinsichtlich des letztgenannten Punktes ist das Regulierungsregime, wie es von der Bundesnetzagentur ausgestaltet wird, von maßgeblicher Bedeutung. Dies gilt gleichermaßen für die im Rahmen der Fusionskontrolle zu prüfenden Frage, ob durch den Zusammenschluss eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs eintreten würde (Art. 2 Abs. 3 Verordnung (EG) 139/2004 bzw. § 36 Abs. 1 Satz 1 GWB). Den nationalen Regulierungsbehörden wurden im Telekommunikationssektor durch den Gesetzgeber umfassende Gestaltungsbefugnisse eingeräumt. Dies betrifft insbesondere die Abwägung zwischen den in Art. 1 EKEK bzw. § 2 TKG enthaltenen Zielen. Wenn im Rahmen der Prüfung einer Kooperationsvereinbarung von der Bundesnetzagentur Regulierungserleichterungen gewährt werden und die Eingriffsvoraussetzung von § 13 Abs. 4 Satz 4 TKG (bzw. Art. 76 Abs. 2 UAbs. 3 EKEK) nach Auffassung der Bundesnetzagentur folglich nicht vorliegen, ist es nur in Ausnahmefällen denkbar, dass die Wettbewerbsbehörden sich über diese Wertungen hinwegsetzen. Dies gilt vor allem, weil die in Art. 76 EKEK enthaltene Regelung nur dann anwendbar ist, wenn an der Kooperation ein Unternehmen beteiligt ist, bei dem gemäß § 10, 11 TKG von der Bundesnetzagentur festgestellt worden ist, dass es über beträchtliche Marktmacht verfügt. Die Bundesnetzagentur erlegt solchen Unternehmen gemäß § 13 Abs. 1 TKG umfassende Pflichten auf und hat dabei die gemäß den §§ 18, 19 TKG für verbindlich erklärten Verpflichtungszusagen gemäß § 13 Abs. 4 TKG im Rahmen von Regulierungsverfügungen zu berücksichtigen. In systematischer Hinsicht treten damit insbesondere die Kooperationsvereinbarungen funktional (teilweise) an die Stelle von Regulierungsverfügungen. Damit erweist

nicht zutreffen. So hat etwa das BKartA in dem Fall des Gemeinschaftsunternehmens Glasfaser Nordwest eine Anwendbarkeit abgelehnt, da die Zusammenarbeit lediglich regionale Bedeutung habe und weniger als zehn Prozent der deutschen Haushalte umfasse, BKartA, B7-21/18, Glasfaser Nordwest Kartellverwaltungsverfahren, a. a. O., vgl. Fn. 3, Tz. 27. Eine Anwendung der EU-Fusionskontrollverordnung dürfte in einigen Fällen ebenfalls nicht in Betracht kommen, weil kein Gemeinschaftsunternehmen im Sinne des Art. 3 Abs. 4 Verordnung (EG) 139/2004 gegründet wird. Das Fehlen der hierfür erforderlichen Voraussetzungen hat das Bundeskartellamt in dem Fall Glasfaser Nordwest angenommen, da das Unternehmen dauerhaft deutlich überwiegend lediglich an die Muttergesellschaften Leistungen erbringen wird und damit nicht als wirtschaftlich selbstständig angesehen werden könne, BKartA, B7-21/18, Glasfaser Nordwest Fusionskontrollverfahren, a. a. O., vgl. Fn. 440, Tz. 89 ff.

⁴⁶⁷ Siehe oben, Tz. 333.

⁴⁶⁸ Siehe hierzu etwa BKartA, Hinweise zur wettbewerbsrechtlichen Bewertung von Kooperationen beim Glasfaserausbau in Deutschland, Bonn, 19. Januar 2010, die jedoch aufgrund ihres Alters neuere Entwicklungen, wie etwa die Vectoring-I- und Vectoring-II-Entscheidungen der BNetzA nicht berücksichtigen.

sich die Regelung der §§ 18, 19 TKG als ein Baustein im Rahmen der sehr ausdifferenzierten Zugangs- und Entgeltregulierung des TKG. Soweit also eine Kooperationsvereinbarung Regelungen enthält, die durch die Bundesnetzagentur hinsichtlich der Eignung im Rahmen der Zugangs- und Entgeltregulierung bewertet worden ist, sollte diese Wertung nicht seitens der Kartellbehörden konterkariert werden. Es muss hier im Wesentlichen der Bundesnetzagentur überlassen bleiben, wie sie die dort enthaltenen Zugangsbedingungen vor dem Hintergrund der ihr übertragenen gestalterischen Abwägungsaufgabe einordnet und in ihr Gesamtkonzept einfügt. Sofern die Bundesnetzagentur in einer Entscheidung über eine Kooperationsvereinbarung zu dem Ergebnis kommt, dass diese die im TKG vorgegebenen Entgeltmaßstäbe wahren wird, ist die Entscheidung als abschließend anzusehen.⁴⁶⁹

337. Auf der Vollzugsebene ist es problematisch, wenn die Kartellbehörden und -gerichte bei ihrer Entscheidungspraxis Richtungsentscheidungen ablehnen oder unberücksichtigt lassen, die dem Regulierungskonzept der Bundesnetzagentur zugrunde liegen. Für eine mögliche Widersprüchlichkeit der Wertungen im Regulierungs- und Kartellrecht soll exemplarisch der neue Entwurf einer Regulierungsverfügung⁴⁷⁰ für den Markt Nr. 3a⁴⁷¹ und der Fall Glasfaser Nordwest dargestellt werden, bei dem die Regulierungsbehörde und das OLG Düsseldorf in parallel geführten Verfahren unterschiedliche Ansätze verfolgten. Der Entwurf der Regulierungsverfügung, der allerdings erst nach dem Beschluss des OLG veröffentlicht worden ist, enthält wichtige Weichenstellungen für die Zukunft der Regulierung der „letzten Meile“ für Kupfer- und Glasfasernetze. Bei der Regulierung von Glasfasernetzen des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht hat die Bundesnetzagentur einen Weg eingeschlagen, den sie als „Regulierung light“ bezeichnet.⁴⁷² Die bedeutsamste Änderung ist der Verzicht auf eine Entgeltregulierung im „klassischen“ Sinn. Sie wird durch umfassende Nichtdiskriminierungsverpflichtungen (Equivalence of Input, EoI) ersetzt. Den Verzicht auf eine „klassische“ Entgeltregulierung stützt die Bundesnetzagentur auf den im Rahmen der TKG-Novelle neu eingefügten, auf Unionsrecht basierenden § 38 Abs. 2 TKG,⁴⁷³ der für Netze mit sehr hoher Kapazität im Sinne des § 3 Nr. 33 TKG gilt. Als Tatbestandsvoraussetzungen für das Absehen von einer Entgeltregulierung wird insbesondere ein nachweisbarer Preisdruck auf die Endkundenpreise, d. h. ein Preiswettbewerb bei Endkundenprodukten, verlangt (§ 38 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 TKG). Ein bestehender Preisdruck wird von der Bundesnetzagentur mit bestehendem Infrastrukturwettbewerb und einem Preisanker durch regulierte Produkte, die auf alten Kupferleitungen aufsetzen (sog. „Kupferanker“⁴⁷⁴) begründet.⁴⁷⁵ Dieser Kupferanker ergibt sich durch die Marktregulierung der Bundesnetzagentur: Vorleistungsprodukte auf Kupferbasis der TDG und der mit ihr im Sinne des § 3 Nr. 69 TKG verbundenen Unternehmen unterliegen einer Entgeltregulierung durch die Bundesnetzagentur. Heben kooperierende, glasfaserausbauende Unternehmen die Vorleistungs- und Endkundenpreise für Glasfaserprodukte an, so werden jene Endkundenprodukte attraktiver, welche von Wettbewerbern auf der Basis preisregulierter Kupfervorleistungsprodukte angeboten werden. Die direkte Wettbewerbsziehung der Kupfer- und Glasfa-

⁴⁶⁹ Siehe hierzu etwa auch Tz. 331 sowie BVerwG, 6 C 27.14, Genehmigung des Verbindungsentgelts für Terminierung im Mobilfunknetz, a. a. O., vgl. Fn. 454.

⁴⁷⁰ BNetzA, BK3i-19/020, 11. Oktober 2021, Entwurf für eine Regulierungsverfügung für den Markt Nr. 3a, siehe dazu bereits Monopolkommission, 12. Sektorgutachten Telekommunikation, a. a. O., vgl. Fn. 32, Tz. 16 ff.

⁴⁷¹ Dieser in der Märktempfehlung 2014 (Empfehlung 2014/710/EU der Kommission vom 9. Oktober 2014) noch als Markt Nr. 3a bezeichnete Markt entspricht dem Markt Nr. 1 der Märktempfehlung 2020 (Empfehlung 2245/2020/EU der Kommission vom 18. Dezember 2020). Im Folgenden wird weiterhin die alte Nummerierung gewählt, da die zugrundeliegende Marktanalyse noch vor Inkrafttreten der neuen Märktempfehlung erfolgt ist und die BNetzA ebenfalls noch die alte Nummerierung verwendet.

⁴⁷² BNetzA, Bundesnetzagentur legt Entwurf zur künftigen Zugangsregulierung vor, Pressemitteilung, 11. Oktober 2021.

⁴⁷³ Diese Regelung setzt Art. 74 Abs. 3 EKEK um, BT-Drs. 19/26108, S. 274.

⁴⁷⁴ Der Begriff geht auf Nr. 6 lit. c der Empfehlung 2013/466/EU der Kommission über einheitliche Nichtdiskriminierungsverpflichtungen und Kostenrechnungsmethoden zur Förderung des Wettbewerbs und zur Verbesserung des Umfelds für Breitbandinvestitionen vom 11. September 2013, ABl. EU L 251 vom 21.9.2013, 13 zurück und bezeichnet „ein kostenorientiertes Kupferleitungszugangsprodukt auf der Vorleistungsebene, das die NGA[Next-Generation-Access]-Preise insofern beschränkt, als die Preisbildung bei NGA-Diensten von der Bereitschaft der Verbraucher abhängt, für die zusätzlichen Kapazitäten oder Funktionen zu bezahlen, die ein NGA-gestütztes Endkundenprodukt im Vergleich zu einem kupferleitungsgestützten Endkundenprodukt bietet“.

⁴⁷⁵ BNetzA, BK3i-19/020, Entwurf für eine Regulierungsverfügung für den Markt Nr. 3a, a. a. O., vgl. Fn. 470, S. 218.

seranschlüsse zeigt sich darin, dass die Bundesnetzagentur diese Produkte demselben sachlichen und räumlichen Markt zuordnet.⁴⁷⁶

338. Diese Aspekte werden in den Entscheidungen des Bundeskartellamtes und des OLG Düsseldorf – anders als im Entwurf der Regulierungsverfügung – nicht angesprochen. Das Bundeskartellamt geht zwar auf Regulierungsaspekte ein, beschränkt sich jedoch im Wesentlichen darauf, dass die Regulierung von Glasfasernetzen künftig voraussichtlich einer eher niedrigen Regulierungsintensität unterworfen sein werden, ohne auf den Preisdruck durch regulierte Kupferprodukte auf die Glasfaserprodukte einzugehen.⁴⁷⁷ Das OLG wiederum stellt fest, dass die Verpflichtung des Gemeinschaftsunternehmens, diskriminierungsfreien Vorleistungszugang für Drittunternehmen zu gewähren, nicht verhindere, dass insgesamt zu hohe Vorleistungspreise verlangt würden.⁴⁷⁸ Zwar wurde der Regulierungsentwurf für den Markt Nr. 3a erst am 11. Oktober 2021 und damit nach der Entscheidung des OLG Düsseldorf veröffentlicht. Gleichwohl ist der Aspekt des Kupferankers bereits seit der Nichtdiskriminierungsempfehlung vom 11. September 2013⁴⁷⁹ im Regulierungsrecht zu berücksichtigen (§ 198 Abs. 4 TKG, Art. 38 Abs. 2 EKEK) und wurde auch im EKEK noch einmal aufgegriffen (Erwägungsgrund 193 EKEK). Es ist daher bedauerlich, dass dieses Argument im Verfahren insbesondere durch das OLG Düsseldorf nicht eingehend bewertet worden ist. Eine Auseinandersetzung der Kartellbehörden und -gerichte mit diesem Aspekt wäre wünschenswert gewesen. Jedenfalls sollten nach Inkrafttreten der Regulierungsverfügung für den Markt Nr. 3a, die ausführlich die Wirkungen des Kupferankers würdigt, divergierende Wertungen oder gar eine vollständig fehlende Berücksichtigung von Aspekten des Regulierungsrechts vermieden werden.

339. Für künftige Verfahren erscheint daher folgender Ansatz sinnvoll: In Bereichen, in denen eine Regulierungsverfügung der Bundesnetzagentur besteht und die Bundesnetzagentur eine Kooperationsvereinbarung anhand der §§ 18, 19 TKG geprüft hat, sollte die Entscheidung der Bundesnetzagentur von den Kartellbehörden anerkannt werden, soweit sie sich als „vorgelagerte“ Regulierungsentscheidung darstellt und eine Regulierungsverfügung durch Bestimmungen in Kooperationsvereinbarungen funktionell ersetzt. Die Zugangs- und Entgeltregulierung ist Aufgabe der Bundesnetzagentur. Umgekehrt verbleibt für die Kartellbehörden etwa ein eigener Beurteilungsspielraum dort, wo sich die Entscheidung der Bundesnetzagentur nicht als Regulierungsverfügung darstellt. Dies betrifft etwa die Frage, ob durch eine Kooperation der Ausbauwettbewerb beeinträchtigt wird, etwa durch eine Vereinbarung von Ausbauzielen⁴⁸⁰ oder wie eine Beteiligung der Unternehmen an Förderverfahren stattzufinden hat. Gleichwohl ist auch hier die gesetzliche Wertungsentscheidung des Unionsgesetzgebers zu berücksichtigen, der Kooperationen, die unter Art. 76 EKEK fallen, positiv sanktioniert. Diese gesetzgeberische Zielabwägung sollte nicht durch das allgemeine Wettbewerbsrecht ausgehebelt werden.⁴⁸¹ Ob und in welchem Ausmaß künftig durch eine Anwendung der §§ 18, 19 TKG in der Praxis Wertungswidersprüche auftreten, hängt letztlich auch davon ab, inwiefern die betroffenen Unternehmen tatsächlich von der Möglichkeit Gebrauch machen und wie gut die Abstimmung zwischen den Behörden funktioniert. Derzeit sind auf EU-Ebene und nationaler Ebene jedenfalls noch keine problematischen Fälle bekannt, sodass die Änderungsvorschläge im folgenden Abschnitt perspektivischen Charakter haben.

⁴⁷⁶ BNetzA, BK1-19/001, 11. Oktober 2019, Marktfestlegung für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang, S. 105.

⁴⁷⁷ BKartA, B7-21/18, Glasfaser Nordwest Fusionskontrollverfahren, a. a. O., vgl. Fn. 440, Tz. 343 ff.

⁴⁷⁸ OLG Düsseldorf, Kart 5/20 (V), Glasfaser Nordwest, a. a. O., vgl. Fn. 443, Rz. 156, 159 sowie Rz. 135 und Rz. 120.

⁴⁷⁹ Siehe Fn. 474.

⁴⁸⁰ Die Vereinbarung von Ausbauzielen für Gebiete, in denen lediglich der Ausbau einer einzigen Infrastruktur rentabel möglich ist, kann dazu führen, dass in diesen Gebieten nur die kooperierenden Unternehmen in einen Infrastrukturausbau investieren, die Wettbewerber hingegen auf eigene Vorstöße verzichten und anschließend auf einen Zugang zu den bereits errichteten Infrastrukturen angewiesen sind, siehe dazu OLG Düsseldorf, Kart 5/20 (V), Glasfaser Nordwest, a. a. O., vgl. Fn. 443, Rz. 93 ff.

⁴⁸¹ Siehe dazu etwa Cornils, M., a. a. O., vgl. Fn. 437, § 2, Tz. 95, der es als „geradezu widersinnig“ bezeichnet, wenn das Telekommunikationsrecht zur Erreichung von Regulierungszielen Verhaltensweisen zulässt, die aber durch das Kartellrecht unterbunden werden.

2.6.3 Zusammenarbeit von Regulierungs- und Wettbewerbsbehörden durch Ausbau von Verfahrensbeteiligung verbessern

340. Wie dargelegt, sollten Wettbewerbsbehörden die gemäß den §§ 18, 19 TKG geschlossenen Kooperationsvereinbarungen anerkennen, soweit sie funktional „vorgelagerte“ Regulierungsentscheidungen darstellen. Dadurch werden Widersprüche im Regulierungskonzept der Bundesnetzagentur vermieden. Gleichzeitig ist zu konstatieren, dass die Wettbewerbsbehörden über ganz erhebliche Erfahrungen bei der Beurteilung von Kooperationen und Fusionen verfügen. Diese Erfahrungen sollten möglichst frühzeitig in das durch die Bundesnetzagentur durchgeführte Verfahren einbezogen werden. Dadurch wird sich in vielen Fällen vermeiden lassen, dass eine nachträgliche „Korrektur“ durch das allgemeine Wettbewerbsrecht notwendig wird, soweit dieses anwendbar bleibt.

341. Die Zusammenarbeit der Bundesnetzagentur mit dem Bundeskartellamt ist im Bereich der Telekommunikation im Wesentlichen in § 197 Abs. 1-5 TKG geregelt. In den Abs. 1-3 sind Entscheidungen der Bundesnetzagentur genannt, bei denen das Bundeskartellamt in das Verfahren einzubeziehen ist. Besonders bedeutsame Entscheidungen, wie etwa die der Anwendbarkeit des sektorspezifischen Regulierungsrechts auf einen bestimmten Markt (§ 11 Abs. 1 und 2 TKG) sowie die der Einstufung eines Unternehmens als ein solches mit beträchtlicher Marktmacht im Sinne des § 11 Abs. 4 Satz 2 TKG sind etwa im Einvernehmen zwischen den beiden Behörden zu treffen.⁴⁸² Im Übrigen ist dem Bundeskartellamt bei Entscheidungen der Bundesnetzagentur über Fragen der Marktregulierung, d. h. insbesondere bei Fragen zur Zugangs- und Entgeltregulierung sowie zur besonderen Missbrauchsaufsicht jedenfalls eine Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben (§ 197 Abs. 2 Nr. 2 TKG). In Abs. 4 ist die umgekehrte Konstellation geregelt, d. h. in welchen Fällen das Bundeskartellamt die Bundesnetzagentur zu beteiligen hat. Dabei wäre insbesondere wichtig, dass auch in den Verfahren nach § 19 TKG das Bundeskartellamt mit einbezogen wird. Bislang ist in § 197 Abs. 2 Nr. 1 TKG diesbezüglich nur vorgesehen, dass bei der Erstellung von Verwaltungsvorschriften das Bundeskartellamt zu beteiligen ist. Im Übrigen ist es dem Gesetzeswortlaut nach erst dann hinzuzuziehen, wenn die bereits geprüfte und freigegebene Kooperationsvereinbarung zu einer (teilweisen) Aufhebung der Regulierungsverfügung gemäß § 13 Abs. 4 TKG führt (§ 197 Abs. 2 Nr. 2 TKG). Stattdessen wäre eine frühzeitigere Beteiligung, etwa im Verfahren der Öffentlichkeitsbeteiligung bei der Überprüfung der Verpflichtungszusage nach § 19 TKG, ratsam. Auch wenn dies in der Praxis bei einer funktionierenden Abstimmung der Behörden ohnehin stattfinden wird, sollte in § 197 Abs. 2 TKG eine weitere (klarstellende) Bestimmung aufgenommen werden, nach der das Bundeskartellamt bei Verfahren nach § 19 TKG zu beteiligen ist.

342. Umgekehrt hat das Bundeskartellamt der Bundesnetzagentur gemäß § 197 Abs. 4 TKG für Verfahren nach den §§ 19 und 20 Abs. 1 und 2 GWB, nach Art. 102 AEUV oder nach § 40 Abs. 2 GWB rechtzeitig vor Abschluss des Verfahrens Gelegenheit zur Stellungnahme zu gewähren. Damit bestehen bereits jetzt gesetzlich verankerte Beteiligungsrechte der Bundesnetzagentur im Rahmen der Missbrauchsaufsicht sowie im Hauptprüfverfahren bei der Fusionskontrolle. Zudem dürften sich in kartellgerichtlichen Verfahren, die Verpflichtungszusagen nach den §§ 18, 19 TKG zum Gegenstand haben, Beteiligungsrechte der Bundesnetzagentur aus § 220 TKG i. V. m. § 90 GWB ergeben. Im Verfahren zur Beurteilung des Gemeinschaftsunternehmens Glasfaser Nordwest wurde die Bundesnetzagentur vom Bundeskartellamt im Fusionskontrollverfahren formal beteiligt, hat aber auf eine (umfassende) Stellungnahme verzichtet.⁴⁸³ Da die gemäß den §§ 18, 19 TKG möglichen Kooperationsvereinbarungen über die Gründung von Gemeinschaftsunternehmen hinausreichen und Kooperationen im Bereich des Glasfaserausbaus künftig eine hohe Bedeutung erlangen könnten, wäre es sachgerecht, ein Recht zur Stellungnahme über die bereits geregelten Fälle hinaus für Verfahren nach § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV in § 197 Abs. 4 TKG zu verankern, sofern Telekommunikationsmärkte betroffen sind. Soweit ohnehin eine enge Abstimmung zwischen den Behörden erfolgt, wäre diese Anpassung eher deklaratorischer Natur, die die Bedeutung der Zusammenarbeit betont. Die Bundesnetzagentur sollte sich umfassend an Verfahren beteiligen, um den Kartellbehörden und auch -gerichten eine

⁴⁸² Siehe dazu bereits oben, Tz. 333.

⁴⁸³ BKartA, B7-21/18, Glasfaser Nordwest Fusionskontrollverfahren, a. a. O., vgl. Fn. 440, Tz. 84.

möglichst vollständige Tatsachengrundlage für ihre Entscheidungen zu ermöglichen. Dadurch würde vermieden werden, dass Aspekte des Regulierungsrechts nicht hinreichend gewürdigt werden.

3 Quantitative Analysen im Berichtszeitraum

343. Die hohe Bedeutung der Anwendung quantitativer Methoden und Konzepte in der fusionsrechtlichen Entscheidungspraxis setzt sich auch in der aktuellen Berichtsperiode 2020/21 fort. Bei diesen Methoden handelt es sich beispielsweise um Umfragen, Überschneidungsanalysen oder Ausschreibungsanalysen. Der folgende Abschnitt liefert einen Überblick über die Anwendung quantitativer Methoden der kartellrechtlichen Entscheidungspraxis durch das Bundeskartellamt (Kap. 3.1). Im Gegensatz zur CMA, der Wettbewerbsbehörde des Vereinigten Königreichs, und der Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission wendet das Bundeskartellamt äußerst selten Methoden an, die über die deskriptiven Methoden hinausgehen. In den Abschnitten 3.2 sowie 3.3 wird daher die Anwendungspraxis der CMA und der Europäischen Kommission vorgestellt und in dem Abschnitt 3.4 mit derjenigen des Bundeskartellamtes verglichen.

3.1 Anwendung quantitativer Methoden durch das Bundeskartellamt

344. Das Bundeskartellamt verwendet zur Beurteilung der räumlichen und sachlichen Marktabgrenzung regelmäßig quantitative Methoden. Dies gilt in aller Regel im Rahmen der Hauptprüfverfahren der Fusionskontrolle sowie im Rahmen von Sektoruntersuchungen. Bei der Anwendung quantitativer Methoden werden die Beschlussabteilungen des Bundeskartellamtes durch das Referat „Ökonomische Grundsatzfragen“ unterstützt.⁴⁸⁴ Zudem überprüft das Referat die Ergebnisse der quantitativen Analysen, welche von den Zusammenschlussbeteiligten zur Entkräftung der fusionsrechtlichen Bedenken des Bundeskartellamtes vorgelegt werden.

345. Die Entscheidung, in welchen Fällen der fusionskontrollrechtlichen Analyse eigene quantitative Methoden angewendet werden, richtet sich nach der Fragestellung und der Datenverfügbarkeit. Dabei wägt die Behörde den zeitlichen Aufwand der Erhebung und den zu erwartenden Nutzen in Form einer besseren Fundierung der Entscheidung ab.⁴⁸⁵ Innerhalb des Berichtszeitraums 2020/21 hat das Bundeskartellamt Ausschreibungsanalysen⁴⁸⁶, Überschneidungsanalysen der Kunden- oder Lieferantenbeziehungen⁴⁸⁷, Stichprobenziehungen⁴⁸⁸ sowie Kunden- und Unternehmensbefragungen⁴⁸⁹ durchgeführt. Ex-post-Analysen zur Überprüfung der getätigten Entscheidun-

⁴⁸⁴ Das Referat „Datenerfassung und Ökonometrie“, welches im Jahr 2014 gegründet worden war und in den Vorjahren ebenfalls für die quantitative Unterstützung zuständig war, wurde im Rahmen von Umstrukturierungsmaßnahmen des Bundeskartellamtes in das Referat „Ökonomische Grundsatzfragen“ integriert.

⁴⁸⁵ BKartA, Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 2019/2020, a. a. O., vgl. Fn. 104, S. 26.

⁴⁸⁶ BKartA, 24. Juni 2021, B2-23/21, Andros & Cie SAS/Obst- und Gemüseverarbeitung „Spreewaldkonserve“ Golßen GmbH; BKartA, Sektoruntersuchung Erfassung von Haushaltsabfällen Abschlussbericht, B4-27/15, Bonn, 21. Dezember 2021.

⁴⁸⁷ BKartA, 25. November 2019, B1-195/19, Mann Mobilia/Tessner (XXXLutz/Roller); BKartA, 30. Juli 2020, B3-33/20, Malteser Norddeutschland gGmbH/Evangelisch-lutherische Diakonissenanstalt zu Flensburg; BKartA, 22. Dezember 2020, B2-83/20, Kaufland/Real; BKartA, 17. März 2021, B2-85/20, Edeka/Real; BKartA, 7. Juni 2021, B3-67/21, Fallbericht Freigabe des Zusammenschlusses zwischen Charité und Deutschem Herzzentrum Berlin; BKartA, 23. August 2021, B1-40/21, Rohrdorfer/Ganser; BKartA, Landhandel: RaiWa Kassel darf 19 Standorte von RWZ Köln übernehmen – Bundeskartellamt erlaubt Fusion erst nach Anpassungen der Unternehmenspläne, Pressemitteilung, 21. April 2021; BKartA, Sektoruntersuchung Krankenhäuser Wettbewerb im Krankenhaussektor in Deutschland und Schutz durch die Fusionskontrolle - Darstellung und Analyse der Strukturen auf den Märkten der Akutkrankenhäuser in Deutschland, B 3-29/15, Bonn, September 2021; Ebenda

⁴⁸⁸ BKartA, B3-33/20, Malteser Norddeutschland gGmbH/Evangelisch-lutherische Diakonissenanstalt zu Flensburg, a. a. O.; BKartA, 21. April 2021, B2 106/20, RWZ/RaiWa; BKartA, Sektoruntersuchung Krankenhäuser, a. a. O.

⁴⁸⁹ BKartA, B3-33/20, Malteser Norddeutschland gGmbH/Evangelisch-lutherische Diakonissenanstalt zu Flensburg, a. a. O.; BKartA, 20. Oktober 2020, B9-49/20, Allianz Strategic Investments S.à.r.l./ControlExpert Holding B.V.; BKartA, B2-85/20, Edeka/Real, a. a. O.; Ebenda; BKartA, B3-67/21, Fallbericht Freigabe des Zusammenschlusses zwischen Charité und Deutschem Herzzentrum Berlin, a. a. O.; BKartA, B2-23/21, Andros & Cie SAS/Obst- und Gemüseverarbeitung „Spreewaldkonserve“ Golßen GmbH, a. a. O.; BKartA, 28. Juni 2021, B5-168/20, Remondis Rethmann TSR/Hennies; BKartA, Sektoruntersuchung Krankenhäuser, a. a. O.

gen hat das Bundeskartellamt nach eigenen Angaben im Berichtszeitraum 2020/21 aufgrund fehlender personeller Ressourcen nicht durchgeführt.

346. Ein Anwendungsschwerpunkt der quantitativen Analyse im Rahmen der Fusionskontrolle ist die räumliche Abgrenzung relevanter Märkte. In der Vergangenheit hat das Bundeskartellamt räumliche Märkte häufig über Distanzen oder Fahrzeitradien ermittelt, welche rund um die Standorte der Zusammenschlussbeteiligten gezogen wurden. Diese Form der räumlichen Marktabgrenzung ist jedoch lediglich eine grobe Annäherung und birgt das Risiko, dass die Gebietsabgrenzung zu eng oder zu weit erfolgt und damit die wettbewerblichen Folgeanalysen fehlerbehaftet sind. Um die Gefahr von Fehleinschätzungen zu verringern, verwendet das Bundeskartellamt zunehmend Überschneidungsanalysen, die sich vor allem auf gemeinsame Kundenstämme der Zusammenschlussbeteiligten beziehen. Auf Basis von postleitzahlgenauen tatsächlichen Kundendaten wird das gesamte Marktgebiet der Zusammenschlussbeteiligten identifiziert und anschließend anhand eines Schwellenwertes räumlich abgegrenzt. Bei diesem Schwellenwert handelt es sich beispielsweise um einen bestimmten Prozentsatz der kumulierten Umsätze der Zusammenschlussbeteiligten.⁴⁹⁰ Im Berichtszeitraum 2020/21 führte das Bundeskartellamt die Überschneidungsanalyse unter anderem im Bereich des Lebensmitteleinzelhandels⁴⁹¹, des Landhandels⁴⁹², der Krankenhausfusionen⁴⁹³, des Möbelhandels⁴⁹⁴ und im Bereich des Transportbetons⁴⁹⁵ durch.

347. In dem Zusammenschlussvorhaben der Unternehmen Kaufland/Real und Edeka/Real wurde die räumliche Marktabgrenzung unter Zuhilfenahme von Kundendaten des Payback-Kartensystems durchgeführt.⁴⁹⁶ Payback-Karten erfassen verschiedene Kundeninformationen wie beispielsweise die Postleitzahlen der Kundschaft oder die Kundenumsätze einer bestimmten Filiale. Zur Bestimmung des relevanten räumlichen Marktes ermittelte das Bundeskartellamt daher in einem ersten Schritt, wie sich die Umsätze einer zu übernehmenden Real-Filiale auf die umliegenden Postleitzahlgebiete verteilen.⁴⁹⁷ Dazu wurde angenommen, dass sich die Umsätze der Payback-Kundschaft in dem gleichen Verhältnis auf die einzelnen Postleitzahlgebiete verteilen, wie die der übrigen Real-Kundschaft. Die Payback-Daten lieferten die für die Berechnung notwendigen Informationen, wieviel Prozent des Payback-Kundenumsatzes einer Real-Filiale durch die Kundschaft aus einem bestimmten Postleitzahlgebiet generiert wurden. Mithilfe dieses Verteilungsverhältnisses wurde anschließend der Gesamtumsatz der Real-Filiale auf die einzelnen Postleitzahlgebiete verteilt. In einem zweiten Schritt grenzte das Bundeskartellamt den Markt räumlich ein, indem sowohl ein engeres Kerngebiet als auch ein etwas weiter gefasstes Marktgebiet definiert wurden. Das Kerngebiet umfasst jeweils die geringste Menge an Postleitzahlgebieten, mit denen 2/3 der Umsätze der jeweiligen Real-Filiale erfasst werden konnten. Dazu wurden beginnend mit dem umsatzstärksten Postleitzahlgebiet die nach Umsatz nächstgrößten Postleitzahlgebiete dem Kerngebiet hinzugefügt, bis der kumulative Umsatz 2/3

⁴⁹⁰ Vgl. Tz. 347.

⁴⁹¹ BKartA, B2-83/20, Kaufland/Real, a. a. O.; BKartA, B2-85/20, Edeka/Real, a. a. O.

⁴⁹² BKartA, B2 106/20, RWZ/RaiWa, a. a. O.

⁴⁹³ BKartA, B3-33/20, Malteser Norddeutschland gGmbH/Evangelisch-lutherische Diakonissenanstalt zu Flensburg, a. a. O.; BKartA, B3-67/21, Fallbericht Freigabe des Zusammenschlusses zwischen Charité und Deutschem Herzzentrum Berlin, a. a. O.; BKartA, Sektoruntersuchung Krankenhäuser, a. a. O.

⁴⁹⁴ BKartA, B1-195/19, Mann Mobilia/Tessner (XXXLutz/Roller), a. a. O.

⁴⁹⁵ BKartA, B1-40/21, Rohrdorfer/Ganser, a. a. O.

⁴⁹⁶ Vgl. BKartA, B2-83/20, Kaufland/Real, a. a. O., S. 48 ff.; BKartA, B2-85/20, Edeka/Real, a. a. O., S. 55 ff., Rz. 172. Die in dieser Untersuchung verwendeten Payback-Daten entstammten dem Fusionsverfahren Edeka/Redos (B2-113/19) und wurden bereits Ende des Jahres 2019 erhoben.

⁴⁹⁷ Die Umsätze berücksichtigen Produkte aus den Bereichen „Food“ und „Non-Food-I“. Bei der Kategorie „Food“ handelt es sich um Nahrungs- und Genussmittel, während die Kategorie „Non-Food-I“ Artikel wie Drogerieprodukte, Reinigungsprodukte oder Tiernahrung umfasst. Produkte aus der Kategorie „Non-Food-II“ stammen aus einem Randsortiment, das von einer Verbraucherin oder einem Verbraucher nicht unbedingt im Lebensmitteleinzelhandel erwartet werden kann (z. B. Kleidung, Elektrogeräte, Spielwaren). Vgl. BKartA, B2-83/20, Kaufland/Real, a. a. O., S. 37 f., 52.

des Gesamtumsatzes entsprach.⁴⁹⁸ Der räumlich weiter gefasste Markt wurde analog berechnet, wobei anstatt einer Schwelle von 2/3 eine Schwelle von 90 Prozent angesetzt wurde. Dieser Marktraum wurde letztlich als der räumlich relevante Markt definiert.⁴⁹⁹ Die Differenzierung der räumlichen Märkte in ein Kerngebiet und in ein weiter gefasstes Marktgebiet ermöglicht es, im Rahmen weiterer Analysen auf die wettbewerblichen Auswirkungen in der näheren Umgebung einzugehen, ohne die Einflüsse weiter entlegener Räume zu ignorieren.⁵⁰⁰ Diese zweistufige räumliche Marktabgrenzung ist vor allem im Lebensmitteleinzelhandel von Interesse, da sich bereits im Rahmen der Fusion Edeka/Kaiser's Tengelmann mithilfe einer Event-Analyse gezeigt hatte, dass eine Lebensmitteleinzelhandelsfiliale vor allem einen wettbewerblichen Einfluss im Nahbereich ausübt.⁵⁰¹

348. Mithilfe der Payback-Daten kann das tatsächliche Kundenverhalten individuell für jede Filiale eines Lebensmitteleinzelhandels abgebildet werden. Im Gegensatz zur räumlichen Marktabgrenzung über Fahrzeitradien trägt dieses Verfahren damit auch dem Umstand des unterschiedlichen Kundenverhaltens städtisch und ländlich gelegener Filialen bei. Damit bietet diese Vorgehensweise eine realistischere Abgrenzung der räumlichen Märkte.

349. Nach der räumlichen und sachlichen Marktabgrenzung erfolgt in der Regel die Beurteilung der Wettbewerbsintensität zwischen den Zusammenschlussbeteiligten. Zur Beurteilung der Wettbewerbsintensität des relevanten Marktes wird in einem ersten Schritt häufig der Marktanteil der Zusammenschlussbeteiligten und der Wettbewerbsunternehmen bestimmt. Wenn ein Markt aber dadurch gekennzeichnet ist, dass kein Wettbewerb in dem Markt besteht, sondern im Rahmen von Ausschreibungen ein Wettbewerb um den Markt, bietet der Marktanteil nur eine geringe Aussagekraft für die Marktmacht der Zusammenschlussbeteiligten.⁵⁰² So können auf Ausschreibungsmärkten (z. B. in der Entsorgungswirtschaft oder im öffentlichen Personenverkehr) Situationen entstehen, in denen nur wenige Anbieter auf dem Markt aktiv sind und somit einen hohen Marktanteil aufweisen. Gleichzeitig kann dennoch schon ein hoher Wettbewerbsdruck dadurch bestehen, dass mehrere Unternehmen in der Lage sind, konkurrenzfähige Angebote abzugeben. Zur Überprüfung der Wettbewerbsintensität zwischen den Zusammenschlussbeteiligten und den restlichen Wettbewerbsunternehmen werden auf Ausschreibungsmärkten daher häufig Ausschreibungsanalysen angewandt. Im Rahmen dieser Ausschreibungsanalysen kann zum einen die allgemeine Wettbewerbsintensität überprüft werden, indem festgestellt wird, welche und wieviele Unternehmen in der Vergangenheit an Ausschreibungen teilnahmen. Zum anderen wird die Wettbewerbsintensität zwischen den Zusammenschlussbeteiligten näher untersucht. Von Interesse ist beispielsweise, wie häufig die Zusammenschlussbeteiligten gemeinsam an einer Ausschreibung teilnahmen und dabei eines der Unternehmen die Ausschreibung gewonnen hatte. Darüber hinaus kann ermittelt werden, inwieweit die Teilnahme eines der Unternehmen einen signifikant negativen Effekt auf die Wahrscheinlichkeit hatte, dass das andere Unternehmen die Ausschreibung gewann. Zudem kann unter Voraussetzung einer geeigneten Datenlage im Rahmen einer Ausschreibungsanalyse eine Aussage darüber getroffen, inwieweit die Gewinnmargen geringer waren, wenn beide Unternehmen an der Ausschreibung teilnahmen, verglichen mit Ausschreibungen, an denen nur eines der Unternehmen an der Ausschreibung teilnahm. Von einer besonderen Wettbewerbsintensität der Zusammenschlussbeteiligten kann vor

⁴⁹⁸ Die Erkenntnis einer Schwellenfestsetzung von zwei Drittel zur Bestimmung des Kerngebiets entstammt einer früheren Event-Analyse aus dem Fusionsfall Edeka/Kaiser's Tengelmann. Vgl. BKartA, 31. März 2015, B2-96/14, Beschluss in dem Verfahren Edeka/Kaiser's Tengelmann.

⁴⁹⁹ Die Postleitzahlgebiete mit den restlichen 10 Prozent des gesamten Filialumsatzes wurden nicht dem relevanten Markt zugeordnet. Dabei handelt es sich beispielsweise um Postleitzahlen, die mehr als 100 Kilometer entfernt gelegen waren. Es wird angenommen, dass es sich bei diesen Einkäufen um keine wohnortsbezogenen Einkäufe, sondern beispielsweise um Einkäufe verursacht durch Touristen handelt. Vgl. BKartA, B2-83/20, Kaufland/Real, a. a. O., S. 52.

⁵⁰⁰ Beispielsweise wurden innerhalb der Kerngebiete vertiefende Analysen durchgeführt, falls der Umsatzanteil der Real-Filialen innerhalb der Kerngebiete 35-40 Prozent oder mehr entsprach. Vgl. BKartA, B2-85/20, Edeka/Real, a. a. O., S. 68 ff.

⁵⁰¹ Aus dieser Analyse resultierte daher auch der Schwellenwert von 2/3 der Umsätze einer Filiale zur Definition eines Kerngebietes. Vgl. BKartA, B2-96/14, Beschluss in dem Verfahren Edeka/Kaiser's Tengelmann, a. a. O., S. 105 ff.

⁵⁰² Diese Aussage gilt vor allem dann, wenn es relativ wenige Ausschreibungen gibt, der Markt bestreitbar ist, die Produkte wenig differenziert sind und die Unternehmen ähnliche Kostenstrukturen aufweisen und ihre Güter daher zu Grenzkosten anbieten. In diesem Fall bedeutet ein hoher Marktanteil nicht, dass das jeweilige Unternehmen auch Marktmacht hat.

allem dann ausgegangen werden, wenn eines der fusionierenden Unternehmen eine Ausschreibung in der Vergangenheit gewonnen hatte, und die jeweils andere Partei die beste Alternative war („Zweitplatziertenanalyse“).

350. Das Bundeskartellamt hat eine Ausschreibungsanalyse im Berichtszeitraum 2020/21 beispielsweise im Rahmen der Übernahme des Unternehmens Spreewaldkonserve Golßen durch die Andros Deutschland GmbH durchgeführt.⁵⁰³ Im Rahmen dieser Ausschreibungsanalyse sollte geklärt werden, inwieweit für die bestehenden Kunden der Zusammenschlussbeteiligten – in diesem Fall die Lebensmitteleinzelhändler – weiterhin qualitativ gleichwertige Ausweichmöglichkeiten bestanden. Es konnte festgestellt werden, dass die beiden Zusammenschlussbeteiligten zwar die engsten Wettbewerber waren, gleichzeitig wurden größere Auftragsmengen auf mehrere Anbieter aufgeteilt.⁵⁰⁴ Die Kundschaft der Zusammenschlussbeteiligten erwartete in der Folge, dass sie auch nach einem Zusammenschluss über eine ausreichende Anzahl an alternativen Anbietern verfügen würden.⁵⁰⁵ Unter anderem diese Feststellung veranlasste das Bundeskartellamt am 24. Juni 2021, die Übernahme des Unternehmens Spreewaldkonserve Golßen durch die Andros Deutschland GmbH zuzulassen.⁵⁰⁶

351. Neben der quantitativen Auswertung von Daten besteht in der Fusionskontrollpraxis auch die Möglichkeit, mithilfe von ökonomischen Methoden⁵⁰⁷ den Markt abzugrenzen und die Wettbewerbsintensität der Zusammenschlussbeteiligten bzw. die Wettbewerbswirkung eines Zusammenschlusses zu ermitteln.⁵⁰⁸ Ökonomische Methoden wurden vom Bundeskartellamt jedoch aufgrund des vergleichsweise hohen zeitlichen und personellen Aufwands sowie der vorgegebenen Frist innerhalb der fusionskontrollrechtlichen Hauptprüfverfahren nicht verwendet. Eine solche ökonomische Analyse wurde im Rahmen der Sektoruntersuchung „Erfassung von Haushaltsabfällen“ durchgeführt.⁵⁰⁹ Im Vorfeld hatte das Bundeskartellamt sowohl im Rahmen verschiedener Fusionskontrollprüfungen in der Kreislaufwirtschaft als auch von Marktbeteiligten Hinweise für eine abnehmende Wettbewerbsintensität im Bereich der Erfassung von Haushaltsabfällen erhalten.⁵¹⁰ Die ökonomische Analyse hatte daher das Ziel, wettbewerbsbeeinflussende Faktoren insbesondere auf dem Markt für die Erfassung von Verkaufsverpackungen (Leichtverpackungen und Altglas) zu identifizieren. Als Datengrundlage dienten deutschlandweite Ausschreibungsdaten aus den Jahren 2006 bis 2018.⁵¹¹ Mithilfe eines Fixed Effect Panel Modells wurde der zeitliche Trend von den sonstigen Erklärungsfaktoren separiert.⁵¹² Neben den binären jahresindividuellen Zeitvariablen

⁵⁰³ BKartA, B2-23/21, Andros & Cie SAS/Obst- und Gemüseverarbeitung „Spreewaldkonserve“ Golßen GmbH, a. a. O.. Darüber hinaus wurde auch in der Sektoruntersuchung Haushaltsmüll eine Ausschreibungsanalyse als Grundlage für eine weitergehende ökonomische Analyse durchgeführt. Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Haushaltsabfälle, a. a. O., S. 48 ff., 111 ff.

⁵⁰⁴ BKartA, B2-23/21, Andros & Cie SAS/Obst- und Gemüseverarbeitung „Spreewaldkonserve“ Golßen GmbH, a. a. O., S. 63.

⁵⁰⁵ Ebenda, S. 73.

⁵⁰⁶ BKartA, Bundeskartellamt gibt Erwerb von Spreewaldhof durch Andros frei, Pressemitteilung, 24. Juni 2021.

⁵⁰⁷ Mithilfe ökonomischer Methoden können theoretische Modelle empirisch überprüft und ökonomische Zusammenhänge quantitativ analysiert werden.

⁵⁰⁸ Eine sachliche Marktabgrenzung ist beispielsweise über den SSNIP Test und der damit verbundenen Schätzung einer Nachfrageelastizität möglich. Die Wettbewerbsintensität zwischen den Zusammenschlussbeteiligten und die Folgen einer Fusion können beispielsweise mithilfe einer Eventanalyse und einer Fusionssimulation abgeschätzt werden.

⁵⁰⁹ BKartA, Sektoruntersuchung Haushaltsabfälle, a. a. O., S. 68 ff.

⁵¹⁰ Die Erfassung von Haushaltsabfällen beinhaltet das Sammeln von unterschiedlichen Abfällen privater Haushalte, welche von den Haushalten zur ersten Umschlags-, Vorbehandlungs- oder Verwertungsanlage transportiert werden. Dabei werden Haushaltsabfälle in Verpackungsabfälle (z. B. Verkaufsverpackungen im Rahmen des Dualen Systems der Verpackungsrücknahme) und kommunale Haushaltsabfälle (z. B. Restmüll, Biomüll, Papier/Pappe/Karton oder Sperrmüll) unterschieden. Vgl. Ebenda, S. 9 f.

⁵¹¹ Vgl. Ebenda, S. 11 f. Insgesamt wurden in den Jahren 2006 bis 2018 jährlich zwischen 103 und 268 Ausschreibungen auf dem Erfassungsmarkt für Leichtverpackungen und zwischen 71 und 229 Ausschreibungen auf dem Erfassungsmarkt für Altglas durchgeführt. Vgl. Ebenda, S. 32.

⁵¹² Fixed Effect Panel Modelle werden vor allem dann genutzt, wenn neben Querschnittsdaten auch Zeitreihen zu den einzelnen Beobachtungspunkten vorliegen und nicht alle Erklärungsfaktoren bei einer Analyse berücksichtigt werden können, diese jedoch möglicherweise im Zusammenhang mit der erklärten Variable stehen und zeitinvariant sind (z. B. die geographische Lage). In diesem Fall bietet die Fixed-Effect Analyse unverzerrte Ergebnisse.

dienten die Anbieterstruktur in den Erfassungsgebieten, die Ausschreibungsmenge und Laufzeitindikatoren dazu, unterschiedliche Wettbewerbsintensitäten zu erklären.⁵¹³ Die Ergebnisse der ökonometrischen Analysen zeigen, dass insbesondere seit dem Jahr 2012 ein starker zeitlicher Trend einer sinkenden Wettbewerbsintensität auf den Märkten der Leichtverpackungserfassung und der Altglaserfassung beobachtet werden konnte. Ab dem Jahr 2014 nahmen durchschnittlich 0,5 Bieter weniger an Ausschreibungen für Leichtverpackungserfassungen teil als noch im Basisjahr 2006.⁵¹⁴ Zudem lag die Häufigkeit eines Vertragspartnerwechsels ab dem Jahr 2012 zwischen 55 und 90 Prozent niedriger als noch im Basisjahr 2006. Neben der zeitlichen Komponente erwies sich die Länge der Vertragslaufzeit als förderlich für die Anzahl der Angebote für die Altglaserfassung. Zudem bestätigte sich, dass in Regionen mit einer hohen Einwohnerdichte deutlich günstigere Siegerangebote für die Erfassung von Leichtverpackungen hervorgingen. Auch zeigte sich, dass die Anzahl der Angebote für Leichtverpackungen stieg, wenn die Erfassung in einem Holsystem mit Sacksammlungen erfolgte.⁵¹⁵

352. Die Monopolkommission begrüßt die Anwendung ökonometrischer Methoden im Rahmen von Sektoruntersuchungen. Sektoruntersuchungen bieten einen zeitlich ausreichenden Rahmen und geeignete Datenerhebungsmöglichkeiten, um das Unternehmens- und Kundenverhalten z. B. über Panelanalysen wie Event-Analysen oder Nachfrageschätzungen näher zu untersuchen. Verglichen mit der deskriptiven Datenauswertung liefert die Anwendung ökonometrischer Modelle zusätzliche Informationen über die Zusammenhänge möglicher Einflussfaktoren auf die Wettbewerbsintensität der Unternehmen. Dieser Erkenntnisgewinn kann für die Ausgestaltung künftiger Ausschreibungen in der Kreislaufwirtschaft genutzt werden, indem beispielsweise längere Laufzeiten oder – dort wo möglich – Hol- statt Bringsysteme in dem Ausschreibungsdesign berücksichtigt werden.

3.2 Anwendung quantitativer Methoden im Vereinigten Königreich

353. Die Wettbewerbsbehörde des Vereinigten Königreiches (CMA) verwendet in ihrer Fusionskontrollpraxis zahlreiche quantitative und ökonometrische Analysemethoden. Bei diesen Methoden handelt es sich beispielsweise um Kunden- und Unternehmensbefragungen⁵¹⁶ oder Ausschreibungsanalysen⁵¹⁷. Ökonometrische Methoden wurden unter anderem verwendet zur Bestimmung von Umlenkungsquoten⁵¹⁸ und bei der Durchführung von Ereignisanalysen⁵¹⁹. Diese Analysen werden innerhalb der CMA von einem speziellen Team an Ökonominen und Ökonomen durchgeführt. Bei der Entscheidung der konkreten Analysemethode berücksichtigt sie dabei die Machbarkeit, die Datenverfügbarkeit, die personellen und sonstigen finanziellen Ressourcen sowie den informati-

⁵¹³ Zur Abbildung der Wettbewerbsintensität wurden die zu erklärenden Variablen „Anzahl der Gebote“, „Höhe der Siegergebote“ und „Vertragspartnerwechsel“ verwendet. Die Variable „Vertragspartnerwechsel“ gibt wieder, ob ein Vertragswechsel in Folge einer Neuausschreibung vorlag. Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Haushaltsabfälle, a. a. O., S. 75.

⁵¹⁴ Während im Zeitraum 2006 bis 2011 jährlich durchschnittlich ca. vier Gebote pro Ausschreibung abgegeben wurden, sank diese Anzahl ab dem Jahr 2012 auf weniger als vier. In vier von sieben Jahren nahmen maximal drei Anbieter an den Ausschreibungen teil. Vgl. Ebenda, S. 49.

⁵¹⁵ Im Dualen System bestehen unterschiedliche Erfassungssysteme. Die Abfälle können in einem Holsystem von dem erfassenden Unternehmen direkt bei den privaten Haushalten abgeholt werden. Die Sammlung erfolgt dann als Straßensammlung, in der die Haushalte ihre Abfallbehälter direkt an den Straßenrand stellen. Im Rahmen des Bringsystems werden die Abfälle an zentralen Sammelplätzen erfasst (z. B. Wertstoffhöfe oder Stellplätze für Depotcontainer). Vgl. Ebenda, S. 29, 69 ff.

⁵¹⁶ Accent, Amazon/Deliveroo Merger Inquiry Research: Final Report, London, April 2020; CMA, Completed acquisition by JD Sports Fashion plc of Footasylum plc Final report on the case remitted to the CMA by the Competition Appeal Tribunal, London, 5. November 2021; CMA, Anticipated merger between J Sainsbury PLC and Asda Group Ltd final report, London, 25. April 2019.

⁵¹⁷ CMA, Proposed acquisition by Prosafe SE Floatel International Limited - Provisional findings report, London, 29. Januar 2020; CMA, Completed acquisition by FNZ of GBST Final report, London, 5. November 2020; CMA, Anticipated joint venture between Liberty Global Plc and Telefónica S.A. Final report, London, 20. Mai 2021.

⁵¹⁸ Accent, Amazon/Deliveroo Merger Inquiry Research: Final Report, a. a. O.; CMA, Anticipated merger between J Sainsbury PLC and Asda Group Ltd final report, a. a. O.; CMA, Completed acquisition by JD Sports Fashion plc of Footasylum plc Final report on the case remitted to the CMA by the Competition Appeal Tribunal, a. a. O.

⁵¹⁹ CMA, Anticipated merger between J Sainsbury PLC and Asda Group Ltd final report, a. a. O.; CMA, Completed acquisition by JD Sports Fashion plc of Footasylum plc Final report on the case remitted to the CMA by the Competition Appeal Tribunal, a. a. O.

schen Mehrwert der Analyse im Vergleich zu weniger komplexen Methoden. Zudem beachtet die CMA bei der Auswahl der Methode, dass die Ergebnisse der Analysen anschließend von allen – und damit auch von Nicht-Ökonominnen und Nicht-Ökonomen – verständlich nachvollzogen werden können.⁵²⁰ Ex-Post-Analysen werden nicht regelmäßig von der CMA durchgeführt. Stattdessen werden nach eigenen Angaben Unternehmensberatungen beauftragt, einige der vergangenen Entscheidungen zu überprüfen.⁵²¹

354. Eine Ausschreibungsanalyse führte die CMA beispielsweise im Rahmen des Fusionsverfahrens Prosafe und Floatel durch.⁵²² Die Besonderheit dieser Ausschreibungsanalyse lag darin, dass nicht nur die Informationen über die Ausschreibungsbeteiligten ausgewertet wurden, sondern auch die Kunden jeweils bezüglich ihrer Einschätzung zu den Ausschreibungsergebnissen befragt wurden. Damit konnte ein vollständigeres Bild bezüglich der Kundenanforderungen, der Wettbewerbsangebote und der Einordnung dieser Gebote durch die Kunden erstellt werden. Letztlich zeigte sich anhand dieser Informationen, dass die Zusammenschlussbeteiligten die größten Anbieter auf dem Markt waren und eng miteinander konkurrierten. Sie hatten in den Jahren 2014 bis 2019 jeweils die meisten Aufträge gewonnen. Zudem ergab die Untersuchung, dass den Kunden bis auf diese beiden Unternehmen kaum Alternativen zur Verfügung standen.⁵²³ Basierend auf diesen Untersuchungsergebnissen hatte die CMA erhebliche Wettbewerbsbedenken geäußert und befürchtet, dass ein Zusammenschluss zu höheren Preisen und einer geringeren Qualität führen würde. Infolge dieser Wettbewerbsbedenken der CMA hat Prosafe die Übernahmepläne von Floatel im Februar 2020 letztlich fallen gelassen.⁵²⁴

355. Im Fall von differenzierten bzw. heterogenen Produkten führt die CMA häufig Umfragen durch, auf deren Datenbasis anschließend Umlenkungsquoten berechnet und ökonometrische Analysen durchgeführt werden. Eine ökonometrische Analyse führte die CMA kürzlich im Fusionsfall Amazon/Deliveroo mittels eines externen Gutachters durch.⁵²⁵ Amazon plante im Jahr 2019 über sein 100-prozentiges Tochterunternehmen Amazon.com NV Investment Holding LLC in den Markt für Lieferdienste einzusteigen, indem es 16 Prozent des Lieferdienstunternehmens Roofoods Ltd. (Deliveroo) übernehmen wollte. Die CMA hatte die Aufgabe, die Kundenmotivation für die Nutzung von Lieferdiensten im Allgemeinen, die Bedeutung verschiedener Angebotsattribute im Markt für Lieferdienste (z. B. Preis, Produktpalette, Versandkosten) und die wettbewerbliche Nähe der Zusammenschlussbeteiligten zu untersuchen. Um die wettbewerblichen Auswirkungen dieser Beteiligung abzuschätzen, wurde unter den Kundinnen und Kunden von Amazon und von Deliveroo eine Umfrage durchgeführt. Es wurde jeweils gefragt, wie sie sich entscheiden würden, falls sich die Eigenschaften des Lieferdienstes (z. B. Preis, Versandkosten, Produktpalette) verändern würden. Mithilfe der Schätzung eines Random-Coefficienten Modells konnte anschließend ermittelt werden, wie die Kundinnen und Kunden des Lieferdienstes die einzelnen Eigenschaften dieses Lieferdienstes gewichteten. Die Analyseergebnisse zeigen, dass die Bedeutung verschiedener Eigenschaften der Lieferdienste von der Amazon-Kundschaft anders gewichtet werden als von der Deliveroo-Kundschaft. Während die Deliveroo-Kundschaft großen Wert auf eine Lieferung innerhalb von einer Stunde legen, benötigt die Amazon-Kundschaft die Produkte selten am selben Tag. Dagegen legt die Amazon-Kundschaft einen größeren Wert auf ein breites Produktportfolio, niedrige Angebotspreise und einen kostenlosen Versand. Darüber hinaus ergab die Analyse, dass die Kundschaft der Zusammenschlussbeteiligten jeweils in nur sehr seltenen Fällen den jeweils anderen Lebensmittellieferanten wählen würden.⁵²⁶ Basierend auf den Analyseergebnissen entschied die CMA am 4. August 2020, dass

⁵²⁰ OECD, Economic Analysis in Merger Investigations - contributions from the United Kingdom, 9. Dezember 2020, S. 3 ff.

⁵²¹ Zu diesen Beratungsunternehmen gehörten in der Vergangenheit beispielsweise die Unternehmen KPMG oder Lear. Vgl. KPMG LLP, Entry and expansion in UK merger cases: An ex-post evaluation, April 2017; Lear, Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets - Final report, Rome, 9. Mai 2019.

⁵²² Beide Unternehmen bieten Spezialunterkünfte für Öl- und Gasunternehmen an. Vgl. CMA, Proposed acquisition by Prosafe SE Floatel International Limited - Provisional findings report, a. a. O.

⁵²³ Ebenda, S. 71 ff.

⁵²⁴ CMA, Cancellation of merger reference, Pressemitteilung, 14. Februar 2020.

⁵²⁵ Accent, Amazon/Deliveroo Merger Inquiry Research: Final Report, a. a. O.

⁵²⁶ Ebenda, S. 63 ff.

eine Beteiligung von Amazon in Höhe von 16 Prozent so gering sei, dass es zu keiner substanziellen Verringerung des Wettbewerbs in dem Bereich Essens- und Lebensmittellieferungen führen werde.⁵²⁷

3.3 Anwendung quantitativer Methoden durch die Europäische Kommission

356. Die Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission schätzt nach eigenen Angaben die Anwendung quantitativer Analysen als einen wichtigen Bestandteil ihrer fusionskontrollrechtlichen Prüfungen ein. Die Ergebnisse dieser quantitativen Analysen werden immer zusammen mit den qualitativen Ergebnissen für eine Einschätzung der Zusammenschlusswirkungen verwendet. Ähnlich wie in Deutschland und im Vereinigten Königreich unterstützt ein besonderes Team an Ökonominen und Ökonomen, das Chief Economist Team, die Durchführung dieser Analysen. Zudem liefert das Team konzeptionelle Beiträge zur Konstruktion und Überprüfung fundierter Schadenstheorien.⁵²⁸ Die Wahl der konkreten Methoden orientiert sich an der Datenverfügbarkeit und Datenqualität der Ergebnisse. Bei der Entscheidung, ob und welche ökonometrischen Methoden angewandt werden können, berücksichtigt die Generaldirektion Wettbewerb zudem verschiedene Faktoren wie die damit verbundenen Annahmen, die benötigten Ressourcen und die Robustheit der Ergebnisse. Grundsätzlich bevorzugt die Europäische Kommission in der Fusionskontrollpraxis möglichst einfache Methoden, welche auch in anschließenden Gerichtsverfahren Bestand haben.

357. Neben der Analyse von Preis- und Gewinnmargen⁵²⁹ sowie einer räumlichen Marktanteilsanalyse⁵³⁰ führte die Europäische Kommission in den vergangenen Jahren weitere quantitative Untersuchungen durch. Darunter befanden sich Ausschreibungsanalysen⁵³¹, Kapazitätsanalysen⁵³², Patentdatenanalysen⁵³³ sowie Vertikalanalysen⁵³⁴. Darüber hinaus wurden in den vergangenen Jahren zudem häufig Event-Analysen⁵³⁵, Preisdruckanalysen⁵³⁶ und Fusionssimulationen⁵³⁷ durchgeführt.

⁵²⁷ CMA, CMA clears Amazon's 16% investment in Deliveroo, Pressemitteilung, 4. August 2020.

⁵²⁸ Baltzopoulos, A. u. a., Recent Developments at DG Competition: 2020/2021, Review of Industrial Organization, 59, 2021, S. 567–598, S. 593 f.

⁵²⁹ EU-Kommission, 5. Februar 2019, M.8900, Wieland/Aurubis Rolled Products/Schwermetall.

⁵³⁰ EU-Kommission, 17. Juli 2015, M.7408, Cargill/ADM Chocolate Business; EU-Kommission, 15. Januar 2016, M.7567, Ball/Rexam; EU-Kommission, 5. April 2017, M.7878, HeidelbergCement/Schwenk/Cemex Hungary/Cemex Croatia; EU-Kommission, 14. Juli 2020, M.9014, PKN Orlen/Grupa Lotos.

⁵³¹ EU-Kommission, 19. Januar 2016, M.7802, Amadeus/Navitaire; EU-Kommission, 10. Februar 2016, M.7555, Staples/Office Depot; EU-Kommission, 24. Februar 2016, M.7278, General Electric/Alstom; EU-Kommission, 6. Februar 2019, M.8677, Siemens/Alstom; EU-Kommission, 1. Oktober 2019, M.9706, Novelis/Aleris; EU-Kommission, 9. Juli 2021, M.9829, AON/Willis Towers Watson; EU-Kommission, 14. Juli 2021, M.9820, Danfoss/Eaton Hydraulics; EU-Kommission, 23. November 2021, M.10078, Cargotec/Konecranes; EU-Kommission, 14. Dezember 2021, M.9969, Veolia/Suez.

⁵³² Eine Kapazitätsanalyse untersucht, ob die Zusammenschlussbeteiligten im Fall einer Fusion Marktmacht in Form ihrer gemeinsamen Kapazitäten erhalten. Eine Kapazitätsanalyse wurde beispielsweise in den folgenden Fällen durchgeführt: EU-Kommission, 8. Mai 2014, M.6905, Ineos/Solvay/JV; EU-Kommission, M.9706, Novelis/Aleris, a. a. O.

⁵³³ Eine Patentanalyse bewertet die Wettbewerbsnähe und Bedeutung des Innovationswettbewerbs zwischen den Zusammenschlussbeteiligten basierend auf Patenten und der R&D Ausgaben. Vgl. EU-Kommission, 27. März 2017, M.7932, Dow/DuPont; EU-Kommission, 11. April 2018, M.8084, Bayer/Monsanto.

⁵³⁴ Eine Vertikalanalyse untersucht mögliche Anreize zur Abschottung des Zusammenschlussbeteiligten gegenüber Wettbewerbsunternehmen. Vgl. EU-Kommission, 23. März 2021, M.9569, EssilorLuxottica/GrandVision; EU-Kommission, M.8900, Wieland/Aurubis Rolled Products/Schwermetall, a. a. O.; EU-Kommission, 12. November 2019, M.9064, Telia Company/Bonnier Broadcasting Holding.

⁵³⁵ EU-Kommission, M.6905, Ineos/Solvay/JV, a. a. O.; EU-Kommission, 5. Mai 2015, M.7292, DEMB/Mondelez/Charger Opco; EU-Kommission, 14. Juli 2015, M.7541, IAG/Aer Lingus; EU-Kommission, 7. Mai 2018, M.8444, ArcelorMittal/Ilva.

⁵³⁶ EU-Kommission, 12. Dezember 2012, Case No M.6497, Hutchison 3G Austria/ Orange Austria; EU-Kommission, 28. Mai 2014, COMP/M.6992, Hutchison 3G UK/Telefonica Ireland; EU-Kommission, 2. Juli 2014, M.7018, Telefónica Deutschland/E-Plus; EU-Kommission, 6. Juli 2015, M.7619, Teliasonera/Telenor/JV; EU-Kommission, 11. Mai 2016, M.7612, Hutchison 3G UK/Telefonica

358. In einigen Fusionsfällen nutzte die Europäische Kommission die direkten Auswirkungen vergangener exogen bedingter Ereignisse auf den Wettbewerb zur Beurteilung der Wettbewerbsnähe der jeweiligen Zusammenschlussbeteiligten.⁵³⁸ Bei den Ereignissen handelt es sich beispielsweise um Markteintritte neuer Wettbewerber, exogene Kostenschocks, Naturkatastrophen, Streiks, regulatorische Interventionen oder sonstige exogen bedingte Angebotsverknappungen. Der Markt, auf dem ein Ereignis stattfand, wird jeweils mit einem vergleichbaren Kontrollmarkt verglichen. Die meist preislichen Auswirkungen eines Ereignisses können anschließend als Hinweis für die Wettbewerbsnähe zweier Unternehmen gedeutet werden. Beispielsweise führte die EU-Kommission eine Event-Analyse im Fall eines geplanten Joint Ventures der Eintassen-Kaffeemaschinenhersteller DEMB („Senseo“) und Mondelez („Tassimo“) durch.⁵³⁹ Ein weiterer Konkurrent war der Hersteller Nestlé („Dolce Gusto“). Eine qualitative Analyse hatte bereits zuvor ergeben, dass das Mondelez „Tassimo“-System vor allem mit Nestlés „Dolce Gusto“ konkurrierte, während DEMB’s „Senseo“-Maschinen stärker den Filtermaschinen zugeordnet werden können. Im Rahmen der Event-Analyse untersuchte die Europäische Kommission daher die potenziellen Auswirkungen der Einführung von „Tassimo“-Maschinen auf die Kaffeemaschinenpreise der „Senseo“-Maschinen und der „Dolce Gusto“-Maschinen. Dazu verwendete die Europäische Kommission Daten aus 20 EU-Ländern für den Zeitraum von Januar 2004 bis November 2014. In diesem Zeitraum wurden die „Tassimo“-Maschinen in acht Ländern eingeführt, während die Systeme von DEMB („Senseo“) bereits in zehn Ländern und das Nestlé-System „Dolce Gusto“ bereits in 20 Ländern etabliert waren. Die Europäische Kommission wandte jeweils für Nestlés System „Dolce Gusto“ und DEMB’s „Senseo“-System zwei getrennte ökonomische Analysen in Form einer Differenzen-in-Differenzen Methode an. Im Rahmen dieser Methode wurden jeweils vor und nach der Einführung von „Tassimo“-Kaffeemaschinen die durchschnittlichen prozentualen Preissenkungen der Senseo- bzw. Dolce Gusto- Kaffeemaschinen mit denjenigen Märkten verglichen, auf denen lediglich die „Senseo“ bzw. „Dolce Gusto“-Maschinen erhältlich waren.⁵⁴⁰ Die Ergebnisse dieser Analysen zeigten, dass die Einführung von „Tassimo“-Kaffeemaschinen im Durchschnitt die Preise für Kaffeemaschinen beider Konkurrenten senkte. Der Preisdruck auf „Dolce Gusto“-Maschinen war jedoch signifikant und deutlich stärker, verglichen mit den „Senseo“-Maschinen. Damit konnte die Event-Analyse die Ergebnisse der qualitativen Studie bestätigen. Letztlich genehmigte die Europäische Kommission das Kaffee-Joint-Venture zwischen DEMB und Mondelez nur unter Auflagen.⁵⁴¹

359. Vielfach verwendete die Europäische Kommission in den letzten Jahren Preisdruckanalysen und Fusionssimulationen bei Zusammenschlüssen von Mobilfunkbetreibern.⁵⁴² Preisdruckanalysen und Fusionssimulationen dienen jeweils dazu, bereits vor dem Zusammenschluss dessen preisliche Auswirkungen abzuschätzen. Preisdruckanalysen werden von der Europäischen Kommission unter Zuhilfenahme von Portabilitätsdaten bereits in der ersten Phase für eine erste Abschätzung verwendet.⁵⁴³ Dagegen werden Fusionssimulationen erst in der zweiten Prü-

UK; EU-Kommission, 1. September 2016, M.7758, Hutchison 3G Italy/Wind/JV; EU-Kommission, 27. November 2018, M.8792, T-Mobile NL/Tele 2 NL.

⁵³⁷ EU-Kommission, 7. November 2012, M.6471, Outokumpu/INOXUM; EU-Kommission, M.6905, Ineos/Solvay/JV, a. a. O.; EU-Kommission, COMP/M.6992, Hutchison 3G UK/Telefonica Ireland, a. a. O.; EU-Kommission, M.7018, Telefónica Deutschland/E-Plus, a. a. O.; EU-Kommission, M.7619, Teliasonera/Telenor/JV, a. a. O.; EU-Kommission, M.7612, Hutchison 3G UK/Telefonica UK, a. a. O.; EU-Kommission, M.7758, Hutchison 3G Italy/Wind/JV, a. a. O.

⁵³⁸ EU-Kommission, M.6905, Ineos/Solvay/JV, a. a. O.; EU-Kommission, M.7292, DEMB/Mondelez/Charger Opco, a. a. O.; EU-Kommission, M.8444, ArcelorMittal/Ilva, a. a. O.

⁵³⁹ EU-Kommission, M.7292, DEMB/Mondelez/Charger Opco, a. a. O.

⁵⁴⁰ Insgesamt gab es jeweils acht Märkte, auf denen „Senseo“-Maschinen und „Dolce Gusto“-Maschinen bereits etabliert waren und gleichzeitig die „Tassimo“-Maschinen eingeführt wurden. Diejenigen Länder, in denen die „Tassimo“-Maschinen nicht eingeführt wurden, werden auch als Kontrollländer bezeichnet. In dem Fall der „Senseo“-Maschinen bestanden zwei Kontrollländer und in dem Fall der „Dolce Gusto“-Maschinen bestanden fünf Kontrollländer. Vgl. Ebenda, Tz. 273 ff.

⁵⁴¹ EU-Kommission, DEMB/Mondelez coffee joint venture cleared with conditions, Pressemitteilung, 5. Mai 2015.

⁵⁴² Vgl. dazu auch Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 230, Tz. 863 ff. und Fn. 536 dieses Gutachtens.

⁵⁴³ Bei Portabilitätsdaten handelt es sich um Mobilfunkdaten, die erhoben werden, falls die Kundinnen und Kunden im Fall eines Mobilfunkanbieterwechsels ihre Telefonnummer behalten möchten. Anhand dieser Daten ist es möglich nachzuverfolgen, zu welchem Anbieter die Kundinnen und Kunden wechseln.

fungsphase durchgeführt. Basierend auf Umfragedaten werden dazu Nachfrage- und Angebotsfunktionen geschätzt oder kalibriert, anhand derer eine Preisentwicklungsprognose gegeben werden kann.

360. Im Vorfeld der Fusion Hutchison 3G UK/Telefónica UK befürchtete die Europäische Kommission, dass der Zusammenschluss des viertgrößten (Hutchison 3G UK) und des zweitgrößten Anbieters (Telefónica) zu einer Marktsituation führen würde, in der die drei verbleibenden Anbieter signifikant höhere Endkundenpreise und eine deutlich geringere Qualität auf dem Mobilfunkmarkt angeboten hätten. Zur Überprüfung dieser Schadenstheorie wurde die Wahrscheinlichkeit eines Preisanstiegs mithilfe einer mit dem Upward-Pricing-Pressure-Ansatz (UPP) kalibrierten Fusionssimulation untersucht. Im Rahmen dieser Analyse bestätigte sich die Vermutung steigender Endkundenpreise. Die Europäische Kommission kam zu dem Ergebnis, dass der Zusammenschluss je nach zugrunde gelegten Sensitivitäts-Szenarien zu einem Preisanstieg im gesamten privaten Endkundensegment von 5,7 bis 7,3 Prozent führen würde.⁵⁴⁴ Unter anderem auf Basis dieser Ergebnisse untersagte die Europäische Kommission im Mai 2016 die beantragte Fusion von Hutchison 3G UK und Telefónica UK.

361. Hutchison 3G UK klagte anschließend vor dem EuG gegen diese Entscheidung der Europäischen Kommission. Im Mai 2020 gab das EuG dem Kläger schließlich Recht und hob die Entscheidung der Europäischen Kommission auf.⁵⁴⁵ Das EuG begründete dies unter anderem damit, dass das Ergebnis der quantitativen Prüfung in Form von steigenden Preisen nicht mit einer hinreichend hohen Wahrscheinlichkeit belegt worden sei.⁵⁴⁶ Es kritisierte, dass die Preiserhöhungen in früheren, ähnlichen Fällen vergleichbar und höher gewesen seien und diese dennoch unter Auflagen genehmigt worden waren.⁵⁴⁷ Gleichzeitig hatte die Europäische Kommission keine Schwellenwerte angegeben, oberhalb derer eine erhebliche Preiserhöhung festgestellt werden könne. Vor dem EuG begründete die Europäische Kommission dies damit, dass sie keine Notwendigkeit gesehen habe, eine Schwelle festzulegen, weil das Ergebnis ihrer quantitativen Analyse nicht als genaue und präzise Quantifizierung der Preiserhöhung, die sich aus der Transaktion ergeben könne, zu sehen sei, sondern als ein „Indikator für die Wahrscheinlichkeit“, dass diese eintreten werde.⁵⁴⁸ Zudem kritisierte das EuG, dass die Europäische Kommission zwei Arten von Effizienzen verwechselt habe. Das EuG unterscheidet zwischen den standardmäßigen Effizienzsteigerungen, die sich beispielsweise aufgrund des fusionsbedingten Verzichts von Doppelstrukturen ergeben, und solchen Effizienzsteigerungen, die sich darüber hinaus aus dem Zusammenschluss ergäben. Das EuG ist der Ansicht, dass die standardmäßigen Effizienzsteigerungen in den quantitativen Analysen hätten miteinbezogen werden müssen.⁵⁴⁹

362. Vorbehaltlich einer Bestätigung durch den EuGH macht das Urteil deutlich, dass die Europäische Kommission ihre quantitativen Analysen in Zukunft nicht ausschließlich auf die wettbewerbsbeschränkenden Effekte fokussieren darf.⁵⁵⁰ Stattdessen müssen in Zukunft auch Effizienzgewinne in der Preisdruckanalyse berücksichtigt werden. Farrel und Shapiro, auf deren Arbeit die Preisdruckanalyse basiert, hatten ursprünglich bereits einen standardisierten Effizienzgewinn von 10 Prozent vorgeschlagen.⁵⁵¹ Die Europäische Kommission hat es in ihren bisherigen Un-

⁵⁴⁴ EU-Kommission, M.7612, Hutchison 3G UK/Telefonica UK, a. a. O., Anhang 1, S. 60.

⁵⁴⁵ EuG, Das Gericht erklärt den Beschluss der Kommission für nichtig, mit dem die Genehmigung für die geplante Übernahme von Telefónica UK durch Hutchison 3G UK im Mobilfunkmarktsektor versagt wurde, Pressemitteilung, 28. Mai 2020.

⁵⁴⁶ EuG, 28. Mai 2020, T-399/16, CK Telecoms UK Investments Ltd/Europäische Kommission, Rz. 282.

⁵⁴⁷ In diesem Zusammenhang wurden vor allem die Preiserhöhungen der Fusionen auf dem irischen Mobilfunkmarkt in Höhe von 6,6 Prozent und deutschen Mobilfunkmarkt in Höhe von 9,5 Prozent genannt. Vgl. Ebenda, Rz. 273; EU-Kommission, COMP/M.6992, Hutchison 3G UK/Telefonica Ireland, a. a. O.; EU-Kommission, M.7018, Telefónica Deutschland/E-Plus, a. a. O.

⁵⁴⁸ EuG, T-399/16, CK Telecoms UK Investments Ltd/Europäische Kommission, a. a. O., Rz. 269 ff.

⁵⁴⁹ Ebenda, Rz. 278 f.

⁵⁵⁰ Die Kritik des EuG richtet sich an die Umsetzung des Art. 2 der EU-Fusionskontrollverordnung. Bisher gehe die Europäische Kommission ohne die Verwendung einer Schwelle oder einer Effizienzgutschrift davon aus, dass jeder horizontale Zusammenschluss in oligopolistisch geprägten Märkten schädlich sei. Wenn die Preisdruckanalyse jedoch Teil der Begründung für eine Intervention der Europäischen Kommission sei, dann müsse sie auch mögliche kompensierende Effizienzen in dieser Analyse mitprüfen.

⁵⁵¹ Farrel, J./Shapiro, C., Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition, The B.E. Journal of Theoretical Economics, 10, 2010, 13

tersuchungen abgelehnt, überhaupt einen standardmäßigen Effizienzgewinn anzuerkennen. Stattdessen sah sie die Beweislast der fusionsbedingten Effizienzgewinne ausschließlich bei den Zusammenschlussbeteiligten und verwies auf die Effizienzanforderungen in ihren Horizontal-Leitlinien.⁵⁵² Diese Effizienzanforderungen sind mit hohen Hürden verbunden.⁵⁵³

363. Sollte das Urteil bestätigt werden, wird die Europäische Kommission künftig in ihrer Fusionsprüfung konkrete Schwellenwerte und Werte für standardisierte Effizienzgewinne festlegen müssen. Die Einführung von Schwellenwerten im Rahmen von Preisdruckanalysen und kalibrierten Fusionssimulationen empfahl die Monopolkommission bereits in vergangenen Gutachten.⁵⁵⁴ Dadurch wird ein Maßstab dafür geschaffen, ab welchem Wert ein Zusammenschluss bedenkliche Wettbewerbswirkungen auslöst. Wird der Schwellenwert übertroffen oder befindet sich die Preissteigerung nahe dieser Schwelle, sollten die Ergebnisse mit zusätzlichen quantitativen oder qualitativen Analysen bekräftigt werden. Bezüglich der Höhe der standardisierten Effizienzgewinne empfiehlt die Monopolkommission, sich an vergangenen Fusionsentscheidungen und deren beobachtbaren branchenspezifischen Effizienzgewinnen zu orientieren.

3.4 Anwendung quantitativer Methoden des Bundeskartellamtes weiter ausbauen

364. Quantitative Analysen sind ein wichtiger Bestandteil zur räumlichen und sachlichen Marktabgrenzung sowie zur Analyse der Wettbewerbsintensität der Zusammenschlussbeteiligten.⁵⁵⁵ Quantitative Analysen haben sich sowohl in Deutschland als auch in Großbritannien und auf der Ebene der Europäischen Kommission in den letzten Jahren zu einem festen Bestandteil der fusionsrechtlichen Entscheidungspraxis entwickelt und bieten einen wichtigen Mehrwert zu den rein qualitativen Analysen. Der Mehrwert ergibt sich insbesondere dann, wenn die qualitativen Analysen nicht eindeutig erscheinen. In diesem Fall können die quantitativen Methoden unterstützen und die qualitativen Ergebnisse validieren. In Deutschland wurde die weniger häufige Verwendung quantitativer Analysen in den vergangenen Jahren teilweise mit dem Argument der kurzen Entscheidungszeiträume im Fusionskontrollverfahren erklärt. Im Rahmen der 10. GWB-Novelle wurde die Verfahrensfrist verlängert. Seitdem beträgt die Frist im Hauptprüfungsverfahren gemäß § 40 Abs. 2 GWB fünf statt bisher vier Monate. Damit werden die Fristen der Hauptprüfverfahren zwischen den Wettbewerbsbehörden in Europa stärker angeglichen.⁵⁵⁶

365. Im Methodenvergleich des Bundeskartellamtes mit der CMA und der Europäischen Kommission fällt auf, dass das Bundeskartellamt in erster Linie deskriptive Methoden (z. B. Umfragen und Überschneidungsanalysen) verwendet, während die CMA und die Europäische Kommission auch in fusionsrechtlichen Hauptprüfverfahren analytische und ökonometrische Methoden wie Event-Analysen oder Fusionssimulationen anwenden. Mithilfe dieser Methoden können Faktoren für vergangene Preiserhöhungen der Zusammenschlussbeteiligten identifiziert und künftige Preisentwicklungen prognostiziert werden. Die CMA und die Europäische Kommission haben gezeigt, dass die Anwendung analytischer und ökonometrischer Methoden innerhalb des – engen Fristen unterliegenden – Fusionskontrollverfahrens möglich ist. Die Monopolkommission empfiehlt dem Bundeskartellamt daher, auf diesen zusätzlichen Erklärungsgehalt nicht zu verzichten und, falls die Datengrundlage es zulässt, auch in fusionskontrollrechtlichen Hauptprüfungsverfahren auf ökonometrische Analysen zurückzugreifen.

⁵⁵² EU-Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, 2004/C 31/03, 5. Februar 2004, Abschnitt VII.

⁵⁵³ Beispielsweise müssen Effizienzgewinne nachprüfbar und in der nahen Zukunft realisierbar sein. Vgl. Ebenda, Nr. 76 ff.

⁵⁵⁴ Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 86, Tz. 706.

⁵⁵⁵ Vgl. Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 230, Tz. 1103; XXII. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 45, Tz. 931; XXIII. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 5, Tz. 550.

⁵⁵⁶ Auf der Ebene der Europäischen Kommission entspricht diese Frist 90 Arbeitstage (ca. 4,5 Monate). Die CMA setzt für die zweite Phase sechs Monate an.

Kapitel III

Ausblick auf die 11. GWB-Novelle

Kurz gefasst	193
Summary	194
1 Wettbewerbspolitische Agenda des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz bis 2025	195
2 Überlegungen zu einer vorgezogenen GWB-Novelle	196
2.1 Missbrauchsunabhängige Entflechtung als äußerstes Mittel (weiter) empfehlenswert; Anwendung nur in über lange Zeit verfestigten Sektoren	197
2.2 Sektoruntersuchungen: Verfahrensabläufe transparenter gestalten, Beteiligung von Unternehmen genauer regeln und Einleitungsinitiativen auf breitere Basis stellen.....	199
2.3 Neuregelung zur Vorteilsabschöpfung entbehrlich, wenn relevante Vorteile über Bußen und Schadenersatz effektiv abgeschöpft werden	203

Kurz gefasst

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.

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**.

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.

Summary

In its competition policy agenda covering the period up to 2025, the Federal Ministry for Economic Affairs and Climate Action (i. e. BMWK) listed **ten points for sustainable competition** as cornerstones for a socio-ecological market economy. The Monopolies Commission discusses individual points of the agenda in several chapters of this report and summarizes its position in Chapter III.

With regard to further considerations published by the BMWK in June 2022, the Monopolies Commission highlights that its position stated in its Special Report 58 on the question of **divestiture regardless of a competition infringement** remains and it still considers such an instrument to be **advisable as a last resort**. A divestiture remedy regardless of a competition infringement should **only** be used **in sectors** that have been **consolidated over a long period of time**. Regarding the **digital market**, the Monopolies Commission recommends to **await the practical implementations resulting from the new regulation** (i. e. Digital Market Act, Section 19a Act against Restraints of Competition (GWB)) and further application of Art. 102 TFEU, before considering further specific regulatory measures in this market.

In order to identify markets where a divestiture regardless of a competition infringement may remedy competition concerns, the **Bundeskartellamt** should carry out **sector inquiries**. The **procedure** of such sector inquiries should be **further developed** in general. Therefore, the Monopolies Commission makes concrete proposals **based on UK legislation**. In particular, the procedures should be made more **transparent** and **statutory deadlines** should be introduced, the **participation** of and **legal protection for companies** should be **regulated** more precisely and the **ability to initiate** such an inquiry should be **given to a wider audience**, such as consumer protection bodies or the Monopolies Commission. On the other hand, a **new regulation of disgorgements** appears **unnecessary** if fines and compensations reflect the value of relevant benefits adequately.

1 Wettbewerbspolitische Agenda des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz bis 2025

366. Am 21. Februar 2022 veröffentlichte das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) seine Wettbewerbspolitische Agenda bis 2025, die 10 Punkte für nachhaltigen Wettbewerb als Grundpfeiler der sozial-ökologischen Marktwirtschaft enthält.¹ Zentraler Bestandteil einer sozial-ökologischen Marktwirtschaft ist hier nach ein proaktiver wettbewerbsrechtlicher Rahmen, der von unabhängigen und starken Kartellbehörden durchgesetzt wird.² Laut Agenda wird das BMWK das GWB in dieser Legislaturperiode evaluieren und Vorschläge zu seiner Weiterentwicklung machen.³ Zu einigen der vom BMWK gesetzten Ziele äußert sich die Monopolkommission in diesem und in früheren Gutachten.

367. Angesichts des Vorhabens des BMWK, die Kartellverfolgung „*durch eine Initiative zum besseren Schutz von Kronzeugen und zur Reform der EU-Kartellschadenersatzrichtlinie*“ zu stärken, setzt sich die Monopolkommission in Kapitel II dieses Hauptgutachtens mit der Frage auseinander, wie die Attraktivität der Kronzeugenregelung erhöht werden kann. Nach aktuellem Forschungsstand würde eine weitergehende Befreiung des Kronzeugen von Schadenersatzforderungen die Effektivität der Kartellverfolgung steigern. Deshalb schlägt die Monopolkommission vor, dass derjenige, dem im Rahmen eines Kronzeugenprogramms der vollständige Erlass der Geldbuße gewährt wurde (Kronzeuge), erst dann Schadenersatz leisten muss, wenn von den übrigen Rechtsverletzern kein vollständiger Ersatz geleistet werden kann. Sie macht dazu einen konkreten Gesetzesvorschlag.

368. Das BMWK beabsichtigt ferner, das Ministererlaubnisverfahren so zu modifizieren, dass wieder angemessene Klagemöglichkeiten gegen eine Ministererlaubnis vorhanden sind und der Deutsche Bundestag im Verfahren beteiligt wird. Anlässlich der durch die 9. GWB-Novelle vorgenommenen Änderungen am Ministererlaubnisverfahren hat sich die Monopolkommission in ihrem XXII. Hauptgutachten mit diesen Fragen tiefergehend befasst⁴ und konkrete Empfehlungen abgegeben. In diesem Zusammenhang hat die Monopolkommission die Einschränkung von Rechtsschutzmöglichkeiten Dritter für kritikwürdig erachtet und für den Fall, dass der Gesetzgeber den Drittrechtsschutz dennoch einschränken sollte – wie schließlich geschehen –, Empfehlungen zur Abmilderung einer solchen Einschränkung gegeben. Insbesondere sollten die in § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB genannten Verbraucherzentralen und andere Verbraucherverbände gerichtlich gegen eine Ministererlaubnis vorgehen können, wenn diese die Interessen der Verbände oder einer Vielzahl von Verbraucherinnen und Verbrauchern erheblich berührt.⁵ Außerdem hat die Monopolkommission von einer Einbindung des Deutschen Bundestages in das fusionskontrollrechtliche Ministererlaubnisverfahren unter anderem wegen der damit einhergehenden erheblichen Verfahrensverlängerung abgeraten.

369. Darüber hinaus weist das Ministerium darauf hin, dass hauptsächlich strukturelle Mängel in der Rechtsdurchsetzung korrigiert werden müssen, damit Wettbewerb fair ausgestaltet wird und den Interessen der Verbraucherinnen und Verbraucher besser gerecht werden kann.⁶ In diesem Zusammenhang enthält der Koalitionsvertrag 2021-2025 den Auftrag zu prüfen, wie das Bundeskartellamt gestärkt werden kann, „*um bei erheblichen, dauerhaften und wiederholten Verstößen gegen Normen des wirtschaftlichen Verbraucherrechts analog zu Verstößen gegen das GWB Verstöße zu ermitteln und diese abzustellen*“.⁷ In Anbetracht dessen erinnert die Monopolkommission an

¹ BMWK, 10 Punkte für nachhaltigen Wettbewerb als Grundpfeiler der sozial-ökologischen Marktwirtschaft, <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/0-9/10-punkte-papier-wettbewerbsrecht.pdf>, Abruf am 25. Mai 2022.

² Ebenda, S. 1.

³ Ebenda, S. 2.

⁴ Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, Wettbewerb 2018, Baden-Baden, 2018, Tz. 900-920.

⁵ Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, a. a. O. (Fn. 4), Tz. 919 f.

⁶ BMWK, 10 Punkte für nachhaltigen Wettbewerb als Grundpfeiler der sozial-ökologischen Marktwirtschaft, a. a. O., vgl. Fn. 1, S. 3.

⁷ Koalitionsvertrag 2021 – 2025 zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD), BÜNDNIS 90 / DIE GRÜNEN und den Freien Demokraten (FDP), <https://www.bundesregierung.de/breg-de/service/gesetzesvorhaben/koalitionsvertrag-2021-1990800>, Abruf am 24. Mai 2022, S. 31.

ihre Empfehlung aus dem XXII. Hauptgutachten, im Falle einer Aufgabenerweiterung für das Bundeskartellamt innerhalb der Behörde eine organisatorische Trennung zwischen der Anwendung des Verbraucherschutzrechts und des Wettbewerbsrechts vorzunehmen.⁸ Zudem hat die Monopolkommission im Zusammenhang mit algorithmenbasierter Preissetzung empfohlen, den Verbraucherschutzverbänden das Recht einzuräumen, die kartellbehördliche Untersuchung bestimmter Sektoren zu verlangen, bei denen der Verdacht besteht, dass es infolge verbraucherschädigender Kollusion zu überhöhten Preisen kommt.⁹

370. In Bezug auf Nachhaltigkeitskooperationen verfolgt das Ministerium das Ziel, den Unternehmen einen klaren Rechtsrahmen zur Verfügung zu stellen, ohne dabei ein „*Greenwashing*“ oder andere Formen verkappter Beschränkungen von Wettbewerb zu erleichtern. Die Monopolkommission äußert sich zu diesem Thema in Kapitel IV dieses Hauptgutachtens. Aus ihrer Sicht besteht regelmäßig kein Zielkonflikt zwischen dem Schutz des Wettbewerbs und dem Erreichen von Nachhaltigkeitszielen. Daneben kann es aber Fälle geben, bei denen Unternehmen kooperieren müssen, um höhere Nachhaltigkeitsstandards als die gesetzlichen Mindeststandards umzusetzen. Die Kommission gibt Empfehlungen für die Abwägung von Wettbewerbsschutz und Nachhaltigkeitszielen im Rahmen von Kartell- und Fusionskontrollverfahren.

371. Die Monopolkommission hat vorgeschlagen, die private Kartellrechtsdurchsetzung für Verbraucherinnen und Verbraucher durch die Einführung einer Gruppenklage nach dem „*Opt in*“-Prinzip zu stärken.¹⁰ Im Zusammenhang mit der Regulierung von Big Tech plant das Ministerium nun ebenfalls eine Stärkung der privaten Rechtsdurchsetzung.¹¹ Die Monopolkommission hat in Kapitel V dieses Hauptgutachtens konkrete Empfehlungen dazu vorgelegt, wie der nationale Gesetzgeber zur effektiven Durchsetzung des DMA beitragen kann. Die Empfehlungen richten sich unter anderem auf die Vereinfachung privater Unterlassungs- und Schadensersatzklagen.¹² Weitere Empfehlungen betreffen die behördliche Anordnung von Rückerstattungen und die Haftung des verantwortlichen Managements.

372. Die Wettbewerbsagenda benennt als langfristiges Ziel des Ministeriums ferner, ein missbrauchsunabhängiges Entflechtungsinstrument als Ultima Ratio auf verfestigten Märkten einzuführen. Die Monopolkommission hält insofern grundsätzlich ihre früheren Positionen aufrecht.¹³ Diese entwickelt sie allerdings auf Basis der Erfahrungen mit dem in der Zwischenzeit eingeführten britischen Instrumentarium für Sektoruntersuchungen weiter und konkretisiert entsprechend ihre Empfehlungen für das deutsche Recht. In Kapitel V erläutert die Monopolkommission, dass im Rahmen der Anwendung des bestehenden Wettbewerbsrechts im Falle schwerwiegender Schädigung der Marktstruktur zudem weiterreichende Abhilfemaßnahmen als bisher erwogen werden könnten.

2 Überlegungen zu einer vorgezogenen GWB-Novelle

373. Auslöser der Überlegungen zu einer vorgezogenen GWB-Novelle ist eine öffentliche Diskussion um die Preise an Tankstellen und die Weitergabe der von der Bundesregierung erwirkten und zeitlich befristeten Senkung der Energiesteuern auf Benzin und Diesel an die Verbraucherinnen und Verbraucher. Im Raum steht, dass die Preise

⁸ Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, a. a. O. (Fn. 4), Tz. 932-963.

⁹ Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, a. a. O. (Fn. 4), Tz. 234-236; vgl. auch Monopolkommission, XXIII. Hauptgutachten, Wettbewerb 2020, Baden-Baden, 2020, Tz. 124.

¹⁰ Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, a. a. O. (Fn. 4), Tz. 894 ff.; XXI. Hauptgutachten, Wettbewerb 2016, Baden-Baden, 2016, Tz. 174 ff.

¹¹ BMWK, 10 Punkte für nachhaltigen Wettbewerb als Grundpfeiler der sozial-ökologischen Marktwirtschaft, a. a. O., vgl. Fn. 1, S. 2.

¹² Rechtsgrundlage des DMA ist Art. 114 AEUV (Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten). Er gilt nicht als Wettbewerbsrecht im engeren Sinne. Die Regelungen zur privaten Durchsetzung des DMA müssen nach Auffassung der Monopolkommission deshalb nicht zwingend im GWB verankert werden.

¹³ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 58, Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung, Baden-Baden, 2010; Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Baden-Baden, 2015, Tz. 261 ff.

wettbewerbswidrig überhöht sein könnten. Studien deuten allerdings darauf hin, dass der Zusammenhang zwischen der Höhe der Kraftstoffsteuern einerseits und der Preisentwicklung an den Tankstellen andererseits nicht eindeutig ist.¹⁴ Das Bundeswirtschaftsministerium hat auf den angesprochenen Verdacht gleichwohl bereits mit der Ankündigung der folgenden drei Maßnahmen reagiert, die es dem Bundeskartellamt ermöglichen sollen, in vergleichbaren Situationen zukünftig wirksamer einzugreifen:¹⁵

- Eine sog. missbrauchsunabhängige Entflechtung soll es ermöglichen, Wettbewerb auf verfestigten Märkten zu schaffen;
- Die Hürden für die kartellrechtliche Gewinn- bzw. Vorteilsabschöpfung (vgl. § 34 GWB) sollen gesenkt und so die Schlagkraft der Kartelldurchsetzung erhöht werden;
- Sektoruntersuchungen (vgl. § 32e GWB) sollen schlagkräftiger ausgestaltet werden.

374. Weil die geplanten Anpassungen im Zusammenhang mit aktuellen Ereignissen relativ kurzfristig vorgeschlagen worden sind, liegen bisher noch keine ausformulierten Vorschläge vor. Es ist davon auszugehen, dass eine Konkretisierung in Kürze erfolgen wird. Ferner hat das Ministerium für Wirtschaft und Klimaschutz in einer Mitteilung erste Hintergründe und Ziele zu den drei Maßnahmen vorgestellt. Die Monopolkommission gibt nachfolgend eine erste Stellungnahme zu den Ankündigungen des BMWK ab und behält sich eine ausführliche Stellungnahme abhängig vom Gang der weiteren Diskussion vor. Sie äußert sich dabei zunächst zu den – aus ihrer Sicht im Zusammenhang zu sehenden – Ankündigungen zur missbrauchsunabhängigen Entflechtung und zu Sektoruntersuchungen, bevor sie zur Frage der Vorteilsabschöpfung Stellung nimmt.

2.1 Missbrauchsunabhängige Entflechtung als äußerstes Mittel (weiter) empfehlenswert; Anwendung nur in über lange Zeit verfestigten Sektoren

375. Die Vorschläge des BMWK besitzen grundsätzlich ein breiteres Anwendungsfeld, auch wenn sie konkret unter Bezugnahme auf die Problematik der Tankstellenpreise vorgestellt wurden. Dies betrifft auch den Vorschlag, eine missbrauchsunabhängige (sog. objektive) Entflechtung als neues kartellrechtliches Instrument einzuführen.¹⁶ Dabei würde es sich um kein sektorspezifisches Instrument handeln. Einen vergleichbaren Vorstoß hatte die Bundesregierung bereits im Jahr 2010 unternommen, dieser wurde aber letztlich aufgrund fehlender Mehrheiten fallengelassen. Die Monopolkommission hatte zu der damaligen Initiative im Sondergutachten 58 Stellung genommen und die geplante Einführung begrüßt.¹⁷ Aus den nachfolgend dargestellten Erwägungen heraus hält sie ihre damalige Empfehlung grundsätzlich weiter aufrecht. Sie betont aber zugleich, dass es sich um eine grundsätzliche politische Richtungsentscheidung handelt. Der Gesetzgeber sollte das Instrument nur auf Basis einer sorgfältigen Abwägung und Diskussion aller relevanten Aspekte einführen.

376. Hinsichtlich der Ausgestaltung wäre zu beachten, dass eine Entflechtung als strukturelle Eingriffsmaßnahme nur – aber auch: immerhin – als äußerstes denkbare Mittel für behördliche Interventionen in Betracht kommen kann. Insofern müssten die folgenden zwei Gesichtspunkte leitend sein:

¹⁴ Siehe ifo Institut, Ölkonzerne geben Tankrabatt zu 85 bis 100 Prozent weiter, Pressemitteilung vom 14. Juni 2022; Montag/Sagimuldina/Schnitzer, Does Tax Policy Work When Consumers Have Imperfect Price Information? Theory and Evidence, CE-Sifo Working Paper No. 9138, Juni 2021.

¹⁵ Siehe BMWK, Meldung vom 13. Juni 2022; <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Artikel/Energie/bundeswirtschaftsminister-robert-habeck-plant-verscharfung-des-wettbewerbsrechts.html>; Abruf am 21. Juni 2022.

¹⁶ Siehe auch schon BMWK, Wettbewerbspolitische Agenda des BMWK bis 2025, 21. Februar 2022, dort mit dem Vorschlag, eine missbrauchsunabhängige Entflechtungsmöglichkeit auf europäischer Ebene als Ultima Ratio auf verfestigten Märkten einzuführen. Siehe zu diesem Vorschlag auch Tz. [...] in diesem Hauptgutachten.

¹⁷ Monopolkommission, Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung, Sondergutachten 58, Baden-Baden, 2010.

- Zum einen kann eine Entflechtung von Unternehmen im Einzelfall dann geboten sein, wenn sie die einzige Möglichkeit darstellt, um Märkte wettbewerblich zu öffnen, auf denen schwerwiegende strukturelle Wettbewerbsprobleme bestehen. Allerdings ist das Instrument aus wettbewerbspolitischer Sicht so auszugestalten, dass negative Auswirkungen auf Innovationen und Investitionen gering gehalten werden.
- Zum anderen handelt es sich um einen weitreichenden Eingriff in die Rechte der betroffenen Unternehmen. Insofern sind verfassungsrechtliche Vorgaben zu beachten.¹⁸ Deshalb wären mildere behördliche Interventionsbefugnisse, die gegebenenfalls auch zielgenauer sind, vorrangig. Insbesondere Verfahren wegen eines – vom Unternehmen steuerbaren – Marktmachtmisbrauchs und gegebenenfalls missbrauchsabhängige Entflechtungen sollten vorrangig eingesetzt werden. Außerdem wären diskriminierende Anwendungen des Entflechtungsinstruments zu vermeiden und ein ausreichender Rechtsschutz zu gewährleisten.

377. Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen hatte die Monopolkommission bereits im Jahr 2010 in ihrem Sondergutachten 58 vorgeschlagen, das Entflechtungsinstrument als allgemein anwendbares Instrument einzuführen. Die Entflechtung sollte grundsätzlich nicht auf Märkten erfolgen, die der Gesetzgeber einer speziellen Regulierung unterstellt hat.¹⁹ Die Unternehmensentflechtung sollte zudem voraussetzen, dass die verfestigte Marktstellung in einer Untersuchung der konkreten Marktverhältnisse zuvor stichhaltig belegt werden konnte. Wenn die Entflechtung missbrauchsunabhängig stattfinden sollte, müssten die Strukturen und Prozesse in einem Markt dafür sprechen, dass sich die Verfestigung ohne eine derartige Entflechtung nicht wird aufbrechen lassen. Um negative Vorfeldwirkungen zu vermeiden, sollten die Eigentümer der entflochtenen Unternehmen gegebenenfalls neben dem Verkaufserlös im Rahmen des verfassungsrechtlich Gebotenen eine Kompensation aus öffentlichen Mitteln erhalten.²⁰

378. Zwischenzeitlich hat der britische Gesetzgeber bestehende Regelungen zusammengeführt und ein neues Instrument geschaffen, das über die bestehenden Instrumente für Sektoruntersuchungen im EU-Recht und im deutschen Recht hinausreicht und insbesondere auch strukturelle Eingriffe bis hin zu einer Unternehmensentflechtung gestattet.²¹ Das britische Instrument war auch in der Diskussion um ein Neues Wettbewerbsinstrument (*New Competition Tool*) auf EU-Ebene relevant, bevor sich der europäische Gesetzgeber für den Digital Markets Act als ein neues Regulierungsinstrument speziell für den Digitalbereich entschied.²²

379. Auf Basis des britischen Rechts wurden bereits in zwei Marktuntersuchungen Entflechtungen angeordnet. In 2009 veranlasste die Competition Commission (CC), die bis 2014 der britischen Wettbewerbsbehörde, Competition and Markets Authority (CMA), voranging, die Entflechtung von Flughäfen in Großbritannien.²³ Marktstrukturmaßnahmen in Form von Entflechtungen ordnete die CC ebenso nach Abschluss ihrer Marktuntersuchung im Zementbereich im Jahr 2014 an.²⁴ Den Entflechtungen ging jeweils eine umfassende Untersuchung der betroffenen Märkte, der dort feststellbaren Wettbewerbsverzerrungen und der Alternativen zu deren Behebung voraus. Die zuerst genannte Entflechtungsmaßnahme wurde zudem später von einer unabhängigen Beratungsfirma für die

¹⁸ Vgl. Art. 14 GG (bzw. gegebenenfalls Art. 12 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1) und Art. 3 Abs. 1, 19 Abs. 4 GG; dazu auch Monopolkommission, Sondergutachten 58, a. a. O. (Fn. 17), Tz. 93 ff.

¹⁹ Zur Diskussion der konkreten Umsetzung siehe Monopolkommission, Sondergutachten 58, a. a. O. (Fn. 17), Tz. 109.

²⁰ Monopolkommission, Sondergutachten 58, a. a. O. (Fn. 17), Tz. 135; zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine Kompensation siehe Art. 14 Abs. 3 GG; BVerfG, Beschluss vom 26. Oktober 1977, 1 BvL 9/72, BVerfGE 46, 268 (287); Beschluss vom 9. Dezember 1997, 1 BvR 1611/94, BVerfGE 97, 89 (96 ff.); Beschluss vom 15. Juli 1981, 1 BvL 77/78, BVerfGE 58, 300 (319 ff.).

²¹ Siehe Abschn. 4 des Enterprise Act von 2002 einerseits und Art. 17 VO 1/2003 bzw. § 32e GWB.

²² Siehe dazu z. B. Wish, *New Competition Tool: Legal comparative study of existing competition tools aimed at addressing structural competition problems with a particular focus on the UK's market investigation tool*, Expert Study, 2020; https://ec.europa.eu/competition/consultations/2020_new_comp_tool/kd0420573enn.pdf; Abruf am 15. Juni 2020; zum New Competition tool auch Monopolkommission, XXIII. Hauptgutachten, a. a. O. (Fn. 9), Tz. 48.

²³ Competition Commission (2009), *BAA airports market investigation: Final report*, Tz. 1 f.

²⁴ Competition Commission (2014), *Aggregates, cement and ready-mix concrete market investigation: Final report*, Tz. 4 ff und 82 ff.

CMA evaluiert, um ihre Auswirkungen zu bewerten. Der Evaluationsbericht kam zu dem Schluss, dass die Entflechtung positive Auswirkungen auf den Wettbewerb unter Flughäfen hatte und unter Berücksichtigung der Kosten der Entflechtung und des bisherigen Nutzens für Verbraucherinnen und Verbraucher verhältnismäßig war.²⁵ Überdies wurde die Entflechtung von den meisten Interessenvertretern im Sektor positiv bewertet und der Prozess der CC als klar verständlich, fair und transparent beurteilt.²⁶ Die Erfahrungen mit den britischen Regelungen sprechen dafür, ein missbrauchsunabhängiges Entflechtungsinstrument nach deutschem Recht im Rahmen des verfassungsrechtlich Zulässigen am Beispiel der britischen Regelungen zu orientieren. Die britische CMA würde eine Entflechtung allerdings grundsätzlich nicht als geeignete Abhilfemaßnahme ansehen, wenn die Kosten der Maßnahme den Nutzen für den Wettbewerb übersteigen würden. Eine staatliche Kompensation sieht das britische Recht hingegen nicht vor, was im deutschen Recht mit Blick auf Art. 14 Abs. 3 GG problematisch sein dürfte. Vor diesem Hintergrund wäre die genaue Ausgestaltung etwaiger Kompensationsleistungen im deutschen Recht näher zu prüfen.

380. Davon abgesehen weist die Monopolkommission mit Blick auf den Vorrang von Regulierungsmaßnahmen darauf hin, dass in Bezug auf die digitalen Märkte einstweilen (noch) kein Bedarf für eine missbrauchsunabhängige Entflechtung bestehen dürfte. Hierfür spricht insbesondere, dass zunächst die Anwendungspraxis zu den geschaffenen Neuregelungen für den digitalen Sektor (Digital Markets Act, § 19a GWB) und die weitere Praxis zu Art. 102 AEUV abgewartet werden sollte.²⁷

2.2 Sektoruntersuchungen: Verfahrensabläufe transparenter gestalten, Beteiligung von Unternehmen genauer regeln und Einleitungsinitiativen auf breitere Basis stellen

381. Das Bundeskartellamt kann auf Basis der Regelungen nach § 32e GWB bereits seit dem Jahr 2005 Untersuchungen von einzelnen Wirtschaftszweigen und einzelnen Arten von Vereinbarungen vornehmen, ohne dass zuvor der Verdacht eines Wettbewerbsverstoßes bestehen muss. Die Aufnahme der Sektoruntersuchungen in das GWB diene ursprünglich der Angleichung an das europäische Wettbewerbsrecht, wo es solche Untersuchungen bereits zuvor gab (Art. 17 VO 1/2003). Hintergrund des Instruments auf EU-Ebene war das Bestreben gewesen, den Transparenzverlust hinsichtlich der wirtschaftlichen Verhältnisse auszugleichen, der für die Behörden durch die Abschaffung des Administrativfreistellungsverfahrens mit der Verordnung 1/2003 entstand. Zwischenzeitlich sind Sektoruntersuchungen auch in Deutschland zu einem festen Teil des kartellrechtlichen Instrumentariums geworden. Sie können dazu beitragen, Wettbewerbsprobleme und deren Ursachen zu erkennen und zu beheben.

382. Die Monopolkommission begrüßt, dass das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz beabsichtigt, das Instrument der Sektorenuntersuchungen weiterzuentwickeln. Zwar haben sich Sektoruntersuchungen als wichtige kartellbehördliche Informationsquelle etabliert; zugleich zeigt sich in der bisherigen Anwendungspraxis aus wettbewerbspolitischer Sicht Nachsteuerungsbedarf. In Deutschland betrifft das insbesondere den Umstand, dass Sektoruntersuchungen bislang – im Vergleich mit anderen wesentlichen Verfahrensformen – weniger durch geregelte Abläufe, Fristen oder vorab gesetzlich festgelegte Teilprozesse gekennzeichnet sind. Bei länger dauernden Sektoruntersuchungen ist zugleich der Nutzen der Erkenntnisse unsicher. Denn es kann sein, dass sich die Gegebenheiten in dem untersuchten Wirtschaftszweig während der laufenden Untersuchung ändern. Dadurch verringert sich allerdings auch der Wert der zwischenzeitlich gewonnenen Erkenntnisse, oder es werden Nachermittlungen notwendig, welche die Untersuchung weiter verzögern. Aus diesen Gründen setzen die Kartellbehörden ihre begrenzten Ressourcen im Zweifel vorrangig für die Bearbeitung anderer Aufgaben ein, etwa für die fristgebundene Fusionskontrolle oder für die Ermittlung von Wettbewerbsverstößen aufgrund einer bestimmten Verdachtslage, die ein besser abschätzbares Verfahrensergebnis verspricht.

²⁵ Competition and Markets Authority (2016), BAA airports: Evaluation of the Competition Commission's 2009 market investigation remedies, Tz. 1.17 ff und 1.27 ff.

²⁶ Ebenda, Tz. 1.16, Tz. 7.5 und 7.48.

²⁷ Siehe schon Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Baden-Baden, 2015, Tz. 261 ff, sowie Tz. [...] in diesem Hauptgutachten.

383. Der Verfahrensgang ist nach den bestehenden Regelungen zudem bis zur Veröffentlichung des Abschlussberichtes nach außen nicht transparent.²⁸ Die Veröffentlichung eines Zwischenberichtes ist ebenso wenig bindend geregelt wie die Rechte der betroffenen Unternehmen oder Dritter. Dies ist mit Blick auf die Rechtsposition der betroffenen Unternehmen problematisch. In den Abschlussberichten einer Sektoruntersuchung werden gewöhnlich juristisch bedeutende Feststellungen etwa zur kartellrechtlichen Marktstellung von Unternehmen gemacht. Daraus können sich für Unternehmen bereits unmittelbare rechtliche Konsequenzen ergeben, wenn die Kartellbehörde etwa die Marktbeherrschung gem. § 18 oder überlegene Marktmacht gem. § 20 GWB feststellt und sich daraus für Unternehmen besondere Verhaltenspflichten ergeben. Betroffene Akteure können den Gang der Untersuchung in Hinblick darauf weder abschätzen, noch ist es ihnen ohne Weiteres möglich, die genutzten Methoden und daraufhin getroffenen Feststellungen gerichtlich anzugreifen. Schließlich muss eine Abstellung gefundener Wettbewerbsprobleme im Anschluss in gesonderten kartellrechtlichen Verfahren erfolgen. Dies kann behördliche Nachermittlungen erfordern und damit weitere Ressourcen binden und die Abstellung von gefundenen Problemen weiter verzögern. Anders als bei dem britischen Instrument sind die Befugnisse für Sektoruntersuchungen auch nicht mit Befugnissen zu bestimmten Marktinterventionen (unabhängig von festgestellten Wettbewerbsverstößen) verknüpft.

384. Die Monopolkommission stimmt dem BMWK deshalb zu, dass das Instrument der Sektoruntersuchung neu geregelt werden soll. Das Verfahren einer Sektoruntersuchung sollte strukturiert und durch Fristvorgaben zeitlich begrenzt werden. Eine Frist erscheint auch deshalb sinnvoll, weil eine Aufforderung des Bundeskartellamtes zur Anmeldung künftiger Zusammenschlüsse nach § 39a Abs. 1 GWB voraussetzt, dass das Bundeskartellamt auf einem der betroffenen Wirtschaftszweige zuvor eine Sektoruntersuchung durchgeführt hat (§ 39a Abs. 3 GWB). Die Frist würde somit nicht nur die Planungssicherheit für die betroffenen Unternehmen erhöhen, sondern auch zur Umsetzung des GWB-Digitalisierungsgesetzes beitragen.

385. Die Monopolkommission empfiehlt, das Instrument der Sektoruntersuchungen nach dem britischen Vorbild weiterzuentwickeln. Die Marktstudien (*market studies*) und Marktuntersuchungen (*market investigations*) der CMA bieten ein gutes Beispiel, wie Sektoruntersuchungen strukturell und fristgebunden durchgeführt werden können. In einer Marktstudie ermittelt die CMA zunächst, inwieweit Marktstrukturen und/oder Unternehmenspraktiken im Zusammenhang mit dem Erwerb oder der Lieferung von Waren oder Dienstleistungen Auswirkungen haben können, die nicht im Interesse von Verbraucherinnen und Verbrauchern sind.²⁹ Sollte der CMA am Ende einer Marktstudie, d. h. nach zwölf Monaten, der begründete Verdacht vorliegen, dass ein oder mehrere Merkmale eines Marktes den Wettbewerb oder in einem Teil davon behindern, einschränken oder verzerren, kann die CMA im Anschluss an eine Marktstudie eine umfangreiche Marktuntersuchung einleiten.³⁰

386. Eine Marktuntersuchung nach britischem Recht unterliegt gesetzlichen Fristen. Zwölf Monate nach Beginn publiziert die CMA ihre vorläufigen Ergebnisse und daraus resultierende mögliche Abhilfemaßnahmen in einem Bericht.³¹ Nach 18 Monaten, publiziert die CMA die finalen Ergebnisse und leitet die Implementierungsphase der Abhilfemaßnahmen ein. Eine verbindliche Festlegung etwaiger Abhilfemaßnahmen muss innerhalb von sechs Monaten nach Veröffentlichung des Endberichts erfolgen.

²⁸ Es ist vorgekommen, dass offiziell eingeleitete Sektoruntersuchungen ohne weitere Information nicht mehr fortgeführt werden. Ein Beispiel ist die im September 2012 eingeleitete Sektoruntersuchung zur Raffinerieebene im Mineralölsektor. Im Februar 2022 wurde die Untersuchung erneut aufgenommen.

²⁹ Competition and Markets Authority (2017), *Market Studies and Market Investigations: Supplemental guidance on the CMA's approach*, Tz. 2.6.

³⁰ Die Einleitung einer Marktuntersuchung ist möglich, wenn es keine geeigneten, kurzfristigen Maßnahmen gibt, die solche nachteiligen Auswirkungen beheben, mildern oder verhindern, und es nicht angemessen ist, ein Kartellrechtsverfahren einzuleiten, um die wettbewerblichen Bedenken zu adressieren. Siehe Office of Fair Trading (2006), *Market investigation references: Guidance about the making of references under Part 4 of the Enterprise Act*, Tz. 2.1.

³¹ Die CMA hat die Möglichkeit, in der letzten Phase der Marktuntersuchung Abhilfemaßnahmen zu erlassen.

387. Innerhalb einer Marktuntersuchung hat die CMA eine gesetzliche Konsultationspflicht zu ihren vorläufigen Ergebnissen über Wettbewerbsverzerrungen im Zwischenbericht und zu möglichen Abhilfemaßnahmen, wenn sie der Ansicht ist, dass eine Entscheidung wahrscheinlich erhebliche Auswirkungen auf die Interessen eines oder mehrerer Marktteilnehmer haben wird.³² Der Endbericht der CMA hat das gesamte relevante Vorbringen von Marktteilnehmern zu Wettbewerbsverzerrungen aus der Konsultation zu berücksichtigen. Die vorläufigen Feststellungen der CMA können sich ändern, wenn die Marktteilnehmer beurteilungserhebliche Erkenntnisse vorlegen. Bei der Entscheidung über Abhilfemaßnahmen diskutiert die CMA bereits im Zwischenbericht eine Vielzahl von möglichen Maßnahmen, von denen nach Konsultation mit den betroffenen Marktteilnehmern bis zum Endbericht in der Regel nur wenige geeignete Maßnahmen verbleiben. In einem anschließenden Rechtsmittelverfahren befasst sich das Gericht generell nicht mit den von den Marktteilnehmern vorgebrachten Argumenten oder Beweismitteln, sofern diese berücksichtigt und gegebenenfalls begründet abgelehnt wurden.³³

388. Nach britischem Vorbild könnte für deutsche Sektoruntersuchungen eine Frist von zwei bis drei Jahren eingeführt werden.³⁴ Aus Gründen der Verfahrensklarheit sollte die Frist durch einen förmlichen Einleitungsbeschluss ausgelöst werden und mit Veröffentlichung eines Abschlussberichts, in dem die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung und mögliche Abhilfemaßnahmen schriftlich festgehalten sind, enden.³⁵ Die Sektoruntersuchungen des Bundeskartellamtes dauern derzeit in der Regel zwar länger – jüngst bis zu fünf Jahre (Krankenhäuser und Haushaltsabfälle).³⁶ Frühere Untersuchungen wurden jedoch häufig innerhalb von rund zwei Jahren abgeschlossen. Wenn Sektoruntersuchungen mit höherer Priorität als bisher betrieben würden, wäre ein schnellerer Abschluss auch zu erwarten. Die Regelung bindender Fristen entspricht zudem der Fusionskontrolle nach deutschem und nach EU-Recht.³⁷

389. Die zwingende Veröffentlichung eines Abschlussberichts würde eine Verschärfung gegenüber dem jetzigen Rechtszustand darstellen.³⁸ Das Bundeskartellamt veröffentlicht allerdings schon derzeit grundsätzlich einen Abschlussbericht. Um zeitnah erste Ergebnisse aus einer Sektoruntersuchung zu erhalten, könnte zudem die Veröffentlichung eines Zwischen- oder Sachstandsberichts – etwa ein Jahr nach Einleitung der Sektoruntersuchung – verpflichtend vorgesehen werden. Auch die Veröffentlichung eines solchen Berichts entspricht bereits der aktuellen Praxis des Bundeskartellamtes. Denkbar ist zudem, dass nach dem britischen Vorbild die Durchführung einer öffentlichen Konsultation nach Veröffentlichung des Zwischenberichts verpflichtend vorgegeben wird. Auf diese Weise würde das Bundeskartellamt für den „zweiten Teil“ der Sektoruntersuchung auch weitere Impulse erhalten, etwa von Marktteilnehmern in dem betroffenen Wirtschaftszweig.³⁹

³² Abschnitt 10 & 169 EA02.

³³ Im Rechtsmittelverfahren ist vorzutragen, dass die CMA irrational, rechtswidrig oder mit Verfahrensfehlern gehandelt hat. Siehe zu diesem Standard allgemein House of Lords, Urteil vom 22. November 1984, *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service* [1985] AC 374; zur Anwendung im Entflechtungskontext Court of Appeal, Urteil vom 26. Juli 2012, *BAA Limited v. Competition Commission* [2012] EWCA Civ 1077, Tz. 20.

³⁴ Die Frist sollte z. B. davon abhängig sein, ob Abhilfemaßnahmen folgen oder ob bereits Informationen über den Markt vorliegen, z. B. wegen eines vorangegangenen kartellrechtlichen Verfahrens, oder weil die Sektoruntersuchung auf Initiative eines Verbraucherverbandes eingeleitet wird, welcher Vorkenntnisse über den Markt hat.

³⁵ Nach der Rechtsprechung zum bestehenden deutschen Recht ist ein förmlicher Einleitungsbeschluss dagegen keine Voraussetzung für die Ausübung von Ermittlungsbefugnissen. Vgl. OLG Düsseldorf, VI-2 Kart 8/09 (V), 4. August 2010, Rz. 23 ff. (zit. nach Juris); VI-Kart 5/07 (V), 8. Mai 2007, Rz. 7 ff. (zit. nach Juris).

³⁶ BKartA, Sektoruntersuchung Krankenhäuser, Abschlussbericht, September 2021; Sektoruntersuchung Erfassung von Haushaltsabfällen, Abschlussbericht, 21. Dezember 2021.

³⁷ Section 131B des Enterprise Act 2002; § 40 GWB bzw. Art. 10 VO 139/2004.

³⁸ Vgl. § 32e Abs. 3 GWB.

³⁹ Nach aktueller Rechtslage ist vorgesehen, dass die Kartellbehörde Dritte erst nach Veröffentlichung des Abschlussberichts um Stellungnahmen bitten kann (§ 32e Abs. 3 GWB).

390. Davon abgesehen sollten im Interesse der Beschleunigung verfahrensrechtliche Regelungen vorgesehen werden, um Maßnahmen zur Abstellung von im Rahmen der Untersuchung festgestellten Wettbewerbsverzerrungen (unabhängig von der Feststellung eines rechtswidrigen Verhaltens im Sinne eines Wettbewerbsverstosses) unmittelbar in die Sektoruntersuchung zu integrieren. Eine derartige Verzahnung der Untersuchung eines gesamten Wirtschaftszweiges und Einzelmaßnahmen zur Abstellung struktureller Wettbewerbsprobleme bzw. von Wettbewerbsverstößen könnte dazu beitragen, dass das Vorgehen des Bundeskartellamts insgesamt schlagkräftiger und effizienter wird. Bei einer solchen Neuregelung könnte das Verfahren der CMA als Vorbild dienen, insbesondere deren gründliche Prüfung, ob Abhilfemaßnahmen wirksam, umsetzbar und verhältnismäßig sind.

391. Die Anordnung von Abhilfemaßnahmen ist in Großbritannien an strenge Voraussetzungen gebunden, um sicherzustellen, dass die Vorteile der Abhilfemaßnahmen, d. h. die Verbesserung des Wettbewerbs im Markt, die Nachteile, d. h. die Kosten für betroffene Unternehmen, überwiegen. Um Abhilfemaßnahmen in einem Markt ergreifen zu können, muss die CMA umfangreich und begründet darlegen, dass im genannten Markt negative Auswirkungen auf den Wettbewerb (*adverse effect on competition* – AEC) vorliegen und wenn ja, ob und welche Abhilfemaßnahmen angemessen sind, diese zu vermindern oder zu beseitigen.⁴⁰ Um eine AEC-Feststellung zu treffen, die Gegenstand von Abhilfemaßnahmen sein kann, müssen eine oder mehrere Probleme im Markt vorliegen, welche in den Leitlinien der CMA detailliert beschrieben sind.⁴¹ Des Weiteren gibt es einen festgelegten Rahmen um zu prüfen, ob in Betracht kommende Abhilfemaßnahmen geeignet sind, die Wettbewerbsprobleme im relevanten Markt zu verhindern, zu beheben oder zu vermindern.⁴² In ihrer Beurteilung berücksichtigt die CMA, wie wirksam und praktikabel die Abhilfemaßnahmen sind, und testet sie auf ihre Verhältnismäßigkeit.⁴³ In seltenen Fällen kann es trotz AEC-Feststellung dazu kommen, dass die CMA keine Abhilfemaßnahme anordnet. Das ist der Fall, wenn keine praktikable Maßnahme existiert oder wenn die Kosten einer Abhilfemaßnahme unverhältnismäßig hoch sind im Vergleich zu dem Wettbewerbsproblem, das sie verhindern, beheben oder vermindern soll.⁴⁴

392. Bei einer Ausgestaltung nach dem britischen Vorbild könnte die Sektoruntersuchung bei strukturellen Wettbewerbsproblemen auch in eine Anordnung missbrauchsunabhängiger Entflechtungsmaßnahmen münden. Die CMA geht davon aus, dass strukturelle Abhilfemaßnahmen, einschließlich Entflechtungen, sinnvoll sind, wo Märkte durch horizontale Marktkonzentration, koordinierte Effekte oder vertikale Integration geprägt sind. Ziel ist es dann, entweder einen neuen Wettbewerber im Markt zu etablieren oder einen existierenden Wettbewerber im Markt zu stärken. Daher existieren strenge Kriterien für die Auswahl potenzieller Käufer.⁴⁵ Diese müssen vom zu entflechtenden Unternehmen unabhängig und wettbewerbsfähig sein, einen Anreiz haben, auf dem relevanten Markt zu konkurrieren, und die Veräußerung an den Käufer darf keine weiteren Wettbewerbsbedenken aufwerfen.

393. Im Falle einer Entflechtung gilt hinsichtlich des Verfahrens, dass das zu entflechtende Unternehmen innerhalb von sechs Monaten einen geeigneten Käufer finden muss. Die CMA überwacht den Prozess und setzt bei Bedarf einen Überwachungstreuhänder ein. Wenn das zu entflechtende Unternehmen innerhalb der gegebenen

⁴⁰ In der Abwägung, muss die CMA mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu dem Schluss kommen, dass ein adverser Effekt auf den Wettbewerb im Markt vorliegt; Competition Commission (2013), Guidelines for market investigations: Their role, procedures, assessment and remedies, Tz. 319.

⁴¹ Die CMA geht davon aus, dass ein Wettbewerbsschaden im Wesentlichen bei Marktmacht oder hoher Marktkonzentration, bei Hindernissen für Markteintritt und Expansion, bei koordinierten Effekten, bei vertikaler Integration oder vertikalen Vereinbarungen zwischen Marktteilnehmern, und/oder bei schwacher Kundenresonanz im Markt zu vermuten ist. Siehe ebenda, Tz. 120.

⁴² Ebenda, Tz. 324.

⁴³ Bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit legt die CMA folgenden Grundsätze zugrunde: Die Abhilfemaßnahme sollte ihr legitimes Ziel wirksam erreichen; sie sollte nicht belastender sein als zur Erreichung ihres Ziels notwendig; sie sollte die am wenigsten belastende Maßnahme sein, wenn zwischen mehreren wirksamen Maßnahmen gewählt werden kann; sie sollte keine Nachteile verursachen, die in keinem Verhältnis zum angestrebten Ziel stehen. Ebenda, Tz. 344.

⁴⁴ Ebenda, Tz. 354.

⁴⁵ Ebenda, Annex B, Tz. 17.

Frist keinen geeigneten Käufer findet, kann die Frist verlängert oder stattdessen ein unabhängiger Entflechtungstreuhänder beauftragt werden. Dieser hat die Aufgabe, den zum Verkauf stehenden Teil des Unternehmens zum unter den gegebenen Umständen besten verfügbaren Preis zu verkaufen, vorbehaltlich der vorherigen Zustimmung der CMA zum Käufer und den Veräußerungsvereinbarungen.⁴⁶

394. Wenn das Bundeskartellamt nach dem Vorbild der britischen Regelungen ermächtigt würde, im Rahmen von Sektoruntersuchungen bei festgestellten strukturellen Wettbewerbsproblemen Abhilfemaßnahmen einschließlich Entflechtungen anzuordnen, wären den betroffenen Unternehmen aus verfassungsrechtlichen Gründen im Gegenzug Anfechtungsrechte einzuräumen.⁴⁷ Die Anfechtung von im Rahmen der Sektoruntersuchung angeordneten Abhilfemaßnahmen wäre nach den allgemeinen Regeln zu gewährleisten. Die Einlegung von Rechtsmitteln durch einzelne Unternehmen sollte allerdings die kartellbehördliche Nutzung der sektorbezogenen Ermittlungsergebnisse nicht behindern. Ein etwaiges Rechtsmittel sollte deshalb keinen Suspensiveffekt haben.

395. Zuletzt scheint es geboten, auch die Initiative zu Sektoruntersuchungen straffer als bisher zu regeln. Die Monopolkommission hat im XXII. Hauptgutachten darauf hingewiesen, dass der „durch die kartellbehördliche Marktbeobachtung mögliche Schutz [...] nur dann effektiv sein [kann], wenn allen Verdachtsfällen und nicht nur solchen Fällen nachgegangen wird, in denen die Kartellbehörden eine nähere Untersuchung selbst im Rahmen ihres Aufgreifermessens für geboten erachten. Insofern besteht ein Problem darin, dass die Kartellbehörden nur die Aufgabe haben, die Wettbewerbsregeln durchzusetzen. Dagegen ist es nicht ihre Aufgabe, kollusionsbedingte Preise als solche zu verhindern und den damit einhergehenden Vermögensvorteil abzuschöpfen.“⁴⁸ Diese Problematik zeigt sich gerade auch auf den Tankstellenmärkten, auf denen sich kartellbehördliche Interventionen in der Vergangenheit als sehr schwierig erwiesen haben.⁴⁹ Die Monopolkommission wiederholt vor diesem Hintergrund ihre frühere Empfehlung, den Verbraucherschutzverbänden das Recht einzuräumen, die kartellbehördliche Untersuchung bestimmter Sektoren vorzuschlagen, bei denen der Verdacht besteht, dass es zu verbraucher-schädigender Kollusion durch überhöhte Preise kommt.⁵⁰ Folgt das Bundeskartellamt dem Vorschlag nicht, sollte es zu der Ablehnung – wie die CMA in vergleichbaren Fällen – innerhalb von 90 Tagen eine begründete Stellungnahme abgeben. Aufgrund der bestehenden Schnittstellen zu den Aufgaben der Monopolkommission wäre es denkbar, ein solches Initiativrecht alternativ auch unmittelbar der Monopolkommission einzuräumen.

2.3 Neuregelung zur Vorteilsabschöpfung entbehrlich, wenn relevante Vorteile über Bußen und Schadenersatz effektiv abgeschöpft werden

396. Speziell mit Blick auf die Höhe der aktuellen Tankstellenpreise hat das BMWK eine Verschärfung der Regelungen zur Vorteilabschöpfung vorgeschlagen, die sich in § 34 GWB finden. § 34 GWB dient der Abschöpfung der durch einen Wettbewerbsverstoß (z. B. Ausbeutungsmissbrauch) erlangten wirtschaftlichen Vorteile. Die Vorschrift steht neben dem im Jahr 2005 eingeführten § 34a GWB, der – ebenfalls in Fällen von Wettbewerbsverstößen – die Vorteilsabschöpfung durch Verbände regelt. Maßstab ist nicht der durch den Kartellverstoß bei Dritten entstandene Schaden, sondern der bei dem Kartelltäter entstandene wirtschaftliche Vorteil.⁵¹ Als wirtschaftlicher Vorteil werden dabei nicht nur der in Geld bestehende Vorteil, sondern auch sonstige Vorteile wirtschaftlicher Art, wie die Verbesserung der Marktposition durch die Ausschaltung oder das Zurückdrängen von Wettbewerbern, ange-

⁴⁶ Ebenda, Tz. 28 f.

⁴⁷ Art. 19 Abs. 4 GG; zu den insofern nötigen Differenzierungen Monopolkommission, Sondergutachten 58, a. a. O. (Fn. 17), Tz. 63 a. E.

⁴⁸ Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, a. a. O. (Fn. 4), Tz. 234. Die Ausführungen betrafen die Problematik algorithmischer Kollusion. Diese Problematik weist Parallelen zur aktuellen Problematik auf den Tankstellenmärkten auf; siehe vergleichend Wecke/Weck, EuZW 2020, 923 (923 f., 926 ff.); dies., CoRe 2021, 4 (5 f., 7 ff.).

⁴⁹ Vgl. BKartA, B8-200/09 – Sektoruntersuchung Kraftstoffe, Abschlussbericht vom Mai 2011, S. 138.

⁵⁰ Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, a. a. O. (Fn. 395), Tz. 234, XXIII. Hauptgutachten, a. a. O. (Fn. 22), Tz. 124.

⁵¹ Vgl. Bechtold/Bosch, GWB, Kommentar, 10. Aufl. 2021, § 34 Rn. 2.

sehen. Vergleichbare Regelungen gibt es z. B. im Ordnungswidrigkeitenrecht und im Bereich der Telekommunikationsregulierung und im Energiewirtschaftsrecht.⁵² Die Vorteilsabschöpfung kommt bei den Behörden jedoch bisher praktisch nicht zur Anwendung. Das liegt an Anwendungshürden, die beseitigt werden müssten. Eine zentrale Hürde betrifft etwa die Berechnung des durch den Wettbewerbsverstoß erlangten Vorteils. Auch in diesem Fall besteht ein Informationsproblem, da es für die Kartellbehörde schwierig ist, den wirtschaftlichen Vorteil gerichtsfest festzustellen.

397. Aus Sicht der Monopolkommission ist die Notwendigkeit einer Verschärfung der Regelungen zur Vorteilsabschöpfung derzeit nicht gegeben. Zu bedenken ist, dass die Kartellbehörden wirtschaftliche Vorteile aus einem wettbewerbswidrigen Verhalten schon heute ohne die Schwierigkeiten der Bemessung eines abzuschöpfenden Vorteils neutralisieren können. Der bei Bußen im deutschen Kartellrecht zu beachtende § 17 Abs. 4 S. 1 OWiG sieht als Minimalvorgabe ausdrücklich vor, dass eine „Geldbuße [...] den wirtschaftlichen Vorteil, den der Täter aus der Ordnungswidrigkeit gezogen hat, übersteigen [soll]“. Äußere Grenzen ergeben sich sodann aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Davon abgesehen kann ein etwaiger Vorteil für Unternehmen, dem ein entsprechender Schaden auf der Marktgegenseite entspricht, im Rahmen von Schadenersatzklagen abgeschöpft werden.

398. Auf EU-Ebene ist es zudem gängige Praxis, bei Marktmachtmissbräuchen Geldbußen zu verhängen und in den zu Bußgeldentscheidungen veröffentlichten Pressemitteilungen auf die Möglichkeit zu Schadenersatzklagen hinzuweisen. Dagegen ist das Bundeskartellamt mit der Anordnung von Geldbußen außerhalb von Kartellverstößen bisher zurückhaltend. Wenn es sich in den Grenzen des deutschen Rechts zukünftig stärker an der Praxis der Europäischen Kommission orientieren würde, dürfte auf eine Neuregelung zur Vorteilsabschöpfung verzichtet werden können.

⁵² § 17 Abs. 4 S. 1 OWiG, § 208 TKG, § 33 EnWG.

Kapitel IV

Nachhaltigkeit und Wettbewerb

Kurz gefasst	206
Summary	207
1 Einleitung	208
2 Fokussierung auf Klima- und Umweltziele	209
3 Würdigung von Nachhaltigkeit im Rahmen des Kartellrechts	210
3.1 Generelle Ausnahmen für Nachhaltigkeitsinitiativen vom Kartellrecht nicht zu empfehlen	212
3.2 Nachhaltigkeit sollte im Rahmen der Effizienzvorteile gewürdigt werden	214
3.3 Zwischenfazit	222
4 Mit zunehmender Fallpraxis ist die Einführung des Effizienzeinwands für Nachhaltigkeit bei Fusionskontrollverfahren im GWB in Erwägung zu ziehen	222
5 Mehr wissenschaftliche Expertise zur Bewertung von Nachhaltigkeit im Kartellrecht möglich	226
6 Zusammenfassungen der Einschätzungen und Empfehlungen	227

Kurz gefasst

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**.

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.

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.

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.

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.

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.

Summary

With the European Green Deal, the European Commission started the transition to a modern, resource-efficient and competitive economy. The core objective of the Green Deal is carbon-neutrality of the European Union's economy by 2050. In order to do so, all policy areas have to be reviewed to see how they can contribute. Thus, it is widely discussed among competition policy experts **how climate protection and other sustainability objectives can be better taken into account in antitrust law.**

In March 2022, the European Commission published a draft version of the amended Horizontal Guidelines on Article 101 TFEU, in which it sets out how to balance the protection of competition against sustainability aspects. The draft is a good starting point to discuss how to deal with sustainability aspects in an antitrust context. Yet, relevant case practice is rare so far. In order to operationalise the many different sustainability objectives in antitrust law, **it appears feasible to narrow down the term initially along the two ecological dimensions of climate and environmental protection**, as these terms are fairly clearly defined in comparison to other sustainability goals. Once, there is sufficient experience with the quantitative assessment of the ecological goals, other sustainability objectives should also be considered.

In many cases, there will be no trade-off between protecting competition and achieving sustainability objectives. Consumers increasingly prefer sustainable products and, therefore, companies compete to introduce innovative and sustainable products and technologies. Yet, there may be situations, where it is impossible for a company to introduce a sustainable or sustainably produced product independently. If, for example, consumers cannot accurately assess the positive impact of a product on sustainability, companies may have difficulties in introducing sustainable products and technologies that go above the legal minimum requirements.

Cooperations, which are restraining competition, must also be measured against antitrust law. **It does not recommend a general exemption of sustainability initiatives from antitrust law. In many cases, sustainability objectives can be viewed as economic efficiencies.** Academic literature already discusses how externalities, especially in the area of climate protection, can be taken into account in an efficiency assessment.

For the time being, the debate around sustainability and competition mainly focuses on the assessment of cooperations under antitrust law. In practice, there have been no mergers yet that justified a lessening in competition in order to achieve sustainability objectives. However, one option to **consider sustainability aspects in the context of merger control is by assessing efficiencies.** In German competition law, the possibility of making an efficiency defence argument by the merging parties, which the competition authority weighs against competition concerns, is not officially recognised, as it is in European competition law. If merging parties increasingly raise efficiency arguments relating to sustainability aspects in the future, the possibility of an efficiency defence should be incorporated in the German Act against Restraints of Competition (GWB) to increase legal certainty. It should be in line with recital 29 of the European Union's Merger Regulation. This ensures that competition enforcers are able to **systematically and uniformly examine sustainable efficiencies within German merger control.** However, the Monopolies Commission does not consider such an amendment to the law necessary as of yet.

Therefore, Competition policy can also contribute to making the European economy carbon-neutral. However, a greater contribution is certainly expected from instruments outside of competition policy, e.g., such as by regulation and statutory requirements of minimum standards.

1 Einleitung

399. Die Europäische Kommission hat mit dem European Green Deal einen Maßnahmenkatalog vorgelegt, den Netto-Treibhausgas-Ausstoß bis zum Jahr 2050 auf Null zu senken.¹ Auch die Bundesregierung hat den Klimaschutz zur Querschnittsaufgabe erklärt.² Alle Politikbereiche sollen daraufhin überprüft werden, welchen Beitrag sie zum Klimaschutz leisten können. Somit muss sich auch die Wettbewerbspolitik damit befassen. Diese Frage wird bereits seit Längerem auf akademischer Ebene³ und aufseiten der nationalen und der europäischen Wettbewerbsbehörden⁴ diskutiert.

400. In vielen Fällen dürfte eine Zielkomplementarität zwischen dem Wettbewerbs- und dem Klimaschutz bestehen. Anstrengungen von Unternehmen zum Klimaschutz können regelmäßig als Wettbewerbsparameter angesehen werden, insbesondere, wenn institutionelle Rahmenbedingungen z. B. in Form von CO₂-Preisen gegeben sind. Genauso dürften sich die meisten anderen Nachhaltigkeitsziele gerade nicht außerhalb des Wettbewerbs, sondern nur im Wettbewerb erreichen lassen. Dies gilt vor allem unter der Voraussetzung, dass ein wachsender Teil der Konsumentinnen und Konsumenten Nachhaltigkeit wertschätzt.

401. In einigen Fällen hingegen kann es zu Zielkonflikten kommen, die eine Abwägung zwischen Nachhaltigkeitsaspekten und Wettbewerbsschutz erforderlich machen. Koordinieren sich Unternehmen im Markt darauf, günstige und umweltschädliche Produkte kollektiv vom Markt zu nehmen und durch teurere, aber umweltfreundlichere Produkte zu ersetzen, scheint dies aus der Perspektive der Nachhaltigkeit wünschenswert. Dennoch ist eine solche Koordination kartellrechtlich nicht unbedenklich. Ob eine Abwägung zwischen Wettbewerbsschutz und Nachhaltigkeit im bestehenden Kartellrechtsrahmen erfolgen kann oder ob eine Änderung des Rahmens notwendig ist, wird in der Literatur und der Anwendungspraxis diskutiert. Die Monopolkommission macht hierzu in diesem Gutachten einige Vorschläge.

402. Auch ökonomisch sind solche Abwägungsfragen nicht einfach zu beurteilen. Wie bei jeder anderen Koordination über Wettbewerbsparameter kann die Gefahr bestehen, dass der Wettbewerb und damit auch der Innovationswettbewerb um nachhaltige Produkte und Technologien geschwächt werden. Ein viel beachtetes Beispiel dafür ist die technische Zusammenarbeit deutscher Automobilhersteller im Bereich der „AdBlue“-Technologie zur Beseitigung von klimaschädlichen Stickoxidemissionen. Diese hat nach Ansicht der Europäischen Kommission Innovationen im Bereich der Abgasreinigung verhindert.⁵ In anderen Fällen hingegen könnten die freien Marktkräfte gerade einer wünschenswerten Transformation hin zu einer nachhaltigen Wirtschaft und Gesellschaft entgegenstehen, wenn Unternehmen Schwierigkeiten haben, unilateral nachhaltige Produkte und Technologien einzuführen. Das kann beispielsweise der Fall sein, falls Konsumentinnen und Konsumenten den Wert nachhaltiger Produkte nicht genau einschätzen können. Dann kann eine Koordination der Unternehmen dabei helfen, Marktineffizienzen zu überwinden.

403. Insofern sind im Bereich der Nachhaltigkeit komplexe ökonomische und rechtliche Fragen zu beantworten. Dieses Gutachten fokussiert sich dabei auf ausgewählte Fragestellungen, die für das Kartellrecht relevant sind. Wie können Nachhaltigkeitsaspekte (z. B. Klimaschutz) gegen Wettbewerbseffekte (z. B. höhere Preise) abgewogen

¹ Europäische Kommission, Der europäische grüne Deal, https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_de [abgerufen am 3. Februar 2022].

² Mehr Fortschritt wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit. Koalitionsvertrag 2021–2025 zwischen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP, S. 55.

³ Inderst, R., Thomas, S., Nachhaltigkeit und Wettbewerb: Zu einer Reform des Wettbewerbsrechts für die Erreichung von Nachhaltigkeitszielen, SAFE Policy Letter 94, 2022; Holmes, S., Climate change, sustainability, and competition law, Journal of Antitrust Enforcement 8, 2020, 354.

⁴ ACM Netherlands Authority for Consumers and Markets, Guidelines: Sustainability Agreements - Opportunities within Competition Law, 2022; Bundeskartellamt, Offene Märkte und nachhaltiges Wirtschaften - Gemeinwohlziele als Herausforderung für die Kartellrechtspraxis, 2020.

⁵ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_21_3581 [abgerufen am 30. März 2022].

werden? Auf welcher rechtlichen Grundlage kann entschieden werden, wie diese Abwägung stattfinden soll? Sollte eine solche Abwägung innerhalb oder außerhalb des Kartellrechts stattfinden?

2 Fokussierung auf Klima- und Umweltziele

404. Der Begriff der Nachhaltigkeit bezieht sich auf ein breites Spektrum gesellschaftlicher Ziele. Die Mitgliedstaaten der Vereinten Nationen haben sich im Jahr 2015 in ihrer Agenda 2030 auf 17 Nachhaltigkeitsziele (Sustainable Development Goals, SDGs) geeinigt. Diese SDGs umfassen ökologische, ökonomische und soziale Aspekte und beinhalten insgesamt 169 einzelne Zielvorgaben. An diesen globalen Zielen orientiert sich auch die Deutsche Nachhaltigkeitsstrategie. Deutschland legt dabei einen Schwerpunkt auf den Klimaschutz. Die Bundesregierung hat hierzu 2019 ein Klimaschutzgesetz verabschiedet und diesen zur Querschnittsaufgabe erklärt, wonach alle Politikbereiche am Klimaschutz ausgerichtet werden sollen.⁶ Auf Unionsebene verpflichtet die umweltspezifische Querschnittsklausel gemäß Art. 11 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) zudem dazu, Umweltschutzaspekte bei der Festlegung und Durchführung der Unionspolitiken und -maßnahmen einzubeziehen. Die Umweltziele werden in Art. 9 der Taxonomie-Verordnung weiter konkretisiert. Hierzu zählen a) Klimaschutz; b) Anpassung an den Klimawandel; c) die nachhaltige Nutzung und Schutz von Wasser- und Meeresressourcen; d) der Übergang zu einer Kreislaufwirtschaft; e) Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung; f) der Schutz und Wiederherstellung der Biodiversität und der Ökosysteme.⁷

405. Um Nachhaltigkeit im kartellrechtlichen Kontext berücksichtigen zu können, muss der Begriff in der Fallpraxis anwendbar sein. Das bedeutet, dass die Ziele klar definiert und deren Erreichung möglichst auch empirisch nachgewiesen werden müssen, um in der Praxis gegen Wettbewerbsziele abgewogen werden zu können. Eine solche Abwägung kann nur dann objektiv erfolgen, wenn dabei möglichst systematisch und einheitlich vorgegangen wird. Sowohl in den Horizontalleitlinien zu Art. 101 Abs. 1 AEUV als auch in den Horizontalleitlinien zur Verordnung 139/2004 (Fusionskontrollverordnung, FKVO) wird festgestellt, dass eine Wettbewerbsbeschränkung freigegeben werden kann, wenn die Effizienzvorteile die wettbewerblichen Nachteile mindestens ausgleichen.⁸ Inwiefern auch Nachhaltigkeitsaspekte unter den Begriff der Effizienzvorteile subsumiert werden können, wird gegenwärtig in der Literatur diskutiert.⁹ Die Europäische Kommission hat im März 2022 einen Entwurf der überarbeiteten Leitlinien für horizontale Kooperationsvereinbarungen veröffentlicht, der ein separates Kapitel zur Würdigung von Nachhaltigkeits-Effizienzen enthält.¹⁰ Dort wird klargestellt, dass auch Nachhaltigkeitsaspekte als Effizienzvorteile berücksichtigt werden können.

406. Um erste Erfahrungen mit der Bewertung solcher Effizienzvorteile im Bereich der Nachhaltigkeit zu sammeln, erscheint eine Eingrenzung des Begriffs zunächst entlang der beiden ökologischen Dimensionen Klima- und Umweltschutz sinnvoll. Klima- und Umweltziele lassen sich aus ökonomischer Sicht klarer definieren als andere Nachhaltigkeitsziele. Die Ökonomie besitzt bereits einige Instrumente zur Bewertung von Effizienzen in diesen Bereichen. So verfügt die Klima- und Umweltökonomie über umfassende Erfahrung mit der Quantifizierung von Klima- und Umweltschäden. Insbesondere durch das Instrument des EU-Emissions-Zertifikatehandels können negative Externalitäten auf das Klima mit einem Preis versehen und so ökonomisch handhabbar gemacht werden. Diese

⁶ Bundes-Klimaschutzgesetz vom 12. Dezember 2019 (BGBl. I S. 2513), das durch Artikel 1 des Gesetzes vom 18. August 2021 (BGBl. I S. 3905) geändert worden ist.

⁷ Verordnung (EU) 2020/852 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Juni 2020 über die Einrichtung eines Rahmens zur Erleichterung nachhaltiger Investitionen und zur Änderung der Verordnung (EU) 2019/2088.

⁸ Amtsblatt der Europäischen Union, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, 2004/C 31/03, 5. Februar 2004, Tz. 76; Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, 2004/C 101/08, 27. April 2004, Tz. 85.

⁹ Holmes, S., Climate change, sustainability, and competition law, a. a. O.; Schley, O., Symann, M., Art. 101 Abs. 3 AEUV goes green, Wirtschaft und Wettbewerb 01, 2022, 2.

¹⁰ Europäische Kommission, Approval of the content of a draft for a Communication for the Commission: Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, 1. März 2022.

(monetäre) Bewertung erscheint bei anderen, sozialen Nachhaltigkeitszielen ungleich schwieriger und ist zudem mit normativen Abwägungen verbunden. Hier wären zunächst Klarstellungen notwendig, inwiefern andere Ziele als Effizienz im Sinne einer kartellrechtlichen Beurteilung abgewogen werden können. Auf nationaler Ebene und Unionsebene hat der Gesetzgeber bereits die Bedeutung des Klima- und Umweltschutzes hervorgehoben.

407. Daher konzentriert sich die Monopolkommission in diesem Gutachten zunächst auf die Abwägung zwischen Wettbewerbsaspekten einerseits und Klima- sowie Umweltschutzaspekten andererseits. Nachhaltigkeit wird daher in diesem Gutachten, wenn nicht anders angegeben, synonym mit Klima- und Umweltschutz verwendet.¹¹ Wenn hinreichende Erfahrung mit der Bewertung von ökologischen Nachhaltigkeitsaspekten im Kartellrecht vorliegen, sollte die Untersuchung auch auf die anderen Zieldimensionen der Nachhaltigkeit ausgeweitet werden, welche in der Agenda 2030 gleichberechtigt neben den ökologischen Zielen stehen. Eine Eingrenzung des Nachhaltigkeitsbegriffs auf Klima- und Umweltschutz erleichtert den Zugang zu diesem Thema und ermöglicht es der Monopolkommission, erste Handlungsempfehlungen zu entwickeln.

3 Würdigung von Nachhaltigkeit im Rahmen des Kartellrechts

408. Grundsätzlich ist zu klären, ob und wie Nachhaltigkeitsziele mit dem Wettbewerbsschutz abgewogen werden können. Dabei ist zunächst zu untersuchen, ob es ökonomische Gründe gibt, die bestimmte Wettbewerbseinschränkungen zur Erreichung von Nachhaltigkeitszielen rechtfertigen. Das wird in Kapitel 3 untersucht. Ist dies der Fall, ist weiterhin zu diskutieren, wie Nachhaltigkeitsaspekte im Kartellrecht gewürdigt werden können. Das ist Gegenstand von Kapitel 3.1. In diesem Gutachten findet die Untersuchung vorwiegend vor dem Hintergrund horizontaler Kooperationen statt, da es hierzu bereits einige wenige Entscheidungen nationaler Kartellbehörden gibt.¹²

409. In vielen Fällen dürfte eine Zielkomplementarität zwischen Wettbewerb und Nachhaltigkeitszielen bestehen. Anstrengungen der Unternehmen, nachhaltigere Produkte einzuführen oder nachhaltiger zu produzieren, können regelmäßig als Wettbewerbsparameter angesehen werden. Haben Konsumentinnen und Konsumenten eine Präferenz für nachhaltige Produkte, z. B. für nachhaltig produzierte Lebensmittel, werden Unternehmen ihre Produkte und Dienstleistungen in den Märkten an diesen Präferenzen ausrichten, um im Wettbewerb zu bestehen.¹³ Nachhaltigkeit kann in diesen Fällen somit häufig als ein Qualitätsmerkmal verstanden werden, das bei der Konsumententscheidung für Kundinnen und Kunden relevant ist.¹⁴

410. Oftmals wird somit gerade der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren Anreize schaffen, in nachhaltige Technologien zu investieren.¹⁵ Wettbewerbseinschränkungen, z. B. in Form von Zusammenschlüssen oder Kooperationen, hingegen könnten zu einer Beschränkung des Innovationswettbewerbs führen und dafür sorgen, dass die Potenziale nachhaltiger Technologien nicht umfänglich ausgenutzt werden. Die Europäische Kommission hat in einem solchen Fall im Jahr 2021 entschieden, dass eine technische Zusammenarbeit deutscher Automobilhersteller im Bereich der „AdBlue“-Technologie zur Beseitigung von klimaschädlichen Stickoxidemissionen verhindert

¹¹ Das Bundeskartellamt hat sich auch mit anderen Nachhaltigkeitsinitiativen außerhalb des Klimaschutzes auseinandergesetzt, s. https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2022/18_01_2022_Nachhaltigkeit.html?jsessionid=AB783C3590E0E2159721A8FD45C81F09.1_cid387?nn=3591286 [abgerufen am 28. Februar 2022].

¹² Autoriteit Consument & Markt, Pressemitteilung v. 26. September 2013, abrufbar unter: <https://www.acm.nl/en/publications/publication/12082/ACM-analysis-of-closing-down-5-coal-power-plants-as-part-of-SER-Energieakkoord>; Autoriteit Consument & Markt, Pressemitteilung v. 26. Januar 2015, abrufbar unter: <https://www.acm.nl/en/publications/publication/13789/ACMs-analysis-of-the-sustainability-arrangements-concerning-the-Chicken-of-Tomorrow>.

¹³ M. Kitzmueller, J. Shimshack, Economic Perspectives on Corporate Social Responsibility, *Journal of Economic Literature* (2)50, 2012, 51.

¹⁴ Vertieft Tz. 439 ff.

¹⁵ Aghion, P., Bénabou, R., Martin, R., Roulet, Alexandra, Environmental Preferences and Technological Choices: Is Market Competition Clean or Dirty?, *National Bureau of Economic Research* (26921), 2020; Schinkel, M. P., Spiegel, Y., Can collusion promote sustainable consumption and production?, *International Journal of Industrial Organization* 53, 2017, 371.

habe, dass eine über die gesetzlichen Vorgaben hinausgehende und somit noch emissionsreduzierendere Abgasreinigung entwickelt wurde, und wertet dies als kartellrechtswidrige Einschränkung des Innovationswettbewerbs. Dieses Beispiel zeigt laut Wettbewerbskommissarin Vestager, dass eine eigentlich legitime technische Zusammenarbeit in bestimmten Bereichen den Wettbewerb mittels Innovationen zur Minderung von Umweltbelastungen beschränken könne.¹⁶ Dieses deckt sich mit Beobachtungen aus ökonomischen Arbeiten, dass bei legitimen Absprachen zwischen Unternehmen (z. B. über Aspekte der Nachhaltigkeit) immer auch die Gefahr besteht, dass sie diese Absprachen auf wettbewerbsbeschränkende Aspekte (z. B. Preise) ausweiten.¹⁷

411. Allerdings kann es in einigen Fällen auch zu Effizienzvorteilen kommen, wenn Unternehmen zusammenarbeiten, um beispielsweise Neuerungen gemeinschaftlich zu entwickeln. Die Vorteile einer Zusammenarbeit können darin liegen, dass Technologien im Hinblick auf das Erreichen von Nachhaltigkeitszielen schneller und womöglich auch besser entwickelt werden können, wenn Unternehmen ihr Know-How und ihre Ressourcen zusammenlegen oder sich auf gemeinsame Standards einigen. Kooperationen oder Zusammenschlüsse können auch aus Kostengründen notwendig sein, um Maßnahmen zur Nachhaltigkeit im Markt umzusetzen, etwa, wenn Skalenvorteile nur bei einer gemeinschaftlichen Produktion gehoben werden. Da sich solche potenziellen Effizienzvorteile im Bereich der Nachhaltigkeit nicht von anderen Effizienzvorteilen in anderen Bereichen unterscheiden, können diese auch bereits unter den geltenden Regeln freigegeben werden, so dass es hier keiner Anpassung der bestehenden Regelungen bedarf.

412. Neben den bereits in den Leitlinien zu horizontalen Kooperationen und Zusammenschlüssen dargestellten, allgemein berücksichtigungsfähigen Effizienzvorteilen, ist zu diskutieren, ob es im Bereich der Nachhaltigkeit darüber hinaus spezifische Effizienzen gibt, die Wettbewerbseinschränkungen rechtfertigen können und ob es für deren Berücksichtigung Anpassungen der bestehenden Regelungen bedarf. Solche spezifischen Gründe werden vor allem unter den ökonomischen Marktversagenstatbeständen der Externalitäten und der Informationsdefizite und -asymmetrien diskutiert. Externalitäten liegen vor, wenn Marktteilnehmende den Einfluss ihrer Entscheidung auf Dritte nicht umfänglich berücksichtigen. Negative Externalitäten können im Bereich der Nachhaltigkeit besonders relevant sein, falls Verbraucherinnen und Verbraucher bei ihrer Konsumententscheidung den Einfluss z. B. auf das Klima oder die Umwelt nicht hinreichend beachten. Ein weiterer Grund kann in der mangelnden oder komplexen Information über die Produkteigenschaften (z. B. den Beitrag zur Nachhaltigkeit) liegen, die im Einkaufskontext nicht alle hinreichend reflektiert werden können.¹⁸ Verbraucherinnen und Verbraucher haben in der Regel schlechtere Informationen über den Beitrag von Produkten und Dienstleistungen zur Nachhaltigkeit als die Unternehmen (Informationsasymmetrien). Ist das der Fall, greifen Verbraucherinnen und Verbraucher wohlmöglich auf günstige und weniger nachhaltige Varianten zurück, da sie den Wert der teureren, nachhaltigen Varianten nicht genau einschätzen können. Zudem ist aus der Verhaltensökonomie bekannt, dass sich Verbraucherinnen und Verbraucher in Situationen, in denen verschiedene, komplexe Informationen verarbeitet werden müssen, häufig auf den Preis als leichtestes zu verarbeitendes Entscheidungsmerkmal stützen.¹⁹

413. In diesen Fällen können Unternehmen Schwierigkeiten haben, nachhaltige Produkte und Dienstleistungen am Markt durchzusetzen. Internalisieren einzelne Unternehmen nun die Externalitäten und produzieren mit einer nachhaltigeren Technologie oder bieten nachhaltigere Varianten der Produkte an, geschieht dieses in der Regel zu höheren Kosten als bei den Wettbewerbern. Aus den oben genannten Gründen könnten Verbraucherinnen und Verbraucher jedoch oftmals auf günstigere, aber weniger nachhaltige Varianten zurückgreifen. Aufgrund dieses

¹⁶ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_21_3581 [abgerufen am 30. März 2022].

¹⁷ Awaya, Y., Krishna, V., On Communication and Collusion, *American Economic Review* (2)106, 2016, 285; Fonseca, M., Normann, H.-T., Explicit vs. tacit collusion—The impact of communication in oligopoly experiments, *European Economic Review* (8)56, 2012, 1759.

¹⁸ Inderst, R., Thomas, S., Reflective willingness to pay: Preferences for sustainable consumption in a consumer welfare analysis, *Journal of Competition Law & Economics* (4)17, 2021, 848.

¹⁹ Spiegler, R., *Bounded Rationality and Industrial Organization*, New York 2011.

Wettbewerbsnachteils („First-Mover-Disadvantage“) schrecken Unternehmen oftmals davor zurück, nachhaltige Produktionsverfahren und nachhaltige Produkte unilateral einzuführen. Um sicherzustellen, dass die mit dem Einsatz klimafreundlicher Technologie verbundenen Vorteile zustande kommen, kann eine Vereinbarung beispielsweise über die schrittweise Abschaffung der umweltschädlichen Technologie und den Einsatz von nachhaltigen Rohstoffen erforderlich sein.

414. Mit der VO (EG) Nr. 1/2003²⁰ und der 7. GWB-Novelle wurde das bis dahin bestehende Anmeldesystem für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen durch das System der Legalausnahme und Selbsteinschätzung ersetzt. Seitdem müssen die beteiligten Unternehmen selbst prüfen bzw. prüfen lassen, ob eine beabsichtigte Kooperation mit Wettbewerbern kartellrechtskonform ist, und tragen das hiermit verbundene rechtliche Risiko.²¹ Aufgrund dieses Risikos könnten Unternehmen bislang von einigen wünschenswerten Nachhaltigkeitsinitiativen abgehalten worden sein.

415. Allerdings müssen sich solche Vereinbarungen zur Erreichung von Nachhaltigkeitszielen auch am Kartellrecht messen lassen. Schränken diese den Wettbewerb ein, kann das Wohlfahrtsoptimum ebenso verfehlt werden, wenn die ökonomischen Ressourcen nicht mehr optimal eingesetzt werden oder der Wettbewerb langfristig geschädigt wird. Wettbewerbseinschränkungen können dazu führen, dass Innovationen auch im Bereich der Nachhaltigkeit nicht in dem Maße stattfinden, wie es unter funktionsfähigem Wettbewerb zu erwarten wäre.²²

3.1 Generelle Ausnahmen für Nachhaltigkeitsinitiativen vom Kartellrecht nicht zu empfehlen

416. Soweit Verbraucherinnen und Verbraucher Nachhaltigkeit wertschätzen, sollten Unternehmen eigenständig entscheiden, wie sie dieses für sich nutzen. Dort, wo es eine Nachfrage nach nachhaltigen Produkten gibt, dürften Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne des Kartellrechts somit kaum unerlässlich zur Erreichung von Nachhaltigkeitszielen sein. Zudem wird im Entwurf der neuen Horizontalleitlinien zu Art. 101 AEUV betont, dass auch dort, wo nationales oder europäisches Recht die Unternehmen zur Einhaltung von Nachhaltigkeitszielen zwingt, Wettbewerbseinschränkungen nicht als unerlässlich erachtet werden können, um die Vorgaben einzuhalten. Der Grund dafür sei, dass der Gesetzgeber bereits entschieden habe, dass jedes Unternehmen für sich allein das Ziel erreichen müsse.²³

417. In anderen Konstellationen könnten Wettbewerbseinschränkungen jedoch auch hilfreich sein, um Nachhaltigkeitsziele zu erreichen.²⁴ Zu diskutieren ist dann, wie und ob Nachhaltigkeitsziele mit möglichen Wettbewerbschädigungen abgewogen werden können. Dazu hat die Europäische Kommission Vorschläge in den überarbeiteten Leitlinien für horizontale Kooperationsvereinbarungen gemacht, die derzeit konsultiert werden.

418. Einerseits könnten bestimmte Kooperationen direkt vom Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB freigestellt werden, wenn man per se davon ausgeht, dass bestimmte Arten von Vereinbarungen kartell-

²⁰ Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. EG Nr. L 1 vom 4. Januar 2003.

²¹ Monopolkommission, Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle. Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 Satz 4 GWB., 2004, Tz. 11.

²² Aghion, P., Bénabou, R., Martin, R., Roulet, Alexandra, Environmental Preferences and Technological Choices: Is Market Competition Clean or Dirty?, a. a. O.; Schinkel, M. P./Spiegel, Y., Can collusion promote sustainable consumption and production?, a. a. O.

²³ Europäische Kommission, Approval of the content of a draft for a Communication for the Commission: Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, a. a. O., Tz. 332.

²⁴ Ebenda, R. 586.

rechtlich weniger bedenklich sind.²⁵ Andererseits könnte eine Ausnahme vom Kooperationsverbot gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV, § 2 GWB in Betracht kommen, bei der mittels einer kartellrechtlichen Abwägung im Einzelfall geprüft wird, ob Nachhaltigkeitsinteressen einen etwaigen Wettbewerbschaden überwiegen.

419. Nicht in allen Fällen werden Kooperationen, die mit einer potenziellen Wettbewerbsbeschränkung verbunden sind, vom Kartellrecht erfasst.²⁶ Beispielsweise sind bestimmte Kooperationen zur Schaffung von Normen und Standards vom Anwendungsbereich des Kartellverbots des Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB ausgenommen.²⁷ Hierzu zählen auch Vereinbarungen, in denen Normen und Standards für die Umweltleistung von Produkten oder Herstellungsverfahren festgelegt sind. Vereinbarungen über Normen und Standards bezwecken gemäß der derzeit geltenden Horizontalleitlinien im Wesentlichen die Festlegung technischer oder qualitätsbezogener Anforderungen an bestehende oder zukünftige Produkte, Herstellungsverfahren, Dienstleistungen und Methoden.

420. Der Entwurf der Horizontalleitlinien betont darüber hinaus, dass auch Standards zur Erreichung von Nachhaltigkeitszielen vom Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 1 AEUV ausgenommen werden können, wenn folgende Kriterien kumulativ erfüllt sind. (1) Das Verfahren zur Entwicklung des Nachhaltigkeitsstandards muss transparent und für alle interessierten Wettbewerber zugänglich sein. (2) Der Standard darf nicht exklusiv und verpflichtend sein und zu keiner Einschränkung der Auswahlfreiheit der Verbraucherinnen und Verbraucher führen. (3) Den teilnehmenden Unternehmen sollte es freistehen, für sich selbst einen höheren Nachhaltigkeitsstandard festzulegen als den, der mit den anderen Parteien der Vereinbarung vereinbart wurde. (4) Die Parteien des Nachhaltigkeitsstandards dürfen keine kommerziell sensiblen Informationen austauschen, die nicht für die Entwicklung, Annahme oder Änderung des Standards notwendig sind. (5) Es sollte ein effektiver und diskriminierungsfreier Zugang zu den Ergebnissen des Verfahrens auch für Unternehmen, die nicht an der Entwicklung des Standards oder der Norm beteiligt waren, gewährleistet werden. (6) Der Nachhaltigkeitsstandard sollte nicht zu einem erheblichen Preisanstieg oder zu einer erheblichen Einschränkung der Auswahl an auf dem Markt erhältlichen Produkten führen. (7) Es sollte einen Mechanismus oder ein Überwachungssystem geben, um sicherzustellen, dass Unternehmen, die den Nachhaltigkeitsstandard anwenden, die Anforderungen des Standards erfüllen.²⁸

421. Sind diese Voraussetzungen kumulativ erfüllt, geht der Entwurf der Horizontalleitlinien davon aus, dass negative Effekte eines Nachhaltigkeitsstandards auf den Wettbewerb unwahrscheinlich sind. Die Nichterfüllung einer oder mehrerer dieser Voraussetzungen begründe zwar keine Vermutung, dass die Vereinbarung den Wettbewerb im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV einschränke. Wenn jedoch einige dieser Voraussetzungen nicht erfüllt seien, müsse insbesondere geprüft werden, ob und inwieweit die Vereinbarung voraussichtlich – oder tatsächlich – zu einer spürbaren Beeinträchtigung des Wettbewerbs führe.²⁹

422. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) können wettbewerbsbeschränkende Kooperationsformen privater Selbstregulierung aufgrund von außerwettbewerblichen Zielen vom Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 1 AEUV ausgenommen sein. In der Wouters-Entscheidung kam der EuGH zum Ergebnis, dass eine von der niederländischen Rechtsanwaltskammer erlassene Verordnung, die eine Trennung von Rechtsan-

²⁵ Eine solche Ausnahme vom Art. 101 AEUV bildet Art. 210a der Verordnung über eine gemeinsame Marktorganisation für landwirtschaftliche Erzeugnisse (GMO). Hiernach sind kartellrechtliche Ausnahmen für Nachhaltigkeitsinitiativen im Bereich des Umweltschutzes, der Tiergesundheit und des Tierwohls oder der Verringerung des Einsatzes von Pestiziden grundsätzlich möglich.

²⁶ In dem Entwurf der Leitlinien der niederländischen Wettbewerbsbehörde (ACM) finden sich Beispiele für Kooperationen im Bereich der Nachhaltigkeit, die nicht von Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasst werden könnten, ACM Netherlands Authority for Consumers and Markets, Guidelines: Sustainability Agreements - Opportunities within Competition Law, a. a. O.

²⁷ Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, C11/1, 14. Januar 2011, Tz. 257 ff.

²⁸ Europäische Kommission, Approval of the content of a draft for a Communication for the Commission: Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, a. a. O., Tz. 572.

²⁹ Ebenda, Tz. 574.

walts- und Wirtschaftsprüfungssozietäten vorsah, nicht gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV verstößt.³⁰ Das Sozietätsverbot beschränke zwar den Wettbewerb, sei jedoch notwendig, um die ordnungsgemäße Ausübung des Rechtsanwaltsberufs zu gewährleisten. In einer weiteren Entscheidung stellte das Gericht fest, dass Anti-Doping-Regelungen mit der Organisation und dem ordnungsgemäßen Ablauf eines sportlichen Wettkampfs untrennbar verbunden sind. Tragen diese Regelungen zur Sicherstellung eines fairen Wettkampfs bei, fallen sie nicht unter das Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV, sofern sie auf das zum ordnungsgemäßen Funktionieren des sportlichen Wettkampfs Notwendige begrenzt sind.³¹ EuGH-Rechtsprechung, die eine vergleichbare Ausnahme vom Kartellverbot für Kooperationen zur Selbstregulierung im Bereich des Klima- und Umweltschutzes anerkennt, liegt bislang nicht vor.

423. Nicht vom Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasst sind auch sog. notwendige Nebenabreden. Hierunter fallen wettbewerbsbeschränkende Nebenabreden, welche die Durchführung eines – kartellrechtsneutralen – Hauptvertrags überhaupt erst möglich machen. Voraussetzung ist, dass die Nebenabrede für die Durchführung der Hauptmaßnahme objektiv notwendig und verhältnismäßig ist. In der Literatur wird diskutiert, ob Wettbewerbsbeschränkungen, die einen Beitrag zur Nachhaltigkeit leisten, die Voraussetzungen einer solchen notwendigen Nebenabrede erfüllen könnten.³²

424. Ob und inwieweit Kooperationen im Bereich des Klima- und Umweltschutzes die Anforderungen an Vereinbarungen über Normen erfüllen, die nicht von Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB erfasst werden, hängt von Inhalt, Form und Entstehungsgeschichte der jeweiligen Kooperation ab. Die weitere Entwicklung der EuGH-Rechtsprechung im Hinblick auf Kooperationen mit dem Ziel des Klima- und Umweltschutzes bleibt abzuwarten. Mit Art. 101 Abs. 3 AEUV, § 2 GWB existiert allerdings eine gesetzliche Ausnahmeregelung mit klar umrissenen Voraussetzungen. Daher erscheint es insbesondere im Hinblick auf die notwendige Rechtssicherheit nicht sinnvoll, diese Voraussetzungen bei Kooperationen mit Klima- und Umweltschutzziele durch eine ungeschriebene Ausnahme zu umgehen. Nach Ansicht der Monopolkommission ist es zielführender, die bestehende Ausnahmeregelung – soweit erforderlich – weiterzuentwickeln. Diesen Ansatz verfolgt auch die Europäische Kommission im vorgelegten Entwurf der Horizontalleitlinien. Hiernach können Vereinbarungen nicht allein deshalb dem Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV entgehen, weil sie für die Verfolgung eines Nachhaltigkeitsziels notwendig sind.³³

3.2 Nachhaltigkeit sollte im Rahmen der Effizienzvorteile gewürdigt werden

425. Im Falle einer potenziellen Wettbewerbsbeschränkung kann die Abwägung zwischen Wettbewerbs- und Nachhaltigkeitsaspekten als Teil der Prüfung von Effizienzvorteilen erfolgen. Bei Kooperationen erfolgt dies auf der Grundlage der Kriterien für Freistellungen nach Artikel 101 Abs. 3 AEUV, § 2 GWB. Demnach können Kooperationen, die wettbewerbsbeschränkende Effekte aufweisen, freigestellt werden, wenn sie folgende Voraussetzungen erfüllen, die kumulativ vorliegen müssen.³⁴ Die Vereinbarung muss (1) zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen; die Verbraucherinnen und Verbraucher müssen (2) angemessen am so entstehenden Gewinn beteiligt werden; den beteiligten Unternehmen dürfen (3) keine Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung der genannten Ziele nicht unerlässlich sind; den beteiligten Unternehmen darf (4) nicht die Möglichkeit eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten. Sind diese vier Voraussetzungen erfüllt, stärkt die Vereinbarung gemäß der derzeit geltenden Horizontalleitlinien den Wettbewerb auf dem relevanten Markt, „weil (sie) die beteiligten Unternehmen veranlasst, den Verbrauchern billigere oder bessere Produkte

³⁰ EuGH, 19. Februar 2002, C-309/99, Wouters.

³¹ EuGH, 18. Juli 2016, C-519/04P, Meca-Medina.

³² Holmes, S., Climate change, sustainability, and competition law, a. a. O.

³³ Europäische Kommission, Approval of the content of a draft for a Communication for the Commission: Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, a. a. O., Tz. 548.

³⁴ Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, a. a. O., Tz. 42.

anzubieten und damit zugunsten des Verbrauchers die nachteiligen Auswirkungen der Wettbewerbsbeschränkung auszugleichen.“³⁵

426. Auf Unionsebene ist die Abwägung von Effizienzen innerhalb eines Zusammenschlussverfahrens im sog. „Effizienzeinwand“ im Erwägungsgrund 29 der europäischen Fusionskontrollverordnung (FKVO) verankert. Dieser eröffnet grundsätzlich die Möglichkeit auch Nachhaltigkeitsaspekte als Effizienzverbesserung anzusehen und diese mit den fusionsbedingten Wettbewerbsbeschränkungen abzuwägen.³⁶

427. In der deutschen Fusionskontrolle ist eine Prüfung von Effizienzen und weiteren Vorteilen nach der Abwägungsklausel (§ 36 Abs. 1 HS 2 GWB) und im Wege der Ministererlaubnis (§ 42 GWB) möglich. Nach der Abwägungsklausel kann ein Zusammenschluss freigegeben werden, wenn dadurch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und diese Verbesserungen die Behinderung des Wettbewerbs überwiegen. Effizienzen könnten im weitesten Sinne als Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen angesehen werden. Nach § 36 Abs. 1 GWB können jedoch nur Effizienzen berücksichtigt werden, die auf anderen Märkten als denen, auf denen eine erhebliche Wettbewerbsbehinderung bewirkt wird, auftreten (d.h. auf Verbesserungsmärkten). Zudem müssen die Verbesserungen struktureller Natur sein. In bisherigen Fusionskontrollverfahren hat das Bundeskartellamt die Frage offengelassen, ob im Rahmen des „SIEC-Testes“ auch Effizienzen innerhalb der wettbewerblchen Würdigung berücksichtigt werden dürfen. Die Vorträge von Zusammenschlussbeteiligten genügten nach seiner Einschätzung, den diesbezüglich von der Europäischen Kommission formulierten Anforderungen bislang nicht.³⁷ Diese Frage ist in Deutschland auch noch nicht höchstrichterlich geklärt.

428. Derzeit werden in der Literatur insbesondere Ansätze diskutiert, ob und wie Nachhaltigkeitsziele als Effizienz im Rahmen der Voraussetzungen (1) und (2) berücksichtigt werden können. Die Prüfung beider Freistellungs Voraussetzungen ist miteinander verwoben, da die Effizienzgewinne (1. Voraussetzung) den Verbraucherinnen und Verbrauchern (2. Voraussetzung) zugutekommen müssen. Die eigentliche Abwägung von Vor- und Nachteilen wird im Rahmen des Begriffs der angemessenen Verbraucherbeteiligung vorgenommen.³⁸

Kosteneinsparungen und qualitative Effizienzen

429. Dabei werden weder in Art. 101 Abs. 3 AEUV, § 2 GWB und in der FKVO noch in den jeweiligen Leitlinien Abwägungskriterien vorgegeben, sondern lediglich mehr oder weniger abstrakte potenzielle Effizienzvorteile benannt. Hierzu zählen Kosteneinsparungen und qualitative Effizienzgewinne, die unter anderem einen Mehrwert in Form neuer oder verbesserter Produkte oder größerer Produktvielfalt erbringen. Es erscheint grundsätzlich möglich, unter diesen beiden Arten von Effizienzgewinnen auch Verbesserungen der Nachhaltigkeit zu subsumieren. So können klimaschützende Maßnahmen zum einen zu direkten Kosteneinsparungen führen, insbesondere dann, wenn der entsprechende Sektor Teil des nationalen oder europäischen Emissionshandels ist, sodass die Unternehmen weniger CO₂-Zertifikate erwerben müssen. Die Bewertung dieser und anderer kostensenkender Maßnahmen dürfte das Kartellrecht vor keine grundlegend anderen Probleme stellen als bei der Bewertung von Effizienzgewinnen in anderen Bereichen.³⁹ Gehen die Klimaschutzverbesserungen mit Kosteneinsparungen einher, dürften sich diese quantifizieren lassen, da für CO₂-Emissionen in vielen Märkten ein Marktpreis existiert. Insofern ist es hier möglich, Vor- und Nachteile der Vereinbarungen in gleichen monetären Einheiten gegenüberzustellen.

³⁵ Ebenda, Tz. 34.

³⁶ Der Rat der Europäischen Union, Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, 20. Januar 2004, Tz. 29.

³⁷ Bundeskartellamt, Beschluss in dem Verwaltungsverfahren B5-29/18, 25. Juni 2018, Tz. 372.

³⁸ So Pohlmann, P., Grundfragen des Art. 81 Abs. 3 EG, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 2008, Tz. 231 f.

³⁹ So auch Bundeskartellamt, Offene Märkte und nachhaltiges Wirtschaften - Gemeinwohlziele als Herausforderung für die Kartellrechtspraxis, a. a. O., S. 23.

430. Zum anderen können Unternehmen auch qualitative Effizienzgewinne geltend machen. Die Warenerzeugung wird auch dann verbessert, wenn neue oder bessere Produkte hergestellt⁴⁰ werden oder neue Produkte schneller auf den Markt kommen.⁴¹ Vereinbaren Unternehmen beispielsweise neue und klimafreundlichere Produkte gemeinsam schneller auf den Markt zu bringen, könnte auch das als Effizienzverbesserung gewertet werden. Im Entwurf der Horizontalleitlinien werden solche Effizienzgewinne im Bereich der Nachhaltigkeit nun weiter spezifiziert. Dort wird klargestellt, dass auch der Einsatz von saubereren Produktions- oder Vertriebstechнологien oder weniger Umweltverschmutzung als Effizienzgewinn anerkannt werden kann.⁴² Diese Klarstellung dürfte für mehr Rechtssicherheit aufseiten der Unternehmen sorgen, die sich auf solche Effizienzgewinne berufen. Die Monopolkommission begrüßt das.

431. Trotz dieser Klarstellungen verbleibt nach wie vor Klärungsbedarf, z. B. welche Klimaschutzziele als relevant erachtet werden, zu deren Erreichung etwaige Effizienzverbesserungen beitragen können. Ist es das 2-Grad-Ziel der internationalen Klimapolitik oder sind es sektorale, nationale oder europäische CO₂-Einsparziele? Diese Ziele sollten möglichst genau spezifiziert werden, um entsprechende Effizienzen gegen festgestellte Wettbewerbsschädigungen abwägen zu können. Denn nach dem Entwurf der Horizontal-Leitlinien ist es stets erforderlich, den Wert der Effizienzen konkret empirisch nachzuweisen, allein die Begründung aus einer ökonomischen Theorie heraus reicht nicht aus.⁴³ Die Vor- und Nachteile für Verbraucherinnen und Verbraucher müssen also möglichst genau und monetär beziffert werden. Allein deshalb sollte klar sein, welche Klima- und Umweltschutzziele genau betrachtet werden.

432. Eine Abwägung mit qualitativen Effizienzgewinnen dürfte mit größeren Herausforderungen einhergehen, weil für bestimmte qualitative Verbesserungen – vor allem im Bereich des Umweltschutzes – kein Marktpreis existiert. Dennoch gibt es auch in solchen Fällen eine Reihe von ökonomischen Bewertungsmethoden, die zur Berechnung herangezogen werden könnten, z. B. sog. Schadensvermeidungskosten-Ansätze.⁴⁴ Mittels dieser und anderer Verfahren kann ein monetärer Wert bestimmt werden, den die Verbraucherinnen und Verbraucher bereit sind zu zahlen (z. B. für mehr Biodiversität in Stadtparks), sodass auch hier Kosten und Nutzen der Vereinbarung gegenübergestellt werden könnten. Diese Ansätze gilt es nun für eine kartellrechtliche Bewertung anwendbar zu gestalten und zu vertiefen. Fraglich ist, inwiefern die Kartellbehörden derzeit in der Lage sind, diese Überprüfung vorzunehmen, insbesondere dann, wenn die Güte der verwendeten Daten und die Robustheit der Ansätze variieren.

433. Die Abwägung zwischen der Wettbewerbsbeschränkung einerseits und den Effizienzen andererseits muss also im Rahmen der Prüfung der angemessenen Beteiligung der Verbraucherinnen und Verbraucher durchgeführt werden. Kartellrechtlich problematisch werden Wettbewerbsbeschränkungen insbesondere dann, wenn die Auswahlfreiheit der Verbraucherinnen und Verbraucher eingeschränkt wird. Das kann insbesondere im Bereich des Klimaschutzes der Fall sein, wenn günstigere Produkte kollektiv durch teurere, aber klimafreundlichere Produkte

⁴⁰ Kommission, 11. Oktober 1988, ABl. EG 1988, Nr. L 305, 33, Continental/Michelin, Tz. 23.

⁴¹ Ebenda, Tz. 24.

⁴² Europäische Kommission, Approval of the content of a draft for a Communication for the Commission: Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, a. a. O., Tz. 578.

⁴³ Ebenda, Tz. 579; Amtsblatt der Europäischen Union, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, a. a. O., Tz. 86.

⁴⁴ Bundeskartellamt, Offene Märkte und nachhaltiges Wirtschaften - Gemeinwohlziele als Herausforderung für die Kartellrechtspraxis, a. a. O., S. 23-26; Schley, O., Symann, M., Art. 101 Abs. 3 AEUV goes green, a. a. O., S. 4; ACM Netherlands Authority for Consumers and Markets, Guidelines: Sustainability Agreements - Opportunities within Competition Law, a. a. O., Tz. 57 ff.; Inderst, R., Sartzetakis, S., Xepapadeas, A., Technical report on sustainability and competition: A report jointly commissioned by the Netherlands Authority for Consumers and Markets (ACM) and the Hellenic Competition Commission (HCC), 2022.

ersetzt werden sollen. Zum einen könnten hier qualitätsverbessernde Effekte durch kostensteigernde Effekte konterkariert werden.⁴⁵ Zum anderen ist zu beurteilen, ob überhaupt qualitätsverbessernde Effekte vorliegen.⁴⁶

Effizienzen außerhalb des Marktes

434. Wesentlich ist bisher, dass Effizienzen die wettbewerblichen Nachteile für die Verbraucherinnen und Verbraucher mindestens aufwiegen.⁴⁷ Die kartellrechtliche Bewertung wird nun jedoch dadurch erschwert, dass sich die Effizienzen insbesondere im Bereich des Klimaschutzes nicht auf relevante Wettbewerbsmärkte begrenzen. Positive Effekte von klimaschützenden Maßnahmen werden sich auch auf anderen sachlichen oder geographischen Märkten einstellen bzw. auf die Gesellschaft als Ganzes wirken. Die wettbewerblichen Nachteile hingegen dürften sich weiterhin auf die Verbraucherinnen und Verbraucher im relevanten Markt auswirken.

435. Berücksichtigungsfähig sind derzeit nur Effizienzen, die sich auf dem von der Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Markt einstellen.⁴⁸ Nach überwiegendem Verständnis können negative Effekte auf Verbraucherinnen und Verbraucher in einem Markt nicht durch positive Effekte in anderen Märkten aufgewogen werden.⁴⁹ In die Abwägung dürften nur die Vorteile für die Abnehmerinnen und Abnehmer im relevanten Markt einfließen.⁵⁰ So hat die Europäische Kommission im Fall BBC/Brown Boveri im Rahmen des technischen Fortschritts durch Elektroautos zwar auch Umweltvorteile für die Allgemeinheit erwähnt, bei der Verbraucherbeteiligung jedoch nicht auf diese, sondern auf die Verfügbarkeit eines neuen Fahrzeugangebots, abgestellt. Die Umweltvorteile hätten nur insoweit Berücksichtigung finden dürfen, sofern auch Fahrer von Elektroautos hiervon profitierten.⁵¹ Effizienzen im Sinne einer Erhöhung der Nachhaltigkeit können somit derzeit nur Berücksichtigung finden, sofern Verbraucherinnen und Verbraucher im relevanten Markt hiervon profitieren. Das kann jedoch aufgrund der über den jeweiligen Markt hinausgehenden Externalität der Effizienzen zu einer deutlichen Untererfassung der Gesamtwirkung der Effizienzen führen.

436. Deshalb ist zu klären, ob nur Effizienzen im relevanten Markt berücksichtigt werden sollen oder auch solche, die außerhalb des Marktes, jedoch bedingt durch eine Wettbewerbseinschränkung im relevanten Markt, entstehen.⁵² Grundsätzlich können auch Effizienzen auf verbundenen Märkten berücksichtigt werden, jedoch dürften Effizienzen im Bereich des Klimaschutzes auch in viele unverbundene Märkte hineinwirken.

⁴⁵ Grundsätzlich ist es nicht erforderlich, dass Verbraucherinnen und Verbraucher an jedem Effizienzvorteil angemessen beteiligt werden, sondern die Beteiligung am Gesamtgewinn muss angemessen sein. Besteht die Wahrscheinlichkeit, dass eine beschränkende Vereinbarung zu höheren Preisen führt, müssen die Verbraucherinnen und Verbraucher einen vollwertigen Ausgleich in Form besserer Qualität oder sonstiger Vorteile erhalten, Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, a. a. O. Leitlinien, Tz. 86.

⁴⁶ Siehe bereits Tz. 440 ff.

⁴⁷ Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, a. a. O., Tz. 85; Amtsblatt der Europäischen Union, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, a. a. O., Tz. 79.

⁴⁸ Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, a. a. O., Tz. 85; Amtsblatt der Europäischen Union, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, a. a. O., Tz. 79.

⁴⁹ Bundeskartellamt, Offene Märkte und nachhaltiges Wirtschaften – Gemeinwohlziele als Herausforderung für die Kartellrechtspraxis, a. a. O., S. 27. Der EuGH urteilte in der Rechtssache Master Card Inc, dass sich die Vorteile einer Maßnahme grundsätzlich auch in jenem Markt auswirken müssen, in dem die Wettbewerbsbeschränkung stattfindet; EuGH, 19. Dezember 2007, Comp/34.579, Master Card Inc. Anders jedoch hat die Europäische Kommission im Fall hat die Kommission im Fall CEDED auch gesamtgesellschaftliche Effizienzen anerkannt, Europäische Kommission, 24.1.1999, Az. IV.F.1/36.718, ABl. 2000 L 187/47 – CEDED.

⁵⁰ Pohlmann, P., Grundfragen des Art. 81 Abs. 3 EG, a. a. O., Tz. 263.

⁵¹ Kommission, 11. Oktober 1988, ABl. EG 1988 Nr. L 301, 68, BBC Brown Boveri.

⁵² Dieses war u. a. Gegenstand in der Ministererlaubnis im Zusammenschlussvorhaben der Miba AG mit der Zollern GmbH & Co. KG, Monopolkommission, Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 42 Abs. 5 Satz 1 GWB: Zusammenschlussvorhaben der

Zeithorizont der Effizienzen

437. Eine weitere Frage betrifft die zeitliche Dimension. Denn die positiven Effekte von klimaschützenden Maßnahmen werden sich oft nur indirekt und zeitverzögert für zukünftige Kohorten von Verbraucherinnen und Verbrauchern einstellen, während die Wettbewerbsschädigung unmittelbar für die gegenwärtigen Verbraucherinnen und Verbraucher wirkt. Grundsätzlich sollte es bei der Betrachtung eines dynamischen Wettbewerbs möglich sein, auch zukünftige Verbraucherinnen und Verbraucher zu berücksichtigen.⁵³ Allerdings können sich die Präferenzen über die Zeit auch ändern, und dieses müsste bei einer heutigen Abwägung zwischen Wettbewerbs- und Nachhaltigkeitszielen bereits mit berücksichtigt werden.⁵⁴

438. Um diesen Fragen zu begegnen, werden in der Literatur zwei verschiedene Ansätze diskutiert. In einem ersten Ansatz wird vorgeschlagen, Effizienzen im Bereich des Klimaschutzes als Teil der bisherigen Verbraucherwohlfahrt zu erfassen und dabei auch etwaige Verhaltensverzerrungen mit zu berücksichtigen. Ein zweiter Ansatz schlägt eine Ausdehnung des Verbraucherbegriffs über den relevanten Wettbewerbsmarkt hinaus vor. Demnach sollen auch Effizienzen außerhalb des Marktes mitberücksichtigt werden.⁵⁵ Beide Ansätze werden im Entwurf der Horizontalleitlinien aufgegriffen, werfen jedoch Fragen auf.

3.2.1 Ermittlung der Verbraucherwohlfahrt im Rahmen der Nachhaltigkeit für Kartellbehörden herausfordernd

439. Eine Abwägung zwischen Nachhaltigkeit und Wettbewerb innerhalb des bisherigen Konzeptes der Verbraucherwohlfahrt im relevanten Wettbewerbsmarkt erscheint möglich, falls Nachhaltigkeitsverbesserungen mit einem höheren Nutzen für die Verbraucherinnen und Verbraucher im relevanten Markt einhergehen. Dieser Nutzenzuwachs kann sowohl direkter als auch indirekter Natur sein, wie im Entwurf der Horizontalleitlinien klargestellt wird.⁵⁶ Ein direkter Nutzenzuwachs kann vorliegen, wenn beispielsweise umweltfreundliche Produkte im Auge der Verbraucherinnen und Verbraucher im relevanten Markt mit einer höheren Qualität einhergehen. Indirekte Vorteile können sich dadurch ergeben, dass die Verbraucherinnen und Verbraucher im Markt ein Bewusstsein dafür haben, dass ihr Konsum Auswirkungen auf Dritte hat. Unter diesen Umständen wird die Nutzungserfahrung der Verbraucherinnen und Verbraucher mit dem Produkt zwar nicht direkt verbessert. Jedoch sind sie bereit, einen höheren Preis für ein nachhaltiges Produkt zu zahlen oder ihre Konsummöglichkeiten einzuschränken, damit die Gesellschaft oder künftige Generationen davon profitieren. Auch diese indirekten Vorteile stellen für die Wettbewerbspolitik keine grundlegend neuen Herausforderungen dar. Unabhängig davon, ob die Vorteile direkter oder indirekter Natur sind, gehen sie mit einer höheren Zahlungsbereitschaft einher, sodass beide Vorteile als Qualitätssteigerung angesehen werden dürften.

440. Doch dieser empirische Nachweis gestaltet sich bei vielen Nachhaltigkeitsfragen mitunter schwierig und führt teils zu ambivalenten Einschätzungen. Die von Verbraucherinnen und Verbrauchern häufig in Umfragen zum Ausdruck gebrachte Wertschätzung für nachhaltige Produkte weicht zum Teil erheblich von der tatsächlichen Kaufent-

Miba AG mit der Zollern GmbH & Co. KG, 2019. Dort wurde u. a. argumentiert, dass eine Wettbewerbseinschränkung im Markt für Gleitlager dazu führe, dass Windräder effizienter betrieben werden und somit ein Beitrag zum Klimaschutz geleistet werden könne. Die Effizienz wirke hier somit außerhalb des relevanten Marktes, wird jedoch durch eine Wettbewerbseinschränkung im relevanten Markt begründet. Die Monopolkommission hat die Ansicht vertreten, dass die Ausstrahlungswirkungen auf etwaige Effizienzen in anderen Märkten zu unbestimmt sind und sich gegen die Ministererlaubnis ausgesprochen.

⁵³ Jedoch werden hier üblicherweise dynamische Effekte im selben Markt betrachtet.

⁵⁴ Inderst, R., Thomas, S., Nachhaltigkeit und Wettbewerb: Zu einer Reform des Wettbewerbsrechts für die Erreichung von Nachhaltigkeitszielen, a. a. O., S. 15.

⁵⁵ Schley, O., Symann, M., Art. 101 Abs. 3 AEUV goes green, a. a. O.

⁵⁶ Europäische Kommission, Approval of the content of a draft for a Communication for the Commission: Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, a. a. O., Tz. 594.

scheidung ab.⁵⁷ Hierfür werden unterschiedliche Gründe diskutiert.⁵⁸ Ein naheliegender Grund ist, dass die offenbarte Zahlungsbereitschaft für nachhaltige Produkte oftmals geringer ist als die in Umfragen angegebene Zahlungsbereitschaft. Ein weiterer Grund kann darin liegen, dass bei Verbraucherinnen und Verbrauchern zwar eine höhere Zahlungsbereitschaft für nachhaltige Produkte besteht, diese jedoch am Markt nicht offenbaren, da sie davon ausgehen, dass ihre individuelle Nachfrage zu keinem nachhaltigeren Angebot führt.

441. Ein weiterer Grund kann in der mangelnden oder komplexen Information über die Produkteigenschaften (z. B. der Beitrag zum Klimaschutz) liegen, die im Einkaufskontext nicht alle hinreichend reflektiert werden können.⁵⁹ Verbraucherinnen und Verbraucher stützen sich dann anhand einer einfacher Systematik nach dem Konzept der Heuristik häufig auf den Preis als leichtestes zu verarbeitendes Entscheidungsmerkmal.⁶⁰ Darüber hinaus werden in der verhaltensökonomischen Literatur verschiedene Verhaltensverzerrungen diskutiert, die insbesondere im Bereich der Nachhaltigkeit von Bedeutung sind. Hierzu zählt vor allem das hyperbolische Diskontieren.⁶¹ Ein relevanter Aspekt des hyperbolischen Diskontierens ist, dass Verbraucherinnen und Verbraucher einen kurzfristigen Vorteil vorziehen, auch wenn er langfristig überproportional geringer ist. Sie treffen also heute Entscheidungen, die sie in Zukunft so nicht treffen würden, obwohl ihnen die Auswirkungen ihres Handelns (beispielsweise auf das Klima) bereits heute bekannt sind.

442. Berücksichtigt man nun solche Verhaltensverzerrungen, deutet die Tatsache, dass Verbraucherinnen und Verbraucher ein günstigeres Gut einem teureren Substitut vorziehen, obwohl letzteres nachhaltiger ist, dann nicht zwingend auf eine geringere Zahlungsbereitschaft für nachhaltige Produkte hin. Eine Bestimmung der Konsumentenwohlfaht anhand der offenbarten Präferenzen kann also unter Umständen zu anderen Ergebnissen führen, als wenn verschiedene Verhaltensverzerrungen hinsichtlich Nachhaltigkeitskriterien erfasst werden.

443. Für Wettbewerbsbehörden stellt sich dann jedoch die Frage, wie sie solche Verhaltensverzerrungen bei der Analyse der Konsumentenwohlfaht berücksichtigen können.⁶² Zum einen können die unterschiedlichen Methoden unterschiedlich robust und die verwendeten Daten unterschiedlich belastbar sein. Zum anderen ist zu klären, auf welcher normativen Grundlage überhaupt entschieden werden kann, dass die offenbarte Zahlungsbereitschaft nicht die eigentlichen Präferenzen der Verbraucherinnen und Verbraucher widerspiegelt. Hierbei kann die Gefahr einer paternalistischen Sichtweise bestehen, bei der Andere einschätzen, die Präferenzordnung der Verbraucherinnen und Verbraucher besser zu kennen als sie selbst.⁶³ Offen zudem scheint, auf welcher rechtlichen Grundlage eine Prüfung der Verbraucherbeteiligung abseits der offenbarten Präferenzen erfolgen kann.⁶⁴ Im Entwurf der

⁵⁷ Nach einer Untersuchung von White et al., 2019 haben 65 Prozent der Verbraucherinnen und Verbraucher eine positive Einstellung zu umweltfreundlichen Produkten und Dienstleistungen, aber nur 26 Prozent sind auch bereit hierfür auch zu zahlen; White, K., Hardisty, D., Habib, R., The elusive green consumer, Harvard Business Review (July-August), 2019, 124.

⁵⁸ Inderst, R., Thomas, S., Nachhaltigkeit und Wettbewerb: Zu einer Reform des Wettbewerbsrechts für die Erreichung von Nachhaltigkeitszielen, a. a. O.

⁵⁹ Inderst, R., Thomas, S., Reflective willingness to pay: Preferences for sustainable consumption in a consumer welfare analysis, a. a. O..

⁶⁰ Spiegler, R., Bounded Rationality and Industrial Organization, a. a. O.

⁶¹ Laibson, D., Golden eggs and hyperbolic discounting, Quarterly Journal of Economics (2)112, 443.

⁶² Inderst, R., Sartzetakis, S., Xepapadeas, A., Technical report on sustainability and competition: A report jointly commissioned by the Netherlands Authority for Consumers and Markets (ACM) and the Hellenic Competition Commission (HCC), a. a. O.

⁶³ Für eine tiefergehende Diskussion der praktischen Implikationen der Verhaltensökonomie und des „liberalen Paternalismus“ siehe L. Bruttel, F. Stolley, W. Güth, H. Kliemt, S. Bosworth, S. Bartke, J. Schnellenbach, J. Weimann, M. Haupt, L. Funk, Nudging als politisches Instrument - gute Absicht oder staatlicher Übergriff, Wirtschaftsdienst (11)94, 767. Haucap diskutiert darüber hinaus, dass auch Wettbewerbsbehörden Verhaltensverzerrungen unterlegen können, siehe J. Haucap, Implikationen der Verhaltensökonomie für die Wettbewerbspolitik, DICE Ordnungspolitische Perspektiven 65, 2014.

⁶⁴ Inderst und Thomas argumentieren hier beispielsweise, dass sich das rechtliche Postulat einer Berücksichtigung von Verhaltensverzerrungen im Bereich der Nachhaltigkeit aus der Verpflichtung der europäischen Rechtsordnung, Nachhaltigkeitsziele zu verfolgen, ableiten lassen könnte, Inderst, R., Thomas, S., Reflective willingness to pay: Preferences for sustainable consumption in a consumer welfare analysis, a. a. O., S. 21.

Horizontalleitlinien wird zudem auf die Gefahr hingewiesen, dass die Unternehmen versuchen könnten, den Verbraucherinnen und Verbrauchern ihre eigenen Präferenzen aufzudrängen.⁶⁵ Um diesen Problemen zu begegnen, wird dort klargestellt, dass die Erhebungen zur Messung der Verbraucherpräferenzen in einem „nützlichen und angemessenen Kontext“ stattfinden müssen.⁶⁶ Doch die Beurteilung dessen, was nützlich und angemessen ist, erscheint für eine Wettbewerbsbehörde herausfordernd.

444. Um den Komplexitätsgrad dieser Abwägungen zu reduzieren, schlägt die niederländische Wettbewerbsbehörde (ACM) vor, von einer Quantifizierung möglicher Effizienzen abzusehen, sofern der gemeinsame Marktanteil der an der Kooperation beteiligten Unternehmen 30 Prozent nicht überschreitet und davon auszugehen ist, dass die geschaffenen Effizienzen eine potenzielle Wettbewerbsschädigung überwiegen. Aufgrund des Selbstveranlagungsgebotes und der zu erwartenden Komplexität der Effizienzabwägung scheint es grundsätzlich angebracht, solche Kriterien zur Freistellung von Kooperationsvorhaben einzuführen, um sowohl die Unternehmen als auch die Wettbewerbsbehörden nicht zu überlasten. Das setzt aber voraus, dass Nachhaltigkeitsaspekte grundsätzlich im Kartellrecht gewürdigt werden. Nach welchen Kriterien sich eine etwaige Freistellung bemessen sollte, bleibt zu diskutieren.

3.2.2 Erfassung von Gemeinwohlvorteilen führt zu Verteilungsfragen

445. Ein weitgehender Ansatz schlägt vor, das Konzept der Verbraucherbeteiligung über den relevanten Markt hinaus auszudehnen.⁶⁷ Auch wenn Verbraucherinnen und Verbraucher im Markt nicht von der Vereinbarung profitieren, so profitieren solche bei Vorliegen von Externalitäten außerhalb des Marktes. Hier stellt sich zum einen die Frage, ob solche Effizienzen außerhalb des relevanten Marktes im Rahmen der Wettbewerbsanalyse berücksichtigt werden sollten. Falls dieses bejaht wird, stellt sich zum Zweiten die Frage, wie weit die Ausdehnung räumlich erfolgen sollte.⁶⁸ Das dürfte davon abhängen, ob die EU-Kommission oder nationale Wettbewerbsbehörden den Sachverhalt prüfen. Prüft die EU-Kommission, können Effizienzen innerhalb der Europäischen Union geprüft werden. Prüft das Bundeskartellamt, sollten nach Auffassung der Monopolkommission nur Effizienzen berücksichtigt werden, die sich im Inland auswirken, da der Geltungsbereich des GWB auf Deutschland beschränkt ist. Gegen die Berücksichtigung von Effizienzen außerhalb Deutschlands spricht zudem, dass die Bundesregierung als Verfassungsinstitution allein der deutschen Allgemeinheit verpflichtet ist.⁶⁹

446. Der Entwurf der neuen Horizontalleitlinien schlägt einen etwas engeren Ansatz vor. Damit Effizienzen außerhalb des Marktes berücksichtigt werden können, sollten die „Parteien in der Lage sein nachzuweisen, dass sich die Verbraucherinnen und Verbraucher auf dem relevanten Markt im Wesentlichen mit den Begünstigten außerhalb des Marktes überschneiden“. Zudem müssen sie nachweisen, welcher Teil des sog. „kollektiven Vorteils“, der außerhalb des relevanten Marktes entsteht oder entstehen könnte den Verbraucherinnen und Verbrauchern auf dem relevanten Markt zugutekommt.⁷⁰ Die Logik des kollektiven Vorteils scheint zu sein, dass Verbraucherinnen und Verbraucher im Markt individuell keine Präferenz für ein umweltfreundlicheres Produkt besitzen, gleichwohl als Bürgerin oder Bürger vom verbesserten Umweltschutz als kollektiver Vorteil – beispielsweise in Form von bes-

⁶⁵ Europäische Kommission, Approval of the content of a draft for a Communication for the Commission: Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, a. a. O., Tz. 599.

⁶⁶ Ebenda, Tz. 598.

⁶⁷ Schley, O., Symann, M., Art. 101 Abs. 3 AEUV goes green, a. a. O.

⁶⁸ Pohlmann argumentiert, sofern der relevante Markt größer als die EU ist, sollten auch eine Analyse der Verbraucherbeteiligung im gesamten relevanten Markt erfolgen; Pohlmann, P., Grundfragen des Art. 81 Abs. 3 EG, a. a. O., Tz. 264.

⁶⁹ So bereits Monopolkommission, Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 42 Abs. 5 Satz 1 GWB: Zusammenschlussvorhaben der Miba AG mit der Zollern GmbH & Co. KG, a. a. O., Tz. 72 f.

⁷⁰ Europäische Kommission, Approval of the content of a draft for a Communication for the Commission: Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, a. a. O., Tz. 606.

serer Luftqualität – profitieren könnten. In diesem Fall könnte es eine Überschneidung zwischen den Begünstigten außerhalb des Marktes und den Verbraucherinnen und Verbrauchern im Markt geben.⁷¹ Andererseits verdeutlicht die Europäische Kommission auch, dass es zu keiner Überschneidung kommt, falls eine Kooperation nur zu lokalen Umweltvorteilen außerhalb des Marktes führt, die sich nicht positiv für die Verbraucherinnen und Verbraucher im Markt auswirken.⁷²

447. Daher verlangt dieser etwas engere Ansatz – im Gegensatz zum weitergehenden Ansatz – nach wie vor eine Beteiligung der Verbraucherinnen und Verbraucher im relevanten Markt. Dennoch lässt auch dieser Ansatz einige Fragen offen. Zunächst dürfte es nicht in allen Fällen überzeugen, dass, wenn, Verbraucherinnen und Verbraucher keine hinreichende Präferenz für Nachhaltigkeit offenbaren, sie als Bürgerin oder Bürger dennoch von einem Zuwachs an Nachhaltigkeit profitieren.

448. Doch selbst wenn es solche Überschneidungen geben sollte, bleibt unklar, wie eine Abwägung zwischen Wettbewerbsschaden und Nachhaltigkeit erfolgen kann. Neben den bereits angesprochenen Problemen der Quantifizierung von insbesondere qualitativen Nachhaltigkeitsvorteilen ist offen, in welchem Umfang Verbraucherinnen und Verbraucher durch etwaige Nachhaltigkeitsvorteile kompensiert werden müssen. Laut den bisher geltenden Leitlinien müssen die Vorteile aus den Effizienzen im Rahmen der angemessenen Beteiligung der Verbraucherinnen und Verbraucher die tatsächlichen oder voraussichtlichen negativen Auswirkungen mindestens ausgleichen.⁷³ In der Literatur wird diskutiert, ob eine solche volle Kompensation weiterhin im Bereich der Nachhaltigkeit angezeigt sei, da die Verbraucherinnen und Verbraucher durch ihren Konsum zu einem Teil des sozialen Schadens beitragen.⁷⁴

449. Eine Ausweitung des Verbraucherbegriffs auf Gemeinwohlaspekte führt also unweigerlich zu Verteilungsfragen.⁷⁵ Koordinieren sich Unternehmen beispielsweise günstigere aber klima- und umweltschädlichere Produkte durch teurere und klima- und umweltfreundlichere Produkte zu ersetzen, könnten Verbraucherinnen und Verbraucher der klimaschädlicheren Produkte im Markt schlechter gestellt werden, während Verbraucherinnen und Verbraucher außerhalb des Marktes durch einen verbesserten Klima- und Umweltschutz bessergestellt würden. Im Sinne des Kaldor-Hicks-Kriteriums kann die Koordination der Unternehmen zu einem effizienten Ergebnis führen, falls jene Verbraucherinnen und Verbraucher für ihren Nutzenverlust durch Andere entschädigt werden können.⁷⁶ Das Kriterium besagt, dass eine Allokation effizient ist, wenn die Wertschätzung für die klimaschützenden Maßnahmen über alle zu betrachtenden Verbraucherinnen und Verbraucher hinweg größer ist als der Nutzenverlust jener Verbraucherinnen und Verbraucher. Wie eine solche Kompensation institutionell umgesetzt werden könnte, bleibt jedoch außerhalb der Wettbewerbspolitik zu beantworten. Die Abwägung zwischen unterschiedlichen Verbrauchergruppen führt somit letztlich wieder zu normativen Fragen, beispielsweise welche Gruppe wie an den Effizienzgewinnen zu beteiligen ist. Das wirft Fragen nach der Legitimität von Durchsetzungsmaßnahmen auf, soweit das Gesetz derzeit Nachhaltigkeit nicht ausdrücklich als Ziel im Kartellrecht verankert.

⁷¹ Ebenda, Tz. 604.

⁷² Ebenda, Tz. 604.

⁷³ Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, a. a. O., Tz. 85. Das gilt genauso bei Zusammenschlüssen, Amtsblatt der Europäischen Union, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, a. a. O., Tz. 79.

⁷⁴ Holmes, S., Climate change, sustainability, and competition law, a. a. O.; Schley, O., Symann, M., Art. 101 Abs. 3 AEUV goes green, a. a. O.

⁷⁵ Das bisher in der Prüfung der Verbraucherbeteiligung angewandte Kriterium der Pareto-Effizienz hingegen vermeidet solche Verteilungsfragen, so auch Wambach, A., Gemeinwohlziele als Herausforderung für die Kartellrechtspraxis, Vortrag zur Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 1. Oktober 2020.

⁷⁶ Gemäß dem Kaldor-Hicks-Kriterium reicht es aus, wenn eine solche Kompensation nur theoretisch möglich ist.

3.3 Zwischenfazit

450. Im Mittelpunkt der Diskussion darüber, wie Nachhaltigkeitsaspekte innerhalb des Kartellrechts zu berücksichtigen sind, steht das Konzept der angemessenen Beteiligung der Verbraucherinnen und Verbraucher. Diskutiert wird, ob Externalitäten im Bereich der Nachhaltigkeit innerhalb des bisherigen Konzeptes der Verbraucherbeteiligung berücksichtigt werden können oder ob eine Ausdehnung des Begriffs der Verbraucherbeteiligung über den relevanten Markt hinaus notwendig ist. Beide Ansätze haben ökonomisch ihre Vorzüge. Eine Erfassung innerhalb des Konzepts der Verbraucherbeteiligung trägt der Tatsache Rechnung, dass Verbraucherinnen und Verbraucher durchaus Verhaltensverzerrungen im Bereich der Nachhaltigkeit unterliegen können, die mittels verhaltensökonomischer Methoden nun unter Umständen besser erfasst werden können. Eine Ausdehnung des Verbraucherbegriffs über den relevanten Markt hinaus berücksichtigt, dass externe Effekte vor allem des Klimaschutzes auch außerhalb des relevanten Marktes wirken.

451. Beide Ansätze werfen auf der anderen Seite eine Reihe von normativen und rechtlichen Fragen hinsichtlich der Durchsetzung auf. Der Entwurf der Horizontalleitlinien stellt dabei einen guten ersten Kompromiss der verschiedenen Ansätze dar und ist ein sinnvoller Ausgangspunkt, die Debatte über die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitszielen im Kartellrecht voranzubringen. Im Detail verbleiben zwar auch hier noch offene Fragen, unter anderem bei der Erfassung und Abwägung der kollektiven Vorteile. Diese werden sich jedoch erst durch vermehrte Fallpraxis auflösen lassen.

4 Mit zunehmender Fallpraxis ist die Einführung des Effizienzeinwands für Nachhaltigkeit bei Fusionskontrollverfahren im GWB in Erwägung zu ziehen

452. Die Diskussion über ein etwaiges Spannungsverhältnis zwischen Wettbewerb und Nachhaltigkeit wird überwiegend im Kontext der kartellrechtlichen Beurteilung von Kooperationen geführt. Zwar gibt es gegenwärtig kaum Fusionskontrollverfahren mit Nachhaltigkeitsbezug, es ist jedoch möglich, dass Nachhaltigkeitsaspekte zukünftig vermehrt auch im Rahmen der Prüfung von Zusammenschlussvorhaben vorgetragen werden.

453. In Deutschland ist die Zulässigkeit eines Effizienzeinwands nach dem Muster der europäischen Fusionskontrolle nicht abschließend geklärt (siehe Tz. 426). Für den Fall, dass in Zukunft vermehrt Nachhaltigkeitsaspekte in Zusammenschlussvorhaben vorgetragen werden, könnte der Effizienzeinwand einen geeigneten rechtlichen Rahmen bieten, um Effizienzvorteile im Bereich der Nachhaltigkeit innerhalb der Fusionskontrolle systematisch und einheitlich zu prüfen. Daher wird im Folgenden diskutiert, ob die Möglichkeit eines Effizienzeinwandes für Klima- und Umweltschutzaspekte in die deutsche Fusionskontrolle explizit aufgenommen werden könnte. Die Monopolkommission sieht dafür zum jetzigen Zeitpunkt wegen der fehlenden Fallpraxis keinen Anlass. Wenn das Bundeskartellamt in Zukunft jedoch vermehrt Effizienz-Vorträge mit Nachhaltigkeitsbezug in Fusionskontrollverfahren erhalten sollte, könnte die Verankerung des Effizienzeinwands im deutschen Wettbewerbsrecht eine systemkonforme Lösung darstellen, die mit dem Unionsrecht vereinbar ist.

454. Die Europäische Kommission kann gem. Erwägungsgrund 29 der europäischen FKVO grundsätzlich Nachhaltigkeitsaspekte als Effizienzverbesserung prüfen und diese mit den fusionsbedingten Wettbewerbsbeschränkungen abwägen. Dabei deckt sich die Voraussetzung, dass die Effizienzvorteile den Verbraucherinnen und Verbrauchern zugutekommen müssen, mit den ersten beiden Voraussetzungen für die Freistellung einer Kooperation nach Art. 101 Abs. 3 AEUV (vgl. Tz. 425 f.).

455. In den Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse stellt die Europäische Kommission klar, dass Effizienzvorteile (1) den Verbraucherinnen und Verbrauchern zugutekommen, (2) fusionspezifisch und (3) überprüfbar sein und die Bedingungen kumulativ vorliegen müssen, um einem fusionsbedingten Wettbewerbsschaden entgegen zu wirken.⁷⁷

⁷⁷ Amtsblatt der Europäischen Union, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, a. a. O., Tz. 78.

456. Ähnlich wie in den Horizontalleitlinien, werden in den Leitlinien zur FKVO als Beispiel für Effizienzvorteile Kosteneinsparungen angeführt, die bei der Produktion oder dem Vertrieb entstehen und nach dem Zusammenschluss Anreiz geben, niedrigere Preise zu verlangen.⁷⁸ Das heißt, falls durch die Fusion eine umweltfreundlichere und zugleich kostensparende Produktion möglich ist, können solche Effizienzen, die sich positiv auf die Nachhaltigkeit auswirken, bereits jetzt innerhalb des Effizienzeinwandes berücksichtigt werden und bedürfen keines separaten Ermittlungsansatzes. So ist es beispielsweise möglich, dass Unternehmen, die für ihre Produktion Emissionszertifikate erwerben müssen, bei einem Zusammenschluss mögliche Kosteneinsparungen durch die Reduzierung der Emissionen als Effizienz geltend machen können. Sind Unternehmen am Ende der Wertschöpfungskette tätig, haben ihre Zulieferer diese Kosten gegebenenfalls bereits internalisiert und die Emissionseinsparung spiegelt sich in reduzierten Beschaffungskosten wider.

457. Zum Beispiel hat die Europäische Kommission in *FedEx/TNT* festgestellt, dass das fusionierte Unternehmen durch den Zusammenschluss Kosteneinsparungen durch Größenvorteile im Luftstraßennetz erzielen kann, welche als Effizienzen der Fusion anerkannt wurden.⁷⁹ Durch den Zusammenschluss könne das fusionierte Unternehmen die Anzahl der Flugzeuge reduzieren oder genutzte Flugzeuge durch weniger und größere ersetzen, um so die Kapazitätsauslastung jedes Fluges zu maximieren.⁸⁰ Die Fusion führe somit nicht nur zu einer Kosteneinsparung durch die verminderte Nutzung von Flugzeugen, sondern gleichzeitig zu einer Einsparung von Flugzeugabgasen. Die Einsparung von Flugzeugabgasen wurde in die Bewertung von Effizienzen nicht explizit berücksichtigt, sondern nur implizit durch die Kosteneinsparung durch Größenvorteile im Luftstraßennetz.

458. Es ist allerdings auch möglich, dass klima- sowie umweltfreundlichere Produktionsprozesse oder die Produktion nachhaltiger Produkte mit höheren Kosten einhergehen. Eine solche Abwägung von kostensteigernden Effekten, struktureller Schädigung des Wettbewerbs (durch die Fusion) und positiven Effekten auf die Nachhaltigkeit wurde von der Europäischen Kommission bislang noch nicht durchgeführt, ist aber möglich.

459. Wegen der bislang fehlenden Fallpraxis sieht die Monopolkommission zum jetzigen Zeitpunkt keinen Anlass, die Leitlinien zur FKVO anzupassen. Sollten in Zukunft vermehrt Nachhaltigkeitsaspekte im Rahmen von Zusammenschlussvorhaben vorgetragen werden, wäre wie im Entwurf der Horizontalleitlinien zu Art. 101 AEUV, auch in den Leitlinien der europäischen FKVO klarzustellen, welche Nachhaltigkeitsverbesserungen als Effizienzvorteile berücksichtigt werden können. Überdies ist darauf hinzuweisen, dass auch in der Fusionskontrolle grundsätzlich zu klären bleibt, welche Nachhaltigkeitsziele als relevant erachtet werden, damit Effizienzvorteile anerkannt werden können (vgl. Tz. 431 f.). Wie eine Abwägung zwischen Wettbewerbsschutz und Nachhaltigkeit im Rahmen der Verbraucherbeteiligung durchzuführen ist, welche normative Fragen eine Effizienzprüfung innerhalb der bisherigen Verbraucherwohlfahrt aufwirft und wie mit Effizienzvorteilen umzugehen ist, die außerhalb des relevanten Marktes auftreten, wird bereits in Abschnitt 3 ausführlich diskutiert.

460. Gemäß der Leitlinien zur FKVO sind Effizienzvorteile für die wettbewerbliche Beurteilung relevant, wenn sie eine direkte Folge des angemeldeten Zusammenschlusses sind und nicht in ähnlichem Umfang durch weniger wettbewerbswidrige Alternativen erreicht werden können. Das liegt darin begründet, dass ein Zusammenschlussvorhaben stets eine dauerhafte Veränderung im Markt darstellt, die sich über alle Wettbewerbsparameter hinwegzieht. Somit ist ein Zusammenschlussvorhaben ein weitaus schwerwiegenderer Eingriff in das Wettbewerbsgeschehen eines Marktes als z. B. eine Kooperation, die zeitlich begrenzt ist und nicht zwingend alle Wettbewerbsparameter berührt. Auch bei Zusammenschlüssen, bei denen die Parteien klimafreundliche Effizienzvorteile vortragen, muss geprüft werden, ob sich diese Effizienzvorteile allein durch einen Zusammenschluss realisieren lassen.

461. Der Effizienzeinwand auf EU-Ebene kann prinzipiell ein geeignetes Instrument sein, Nachhaltigkeitsverbesserungen, die durch einen Zusammenschluss entstehen, in der Fusionskontrolle zu berücksichtigen. Bisher hatte der

⁷⁸ Ebenda, Tz. 80.

⁷⁹ Europäische Kommission, *FEDEX / TNT EXPRESS*, CASE M.7630, 8. Januar 2016, Tz. 535.

⁸⁰ Ebenda, Tz. 511.

Effizienzeinwand in Zusammenschlussvorhaben auf EU-Ebene jedoch wenig Erfolg, da er hohe Voraussetzungen hat und die Darlegungs- und Beweislast bei den Unternehmen liegt. Der Effizienzeinwand hat in keinem Zusammenschlussvorhaben dazu geführt, dass die Wettbewerbsbedenken der Europäischen Kommission vollständig ausgeräumt wurden. Überdies sind bislang kaum Fusionsverfahren der Europäischen Kommission bekannt, bei denen Effizienzen im Bereich Nachhaltigkeit vorgetragen bzw. quantifiziert wurden. Die fehlende Fallpraxis ist sicherlich ein Grund, warum die Fusionskontrolle in der Nachhaltigkeitsdebatte bislang wenig diskutiert wurde.

462. Die Monopolkommission ist der Auffassung, dass der Effizienzeinwand für Klima- und Umweltschutzaspekte konzeptionell einen geeigneten rechtlichen Rahmen bietet, Effizienzvorteile eines Zusammenschlussvorhabens zu prüfen. Dadurch wäre eine systematische und einheitliche Prüfung durch das Bundeskartellamt gewährleistet. Da die hohen Voraussetzungen des Effizienzeinwandes auch bei Effizienzen im Bereich Nachhaltigkeit zugrunde zu legen wären, müssen die vorgetragenen Nachhaltigkeits-Effizienzen umso gewichtiger sein, je stärker die Wettbewerbsbeschränkungen eines Zusammenschlussvorhabens sind.

463. Auch ohne Verankerung des Effizienzeinwandes im GWB prüft das Bundeskartellamt bereits regelmäßig vorgetragene Effizienzeinwände der Beteiligten in Zusammenschlussvorhaben. Vorgetragene Effizienzen waren allerdings bisher in keinem Verfahren entscheidungsrelevant, da der Vortrag der Beteiligten stets unzureichend war.⁸¹ Die Aufnahme des Effizienzeinwandes für Klima- und Umweltverbesserungen in das GWB könnte dazu führen, dass die Zusammenschlussbeteiligten solche Effizienzen bereits im Fusionskontrollverfahren ausführlich vortragen.

464. In Deutschland gibt es für die Unternehmen zudem die Möglichkeit, nach einer Untersagung eines Zusammenschlussvorhabens durch das Bundeskartellamt, einen Antrag auf Ministererlaubnis zu stellen. Nach § 42 GWB kann der Bundesminister für Wirtschaft auf Antrag einen vom Bundeskartellamt untersagten Unternehmenszusammenschluss erlauben, wenn die Wettbewerbsbeschränkungen im Einzelfall von den gesamtwirtschaftlichen Vorteilen des Zusammenschlusses aufgewogen werden oder der Zusammenschluss durch ein überragendes Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt ist. Die vorgetragenen Gemeinwohlvorteile können sich mit den Effizienzvorteilen, die im Rahmen des Effizienzeinwands nach dem Vorbild der FKVO geprüft werden würden, überschneiden. Es handelt sich jedoch oftmals nicht um Kosteneinsparungen, die quantifiziert werden können, sondern um Vorteile, die eher qualitativ zu bewerten sind. Zudem handelt es sich bei Gemeinwohlvorteilen in der Regel um Vorteile, die auch außerhalb der betroffenen Märkte wirken.

465. Ein Beispiel für unternehmensseitig vorgetragene Effizienzen findet sich in dem vom Bundeskartellamt untersagten und später vom Bundeswirtschaftsminister freigegebenen Zusammenschluss Miba/Zollern im Jahr 2019.⁸² Die Unternehmen trugen vor, dass das Zusammenschlussvorhaben es den beteiligten Unternehmen ermögliche, Synergien und Spezialisierungsmöglichkeiten zu nutzen, die zu einer höheren Auslastung der Produktionsanlagen und zu Kostenvorteilen führen. Das Bundeskartellamt bewertete die vorgetragenen Effizienzen entsprechend dem Erwägungsgrund 29 der FKVO. Es kam zum Ergebnis, dass der Vortrag der Beteiligten nicht den Anforderungen der Horizontal-Leitlinien zur FKVO, die im nationalen Verfahren entsprechend gelten müssten, genügte. Insbesondere bemängelte das Bundeskartellamt, dass die angeführten Synergien zwar in Teilen plausibel erschienen, es aber an detaillierten Unterlagen fehle, um die Aussagen der Beteiligten zu überprüfen. Überdies sei unzureichend vorgebracht worden, warum die Effizienzen fusionsspezifisch seien. Es erschien auch nicht plausibel, dass die Verbrau-

⁸¹ Das Bundeskartellamt prüfte Effizienzeinwände, zum Beispiel, in den Fusionskontrollverfahren Telekom/EWE (B7-21/18), Miba/Zollern (B5-29/18), Edeka/Tengelmann (B2-96/14), und ProSieben/RTL (B6-94/10).

Bundeskartellamt, Beschluss in dem Verwaltungsverfahren B7-21/18, 30. Dezember 2019, Tz. 97 ff.

Bundeskartellamt, Beschluss in dem Verwaltungsverfahren B5-29/18, a. a. O., Tz. 372 ff.

Bundeskartellamt, Beschluss in dem Verwaltungsverfahren B2-96/14, 31. März 2015, Tz. 378 ff.

Bundeskartellamt, Beschluss in dem Verwaltungsverfahren B6-94/10, 17. März 2011, Tz. 227 ff.

⁸² Bundesminister für Wirtschaft und Energie, Verfügung in dem Verwaltungsverfahren Miba AG und Zollern GmbH & Co. KG, I B 2 – 20302/14–02, 19. August 2019.

cherinnen und Verbraucher zeitnah von diesen Effizienzen profitieren.⁸³ Da der Effizienzeinwand in dem vorliegenden Fall nicht entscheidungsrelevant wurde, konnte es das Bundeskartellamt letztendlich offen lassen, ob es im Rahmen der Fusionskontrolle nach deutschem Recht Effizienzvorteile im Rahmen der wettbewerblichen Würdigung berücksichtigen darf.⁸⁴

466. In ihrem nach der Untersagung durch das Bundeskartellamt gestellten Antrag auf eine Ministererlaubnis machten die Unternehmen unter anderem das Erreichen von Umweltschutz- und Nachhaltigkeitszielen als Gemeinwohlgrund geltend. Der Zusammenschluss trage zur Sicherung von Innovationspotential für zukunftsweisen- de Gleitlagerentwicklungen bei, die wichtige Komponenten für die Begleitung der Energiewende darstellen. Der Bundeswirtschaftsminister begründete seine Erteilung der Ministererlaubnis damit, dass der Gemeinwohlgrund „Know-how und Innovationspotential für Energiewende und Nachhaltigkeit“ gegeben sei. Dieser Gemeinwohlgrund sei als überragendes Interesse der Allgemeinheit anerkennungsfähig.⁸⁵ Er argumentierte, dass das Innovationspotential des Gemeinschaftsunternehmens erheblich größer ist, als wenn die Beteiligten parallele Forschung und Entwicklung (F&E) betreiben.

467. Nach Auffassung der Monopolkommission, die empfahl, die Ministererlaubnis zu versagen, sind umweltpolitische Vorteile dann Externalitäten, die als Gemeinwohlvorteil infrage kommen, wenn auch Dritte von diesen Auswirkungen profitieren, ohne dass die Zusammenschlussbeteiligten diesen Vorteil vergütet bekommen.⁸⁶ Anders als der Minister in seiner Entscheidung sah die Monopolkommission dies im Fall Miba/Zollern als nicht gegeben, da viele der im Antrag vorgebrachten Umwelteffekte der Gleitlagerforschung eigenwirtschaftliche Vorteile seien, d. h., dass es sich dabei um Entwicklungen handele, die zwar für die Energiewende relevant sind, aber bereits am Markt entsprechend ihres Wertes vergütet werden. Bei den angeführten Gemeinwohleffekten einer Lärmreduktion von Windanlagen und der Möglichkeit der Entwicklung von emissionsärmeren, (teil)gasbetriebenen Motoren für den Schiffsverkehr, fehlte es an Nachweisen. Aus Sicht der Monopolkommission erschien es auch fraglich, ob diese Vorteile einen hinreichend relevanten Umfang besitzen, um einen die Ministererlaubnis tragenden Gemeinwohlvorteil zu begründen.

468. Generell ist innerhalb eines Ministererlaubnisverfahrens zunächst zu prüfen, ob etwaige von den Unternehmen vorgebrachte Vorteile im Bereich der Nachhaltigkeit zu erwarten und als Gemeinwohlvorteile anzuerkennen sind. Würde das Bundeskartellamt in Zukunft solche Effizienzen innerhalb eines gesetzlich verankerten Effizienzeinwandes prüfen, wie von der Monopolkommission in Erwägung gezogen, würde bereits vom Bundeskartellamt ermittelt, ob Effizienzen durch ein Zusammenschlussvorhaben entstehen. Dabei wäre besonders zu differenzieren zwischen Effizienzvorteilen, die nur den fusionierenden Unternehmen zugutekommen, und solchen, die den Verbraucherinnen und Verbrauchern von Nutzen sind. Würde das Bundeskartellamt im Rahmen seiner wettbewerblichen Prüfung feststellen, dass es durch ein Zusammenschlussvorhaben zu keinen fusionsspezifischen Effizienzen kommt, ist ihr erneutes Vorbringen im Rahmen eines Ministererlaubnisverfahrens nur noch eingeschränkt möglich, da die Ministerin oder der Minister an die tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen der Kartellbehörde gebunden ist.⁸⁷

469. Bislang werden im Rahmen des Effizienzeinwandes, gem. Erwägungsgrund 29 der europäischen FKVO, lediglich Effizienzvorteile, die im betroffenen Markt auftreten, in der Prüfung berücksichtigt, nicht jedoch sog. „Out-of-

⁸³ Bundeskartellamt, Beschluss in dem Verwaltungsverfahren B5-29/18, a. a. O., Tz. 375.

⁸⁴ Ebenda, Tz. 372 f.

⁸⁵ Bundesminister für Wirtschaft und Energie, Verfügung in dem Verwaltungsverfahren Miba AG und Zollern GmbH & Co. KG, I B 2 – 20302/14–02, 19. August 2019, Tz. 167.

⁸⁶ Monopolkommission, Stellungnahme der Monopolkommission zu den beabsichtigten Nebenbestimmungen im Ministererlaubnisverfahren Miba/Zollern, 5. August 2019, S. 2.

⁸⁷ Thomas, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2: GWB, 5. Aufl., 2014, § 42 Rn. 74.

market-efficiencies“, also solche Effizienzen, die außerhalb des relevanten Marktes auftreten. Eine zusätzliche Prüfung des Bundeswirtschaftsministeriums in einer Ministererlaubnis erscheint daher dann angebracht, wenn das Bundeskartellamt Effizienzen feststellt, die auf den betroffenen Märkten nicht zu ausreichenden Vorteilen für Verbraucherinnen und Verbraucher führen, um einen möglichen Wettbewerbsschaden auszugleichen. In diesem Fall kann in einem Ministererlaubnisverfahren zusätzlich geprüft werden, ob die Effizienzen außerhalb der vom Zusammenschlussvorhaben betroffenen Märkte erheblich zu Nachhaltigkeitsverbesserungen beitragen, d. h. gesamtwirtschaftliche Vorteile generieren oder ein überragendes Interesse der Allgemeinheit darstellen, und somit dem Wettbewerbsschaden ausreichend entgegenwirken. So würde der Effizienzeinwand als zusätzliches Prüfinstrument dienen, das beteiligten Unternehmen bereits mit dem Beschluss des Bundeskartellamtes bestätigt, ob das Zusammenschlussvorhaben zu Effizienzen im Bereich der Nachhaltigkeit führt.

470. Allerdings müssen diese Effizienzen den hohen Anforderungen genügen, die an Gemeinwohlvorteile in einer Ministererlaubnis zu stellen sind. Im Vortrag der Beteiligten muss konkret nachgewiesen werden, wie die Gemeinwohlgründe zur Erreichung der Nachhaltigkeitsziele der Bundesregierung beitragen. Überdies muss, wie für jede Ministererlaubnis, nachgewiesen werden, dass sie den Verbraucherinnen und Verbrauchern zugutekommen und dass der Gemeinwohlgrund nur durch das Zusammenschlussvorhaben zu erreichen ist, d. h. fusionsspezifisch ist. Zudem gilt, je höher das Gewicht der Wettbewerbsbeeinträchtigungen ist, desto höher sind die Anforderungen an die Gemeinwohlvorteile zu stellen. Die Regel muss der Schutz des Wettbewerbs sein und die Erteilung einer Ministererlaubnis kann nur eine Ausnahme darstellen.⁸⁸ Ansonsten besteht die Gefahr, dass Zusammenschlüsse den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, ohne etwas zum Klimaschutz beizutragen. Einem Greenwashing durch Zusammenschlüsse, die keinen Beitrag zum Wettbewerbsschutz und Umwelt- und Klimaschutz leisten, ist entgegenzutreten.⁸⁹

5 Mehr wissenschaftliche Expertise zur Bewertung von Nachhaltigkeit im Kartellrecht möglich

471. Da – wie dargestellt – viele Nachhaltigkeitsaspekte als ökonomische Effizienzen angesehen werden können, sollten diese nach Auffassung der Monopolkommission weiterhin innerhalb des Kartellrechts gewürdigt werden. Bei einer Abwägung von Wettbewerbsschutz im Kartellrecht und Nachhaltigkeitszielen außerhalb des Kartellrechts besteht nach Ansicht der Monopolkommission die Gefahr, dass der Wettbewerbsschutz gegenüber Nachhaltigkeitszielen zurückfällt.

472. Aktuell existiert noch vergleichsweise wenig Fallpraxis. Sollte es in Zukunft allerdings vermehrt zu Fällen kommen, in denen Verbesserungen der Nachhaltigkeit eine Rolle spielen, sollte eine wissenschaftlich geleitete Abwägung innerhalb des Kartellrechts gewährleistet sein. In diesen Fällen sollten die Wettbewerbsbehörden zusätzliche Expertise erhalten, die sich auf die Bewertung von Nachhaltigkeitsaspekten fokussiert. Diese sollte insbesondere in umwelt- und klimaökonomischen Fragestellungen ausgewiesen und somit in der Lage sein, etwaige vorgebrachte Effizienzvorteile im Bereich der Nachhaltigkeit zu bewerten. In der Klima- und Umweltökonomie existieren bereits etablierte Verfahren, die auch für eine kartellrechtliche Beurteilung handhabbar gemacht werden können. Da bislang nur wenige Fälle auftreten, kann diese Expertise zunächst aus externen Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern bestehen. Sollte sich hingegen zeigen, dass Nachhaltigkeitsaspekte im Kartellverfahren an Relevanz gewinnen, könnte auch erwogen werden, ein internes „Nachhaltigkeitsteam“ innerhalb der Wettbewerbsbehörden zu etablieren.

473. Die finale Bewertung des Wettbewerbsschadens, der Beurteilung von Effizienzen und der Abwägung zwischen Wettbewerbsschaden und Nachhaltigkeit sollte öffentlich verfügbar und klar nachvollziehbar sein. Die je-

⁸⁸ Deutscher Bundestag, Begründung zum Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drs. VI/2520, 18. August 1971, S. 31.

⁸⁹ Greenwashing bezeichnet die Vermittlung eines irreführenden Eindrucks über die Umweltauswirkungen eines bestimmten Produkts. Competition and Markets Authority, Making environmental claims: a literature review, 2021, Tz. 2.

weiligen Analysen sollten veröffentlicht werden, um eine möglichst objektive Überprüfung zu gewährleisten. Dadurch ist gewährleistet, dass sich Unternehmen mit Zusammenschlussvorhaben in der Zukunft an transparenter Fallpraxis orientieren können. Um erste Erfahrungen mit der kartellrechtlichen Würdigung von Effizienzen im Bereich der Nachhaltigkeit zu erlangen, sollten die Entscheidungen zudem ex-post evaluiert werden. Dabei sollte insbesondere überprüft werden, ob die dargelegten Effizienzvorteile tatsächlich eingetreten sind.

6 Zusammenfassungen der Einschätzungen und Empfehlungen

474. Das Verhältnis von Nachhaltigkeit und Wettbewerb kann zu komplexen ökonomischen und rechtlichen Fragestellungen führen. Es lassen sich durchaus einige ökonomische Berechtigungen für Wettbewerbsbeschränkungen ableiten, um gesellschaftlich wünschenswerte Nachhaltigkeitsziele zu erreichen. Aus Sicht der Monopolkommission kann und sollte diese Abwägung nach wie vor innerhalb des Kartellrechts erfolgen. Der Entwurf der Horizontalleitlinien der Europäischen Kommission macht hierzu konstruktive Vorschläge, die es weiter zu vertiefen gilt.

475. Viele Nachhaltigkeitsaspekte lassen sich bereits innerhalb des bisherigen Rahmens der Effizienzvorteile würdigen. Kommt es in Zukunft bei Zusammenschlussvorhaben vermehrt zu Vorträgen von Effizienzen im Bereich Nachhaltigkeit, könnte erwogen werden, einen Effizienzeinwand für Nachhaltigkeitsverbesserungen in Zusammenschlussverfahren, gem. Erwägungsgrund 29 der europäischen FKVO, auch im nationalen Recht einzuführen. Um diese Würdigung für die Kartellbehörden leistbar zu machen, könnte diese durch zusätzliche wissenschaftliche Expertise unterstützt werden, welche Erfahrung mit der Bewertung von klima- und umweltökonomischen Fragestellung hat.

476. Andere außerwettbewerbliche Wirkungen, die nicht als ökonomische Effizienz gewertet werden können, sollten von den Kartellbehörden nicht berücksichtigt werden, um den Wettbewerbsschutz nicht mit anderen politischen Zielen zu verwässern. Eine Berücksichtigung kann außerhalb des Kartellrechts erfolgen, sollte dabei jedoch möglichst transparent und objektiv nachprüfbar sein.

477. In vielen Fällen können wettbewerbliche und offene Märkte ein Instrument sein, innovative und zugleich klima- und umweltschützende Technologien hervorzubringen. Der größere Beitrag zur Internalisierung von Externalitäten wird jedoch sicher durch Instrumente außerhalb der Wettbewerbspolitik zu leisten sein, z. B. durch Regulierung und gesetzgeberische Vorgabe von Mindeststandards.

Kapitel V

Weiterer Regelungsbedarf mit Blick auf die Problematik unangreifbarer digitaler Ökosysteme?

Kurz gefasst	229
Summary	230
1 Einführung	231
2 Zur Filterfunktion des DMA.....	232
3 Nationale Ergänzungen zur Unterstützung der effektiven Durchsetzung des DMA	233
3.1 Vereinfachung privater Unterlassungs- und Schadenersatzklagen	233
3.2 Rückerstattung und/oder Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils	235
3.3 Empfehlung der Einführung einer Individualhaftung	236
4 Verzahnung von DMA und nationaler Wettbewerbsaufsicht in den digitalen Märkten.....	236
4.1 Zum Verhältnis der nationalen Behörden zur Europäischen Kommission unter dem DMA.....	236
4.2 Zum Verhältnis der materiellen Vorgaben des § 19a GWB zum DMA.....	238
5 Zusammenspiel mit der Missbrauchskontrolle nach Art. 102 AEUV – derzeit kein Bedarf für weitere Entflechtungsinstrumente	241
5.1 Ökonomische Problemstellung	243
5.2 Rechtliche Einordnung	246
5.3 Wettbewerbspolitische Folgerungen mit Blick auf strukturelle Maßnahmen	250
5.4 Zusammenfassung der Empfehlungen	251

Kurz gefasst

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.

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.

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.

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.

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**.

Summary

With the Digital Markets Act (DMA), the EU is introducing a new type of regulation for operators of large platforms and digital ecosystems. In this respect, the EU has indeed placed itself at the forefront of a global development. Being a hybrid between conventional competition law and a regulatory instrument, the DMA fulfills a **filtering function** by providing a set of rules that largely does not require official intervention in individual cases.

The German legislator can support the enforcement of the DMA in particular with rules to facilitate **private actions for injunctive relief and damages**. As an accompanying regulatory measure, it could foresee **administrative restitution orders** according to which gatekeepers must reimburse the profits gained from DMA violations to the damaged market participants – potentially on a lump-sum basis. In addition, the introduction of a **fine or criminal liability of the responsible management** should be examined.

In procedural terms, the DMA provides for a **concentration of responsibility at the European Commission**. In this respect, it is to be interlinked with national competition supervision in the digital markets. If the German legislature authorizes the Federal Cartel Office (FCO) to conduct preliminary investigations into violations of the DMA's conduct obligations and the FCO uses this power, the public impression that the companies concerned are already accused of such a violation must be avoided. The conduct of formal investigations under the DMA and their disclosure is the sole task of the European Commission. This being said, **German abuse control will also retain its own scope of application** alongside the DMA. The Monopolies Commission recommends that the authorization of the FCO in Section 19a GWB be used in the event of cross-market competition problems and that interim measures be used in the event of imminent threats to competition in individual markets. At the same time, the FCO should examine in the relevant cases whether the problem may arise beyond individual cases and whether measures should therefore be taken under Articles 12, 16 and 19 of the DMA. In this case, the European Commission should be informed accordingly about the ECN in accordance with Art. 38 DMA.

The new special regulations on digital markets and the DMA in particular are unlikely to change the fact that the traditional European **abuse control pursuant to Art. 102 TFEU remains necessary**. This will be the case – potentially in parallel with German abuse law – where Gatekeepers have a dominant position in individual markets and also the EU single market is affected. Art. 102 TFEU remains relevant, for example, if the Gatekeepers in question behave abusively without the behavior relating to a designated “core platform service” and/or being regarded as circumventing the behavioral requirements of the DMA. Here, interim measures would also be desirable at the EU level. However, the traditional abuse control under Art. 102 TFEU is also likely to remain relevant if non-compliance with the requirements of the DMA also constitutes an infringement of Art. 102 TFEU and if serious damage to the market structure in the EU single market can be ascertained or is imminent.

Indeed, in cases of **persistent effects** of abuses on competitive conditions, the competition authorities remain competent, according to the European Court of Justice, to act to **eliminate or neutralize these effects**. The Monopolies Commission uses an FTC action against Facebook over its acquisition of WhatsApp as a hypothetical example to illustrate the scope of existing regulatory powers. These have not yet been fully exploited in the digital markets. Therefore, further application practice should first be awaited. Under these circumstances, an **abuse-independent divestiture instrument is not needed at EU level** for the time being.

1 Einführung

478. Die kontinuierlich wachsende Bedeutung der Digitalwirtschaft und der Aufbau enormer wirtschaftlicher Machtpositionen durch die Betreiber digitaler Ökosysteme haben im Berichtszeitraum seit dem XXIII. Hauptgutachten zu einer Neujustierung der Wirtschaftspolitik geführt. Als Betreiber digitaler Ökosysteme sind in der westlichen Welt insbesondere Unternehmen wie Google, Amazon, Meta, Microsoft oder Apple (GAMMA) anzusehen. Die Anwendung des herkömmlichen Wettbewerbsrechts im Bereich dieser digitalen Ökosysteme hat sich als schwierig erwiesen. Insbesondere dauern die Verfahren zu lang, und die bei festgestellten Verstößen angeordneten Abhilfemaßnahmen reichen nicht weit genug, um im dynamischen Umfeld der Digitalwirtschaft effektiv zu sein.

479. Angesichts dessen besteht zunehmend die Bereitschaft, mit Regulierungsinstrumenten in den digitalen Märkten zu intervenieren. Das gilt weltweit. Die EU hat sich mit dem Gesetz über digitale Märkte (Digital Markets Act – DMA) an die Spitze dieser Entwicklung gesetzt. Der DMA soll nach der zugehörigen Folgenabschätzung dem Umstand begegnen, dass die relevanten Märkte, auf denen die Betreiber besonders großer digitaler Plattformen und Ökosysteme tätig sind, teilweise nicht mehr funktionsfähig sind und es zunehmend zu Marktversagen kommt.¹ Die Monopolkommission nimmt in diesem Hauptgutachten jeweils auf die aktualisierte Trilogfassung des DMA vom 11. Mai 2022 Bezug.² Der DMA wird in seiner endgültigen Fassung voraussichtlich in der zweiten Jahreshälfte 2022 in Kraft treten. Er ist in einen umfassenden Rechtsrahmen eingebettet, der fortlaufend erweitert wird und unter anderem weitere Regelungen zum Schutz von Plattformnutzern (Datenschutz-Grundverordnung, P2B Regulation, Digital Services Act und andere) sowie zur Erleichterung des Zugangs zu und der Teilung von Daten (Vorschläge für Data Act, Data Governance Act) enthält bzw. enthalten soll. Die Monopolkommission hatte zum DMA bereits in ihrem Sondergutachten 82 und einem Policy Brief Stellung genommen.³

480. Die Entwicklungen auf EU-Ebene treten neben Maßnahmen, die schon zuvor auf nationaler Ebene in Deutschland getroffen wurden oder die auf nationaler Ebene derzeit diskutiert werden. Insbesondere wurde das deutsche Wettbewerbsrecht mit dem GWB-Digitalisierungsgesetz für den Umgang mit wirtschaftlicher Macht in der Digitalwirtschaft ertüchtigt und eine eigenständige Wettbewerbsaufsicht über die digitalen Märkte geschaffen. Außerdem hat das Bundeskartellamt gegen Google, Amazon, Meta und Apple eigene Verfahren nach dem neuen § 19a GWB eingeleitet, um gegebenenfalls die überragende marktübergreifende Bedeutung dieser Unternehmen festzustellen und den Unternehmen, soweit erforderlich, Vorgaben zum Ausschluss missbräuchlichen Verhaltens zu machen. Darüber hinaus hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) ein Strategiepapier mit 10 Punkten für nachhaltigen Wettbewerb in seiner Wettbewerbspolitischen Agenda bis 2025 vorgestellt.⁴ Danach soll die private Rechtsdurchsetzung insbesondere im digitalen Bereich gestärkt werden. Außerdem soll langfristig eine missbrauchsunabhängige Entflechtungsmöglichkeit auf europäischer Ebene als Ultima Ratio auf verfestigten Märkten angestrebt werden.

481. Ein in sich stimmiges Regulierungssystem erfordert es, dass die Maßnahmen auf EU-Ebene und auf nationaler Ebene miteinander verbunden und mit wachsenden Erfahrungen schrittweise weiterentwickelt werden. Ausgangspunkt ist dabei, dass der DMA mit Blick auf bestimmte Problemstellungen eine wettbewerbspolitisch sinnvolle Filterfunktion übernehmen kann, sodass in diesen Fällen die Notwendigkeit der Anwendung der bestehenden Wettbewerbsinstrumente entfällt (Abschn. 2). Der deutsche Gesetzgeber kann den DMA insoweit mit nationalen

¹ Dienststellen der EU-Kommission, Commission Staff Working Document, Impact Assessment Report Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act), SWD(2020) 363 final, Part 1/2, 15. Dezember 2020 (nachf.: Folgenabschätzung), Tz. 68 ff., 89 f., 99, 106 mit Fn. 119.

² Siehe Secrétariat général du Conseil, Vermerk (*Note*) vom 11. Mai 2023, 8722/22, Annexe Compet.2.2 FR/EN.

³ Monopolkommission, Sondergutachten 82, Empfehlungen für einen effektiven und effizienten Digital Markets Act, Baden-Baden, 2021; siehe zuvor auch schon dies., Policy Brief, Ausgabe 8, DMA stärker auf marktübergreifende Ökosysteme ausrichten!, Juli 2021.

⁴ BMWK, Wettbewerbspolitische Agenda des BMWK bis 2025, 21. Februar 2022.

Regelungen flankieren, um die effektive Durchsetzung dieses neuen Rechtsakts zu unterstützen (Abschn. 3). Die in Deutschland weiterentwickelte Wettbewerbsaufsicht über digitale Märkte lässt sich ebenfalls mit dem DMA verzahnen (Abschn. 4).

482. Im Zusammenspiel der neuen Spezialregelungen für die digitalen Märkte mit der Missbrauchskontrolle nach Art. 102 AEUV ist anzunehmen, dass Art. 102 AEUV auf EU-Ebene praktisch relevant bleiben wird. Insofern sollte die weitere Anwendungspraxis zu Art. 102 AEUV abgewartet werden, bevor weitere Maßnahmen wie insbesondere die Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungsmöglichkeit in Betracht gezogen werden (Abschn. 5).

2 Zur Filterfunktion des DMA

483. Der DMA ist als entwicklungsoffenes Regulierungsinstrument konzipiert worden. Dabei baut der DMA in großem Umfang auf Erfahrungen in der wettbewerbsbehördlichen Praxis auf und sieht für die betreffenden Problemkonstellationen – anstelle der bisherigen einzelfallbezogenen Intervention nach Art. 102 AEUV – einzelfallunabhängige Regelungen vor.

484. Der Betrieb großer Plattformen und von digitalen Ökosystemen erscheint aus gesamtwirtschaftlicher Sicht zunächst vorteilhaft. Denn die mit dem Betrieb großer Plattformen verbundenen Größenvorteile (Skaleneffekte) und die zugleich wirkenden Netzwerkeffekte, wodurch die Plattformen für ihre Nutzer attraktiv werden, stellen wirtschaftlich wünschenswerte Effizienzen dar. Wenn der Markt dauerhaft zugunsten eines Plattformbetreibers kippt, bedeutet dies allerdings, dass der Plattformbetreiber Marktmacht gewinnt. Diese kann er zum eigenen Vorteil und zum Schaden für andere Marktteilnehmer einsetzen. Die zusätzlichen Skalen- und Verbundvorteile, die mit dem Betrieb des Ökosystems verbunden sind, sind ebenfalls wirtschaftliche Effizienzen. Die Ökosystembetreiber sind zugleich allerdings in der Lage, ihre Plattformmacht auf einzelnen Märkten sowie ihren exklusiven Datenzugang und die Möglichkeit zur marktübergreifenden Datennutzung zu kombinieren. Diese Vorteile ermöglichen es den Ökosystembetreibern, den Wettbewerb einzuschränken. Sie können dies zum einen dadurch tun, dass sie die Eintrittsbarrieren auf den Märkten für ihre Kerndienste erhöhen. Sobald die Schranken unüberwindbar geworden sind, können die Ökosystembetreiber den Zugang kommerzieller Nutzer zu ihren Diensten oder Daten in unlauterer Weise beschränken und kommerzielle Nutzer und Verbraucher ausbeuten. Eine zweite Wettbewerbsbeschränkung kann entstehen, wenn die Betreiber von Plattform-Ökosystemen ihre Marktmacht auf andere Märkte ausdehnen, um dort den Wettbewerb auszuschließen.

485. Die Ambivalenz großer Plattformen und von digitalen Ökosystemen hat zur Folge, dass stets ein Kompromiss zwischen den Vorteilen, die mit dem Vorhandensein dieser Strukturen verbunden sind, und den Vorteilen, die mit einem Wettbewerb um neue und bessere Angebote auf Einzelmärkten verbunden sind, gefunden werden muss. Der DMA trifft für dieses Problem eine legislative Lösung, indem er die Adressaten – sog. „Gatekeeper“ – unabhängig von einer Feststellung von Marktmacht oder einer marktübergreifenden Bedeutung nach formalen Kriterien definiert.⁵ Dabei nimmt er zwar auf die Erbringung von Plattformdiensten, aber nicht auf Ökosystemkriterien Bezug. Hinsichtlich der Verhaltens- und Transparenzpflichten, denen die Gatekeeper unterworfen werden, macht der DMA sehr konkrete Vorgaben.⁶ Die betreffenden Pflichten sind spezifisch auf einzelne als regulierungsbedürftig identifizierte „zentrale Plattformdienste“ bezogen.⁷ Der Ökosystemaspekt wird nur mittelbar dadurch adressiert, dass die im DMA festgelegten Verhaltensvorgaben in Bezug auf jeden zentralen Plattformdienst und für die Gesamtheit aller zentralen Plattformdienste parallel erfüllt werden müssen. Die Pflichten müssen zudem unabhängig von Auswirkungen des regulierten Verhaltens in Einzelmärkten erfüllt werden. Für den Fall, dass sich in der zukünftigen Fallpraxis der Wettbewerbsbehörden weitere regulierungsbedürftige Adressaten und Verhaltenswei-

⁵ Art. 3 Abs. 1, 2 und 8 DMA.

⁶ Art. 5-7, 14 f. DMA.

⁷ Art. 2 DMA.

sen identifizieren lassen, stellt der DMA ein Verfahrensinstrumentarium zur Erweiterung der bestehenden Regelungen bereit.⁸

486. Der DMA ist somit als Hybrid zwischen herkömmlichem Wettbewerbsrecht und einem Regulierungsinstrument ausgestaltet, wie es etwa aus den regulierten Netzindustrien bekannt ist. Insbesondere orientiert er sich bei der Identifizierung der regulierten Verhaltensweisen in großem Umfang an der wettbewerbsrechtlichen Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission und der nationalen Behörden. Allerdings wandelt er die bisher in Einzelentscheidungen angeordneten Abhilfemaßnahmen in allgemeinverbindliche gesetzliche Verhaltensvorgaben um.⁹ Darüber hinaus enthält der DMA auch einige neuartige Vorgaben, um Verhaltensweisen zu erfassen, die zum dauerhaften Kippen von Märkten beitragen, und um einen diskriminierungsfreien Zugang zu den Daten und den Diensten der Gatekeeper sowie die dafür zu zahlenden Entgelte zu regeln und die Markttransparenz zu verbessern.¹⁰ Bei diesen Vorgaben ist ein „regulatorischer Dialog“ mit den Gatekeepern vorgesehen, um eine nicht zielgerechte Regulierung zu vermeiden.

487. Damit stellt der DMA für Fälle, bei denen sich in der Vergangenheit ein überwiegender Wettbewerbsschaden gezeigt hat oder bei denen ein solcher Wettbewerbsschaden vermutet werden kann, ein weitgehend ohne behördliche Intervention im Einzelfall auskommendes Regelwerk bereit. Eine einzelfallbezogene behördliche Intervention auf Basis von Art. 102 AEUV ist dann zukünftig nur noch in den Fällen erforderlich, für die der DMA keine Regelungen bereithält und auf die er auch nicht ohne Weiteres erweitert werden kann (siehe näher unten Abschn. 5).

3 Nationale Ergänzungen zur Unterstützung der effektiven Durchsetzung des DMA

488. Der DMA hat Anwendungsvorrang vor dem deutschen Recht. Der deutsche Gesetzgeber behält dennoch die Kompetenz, außerhalb der Regelungen des DMA ergänzende Vorschriften zu erlassen, mit denen er die Durchsetzung des DMA unterstützt (Art. 4 Abs. 1, Art. 5 Abs. 2 S. 2 EUV). Aus dem Loyalitätsgebot des Art. 4 Abs. 3 EUV und dem Grundsatz der Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes (Art. 23 Abs. 1 GG) folgt sogar eine Pflicht, auf nationaler Ebene zur wirksamen und diskriminierungsfreien Umsetzung des DMA beizutragen. Die Mitgliedstaaten haben zudem Maßnahmen, die den Zielen des DMA zuwiderlaufen, zu unterlassen.

489. Der deutsche Gesetzgeber kann wegen der insoweit abschließenden Art. 29 f. DMA zwar keine behördlichen Sanktionen gegenüber den als Gatekeeper zu benennenden Unternehmen vorsehen. Das schließt Regelungen zur privaten Schadenersatzhaftung, zur behördlichen Anordnung von Rückerstattungen oder zur Haftung des verantwortlichen Managements jedoch nicht aus. Anders als zusätzliche nationale Verhaltensvorgaben sind Regelungen zur Haftung bei Nichteinhaltung unionsrechtlicher Verhaltensvorgaben unproblematisch. Dem nationalen Gesetzgeber kommt insofern der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 4 Abs. 1 i. V. m. Art. 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 EUV) zugute. Die Ergänzung des DMA um zusätzliche Haftungsregelungen zu den genannten Aspekten erhöht auch nur den Druck auf die als Gatekeeper benannten Unternehmen zur Einhaltung der Vorgaben nach dem DMA, aber schreckt sie nicht von Verhaltensweisen ab, die der DMA selbst nicht erfasst. Die Empfehlung für die Einführung ergänzender Regelungen zum privaten Schadenersatz und einer Individualhaftung wird nachfolgend konkretisiert (Abschn. 3.3, 3.1 und 3.3).

3.1 Vereinfachung privater Unterlassungs- und Schadenersatzklagen

490. Der deutsche Gesetzgeber behält die Kompetenz, Regelungen zur Vereinfachung der Durchsetzung privater Unterlassungs- und Schadenersatzansprüche im Fall von Verstößen gegen den DMA einzuführen. Dabei ist davon auszugehen, dass insbesondere Unterlassungsklagen oder Klagen auf Datenzugang in der Praxis Bedeutung erlan-

⁸ Art. 12 DMA.

⁹ Art. 5 DMA; dazu auch Folgenabschätzung, S. 53 ff.

¹⁰ Art. 6 f., 14-15 DMA und erneut Folgenabschätzung, S. 53 ff.

gen können. Denn ein Klageinteresse dürfte insbesondere bei gewerblichen Marktteilnehmern bestehen, die dem Risiko vorbeugen wollen, ausgebeutet (vgl. Art. 1 Abs. 1 DMA: Ziel der Fairness), aus dem Markt verdrängt oder am Markteintritt mit innovativen Produkten gehindert zu werden (vgl. Art. 1 Abs. 1 DMA: Ziel der Bestreitbarkeit). Bei Schadenersatzklagen besteht auf der Ebene konkurrierender Plattformbetreiber und gewerblicher Plattformnutzer hingegen das Problem, dass Schäden schwer zu bemessen sein dürften. Dies dürfte insbesondere der Fall sein, wenn es um die Verhinderung von Innovationen geht und der Schaden sich nicht unmittelbar erkennbar in höheren Preisen (wie z. B. bei Kartellverstößen) niederschlägt. Auf Ebene der gewerblichen Plattformnutzer und der Endnutzerinnen und Endnutzer tritt das Problem hinzu, dass Schäden häufig in Gestalt von Streuschäden auftreten dürften.

491. Die betreffenden Ansprüche lassen sich nach geltendem Recht im Fall vorbeugender Klagen möglicherweise schon auf § 1004 BGB (analog) und im Fall von Schadenersatzansprüchen auf § 3a UWG und gegebenenfalls auf § 823 Abs. 2 BGB stützen.¹¹ Ansprüche auf Datenzugang dürften sich zukünftig direkt aus dem DMA ergeben.¹² Hinsichtlich der von Schadenersatzansprüche wäre allerdings in Anbetracht der grundsätzlich öffentlichen, von einem Individualschaden losgelösten Zielsetzung des DMA (Art. 1 Abs. 1 DMA) eine gesetzliche Klarstellung wünschenswert, dass es sich bei den Vorschriften des DMA auch um Schutznormen im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB handelt. Ferner könnte eine eigenständige Anspruchsgrundlage nach dem Vorbild z. B. von § 69 TKG (§ 44 TKG a.F.) und § 38 PostG entwickelt werden. § 69 TKG geht über § 823 Abs. 2 BGB inhaltlich hinaus, da insbesondere auch Verfügungen der zuständigen Behörde erfasst sind und außerdem die Anforderungen an ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB nicht ohne Weiteres vorliegen müssen. Die §§ 1004, 823, 826 sind neben § 69 TKG anwendbar.¹³ Die Rechtslage nach § 38 PostG dürfte mit der gemäß dem Telekommunikationsgesetz weitgehend vergleichbar sein. Bei der Ausgestaltung einer Regelung in Ergänzung des DMA sollte mit Blick auf die Rechtsklarheit und Praktikabilität freilich beachtet werden, dass Einzelregelungen sich – wie im Post- und Telekommunikationsrecht – wegen behördlicher Beurteilungs- und Ermessensspielräume nicht ohne Weiteres für eine zivilrechtliche Durchsetzung eignen (insb. Art. 6 DMA).

492. Davon abgesehen erscheint es geboten, mit Blick auf drohende oder schon eingetretene Verstöße gegen die Verhaltensvorgaben der Art. 5, 6 und 7 DMA weitergehende Voraussetzungen für eine effektive Durchsetzung von zivilrechtlichen Unterlassungsansprüchen zu schaffen. In diesem Zusammenhang könnte sich der deutsche Gesetzgeber an den §§ 33 ff. GWB orientieren. Dafür spricht, dass Verstöße gegen den DMA, denen mit einer Unterlassungsklage begegnet wird, mit Verstößen gegen die Wettbewerbsregeln einhergehen können und der individuelle Schaden der Geschädigten dann gleich ist. Mithin sollten Entscheidungen der Europäischen Kommission wegen Verstößen gegen den DMA gegenüber den Gerichten Bindungswirkung haben (vgl. § 33b GWB). Daneben könnte auch ein gesetzlicher Anspruch auf Herausgabe von Beweismitteln und Erteilung von Auskünften zur Erleichterung von Schadenersatz- und Unterlassungsklagen bei Verstößen gegen den DMA sinnvoll sein (vgl. § 33g GWB).

493. Mit Blick auf Schadenersatzansprüche könnte der Gesetzgeber Erleichterungen für die Schadensfeststellung vorsehen. Hierfür könnte er sich zum einen an der Vermutungsregelung des § 33a Abs. 2 GWB orientieren. Zum anderen besteht ebenso wie in Kartellschadensfällen ein verfahrensökonomisches Interesse daran, eine Schadensschätzung nach § 287 ZPO zuzulassen und eine Verzinsung unmittelbar durch Gesetz vorzusehen (vgl. § 33a Abs. 3 und 4 GWB).

494. Wenn der Gesetzgeber ergänzende Regelungen für private Klagen wegen Verstößen gegen den DMA ins Auge fasst, wären auch Fragen der gerichtlichen Zuständigkeit zu bedenken. Insofern ist mit Blick auf die Abgrenzung

¹¹ Dies jedenfalls mit Blick darauf, dass die Verhaltensvorgaben in Art. 5, 6 und 7 DMA hinreichend bestimmt sein dürften.

¹² Art. 6 Abs. 8-11 DMA.

¹³ Vgl. Ditscheid/Rudloff, in Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl., München, 2013, § 44, Rn. 54. Im Fall des § 69 TKG ist ein öffentlich-rechtliches Vorgehen neben der Privatklage möglich; siehe dazu § 202 TKG als Generalklausel (neben anderen spezielleren Rechtsgrundlagen).

vom bestehenden Kartellrecht zu erwägen, die Zuständigkeit bei Verstößen gegen den DMA wie im Telekommunikationsrecht den für das Deliktsrecht zuständigen Kammern und Senaten und nicht den Kartellkammern bzw. -senaten zuzuweisen.¹⁴ Allerdings ist zusätzlich auch hier zu bedenken, dass die Verstöße gegen den DMA mit Verstößen gegen die Wettbewerbsregeln einhergehen können und der individuelle Schaden der Geschädigten dann gleich ist. Die nach den §§ 87 ff. GWB zuständigen Gerichte sind mit den sich stellenden Fragen in der Praxis vertrauter als die für das Deliktsrecht zuständigen Kammern und Senate.¹⁵ Angesichts dieser Vertrautheit mit den relevanten Fragen in vergleichbaren Wettbewerbsfällen empfiehlt die Monopolkommission, die Zuständigkeit den Kartellkammern bzw. -senaten zuzuweisen.

3.2 Rückerstattung und/oder Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils

495. Des Weiteren könnten die zu benennenden nationalen Behörden ermächtigt werden, eine Erstattung von durch den Verstoß ermöglichten Gewinnen zulasten anderer Marktteilnehmer gegenüber diesen Marktteilnehmern oder eine Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils zugunsten des Staatshaushalts anzuordnen. Unabhängig davon, welches dieser beiden Instrumente gewählt würde, würde es dazu beitragen, dass sich die Unsicherheiten bei der Bemessung von Schäden nicht zugunsten der als Gatekeeper benannten Unternehmen auswirken und diesen so Anreize verbleiben, gegen Vorgaben des DMA zulasten anderer Marktteilnehmer zu verstoßen. Eine Regelung zur behördlichen Anordnung einer Erstattung (*restitution*) bzw. Vorteilsauskehr (*disgorgement*) ist etwa im Entwurf für den American Choice and Online Innovation Act vorgesehen.¹⁶ Entsprechende Regelungen gibt es auch im deutschen Recht bereits im Telekommunikationsgesetz sowie – auch wenn das im marktversagensbezogenen Kontext des DMA nicht maßgeblich sein sollte – für Wettbewerbsverstöße im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen.¹⁷

496. Die Anordnung einer Erstattung von Gewinnen, die durch den Verstoß ermöglicht werden, hätte den Charakter einer behördlich angeordneten Ausgleichsleistung für entstandene Schäden. Die Ermächtigung der nationalen Behörden zu solchen Anordnungen wird durch den DMA nicht ausgeschlossen. Zur Verfahrensvereinfachung könnte der Gesetzgeber von vornherein eine pauschalierte Erstattung vorsehen, ebenso wie dies zur vereinfachten Regelung von Schadenersatzansprüchen in der Privatwirtschaft üblich ist. Die pauschalierte Erstattung könnte beispielsweise als Prozentsatz des bilanziell ausgewiesenen Unternehmensgewinns vorgesehen werden. Durch die Pauschalierung würde sichergestellt, dass die Unsicherheiten bei der Bestimmung der Höhe der Ausgleichsleistung zulasten des rechtswidrig handelnden Gatekeepers gehen. Dem Gatekeeper sollte jedoch die Möglichkeit eingeräumt werden nachzuweisen, dass die zu erstattenden Gewinne nicht auf einer Schädigung anderer Marktteilnehmer in der angeordneten Höhe beruhen.

497. Dagegen könnte eine Ermächtigung der nationalen Behörden zur Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils mit den Regelungen in Art. 30 DMA zur Festsetzung von Geldbußen kollidieren. Behördlich angeordnete Geldbußen sollen Verstöße gegen rechtliche Vorgaben ahnden und können deshalb ebenfalls dazu dienen, den betreffenden Unternehmen wirtschaftliche Vorteile, die mit solchen Verstößen verbunden sind, zu entziehen. In beiden Fällen geht es aber nicht um die Herstellung eines Ausgleichs zugunsten geschädigter Marktteilnehmer. Anordnungen zur Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils erfordern auch eine behördliche Bestimmung der Höhe dieses Vorteils. Derartige Bestimmungen sind erfahrungsgemäß aber äußerst schwierig.¹⁸ Diese Aspekte sprechen

¹⁴ Rugullis in Säcker, TKG, 3. Aufl. 2013, Frankfurt/M., § 44 Rn. 32. Die Vorschrift war Grundlage für den heutigen § 69 TKG (vgl. zuvor Tz. 491).

¹⁵ Vgl. Karbaum/Schulz, NZKart 2022, 107 (112).

¹⁶ H.R. 3816 § 2(f)(2)(A) und (B).

¹⁷ § 208 TKG und §§ 32 Abs. 2a, 34 GWB.

¹⁸ Dazu statt aller Emmerich in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2, 6. Aufl., München, 2020, § 34 GWB Rz. 4, 7 („praktische Bedeutung tendiert gegen Null“) und Rz. 17.

gegen die Einführung von Regelungen, um die nationalen Behörden zur Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils zu ermächtigen.

3.3 Empfehlung der Einführung einer Individualhaftung

498. Die Haftung des verantwortlichen Managements für wettbewerbsschädigendes Verhalten ist in Deutschland anerkannt und wird auch in den USA als besonders wirksam angesehen, um eine Compliance herzustellen.¹⁹ Der Grund dafür ist, dass die drohende Individualhaftung einen großen Druck auf die betroffenen Personen aufbaut, sich rechtskonform zu verhalten. Ein Bonussystem für Bemühungen zu einem rechtstreuen Verhalten ist allenfalls im Rahmen der Sanktionszumessung sinnvoll, nämlich dann, wenn abzusehen ist, dass es trotz Sanktionsdrohung zu Verstößen kommen wird und unter diesen Bedingungen Anreize für Compliancemaßnahmen gesetzt werden müssen.²⁰ Eine Haftung des verantwortlichen Managements gibt es in Deutschland auch in Fällen, in denen die betroffenen Märkte aufgrund von Marktversagen reguliert werden und Verstöße gegen die Regulierung geahndet werden. Der deutsche Gesetzgeber kann sich hinsichtlich der Ausgestaltung z. B. an § 228 Abs. 2 TKG und/oder an den §§ 81 ff. GWB (auch i. V. m. §§ 9, 130 OWiG) orientieren, wonach im Fall von Verstößen gegen Verhaltenspflichten die Bundesnetzagentur im Telekommunikationsrecht und das Bundeskartellamt im Wettbewerbsrecht Geldbußen festsetzen dürfen. Ähnliche Bußgeldbestimmungen finden sich auch in anderen nationalen Vorschriften, in denen es um die Bewältigung des Marktversagens in den regulierten Netzindustrien (insb. §§ 28 AEG, 86 EEG, 95 EnWG, 49 PostG) bzw. um Telemedien (§ 11 TMG) geht.

499. Der deutsche Gesetzgeber könnte darüber hinaus auch Strafvorschriften vorsehen, wie sie ebenfalls teilweise im Recht der regulierten Netzindustrien (vgl. §§ 95a und 95b EnWG) und in Bezug auf den Umgang mit gegen unberechtigten Zugang gesicherten Daten existieren (vgl. §§ 202a-202d StGB). Die etwa in der Kartellverfolgung bestehende Problematik, dass durch Strafsanktionen vorhandene Kronzeugenprogramme unterminiert werden, ist bei Verstößen gegen die Verhaltensvorgaben des DMA jedenfalls nicht vorhanden.

4 Verzahnung von DMA und nationaler Wettbewerbsaufsicht in den digitalen Märkten

500. Die Wettbewerbsaufsicht in den digitalen Märkten ist vorrangig behördliche Aufsicht. Auf der EU-Ebene wird die Europäische Kommission für die Durchsetzung des DMA zuständig sein. Auf nationaler Ebene hat der Gesetzgeber des GWB-Digitalisierungsgesetzes das Bundeskartellamt insbesondere mit § 19a GWB ermächtigt, den Betreibern digitaler Ökosysteme behördliche Verhaltensvorgaben zu machen. Eine in sich stimmige Aufsicht erfordert es, dass bei der Anwendung des DMA und von § 19a GWB der Eindruck von Doppelzuständigkeiten vermieden wird (Abschn. 4.1) und dass bei der Anwendung von § 19a GWB das Risiko einer Fragmentierung des EU-Binnenmarktes minimiert wird (Abschn. 4.2).

4.1 Zum Verhältnis der nationalen Behörden zur Europäischen Kommission unter dem DMA

501. Das Verhältnis der nationalen Behörden zur Europäischen Kommission unter dem DMA bemisst sich danach, ob es um die Durchsetzung der Vorgaben des DMA oder um die Anwendung von Vorschriften außerhalb des DMA geht. Bei der Durchsetzung der Vorgaben des DMA ist gegebenenfalls eine Zusammenarbeit der Europäischen Kommission und der Behörden in den Mitgliedstaaten erforderlich. In Bezug auf Vorschriften außerhalb des DMA lässt der DMA die bestehenden Zuständigkeiten nationaler Behörden unangetastet.

¹⁹ Siehe näher Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 155, 167 ff. zu den Erfahrungen in den USA und anderen EU-Mitgliedstaaten; ferner Sondergutachten 72, Strafrechtliche Sanktionen bei Kartellverstößen, Baden-Baden, 2015, Tz. 191 ff., zu den Empfehlungen der Monopolkommission in Bezug auf Kartellverstöße.

²⁰ Vgl. § 81d Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 GWB („nach der Zuwiderhandlung getroffene Vorkehrungen“); Steger/Schwabach, WuW 2021, 138 (144).

502. Die Europäische Kommission wird im Anwendungsbereich des DMA allein zuständig sein, die Einhaltung der Pflichten im Verfahren zur Benennung als Gatekeeper sowie anschließend für die als Gatekeeper benannten Unternehmen zu überwachen.²¹ In Fällen der Nichteinhaltung wird die Europäische Kommission entscheiden müssen, ob sie gegen die Unternehmen auf Basis des DMA oder der Verordnung 1/2003 vorgeht.²² Dabei wird es darauf ankommen, ob das Verfahren eingesetzt werden soll, um die Einhaltung der Verhaltensvorgaben des DMA für die Zukunft zu gewährleisten oder ob auch ein Schaden für den Wettbewerb im Sinne der Art. 101 und Art. 102 AEUV geahndet und abgestellt werden soll. In Fällen, in denen eine systematische Nichteinhaltung zu einer (weiteren) Beeinträchtigung von Fairness und Bestreitbarkeit führt, wird die Europäische Kommission nach dem DMA zudem die Befugnis haben, den als Gatekeeper benannten Unternehmen Zusammenschlüsse im Sinne der Fusionskontrollverordnung für eine beschränkte Zeit zu untersagen.²³ Diese Befugnis besteht unabhängig davon, ob die Untersagung die bestehende Fairness und Bestreitbarkeit aufrechterhalten oder den Zustand vor der systematischen Nichteinhaltung wiederherstellen soll. Eine weiterreichende Wiederherstellungsanordnung ist nur im Rahmen eines Verfahrens zur Durchsetzung von Art. 102 AEUV möglich.

503. Die Wettbewerbsbehörden in den Mitgliedstaaten haben – trotz der allgemeinen Kooperationsverpflichtung in Art. 37 DMA – für die Durchsetzung des DMA keine eigene Zuständigkeit. Dennoch sind sie – neben der Europäischen Kommission – ermächtigt, Informationen über Verhaltensweisen von Gatekeepern entgegenzunehmen, die in den Anwendungsbereich des DMA fallen.²⁴ Die Behörden müssen die Europäische Kommission informieren, wenn sie feststellen, dass es ein Problem der Nichteinhaltung gibt.²⁵ Davon abgesehen räumt Art. 38 Abs. 7 DMA den mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden die Befugnis ein, auf Basis einer Ermächtigungsgrundlage nach nationalem Recht zu möglichen Fällen der Nichteinhaltung der Vorgaben aus Art. 5, 6 oder 7 DMA Vorermittlungen durchzuführen. Die Europäische Kommission ist hierüber vor Einleitung formeller Ermittlungsmaßnahmen schriftlich zu informieren. Wenn die Europäische Kommission nach der Mitteilung der mitgliedstaatlichen Behörden eigene Ermittlungen einleitet, sind die mitgliedstaatlichen Untersuchungen einzustellen. Die Europäische Kommission kann die mitgliedstaatlichen Behörden aber zum Zweck der optimalen Nutzung aller Ressourcen weiterhin ersuchen, sie bei ihren eigenen Ermittlungen zu unterstützen.²⁶ Für den Fall, dass die Europäische Kommission nach einer Mitteilung der mitgliedstaatlichen Behörden keine eigenen Ermittlungen durchführt, enthält der DMA keine Regelung. In diesem Fall kann das Verfahren noch wegen eines Verstoßes gegen eine nationale Vorschrift im Sinne des Art. 1 Abs. 6 DMA fortgesetzt werden. Andernfalls ist es nach nationalem Verfahrensrecht einzustellen, da das Verfahren mangels Zuständigkeit der mitgliedstaatlichen Behörden für die Durchsetzung des DMA zu keinen weiteren Maßnahmen gegenüber den betroffenen Unternehmen führen kann.

504. Die Zuständigkeiten und Befugnisse der Wettbewerbsbehörden außerhalb des DMA bemessen sich zukünftig nach Art. 1 Abs. 6 i. V. m. Art. 38 Abs. 1-6 DMA und dem bestehenden Recht. Nach Art. 1 Abs. 6 DMA bleiben nationale Wettbewerbsvorschriften unberührt, soweit sie auf andere Unternehmen als Gatekeeper anwendbar sind oder Gatekeepern damit zusätzliche Verpflichtungen auferlegt werden. Art. 38 Abs. 1 DMA sieht vor, dass die Europäische Kommission und die mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden über das Netzwerk der Europäischen Wettbewerbsbehörden (European Competition Network – ECN) miteinander kooperieren.²⁷ Das betrifft auch Verfahren, die die mitgliedstaatlichen Behörden nach nationalem Recht gegen die als Gatekeeper benannten Unternehmen einzuleiten beabsichtigen.²⁸ Wenn sie gegenüber Gatekeepern wettbewerbsrechtliche Verhaltensvorga-

²¹ Art. 3 f., 8, 26 und Erwägungsgrund 91 DMA.

²² Art. 18, 24 f., 29 ff. DMA; Art. 4 i. V. m. Art. 7 ff. VO 1/2003.

²³ Art. 18 Abs. 2 DMA.

²⁴ Art. 27 Abs. 1 DMA.

²⁵ Art. 27 Abs. 3 DMA.

²⁶ Art. 38 Abs. 6 DMA.

²⁷ Art. 38 Abs. 1 DMA.

²⁸ Art. 38 Abs. 2 DMA.

ben neben den Vorgaben des DMA machen wollen, haben sie einen Entwurf dieser Maßnahmen 30 Tage vor Erlass an die Europäische Kommission zu übermitteln.²⁹ Diese hat zwar kein Vetorecht, kann so allerdings zumindest auf mögliche Konflikte mit dem DMA hinweisen.

505. Die angesprochenen Vorschriften grenzen die Zuständigkeiten und Befugnisse der Behörden nach dem DMA und nationalem Recht rechtlich eindeutig voneinander ab. Dennoch kann in den Augen der Öffentlichkeit der Eindruck von Doppelzuständigkeiten entstehen. Das ist zum einen möglich, wenn in den Augen der Öffentlichkeit nicht klar ist, dass die nationalen Behörden bei möglichen Fällen der Nichteinhaltung der Vorgaben aus Art. 5, 6 oder 7 DMA keine Befugnis zu formellen Ermittlungen und zur Entscheidung haben. Zum anderen kann es speziell in Deutschland sein, dass die betreffenden Verhaltensweisen im Sinne der Art. 5, 6 oder 7 DMA inhaltlich zugleich von einer der Fallgruppen des § 19a Abs. 2 GWB erfasst werden. In beiden Fällen ist nicht zu erwarten, dass die Öffentlichkeit die Zuständigkeitskonzentration des DMA bei der Europäischen Kommission kennt. Dies kann umso problematischer sein, wenn ein Handlungsdruck für die Europäische Kommission entsteht, der dann, wenn die Europäische Kommission ohne vorherige Mitteilung nach Art. 38 Abs. 7 DMA schon über die relevanten Informationen verfügen würde, nicht bestünde. Denn in diesem Fall wird die Rolle der Europäischen Kommission als *One Stop Shop* für die Durchsetzung des DMA unterminiert.

506. Wenn das Bundeskartellamt durch eine neu zu schaffende nationale Vorschrift ermächtigt werden sollte, zu möglichen Fällen der Nichteinhaltung der Vorgaben aus Art. 5, 6 oder 7 DMA Vorermittlungen durchzuführen, sollte mit Blick auf die damit einhergehende Belastung der betroffenen Unternehmen gesetzlich klargestellt werden, dass zu diesen Vorermittlungen keine Information der Öffentlichkeit erfolgt. Mit Blick auf § 19a GWB sollte das Bundeskartellamt in seiner Öffentlichkeitsarbeit erläutern, weshalb die jeweilige behördliche Intervention nicht auf Basis des DMA, sondern ausschließlich auf Basis von § 19a GWB erfolgt.

507. Im Übrigen können die als Gatekeeper benannten Unternehmen einen Antrag stellen, dass für das Bundeskartellamt kein Anlass zum Tätigwerden besteht, da § 32c Abs. 1 GWB unter anderem auf § 19a GWB verweist.³⁰ Die Bescheidung solcher Anträge dürfte im Überschneidungsbereich von DMA und § 19a GWB einen wichtigen Beitrag zur Rechtsklarheit und Rechtssicherheit leisten können. Entscheidungen des Bundeskartellamtes in den betreffenden Fällen sollten deshalb stets veröffentlicht werden.

4.2 Zum Verhältnis der materiellen Vorgaben des § 19a GWB zum DMA

508. Der DMA steht einer Beibehaltung von § 19a GWB zwar nicht entgegen, dürfte die Vorschrift in ihrem Hauptanwendungsbereich aber weitgehend funktionslos machen. Denn wie im vorigen Abschnitt 4.1 angesprochen wurde, überschneiden sich die Verhaltensvorgaben in Art. 5, 6 und 7 DMA für Gatekeeper inhaltlich mit den Vorgaben, die das Bundeskartellamt nach § 19a Abs. 2 GWB „Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung“ auferlegen kann. In diesem Überschneidungsbereich greift der Anwendungsvorrang europäischen Rechts.³¹ Die unmittelbar anwendbaren gesetzlichen Vorgaben des DMA schließen (bei Einhaltung) also ein Verhalten aus, zu dem das Bundeskartellamt eine behördliche Anordnung nach nationalem Recht treffen kann. Der Anwendungsvorrang der Vorgaben des DMA besteht aber auch bezüglich etwaiger Abhilfemaßnahmen (bei Nichteinhaltung). Der Anwendungsvorrang hat zur Folge, dass mit den Art. 5, 6 und 7 DMA nicht vereinbare Verhaltens-

²⁹ Art. 38 Abs. 3 DMA.

³⁰ Grünwald in: Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Loseblatt, Frankfurt, § 19a Rz. 141 (zu § 19a Abs. 1 GWB). Die Anwendbarkeit von § 32c GWB ist im Rahmen von § 19a GWB nicht zweifelsfrei, da § 19a GWB zwar auf §§ 32a und 32b, aber nicht auf § 32c GWB verweist.

³¹ EuGH, Urteil vom 5. Februar 1963, 26/62 – Van Gend en Loos, Slg. 1963, 1, 24-27, ECLI:EU:C:1963:1; Urteil vom 15. Juli 1964, 6/64 – Costa Enel, Slg. 1964, 585, 1269, ECLI:EU:C:1964:66; offen dazu Monopolkommission, Policy Brief, Ausgabe 4, 10. GWB-Novelle – Herausforderungen auf digitalen und regionalen Märkten begegnen!, Januar 2020.

vorgaben des nationalen Rechts unanwendbar sind und Entscheidungen zum Vollzug dieser Vorgaben keine Verbindlichkeit haben.³²

509. § 19a Abs. 2 GWB geht über die Art. 5, 6 und 7 DMA allerdings in folgender Hinsicht hinaus:

- Nach § 19a Abs. 2 GWB sind auch Vorgaben für andere Unternehmen als nach Art. 3 DMA benannte Gatekeeper und Vorgaben ohne Bezug auf „zentrale Plattformdienste“ im Sinne von Art. 2 Ziff. 2 DMA möglich. Dasselbe gilt für Vorgaben, die sich zwar auf von Gatekeepern angebotene zentrale Plattformdienste beziehen, wobei aber diese Dienste keine Funktion als „wichtiges Zugangstor“ im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. b DMA erfüllen.
- Außerdem sind, soweit erkennbar, § 19a Abs. 2 Nr. 1, 2 und 3 GWB (jeweils abgesehen von den Regelbeispielen) und die Regelbeispiele des § 19a Abs. 2 Nr. 7 GWB sprachlich weiter gefasst als die Vorgaben der Art. 5, 6 und 7 DMA.
- In Fällen der Nichteinhaltung des DMA kann das Bundeskartellamt nach § 19a GWB eine Anordnung zur Beseitigung der Marktwirkungen des DMA-widrigen Verhaltens erlassen, da sich der DMA nicht zu Marktwirkungen äußert.

510. In seinem verbleibenden Anwendungsbereich kann § 19a GWB dauerhaft genutzt werden, um Verhaltensweisen von Unternehmen aufzugreifen, die vom DMA zwar nicht erfasst werden, bei denen aber eine entsprechende Erweiterung des Anwendungsbereichs des DMA nach Art. 12, 16 und 19 DMA geboten sein könnte. Insofern erfüllt § 19a GWB eine den DMA ergänzende Funktion. Der damit einhergehende Nutzen ist auch nicht auf Deutschland beschränkt. Denn die Vorschrift ist auf Plattformbetreiber von überragender marktübergreifender Bedeutung und damit vor allem auf Unternehmen anwendbar, die eine europa- oder gar weltweit einheitliche Geschäftsstrategie verfolgen.

511. Allerdings bringt § 19a GWB damit zugleich das Risiko einer Fragmentierung des EU-Binnenmarkts mit sich. Der deutsche Gesetzgeber hat mit dem Erlass dieser Vorschrift zwar nur seine Kompetenzen zur kartellrechtlichen Gesetzgebung genutzt. Deshalb dürfte dieses Risiko einer Fragmentierung des EU-Binnenmarkts für sich genommen keinen Verstoß gegen den Loyalitätsgrundsatz in Art. 4 Abs. 3 EUV darstellen. Allerdings dürfte derselbe Loyalitätsgrundsatz es erfordern, dass bei der Anwendung von § 19a GWB im Einzelfall zwischen den damit verbundenen Vorteilen für den Wettbewerbsschutz (bzw. für die Verbraucherinnen und Verbraucher) in Deutschland und den Nachteilen einer dadurch möglicherweise bewirkten Fragmentierung des EU-Binnenmarktes abgewogen wird. In Fällen, in denen eine Fragmentierung des EU-Binnenmarktes sicher zu erwarten ist, während etwaige Vorteile für den Wettbewerb und/oder die Verbraucherinnen und Verbraucher in Deutschland unsicher sind, sollte auf Maßnahmen nach § 19a Abs. 2 GWB verzichtet werden.

512. Nachteilige Folgen einer Fragmentierung können darin bestehen, dass damit Ineffizienzen zulasten der Verbraucherinnen und Verbraucher einhergehen. Eine Fragmentierung kann zu höheren Kosten aufseiten der Gatekeeper führen, wenn sie sich z. B. mit unterschiedlichen Rechtsnormen auseinandersetzen und höhere Ressourcen einsetzen müssen. Diese Kosten dürften in erster Linie Fixkosten darstellen, die keinen unmittelbaren Einfluss auf die Effizienz der Geschäftstätigkeiten haben. Ein Nachteil kann freilich auch dann entstehen, falls die Gatekeeper einzelne Dienste oder Produkte nicht im gesamten Binnenmarkt anbieten dürfen und der Absatzmarkt somit verkleinert wird. Denn dadurch könnten Skalenvorteile abgeschwächt werden, womit sich einzelne Investitionen und Innovationen schwerer amortisieren lassen könnten. Dieses Risiko ist bei in der Regel weltweit tätigen Gatekeepern zwar als gering anzusehen, und es ist kaum vorstellbar, dass Innovationen gänzlich unterbleiben, weil einzelne Märkte nicht hinreichend bedient werden können. Nachteile können jedoch zulasten der Verbraucherinnen und Verbraucher in einzelnen Märkten gehen, falls ihnen dadurch präferierte Dienste in diesen Märkten vor-

³² EuGH, Urteil vom 29. April 1999, C-224/97 - Ciola, Slg. 1999, I-2517, ECLI:EU:C:1999:212, Rz. 32 f.; Ruffert in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 1 AEUV Rz. 21 mit Fn. 69.

enthalten werden. Aus ökonomischer Perspektive sind gleichwohl das Risiko und der Schaden aus einer Fragmentierung als gering einzuschätzen.

513. Eine weitere Problematik ergibt sich bei einer – allein auf Deutschland bezogenen – Betrachtung dadurch, dass § 19a GWB mit Blick auf die Anforderungen an eine Wettbewerbsvorschrift im Sinne von Art. 1 Abs. 6 DMA nur mit Abstrichen ausreichend bestimmt sein dürfte. Dabei wirken sich die Unbestimmtheiten der Vorschrift einseitig zum Nachteil der regulierten Unternehmen und einseitig zum Vorteil des Bundeskartellamts aus. Dies bedeutet Rechtsrisiken (= Kosten) für die Unternehmen und kann auch verfassungsrechtlich problematisch sein:

- § 19a GWB enthält nach seinem Wortlaut keine expliziten Voraussetzungen dafür, dass das Bundeskartellamt ein Unternehmen nach Abs. 1 benennt oder dem Unternehmen nach Abs. 2 Verhaltensauflagen macht (Tatbestand). Die Vorschrift regelt lediglich die Benennung als „Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung“ und die möglichen Verhaltensauflagen (Rechtsfolge). Zwar lässt sich argumentieren, dass die Vorschrift so zu verstehen ist, dass sie typischerweise eine Gefahr oder zumindest einen Gefahrenverdacht hinsichtlich bestimmter Verhaltensweisen voraussetzt.³³ Der Grad der Gefahr wird aber nicht bestimmt.³⁴
- Die Verhaltensvorgaben des § 19a Abs. 2 GWB erfordern auch – entgegen den Empfehlungen der Monopolkommissionsmitglieder in den Anhörungen zum GWB-Digitalisierungsgesetz – nicht in allen Fällen einen Wettbewerbsbezug im Sinne des Protokolls Nr. 27 zu den Unionsverträgen. Ein solcher ist namentlich bei Anordnungen nach § 19a Abs. 1, 6 und 7 GWB nicht erforderlich.

Als Unbestimmtheitsfaktor außerhalb von Art. 1 Abs. 6 DMA kommt hinzu, dass § 19a GWB nach nationalem Recht nicht zusammen mit § 19 GWB geprüft werden muss, aber eine Rechtswegverkürzung vorsieht. Das Bundeskartellamt kann somit – auch noch nach Verfahrenseinleitung – nach Ermessen entscheiden, auf welche Vorschriften es das Verfahren stützt und welcher Rechtsschutz den betroffenen Unternehmen dann zur Verfügung steht.

514. Die in der vorigen Textziffer genannten Aspekte sprechen alle für eine enge Auslegung des § 19a GWB. Aus wettbewerbspolitischer Sicht ist – im Einklang mit der bisherigen Position der Monopolkommission – insbesondere zu empfehlen, dass das Bundeskartellamt sein Verfahrensermessen (§ 40 i. V. m. § 10 VwVfG) in der Praxis so ausübt und nur dann Verfahren gegen Unternehmen einleitet, wenn ein eindeutiger Wettbewerbsbezug im Sinne von Art. 1 Abs. 6 DMA gegeben ist.³⁵ Diese Anforderung sollte im Sinne des Protokolls Nr. 27 zu den Unionsverträgen verstanden werden.³⁶ Das Bundeskartellamt sollte auf Basis von § 19a GWB Verfahren mit dem Ziel von Verhaltensanordnungen grundsätzlich nur dann einleiten, wenn zumindest Anhaltspunkte für einen Wettbewerbsverstoß zulasten anderer Marktteilnehmer auf relevanten Einzelmärkten bestehen (Gefahrenverdacht).

515. In Fällen, in denen ein solcher Verdacht eines Missbrauchs auf Einzelmärkten besteht, könnte das Bundeskartellamt dann alternativ aber auch auf ein Hauptsacheverfahren nach § 19a GWB verzichten und einstweilige Maßnahmen nach § 32a i. V. m. § 32 Abs. 1 GWB anordnen. Das Instrument einstweiliger Maßnahmen wird von der französischen Autorité de la concurrence in langjähriger Praxis als wirksam zum Schutz des Wettbewerbs in der

³³ In diesem Sinne Nothdurft in: Bunte, Kartellrecht – Kommentar, Band 1, 14. Aufl., Köln, 2022, § 19a GWB Rz. 132 mit Bezugnahme auf die Gesetzesbegründung; anders gleichwohl Lettl, WRP 2021, 413 (418).

³⁴ Vgl. hierzu BVerfG, Beschluss vom 24. Januar 2012, 1 BvR 1299/05, Rz. 177; zu rein finalen Eingriffsnormen auch MVVerfG, LKV 2000, 149 (UA S. 22 ff.); Mahlmann, LKV 2001, 102 f.

³⁵ Vgl. Monopolkommission, Policy Brief, Ausgabe 4, 10. GWB-Novelle – Herausforderungen auf digitalen und regionalen Märkten begegnen!, Januar 2020, S. 3. Dies könnte nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ohnehin auch rechtlich geboten sein; siehe EuGH, Urteil vom 31. Januar 1978, 94/77 – Zerbone, Slg. 1978, 99, ECLI:EU:C:1978:17, Rz. 22/27; Urteil vom 7. November 1972, 20/72 – Belgien/NV Cobelex, Slg. 1972, 1055, ECLI:EU:C:1972:94, Rz. 12/17.

³⁶ Protokoll Nr. 27 zu den Verträgen, konsol. Fassung, ABl. C 202 vom 7. Juni 2016, S. 1.

Digitalwirtschaft angesehen.³⁷ Der Gesetzgeber des GWB-Digitalisierungsgesetzes hat auch die Voraussetzungen für die Anordnung abgesenkt.

516. Zuletzt ist auch im Anwendungsbereich des § 19a GWB zu beachten, dass stets eine Prüfung von Art. 102 AEUV stattfindet, soweit diese Vorschrift parallel anwendbar ist. Derzeit wird Art. 102 AEUV in Bezug auf die Unternehmen im Sinne des § 19a Abs. 1 GWB in Deutschland – soweit nach den Pressemitteilungen des Bundeskartellamts ersichtlich – nicht mehr geprüft. Diese Nichtprüfung von Art. 102 AEUV trägt aber ebenso wie der Aufbau einer eigenständigen Entscheidungspraxis zu § 19a GWB zur Fragmentierung des EU-Binnenmarktes bei. Dabei ist zweifelhaft, ob eine isolierte Prüfung von § 19a GWB überhaupt unionsrechtlich zulässig ist. Zwar enthält Art. 1 Abs. 6 DMA eine Öffnungsklausel zugunsten nationaler Vorschriften wie § 19a GWB. Daneben ist jedoch Art. 3 Abs. 1 S. 2 VO 1/2003 zu beachten. Hiernach haben die mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden und Gerichte auch Art. 102 AEUV anzuwenden, wenn sie „das einzelstaatliche Wettbewerbsrecht auf nach Artikel [102 AEUV] verbotene Missbräuche“ anwenden.³⁸ Bei Fragen zur Reichweite von Art. 3 Abs. 1 S. 2 VO 1/2003 können deutsche Stellen jedoch nicht ihre eigene Auslegung vornehmen, sondern es ist vielmehr das vorrangige Unionsrecht mit dem Europäischen Gerichtshof als letztverbindlichem Interpreten nach Art. 267 Abs. 1, 3 AEUV zu beachten. In Zweifelsfällen haben die zuständigen nationalen Gerichte somit die Auslegung des Europäischen Gerichtshofs einzuholen.³⁹

517. Aus Sicht der Monopolkommission sollten § 19a GWB bei marktübergreifenden Wettbewerbsproblemen und einstweilige Maßnahmen nach § 32a i. V. m. § 32 Abs. 1 GWB bei unmittelbar drohenden Wettbewerbsgefährdungen auf Einzelmärkten eingesetzt werden, um Probleme außerhalb des Anwendungsbereichs des DMA im Einzelfall abzustellen. Zugleich sollte das Bundeskartellamt in den betreffenden Fällen allerdings 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.

5 Zusammenspiel mit der Missbrauchskontrolle nach Art. 102 AEUV – derzeit kein Bedarf für weitere Entflechtungsinstrumente

518. Die vom BMWK langfristig ins Auge gefasste Ergänzung des bestehenden Rechtsrahmens um eine missbrauchsunabhängige Entflechtungsmöglichkeit auf europäischer Ebene ist zurückhaltend zu bewerten. Die Einführung missbrauchsunabhängiger Entflechtungsinstrumente bedarf aus wettbewerbspolitischer Sicht insbesondere dann einer näheren Prüfung, wenn missbrauchsabhängige Instrumente nicht zur Verfügung stehen oder wenn ihre Anwendung keinen wirksamen Wettbewerbsschutz gewährleistet. Im letztgenannten Fall sollten allerdings vorrangig die Anwendungshindernisse für die bestehenden Instrumente beseitigt werden, bevor neue Instrumente eingeführt werden.

519. Die neuen Spezialregelungen zu den digitalen Märkten und insbesondere der DMA dürften nichts an der Notwendigkeit einer Missbrauchskontrolle nach Art. 102 AEUV ändern. Art. 102 AEUV bleibt etwa in Fällen anwendbar, in denen sich Gatekeeper in beherrschender Stellung missbräuchlich verhalten, ohne dass sich das Verhalten auf einen als solchen benannten zentralen Plattformdienst bezieht und/oder als Umgehung der Verhaltensvorgaben des DMA (Art. 13 DMA) anzusehen ist. In den genannten Fällen wäre es lediglich wünschenswert, dass

³⁷ Siehe z. B. Autorité de la concurrence, Entscheidung vom 30. Juni 2010, Navx 10-MC-01 – Google AdWords; Entscheidungen vom 12. Juli 2021, 21-D-17, und vom 9. April 2020, 20-MC-01 – Google/SEPM; Pressemitteilung vom 21. Januar 2019 (zu Google Ads).

³⁸ Siehe hierzu schon Monopolkommission, XXIII. Hauptgutachten, Wettbewerb 2020, Baden-Baden, 2020, Tz. 414 ff.

³⁹ Vgl. EuGH, Urteil vom 10. Oktober 1973, 34/73 – Fratelli Variola Spa/Amministrazione delle finanze dello Stato, Slg. 1973, 981, ECLI:EU:C:1973:101, Rz. 10 f., wonach die Mitgliedstaaten „keine Maßnahmen ergreifen [dürfen], die geeignet sind, die Zuständigkeit des Gerichtshofes zur Entscheidung über Fragen der Auslegung des [Unions]rechts oder der Gültigkeit der von den Organen der [Union] vorgenommenen Handlungen zu beschneiden“. Abweichend: Unterrichtung durch die Bundesregierung, Dreiundzwanzigstes Hauptgutachten der Monopolkommission, Wettbewerb 2020 – Drucksache 19/21540 –, Stellungnahme der Bundesregierung, BT-Drs. 20/760, Tz. 37.

die Europäische Kommission stärker als bislang einstweilige Maßnahmen nach Art. 8 VO 1/2003 anordnet, da missbräuchliche Verhaltensweisen speziell bei den als Gatekeeper benannten Unternehmen mit dem Risiko einer weiteren Verschlechterung der Bestreitbarkeit von Märkten und der Fairness der Beziehungen zu den Plattformnutzern verbunden sein können.

520. Ein Rückgriff auf Art. 102 AEUV dürfte aber auch dann unerlässlich sein, wenn die Nichteinhaltung von Vorgaben des DMA zugleich einen Verstoß gegen Art. 102 AEUV darstellt und wenn zugleich eine schwerwiegende Schädigung der Marktstruktur im EU-Binnenmarkt festzustellen ist oder droht. Der Grund für die Notwendigkeit einer Missbrauchskontrolle liegt in diesen Fällen darin, dass der DMA lediglich verhaltensbezogene Vorgaben (Art. 5, 6 und 7 DMA) und Transparenzvorgaben (Art. 14 f. DMA) macht. Auf die Folgen des Verhaltens im Einzelfall kommt es nach Wortlaut und Zielsetzung der relevanten Vorschriften nicht an. Entsprechendes gilt mit Blick auf Fälle der Nichteinhaltung. Denn der DMA ermächtigt nur zu Maßnahmen, um die Nichteinhaltung abzustellen und für die Zukunft ein rechtskonformes Verhalten herbeizuführen. So kann die Europäische Kommission nach Art. 29 Abs. 1 lit. a, Abs. 5 DMA einen Beschluss wegen Nichteinhaltung mit einer Abstellungsaufforderung erlassen, wenn sie feststellt, dass ein Gatekeeper „eine der in den Art. 5, 6 und 7 genannten Verpflichtungen nicht erfüllt“. Darüber hinaus kann sie nach Art. 18 DMA unter den dort genannten Voraussetzungen in Fällen, in denen ein Gatekeeper die in den Art. 5, 6 und 7 festgelegten „Verpflichtungen systematisch nicht einhält“ verhaltensbezogene oder strukturelle Abhilfemaßnahme gegen den Gatekeeper verhängen (einschließlich einer zeitlich begrenzten vorsorglichen Untersagung zukünftiger Zusammenschlüsse).⁴⁰ Dagegen ermächtigt der DMA die Europäische Kommission nicht dazu, Anordnungen zu dem Zweck zu treffen, dass der Gatekeeper die gegebenenfalls schon eingetretenen Folgen seines Verhaltens rückgängig macht und den durch seinen Rechtsverstoß eingetretenen Schaden auf Einzelmärkten beseitigt. Ebenso ermächtigt auch der deutsche § 19a GWB nur zu Verhaltensvorgaben. Lediglich bei Verletzung von behördlich festgesetzten Verhaltensauflagen gemäß § 19a Abs. 2 Nr. 2-5 GWB können die in einem getrennten Schritt festgesetzten Abhilfemaßnahmen auch die Beseitigung eines eventuell eingetretenen Schadens für den Wettbewerb umfassen (§ 19a Abs. 2 S. 4 i. V. m. § 32 Abs. 2 GWB). Das setzt allerdings voraus, dass zuvor behördliche Verfahren durchgeführt wurden, in denen nach § 19a Abs. 1 GWB die überragende marktübergreifende Bedeutung festgestellt und nach § 19a Abs. 2 GWB die betreffenden Verhaltensweisen untersagt wurden.

521. Art. 102 AEUV reicht mit Blick auf die Beseitigung der Wettbewerbsfolgen von Rechtsverstößen weiter. Denn Art. 102 AEUV enthält Regelungen für alle Fälle, in denen ein beherrschendes Unternehmen durch missbräuchliche Ausnutzung seiner Marktmacht den Wettbewerb schädigt. Die Abhilfemaßnahmen können in diesen Fällen auch die Beseitigung der Auswirkungen des Missbrauchs für den Wettbewerb umfassen. Die Reichweite der nach Art. 102 AEUV (i. V. m. der Verordnung 1/2003) möglichen Maßnahmen soll nachfolgend anhand eines Fallbeispiels dargestellt werden, in dem ein potenziell missbräuchliches Verhalten eines Marktbeherrschers unmittelbar (d. h. unabhängig von den Reaktionen anderer Marktteilnehmer) die Marktstruktur beeinträchtigt und eine Abhilfemaßnahme folglich auch genau diese strukturellen Auswirkungen beseitigen muss. Die Monopolkommission wählt für das Fallbeispiel die Übernahme von WhatsApp durch Facebook. In den USA wird diese Übernahme derzeit in einer Klage der Federal Trade Commission (FTC) auf Basis des dortigen Missbrauchsrechts – § 2 Sherman Act (15 U.S.C § 2)⁴¹ angegriffen.⁴² In der EU ist sie bisher rein fusionskontrollrechtlich untersucht worden, weshalb die nachfolgende Untersuchung auch nur hypothetischen Charakter hat. Eine Untersuchung auf Basis von Art. 102 AEUV ist in den betreffenden Fällen aber nicht per se ausgeschlossen.

522. Im Folgenden wird zunächst die ökonomische Problemstellung dargestellt (Abschn. 5.1). Im Anschluss wird das Fallbeispiel missbrauchsrechtlich nach Art. 102 AEUV gewürdigt (Abschn. 5.2). Zuletzt werden aus dem Fallbei-

⁴⁰ Art. 18 Abs. 1-2 DMA.

⁴¹ Im konkreten Fall in Verbindung mit § 5 FTC Act (15 U.S.C. § 45).

⁴² State of New York v. Facebook, Inc., 1:20-cv-03589, and Federal Trade Commission v. Meta Platforms, Inc. 1:20-cv-03590 (D.D.C. 2020).

spiel wettbewerbspolitische Empfehlungen mit Blick auf die weitere Anwendungspraxis des Art. 102 AEUV und das fragliche Erfordernis eines missbrauchsunabhängigen Entflechtungsinstruments abgeleitet (Abschn. 5.3).

5.1 Ökonomische Problemstellung

523. Ausgehend vom ursprünglichen Kerngeschäft des sozialen Netzwerks hat Facebook – wie andere Unternehmen in den digitalen Märkten – sein Portfolio an Produkten und Dienstleistungen stetig zu einem digitalen Ökosystem erweitert. Unter dem Dach der Meta Platforms Inc. befinden sich heute neben dem sozialen Netzwerk Facebook, unter anderem die Fotoplattform Instagram, die Messenger-Dienste WhatsApp und Messenger, sowie der Hersteller von Virtual-Reality-Technologie Oculus. Im Ökosystem agieren die jeweiligen Plattformen auf mehrseitigen Märkten und sprechen dabei unterschiedliche Kundengruppen an. Hierzu gehören vor allem Endnutzerinnen und Endnutzer, Entwickler von Softwareanwendungen und Werbekunden. Die unterschiedlichen Marktseiten stehen dabei über Netzwerk- und Verbundeffekte miteinander in Beziehung.⁴³

524. Netzwerk- und Verbundeffekte stellen einerseits ökonomische Effizienzen dar, die den Nutzen aus dem Konsum der Dienste erhöhen können.⁴⁴ Andererseits begünstigen sie Konzentrationstendenzen in den digitalen Märkten, da sie zugleich erhebliche Markteintrittsbarrieren für potenzielle Konkurrenten darstellen, die nicht mehr in gleichem Maße von diesen Effizienzen profitieren können. Das kann die Märkte letztlich zum Kippen bringen. Sobald die Schranken unüberwindbar geworden sind, können die Ökosystembetreiber den Zugang kommerzieller Nutzer zu ihren Diensten oder Daten in unlauterer Weise beschränken und kommerzielle Nutzer und Verbraucherinnen und Verbraucher ausbeuten. Eine weitere Wettbewerbsbeschränkung kann entstehen, wenn die Betreiber von Plattform-Ökosystemen ihre Marktmacht auf andere Märkte ausdehnen, um dort den Wettbewerb auszuschließen. Beides ist Gegenstand der Klage der FTC. Facebook wird vorgeworfen, wettbewerbswidrige Bedingungen für den Plattformzugang gegenüber gewerblichen Anbietern durchgesetzt zu haben, um die monopolistischen Stellung des sozialen Netzwerks gegenüber potenziellen Konkurrenten abzusichern.⁴⁵

525. Ob die Markteintrittsbarrieren unüberwindbar sind, hängt neben den Netzwerk- und Verbundvorteilen von weiteren, gegenläufigen Faktoren ab. Hierzu zählen insbesondere die Möglichkeit zur parallelen Nutzung mehrerer Dienste (*multihoming*) und Produktdifferenzierung und Innovationen der Wettbewerber.⁴⁶ Inwiefern diese im Endeffekt geeignet sind, die Konzentrationstendenzen abzuschwächen oder gar aufzuheben, ist nur im jeweiligen Einzelfall zu entscheiden. Die FTC sah in der Phase der Migration von Desktop-basierten Diensten zu mobilen Diensten genau jenes Potenzial.⁴⁷ Zu diesen mobilen Diensten zählte auch WhatsApp, das eine neue und einfachere Interaktion der Nutzer ermöglichte, indem beispielsweise Fotos einfacher geteilt werden können und Gruppenchats ermöglicht wurden. Diese Innovationen und Produktdifferenzierung stellten aus Sicht der FTC eine ernsthafte Bedrohung des – für Desktop-Computer entwickelten – sozialen Netzwerks Facebook blue dar.⁴⁸

526. Diese Bedrohung zeigte sich an schnell steigenden Nutzerzahlen. Nach Angabe der FTC stieg die Nutzerzahl von WhatsApp im Februar 2014 um mehr als eine Million pro Jahr⁴⁹, sodass WhatsApp seinerseits von starken direkten Netzwerkeffekten profitierte. In der Klageschrift bleibt offen, ob dieses zulasten von Facebook ging und deren Netzwerkeffekte abschwächte oder ob Nutzerinnen und Nutzer beide Plattformen parallel nutzten (*multihoming*). Die FTC geht hier eher von Substitutionseffekten aus. Laut FTC bestand die Gefahr, dass WhatsApp Fa-

⁴³ Monopolkommission, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Sondergutachten 68, Baden-Baden, 2015, Rn. 35.

⁴⁴ Ebenda, Rn. 45 ff.

⁴⁵ FTC, a. a. O., Fn. 130 ff.

⁴⁶ Evans, D. S./Schmalensee, R., The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms, Competition Policy International 3 (1), 2007, S. 151–179.

⁴⁷ FTC, a. a. O., Tz. 54.

⁴⁸ FTC, a. a. O., Tz. 57.

⁴⁹ FTC, a. a. O., Tz. 113

cebook im Markt für soziale Netzwerke für private Nutzer Konkurrenz mache, indem es Bestandteile von sozialen Netzwerken einführe (bspw. Gruppenfunktionen) oder selbst ein soziales Netzwerk gründe.⁵⁰ Die Schadenstheorie der FTC auf der Marktseite der Nutzerinnen und Nutzer basiert somit darauf, dass Facebook durch die Übernahme von WhatsApp den Innovationswettbewerb um bessere Dienste und Funktionen zulasten der Verbraucherinnen und Verbraucher ausgeschaltet habe.⁵¹ Dieses ginge ferner zulasten der Werbetreibenden, denen größere Auswahlmöglichkeiten und günstigere Werbepreise vorenthalten würden.⁵² Aufgrund dessen kommt die FTC zu dem Schluss, dass die Übernahme von WhatsApp durch Facebook wettbewerbswidrig war.

527. Die Europäische Kommission hat die Übernahme 2014 ohne Nebenbestimmungen freigegeben.⁵³ Die FTC hatte in ihrer damaligen eigenen Prüfung ebenfalls keine wettbewerbsrechtlich begründeten Einwände erhoben.⁵⁴ Die Europäische Kommission stellte in ihrer Untersuchung fest, dass WhatsApp zwar bereits als soziales Netzwerk angesehen werden könne, beide Unternehmen jedoch „wenn überhaupt, lediglich entfernte Wettbewerber sind.“⁵⁵ Zudem würden die jeweiligen Anwendungen eher parallel genutzt, sodass die Europäische Kommission in ihrer Entscheidung eher von einem Multihoming ausging. Auch nach der Übernahme gebe es genügend alternative Anbieter von Kommunikations-Apps, zu denen die Nutzerinnen und Nutzer wechseln könnten, sodass hierdurch Wettbewerbsdruck auf das fusionierte Unternehmen ausgeübt werde.⁵⁶ Die Europäische Kommission ging somit seinerzeit noch von funktionsfähigem Wettbewerb im Markt für Messenger-Dienste aus.

528. Der Digital Markets Act hingegen erfasst Messenger-Dienste nun als zentrale Plattformdienste. Die Europäische Kommission geht somit heute nicht mehr von funktionsfähigem Wettbewerb aus. Neben den Verhaltenspflichten des Art. 5 und 6 DMA sollen für nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste (Messenger-Dienste) der Gatekeeper – also vor allem für WhatsApp – Interoperabilitätspflichten des Art. 7 DMA gelten. Anbieter von Messenger-Diensten sollen auf Anfrage und kostenlos eine Interoperabilität zu den Basisfunktionen (Ende-zu-Ende-Textkommunikation, Austausch von Bildern und Videos) und später auch zu erweiterten Funktionen (unter anderem Gruppenkommunikation, Videotelefonie) der Gatekeeper erhalten. Dieses begründet die Europäische Kommission mit starken Netzwerkeffekten, die nicht mehr durch Multihoming der Nutzerinnen und Nutzer abgeschwächt würden, sodass hohe Wechselkosten für die Nutzerinnen und Nutzer existierten.⁵⁷ Diese Einschätzung steht im Gegensatz zur Freigabeentscheidung des Zusammenschlusses Facebook/ WhatsApp, bei der die Europäische Kommission noch auf ein hinreichendes Multihoming und geringe Wechselkosten abstellte. Es ist durchaus denkbar, dass die Europäische Kommission diese Einschätzung heute nicht mehr so vornehmen würde. Nicht zuletzt deshalb stellt sich die Frage, ob nicht gerade ihre Freigabeentscheidung (parallel zur Nichtintervention der FTC) zum heute diagnostizierten Marktversagen beigetragen haben könnte.

529. Ob ein solches Marktversagen im Markt für Messenger-Dienste vorliegt, ist zu hinterfragen. Die Monopolkommission schlussfolgerte im Sektorgutachten Telekommunikation 2021, dass ein solches im Markt für Messenger-Dienste derzeit nicht erkennbar ist, dass Nutzerinnen und Nutzer mehrere Dienste bewusst parallel verwenden und den Dienst je nach Präferenz wechseln.⁵⁸ Ebenso hat die Bundesnetzagentur Anfang 2022 festgestellt, dass 75 Prozent der Nutzerinnen und Nutzer in Deutschland mehrere Dienste parallel benutzen und sich Multihoming

⁵⁰ FTC, a. a. O., Tz. 107.

⁵¹ FTC, a. a. O., Tz. 78.

⁵² FTC, a. a. O., Tz. 228.

⁵³ Europäische Kommission, Beschluss vom 3. Oktober 2014, M.7217 – Facebook/ WhatsApp.

⁵⁴ Vgl. FTC, Pressemitteilung vom 10. April 2014.

⁵⁵ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_14_1088.

⁵⁶ Europäische Kommission, Beschluss vom 3. Oktober 2014, M.7217 – Facebook/ WhatsApp, Tz. 108.

⁵⁷ Erwägungsgrund 64 DMA.

⁵⁸ Monopolkommission, 12. Sektorgutachten Telekommunikation: Wettbewerb im Umbruch, Baden-Baden, 2021, Tz. 203 ff.

immer stärker zum Standardfall entwickelt.⁵⁹ Auch die Tatsache, dass die Dienste WhatsApp und Instagram weiterhin als eigenständige Marken vermarktet werden, deutet darauf hin, dass Nutzerinnen und Nutzer mehrere Dienste mit unterschiedlichen Funktionen parallel verwenden.

530. Die Europäische Kommission kam damals auch hinsichtlich der Werbemärkte zu anderen Einschätzungen als die FTC heute. Auch nach dem Zusammenschluss gebe es noch genügend andere Anbieter gezielter Werbemaßnahmen und hinreichend werberelevante Daten, die nicht ausschließlich von Facebook kontrolliert würden.⁶⁰ Zudem könne Facebook zwar theoretisch die Daten von WhatsApp mit den eigenen Daten zusammenführen und so die Position im Online-Werbemarkt stärken. Dies sei jedoch unwahrscheinlich, da WhatsApp dafür die Nutzerbedingungen ändern müsse und Nutzerinnen und Nutzer daraufhin zu anderen Anbietern wie beispielsweise Telegram und Threema wechseln könnten. Dieses sei wahrscheinlich, da keine ausgeprägten Wechselkosten vorlägen. Dadurch könnten die Netzwerkeffekte geschwächt werden, was sich dann negativ auf die Werbeerlöse auswirken werde, da den Werbetreibenden weniger Absatzmöglichkeiten verblieben.⁶¹ Die Europäische Kommission schlussfolgerte daher, dass der Zusammenschluss wahrscheinlich zu keiner erheblichen Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs auf den Werbemärkten führen werde.⁶²

531. Auch hier ging die Europäische Kommission im Jahr 2014 somit noch von funktionierenden Märkten aus. Nach ihrer Einschätzung scheinen die Netzwerkeffekte aufseiten der Nutzerinnen und Nutzer jedoch nun so stark, dass auch die Werbemärkte keinem funktionsfähigen Wettbewerb mehr unterliegen. Auch Werbedienste werden als zentrale Plattformdienste vom DMA erfasst. Auf eine bedingt durch die Fusion wettbewerblich bedenkliche Konzentration werberelevanter Daten hat die Monopolkommission bereits 2015 hingewiesen.⁶³ Auch das Bundeskartellamt verdeutlicht, dass Facebook über werberelevante Daten verfügt, die durch andere Anbieter von Online-Werbung nicht bereitgestellt werden können.⁶⁴ Somit muss auch hier hinterfragt werden, ob die Freigabeentscheidung einen Teil des vermuteten Marktversagens erklären kann.

532. Für eine wettbewerbliche Analyse von Plattformmärkten müssen somit alle Marktseiten und deren Beziehungen zueinander untersucht werden. Im konkreten Fall Facebook/WhatsApp bedeutet das, dass die Nutzer- und die WerbeSeite gemeinsam betrachtet werden müssen. Auf beiden Marktseiten deutet sich nach ersten Einschätzungen ein unterschiedliches Wettbewerbsniveau an. Nutzerinnen und Nutzer können zwar zwischen mehreren alternativen Messenger-Diensten wählen und diese parallel verwenden. Andererseits besteht jedoch eine hohe Abhängigkeit der Werbeindustrie von Facebook, die durch den einzigartigen Datenschatz von Facebook begründet ist. Diese unterschiedlichen Ergebnisse auf beiden Marktseiten macht eine Einschätzung über eine etwaige marktmächtige Stellung von Facebook komplex.

533. Der Wettbewerb auf der Nutzerseite scheint jedoch keinen hinreichenden Wettbewerbsdruck auf die WerbeSeite auszuüben. Die Position von Facebook, basierend auf den Nutzerdaten, scheint trotz des Wettbewerbs zwischen Messenger-Diensten weitestgehend unangreifbar zu sein. Das liegt insbesondere darin, dass die meisten Messenger-Dienste keine Werbung – oder nur in sehr geringen Umfang – betreiben und somit keine Alternative für die Werbeindustrie darstellen. Für Facebook ergibt sich der Wert der Nutzerdaten von WhatsApp nicht isoliert betrachtet, sondern erst aus der Zusammenführung mit den bestehenden Daten, so dass Werbetreibenden ein sehr zielgruppengenaues Angebot gemacht werden kann. Diese Möglichkeit steht anderen Plattformbetreibern nicht in gleichem Maße zur Verfügung. Somit kann in der Gesamtschau nicht ausgeschlossen werden, dass Facebook als Plattformbetreiber über eine marktmächtige Stellung verfügt.

⁵⁹ https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2022/20220127_Onlinekommunikation.html.

⁶⁰ Europäische Kommission, Beschluss vom 3. Oktober 2014, M.7217 – Facebook/WhatsApp, Tz. 189.

⁶¹ Europäische Kommission, Beschluss vom 3. Oktober 2014, M.7217 – Facebook/WhatsApp, Tz. 186.

⁶² Europäische Kommission, Beschluss vom 3. Oktober 2014, M.7217 – Facebook/WhatsApp, Tz. 189.

⁶³ Monopolkommission, Sondergutachten 82, a. a. O., Tz. 161 ff.

⁶⁴ Bundeskartellamt, Beschluss in dem Verwaltungsverfahren B6-22/16, Tz. 499.

5.2 Rechtliche Einordnung

534. Die Vorwürfe der FTC können im Vergleich mit der fusionskontrollrechtlichen Freigabeentscheidung der Europäischen Kommission im Fall Facebook/WhatsApp⁶⁵ herangezogen werden, um beispielhaft aufzuzeigen, weshalb Art. 102 AEUV gegenüber den vom DMA adressierten Unternehmen zukünftig einen eigenen Anwendungsbe- reich neben dem DMA behalten wird. Dabei handelt es sich nachfolgend, wie schon einleitend hervorgehoben, um hypothetische Ausführungen auf Basis öffentlich verfügbarer Informationen. Insbesondere soll für die Zwecke dieser Ausführungen – ungeachtet der Bestandskraft der fusionskontrollrechtlichen Freigabeentscheidung der Europäischen Kommission – unterstellt werden, dass Facebook in der EU bei Übernahme von WhatsApp (2014) auf dem nationalen Markt für soziale Netzwerkdienste für private Nutzer oder einem anderen relevanten Markt über eine beherrschende Stellung gemäß Art. 102 AEUV verfügt haben kann oder eine solche Stellung zumindest in dem Zeitraum der Missbrauchsprüfung des Bundeskartellamts (2016-2019) innehatte.⁶⁶ Wenn Facebook vor 2016 über keine beherrschende Stellung verfügt haben sollte, wäre allenfalls eine Anwendung des nationalen Missbrauchsrechts (§ 20 GWB) hinsichtlich der Vorgänge um WhatsApp möglich. Darauf soll in den folgenden Ausführungen nicht weiter eingegangen werden.

535. Wenn Facebook im Rahmen der Übernahme von WhatsApp auf dem nationalen Markt für soziale Netzwerkdienste für private Nutzer in Deutschland von vornherein über eine beherrschende Stellung gemäß Art. 102 AEUV verfügt haben sollte, könnte die Übernahme missbräuchlich gewesen sein. Voraussetzung hierfür wäre, dass im Zeitpunkt der Übernahme der auf dem relevanten Markt *„erreichte Beherrschungsgrad den Wettbewerb [so] wesentlich behindert, dass [...] nur noch Unternehmen auf dem Markt [verblieben], die in ihrem Marktverhalten von dem beherrschenden Unternehmen ab[hängen].“* Außerdem müsste Facebook *„durch eine wesentliche, die Handlungsfreiheit des Verbrauchers auf dem Markt ernstlich gefährdende Änderung der Angebotsstruktur [...] praktisch [jeden] Wettbewerb [ausgeschaltet haben].“*⁶⁷ Ob diese Voraussetzungen tatsächlich erfüllt waren, wäre im Einzelfall zu prüfen. Wenn dies der Fall wäre, wäre ein Behinderungsmissbrauch in Form eines sogenannten Marktstrukturmissbrauchs zu bejahen.

536. Wenn Facebook die in der FTC-Klage gerügten Nutzungsbedingungen auch in Deutschland verwendet haben sollte und dadurch andere Marktteilnehmer benachteiligt hätte, könnte dieses Verhalten ebenfalls nach Art. 102 AEUV missbräuchlich sein. Dabei kann offen bleiben, ob die Verwendung der von der FTC gerügten Nutzungsbedingungen bereits aufgrund ihres Wesens geeignet wäre, den Wettbewerb zu beschränken.⁶⁸ Es genügt für die Zwecke des Fallbeispiels, dass sich aus Basis der verfügbaren Informationen nicht ausschließen lässt, dass die Nutzungsbedingungen überhaupt zu einer Wettbewerbsbeschränkung (Behinderung von Wettbewerbern) geeignet wären.

537. Wenn die von der FTC gerügten Verhaltensweisen auch für den europäischen Markt relevant sein und dort die tatbestandlichen Voraussetzungen eines Missbrauchs nach Art. 102 AEUV erfüllen sollten, wäre im nächsten Schritt zu prüfen, ob auf der Rechtsfolgeseite die von der FTC angestrebten Abhilfemaßnahmen grundsätzlich auch nach europäischem oder deutschem Recht in Betracht kommen. Die FTC fordert auf Basis von § 2 Sherman Act, soweit hier relevant:

⁶⁵ EU-Kommission, Entscheidung vom 3. Oktober 2014, M.7217 – Facebook/WhatsApp.

⁶⁶ Das Bundeskartellamt hat eine beherrschende Stellung auf dem nationalen Markt für soziale Netzwerke für private Nutzer bejaht und im Übrigen offengelassen; siehe BKartA, Beschluss vom 6. Februar 2019, B6-22/16, Tz. 374 f. Gegen die Entscheidung ist zurzeit noch ein Rechtsmittel anhängig; das Verfahren ist in der Hauptsache wegen einer Vorlage zum Europäischen Gerichtshof ausgesetzt; siehe OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24. März 2021, Kart 2/19 (V); EuGH, C-252/21 – Meta Platforms und andere.

⁶⁷ EuGH, Urteil vom 21. Februar 1973, 6/72 – Europemballage Corporation und Continental Can Company, Slg. 1973, 215, ECLI:EU:C:1973:22, Rz. 26 a. E., 29; dazu schon Monopolkommission, XXIII. Hauptgutachten, Wettbewerb 2020, Baden-Baden, 2020, Tz. 87 m. weit. Nachw.

⁶⁸ Vgl. insofern EuGH, Urteil vom 6. September 2017, C-413/14 P – Intel, ECLI:EU:C:2017:632, Rz. 14; und ergänzend: EuG, Urteil vom 26. Januar 2022, T-286/09 RENV – Intel, ECLI:EU:T:2022:19, Rz. 148 f.

- die Veräußerung von Vermögenswerten, die Veräußerung oder Umstrukturierung von Geschäftsbereichen (einschließlich, aber nicht beschränkt auf Instagram und/oder WhatsApp) und andere Maßnahmen, die ausreichen, um den Wettbewerb wiederherzustellen, der ohne das in der Beschwerde behauptete Verhalten bestehen würde, einschließlich, soweit dies vernünftigerweise erforderlich ist, die Bereitstellung von laufender Unterstützung oder Dienstleistungen von Facebook für einen oder mehrere lebensfähige und unabhängige Geschäftsbereiche;
- alle sonstigen angemessenen Maßnahmen, die erforderlich sind, um den Wettbewerb wiederherzustellen und den durch das oben beschriebene wettbewerbswidrige Verhalten von Facebook verursachten Schaden zu beheben;
- dass es Facebook dauerhaft untersagt wird, wettbewerbswidrige Vereinbarungen zu treffen, die den Zugang von Entwicklern zu APIs und Daten regeln, oder wettbewerbswidrige Bedingungen aufzuerlegen;
- dass es Facebook dauerhaft untersagt wird, sich an dem beschriebenen rechtswidrigen Verhalten zu beteiligen;
- dass es Facebook dauerhaft untersagt wird, sich in Zukunft an ähnlichen oder damit verbundenen Verhaltensweisen zu beteiligen.⁶⁹

Diese Forderung struktureller Abhilfemaßnahmen ist in U.S.-Verfahren gegen die als Gatekeeper in Betracht kommenden Unternehmen kein Einzelfall. Auch das DOJ und die klagenden Bundesstaaten haben in mehreren Klagen gegen Google jeweils beantragt, dass das Gericht einen strukturellen Rechtsbehelf zur Beseitigung etwaiger wettbewerbswidriger Schäden anordnen solle.⁷⁰ Dasselbe gilt für den District of Columbia in seiner Klage gegen Amazon.⁷¹

538. In Missbrauchsfällen nach Art. 102 AEUV sind die tatbestandlichen Verbote und die Ausgestaltung von Abhilfemaßnahmen auf der Rechtsfolgeseite im Zusammenhang zu sehen. Dieser Zusammenhang ergibt sich daraus, dass der Adressatenkreis auf Unternehmen begrenzt ist, die über eine marktbeherrschende Stellung besteht. Art. 102 AEUV greift also erst dann ein, wenn der Markt zugunsten eines bestimmten Unternehmens gekippt ist. Das missbrauchsrechtlich verbotene Verhalten verschärft die Marktbedingungen für die übrigen Marktteilnehmer dann zusätzlich und kann zur dauerhaften Verdrängung von Wettbewerbern führen. Aus diesem Grund reicht es in Missbrauchsfällen im Sinne von Art. 102 AEUV nicht ohne Weiteres aus, wie bei einem koordinierten Verhalten, das gegen Art. 101 AEUV verstößt, lediglich das Verhalten zu verbieten oder eine Geldbuße zu dessen Ahndung zu verhängen. Der Schaden für die Marktstruktur, der Gegenstand des missbräuchlichen Verhaltens ist, lässt sich gegebenenfalls nur mit zusätzlichen Maßnahmen ausgleichen.

539. Der Europäische Gerichtshof hat die Verknüpfung der Marktmacht und der Auswirkungen des Missbrauchsverhaltens in seiner Rechtsprechung für das – hier im Vordergrund stehende – europäische Recht (Art. 102 AEUV) deutlich herausgearbeitet. Denn nach dem Gerichtshof ist

„mit der beherrschenden Stellung [...] die wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens gemeint, die dieses in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern,

⁶⁹ Federal Trade Commission v. Meta Platforms, Inc. 1:20-cv-03590 (D.D.C. 2020), refiled complaint, 8. September 2021, S. 79 Abschn. XI.B, X, E F und G.

⁷⁰ United States of America v. Google LLC, 1:20-cv-03010-APM (DC Cir.), Complaint, Document 1, Filed 10/20/20, Tz. 194 lit. b; The State of Texas v. Google, LLC, 4:20-cv-00957-SDJ (E.D. Texas), Complaint, Document 1, Filed 12/16/20, Tz. 357 lit. f; State of Colorado v. Google LLC, 1:20-cv-03715-APM (D.C. Cir.), Complaint, Document 3, Filed 12/17/20, Tz. 233 lit. c.

⁷¹ District of Columbia v. Amazon.com, Inc., 2021-CA-001775-B (D.C. Super. 2021), Complaint, Tz. 87 lit. d.

indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und letztlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten.“⁷²

Der Begriff der missbräuchlichen Ausnutzung erfasst dann

„Verhaltensweisen, die die Struktur des Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt ist, und die die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindern, welche von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger abweichen.“⁷³

540. Die Abhilfemaßnahmen für Verstöße gegen Art. 102 AEUV folgen nicht unmittelbar aus dieser Vorschrift selbst, sondern sind im nachrangigen Recht geregelt. Nach Art. 7 Abs. 1 S. 1 und 2 VO 1/2003 kann die Europäische Kommission nach Feststellung einer Zuwiderhandlung gegen Art. 102 AEUV die beteiligten Unternehmen durch Entscheidung verpflichten, die festgestellte Zuwiderhandlung abzustellen und ihnen hierzu *„alle erforderlichen Abhilfemaßnahmen“* vorschreiben. Abhilfemaßnahmen struktureller Art können nach Art. 7 Abs. 1 S. 3 VO 1/2003 aber *„nur in Ermangelung einer verhaltensorientierten Abhilfemaßnahme von gleicher Wirksamkeit festgelegt werden, oder wenn letztere im Vergleich zu Abhilfemaßnahmen struktureller Art mit einer größeren Belastung für die beteiligten Unternehmen verbunden wäre.“* Die Abhilfemaßnahmen struktureller Art umfassen auch (missbrauchsabhängige) Entflechtungen.

541. Der Europäische Gerichtshof hat zu Art. 7 VO 1/2003 ausgeführt, dass die Europäische Kommission den betreffenden Unternehmen *„jede“* Abhilfemaßnahme struktureller oder verhaltensorientierter Art vorschreiben kann, die im Verhältnis zu der festgestellten Zuwiderhandlung steht und für eine *„wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung“* erforderlich ist.⁷⁴ In anderem Zusammenhang hat er entschieden, dass die Maßnahme *„der Natur der festgestellten Zuwiderhandlung angepasst sein [muss und] deshalb sowohl die Anordnung zur Vornahme bestimmter Tätigkeiten oder Leistungen, die unrechtmäßig unterblieben sind, beinhalten kann als auch das Verbot, bestimmte Tätigkeiten, Praktiken oder Zustände, die dem Vertrag widersprechen, fortzuführen oder fort dauern zu lassen.“⁷⁵*

542. Der Europäische Gerichtshof hat für die Europäische Kommission ergänzende Pflichten statuiert, die dazu beitragen, eine wirksame Abstellung von Verstößen gegen Art. 102 AEUV zu gewährleisten. Speziell in Bezug auf Fälle, in denen ein missbräuchliches Verhalten Wirkungen auch nach Abstellung des konkreten Verhaltens hat, hat sich nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs *„die Kommission in jedem Fall ein Urteil über die Schwere der geltend gemachten Beeinträchtigungen des Wettbewerbs und deren fort dauernde Wirkungen zu bilden. Diese Verpflichtung ist insbesondere darauf gerichtet, die Dauer und das Gewicht der beanstandeten Zuwiderhandlungen sowie deren Auswirkung auf die Wettbewerbsverhältnisse in der [EU] zu berücksichtigen. Dauern wettbewerbswidrige Wirkungen nach der Einstellung der sie verursachenden Praktiken fort, so ist die Kommission [...] weiterhin dafür zuständig, zu ihrer Beseitigung oder Neutralisierung tätig zu werden.“⁷⁶* Daraus dürfte abzuleiten sein, dass die Europäische Kommission im Rahmen der Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes solange und in dem Umfang zu Abhilfemaßnahmen befugt ist, wie diese zur Abstellung der betreffenden Verstöße geeignet sind und die Minimalanforderungen an ein erforderliches Mittel erfüllen.

⁷² EuGH, Urteil vom 13. Februar 1979, 85/76 – Hoffmann-La Roche, Slg. 1979, 461, ECLI:EU:C:1979:36, Ls. 4 und Rz. 38; Urteil vom 14. Februar 1978, 27/76 – United Brands, Slg. 1978, 207, ECLI:EU:C:1978:22, Rz. 65 (st. Rspr.).

⁷³ EuGH, Urteil vom 13. Februar 1979, 85/76 – Hoffmann-La Roche, Slg. 1979, 461, ECLI:EU:C:1979:36, Rz. 91.

⁷⁴ EuGH, Urteil vom 29. Juni 2010, C-441/07 P – Alrosa, Slg. 2010, I-5949, ECLI:EU:C:2010:377, Rz. 39.

⁷⁵ EuGH, Urteil vom 6. März 1974, 6 und 7/73 – Istituto Chemioterapico Italiano and Commercial Solvents, Slg. 1974, 223, ECLI:EU:C:1974:18, Rz. 45.

⁷⁶ EuGH, Urteil vom 4. März 1999, C-119/97 P – Ufex, Slg. 1999, I-1341, ECLI:EU:C:1999:116, Rz. 93 f.

543. Die Europäische Kommission ist aus Verhältnismäßigkeitsgründen allerdings zugleich verpflichtet, bei der Festlegung von Abhilfemaßnahmen nicht über das erforderliche Maß hinauszugehen. Nach der Rechtsprechung des Gerichts sind die betroffenen Unternehmen deshalb bei mehreren gleich wirksamen Abhilfemaßnahmen an der Entscheidung über solche Maßnahmen zu beteiligen.⁷⁷ Die Europäische Kommission geht dementsprechend in der Praxis so vor, dass sie dem betroffenen Unternehmen bei noch laufenden Missbräuchen aufgibt, den festgestellten Missbrauch abzustellen und der Kommission zu diesem Zweck innerhalb einer bestimmten Frist näher bestimmte Abhilfemaßnahmen vorzuschlagen.⁷⁸ Die Abhilfemaßnahmen werden von der Europäischen Kommission unter Nutzung ihrer Nachprüfungsbefugnisse beurteilt und gebilligt und die Umsetzung überwacht.⁷⁹

544. Diese Praxis ist gerade bei Betreibern digitaler Ökosysteme nicht unproblematisch. Eine missbrauchsrechtliche Untersuchung zu den Verhaltensweisen, die Gegenstand der Klage der FTC gegen Facebook sind, hat auf Basis von Art. 102 AEUV in der EU zwar noch nicht stattgefunden. Allerdings kann hinsichtlich der insofern üblichen Vorgehensweise auf die bisherigen Entscheidungen gegen Google verwiesen werden. In den Fällen *Google Android* und *Shopping* wurde Google durch die Europäische Kommission aufgegeben, bestimmte Verhaltensweisen zu unterlassen, wobei Google im letztgenannten Fall auch positive Pflichten zur Gewährleistung einer zukünftigen Gleichbehandlung von Wettbewerbern aufgegeben wurden.⁸⁰ Im Fall *Google AdSense* war vorgetragen worden, dass Google einen etwaigen Verstoß schon selbst abgestellt hätte. Die Kommission sprach in diesem Fall gleichwohl zusätzliche Verbote für bestimmte Verhaltensweisen aus, die aus ihrer Sicht auch zukünftig wettbewerbswidrig wären.⁸¹ Die auf Verhaltensvorgaben beschränkten Abhilfemaßnahmen dürften sich damit erklären lassen, dass der dynamische Charakter der Digitalwirtschaft es besonders schwierig macht abzuschätzen, ob Abhilfemaßnahmen noch erforderlich oder schon überschießend sind und welche nachteiligen Folgen mit einem Überschießen gegebenenfalls verbunden sein können. Der Verzicht auf weitergehende Maßnahmen war auch verfahrensökonomisch deshalb nachvollziehbar, weil dadurch die Angriffsflächen für ein etwaiges Rechtsmittel vermindert wurden. Die Europäische Kommission konnte somit ihre Prozessrisiken vermindern und zugleich die Aussicht auf einen baldigen rechtssicheren Abschluss der genannten Fälle erhöhen.

545. In den genannten Fällen hätten weitergehende Maßnahmen im Sinne einer strukturellen Auskopplung einzelner Plattformdienste aus Googles Ökosystem zwar in Betracht gezogen werden können (z. B. eine Auskopplung des Google Playstores bzw. Android-Betriebssystems im *Android-Fall* oder eine Auskopplung des Preisvergleichsdienstes im *Shopping-Fall*). Eine Entflechtung kann allerdings mit ökonomischen Risiken bzw. Nachteilen einhergehen, da dadurch Skalen- und Verbundvorteile verloren gehen. Das kann dazu führen, dass das gesamte Ökosystem für die Verbraucherinnen und Verbraucher weniger attraktiv wird und auch langfristig wünschenswerte dynamische Effizienzen geschwächt werden, wenn die Betreiber weniger von den Effizienzen profitieren können. Dem gegenüber steht der Schutz des Wettbewerbs auf den einzelnen Wertschöpfungsstufen. Diese Abwägung zwischen Effizienzen und Wettbewerbsschutz ist im Ökosystemkontext deutlich komplexer als bei rein vertikal integrierten Unternehmen.

⁷⁷ EuG, Urteil vom 18. November 2020, T-814/17 – Lietuvos geležinkeliai, ECLI:EU:T:2020:545, Rz. 312; Urteil vom 18. September 1992, T-24/90 – Automec/Kommission, EU:T:1992:97, Rz. 52; zum Erfordernis der Verhältnismäßigkeit auch schon EuGH, Urteil vom 6. April 1995, C-241/91 P und C-242/91 P – RTE und ITP, Slg. 1995, I-743, ECLI:EU:C:1995:98, Rz. 93.

⁷⁸ Siehe insofern beispielhaft EU-Kommission, Beschluss vom 18. Juli 2018, AT.40099 – Google Android, Tz. 1390 ff., insb. Tz. 1404-1407. Die Europäische Kommission hat in diesem Zusammenhang auf die in Tz. 542 zitierte Passage in ihren Entscheidungen zu Google jeweils Bezug genommen; siehe EU-Kommission, Beschluss vom 18. Juli 2018, AT.40099 – Google Android, Fn. 1445; Beschluss vom 27. Juni 2017, AT.39740 – Google Search (Shopping), Tz. Fn. 811; Beschluss vom 20. März 2019, AT.40411 – Google Search (AdSense), Fn. 809.

⁷⁹ Vgl. beispielhaft EU-Kommission, Beschluss vom 18. Juli 2018, AT.40099 – Google Android, Tz. 1404 ff.; Beschluss vom 27. Juni 2017, AT.39740 – Google Search (Shopping), Tz. 697-699 ff., 701 ff.

⁸⁰ EU-Kommission, Beschluss vom 18. Juli 2018, AT.40099 – Google Android, Tz. 1394-1403; Beschluss vom 27. Juni 2017, AT.39740 – Google Search (Shopping), Tz. 699 f.

⁸¹ EU-Kommission, Beschluss vom 20. März 2019, AT.40411 – Google Search (AdSense), Tz. 658 ff.

546. In allen genannten Fällen blieb mit der Wahl allein verhaltensbezogener Abhilfemaßnahmen allerdings auch unberücksichtigt, dass nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ein Zusammenhang zwischen der marktbeherrschenden Stellung und den Auswirkungen des missbräuchlichen Verhaltens besteht, dem bei der Formulierung der Abhilfemaßnahmen Rechnung zu tragen ist. Damit blieb zugleich unberücksichtigt, dass Google die Abhilfemaßnahmen auf – infolge des festgestellten Missbrauchs und der dadurch erhöhten Marktzutrittschranken – nicht mehr wettbewerblich strukturierten Märkten umzusetzen hatte. Die Vorteile, die Google durch die effektive Beseitigung des Wettbewerbs bereits zugeflossen waren, wurden nicht neutralisiert.⁸² Dazu war neben den beschriebenen Abhilfemaßnahmen auch die jeweils verhängte Geldbuße ungeeignet, da die zwischenzeitliche Verfestigung des Ökosystems es Google gestattete, den jeweils zahlbaren Betrag ohne Gefährdung seiner Marktposition aufzubringen.

547. Das deutsche Verfahrensrecht ist mit Blick auf Abhilfemaßnahmen parallel zu Art. 7 VO 1/2003 ausgestaltet und wird auch entsprechend ausgelegt.⁸³ Hinzu tritt lediglich eine Befugnis für die Kartellbehörden, eine Vorteilsabschöpfung oder die Rückerstattung der aus dem kartellrechtswidrigen Verhalten erwirtschafteten Vorteile an die Geschädigten anzuordnen.⁸⁴ Das Bundeskartellamt geht in seiner Anwendungspraxis zu Marktmachtmissbräuchen im Kontext digitaler Ökosysteme grundsätzlich ebenso wie Europäische Kommission vor und achtet darauf, überschießende Maßnahmen zu vermeiden. Demgemäß hat es Facebook lediglich bestimmte Nutzungsbedingungen untersagt und Vorgaben für die Neufassung der Nutzungsbedingungen gemacht.⁸⁵ Dagegen hat es keine Maßnahmen getroffen, um die Vorteile, die Facebook durch die effektive Beseitigung des Wettbewerbs bereits zugeflossen waren, zu neutralisieren. In dem betreffenden Fall wurde insbesondere keine Abschöpfung oder Rückerstattung von Vorteilen angeordnet.

548. Die bisherigen Ausführungen lassen den Schluss zu, dass in dem hypothetischen Szenario, dass die von der FTC gerügten Verhaltensweisen als Missbrauch nach Art. 102 AEUV geprüft würden und dass die von der FTC geforderten Abhilfemaßnahmen erforderlichenfalls auch von der Europäischen Kommission auf Basis von Art. 7 VO 1/2003 oder dem Bundeskartellamt auf Basis des deutschen Rechts angeordnet werden könnten. Die Durchsetzung solcher strukturellen Abhilfemaßnahmen dürfte gegenüber einem U.S.-Unternehmen indes eine enge Koordination mit den U.S.-Behörden erfordern.

5.3 Wettbewerbspolitische Folgerungen mit Blick auf strukturelle Maßnahmen

549. Die vorangehenden Ausführungen haben gezeigt, dass Art. 102 AEUV bei den als Gatekeeper benannten Unternehmen einen Anwendungsbereich behält. In Fällen, in denen die Nichteinhaltung von Vorgaben des DMA zugleich einen Verstoß gegen Art. 102 AEUV darstellt und eine schwerwiegende Schädigung der Marktstruktur im EU-Binnenmarkt festzustellen ist oder droht, ist es auch möglich, erforderlichenfalls strukturelle Maßnahmen anzuordnen, um die Auswirkungen des Verstoßes auf die Wettbewerbsverhältnisse zu neutralisieren oder zu beseitigen.

550. Damit steht das europäische Recht teilweise in einer anderen Tradition als etwa das U.S.-Recht: Dort schließt speziell der Abschluss eines fusionskontrollrechtlichen Verfahrens nicht aus, dass die Behörden den Fall nach den allgemeinen Regeln erneut aufgreifen, wenn sich die Prognose der Wettbewerbsentwicklung nach einem Zusammenschluss als unzutreffend erweist.⁸⁶ Dagegen gehen in der europäischen Fusionskontrolle bloße Prognosefehler im Interesse der Rechtssicherheit zulasten der Behörde. Davon abgesehen gestatten aber beide Rechtssysteme,

⁸² Siehe kritisch zum Android-Fall: Monopolkommission, XXIII. Hauptgutachten, Wettbewerb 2020, Tz. 409 ff.

⁸³ § 32 Abs. 2 GWB. Dazu auch Art. 10 Abs. 1 RL (EU) 2019/1; Jaeger in: Frankfurter Kommentar Kartellrecht, Loseblatt, Frankfurt/M., § 32 GWB Rz. 2-3a.

⁸⁴ Siehe erneut §§ 32 Abs. 2a, 34 GWB.

⁸⁵ BKartA, Beschluss vom 6. Februar 2019, B6-22/16 – Facebook, Tenor Ziff. 1-3.

⁸⁶ § 7 Abs. 5 und § 7 a(i)(1) des Clayton Act (15 U.S.C. §§ 18, 18a(i)(1)).

wenn ein Unternehmen durch bessere Produkte oder zulässigerweise durch Zusammenschluss Marktmacht erlangt hat, grundsätzlich keine weiteren behördlichen Maßnahmen. Andernfalls bestünde das Risiko, dass wirtschaftlich erfolgreichen Unternehmen die Anreize genommen werden, in ihr weiteres Wachstum zu investieren. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht nur dort, wo Unternehmen mit Marktmacht sich missbräuchlich verhalten (Art. 102 AEUV, §§ 19 ff. GWB) bzw. Märkte monopolisieren (§ 2 Sherman Act). Der DMA ergänzt das europäische Regelungssystem nun um eine zusätzliche Verhaltensregulierung, die ihrerseits auf nationaler Ebene (unter anderem durch § 19a GWB) ergänzt wird.

551. Aus Sicht der Monopolkommission sollte zunächst abgewartet werden, ob sich das europäische Regelungssystem in der weiteren Entwicklung der digitalen Märkte bewährt. Anstelle einer politischen Initiative zur Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungsmöglichkeit auf EU-Ebene wäre es deshalb zunächst vorzugswürdig, dass die Bundesregierung gegenüber der Europäischen Kommission auf weiterreichende Abhilfemaßnahmen in Fällen einer schwerwiegenden Schädigung der Marktstruktur im EU-Binnenmarkt dringt. Im Falle der Anordnung struktureller Abhilfemaßnahmen gegenüber Unternehmen mit Sitz in außereuropäischen Rechtsordnungen dürfte eine enge Koordinierung mit den dortigen Behörden geboten sein.

5.4 Zusammenfassung der Empfehlungen

552. Der DMA belässt dem deutschen Gesetzgeber die Möglichkeit zu ergänzenden Regelungen, um eine effektive Durchsetzung des DMA zu unterstützen. Der deutsche Gesetzgeber könnte insbesondere Regelungen zur vereinfachten Durchsetzung privater Unterlassungs- und Schadenersatzklagen und dabei konkret zu folgenden Fragen treffen:

- Zunächst wäre eine gesetzliche Klarstellung wünschenswert, dass es sich bei den Vorschriften des DMA auch um Schutznormen im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB handelt. Ferner wäre die Einführung einer Regelung nach dem Vorbild der §§ 69 TKG und § 38 PostG zu erwägen.
- Der Gesetzgeber könnte außerdem eine Schadensvermutung und Regelungen für eine Schadensschätzung nach § 287 ZPO und eine Verzinsung vorsehen (vgl. § 33a GWB).
- Daneben erscheint es sinnvoll, dass der Gesetzgeber den Entscheidungen der Europäischen Kommission über Verstöße gegen den DMA gegenüber den Gerichten Bindungswirkung zuweist (vgl. § 33b GWB).
- Des Weiteren könnte ein gesetzlicher Anspruch auf Herausgabe von Beweismitteln und Erteilung von Auskünften zur Erleichterung von Schadenersatzklagen bei Verstößen gegen den DMA sinnvoll sein (vgl. § 33g GWB).
- Die Zuständigkeit für Zivilklagen sollte den Kartellkammern bzw. -senaten angesichts ihrer besonderen Vertrautheit mit der Schadensberechnung in vergleichbaren Wettbewerbsfällen zugewiesen werden.

553. Als ein Zivilklagen flankierendes Instrument könnte der deutsche Gesetzgeber angelehnt an § 208 TKG oder § 32 Abs. 2a GWB eine behördliche Anordnung vorsehen, wonach Gatekeeper die durch den Verstoß ermöglichten Gewinne zulasten anderer Marktteilnehmer diesen Marktteilnehmern zu erstatten haben. Die Erstattung könnte pauschaliert bemessen werden, beispielsweise als Prozentsatz des vom Gatekeeper bilanziell ausgewiesenen Unternehmensgewinns.

554. Der deutsche Gesetzgeber sollte ferner die Einführung einer bußgeld- oder strafrechtlichen Haftung des verantwortlichen Managements für Verstöße gegen die Verhaltens- und Transparenzvorgaben des DMA prüfen. Hinsichtlich der Ausgestaltung könnte er sich z. B. an § 228 Abs. 2 TKG und/oder §§ 81 ff. GWB (auch i. V. m. §§ 9, 130 OWiG) und gegebenenfalls auch an §§ 95 a und 95b EnWG, §§ 202a ff. StGB orientieren.

555. Wenn das Bundeskartellamt durch eine neu zu schaffende nationale Vorschrift ermächtigt werden sollte, zu möglichen Fällen der Nichteinhaltung der Vorgaben aus Art. 5, 6 oder 7 DMA Vorermittlungen durchzuführen, sollte mit Blick auf die damit einhergehende Belastung der betroffenen Unternehmen gesetzlich klargestellt werden, dass zu diesen Vorermittlungen keine Information der Öffentlichkeit erfolgt. Mit Blick auf Verfahren nach

§ 19a GWB sollte das Bundeskartellamt in seiner Öffentlichkeitsarbeit erläutern, weshalb die jeweilige behördliche Intervention nicht auf Basis des DMA, sondern ausschließlich auf Basis von § 19a GWB erfolgt. Entscheidungen nach § 32c GWB gegenüber Gatekeepern dazu, ob Anlass zum Tätigwerden nach § 19a GWB besteht, sollten stets veröffentlicht werden.

556. In inhaltlicher Hinsicht sollten § 19a GWB bei marktübergreifenden Wettbewerbsproblemen und einstweilige Maßnahmen nach § 32a i. V. m. § 32 Abs. 1 GWB bei unmittelbar drohenden Wettbewerbsgefährdungen auf Einzelmärkten eingesetzt werden, um Probleme außerhalb des Anwendungsbereichs des DMA im Einzelfall abzustellen. Zugleich sollte das Bundeskartellamt in den betreffenden Fällen allerdings 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.

557. Im Zusammenspiel der neuen Spezialregelungen für die digitalen Märkte mit Art. 102 AEUV sollte zunächst abgewartet werden, ob sich das europäische Regelungssystem bewährt. Anstelle einer politischen Initiative zur Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungsmöglichkeit auf EU-Ebene wäre es deshalb zunächst vorzugswürdig, dass die Bundesregierung gegenüber der Europäischen Kommission auf weiterreichende Abhilfemaßnahmen in Fällen einer schwerwiegenden Schädigung der Marktstruktur im EU-Binnenmarkt dringt. Im Fall der Anordnung struktureller Abhilfemaßnahmen gegenüber Unternehmen mit Sitz in außereuropäischen Rechtsordnungen dürfte eine enge Koordinierung mit den dortigen Behörden geboten sein.

Kapitel VI

„Markenmissbrauch“ bei der Internetsuche

Kurz gefasst	254
Summary	255
1 Einführung	256
2 Zur Problemstellung	256
3 Kein weitergehender Regelungsbedarf	257
4 Marktbeobachtung der Monopolkommission	258

Kurz gefasst

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 derwerbende 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.

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.

Summary

The Monopolies Commission is taking a stand on its own initiative on the problem of “trademark search abuse” after the Bundestag requested the German government to commission it to issue a statement on this subject. In the case of search-based advertising, **a distinction must be made between possible abuses by the platform operator and conflicts (related to trademarks or unfair competition) between the platform users** placing search-based advertisements. A “trademark search abuse” can become relevant, e.g., if several hotel or flight booking portals compete for the attention of end users. In this case, a portal operator as advertiser can name keywords that are so similar to the trademark of another portal operator that the advertiser must expect that the search algorithm relevant in this case will establish a connection to the trademark. The advertiser can use this to make the search algorithm weight its own portal as relevant even in cases where the search query actually refers to the competitor portal.

Section 19a GWB, which entered into force after the issue came up, **relates to abuses by a platform operator** and is therefore only likely to apply to the practices in question if the platform operator itself benefits in some way in the competitive context. **In the relationship between platform users**, however, **Article 101 TFEU protects**, within the scope of what is permissible under trademark law, **the freedom to bid on a brand name** in search engine advertising. According to the current state of affairs, the German legislator was to right refrain from further rules.

1 Einführung

558. Im Entschließungsantrag zum GWB-Digitalisierungsgesetz hat der Bundestag die Bundesregierung aufgefordert, die Monopolkommission mit einer Untersuchung zu beauftragen, ob und wie verhindert werden kann, dass Wettbewerber eines Unternehmens bei der Suche nach dem Unternehmensnamen via Suchmaschinen profitieren.¹ Die Monopolkommission hat bereits vor einer Auftragserteilung zugesagt, die Frage im vorliegenden Hauptgutachten nach Ermessen zu beurteilen (§ 44 Abs. 1 S. 4 GWB). Aus Sicht der Monopolkommission hat der deutsche Gesetzgeber im GWB-Digitalisierungsgesetz zu Recht darauf verzichtet, weitere Regeln zu dem oben genannten Problem zu entwickeln. Die bereits bestehenden Regelungen sind ausreichend. Die Marktteilnehmer können diese Regelungen bei Bedarf zivilgerichtlich durchsetzen. Ein weitergehender Regelungsbedarf ist nicht erkennbar.

2 Zur Problemstellung

559. Hintergrund des Entschließungsantrags ist eine Initiative eines Webportals, die sich auf „*trademark bidding*“ bzw. einen von dem Portal so bezeichneten „*trademark search abuse*“ bezieht. Die Initiative betrifft die suchgebundene Werbung (nicht: Suche) über Dienste wie Google Ads (früher: AdWords), worüber Google für gewerbliche Nutzer (hier: Werbetreibende) Online-Werbung schaltet. Zumindest in erster Linie geht es nach den bisher verfügbaren Informationen jedoch nicht um einen (möglichen) Missbrauch des Plattformbetreibers (Google). Es geht vielmehr um (marken- bzw. lauterkeitsrechtliche) Wettbewerbskonflikte zwischen den Plattformnutzern, wenn diese Werbung (unter Nutzung von Googlediensten) schalten.

560. Die Märkte für Onlinewerbung werden durch die Anbieter Google und Facebook dominiert. Mit den Einkünften aus der Onlinewerbung finanzieren diese Unternehmen Dienste, die den Endnutzerinnen und Endnutzern unentgeltlich zur Verfügung stehen. Der hier relevante Dienst von Google zeigt als Antwort auf eine Nutzeranfrage Suchanzeigen auf den allgemeinen Suchergebnisseiten von Google an, wobei diese Anzeigen von Google über eine auktionsbasierte Online-Suchwerbeplattform bereitgestellt werden. Dazu wählt der Dienst Suchanzeigen aus einem Pool aus, nachdem er von gewerblichen Nutzern definierte Schlüsselwörter mit der Suchanfrage abgeglichen und die relevanten Anzeigen in dem Pool nach ihrer Relevanz gewichtet hat. Wenn ein Nutzer auf eine solche Anzeige klickt, erhält Google eine Vergütung für diesen Klick von dem Werbetreibenden, dem die Website gehört, auf die der Nutzer weitergeleitet wird (bekannt als das sog. "Pay-per-Click"-System).²

561. Die Gewichtung in dem beschriebenen System erfolgt nach Maßgabe nicht nur der Qualität der Suchanzeige (d. h. unter anderem der Wahrscheinlichkeit, dass Nutzer sie anklicken), sondern auch nach der Zahlungsbereitschaft des Werbetreibenden. Zur Ermittlung dieser Zahlungsbereitschaft wird ein Auktionsverfahren durchgeführt. An diesem können bei einer Auktion über einen als Marke geschützten Begriff andere Bieter neben dem Markeninhaber teilnehmen und gegebenenfalls auch den ersten Anzeigeplatz ersteigern. Dies können sie unter anderem dazu nutzen, andere Angebote auf dem ersten Anzeigeplatz zu blockieren. Die anderen Bieter können weitergehend sogar auf ihr eigenes Angebot verweisen. Wenn sie dabei ähnliche Marken verwenden, dann kann die dadurch bewirkte Irreführung eine Marke verletzen.³ Die Marke ist ein rechtliches Monopol auf ein Geschäftskennzeichen und wird gerade zu dem Zweck gewährt, derartige Irreführungen auszuschließen.

562. Die Problematik kann im Kontext von Webportalen beispielsweise dann relevant werden, wenn mehrere Hotel- oder Flugbuchungsportale um die Aufmerksamkeit der Endnutzerinnen und Endnutzer konkurrieren. In diesem Fall könnte 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

¹ BT-Drs. 19/25868, S. 11 Ziff. 11; siehe auch Kleine Anfrage der Fraktion der CDU/CSU, BT-Drs. 20/847, 28. Februar 2022, S. 5 Ziff. 9(c).

² Siehe EU-Kommission, Beschluss vom 20. März 2019, AT. 40411 - Google Search (AdSense), Tz. 16, 18 f.

³ Vgl. OLG Schleswig-Holstein, Urteil vom 22. März 2017, 6 U 29/15 – Wheel Clean Tec, ECLI:DE:OLGSH:2017:0322.6U29.15.0A; zu der Thematik auch schon EuGH, Urteil vom 23. März 2010, C-236/08 bis C-238/08 - Google France und Google, Slg. 2010, I-2417, ECLI:EU:C:2010:159.

Google-Algorithmus eine Verbindung zu der Marke herstellt. Das könnte 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. Dies könnte dazu genutzt werden, dass die Suche nach einem Portal zur – gegebenenfalls prominent platzierten – Anzeige von Werbung für ein konkurrierendes Portal führt.⁴

3 Kein weitergehender Regelungsbedarf

563. Zwischenzeitlich ist § 19a GWB in Kraft getreten. Wenn ein Suchplattformbetreiber als Unternehmen von überragender marktübergreifender Bedeutung nach § 19a Abs. 1 GWB festgestellt worden ist, kann das Bundeskartellamt diesem Unternehmen nach § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB untersagen, „Maßnahmen zu ergreifen, die andere Unternehmen in ihrer Geschäftstätigkeit auf Beschaffungs- oder Absatzmärkten behindern, wenn die Tätigkeit des Unternehmens für den Zugang zu diesen Märkten Bedeutung hat, insbesondere [...] b) andere Unternehmen daran zu hindern oder es ihnen zu erschweren, ihre eigenen Angebote zu bewerben oder Abnehmer auch über andere als die von dem Unternehmen bereitgestellten oder vermittelten Zugänge zu erreichen“. In der Begründung zu der Vorschrift wurde ausdrücklich klargestellt, dass der Tatbestand auch Praktiken erfassen soll, die die Auffindbarkeit von Unternehmen unangemessen erschweren.⁵

564. Allerdings dürfte § 19a GWB dennoch nur dann auf die fraglichen Praktiken anwendbar sein, wenn der Plattformbetreiber selbst im wettbewerblichen Zusammenhang in irgendeiner Weise profitiert. Denn nur in diesem Fall handelt es sich um einen Missbrauch des Plattformbetreibers selbst. Die Vorschrift des § 19a GWB zielt auch nach ihrer amtlichen Überschrift und der Ausgestaltung ihrer einzelnen Fallgruppen insgesamt nur auf Behinderungen von Wettbewerbern des Plattformbetreibers und nicht auf Behinderungen im Verhältnis der Plattformnutzer untereinander ab. Hierfür spricht auch der in der Gesetzesbegründung zu findende Verweis auf Nachteile für konkurrierende Suchmaschinen, der sich beispielhaft auf „spezifische kommerzielle Hürden einer Suchmaschine bei der Suche nach einzelnen, markenrechtlich geschützten Begriffen“ bezieht.⁶

565. Der zuvor angesprochene Betreiber des Webportals hatte weitergehend erreichen wollen, dass die Beteiligung der Suchplattform an dem „Störerverhalten“ anderer Plattformnutzer in § 19a GWB als eigenständiger Missbrauch aufgenommen wird. Diese Änderung wurde im Gesetzgebungsverfahren nicht aufgegriffen. Das geschah schon deshalb zu Recht, weil der Suchplattformbetreiber auch markenrechtlich zwar gegebenenfalls Beteiligter, aber nicht der eigentliche „Störer“ ist. Ein vollständiges Verbot des „*trademark bidding*“ über den wettbewerbsrechtlichen Umweg des § 19a GWB könnte zudem überschießen, weil dadurch andere Anbieter bei markenrechtlich unbedenklichen Werbemaßnahmen behindert werden könnten.

566. Davon abgesehen ist die Freiheit, bei der Suchmaschinenwerbung auf Markennamen eines Herstellers (bzw. Anbieters) zu bieten, im Rahmen des markenrechtlich Zulässigen nach Art. 101 AEUV geschützt. Vereinbarungen, durch die Hersteller ihren Abnehmern untersagen, auf Markennamen des Herstellers zu bieten, werden als nicht freistellungsfähige Kernbeschränkungen angesehen.⁷ Das Verbot des Art. 101 AEUV ist durch einfachgesetzliche Maßnahmen (hier: nach § 19a GWB) nicht zu umgehen (Art. 4 Abs. 3 EUV i. V. m. Art. 101 AEUV).

⁴ Vgl. erneut die Nachweise in Fn. 5.

⁵ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie (9. Ausschuss), BT-Drs. 19/25868 vom 13. Januar 2021, S. 115.

⁶ Ebenda.

⁷ Siehe EU-Kommission, Beschluss vom 17. Dezember 2018, AT.40428 – Guess, mit Verweis auf Art. 4 lit. c VO 330/2010.

4 Marktbeobachtung der Monopolkommission

567. Die Monopolkommission hatte sich bisher nur im Sondergutachten 68 mit Onlinewerbung befasst.⁸ Dabei ging es – abgesehen von einer eher knappen Beschreibung der Aktivitäten von Google und Facebook in diesem Bereich – vor allem um Dienste, die gebündelt die Werbeplätze von Websitebetreibern/Vermarktern (SSP) oder den Einkauf von Werbeplätzen verschiedener Anbieter (DSP) über eine Schnittstelle anbieten, außerdem um Dienste zur Sammlung/Auswertung von und dem Handel mit Drittdaten (z. B. für Nutzerprofile; DMP). Mit den Werbeaktivitäten der als Gatekeeper im Sinne des DMA oder als Unternehmen von überragender marktübergreifender Bedeutung nach § 19a Abs. 1 GWB in Betracht kommenden Unternehmen hat sich die Monopolkommission hingegen noch nicht eingehend befasst. Die Monopolkommission wird die weitere Praxis zu diesen Vorschriften aber beobachten und dazu gegebenenfalls auch in Verfahren nach § 73 Abs. 5 GWB Stellung nehmen. Für eine darüber hinausgehende Stellungnahme besteht aus ihrer Sicht nach jetzigem Stand kein Anlass.

⁸ Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Baden-Baden, 2015, Tz. 114 ff., 182, 208 (zu Google) und Tz. 291 (zu Facebook).

A. Anhang zur aggregierten Unternehmenskonzentration in Deutschland

1 Methodische Erläuterungen

1.1 Die Ermittlung der inländischen Wertschöpfung der Unternehmen

Berechnung der Wertschöpfung von Industrie-, Handels- und Dienstleistungsunternehmen

568. Bei Industrie-, Handels- und Dienstleistungsunternehmen wird die inländische Wertschöpfung ermittelt, indem das Ergebnis vor Zinsen, Beteiligungen und Steuern (EBIT) um Aufwendungen korrigiert wird, die Bestandteil der Wertschöpfung sind. Dazu gehört beispielsweise der Personalaufwand.¹ Als Ergebnis dieser Berechnung ergibt sich die Nettowertschöpfung zu Faktorkosten:

Ergebnis vor Zinsen und Steuern (EBIT)

+ Personalaufwand

+ Vergütungen für die Mitglieder des Aufsichtsrats und vergleichbarer Gremien

./. Sonstige Steuern

+ unkonsolidiertes Zinsergebnis von in den Konsolidierungskreis einbezogenen Kreditinstituten

= Nettowertschöpfung zu Faktorkosten.

Berechnung der Wertschöpfung von Kreditinstituten

569. Die Wertschöpfung von Kreditinstituten wird seit dem XVIII. Hauptgutachten ermittelt, indem von der Summe des Zins- und Provisionsergebnisses die um den Personalaufwand korrigierten Vorleistungen abgezogen werden.² Analog zum Vorgehen bei Nichtkreditinstituten wird außerdem um das unkonsolidierte Zinsergebnis der in den Konsolidierungskreis einbezogenen Nichtkreditinstitute korrigiert:

Zinsüberschuss

+ Provisionsüberschuss

./. Verwaltungsaufwendungen (abzüglich Personalaufwand)

./. unkonsolidiertes Zinsergebnis der konsolidierten Nichtkreditinstitute

= Nettowertschöpfung zu Faktorkosten.

Berechnung der Wertschöpfung bei Versicherungsunternehmen

570. Bei Versicherungsunternehmen erfolgt die Ermittlung der inländischen Wertschöpfung im Wesentlichen wie bei Industrie-, Dienstleistungs- und Handelsunternehmen. Eine Besonderheit stellt allerdings die Position „Verzinsung gegenüber den Versicherten“ dar. Um erwartete Schadensfälle abzudecken, bilden Versicherungen Rückstellungen. Dabei handelt es sich teilweise um Kapital der Versicherten. Die aus diesem Kapital generierten Zinsen sind Teil der Wertschöpfung, die jedoch in der Gewinn- und Verlustrechnung nicht ausgewiesen werden. Dieser Teil der

¹ Detaillierte Ausführungen insbesondere zur Erfassung des Zinsergebnisses von in den Konsolidierungskreis einbezogenen Kreditinstituten findet sich in vgl. Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten: Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen, Baden-Baden, 2010., Anlage A, Tz. 5.

² Im Rahmen der Volkswirtschaftlichen Gesamtrechnung wird das Konzept der „Finanzserviceleistung, indirekte Messung“ (FISIM), zur Ermittlung der Wertschöpfung von Kreditinstituten verwendet. Dieses Konzept kann jedoch nicht ohne Weiteres auf eine einzelwirtschaftliche Betrachtung übertragen werden. Die von der Monopolkommission verwendete Methodik zur Berechnung der Wertschöpfung von Kreditinstituten weicht daher von der im Rahmen der Volkswirtschaftlichen Gesamtrechnung verwendeten Methodik ab (vgl. hierzu ausführlich Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten: Wettbewerb 2018, Baden-Baden, 2018., Anlage B, Tz. 5).

Wertschöpfung muss daher geschätzt werden. Somit ergibt sich die inländische Wertschöpfung von Versicherungsunternehmen wie folgt:

Jahresüberschuss/Jahresfehlbetrag

./. außerordentliches Ergebnis

+ Personalaufwand

+ Vergütung für Mitglieder der Beiräte, der Aufsichtsräte und vergleichbarer Gremien

+ Steuern vom Einkommen und vom Ertrag

./. Erträge aus Verlustübernahme

./. Erträge aus Kapitalanlagen ohne Erträge aus Grundstücken, grundstücksgleichen Rechten und Bauten einschließlich der Bauten auf fremden Grundstücken

+ Aufwendungen aus Kapitalanlagen ohne hierin enthaltenen Personalaufwand

+ aufgrund einer Gewinngemeinschaft, eines Gewinnabführungs- und Teilgewinnabführungsvertrags abgeführte Gewinne

+ unkonsolidiertes Zinsergebnis von in den Konsolidierungskreis einbezogenen Kreditinstituten

+ Verzinsung gegenüber den Versicherten

= Nettowertschöpfung zu Faktorkosten.

571. Die Schätzung der Position „Verzinsung gegenüber den Versicherten“ erfolgt dabei folgendermaßen:

(versicherungstechnische Rückstellungen⁺

+ Verbindlichkeiten aus dem selbst abgeschlossenen Versicherungsgeschäft⁺

./. Ansprüche für geleistete Abschlusskosten⁺)

/ (Bilanzsumme⁺

./. ausstehende Einlagen auf das gezeichnete Kapital⁺

./. eigene Anteile⁺

./. Ansprüche für geleistete Abschlusskosten⁺

./. Bilanzverlust⁺)

* (Erträge aus Kapitalanlagen ohne Erträge aus Grundstücken, grundstücksgleichen Rechten und Bauten einschließlich der Bauten auf fremden Grundstücken

./. Aufwendungen aus Kapitalanlagen ohne hierin enthaltenen Personalaufwand)

Bei den mit (+) markierten Werten handelt es sich um einen Zweijahresdurchschnitt.

1.2 Verfahren zur Schätzung der inländischen Wertschöpfung

572. Verfahren zur Schätzung der inländischen Wertschöpfung werden angewendet, wenn die zur Berechnung der inländischen Wertschöpfung erforderlichen Daten nicht oder nur teilweise vorliegen. Kann die weltweite Wertschöpfung des Konzerns anhand des veröffentlichten Konzernabschlusses ermittelt werden, ist es in diesen Fällen möglich, die inländische Wertschöpfung anhand von Größenrelationen zu schätzen. In Abhängigkeit der verfügbaren Daten wird zu diesem Zweck der Personalaufwand, die Anzahl der Beschäftigten und/oder das Geschäftsvolumen³ als Größenrelation verwendet. Auf dieser Grundlage kann die inländische Wertschöpfung von der weltweiten Wertschöpfung des Konzerns abgeleitet werden:

$$Wertschöpfung_{Inland}^{geschätzt} = \frac{\text{Referenzgröße}_{Inland}}{\text{Referenzgröße}_{Welt}} Wertschöpfung_{Welt}$$

³ Unter Geschäftsvolumen wird bei Industrie-, Dienstleistungs-, und Handelsunternehmen der Umsatz, bei Kreditinstituten die Bilanzsumme und bei Versicherungsunternehmen die Brutto-Beitragseinnahmen verstanden.

573. Diesen Schätzverfahren liegt die Annahme zugrunde, dass das Verhältnis der verwendeten inländischen Referenzgröße zur weltweiten Referenzgröße dem Verhältnis der inländischen zur weltweiten Wertschöpfung entspricht. Diese Annahme wurde in der Vergangenheit überprüft, indem Fälle ausgewertet wurden, in denen sowohl die weltweite als auch die inländische Wertschöpfung vorlagen. Die entsprechenden Analysen lieferten das Ergebnis, dass die Verwendung des Personalaufwands als Referenzgröße der tatsächlichen Wertschöpfung des inländischen Konzerns am nächsten kommt. Der Personalaufwand des inländischen Konzerns liegt jedoch häufig ebenfalls nicht vor. Daher basiert die Schätzung in der überwiegenden Zahl der Fälle auf dem Mittelwert der Quotienten inländisches/gesamtes Geschäftsvolumen und im Inland Beschäftigte/Gesamtzahl der Beschäftigten. Diese Methodik liefert ebenfalls akzeptable Ergebnisse. Im Berichtsjahr 2020 musste die inländische Wertschöpfung insgesamt in 18 Fällen (2018: 22) mithilfe eines Schätzverfahrens auf Grundlage derartiger Größenrelationen geschätzt werden.⁴

574. Dabei wurde als Größenrelation in drei Fällen (C. H. Boehringer Sohn AG & Co. KG, Rethmann SE & Co. KG, Carl Zeiss AG) der Personalaufwand verwendet, in 13 Fällen (REWE-Gruppe, Roche-Gruppe Deutschland, Airbus-Gruppe Deutschland, HGV Hamburger Gesellschaft für Vermögens- und Beteiligungsmanagement mbH, STRABAG-Gruppe Deutschland, Shell-Gruppe Deutschland, Liebherr-International-Gruppe Deutschland, DEKRA SE, HDI Haftpflichtverband der Deutschen Industrie V.a.G., maxingvest AG, Dirk Rossmann GmbH, United Internet AG, VINCI-Gruppe Deutschland) der Durchschnitt der Geschäftsvolumen- und Beschäftigtenrelation und in zwei Fällen (ING-Gruppe Deutschland, Rolls-Royce-Gruppe Deutschland) ausschließlich die Beschäftigtenrelation. Bei Verwendung der Beschäftigtenrelation zur Schätzung der inländischen Wertschöpfung bietet die Verwendung der Wertschöpfung als Größenkriterium zur Ermittlung der „100 Größten gegenüber der Anzahl der Beschäftigten“ als Größenkriterium jedoch keinen Vorteil mehr. Die Verwendung dieses Schätzverfahrens wird daher nur in Fällen angewendet, in denen ansonsten ein Fehlen von Großunternehmen im Kreis der „100 Größten“ in Kauf zu nehmen wäre, die bei Kenntnis der inländischen Wertschöpfung mit hoher Wahrscheinlichkeit unter den „100 Größten“ wären.

575. Andere Schätzmethoden kommen zum Einsatz, wenn die für die Schätzung über die Größenrelationen notwendigen Inlandskennzahlen nicht ermittelt werden konnten. Hängt der überwiegende Teil der inländischen Wertschöpfung von einigen wenigen Gesellschaften im Inland ab, wurde in diesen Fällen eine Summierung der Wertschöpfung der entsprechenden Gesellschaften durchgeführt (Procter & Gamble-Gruppe Deutschland). Auch die Wertschöpfung der Amazon-Gruppe Deutschland wurde auf diese Weise geschätzt, obwohl die Anzahl der zusammengefassten Gesellschaften im Inland mit 28 Gesellschaften vergleichsweise groß ist.⁵ Wenn der überwiegende Teil des Inlandsgeschäfts eines Konzerns von einem einzigen Unternehmen erwirtschaftet wird, wird die inländische Wertschöpfung mithilfe der Auswertung eines einzelnen Abschlusses angenähert (INA-Holding Schaeffler GmbH & Co. KG, Philip Morris International-Gruppe Deutschland, Infineon Technologies AG).⁶

576. Im Lebensmitteleinzelhandel sind öffentliche Daten aufgrund der besonderen Organisationsstruktur regelmäßig nicht verfügbar. In diesen Fällen wird die inländische Wertschöpfung auf Grundlage des mit der Wertschöpfung/Umsatz-Relation von zur Gruppe gehörenden Tochterunternehmen gewichteten Inlandsumsatzes der Gruppe geschätzt (EDEKA-Gruppe, Schwarz-Gruppe und Aldi-Gruppe). Die Inlandsumsatzerlöse beruhen dabei wiederum auf Schätzungen bzw. Hochrechnungen des Datenanbieters TradeDimensions.⁷

577. Die inländische Wertschöpfung der Generali-Gruppe Deutschland muss als untere Grenze für die inländische Wertschöpfung betrachtet werden. Hier konnte die Verzinsung gegenüber den Versicherten aufgrund fehlender Daten nicht ermittelt werden. Insofern handelt es sich bei der ausgewiesenen inländischen Wertschöpfung ebenfalls um eine Schätzung.

⁴ Diese Fälle sind in Tabelle I.1 mit * gekennzeichnet.

⁵ Diese Fälle sind in Tabelle I.1 mit S gekennzeichnet.

⁶ Diese Fälle sind in Tabelle I.1 mit E gekennzeichnet.

⁷ Diese Fälle gehören zu den in Tabelle I.1 mit * gekennzeichneten Fällen.

2 Ergänzende Tabellen

Tabelle A.1: Reale Wertschöpfung der 100 Größten im Zeitraum 1978 bis 2020

Jahr	Reale ¹ Wertschöpfung „100 Größte“ in Mio. EUR	Veränderung zur Vorperiode in %	Reale ¹ Wertschöpfung der Gesamtwirtschaft in Mio. EUR	Veränderung zur Vorperiode in %	Anteil in %
1978	197.716		1.020.635		19,37
1980	207.452	4,9	1.052.307	3,1	19,71
1982	201.516	-2,9	1.038.158	-1,3	19,41
1984	208.458	3,4	1.102.175	6,2	18,91
1986	221.713	6,4	1.157.586	5,0	19,15
1988	231.016	4,2	1.224.068	5,7	18,87
1990	245.912	6,4	1.344.671	9,9	18,29
1992	221.921	-9,8	1.260.589	-6,2	17,60
1994	254.708	14,8	1.298.529	3,0	19,62
1996	257.929	1,3	1.488.655	14,6	17,33
1998	290.655	12,7	1.555.447	4,5	18,69
2000	326.930	12,5	1.629.105	4,7	20,07
2002	280.393	-14,2	1.668.571	2,4	16,80
2004	283.356	1,1	1.727.748	3,5	16,40
2006	318.830	12,5	1.815.480	5,1	17,56
2008	294.483	-7,6	1.891.582	4,2	15,57
2010	297.177	0,9	1.838.154	-2,8	16,17
2012	307.194	3,4	1.927.419	4,9	15,94
2014	310.737	1,2	1.987.206	3,1	15,64
2016	306.246	-1,4	2.057.327	3,5	14,89
2018	314.735	2,8	2.138.270	3,9	14,72 ²
2020	280.795	-10,8	2.005.713	-6,2	14,00

¹ Die Größen in jeweiligen Preisen wurden mithilfe des impliziten Preisindex der gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfung deflationiert (Vorjahrespreisbasis, Referenzjahr: 2015; Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage von Daten des Statistischen Bundesamtes, Fachserie 18 Reihe 1.5, S. 53, Rechenstand November 2021). Aufgrund der VGR-Revision 2019 unterscheiden sich die Größen im Vergleich zum XXIII. Hauptgutachten. Bei der Interpretation der Werte in konstanten Preisen ist außerdem zu beachten, dass sich der zur Deflationierung der nominalen Größen genutzte implizite Preisindex für die Jahre vor 1991 auf das frühere Bundesgebiet bezieht und ein Vergleich mit den Jahren nach 1991 nur eingeschränkt möglich ist.

² Aufgrund der Aktualisierung der nominalen Wertschöpfung der Gesamtwirtschaft kommt es auch beim Anteil der „100 Größten“ an dieser Größe zu leichten Veränderungen gegenüber dem XXIII. Hauptgutachten.

Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage von Daten des Statistisches Bundesamtes sowie eigener Erhebungen

Tabelle A.2: Anteile der Anteilseigner der „100 Größten“ nach Art des Anteilseigners im Jahr 2020

Rang	Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	100G	Ausland	Öffentlich	Einzel- personen	Streu- besitz	Sonstige
1	Volkswagen AG		18,39	20,00	53,30	8,31	
2	Daimler AG		45,97			54,03	
3	Siemens AG	5,84	13,39		6,00	74,77	
4	Deutsche Telekom AG	18,91	9,09	14,50		57,50	
5	Robert Bosch GmbH				100,00		
6	Deutsche Bahn AG			100,00			
7	Bayerische Motoren Werke AG		15,03		46,30	37,50	1,17
8	Deutsche Post AG	23,10	11,28			64,48	1,14
9	INA-Holding Schaeffler GmbH & Co. KG				100,00		
10	REWE-Gruppe (REWE-Zentral-Aktiengesellschaft)						100,00
11	Fresenius SE & Co. KGaA	7,56	16,52		26,44	48,42	1,06
12	SAP SE	1,63	17,26		12,45	68,66	
13	E.ON SE	17,46	37,98			44,56	
14	Vonovia SE	3,20	52,46			44,34	
15	Bayer AG	2,05	41,19			56,76	
16	Roche-Gruppe Deutschland (Roche Deutschland Holding GmbH)		100,00				
17	EDEKA-Gruppe (EDEKA Zentrale AG & Co. KG)						100,00
18	Schwarz-Gruppe (Lidl bzw. Schwarz Stiftung & Co. KG)				100,00		
19	Airbus-Gruppe Deutschland ¹ (Airbus Defence and Space GmbH)	10,93	32,00			57,07	
20	Deutsche Bank AG		34,18			64,01	1,81
21	ZF Friedrichshafen AG			100,00			
22	Allianz SE	3,54	16,27			79,10	1,09
23	Commerzbank AG		29,07	15,60		55,33	
24	C. H. Boehringer Sohn AG & Co. KG				100,00		
25	BASF SE	3,47	18,69			76,00	1,84
26	Aldi-Gruppe (Aldi Einkauf GmbH & Co. oHG)				100,00		
27	Bertelsmann SE & Co. KGaA				100,00		
28	Asklepios Kliniken GmbH & Co. KGaA				100,00		
29	RWE AG	2,40	22,35	7,79		67,46	
30	AXA-Gruppe Deutschland (AXA Konzern AG)		100,00				
31	EnBW Energie Baden-Württemberg AG			93,48		2,00	4,52
32	KfW Bankengruppe			100,00			
33	Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG	5,28	14,07			80,65	
34	Ford-Gruppe Deutschland (Ford-Werke GmbH)		100,00				
35	thyssenkrupp AG	1,35	40,44		20,93	37,28	
36	Rethmann SE & Co. KG				100,00		

Rang	Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	100G	Ausland	Öffentlich	Einzel- personen	Streu- besitz	Sonstige
37	HGV Hamburger Gesellschaft für Vermögens- und Beteiligungsmanagement mbH			100,00			
38	Evonik Industries AG	1,71	23,53	58,90		15,86	
39	STRABAG-Gruppe Deutschland (STRABAG AG)		100,00				
40	Vodafone-Gruppe Deutschland (Vodafone GmbH)		100,00				
41	Shell-Gruppe Deutschland (Deutsche Shell Holding GmbH)		100,00				
42	Adolf Würth GmbH & Co. KG				100,00		
43	Sana Kliniken AG	24,90				16,20	58,90
44	IBM-Gruppe Deutschland (IBM Deutschland GmbH)		100,00				
45	Merck KGaA	1,10	4,34		70,02	24,54	
46	Carl Zeiss AG				100,00		
47	DZ Bank AG						100,00
48	UniCredit-Gruppe Deutschland (UniCredit Bank AG)		100,00				
49	Sanofi-Gruppe Deutschland (Sanofi-Aventis Deutschland GmbH)		100,00				
50	Otto Group				100,00		
51	Liebherr-International-Gruppe Deutschland (Liebherr-International Deutschland GmbH)		100,00				
52	Hapag-Lloyd AG	13,90	22,50			3,60	60,00
53	PricewaterhouseCoopers Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft				100,00		
54	ING-Gruppe Deutschland (ING Holding Deutschland GmbH)		100,00				
55	DEERE-Gruppe Deutschland (John Deere GmbH & Co. KG)		100,00				
56	Henkel AG & Co. KGaA		4,78		63,84	31,38	
57	KPMG AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft				100,00		
58	Deutsche Börse AG	5,25	50,31			44,44	
59	Amazon-Gruppe Deutschland (Amazon Deutschland Services GmbH)		100,00				
60	Bayerische Landesbank			100,00			
61	Deloitte GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft				100,00		
62	EWE AG		26,00	74,00			
63	Ernst & Young GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft				100,00		
64	Landesbank Baden-Württemberg			100,00			
65	Philip Morris International-Gruppe Deutschland (Philip Morris GmbH)		100,00				
66	Stadtwerke München GmbH			100,00			
67	Generali-Gruppe Deutschland (Generali Beteiligungs-GmbH)		100,00				
68	B. Braun SE				100,00		
69	Salzgitter AG		17,14	26,50		56,36	
70	DEKRA SE						100,00

Rang	Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	100G	Ausland	Öffentlich	Einzel- personen	Streu- besitz	Sonstige
71	HDI Haftpflichtverband der Deutschen Industrie V.a.G. ²						
72	HUK-COBURG ²						
73	dm-drogerie markt Verwaltungs-GmbH				100,00		
74	maxingvest AG				100,00		
75	Rolls-Royce-Gruppe Deutschland (Rolls-Royce Power Systems AG)		100,00				
76	Dirk Rossmann GmbH		40,00		60,00		
77	HELLA GmbH & Co. KGaA	2,69	9,96		60,00	24,69	2,66
78	TenneT TSO GmbH		100,00				
79	MAHLE GmbH				100,00		
80	Stadtwerke Köln GmbH			100,00			
81	Procter & Gamble-Gruppe Deutschland (Procter & Gamble Germany GmbH & Co Operations oHG)		100,00				
82	Wacker Chemie AG	2,42			62,16	35,42	
83	Novartis-Gruppe Deutschland (Novartis Pharma GmbH)		100,00				
84	United Internet AG	6,36	6,80		42,27	39,28	5,29
85	Linde-Gruppe Deutschland (Linde Holding GmbH)		100,00				
86	Infineon Technologies AG	7,80	43,50			48,70	
87	Axel Springer SE		47,60			52,40	
88	Ceconomy AG		18,85		14,33	32,88	33,94
89	Zalando SE	2,93	56,86			40,21	
90	LANXESS AG	11,45	35,79			51,60	1,16
91	Versicherungskammer Bayern VöR			100,00			
92	Adecco-Gruppe Deutschland (Adecco Germany Holding SA & Co. KG)		100,00				
93	Charité Universitätsmedizin Berlin KöR			100,00			
94	VINCI-Gruppe Deutschland (VINCI Deutschland GmbH)		100,00				
95	Freudenberg & Co. KG				100,00		
96	Debeka-Gruppe ²						
97	Rhön-Klinikum AG	93,38	2,09			4,53	
98	Drägerwerk AG & CO. KGaA		1,62		67,19	31,19	
99	Telefónica-Gruppe Deutschland (Telefónica Deutschland Holding AG)		100,00				
100	Vivantes - Netzwerk für Gesundheit GmbH			100,00			

Anm.: Die Kategorien, in die die Anteilseigner der „100 Größten“ eingeteilt werden, sind die folgenden: 100G: Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“, Ausland: Identifizierte Ausländische Investoren, Öffentlich: Öffentliche Hand, Einzelpersonen: Einzelpersonen bzw. Familien(Stiftungen), Streubesitz und Sonstige.

¹ Die Struktur der Anteilseigner der Airbus-Gruppe Deutschland entspricht der Struktur der Anteilseigner der Airbus SE, obwohl diese ihren Sitz nicht in Deutschland hat.

- ² Die Debeka-Gruppe, HUK-COBURG und der HDI Haftpflichtverband der Deutschen Industrie haben keine der Aktie vergleichbaren Kapitalanteile, da sie als Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit organisiert sind. Das Eigenkapital wird dabei allein aus den versteuerten Unternehmensgewinnen und Beiträgen der Mitglieder gebildet. Aus diesem Grund wird die Struktur der Anteilseigner hier nicht ausgewiesen.

Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage der Datenbank „Orbis“ des Anbieters Bureau von Dijk (Stand: März 2022)

Tabelle A.3: Kapitalverflechtungen aus dem Kreis der „100 Größten“ im Jahr 2020

Rang	Anteilseigner	Rang	Beteiligungsunternehmen	Anteil
20	Deutsche Bank AG	3	Siemens AG	1,55
		4	Deutsche Telekom AG	1,51
		8	Deutsche Post AG	2,57
		11	Fresenius SE & Co. KGaA	2,53
		12	SAP SE	1,63
		13	E.ON SE	2,46
		14	Vonovia SE	3,20
		15	Bayer AG	2,05
		22	Allianz SE	3,54
		25	BASF SE	2,19
		29	RWE AG	2,40
		33	Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG	2,10
		35	thyssenkrupp AG	1,35
		38	Evonik Industries AG	1,71
		45	Merck KGaA	1,10
		58	Deutsche Börse AG	2,78
		77	HELLA GmbH & Co. KGaA	1,57
		84	United Internet AG	1,27
		86	Infineon Technologies AG	3,08
		90	LANXESS AG	10,34
22	Allianz SE	3	Siemens AG	3,00
		11	Fresenius SE & Co. KGaA	5,03
		25	BASF SE	1,28
		33	Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG	1,68
		43	Sana Kliniken AG	14,40
		58	Deutsche Börse AG	1,12
		77	HELLA GmbH & Co. KGaA	1,12
		82	Wacker Chemie AG	2,42
		84	United Internet AG	5,09
		86	Infineon Technologies AG	4,72
28	Asklepios Kliniken GmbH & Co. KGaA	89	Zalando SE	2,93
		90	LANXESS AG	1,11
		97	Rhön-Klinikum AG	93,38

Rang	Anteilseigner	Rang	Beteiligungsunternehmen	Anteil
29	RWE AG	13	E.ON SE	15,00
32	KfW Bankengruppe	4	Deutsche Telekom AG	17,40
		8	Deutsche Post AG	20,53
		19	Airbus-Gruppe Deutschland	10,93
33	Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG	3	Siemens AG	1,29
37	HGV Hamburger Gesellschaft für Vermögens- und Beteiligungsmanagement mbH	52	Hapag-Lloyd AG	13,90
47	DZ Bank	33	Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG	1,50
		58	Deutsche Börse AG	1,35
96	Debeka-Gruppe	43	Sana Kliniken AG	10,50

Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage der Datenbank „Orbis“ des Anbieters Bureau van Dijk (Stand: März 2022)

Tabelle A.4: Personelle Verflechtungen der „100 Größten“ im Jahr 2020 nach Art der Verflechtung

Rang	Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Über das eigene Geschäftsführungs- gremium ¹	Über Geschäftsführungs- mitglieder im eigenen Kontrollgremium ²	...davon Geschäfts- führungsmitglieder von Kreditinstituten und Versicherungen ³	Über Personen ohne Geschäftsführungs- mandat im eigenen Kontrollgremium ⁴
1	Volkswagen AG				2
2	Daimler AG		3		4
3	Siemens AG	1	1		5
4	Deutsche Telekom AG	3	1	1	4
5	Robert Bosch GmbH	1			8
6	Deutsche Bahn AG		2	2	2
7	Bayerische Motoren Werke AG	1			7
8	Deutsche Post AG	1	1	1	4
9	INA-Holding Schaeffler GmbH & Co. KG		1		1
11	Fresenius SE & Co. KGaA				2
12	SAP SE	1			1
13	E.ON SE		2		3
14	Vonovia SE	1			3
15	Bayer AG	1			4
16	Roche-Gruppe Deutschland (Roche Deutschland Holding GmbH)	2			
19	Airbus-Gruppe Deutschland (Airbus Defence and Space GmbH)		1		
20	Deutsche Bank AG	1	1		2
21	ZF Friedrichshafen AG		2		5

Rang	Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Über das eigene Geschäftsführungs- gremium ¹	Über Geschäftsführungs- mitglieder im eigenen Kontrollgremium ²	...davon Geschäfts- führungsmitglieder von Kreditinstituten und Versicherungen ³	Über Personen ohne Geschäftsführungs- mandat im eigenen Kontrollgremium ⁴
22	Allianz SE				3
23	Commerzbank AG		1		3
25	BASF SE				4
27	Bertelsmann SE & Co. KGaA		1	1	2
28	Asklepios Kliniken GmbH & Co. KGaA	1			1
29	RWE AG	3			3
30	AXA-Gruppe Deutschland (AXA Konzern AG)				1
31	EnBW Energie Baden- Württemberg AG				2
32	KfW Bankengruppe	4			2
33	Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG		1		2
34	Ford-Gruppe Deutschland (Ford-Werke GmbH)				2
35	thyssenkrupp AG		1	1	5
37	HGV Hamburger Gesellschaft für Vermögens- und Beteiligungs- management mbH	1			
38	Evonik Industries AG				3
42	Adolf Würth GmbH & Co. KG	1			1
44	IBM-Gruppe Deutschland (IBM Deutschland GmbH)		1		2
45	Merck KGaA		1		1
46	Carl Zeiss AG				2
47	DZ Bank AG	1			
49	Sanofi-Gruppe Deutschland (Sanofi-Aventis Deutschland GmbH)				1
50	Otto Group (Otto (GmbH & Co KG))				2
52	Hapag-Lloyd AG		1		
54	ING-Gruppe Deutschland (ING Holding Deutschland GmbH)				1
56	Henkel AG & Co. KGaA		1		7
58	Deutsche Börse AG	1			2
60	Bayerische Landesbank				1

Rang	Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Über das eigene Geschäftsführungs- gremium ¹	Über Geschäftsführungs- mitglieder im eigenen Kontrollgremium ²	...davon Geschäfts- führungsmitglieder von Kreditinstituten und Versicherungen ³	Über Personen ohne Geschäftsführungs- mandat im eigenen Kontrollgremium ⁴
63	Ernst & Young GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft	1	1		
64	Landesbank Baden-Württemberg				1
68	B. Braun SE				1
69	Salzgitter AG		1	1	2
70	DEKRA SE		1		
71	HDI Haftpflichtverband der Deutschen Industrie V.a.G.	1			2
75	Rolls-Royce-Gruppe Deutschland (Rolls-Royce Power Systems AG)				2
78	TenneT TSO GmbH				1
79	MAHLE GmbH				1
81	Procter & Gamble-Gruppe Deutschland (Procter & Gamble Germany GmbH)				1
85	Linde-Gruppe Deutschland (Linde Holding GmbH)	1			5
86	Infineon Technologies AG				2
87	Axel Springer SE		1		
88	Ceconomy AG	1			1
90	LANXESS AG	1			1
91	Versicherungskammer Bayern VöR				1
93	Charité Universitätsmedizin Berlin KöR		2		3
94	VINCI-Gruppe Deutschland (VINCI Deutschland GmbH)	1	1		
95	Freudenberg & Co. KG	1			2
97	Rhön-Klinikum AG		1		4
100	Vivantes – Netzwerk für Gesundheit GmbH		1		2

Anm.: Unternehmen, für die im Jahr 2020 keine Verflechtung festgestellt wurde, werden hier nicht aufgeführt.

- ¹ Gezählt wird, in wie vielen weiteren Unternehmen Mitglieder der Geschäftsführung des betrachteten Unternehmens ein Mandat halten.
- ² Gezählt wird, in wie vielen weiteren Unternehmen Personen im Kontrollgremium des betrachteten Unternehmens Geschäftsführungsmitglieder sind.
- ³ Die hier angegebene Anzahl ist in der Zahl der vorangegangenen Spalte enthalten. Gezählt wird eine Verflechtung, wenn eine Person ein Geschäftsführungsmitglied eines Kreditinstituts oder einer Bank aus dem Kreis der „100 Größten“ ist und ein Mandat im Kontrollgremium des genannten Unternehmens hält.

- ⁴ Gezählt wird, in wie vielen weiteren Unternehmen Personen im Kontrollgremium des genannten Unternehmens ein Mandat in einem Kontrollgremium ausüben.

Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage veröffentlichter Geschäftsberichte

Tabelle A.5: Zusammenschlussaktivitäten der "100 Größten" im Berichtszeitraum 2020/2021

Rang	Unternehmen (Oberstes Mutterunternehmen)	Freigaben ¹
1	Volkswagen AG	9
2	Daimler AG	3
3	Siemens AG	2
5	Robert Bosch GmbH (Robert Bosch Industrietreuhand KG)	4
6	Deutsche Bahn AG	4
7	Bayerische Motoren Werke AG	1
9	INA-Holding Schaeffler GmbH & Co. KG	1
10	REWE-Gruppe (REWE-Zentralfinanz EG)	3
11	Fresenius SE & Co. KGaA	3
12	SAP SE	3
13	E.ON SE	19
14	Vonovia SE	3
16	Roche-Gruppe Deutschland (Roche Holding AG)	1
17	EDEKA-Gruppe (EDEKA Zentrale AG & Co. KG)	1
18	Schwarz-Gruppe (Lidl Stiftung & Co. KG; Schwarz Stiftung & Co. KG)	3
19	Airbus-Gruppe Deutschland (Airbus SE)	3
20	Deutsche Bank AG	3
21	ZF Friedrichshafen AG	2
22	Allianz SE	10
23	Commerzbank AG	3
25	BASF SE	7
27	Bertelsmann SE & Co. KGaA	5
29	RWE AG	1
31	EnBW Energie Baden-Württemberg AG	9
35	thyssenkrupp AG	1
36	Rethmann SE & Co. KG	13
38	Evonik Industries AG	1
39	STRABAG-Gruppe Deutschland (STRABAG SE)	7
43	Sana Kliniken AG	2
44	IBM-Gruppe Deutschland (International Business Machines Corp)	1
46	Carl Zeiss AG	2
48	UniCredit-Gruppe Deutschland (UniCredit spa)	3
56	Henkel AG & Co. KGaA	1
58	Deutsche Börse AG	3
60	Bayerische Landesbank	6

Rang	Unternehmen (Oberstes Mutterunternehmen)	Freigaben ¹
62	EWE AG	3
64	Landesbank Baden-Württemberg	2
66	Stadtwerke München GmbH	1
68	B. Braun SE	1
75	Rolls-Royce-Gruppe Deutschland (Rolls-Royce Holdings plc)	1
77	HELLA GmbH & Co. KGaA	1
84	United Internet AG	2
87	Axel Springer SE	1
88	Ceconomy AG	1
93	Charité Universitätsmedizin Berlin KÖR	1
94	VINCI-Gruppe Deutschland (VINCI SA)	2

¹ Berücksichtigt wurden Vorgänge zwischen dem 1. Januar 2020 und dem 31. Dezember 2021, bei denen im Vor- oder Hauptprüfverfahren eine Freigabe mit oder ohne Nebenbestimmungen erfolgte. Es wurden jeweils Fälle erfasst, in denen das betrachtete Unternehmen entweder selbst Erwerber bzw. Erworbenener oder seine Obergesellschaft Erwerber bzw. selbst Erworbenener war (hier werden auch Fälle erfasst, in denen keine Kontrollpflicht bestand). Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“, für die keine Fälle erfasst wurden, werden in der Tabelle nicht aufgeführt.

Quelle: Daten des Bundeskartellamtes

Tabelle A.6: Entwicklung der inländischen Umsätze in der Industrie (1978-2020)

Jahr	Reale ¹ Umsätze der 50 größten Industrieunternehmen ² in Mio. EUR	Veränderung in %	Reale ¹ Umsätze aller Industrieunternehmen ³ in Mio. EUR	Veränderung in %	Anteil ⁴ in %
1978	483.288		1.561.394		30,95
1980	554.093	14,7	1.776.900	13,8	31,18
1982	588.567	6,2	1.763.776	-0,7	33,37
1984	614.735	4,4	1.849.930	4,9	33,23
1986	579.989	-5,7	1.801.305	-2,6	32,20
1988	585.962	1,0	1.841.033	2,2	31,83
1990	651.938	11,3	2.008.105	9,1	32,47
1992	581.608	-10,8	1.812.862	-9,7	32,08
1994	528.912	-9,1	1.920.128	5,9	27,55
1996	565.727	7,0	1.922.732	0,1	29,42
1998	594.010	5,0	2.057.802	7,0	28,87
2000	702.171	18,2	2.273.860	10,5	30,88
2002	689.373	-1,8	2.240.290	-1,5	30,77
2004	705.045	2,3	2.197.171	-1,9	32,09
2006	832.185	18,0	2.498.938	13,7	33,30
2008	866.680	4,1	2.744.974	9,8	31,57
2010	827.827	-4,5	2.599.027	-5,3	31,85

Jahr	Reale ¹ Umsätze der 50 größten Industrieunternehmen ² in Mio. EUR	Veränderung in %	Reale ¹ Umsätze aller Industrieunternehmen ³ in Mio. EUR	Veränderung in %	Anteil ⁴ in %
2012	987.691	19,3	2.837.780	9,2	34,81
2014	971.340	-1,7	2.742.652	-3,4	35,42
2016	909.956	-6,3	2.706.675	-1,3	33,62
2018	914.319	0,5	2.850.882	5,3	32,07
2020	787.269	-13,9	2.567.766	-9,9	30,66

¹ Die Größen in jeweiligen Preisen wurden mithilfe des impliziten Preisindex der gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfung deflationiert (Vorjahrespreisbasis, Referenzjahr: 2015; Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage von Daten des Statistischen Bundesamtes, Fachserie 18 Reihe 1.5, S. 53, Rechenstand November 2021). Aufgrund der VGR-Revision 2019 unterscheiden sich die Größen im Vergleich zum XXIII. Hauptgutachten. Bei der Interpretation der Werte in konstanten Preisen ist außerdem zu beachten, dass sich der zur Deflationierung der nominalen Größen genutzte implizite Preisindex für die Jahre vor 1991 auf das frühere Bundesgebiet bezieht und ein Vergleich mit den Jahren nach 1991 nur eingeschränkt möglich ist.

² Die Angaben beziehen sich auf die inländischen Konzernbereiche inklusive der Umsätze mit ausländischen verbundenen Unternehmen.

³ Die zugrundeliegenden Nominalwerte entsprechen den aggregierten Umsatzerlösen der Wirtschaftsabschnitte B (Bergbau), C (verarbeitendes Gewerbe), D (Energieversorgung), E (Wasserversorgung, Abwasser- und Abfallentsorgung) und F (Baugewerbe) gemäß der Umsatzsteuerstatistik.

⁴ Bei der Interpretation der Anteilswerte ist zu berücksichtigen, dass die gesamtwirtschaftliche Vergleichsgröße seit dem Berichtsjahr 2010 auf Grundlage der Klassifikation der Wirtschaftszweige, Ausgabe 2008 (WZ 2008) berechnet wurde, während die Zuordnung in den Vorperioden auf der Wirtschaftszweigklassifikation 2003 (Klassifikation der Wirtschaftszweige, Ausgabe 2003 (WZ 2003)) beruht. Da die Umstellung zahlreiche Änderungen auch auf der Ebene der Wirtschaftsabschnitte mit sich bringt, ist ein Vergleich zu Vorperioden nur beschränkt möglich.

Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage von Daten des Statistisches Bundesamtes sowie eigener Erhebungen

Tabelle A.7: Entwicklung der inländischen Umsätze im Handel (1978-2020)

Jahr	Reale ¹ Umsätze ² der zehn größten Handelsunternehmen in Mio. EUR	Veränderung in %	Reale ¹ Umsätze aller Handelsunternehmen ³ in Mio. EUR	Veränderung in %	Anteil ⁴ in %
1978	79.458		1.049.421		7,57
1980	81.372	2,4	1.128.000	7,5	7,21
1982	84.505	3,8	1.096.967	-2,8	7,70
1984	83.975	-0,6	1.143.451	4,2	7,34
1986	77.677	-7,5	1.127.281	-1,4	6,89
1988	87.031	12,0	1.192.954	5,8	7,30
1990	93.818	7,8	1.356.228	13,7	6,92
1992	90.265	-3,8	1.281.304	-5,5	7,04
1994	99.796	10,6	1.360.107	6,2	7,34
1996	114.640	14,9	1.378.834	1,4	8,31
1998	123.389	7,6	1.448.689	5,1	8,52
2000	140.401	13,8	1.586.412	9,5	8,85
2002	147.471	5,0	1.554.804	-2,0	9,48

Jahr	Reale ¹ Umsätze ² der zehn größten Handelsunternehmen in Mio. EUR	Veränderung in %	Reale ¹ Umsätze aller Handelsunternehmen ³ in Mio. EUR	Veränderung in %	Anteil ⁴ in %
2004	174.110	18,1	1.601.420	3,0	10,87
2006	182.735	5,0	1.784.714	11,4	10,24
2008	188.314	3,1	1.902.798	6,6	9,90
2010	179.499	-4,7	1.797.271	-5,5	9,99
2012	185.039	3,1	1.938.699	7,9	9,54
2014	208.396	12,6	1.922.995	-0,8	10,84
2016	205.453	-1,4	1.943.886	1,1	10,57
2018	200.163	-2,6	2.015.166	3,7	9,93
2020	215.760	7,8	1.990.705	-1,2	10,84

¹ Die Größen in jeweiligen Preisen wurden mithilfe des impliziten Preisindex der gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfung deflationiert (Vorjahrespreisbasis, Referenzjahr: 2015; Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage von Daten des Statistischen Bundesamtes, Fachserie 18 Reihe 1.5, S. 53, Rechenstand November 2021). Aufgrund der VGR-Revision 2019 unterscheiden sich die Größen im Vergleich zum XXIII. Hauptgutachten. Bei der Interpretation der Werte in konstanten Preisen ist außerdem zu beachten, dass sich der zur Deflationierung der nominalen Größen genutzte implizite Preisindex für die Jahre vor 1991 auf das frühere Bundesgebiet bezieht und ein Vergleich mit den Jahren nach 1991 nur eingeschränkt möglich ist.

² Die Angaben beziehen sich auf die inländischen Konzernbereiche inklusive der Umsätze mit ausländischen verbundenen Unternehmen.

³ Die zugrundeliegenden Nominalwerte entsprechen den Umsatzerlösen des Wirtschaftsabschnitts G (Handel; Instandhaltung und Reparatur von Kraftfahrzeugen) gemäß der Umsatzsteuerstatistik.

⁴ Bei der Interpretation der Anteilswerte ist zu berücksichtigen, dass die gesamtwirtschaftliche Vergleichsgröße seit dem Berichtsjahr 2010 auf Grundlage der Klassifikation der Wirtschaftszweige, Ausgabe 2008 (WZ 2008) berechnet wurde, während die Zuordnung in den Vorperioden auf der Wirtschaftszweigklassifikation 2003 (Klassifikation der Wirtschaftszweige, Ausgabe 2003 (WZ 2003)) beruht. Da die Umstellung zahlreiche Änderungen auch auf der Ebene der Wirtschaftsabschnitte mit sich bringt, ist ein Vergleich zu Vorperioden nur beschränkt möglich.

Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage von Daten des Statistisches Bundesamtes sowie eigener Erhebungen

Tabelle A.8: Die Entwicklung der inländischen Umsätze im Verkehrs- und Dienstleistungssektor (1978-2020)

Jahr	Reale ¹ Umsätze der zehn größten Verkehrs- und Dienstleistungs- unternehmen ² in Mio. EUR	Veränderung in %	Reale ¹ Umsätze aller Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen ³ in Mio. EUR	Veränderung in %	Anteil ⁴ in %
1978	25.895		330.551		7,83
1980	29.363	13,4	372.992	12,8	7,87
1982	30.352	3,4	386.647	3,7	7,85
1984	32.095	5,7	414.285	7,1	7,75
1986	29.126	-9,3	448.162	8,2	6,50
1988	30.316	4,1	512.806	14,4	5,91
1990	32.800	8,2	614.880	19,9	5,33
1992	30.556	-6,8	625.847	1,8	4,88
1994	99.978	227,2	652.864	4,3	15,31

Jahr	Reale ¹ Umsätze der zehn größten Verkehrs- und Dienstleistungs- unternehmen ² in Mio. EUR	Veränderung in %	Reale ¹ Umsätze aller Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen ³ in Mio. EUR	Veränderung in %	Anteil ⁴ in %
1996	103.151	3,2	717.664	9,9	14,37
1998	119.860	16,2	806.248	12,3	14,87
2000	144.090	20,2	918.199	13,9	15,69
2002	145.301	0,8	978.718	6,6	14,85
2004	142.378	-2,0	976.025	-0,3	14,59
2006	152.748	7,3	1.093.802	12,1	13,96
2008	148.591	-2,7	1.153.606	5,5	12,88
2010	135.277	-9,0	1.035.914	-10,2	13,06
2012	141.409	4,5	1.035.650	0,0	13,65
2014	138.284	-2,2	1.030.007	-0,5	13,43
2016	140.998	2,0	1.060.594	3,0	13,29
2018	144.432	2,4	1.124.513	6,0	12,84
2020	124.272	-14,0	1.055.278	-6,2	11,78

¹ Die Größen in jeweiligen Preisen wurden mithilfe des impliziten Preisindex der gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfung deflationiert (Vorjahrespreisbasis, Referenzjahr: 2015; Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage von Daten des Statistischen Bundesamtes, Fachserie 18 Reihe 1.5, S. 53, Rechenstand November 2021). Aufgrund der VGR-Revision 2019 unterscheiden sich die Größen im Vergleich zum XXIII. Hauptgutachten. Bei der Interpretation der Werte in konstanten Preisen ist außerdem zu beachten, dass sich der zur Deflationierung der nominalen Größen genutzte implizite Preisindex für die Jahre vor 1991 auf das frühere Bundesgebiet bezieht und ein Vergleich mit den Jahren nach 1991 nur eingeschränkt möglich ist.

² Die Angaben beziehen sich auf die inländischen Konzernbereiche inklusive der Umsätze mit ausländischen verbundenen Unternehmen.

³ Die zugrundeliegenden Nominalwerte entsprechen den aggregierten Umsatzerlösen der Wirtschaftsabschnitte H (Verkehr und Lagerei), J (Information und Kommunikation), L (Grundstücks- und Wohnungswesen), M (Erbringung von freiberuflichen, wissenschaftlichen und technischen Dienstleistungen), N (Erbringung von sonstigen wirtschaftlichen Dienstleistungen), R (Kunst, Unterhaltung und Erholung) und S (Erbringung von sonstigen Dienstleistungen) gemäß der Umsatzsteuerstatistik.

⁴ Bei der Interpretation der Anteilswerte ist zu berücksichtigen, dass die gesamtwirtschaftliche Vergleichsgröße seit dem Berichtsjahr 2010 auf Grundlage der Klassifikation der Wirtschaftszweige, Ausgabe 2008 (WZ 2008) berechnet wurde, während die Zuordnung in den Vorperioden auf der Wirtschaftszweigklassifikation 2003 (Klassifikation der Wirtschaftszweige, Ausgabe 2003 (WZ 2003)) beruht. Da die Umstellung zahlreiche Änderungen auch auf der Ebene der Wirtschaftsabschnitte mit sich bringt, ist ein Vergleich zu Vorperioden nur beschränkt möglich.

Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage von Daten des Statistisches Bundesamtes sowie eigener Erhebungen

Tabelle A.9: Entwicklung der inländischen Bilanzsummen im Kreditgewerbe (1978-2020)

Jahr	Reale ¹ Bilanzsumme der zehn größten Kreditinstitute ² in Mrd. EUR	Veränderung in %	Reale ¹ Bilanzsumme aller Kreditinstitute ³ in Mrd. EUR	Veränderung in %	Anteil in %
1978	873		2.342		37,28
1980	932	6,8	2.524	7,8	36,93

Jahr	Reale ¹ Bilanzsumme der zehn größten Kreditinstitute ² in Mrd. EUR	Veränderung in %	Reale ¹ Bilanzsumme aller Kreditinstitute ³ in Mrd. EUR	Veränderung in %	Anteil in %
1982	959	2,9	2.678	6,1	35,82
1984	1.071	11,7	2.927	9,3	36,60
1986	1.168	9,1	3.191	9,0	36,61
1988	1.315	12,5	3.525	10,4	37,31
1990	1.585	20,5	4.395	24,7	36,05
1992	1.570	-0,9	4.136	-5,9	37,95
1994	1.918	22,2	4.620	11,7	41,52
1996	2.417	26,0	5.501	19,1	43,94
1998	3.350	38,6	6.877	25,0	48,72
2000	4.368	30,4	8.400	22,2	52,00
2002	4.276	-2,1	8.487	1,0	50,38
2004	4.104	-4,0	8.597	1,3	47,74
2006	4.713	14,8	9.195	6,9	51,26
2008	4.810	2,1	9.596	4,4	50,13
2010	5.069	5,4	10.311	7,5	49,16
2012	5.554	9,6	9.869	-4,3	56,28
2014	4.657	-16,2	8.767	-11,2	53,12
2016	4.394	-5,6	8.333	-4,9	52,73
2018	3.658	-16,8	7.878	-5,5	46,44
2020	3.835	4,8	8.593	9,1	44,62

¹ Die Bilanzsummen wurden mithilfe des impliziten Preisindex der gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfung deflationiert (Vorjahrespreisbasis, Referenzjahr: 2015; Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage von Daten des Statistischen Bundesamtes, Fachserie 18 Reihe 1.5, S. 53, Rechenstand November 2021). Aufgrund der VGR-Revision 2019 unterscheiden sich die Größen im Vergleich zum XXIII. Hauptgutachten. Bei der Interpretation der Werte in konstanten Preisen ist außerdem zu beachten, dass sich der zur Deflationierung der nominalen Größen genutzte implizite Preisindex für die Jahre vor 1991 auf das frühere Bundesgebiet bezieht und ein Vergleich mit den Jahren nach 1991 nur eingeschränkt möglich ist.

² Für die Gegenüberstellung mit der gesamtwirtschaftlichen Vergleichsgröße wurde bis einschließlich 1996 die konsolidierte Bilanzsumme, seit 1998 die unkonsolidierte Bilanzsumme der inländischen Konzerneinheiten der zehn größten Kreditinstitute verwendet.

³ Die zugrundeliegenden Nominalwerte wurden der Bankenstatistik der Deutschen Bundesbank entnommen (Bankenstatistik, Fachstatistik, Januar 2022, S. 106). Die Bilanzsummen werden von der Bundesbank anhand der Einzelabschlüsse der Kreditinstitute ermittelt.

Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage eigener Erhebungen sowie der Bankenstatistik der Deutschen Bundesbank

Tabelle A.10: Entwicklung der inländischen Beitragseinnahmen in der Versicherungsbranche (1978-2020)

Jahr	Reale ¹ Beitragseinnahmen der zehn größten Versicherungsunternehmen ² in Mio. EUR	Veränderung in %	Reale ¹ Beitragseinnahmen aller Versicherungs- unternehmen ³ in Mio. EUR	Veränderung in %	Anteil in %
1978	37.612				
1980	43.087	14,6			
1982	45.760	6,2			
1984	47.898	4,7			
1986	51.216	6,9			
1988	57.645	12,6			
1990	60.685	5,3	146.636	1,0	41,38
1992	69.172	14,0	148.049	14,6	46,72
1994	83.257	20,4	169.725	5,5	49,05
1996	83.096	-0,2	179.064	5,3	46,41
1998	104.696	26,0	188.480	10,9	55,55
2000	120.892	15,5	209.017	9,1	57,84
2002	136.862	13,2	228.056	7,0	60,01
2004	144.735	5,8	243.952	1,0	59,33
2006	151.307	4,5	246.347	-2,8	61,42
2008	149.997	-0,9	239.453	4,1	62,64
2010	148.667	-0,9	249.342	3,1	59,62
2012	151.922	2,2	257.006	1,7	59,11
2014	153.154	0,8	261.271	0,4	58,62
2016	156.123	1,9	262.383	2,7	59,50
2018	150.008	-3,9	269.388	7,3	55,68
2020	160.817	7,2	289.157	1,0	55,62

¹ Die Beitragseinnahmen wurden mithilfe des impliziten Preisindex der gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfung deflationiert (Vorjahrespreisbasis, Referenzjahr: 2015; Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage von Daten des Statistischen Bundesamtes, Fachserie 18 Reihe 1.5, S. 53, Rechenstand November 2021). Aufgrund der VGR-Revision 2019 unterscheiden sich die Größen im Vergleich zum XXIII. Hauptgutachten. Bei der Interpretation der Werte in konstanten Preisen ist außerdem zu beachten, dass sich der zur Deflationierung der nominalen Größen genutzte implizite Preisindex für die Jahre vor 1991 auf das frühere Bundesgebiet bezieht und ein Vergleich mit den Jahren nach 1991 nur eingeschränkt möglich ist.

² Für die Gegenüberstellung mit der gesamtwirtschaftlichen Vergleichsgröße wurden bis einschließlich 1996 die konsolidierten Beitragseinnahmen, seit 1998 die unkonsolidierten Beitragseinnahmen der inländischen Konzernbereiche der zehn größten Versicherungsunternehmen verwendet.

³ Die zugrundeliegenden Nominalwerte wurden der Erstversicherungsstatistik der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht entnommen (Statistik der BaFin – Erstversicherungsunternehmen – Ergänzende statistische Daten - Anlage 1, https://www.bafin.de/DE/PublikationenDaten/Statistiken/Erstversicherung/erstversicherung_node.html;jsessionid=53DA0A79B303908AF398C16A8B831351.2_cid503, Abruf am 21. April 2022). Die Beitragseinnahmen werden von der BaFin anhand der Einzelabschlüsse der Versicherungsunternehmen ermittelt.

Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage eigener Erhebungen sowie der Erstversicherungsstatistik der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht

B. Anhang zur sektorübergreifenden Marktmacht

1 Schätzung von Preisaufschlägen

578. Zur Bestimmung von Preisaufschlägen nach Gleichung (4) als Verhältnis von Outputelastizität eines variablen Produktionsfaktors und dem Anteil seiner Kosten am Umsatz müssen zunächst Produktionsfunktionen mithilfe von Unternehmensdaten geschätzt werden. Hierzu wurde im Rahmen dieses Gutachtens der zweistufige Kontrollfunktionsansatz von Akerberg, Caves und Frazer (ACF) verwendet.⁸ Dabei wird eine Technologie unterstellt, bei der Arbeit (L) und Kapital (K) Substitute sind, der flexible Materialeinsatz M jedoch ein perfektes Komplement zu einer gewählten L - K -Kombination bildet. Dadurch stehen Material und die Arbeits-Kapital-Menge unabhängig von der Ausbringungsmenge in einem festen Verhältnis. Eine solche sog. Leontief-Funktion der Ausbringungsmenge Y hat die Form

$$Y_{it} = \min\{F(L_{it}, K_{it})e^{\omega_{it}}, C(M_{it})\}e^{\varepsilon_{it}}. \quad (9)$$

Hier bezeichnet ω_{it} die zeitspezifische Produktivität eines Unternehmens i und ε_{it} einen zufälligen Schock bzw. Messfehler. Unter Annahme der Kostenminimierung durch Unternehmen gilt im Optimum $Y_{it} = C(M_{it})e^{\varepsilon_{it}} = F(L_{it}, K_{it})e^{\omega_{it} + \varepsilon_{it}}$ und die Produktionsfunktion lässt sich verkürzt (und zur Vereinfachung in logarithmierter Form, gekennzeichnet durch Kleinbuchstaben) schreiben als

$$y_{it} = f(l_{it}, k_{it}) + \omega_{it} + \varepsilon_{it}. \quad (10)$$

579. Da bei der ökonometrischen Analyse weder ε_{it} noch ω_{it} beobachtbar sind, letzteres aber dem Unternehmen selbst bei der Entscheidung über seine Produktion und seinen Faktoreinsatz bekannt ist, wird die Produktivität ω_{it} durch eine sog. Kontrollfunktion ersetzt. Hierzu wird ein strikt monotoner Zusammenhang zwischen der Materialnachfrage und der Produktivität unterstellt und anschließend nach der Produktivität umgestellt:

$$m_{it} = h(l_{it}, k_{it}, \omega_{it}) \Rightarrow \omega_{it} = h^{-1}(l_{it}, k_{it}, m_{it}) \quad (11)$$

580. ACF zeigen, wie in diesem Fall die Outputelastizitäten von Kapital und Arbeit zu identifizieren sind. In einem ersten Schritt wird der um den zufälligen Schock bereinigte Output $\phi_{it} = y_{it} - \varepsilon_{it}$ in einer nicht-parametrischen Regression geschätzt. Bestehenden Studien folgend wurde in diesem Gutachten ein Polynom 3. Grades in allen Inputfaktoren verwendet und zusätzlich für die Größe des Unternehmens sowie vollständige Interaktionen der 3-Steller Wirtschaftszweige mit den Kalenderjahren kontrolliert.

581. Der zweite Schritt besteht aus einer GMM-Schätzung, die unter Annahme eines Markov-Prozesses für die zeitliche Entwicklung der Produktivität ω_{it} durchgeführt wird, sodass $\omega_{it} = \phi_{it} - f(l_{it}, k_{it})$ und $\omega_{it} = g(\omega_{it-1}) + \xi_{it}$ gilt. Ein Markov-Prozess hat die Eigenschaft, dass künftige Zustände von der unmittelbaren Vergangenheit bestimmt werden. Im Fall der hier modellierten Produktivitätsentwicklung reicht die Kenntnis über die Produktivität der Vorperiode aus. Die Funktion $g(\omega_{it-1})$ wurde durch ein Polynom 3. Grades approximiert. Unter der Annahme, dass Kapital ein dynamischer Produktionsfaktor ist und damit k_{it} bereits in der Vorperiode $t - 1$ festgelegt wird, Arbeit hingegen zumindest teilweise flexibel ist, lauten die Momentebedingungen der GMM-Schätzung

$$E \left[(\xi_{it}(\beta) + \varepsilon_{it}) \begin{pmatrix} 1 \\ l_{it-1} \\ k_{it} \\ \phi_{it-1} \end{pmatrix} \right] = 0. \quad (12)$$

582. Sofern beispielsweise aufgrund von starkem Kündigungsschutz die flexible und kurzfristige Anpassung des Arbeitseinsatzes nicht möglich ist, kann neben der Arbeit der Vorperiode l_{it-1} ein zusätzliches Moment in l_{it} zur

⁸ Akerberg u. a., Identification Properties of Recent Production Function Estimators, a. a. O., vgl. Fn. 78.

besseren Identifikation der Produktionsfunktion beitragen. Allerdings wirft dies mit Blick auf die anschließende Preisaufschlagschätzung die Frage auf, ob Arbeit ein geeigneter flexibler Einsatzfaktor ist.⁹

583. Mit den in der GMM-Schätzung identifizierten Koeffizienten der Produktionsfunktion steht die Outputelastizität des Faktors Arbeit fest, sodass die unternehmensspezifischen Preisaufschläge gemäß Gleichung (4) berechnet werden können. Gemäß der Vorgehensweise von De Loecker und Warzynski wurden dabei noch zwei notwendige Korrekturen berücksichtigt: Zum einen muss bei der Berechnung des Umsatzanteils der Arbeitskosten der erwartete Umsatz verwendet werden, der sich als $p_{it}Y_{it}/e^{\varepsilon_{it}}$ ermitteln lässt, indem der in den Daten beobachtete Umsatz durch den geschätzten Fehler der ersten Schätzstufe korrigiert wird. Zum anderen muss aufgrund der Annahme einer Leontief-Technologie der nach Gleichung (4) ermittelte Preisaufschlag noch die Grenzkosten des Materialeinsatzes einbeziehen. Der Preisaufschlag ergibt sich damit als

$$\mu_{it}^* = \frac{1}{\mu^{-1} + \alpha_{it}^M}. \quad (13)$$

1.1 GMM-Startwerte

584. Ein Problem der GMM-Schätzung besteht in der Wahl geeigneter Startwerte für die Koeffizienten der Produktionsfunktion $f(\cdot)$ zu Beginn der numerischen Optimierung. In den Studien, die hierzu Angaben machen, werden die Startwerte mithilfe einer einfachen OLS-Schätzung der Funktion $y_{it} = \beta_l l_{it} + \beta_k k_{it} + \epsilon_{it}$ bestimmt.¹⁰ Im Rahmen von Schätzungen mit simulierten Unternehmensdaten, die beispielsweise von ACF und von Kim, Luo und Su verwendet werden, führen diese Startwerte zur korrekten Identifikation der Koeffizienten.¹¹ Allerdings zeigen Kim, Luo und Su auch, dass die Schätzmethode zu Randlösungen führen kann und schlagen deshalb unter anderem zusätzliche Instrumente zur besseren Identifikation vor.¹²

585. Um der Startwertabhängigkeit zu entgehen, wurde im Rahmen dieses Gutachtens die zweite Modellstufe mit einem großen Raster von Startwertkombinationen geschätzt. Das Raster der Cobb-Douglas-Schätzungen umfasst 441 verschiedene Startwertkombinationen für β_l und β_k .¹³ Aufgrund der zusätzlichen Koeffizienten β_{ll} , β_{kk} und β_{lk} steigt die Zahl unterschiedlicher Kombinationen bei der Translog-Spezifikation auf 675.¹⁴ Aus allen Schätzungen wurden zunächst die nicht-konvergierten Modelle entfernt, anschließend wurde jeweils diejenige Schätzung mit dem kleinsten Wert der zu minimierenden GMM-Zielfunktion ausgewählt. Um Randlösungen auszuschließen, wurden zudem nur Schätzungen berücksichtigt, die plausible Outputelastizitäten zwischen 0 und 1 hervorgebracht haben. Bei Cobb-Douglas Spezifikationen ist diese Nebenbedingung an den jeweiligen Koeffizienten der Inputfaktoren abzulesen. Für Translog-Schätzungen wurde zusätzlich die gesamte Verteilung der firmenspezifischen Elastizitäten berechnet und anschließend anhand des oberen und unteren Quartils gefiltert. Das Ausmaß der Startwertabhängigkeit von geschätzten Output-Elastizitäten ist im Abschnitt 3 dieses Anhangs dargestellt.

⁹ Vgl. hierzu van Heuvelen, G.H./Bettendorf, L./Meijerink, G., Estimating Markups in the Netherlands, 2019.

¹⁰ Diese Regression ist natürlich nur für die Schätzung einer Cobb-Douglas-Funktion geeignet. Eine Translog-Funktion würde beispielsweise noch analoge Koeffizienten β_{ll} , β_{kk} und β_{lk} für die quadrierten Terme und den Interaktionsterm erfordern. Die wenigsten Replikationsmaterialien veröffentlichter Studien enthalten diese Informationen und in zumindest einem Fall werden zur Schätzung der Translog-Funktion alle Startwerte einfach auf Null gesetzt.

¹¹ Akerberg u. a., Identification Properties of Recent Production Function Estimators, a. a. O., vgl. Fn. 78; Kim, K. il/Luo, Y./Su, Y., A robust approach to estimating production functions: Replication of the ACF procedure, Journal of Applied Econometrics, 34, 2019, S. 612–619.

¹² Kim u. a., A robust approach to estimating production functions: Replication of the ACF procedure, a. a. O., vgl. Fn. 175.

¹³ Die Werte liegen jeweils im Intervall [0,1] mit einem Abstand von 0,05.

¹⁴ Wegen der zusätzlichen Dimensionen ist das Raster bei der Translog-Schätzung gröber und für die linearen Terme in Schritte von 0,5 zwischen -1 und 1 unterteilt; die Startwerte der quadratischen Terme bzw. des Interaktionsterms variieren im Abstand von 1.

1.2 Brutto-Output-Schätzung

586. Zur Schätzung von Preisaufschlägen ist grundsätzlich die Verwendung eines möglichst variablen Einsatzfaktors wünschenswert. Gleichzeitig entstehen bei der Schätzung mit Materialeinsatz die zu Beginn von Abschnitt 2.2.9 dargestellten zusätzlichen ökonometrischen Herausforderungen. Um diesen Zielkonflikt zu lösen und den SVA-Ansatz auf GO-Funktionen zu übertragen, schlagen De Loecker und Scott vor, seriell korrelierte Inputpreise in der Kontrollfunktion der ersten Schätzstufe zu berücksichtigen.¹⁵ Dadurch sei eine Identifikation der Outputelastizitäten möglich. Entsprechend wird der unternehmens- und jahresspezifische Lohn (errechnet als Quotient aus Personalkosten und Beschäftigtenzahl) in die Schätzung der ersten Stufe integriert, bei der der erwartete Output inklusive nichtbeobachteter Produktivität vom exogenen Schock getrennt wird. Damit wird Gleichung (10) angepasst und lautet bei GO-Schätzungen

$$y_{it} = f(l_{it}, k_{it}, m_{it}, w_{it}) + \omega_{it} + \varepsilon_{it}. \quad (14)$$

2 Datenaufbereitung

2.1 Amtliche Daten (AFiD-Panel)

587. Für alle Analysen zur unternehmensspezifischen Preisaufschlägen, ihren potenziellen Determinanten und Auswirkungen wurden im vorliegenden Gutachten amtliche Unternehmensdaten der beiden AFiD-Panel Strukturerhebung im Dienstleistungsbereich bzw. Industrieunternehmen für den Zeitraum 2008 bis 2017 verwendet. Vor der ökonometrischen Schätzung einzelner Kennzahlen und Zusammenhänge wurden die Daten entsprechend den Anforderungen der durchzuführenden Analysen aufbereitet. Dabei wurden zunächst die Wirtschaftszweigungsordnungen von Unternehmen über die gesamte Beobachtungsperiode vereinheitlicht, indem ihnen die jeweils häufigste 4-Steller-Klassifikation für alle Beobachtungsjahre zugewiesen wurde. Zudem mussten aufgrund einer Umstellung der Wirtschaftszweigklassifikation in der amtlichen Statistik die Unternehmensdaten des Jahres 2008 im verarbeitenden Gewerbe von der älteren WZ 2003 in die aktuelle WZ 2008 überführt werden. Hierzu wurde die Klassifikation eines späteren, auf der WZ 2008 basierenden Jahres verwendet; wo dies aufgrund fehlender wiederholter Beobachtungen desselben Unternehmens nicht möglich war, wurde diejenige Klassifikation nach WZ 2008 verwendet, die im gesamten Datensatz am häufigsten als Nachfolgerin der jeweiligen Klassifikation nach WZ 2003 auftrat.

588. Bei der Schätzung von Preisaufschlägen ist es notwendig, nominale Größen wie den Umsatz oder Kosten von Produktionsfaktoren zu deflationieren, um sie über die Zeit vergleichen zu können. Andernfalls würde beispielsweise eine hohe Inflationsrate mit damit einhergehenden steigenden Preisen den Eindruck einer Ausweitung von Produktionsmengen erwecken. Ähnlich wie bei Schiersch sowie Belitz u. a. sind zu diesem Zweck bei der Aufbereitung der amtlichen Firmendaten für das vorliegende Gutachten Deflatoren auf Basis von wirtschaftsbereichsspezifischen Zeitreihen nominaler und realer Größen aus der VGR-Statistik des Statistischen Bundesamtes berechnet worden.¹⁶

589. Schließlich musste zur Schätzung von Produktionsfunktionen ein unternehmensspezifischer Kapitalstock aus den vorhandenen Daten bestimmt werden. Hierzu wurde der in der einschlägigen Literatur meist verwendete Ansatz nach „perpetual inventory method“ (PIM) gewählt, bei dem mithilfe eines Anfangswerts für den Kapital-

¹⁵ De Loecker/Scott, Estimating market power Evidence from the US Brewing Industry, a. a. O., vgl. Fn. 74.

¹⁶ Hierbei handelt es sich um die preisbereinigten bzw. in jeweiligen Preisen angegebenen Daten zum Produktionswert, zur Bruttowertschöpfung, zum Bruttoanlagevermögen, zu Bruttoanlageinvestitionen, Abschreibungen und Vorleistungen. (vgl. Schiersch, A., Frontiers und Laggards - Die Produktivitätsentwicklung deutscher Unternehmen, Produktivität für Inklusives Wachstum 4, 2019; Belitz, H. u. a., Wissensbasiertes Kapital in Deutschland: Analyse zu Produktivitäts- und Wachstumseffekten und Erstellung eines Indikatorsystems, DIW Berlin: Politikberatung kompakt 126, 2017; Statistisches Bundesamt, Fachserie 18 Reihe 1.4: Volkswirtschaftliche Gesamtrechnungen Inlandsproduktsberechnung Detaillierte Jahresergebnisse 2018, Wiesbaden, 2019).

stock sowie Informationen zu Investitionen und Abschreibungsraten Werte für jedes Unternehmensjahr berechnet werden. Das Grundproblem dieser Methode besteht in der Bestimmung des Anfangswerts. Zwar lässt sich über einen langen Zeitraum hinweg der physische Kapitalstock gut mithilfe des bilanzierten Anlagevermögens und der jährlichen Investitionen approximieren.¹⁷ Da die meisten Firmendatenbanken – und speziell die als rotierende Zufallsstichproben konzipierten AFiD-Panel – einzelne Unternehmen nicht über derart lange Zeiträume beobachten, ist eine entsprechende Anpassung der Methode notwendig, um den Kapitalstock der ersten Periode zu bestimmen. Hierzu wurde in Anlehnung an die im Multiprod-Projekt der OECD verwendete Methode der Anfangskapitalstock als Mittelwert zweier approximierter Werte berechnet:¹⁸ zum einen als Produkt der unternehmensspezifischen Beschäftigtenzahl und der durchschnittlichen Kapitalintensität im jeweiligen 2-Steller-Wirtschaftszweig; zum anderen als durchschnittlichen Investitionsbetrag eines Unternehmens, der durch die mittlere Abschreibungsrate des Wirtschaftszweigs abdiskontiert wurde.

590. Die übrigen Modellvariablen wie Ausbringungsmenge, Beschäftigtenzahl und Kosten für Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe wurden direkt den Daten entnommen. Tabelle B.1 gibt einen deskriptiven Überblick zu den verwendeten Variablen.

Tabelle B.1: Deskriptive Statistiken der Modellvariablen in amtlichen Daten

Variable	1. Perzentil	Mittelwert	Median	99. Perzentil
<i>Verarbeitendes Gewerbe (N = 163.261)</i>				
<i>Y</i>	941.586,05	77.182.048,86	11.950.060,00	795.580.480,00
<i>L</i>	18,00	270,18	80,00	2.402,56
<i>K</i>	1.078.436,38	49.745.326,75	9.600.709,00	552.267.776,00
<i>M</i>	74.764,39	43.094.675,77	4.918.728,00	471.680.608,00
<i>Dienstleistungen (N = 764.201)</i>				
<i>Y</i>	236.793,55	8.298.832,20	1.235.656,25	100.255.512,00
<i>L</i>	2,00	66,97	15,00	842,00
<i>K</i>	35.653,36	24.465.325,65	924.195,94	406.581.632,00
<i>M</i>	0,00	2.512.773,10	196.663,77	31.168.578,00

Anmerkungen: Die Modellvariablen bezeichnen den deflationierten Umsatz (*Y*), die Beschäftigtenzahl (*L*), den deflationierten Kapitalstock (*K*) sowie deflationierte Kosten für Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe (*M*).

Quelle: AFiD Panel Industrieunternehmen 2008–2017 (DOI: 10.21242/42221.2017.00.01.1.1.0); AFiD Panel Strukturerhebung im Dienstleistungsbereich 2008–2017 (DOI: 10.21242/47415.2017.00.01.1.1.0); eigene Berechnungen

2.2 Orbis-Daten

591. In Teilen des vorliegenden Gutachtens wurde neben Unternehmensdaten der amtlichen Statistik auch die Unternehmensdatenbank „Orbis Europe“ des privaten Anbieters Bureau van Dijk (BvD) verwendet. Zur Nachvollziehbarkeit aller Auswertungen legen die folgenden beiden Abschnitte dar, welche Datenaufbereitungsschritte im Vorfeld der im Haupttext beschriebenen Analysen durchgeführt wurden.

¹⁷ Mueller weist beispielsweise darauf hin, dass bei einer mittleren Abschreibungsrate von 4 Prozent eine Zeitreihe von 25 Jahren notwendig ist, um den Kapitalstock verlässlich zu berechnen (vgl. Mueller, S., Capital Stock Approximation using Firm Level Panel Data, Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik, 228, 2008, S. 357–371).

¹⁸ Berlingieri, G. u. a., The Multiprod project: A comprehensive overview, OECD Science, Technology and Industry Working Papers 2017/04, 2017.

2.2.1 Bilanzdaten

592. Die meisten Informationen der Orbis-Datenbank, die zur Schätzung von Preisauflagen herangezogen wurden, entstammen einer großen Tabelle mit Bilanzdaten der Unternehmen. Jede Tabellenzeile entspricht dabei einem Finanzbericht, der vom jeweiligen Unternehmen zu einem bestimmten Zeitpunkt veröffentlicht und von einem der BvD-Datenlieferanten aufgezeichnet wurde. BvD bezieht diese Informationen von unterschiedlichen Datenlieferanten und nimmt neben Jahresabschlüssen beispielsweise auch Quartalsberichte auf. Außerdem liegen für einzelne Unternehmen teilweise mehrere Berichte mit unterschiedlichen Daten vor, je nachdem ob es sich um einen unkonsolidierten oder einen konsolidierten Abschluss einer Unternehmensgruppe handelt. Aufgrund dieser Vielzahl von Information erfordern die Orbis-Daten mehrere Bereinigungs-schritte, um schließlich ein geeignetes Unternehmensdatenpanel zu erstellen, das eine Schätzung von Preisauflagen ermöglicht.

593. Zunächst wurden daher anhand einiger grundlegender Entscheidungskriterien Beobachtungen aus den Rohdaten entfernt, die eine weitere Analyse nicht ermöglichen würden. Kriterien 1 bis 4 beziehen sich dabei auf einzelne Beobachtungen in den Daten, Kriterien 5 bis 7 betreffen Gruppen von Beobachtungen mit derselben Unternehmensidentifikationsnummer und demselben Konsolidierungscode:

1. Beobachtungen müssen eine BvD-ID, einen Konsolidierungscode, eine Abschlussart (FILING TYPE), und ein Datum des Abschlusses enthalten.
2. Nur unkonsolidierte Abschlüsse werden berücksichtigt.
3. Beobachtungen müssen Informationen zu folgenden Variablen enthalten: Beschäftigtenzahl, Personalkosten, operativer Umsatz, Materialkosten.
4. Abschlüsse müssen sich auf eine Periode von 12 Monaten beziehen.¹⁹
5. Unternehmen müssen in mindestens einem Beobachtungsjahr einen operativen Umsatz von mindestens 100.000 Euro aufweisen.
6. Unternehmen müssen in mindestens einem Beobachtungsjahr mindestens zwei Beschäftigte aufweisen.
7. Unternehmen müssen über mindestens zwei aufeinanderfolgende Jahre beobachtet werden.

594. Nach diesen Bereinigungs-schritten sind die Daten noch nicht vollständig als Unternehmenspanel zu analysieren, da sie weiterhin für einzelne Unternehmen mehrere Beobachtungen pro Jahr enthalten. Meist gehen diese Dubletten darauf zurück, dass BvD Datensätze sowohl direkt aus Unternehmensveröffentlichungen als auch indirekt aus amtlichen Jahresabschlüssen (z. B. im Bundesanzeiger) erfasst und die Informationen aufgrund zeitlicher Verzögerungen bei der Veröffentlichung mit unterschiedlichen Datumsangaben versehen sind. Eine weitere Ursache können Veröffentlichungen nach unterschiedlichen Rechnungslegungsvorschriften sein (IFRS/GAAP). Da bei Rechnungslegungsvorschriften, Veröffentlichungsarten und -zeitpunkten kein allgemeingültiges Kriterium aufgestellt werden kann, wurde zwischen mehrfachen Beobachtungen desselben Unternehmens innerhalb eines Jahres gewählt, indem jeweils die über alle Jahre am häufigsten auftretende Variablenausprägung bevorzugt wurde. Dies führt zu folgenden zusätzlichen Kriterien für Dubletten:

8. Beobachtungen mit einem Berichtsdatum, das am häufigsten in anderen Jahren vorkommt, verbleiben im Datensatz.
9. Die am häufigsten beobachtete Berichtsart verbleibt im Datensatz.
10. Die am häufigsten beobachtete Rechnungslegungsvorschrift verbleibt im Datensatz.

595. Nach einer abschließenden Bereinigung vollständig identischer Zeilen hat der Datensatz die Form eines Unternehmenspanels mit eindeutigen Beobachtungen pro Unternehmensjahr.²⁰ Zur weiteren Analyse wurden dieser

¹⁹ Dieser Schritt schließt Daten von Quartals- und sonstigen Berichten aus. Bestandsgrößen wie die Zahl der Beschäftigten wären zwar unabhängig von der Berichtsperiode vergleichbar; Stromgrößen wie die entsprechenden Personalkosten betragen in einem Quartalsbericht hingegen nur rund 25 Prozent des Gesamtjahreswerts, sodass ein Vergleich im Zeitablauf irreführende Schwankungen anzeigen würde.

Tabelle weitere Daten zur Wirtschaftszweigklassifikation jedes Unternehmens aus der Orbis-Datenbank zugespielt. Da Unternehmen mit einer Vielzahl wirtschaftlicher Aktivitäten oft mehreren Wirtschaftszweigen zugeordnet sind, wurde hierbei nur die WZ-Klassifikation der in Orbis verzeichneten Haupttätigkeit verwendet.

596. Der Datensatz muss im Vorfeld der Schätzungen zudem von einzelnen Ausreißern bereinigt werden. Alle Variablen, die bei der Schätzung von Markups verwendet werden, weisen einzelne unplausible Werte auf. Deshalb wurden Beobachtungen ausgeschlossen, wenn die Kosten für Material oder Personal oder die Höhe des Kapitals jeweils im Verhältnis zum Umsatz außerhalb des 0,25- bzw. 99,75-Perzentils liegen.²¹ Die Berechnung dieser Quantile erfolgte separat für jeden Wirtschaftsabschnitt auf Basis der deflationierten Größen. Um nicht unnötig viele Beobachtungen aus der Analyse auszuschließen, wurden zudem einzelne Ausreißer bei der Zahl der Beschäftigten imputiert, wenn die Werte vom Vor- und Folgejahr um mehr als den Faktor 4 abwichen. Derart offensichtliche Datenfehler wurden jeweils durch den Mittelwert von Vor- und Folgejahr ersetzt.²²

2.2.2 Anteilseigner

597. Zur Berechnung des in Abschnitt 2.3.2 beschriebenen **MHHIA**, anhand dessen das Ausmaß von Horizontalverflechtungen innerhalb eines Marktes gemessen wird, mussten zunächst die detaillierten Informationen zu Anteilseignern in der Orbis-Datenbank aufbereitet werden. Die Datenbank enthält neben einer Tabelle mit aktuellen und historischen Beteiligungen auch jährliche Stichtagsdaten, die in einzelnen Tabellen zum jeweiligen Jahresende aktive Beteiligungen enthalten. Jede Beobachtung enthält dabei eine eindeutige Identifikationsnummer und Angaben zur Art des Anteilseigners (z. B. Bank, Versicherung, Fondsgesellschaft) sowie zum prozentualen Umfang seiner Beteiligung.

598. Gerade institutionelle Anleger sind häufig Teil von Unternehmensgruppen, deren Tochterunternehmen in der Orbis-Datenbank jeweils eigenständige Identifikationsnummern besitzen. Wenn nur die direkten Anteilseigner an Unternehmen herangezogen würden, um horizontale Verflechtungen zu ermitteln, blieben Verbindungen über zwei Tochterunternehmen derselben Gruppe unberücksichtigt. Beispielsweise würden sich dann Beteiligungen von Blackrock Investment Management und der Blackrock Vermögensverwaltung UG an konkurrierenden Unternehmen nicht im **MHHIA** widerspiegeln. Aus diesem Grund wurden zunächst die globalen Konzernmütter aller Anteilseigner ermittelt. Hierzu wurde die von BvD bereitgestellte Information zum *global ultimate owner* mit mehr als 50 Prozent der Anteile (GUO50) verwendet. Anschließend wurden die gehaltenen Anteile jedes Unternehmens den Konzernmüttern zugewiesen und innerhalb der jeweiligen Unternehmensgruppe aufsummiert. Dabei mussten Angaben zu direkten und indirekten Beteiligungen differenziert behandelt werden. In den Orbis-Daten sind zum Teil Beteiligungen eines Tochterunternehmens in den Gesamtbeteiligungen auf Gruppenebene berücksichtigt. In diesen Fällen wurden statt der Summe der Einzelbeteiligungen die jeweiligen Gesamtbeteiligungen verwendet. Bei Beobachtungen, die nur qualitative Informationen enthalten (z. B. „Mehrheitsbeteiligung“, die als 50,01 Prozent kodiert ist), wurde hingegen auch die Summe der direkt gehaltenen Anteile berücksichtigt.

599. Auf Basis dieser gruppenbezogenen Unternehmensbeteiligungen wurde anschließend das **MHHIA** für jeden 3-Steller-Wirtschaftszweig und jedes Jahr gemäß Gleichung (7) berechnet. Dabei wurden nur Beteiligungen von institutionellen Anlegern berücksichtigt, d. h. von Anteilseignern, die in der Orbis-Datenbank als Banken, Finanzun-

²⁰ Die Zuordnung von Geschäftsjahren zu Kalenderjahren ist aufgrund der unterschiedlichen Berichtszeitpunkte zum einen zwischen Unternehmen, zum anderen auch von Unternehmen im Zeitablauf nicht eindeutig. Wie auch in anderen Studien üblich, wurden alle vor dem 1. Juli eines Jahres veröffentlichten Finanzdaten dem vorangegangenen Kalenderjahr zugewiesen.

²¹ Ähnlich wurde beispielsweise auch in folgenden Studien verfahren: De Loecker u. a., *The Rise of Market Power and the Macroeconomic Implications*, a. a. O., vgl. Fn. 55; Ganglmair, B./Kann, A./Tsanko, I., *Markups for Consumers*, Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik, 2021.

²² Insgesamt betraf dies nur 30 Fälle. Teilweise handelte es sich dabei jedoch um große Unternehmen, deren Wegfall die weiteren Analyseergebnisse beeinflussen könnte.

ternehmen, Versicherung, Fondsgesellschaft, Staaten, Private Equity Gesellschaft, Hedgefonds oder öffentlich gehandelte Unternehmen gekennzeichnet sind.²³

3 Startwertabhängigkeit der Outputelastizitäten im Produktionsansatz

600. Der Ansatz von Akerberg, Caves und Frazer²⁴ (ACF) zur Schätzung von Produktionsfunktionen erfordert, zu Beginn der GMM-Schätzung Startwerte für alle Koeffizienten der Produktionsfunktion zu wählen. Davon ausgehend werden iterativ bessere Werte bestimmt, die eine von den gewählten Momenten abhängige Zielfunktion minimieren. Die Wahl dieser Startwerte kann die letztlich bestimmten Koeffizienten beeinflussen. Aus diesem Grund wurden alle im vorliegenden Gutachten verwendeten Produktionsfunktionen über ein Raster von Startwertkombinationen geschätzt. Für SVA-Modelle umfasst dieses Raster bei Cobb-Douglas-Spezifikationen 441 Kombinationen, bei Translog-Spezifikationen wurden aufgrund der größeren Zahl von Koeffizienten 675 verschiedene Kombinationen verwendet. Für GO-Modelle besteht das Startwerteraster bei beiden Funktionsspezifikationen aus 216 unterschiedlichen Startwertkombinationen.

601. Um die Robustheit der geschätzten Outputelastizitäten zu prüfen, wurden ihre Verteilungen in jedem Zweisteller-Wirtschaftszweig über alle Startwertkombinationen betrachtet. Dabei zeigte sich sowohl im verarbeitenden Gewerbe als auch im Dienstleistungsbereich, dass unter Annahme flexibler Arbeit (d. h. bei alleiniger Nutzung der Beschäftigtenzahl der Vorperiode als Instrument der GMM-Schätzung) die Varianz der geschätzten Elastizitäten in allen Wirtschaftszweigen groß ist und sie zudem mehrfach außerhalb des plausiblen Intervalls $[0,1]$ liegen (vgl. Abbildung B.1). Dagegen sind die Schätzungen unter Annahme von signifikanten Anpassungskosten des Faktors Arbeit – wodurch auch gegenwärtige Arbeit als GMM-Instrument zur Identifikation verwendet werden kann²⁵ – deutlich robuster und die Elastizitäten variieren unabhängig von den verwendeten Startwerten kaum (vgl. Abbildung B2).²⁶

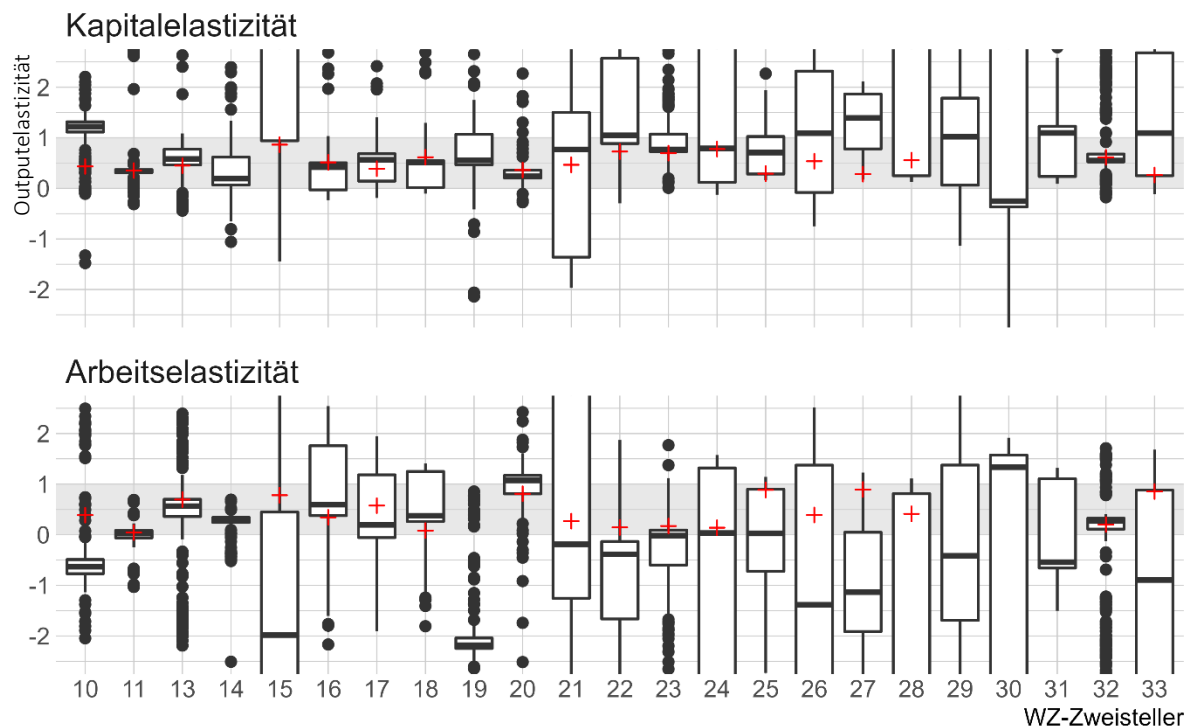
²³ Dies entspricht in der Datenbank folgenden Klassifikationen: B, F, A, E, S, P, Y, Z.

²⁴ Akerberg u. a., Identification Properties of Recent Production Function Estimators, a. a. O., vgl. Fn. 78.

²⁵ Vgl. Abschnitt 1.

²⁶ Abbildung B.1 und Abbildung B.2 stellen jeweils die Verteilung der geschätzten Elastizitäten im verarbeitenden Gewerbe für Translog-Produktionsfunktionen dar. Für Cobb-Douglas-Funktionen sowie beide Funktionsformen im Dienstleistungsbereich sind die Ergebnisse qualitativ identisch.

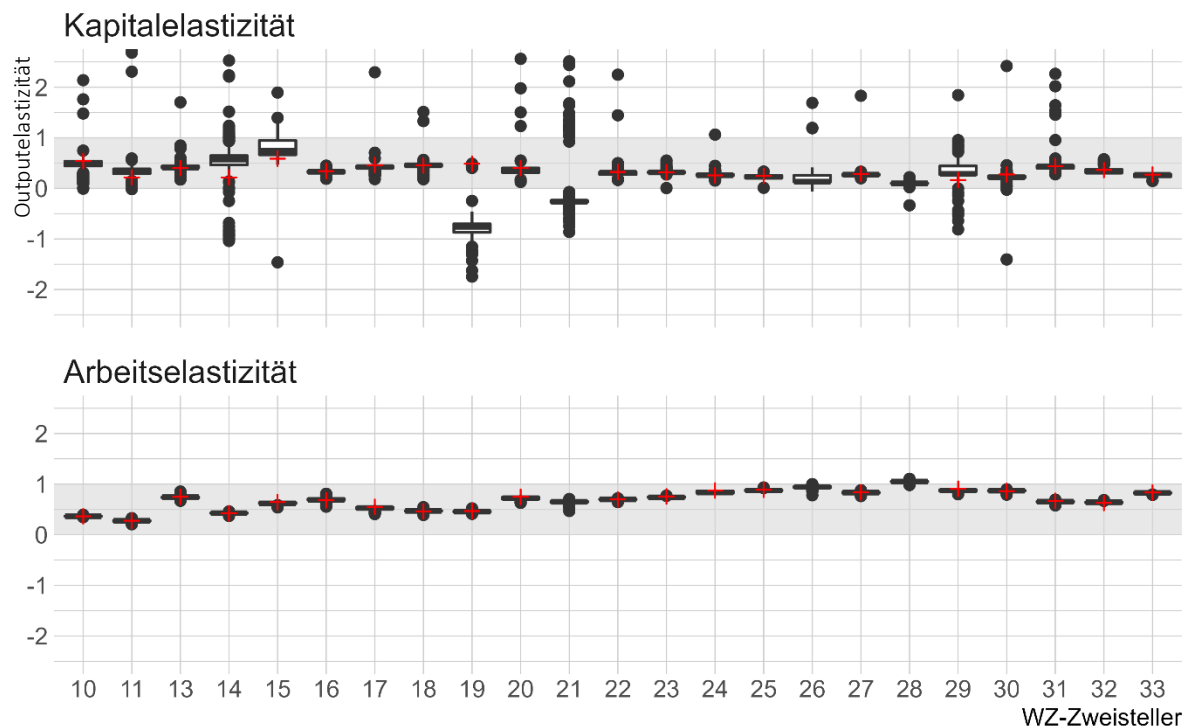
Abbildung B.1: Schätzungen der Outputelastizitäten variieren stark in Abhängigkeit von Startwerten bei flexibler Arbeit



Anmerkungen: Boxplots der Outputelastizitäten bei Schätzung einer Translog-Funktion im verarbeitenden Gewerbe unter Annahme geringer Anpassungskosten des Faktors Arbeit. Im grau eingefärbten Bereich sind Elastizitäten plausibel. Beste Schätzungen sind durch ein rotes Kreuz gekennzeichnet. Zum Vergleich der einzelnen startwertabhängigen Schätzungen bei Translog-Funktionen wurde der Median der Verteilung über alle Unternehmen herangezogen.

Quelle: Afid Panel Industrieunternehmen 2008–2017 (DOI: 10.21242/42221.2017.00.01.1.1.0); Afid Panel Strukturhebung im Dienstleistungsbereich 2008–2017 (DOI: 10.21242/47415.2017.00.01.1.1.0); eigene Berechnungen

Abbildung B.2: Die Annahme von Anpassungskosten des Arbeitseinsatzes ermöglicht robuste Schätzungen der Outputelastizität



Anmerkungen: Boxplots der Outputelastizitäten bei Schätzung einer Translog-Funktion im verarbeitenden Gewerbe unter Annahme hoher Anpassungskosten des Faktors Arbeit. Im grau eingefärbten Bereich sind Elastizitäten plausibel. Beste Schätzungen sind durch ein rotes Kreuz gekennzeichnet. Zum Vergleich der einzelnen startwertabhängigen Schätzungen bei Translog-Funktionen wurde der Median der Verteilung über alle Unternehmen herangezogen.

Quelle: AfiD Panel Industrieunternehmen 2008–2017 (DOI: 10.21242/42221.2017.00.01.1.1.0); AfiD Panel Strukturerhebung im Dienstleistungsbereich 2008–2017 (DOI: 10.21242/47415.2017.00.01.1.1.0); eigene Berechnungen

4 Preisaufschlagsentwicklung auf Bundeslandebene

Abbildung B.3: Trends der Preisaufschläge variieren kaum zwischen Bundesländern



Anmerkungen: Umsatzgewichtete Mittelwerte unternehmensspezifischer Preisaufschläge basierend auf einer SVA-Produktionsfunktion mit Translog-Form und dynamischem Arbeitseinsatz.

Quelle: AfID Panel Industrieunternehmen 2008–2017 (DOI: 10.21242/42221.2017.00.01.1.1.0); AfID Panel Strukturerhebung im Dienstleistungsbereich 2008–2017 (DOI: 10.21242/47415.2017.00.01.1.1.0); eigene Berechnungen

5 Korrelation von Produktivität und Preisaufschlägen

602. Ohne zunächst auf eine kausale Beziehung zwischen der totalen Faktorproduktivität und den jeweiligen Preisaufschlägen auf Unternehmensebene abzustellen, dient eine Korrelation der beiden Größen unter Berücksichtigung jahres- und unternehmensspezifischer Effekte einer besseren Einschätzung des potenziellen Zusammenhangs. Die Ergebnisse der entsprechenden Regressionsanalyse in Tabelle B.2 zeigen, dass Preisaufschläge und Produktivität bei Unternehmen in Deutschland positiv korreliert sind. Ein höherer Preisaufschlag bedeutet demnach durchschnittlich auch eine höhere Produktivität. Eine Steigerung des Preisaufschlags um 1 Prozent geht mit einer durchschnittlichen Steigerung der Produktivität um 0,5 Prozent einher. Diese Beobachtung trifft zunächst sowohl für das verarbeitende Gewerbe als auch den Dienstleistungsbereich zu. Berücksichtigt man jedoch zusätzlich den Koeffizienten der quadrierten Produktivität in den Modellen (2) und (4) von Tabelle B.2, so zeigt sich hier ein Vorzeichenwechsel, welches auf einen nichtlinearen Zusammenhang hindeutet und darauf, dass der Zusammenhang sich nicht entlang der gesamten Preisaufschlagsverteilung positiv darstellt. Der bei höheren Preisauf-

schlagen negative Einfluss auf die Produktivität ist besonders im verarbeitenden Gewerbe stark ausgeprägt, sodass der gesamte Zusammenhang ab einem Preisaufschlag von etwa 1,6 negativ wird. Im Dienstleistungssektor liegt der Wendepunkt hingegen jenseits von 2,5; somit stellt sich die Korrelation für den Großteil der Unternehmen in den analysierten Daten positiv dar. Damit weisen die beiden betrachteten Sektoren sehr unterschiedliche Zusammenhänge zwischen unternehmensspezifischen Preisaufschlägen und ihrer Produktivität auf: Während sich im verarbeitenden Gewerbe im oberen Verteilungsbereich der Preisaufschläge ein negativer Zusammenhang mit der Produktivität zeigt, ist der Zusammenhang im Dienstleistungsbereich durchweg positiv.²⁷

Tabelle B.2: Korrelation von Totaler Faktorproduktivität und Preisaufschlägen

	Verarbeitendes Gewerbe		Dienstleistungen	
	(1)	(2)	(3)	(4)
$\ln(\text{Preisaufschlag}_t)$	0,533 (0,028)***	0,504 (0,026)***	0,356 (0,003)***	0,386 (0,003)***
$\ln(\text{Preisaufschlag}_t)^2$		-0,491 (0,038)***		-0,100 (0,002)***
N	124156	124156	731293	731293
R ² Adj.	1,000	1,000	0,999	1,000
R ² Within	0,060	0,081	0,148	0,171
FE: Jahr	✓	✓	✓	✓
FE: Unternehmen	✓	✓	✓	✓

Anmerkungen: * p < 0,05; ** p < 0,01; *** p < 0,001; auf Unternehmensebene geklusterte Standardfehler in Klammern.

Quelle: AFiD Panel Industrieunternehmen 2008–2017 (DOI: 10.21242/42221.2017.00.01.1.1.0); AFiD Panel Strukturerhebung im Dienstleistungsbereich 2008–2017 (DOI: 10.21242/47415.2017.00.01.1.1.0); KLEMS; eigene Berechnungen

²⁷ Auch Ganglmair u. a. erhalten auf Grundlage der privaten Datenbasis Orbis einen positiven Koeffizienten der Preisaufschläge für den Dienstleistungsbereich und einen negativen Koeffizienten für das verarbeitende Gewerbe (vgl. Ganglmair u. a., Price Markups, Innovation, and Productivity: Evidence from Germany, a. a. O., vgl. Fn. 95, S. 31).

C. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Auszug: §§ 44 bis 47, 75 Absatz 5)

In der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245)

zuletzt geändert durch Art. 10 Abs. 2 Viertes G zur Änd. des Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuches sowie anderer Vorschriften vom 27. Juli 2021 (BGBl. I S. 3274)

Teil 1. Kapitel 8. Monopolkommission

§ 44 Aufgaben

(1) ¹Die Monopolkommission erstellt alle zwei Jahre ein Gutachten, in dem sie den Stand und die absehbare Entwicklung der Unternehmenskonzentration in der Bundesrepublik Deutschland beurteilt, die Anwendung der wettbewerbsrechtlichen Vorschriften anhand abgeschlossener Verfahren würdigt sowie zu sonstigen aktuellen wettbewerbspolitischen Fragen Stellung nimmt. ²Das Gutachten soll bis zum 30. Juni des Jahres abgeschlossen sein, in dem das Gutachten zu erstellen ist. ³Die Bundesregierung kann die Monopolkommission mit der Erstattung zusätzlicher Gutachten beauftragen. ⁴Darüber hinaus kann die Monopolkommission nach ihrem Ermessen Gutachten oder andere Stellungnahmen erstellen. ⁵Die Möglichkeit zur Stellungnahme nach § 75 Absatz 5 bleibt unberührt.

(2) ¹Die Monopolkommission ist nur an den durch dieses Gesetz begründeten Auftrag gebunden und in ihrer Tätigkeit unabhängig. ²Vertritt eine Minderheit bei der Abfassung der Gutachten eine abweichende Auffassung, so kann sie diese in dem Gutachten zum Ausdruck bringen.

(3) ¹Die Monopolkommission leitet ihre Gutachten der Bundesregierung zu. ²Die Bundesregierung legt Gutachten nach Absatz 1 Satz 1 den gesetzgebenden Körperschaften unverzüglich vor. ³Die Bundesregierung nimmt zu den Gutachten nach Absatz 1 Satz 1 in angemessener Frist Stellung, zu sonstigen Gutachten nach Absatz 1 kann sie Stellung nehmen, wenn und soweit sie dies für angezeigt hält. ⁴Die jeweiligen fachlich zuständigen Bundesministerien und die Monopolkommission tauschen sich auf Verlangen zu den Inhalten der Gutachten aus. ⁵Die Gutachten werden von der Monopolkommission veröffentlicht. ⁶Bei Gutachten nach Absatz 1 Satz 1 erfolgt dies zu dem Zeitpunkt, zu dem sie von der Bundesregierung der gesetzgebenden Körperschaft vorgelegt werden.

§ 45 Mitglieder

(1) ¹Die Monopolkommission besteht aus fünf Mitgliedern, die über besondere volkswirtschaftliche, betriebswirtschaftliche, sozialpolitische, technologische oder wirtschaftsrechtliche Kenntnisse und Erfahrungen verfügen müssen. ²Die Monopolkommission wählt aus ihrer Mitte einen Vorsitzenden.

(2) ¹Die Mitglieder der Monopolkommission werden auf Vorschlag der Bundesregierung durch den Bundespräsidenten für die Dauer von vier Jahren berufen. ²Wiederberufungen sind zulässig. ³Die Bundesregierung hört die Mitglieder der Kommission an, bevor sie neue Mitglieder vorschlägt. ⁴Die Mitglieder sind berechtigt, ihr Amt durch Erklärung gegenüber dem Bundespräsidenten niederzulegen. ⁵Scheidet ein Mitglied vorzeitig aus, so wird ein neues Mitglied für die Dauer der Amtszeit des ausgeschiedenen Mitglieds berufen.

(3) ¹Die Mitglieder der Monopolkommission dürfen weder der Regierung oder einer gesetzgebenden Körperschaft des Bundes oder eines Landes noch dem öffentlichen Dienst des Bundes, eines Landes oder einer sonstigen juristischen Person des öffentlichen Rechts, es sei denn als Hochschullehrer oder als Mitarbeiter eines wissenschaftlichen Instituts, angehören. ²Ferner dürfen sie weder einen Wirtschaftsverband noch eine Arbeitgeber- oder Arbeitnehmerorganisation repräsentieren oder zu diesen in einem ständigen Dienst- oder Geschäftsbesorgungsverhältnis stehen. ³Sie dürfen auch nicht während des letzten Jahres vor der Berufung zum Mitglied der Monopolkommission eine derartige Stellung innegehabt haben.

§ 46 Beschlüsse, Organisation, Rechte und Pflichten der Mitglieder

- (1) Die Beschlüsse der Monopolkommission bedürfen der Zustimmung von mindestens drei Mitgliedern.
- (2) ¹Die Monopolkommission hat eine Geschäftsordnung und verfügt über eine Geschäftsstelle. ²Diese hat die Aufgabe, die Monopolkommission wissenschaftlich, administrativ und technisch zu unterstützen.
- (2a) Die Monopolkommission kann Einsicht in die von der Kartellbehörde geführten Akten, einschließlich Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse und personenbezogener Daten nehmen, soweit dies zur ordnungsgemäßen Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich ist. ²Dies gilt auch für die Erstellung der Gutachten nach § 78 des Eisenbahnregulierungsgesetzes, § 62 des Energiewirtschaftsgesetzes, § 44 des Postgesetzes sowie nach § 121 Absatz 2 des Telekommunikationsgesetzes.
- (2b) ¹Im Rahmen der Akteneinsicht kann die Monopolkommission bei der Kartellbehörde in elektronischer Form vorliegende Daten, einschließlich Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und personenbezogener Daten, selbstständig auswerten, soweit dies zur ordnungsgemäßen Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich ist. ²Dies gilt auch für die Erstellung der Gutachten nach § 78 des Eisenbahnregulierungsgesetzes, § 62 des Energiewirtschaftsgesetzes, § 44 des Postgesetzes sowie nach § 121 Absatz 2 des Telekommunikationsgesetzes.
- (3) ¹Die Mitglieder der Monopolkommission und die Angehörigen der Geschäftsstelle sind zur Verschwiegenheit über die Beratungen und die von der Monopolkommission als vertraulich bezeichneten Beratungsunterlagen verpflichtet. ²Die Pflicht zur Verschwiegenheit bezieht sich auch auf Informationen, die der Monopolkommission gegeben und als vertraulich bezeichnet werden oder die gemäß Absatz 2a oder 2b erlangt worden sind.
- (4) ¹Die Mitglieder der Monopolkommission erhalten eine pauschale Entschädigung sowie Ersatz ihrer Reisekosten. ²Diese werden vom Bundesministerium für Wirtschaft und Energie im Einvernehmen festgesetzt. ³Die Kosten der Monopolkommission trägt der Bund.

§ 47 Übermittlung statistischer Daten

- (1) ¹Für die Begutachtung der Entwicklung der Unternehmenskonzentration werden der Monopolkommission vom Statistischen Bundesamt aus Wirtschaftsstatistiken (Statistik im produzierenden Gewerbe, Handwerksstatistik, Außenhandelsstatistik, Steuerstatistik, Verkehrsstatistik, Statistik im Handel und Gastgewerbe, Dienstleistungsstatistik) und dem Statistikregister zusammengefasste Einzelangaben über die Vorhundertanteile der größten Unternehmen, Betriebe oder fachlichen Teile von Unternehmen des jeweiligen Wirtschaftsbereichs
- a) am Wert der zum Absatz bestimmten Güterproduktion,
 - b) am Umsatz,
 - c) an der Zahl der tätigen Personen,
 - d) an den Lohn- und Gehaltsummen,
 - e) an den Investitionen,
 - f) am Wert der gemieteten und gepachteten Sachanlagen,
 - g) an der Wertschöpfung oder dem Rohertrag,
 - h) an der Zahl der jeweiligen Einheiten
- übermittelt. ²Satz 1 gilt entsprechend für die Übermittlung von Angaben über die Vorhundertanteile der größten Unternehmensgruppen. ³Für die Zuordnung der Angaben der Unternehmensgruppen übermittelt die Monopolkommission dem Statistischen Bundesamt Namen und Anschriften der Unternehmen, deren Zugehörigkeit zu einer Unternehmensgruppe sowie Kennzeichen zur Identifikation. ⁴Die zusammengefassten Einzelangaben dürfen nicht weniger als drei Unternehmensgruppen, Unternehmen, Betriebe oder fachliche Teile von Unternehmen betreffen. ⁵Durch Kombination oder zeitliche Nähe mit anderen übermittelten oder allgemein zugänglichen Angaben darf kein Rückschluss auf zusam-

mengefasste Angaben von weniger als drei Unternehmensgruppen, Unternehmen, Betrieben oder fachlichen Teile von Unternehmen möglich sein. ⁶Für die Berechnung von summarischen Konzentrationsmaßen, insbesondere Herfindahl-Indizes und Gini-Koeffizienten, gilt dies entsprechend. ⁷Die statistischen Ämter der Länder stellen die hierfür erforderlichen Einzelangaben dem Statistischen Bundesamt zur Verfügung.

(2) ¹Personen, die zusammengefasste Einzelangaben nach Absatz 1 erhalten sollen, sind vor der Übermittlung zur Geheimhaltung besonders zu verpflichten, soweit sie nicht Amtsträger oder für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichtete sind. ²§ 1 Absatz 2, 3 und 4 Nummer 2 des Verpflichtungsgesetzes gilt entsprechend. ³Personen, die nach Satz 1 besonders verpflichtet worden sind, stehen für die Anwendung der Vorschriften des Strafgesetzbuches über die Verletzung von Privatgeheimnissen (§ 203 Absatz 2, 5 und 6; §§ 204, 205) und des Dienstgeheimnisses (§ 353b Absatz 1) den für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten gleich.

(3) ¹Die zusammengefassten Einzelangaben dürfen nur für die Zwecke verwendet werden, für die sie übermittelt wurden. ²Sie sind zu löschen, sobald der in Absatz 1 genannte Zweck erfüllt ist.

(4) Bei der Monopolkommission muss durch organisatorische und technische Maßnahmen sichergestellt sein, dass nur Amtsträger, für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichtete oder Verpflichtete nach Absatz 2 Satz 1 Empfänger von zusammengefassten Einzelangaben sind.

(5) ¹Die Übermittlungen sind nach Maßgabe des § 16 Absatz 9 des Bundesstatistikgesetzes aufzuzeichnen. ²Die Aufzeichnungen sind mindestens fünf Jahre aufzubewahren.

(6) Bei der Durchführung der Wirtschaftsstatistiken nach Absatz 1 sind die befragten Unternehmen schriftlich zu unterrichten, dass die zusammengefassten Einzelangaben nach Absatz 1 der Monopolkommission übermittelt werden dürfen.

Teil 3. Kapitel 1. Abschnitt 3. Beschwerde

§ 75 Untersuchungsgrundsatz

[..]

(5) Der Bundesgerichtshof kann in Verfahren nach § 73 Absatz 5 eine Stellungnahme der Monopolkommission einholen.

D. Untersagungen durch das Bundeskartellamt

Seit Beginn der Fusionskontrolle (Anfang 1974) bis Ende Mai 2022 wurden 195 Untersagungen vom Bundeskartellamt ausgesprochen:

135 Untersagungen sind rechtskräftig oder übereinstimmend für erledigt erklärt

1. Haindl/Holtzmann
Beschluss des BKartA vom 4. Februar 1974, B6-46/73, WuW/E BKartA 1475
2. Kaiser/Preussag Aluminium
(nach Ablehnung des Antrags auf Ministererlaubnis)
Beschluss des BKartA vom 23. Dezember 1974, B8-251/74, WuW/E BKartA 1571
Verfügung des BMWi vom 26. Juni 1975, WuW/E BMW 149
3. Lech-Elektrizitätswerke AG/Erdgas Schwaben¹
(Erledigungserklärung nach Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 9. März 1976, B8-119/75, WuW/E BKartA 1647
Beschluss des KG vom 23. März 1977, Kart 11/76, WuW/E OLG 1895
Beschluss des BGH vom 12. Dezember 1978, KVR 6/77, WuW/E BGH 1533
4. GKN/Sachs
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof und Rücknahme des Antrags auf Ministererlaubnis)
Beschluss des BKartA vom 12. Mai 1976, B7-67/75, WuW/E BKartA 1625
Beschluss des KG vom 1. Dezember 1976, Kart 51/76, WuW/E OLG 1745
Beschluss des BGH vom 21. Februar 1978, KVR 4/77, WuW/E BGH 1501
5. Alsen-Breitenburg/Zementwerk Klöckner-Werke AG
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 22. Dezember 1976, B7-24/76, WuW/E BKartA 1667
Beschluss des KG vom 15. März 1978, Kart 1/77, WuW/E OLG 1989
Beschluss des BGH vom 23. Oktober 1979, KVR 3/78, WuW/E BGH 1655
6. RWE/Gesellschaft für Energiebeteiligung
(nach Beschwerde beim Kammergericht)
Beschluss des BKartA vom 16. September 1977, B8-37/77, AG 1978, S. 109
Beschluss des KG vom 15. März 1979, Kart 23/77, WuW/E OLG 2113
7. Bergedorfer Buchdruckerei (Springer)/Elbe-Wochenblatt
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 18. Januar 1978, B6-62/77, WuW/E BKartA 1700
Beschluss des KG vom 1. November 1978, Kart 4/78, WuW/E OLG 2109
Beschluss des BGH vom 18. Dezember 1979, KVR 2/79, WuW/E BGH 1685
8. Bertelsmann/Deutscher Verkehrsverlag
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 22. Februar 1978, B6-75/77, WuW/E BKartA 1709
9. Andrae-Noris Zahn/R. Holdermann
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 31. März 1978, B8-170/77, WuW/E BKartA 1747

¹ Die Statistik wurde der Zählweise des Bundeskartellamtes angepasst. Bis zum Achten Hauptgutachten wurde dieser Fall unter der Rubrik "vom Kartellamt zurückgenommen oder in sonstiger Weise erledigt" geführt.

10. AVEBE/KSH-Emslandstärke
(durch einstweilige Anordnung)
Beschluss des BKartA vom 3. Mai 1978, B6-187/77, WuW/E BKartA 1716
11. Springer Verlag/Münchener Zeitungsverlag
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 6. Juli 1978, B6-88/76, WuW/E BKartA 1733
Beschluss des KG vom 24. Oktober 1979, Kart 19/78, WuW/E OLG 2228
Beschluss des BGH vom 29. September 1981, KVR 2/80, WuW/E BGH 1854
12. Münchener Wochenblatt Verlags- und Werbegesellschaft mbH/3 Münchener Anzeigenblätter
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 22. November 1979, B6-12/79, AG 1980, S. 283
Beschluss des KG vom 7. November 1980, Kart 2/80, WuW/E OLG 2457
Beschluss des BGH vom 16. Februar 1982, KVR 1/81, WuW/E BGH 1905
13. Bayer AG/Röhm GmbH²
(Erledigung in der Hauptsache)
Beschluss des BKartA vom 28. Januar 1980, B8-117/79, AG 1980, S. 196
14. Deutsche Uhrglasfabrik/Eurotech Mirrors International Ltd.
Beschluss des BKartA vom 27. Mai 1980, B7-163/79, WuW/E BKartA 1875
15. Springer Verlag (Ullstein GmbH)/Verlag Haupt & Koska GmbH & Co. KG
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 23. Oktober 1980, B6-125/79, AG 1981, S. 260
Beschluss des KG vom 3. Juli 1981, Kart 22/80, WuW/E OLG 2527
Beschluss des BGH vom 28. September 1982, KVR 8/81, WuW/E BGH 1954
16. Süddeutsche Zucker AG/KWS Kleinwanzlebener Saatzucht AG
Beschluss des BKartA vom 6. November 1980, B6-116/79, AG 1981, S. 288
17. Gruner & Jahr AG & Co./Zeitverlag Bucerius AG
(Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 9. Januar 1981, B6-95/80, WuW/E BKartA 1863
Beschluss des KG vom 24. November 1982, Kart 11/81, AG 1983, S. 285
Beschluss des BGH vom 2. Oktober 1984, KVR 5/83, WuW/E BGH 2112
Beschluss des KG vom 7. Februar 1986, Kart 17/84, WuW/E OLG 3807
Beschluss des BGH vom 22. September 1987, KVR 5/86, WuW/E BGH 2433
18. Rewe-Zentral-Handelsgesellschaft mbH/Florimex Verwaltungsgesellschaft mbH
(nach Beschwerde beim Kammergericht)
Beschluss des BKartA vom 30. Januar 1981, B6-44/80, WuW/E BKartA 1876
Beschluss des KG vom 22. März 1983, Kart 17/81, WuW/E OLG 2862
19. VPM Rheinmetall Plastikmaschinen GmbH/Württembergische Metallwarenfabrik
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof und Rücknahme des Antrags auf Ministererlaubnis)
Beschluss des BKartA vom 4. März 1981, B7-35/80, WuW/E BKartA 1867
Beschluss des KG vom 9. September 1983, Kart 19/81, WuW/E OLG 3137
Beschluss des BGH vom 25. Juni 1985, KVR 3/84, WuW/E BGH 2150
20. Deutsche Lufthansa AG/f.i.r.s.t.-Reisebüro GmbH

² Vgl. vorherige Fn.

(nach Rücknahme der Rechtsbeschwerde)

Beschluss des BKartA vom 14. August 1981, B6-162/80, WuW/E BKartA 1908

Beschluss des KG vom 8. Dezember 1982, Kart 42/81, WuW/E OLG 2849

21. Nordwest-Zeitung Druck- und Pressehaus GmbH/Ammerland-Echo Verlags GmbH & Co. KG

(nach Rücknahme der Beschwerde)

Beschluss des BKartA vom 1. September 1981, B6-8/81, WuW/E BKartA 1931

22. Burda GmbH/Axel Springer Gesellschaft für Publizistik KG

(nach Rücknahme der Beschwerde und des Antrags auf Ministererlaubnis)

Beschluss des BKartA vom 23. Oktober 1981, B6-47/81, WuW/E BKartA 1921

23. Co op AG/Supermagazin GmbH

(nach Rücknahme der Beschwerde der Beigeladenen vom Bundesgerichtshof zurückgewiesen)

Beschluss des BKartA vom 23. März 1982, B9-2002/82, WuW/E BKartA 1970

Beschluss des KG vom 19. Januar 1983, Kart 18/82, WuW/E OLG 2970

Beschluss des BGH vom 10. April 1984, KVR 8/83, WuW/E BGH 2077

24. Schaper Zentralverwaltung/Discounthaus zum "bösen Wolf", Theodor Wolf GmbH & Co. KG

(nach Beschwerde beim Kammergericht)

Beschluss des BKartA vom 17. Februar 1983, B9-2054/82, WuW/E BKartA 2022

Beschluss des KG vom 7. Dezember 1983, Kart 7/83, WuW/E OLG 3213

25. Deutag-Mischwerke GmbH & Co. KG/Oberbergische Asphaltmischwerke GmbH & Co. KG

(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)

Beschluss des BKartA vom 21. Februar 1983, B1-34/82, WuW/E BKartA 2077

Beschluss des KG vom 28. Februar 1984, Kart 5/83, WuW/E OLG 3417

Beschluss des BGH vom 1. Oktober 1985, KVR 6/84, WuW/E BGH 2169

26. Stadtwerke Bremen AG + Gasversorgung Wesermünde GmbH/Gasversorgung Schwanewede GmbH

Beschluss des BKartA vom 28. Februar 1983, B8-183/82, WuW/E BKartA 2107

27. Süddeutscher Verlag GmbH/Donau-Kurier Verlagsgesellschaft A. Ganghofer'sche Buchhandlung, Courier Druckhaus KG

(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)

Beschluss des BKartA vom 24. Oktober 1983, B6-7/83, WuW/E BKartA 2103

Beschluss des KG vom 11. Juli 1984, Kart 28/83, WuW/E OLG 3303

Beschluss des BGH vom 27. Mai 1986, KVR 7/84, WuW/E BGH 2276

28. Panorama Anzeigenblatt GmbH + Rhein-Erft GmbH/Anzeigenblätter

(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)

Beschluss des BKartA vom 22. Dezember 1983, B6-96/82, AG 1984, S. 164

Beschluss des KG vom 4. März 1986 Kart 1/84, WuW/E OLG 3767

Beschluss des BGH vom 26. Mai 1987, KVR 3/86, WuW/E BGH 2425

29. Südkurier GmbH/Singener Wochenblatt GmbH & Co. KG

(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)

Beschluss des BKartA vom 3. Mai 1984, B6-32/82, WuW/E BKartA 2140

Beschluss des KG vom 23. April 1986, Kart 8/84, WuW/E OLG 3875

Beschluss des BGH vom 10. November 1987, KVR 7/86, WuW/E BGH 2443

30. Siemens, Philips, AEG, SEL, kabelmetal/GfL Gesellschaft für Lichtwellenleiter GmbH & Co. KG

Beschluss des BKartA vom 8. Juni 1984, B7-18/82, WuW/E BKartA 2143

31. Touristik Union International GmbH & Co. KG/Air-Conti Flugreisen GmbH & Co. KG

(nach Rücknahme der Beschwerde)

Beschluss des BKartA vom 19. Juli 1984, B6-89/83, WuW/E BKartA 2169

32. Pillsbury Company/Sonnen-Bassermann-Werke Sieburg & Pförtner GmbH & Co. KG

(nach Beschwerde beim Kammergericht)

Beschluss des BKartA vom 26. März 1985, B2-146/84, AG 1985, S. 281

Beschluss des KG vom 7. November 1985, Kart 6/85, WuW/E OLG 3759

33. Karstadt AG + Kaufhof AG/NUR-Touristik GmbH + ITS International Tourist Services Länderreisedienste GmbH

Beschluss des BKartA vom 23. September 1985, B6-26/85, AG 1986, S. 377

34. Kampffmeyer Mühlen GmbH/Georg Plange GmbH & Co. KG

(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)

Beschluss des BKartA vom 8. November 1985, B2-10/85, WuW/E BKartA 2223

Beschluss des KG vom 16. Dezember 1987, Kart 73/85, WuW/E OLG 4167

Beschluss des BGH vom 7. März 1989, KVR 3/88, WuW/E BGH 2575

35. Linde AG/Agfko Kohlensäure-Industrie GmbH

Beschluss des BKartA vom 13. Dezember 1985, B3-54/85, WuW/E BKartA 2213

36. Weiss-Druck + Verlag GmbH & Co. KG/S-W Verlag GmbH & Co. für Lokalinformationen

(nach Beschwerde beim Kammergericht)

Beschluss des BKartA vom 16. Dezember 1985, B6-71/84, AG 1986, S. 371

Beschluss des KG vom 15. Januar 1988, Kart 1/86 WuW/E OLG 4095

37. Darmstädter Echo Verlag und Druckerei GmbH/Südhessische Post GmbH

(nach Rücknahme der Beschwerde)

Beschluss des BKartA vom 12. Mai 1986, B6-16/85, AG 1986, S. 370

38. Hüls AG/Condea Chemie GmbH

Beschluss des BKartA vom 8. Dezember 1986, B3-58/86, WuW/E BKartA 2247

39. Hamburger Wochenblatt Verlag GmbH/Schlei-Verlag GmbH

(nach Rücknahme der Beschwerde)

Beschluss des BKartA vom 14. Januar 1987, B6-108/86, WuW/E BKartA 2251

40. Lübecker Nachrichten GmbH/Stormarner Tageblatt Verlag und Druckerei GmbH & Co.

(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)

Beschluss des BKartA vom 18. Februar 1988, B6-24/87, WuW/E BKartA 2290

Beschluss des KG vom 12. Juli 1990, Kart 4/88, WuW/E OLG 4547

Beschluss des BGH vom 15. Oktober 1991, KVR 3/90, WuW/E BGH 2743

41. Heidelberger Zement AG/Malik Baustoffe GmbH & Co. KG

(nach Rücknahme der Beschwerde)

Beschluss des BKartA vom 27. Juli 1988, B1-107/87, WuW/E BKartA 2297

42. Wieland-Werke AG/Langenberg Kupfer- und Messingwerke KG

(nach Beschwerde beim Kammergericht)

Beschluss des BKartA vom 18. August 1988, B5-92/88, WuW/E BKartA 2304

43. Melitta Werke Bentz & Sohn/Kraft GmbH

(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)

Beschluss des BKartA vom 14. April 1989, B3-137/88, WuW/E BKartA 2370

Beschluss des KG vom 23. Mai 1991, Kart 13/89, WuW/E OLG 4771

Beschluss des BGH vom 7. Juli 1992, KVR 14/91, WuW/E BGH 2783

-
44. DLT Deutsche Luftverkehrsgesellschaft mbH/Südavia Fluggesellschaft mbH
Beschluss des BKartA vom 23. Mai 1989, B5-256/88, WuW/E BKartA 2391
 45. Westdeutscher Rundfunk Köln/Radio NRW GmbH
(Erledigungserklärung im Rechtsbeschwerdeverfahren)
Beschluss des BKartA vom 18. Juli 1989, B6-71/88, WuW/E BKartA 2396
Beschluss des KG vom 26. Juni 1991, Kart 23/89, WuW/E OLG 4811
 46. MAN B & W Diesel AG/Gebr. Sulzer AG
(nach Ablehnung des Antrags auf Ministererlaubnis)
Beschluss des BKartA vom 23. August 1989, B4-64/89, WuW/E BKartA 2405
Verfügung des BMWi vom 24. Januar 1990, WuW/E BMW 207
 47. WMF Württembergische Metallwarenfabrik AG/Kistra Beteiligungsgesellschaft mbH
(nach Beschwerde beim Kammergericht)
Beschluss des BKartA vom 25. August 1989, B1-28/89, WuW/E BKartA 2414
Beschluss des KG vom 28. Juni 1991, Kart 25/89, WuW/E OLG 4865
 48. Meistermarken-Werke GmbH/Martin Braun Backmittel und Essenzen KG
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 19. Oktober 1989, B2-62/89, WuW/E BKartA 2421
 49. Tengelmann Handelsgesellschaft/Gottlieb Handelsgesellschaft mbH
Beschluss des BKartA vom 20. November 1989, B9-2056/89, WuW/E BKartA 2441
 50. Axel Springer Verlag AG/A. Beig Druckerei und Verlag GmbH & Co.
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 25. April 1990, B6-59/86, WuW/E BKartA 2477
Beschluss des KG vom 13. Februar 1991, Kart 12/90, WuW/E OLG 4737
Beschluss des BGH vom 6. Oktober 1992, KVR 24/91, WuW/E BGH 2795
 51. Mainpresse Richter Druck und Verlag GmbH/Bote vom Grabfeld GmbH
(nach Beschwerde beim Kammergericht)
Beschluss des BKartA vom 29. Mai 1990, B6-22/90
Beschluss des KG vom 14. November 1990, Kart 14/90, WuW/E OLG 4637
 52. MAN AG + Daimler Benz AG/ENASA
(nach Rücknahme des Antrags auf Ministererlaubnis)
Beschluss des BKartA vom 13. Juli 1990, B5-271/89, WuW/E BKartA 2445
 53. GfB Gesellschaft für Beteiligungsbesitz mbH & Co.KG/Zeitungsverlag Iserlohner Kreisanzeiger und Zeitung (IKZ)
Wichelhoven Verlags-GmbH & Co.KG
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 9. August 1990, B6-116/89, WuW/E BKartA 2471
Beschluss des KG vom 12. Juni 1991, Kart 16/90, WuW/E OLG 4835
Beschluss des BGH vom 19. Januar 1993, KVR 32/91, WuW/E BGH 2882
 54. BayWa AG/WLZ Raiffeisen AG
(nach Ablehnung des Antrags auf Ministererlaubnis)
Beschluss des BKartA vom 27. Dezember 1991, B2-42/91, AG 1992, S. 130
Verfügung des BMWi vom 16. Juni 1992, WuW/E BMW 213
 55. Wandsbek Kurier Verlag GmbH/Stadt-Anzeiger Werbe- und Verlagsgesellschaft mbH, Leipzig
Beschluss des BKartA vom 26. Februar 1992, B6-157/91, WuW/E BKartA 2515
 56. Werner & Pfleiderer GmbH/Franz Daub und Söhne (GmbH & Co.)

(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)

Beschluss des BKartA vom 13. Mai 1992, B4-173/91, AG 1992, S. 406

Beschluss des KG vom 15. Dezember 1993, Kart 15/92, WuW/E OLG 5271

Beschluss des BGH vom 24. Oktober 1995, KVR 17/94, WuW/E BGH 3026

57. Gillette Company/Wilkinson Sword Europe

(nach Rücknahme der Beschwerde)

Beschluss des BKartA vom 23. Juli 1992, B5-42/90, AG 1992, S. 363

58. Zahnradfabrik Friedrichshafen AG/Allison Transmission Division

(nach Rücknahme der Beschwerde)

Beschluss des BKartA vom 15. April 1993, B5-117/92, WuW/E BKartA 2521

59. Fresenius/Schiwa

(nach Rücknahme der Rechtsbeschwerde)

Beschluss des BKartA vom 23. August 1993, B3-52/92, WuW/E BKartA 2591

Beschluss des KG vom 18. Oktober 1995, Kart 18/93, AG 1996, S. 268

60. Raiffeisen Hauptgenossenschaft Nord AG/Raiffeisen Haupt-Genossenschaft eG, Hannover

(Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof – beiderseitige Erledigungserklärung)

Beschluss des BKartA vom 20. September 1993, B2-35/93, AG 1993, S. 571

Beschluss des KG vom 9. November 1994, Kart 20/93, WuW/E OLG 5364

Beschluss des BGH vom 19. Dezember 1995, KVR 6/95, WuW/E BGH 3037

61. ATG Automobiltransportlogistik GmbH, Eschborn/Menke Holding GmbH & Co.KG/Silcock & Colling Ltd.

(nach Rücknahme der Beschwerde)

Beschluss des BKartA vom 20. Juni 1994, B9-2013/94, WuW/E BKartA 2659

62. Narva Speziallampen GmbH (Philips GmbH)/Lindner Licht GmbH

(Beschwerde vom Kammergericht zurückgewiesen, da kein Feststellungsinteresse nach Aufgabe des Vorhabens)

Beschluss des BKartA vom 11. August 1994, B7-56/94, WuW/E BKartA 2669

Beschluss des KG vom 6. September 1995, Kart 17/94, WuW/E OLG 5497

63. Hannover Braunschweigische Stromversorgungs-AG/Stadtwerke Garbsen GmbH

(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)

Beschluss des BKartA vom 30. September 1994, B8-111/94, WuW/E BKartA 2701

Beschluss des KG vom 10. Januar 1996, Kart 23/94, WuW/E OLG 5621

Beschluss des BGH vom 15. Juli 1997, KVR 21/96, WuW/E DE-R 32

64. Hochtief AG/Philipp Holzmann AG

(Erledigung in der Hauptsache)

Beschluss des BKartA vom 24. Januar 1995, B1-252/94, WuW/E BKartA 2729

Beschluss des KG vom 18. März 1998, Kart 3/95, WuW/E DE-R 94

65. RWE Energie AG/Stromversorgung Aggertal GmbH

(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)

Beschluss des BKartA vom 22. Februar 1995, B8-178/94, WuW/E BKartA 2713

Beschluss des KG vom 20. März 1996, Kart 4/95, WuW/E OLG 5601

Beschluss des BGH vom 15. Juli 1997, KVR 33/96, WuW/E DE-R 24

66. T & N plc/Kolbenschmidt AG

(nach Rücknahme der Beschwerde)

Beschluss des BKartA vom 6. Juli 1995, B5-25/95, WuW/E BKartA 2829

-
67. Société d'Application, Routières S.A./Limburger Lackfabrik GmbH
Beschluss des BKartA vom 12. Dezember 1995, B3-50/95, WuW/E BKartA 2820
68. WMF Württembergische Metallwarenfabrik AG/Auerhahn Besteckfabrik GmbH³
(Erledigungserklärung im Rechtsbeschwerdeverfahren)
Beschluss des BKartA vom 9. Februar 1996, B5-33/95, AG 1996, S. 282
Beschluss des KG vom 16. April 1997, Kart 2/96, WuW/E OLG 5879
69. Tukan Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG/Adolf Deil GmbH & Co. KG
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 23. Februar 1996, B6-51/95, AG 1996, S. 477
Beschluss des KG vom 12. März 1997, Kart 5/96, WuW/E OLG 5907
Beschluss des BGH vom 8. Dezember 1998, KVR 31/97, WuW/E DE-R 243
70. Veba Energiebeteiligungs-GmbH/Stadtwerke Bremen AG
Beschluss des BKartA vom 29. Mai 1996, B8-148/95, AG 1996, S. 378
71. Axel Springer Verlag/PSG Postdienst Service GmbH
Beschluss des BKartA vom 3. Januar 1997, B6-108/96, WuW/E BKartA 2909
72. Merck/KMF Laborchemie Handels GmbH
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 3. Juni 1997, B3-132/96, WuW/E BKartA 2905
73. Herlitz AG/Landré GmbH⁴
Beschluss des BKartA vom 6. Februar 1997, B10-54/96
Beschluss des KG vom 20. Oktober 1999, Kart 8/97
74. Potash Corporation of Saskatchewan (PCS)/Kali + Salz
(nach Ablehnung des Antrags auf Ministererlaubnis)
Beschluss des BKartA vom 27. Februar 1997, B3-103/96, WuW/E BKartA 2885
Verfügung des BMWi vom 22. Juli 1997, WuW/E BMW 225
75. Moksel/Südfleisch/Ost-Fleisch GmbH
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 21. August 1997, B2-13/97, WuW/E DE-V 9
Beschluss des KG vom 29. September 1999, Kart 23/97, WuW/E DE-R 439
Beschluss des BGH vom 8. Mai 2001, KVR 12/99, WuW/E DE-R 711
76. Axel Springer Verlag AG/Stilke Buch- und Zeitschriftenhandelsgesellschaft mH
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 6. November 1997, B6-136/96, WuW/E DE-V 1
Beschluss des KG vom 28. Oktober 1998, Kart 26/97, WuW/E DE-R 270
Beschluss des BGH vom 21. November 2000, KVR 16/99, WuW/E DE-R 607
77. Verlag Dierichs GmbH & Co. KG/Werra Verlag Kluthe KG
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 27. Januar 1998, B6-152/96, WuW/E DE-V 19

³ Das Verfahren wurde von beiden Parteien übereinstimmend für erledigt erklärt, weil der Zusammenschluss nach neuer Rechtslage nicht mehr kontrollpflichtig ist.

⁴ Nachdem das Rechtsbeschwerdeverfahren von den Verfahrensbeteiligten sechs Monate lang nicht weiter betrieben wurde, hat der Bundesgerichtshof die Weglegung der Akten nach § 7 Aktenordnung verfügt. Beim Bundeskartellamt wurde das Verfahren auf dieser Basis 2005 zu den Akten gelegt.

Beschluss des KG vom 23. Dezember 1998, Kart 13/98, WuW/E DE-R 317, 369

Beschluss des BGH vom 6. März 2001, KVR 18/99, WuW/E DE-R 668

- 78./79. Westdeutsche Allgemeine Zeitungsverlag GmbH & Co. Zeitschriften- und Beteiligungs KG/ Zeitungsverlag Iserlohn Iserlohner Kreisanzeiger und Zeitung (IKZ) Wichelhoven Verlags-GmbH & Co. KG⁵

(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)

Beschluss des BKartA vom 27. Februar 1998, B6-154/96, WuW/E DE-V 40

Beschluss des KG vom 16. Dezember 1998, Kart 14/98, WuW/E DE-R 336

Beschluss des BGH vom 21. November 2000, KVR 21/99, WuW/E DE-R 613

80. Bertelsmann AG/Premiere Medien GmbH & Co. KG

(nach Rücknahme der Beschwerde)

Beschluss des BKartA vom 1. Oktober 1998, B6-72/98, WuW/E DE-V 53

81. PTB Pay-TV Beteiligungs GmbH (Kirch-Gruppe)/Premiere Medien GmbH & Co. KG⁶

(nach Rücknahme der Beschwerde)

Beschluss des BKartA vom 1. Oktober 1998, B6-78/98, WuW/E DE-V 53

82. Thüringische Landeszeitung Verlag/R&B Werbe- und Verlagsgesellschaft mbH
(nach Rücknahme der Beschwerde)

Beschluss des BKartA vom 23. November 1998, B6-35/98

83. Betonschwellenwerk Coswig GmbH & Co. KG/Pfleiderer AG/Waiss & Freitag AG
(nach Rücknahme der Beschwerde)

Beschluss des BKartA vom 21. April 1999, B1-275/98, WuW/E DE-V 145

84. Henkel KGaA/Luhns GmbH

Beschluss des BKartA vom 20. September 1999, B3-20/99

85. Westdeutsche Allgemeine Zeitungsverlag GmbH & Co. Zeitschriften und Beteiligungs KG/OTZ Ostthüringer Zeitung Verlag GmbH & Co. KG

(nach Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf und Ablehnung der Nichtzulassungsbeschwerde)

Beschluss des BKartA vom 12. Januar 2000, B6-118/98

Beschluss des OLG Düsseldorf vom 31. Januar 2001, Kart 5/00, WuW/E DE-R 647

(Auflösungs-)Beschluss des BKartA vom 27. November 2003, B6-51/02, WuW/E DE-V 885

86. Melitta Bentz KG/Airflo Europe N.V./Schultink

(Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof)

Beschluss des BKartA vom 21. Juni 2000, B10-25/00, WuW/E DE-V 275

Beschluss des OLG Düsseldorf vom 30. April 2003, Kart 9/00 (V), WuW/E DE-R 1112

Beschluss des BGH vom 5. Oktober 2004, KVR 14/03, WuW/E DE-R 1355

Beschluss des OLG Düsseldorf vom 14. Juni 2006, VI-Kart 9/00 (V)

87. Sanacorp/Andrae-Noris Zahn/DG-Bank

(Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof)

Beschluss des BKartA vom 18. September 2001, B3-59/01

Beschluss des OLG Düsseldorf vom 30. Oktober 2002, Kart 40/01 (V), WuW/E DE-R 1033

Beschluss des BGH vom 13. Juli 2004, KVR 2/03, WuW/E DE-R 1301

⁵ Im vorliegenden Fall geht es formal um zwei Untersagungen. Mit Wirkung zum 1. Oktober 1992 und zum 1. Juli 1994 hatte die WAZ Anteilserwerbe an der IKZ durch eine dritte natürliche Person finanziert.

⁶ Das Verfahren wurde als einheitlicher Vorgang mit Bertelsmann/Premiere (Nr. 76) behandelt.

Beschluss des OLG Düsseldorf vom 29. September 2006, Kart 40/01 (V), WuW/E DE-R 1987

88. Deutsche Post AG/trans-o-flex Schnell-Lieferdienst GmbH
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 21. November 2001, B9-100/01, WuW/E DE-V 501
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 13. August 2003, Kart 52/01 (V), WuW/E DE-R 1149
Beschluss des BGH vom 21. Dezember 2004, KVR 26/03, WuW/E DE R 1419
89. Liberty/KDG
Beschluss des BKartA vom 22. Februar 2002, B7-168/01, WuW/E DE-V 558
90. Brunata/Viterra
Beschluss des BKartA vom 3. Juli 2002, B10-177/01, WuW/E DE-V 618
91. Holtzbrinck/Berliner Verlag
(nach Rücknahme des Antrags auf Ministererlaubnis)
Beschluss des BKartA vom 10. Dezember 2002, B6-98/02, WuW/E DE-V 695
92. K. Nehlsen, Rethmann Entsorgung,swb/Bremerhavener Entsorgungsgesellschaft
Beschluss des BKartA vom 17. Dezember 2002, B10-104/02, WuW/E DE-V 759
93. E.ON Energie AG/Stadtwerke Eschwege
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 12. September 2003, B8-21/03, WuW/E DE-V 823
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 6. Juni 2007, VI-2 Kart 7/04 (V), WuW/E DE-R 2093
Beschluss des BGH vom 11. November 2008, KVR 18/08, WuW/E DE-R 2451
94. E.ON Hanse/Stadtwerke Lübeck
Beschluss des BKartA vom 20. November 2003, B8-84/03, WuW/E DE-V 837
95. Holtzbrinck/Berliner Verlag II
(nach Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf)
Beschluss des BKartA vom 2. Februar 2004, B6-120/03, WuW/E DE-V 871
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 10. April 2004, VI-Kart 7/04 (V), WuW/E DE-R 1361
96. Synthes-Stratec/Mathys
(nach beidseitigen Erledigungserklärungen vom 26. Oktober 2004)
Beschluss des BKartA vom 24. März 2004, B4-167/03, WuW/E DE-V 931
97. Lausitzer Rundschau/Wochenkurier Verlagsgesellschaft
(nach Zurückweisung der Beschwerde durch das Oberlandesgericht Düsseldorf)
Beschluss des BKartA vom 2. April 2004, B6-81/03, WuW/E DE-V 977
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 24. November 2004, VI-2 Kart 10/04 (V), WuW/E DE-R 1390
98. Agrana/Atys
(Erledigung in der Hauptsache)
Beschluss des BKartA vom 21. April 2004, B2-160/03; WuW/E DE-V 923
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 17. November 2004, VI-Kart 13/04 (V), WuW/E DE-R 1435
99. Deutsche Bahn/KVS Saarlouis
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 9. Juni 2004, B9-16/04, WuW/E DE-V 937
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 4. Mai 2005, VI-Kart 19/04 (V), WuW/E DE-R 1495
Beschluss des BGH vom 11. Juli 2006, KVR 28/05, WuW/E DE-R 1797
100. Mainova AG/Aschaffener Versorgungs AG

(nach Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf)
Beschluss des BKartA vom 22. Juli 2004, B8-27/04, WuW/E DE-V 983
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 23. November 2005, Kart 14/04 (V), WuW/E DE-R 1639

101. G+J/RBA

(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 3. August 2004, B6-45/04, WuW/E DE-V 955
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 15. Juni 2005, VI-Kart 25/04 (V), WuW/E DE-R 1501
Beschluss des BGH vom 16. Januar 2007, KVR 12/06, WuW/E DE-R 1925

102. DuMont Schauberg/Bonner Zeitungsdruckerei

(nach Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf)
Beschluss des BKartA vom 8. September 2004, B6-27/04, WuW/E DE-V 968
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 6. Juli 2005, VI-Kart 26/04 (V), WuW/E DE-R 1581

103. Leggett & Platt/AGRO

(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 29. September 2004, B5-170/03, WuW/E DE-V 1048

104. Rethmann/Tönsmeier

(nach Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf und Ablehnung der Nichtzulassungsbeschwerde)
Beschluss des BKartA vom 16. November 2004, B10-74/04, WuW/E DE-V 995
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 2. November 2005, VI-Kart 30/04 (V), WuW/E DE-R 1625

105. S-W Verlag/Wochenspiegel (Mayen/Cochem/Zell)

Beschluss des BKartA vom 1. März 2005, B6-103/04, WuW/E DE-V 1135

106. Rhön-Klinikum AG/Kreiskrankenhäuser Bad Neustadt, Mellrichstadt

(nach Ablehnung des Antrags auf Ministererlaubnis und Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 10. März 2005, B10-123/04, WuW/E DE-V 1987
Verfügung des BMWi vom 22. Mai 2006
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 11. April 2007, VI-Kart 6/05 (V), WuW/E DE-R 1958
Beschluss des BGH vom 16. Januar 2008, KVR 26/07

107. Rhön-Klinikum/Krankenhaus Eisenhüttenstadt

(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 23. März 2005, B10-109/04

108. Volksfreund-Druckerei/TW Wochenspiegel

Beschluss des BKartA vom 31. Mai 2005, B6-106/04, WuW/E DE-V 1072

109. RUAG Deutschland GmbH/MEN Metallwerk Eisenhütte GmbH

(nach Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf)
Beschluss des BKartA vom 30. Juni 2005, B4-50/05, WuW/E DE-V 1081
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 3. Januar 2006, VI-Kart 14/05 (V), WuW/E DE-R 1654

110. Axel Springer/ProSiebenSat.1 Media

(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 19. Januar 2006, B6-103/05, WuW/E DE-V 1163
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 29. September 2006, VI-Kart 7/06 (V), WuW/E DE-R 1839
Beschluss des BGH vom 25. September 2007, KVR 30/06, WuW/E DE-R 2221
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 3. Dezember 2008, VI-Kart 7/06 (V), WuW/E DE-R 2593
Beschluss des BGH vom 8. Juni 2010, KVR 4/09, WuW/E DE-R 3067

111. Süddeutscher Verlag/„Südost-Kurier“

(nach Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf)

Beschluss des BKartA vom 26. Januar 2006, B6-138/05, WuW/E DE-V 1191

Beschluss des OLG Düsseldorf vom 14. März 2007, VI-Kart 8/06 (V), WuW/E DE-R 1973

112. Coherent/Excel Technology

(nach Rücknahme der Beschwerde)

Beschluss des BKartA vom 25. Oktober 2006, B7-97/06, WuW/DE-V 1325

113. RWE Energy/Saar Ferngas

(nach Rücknahme der Beschwerde)

Beschluss des BKartA vom 12. März 2007, B8-62/06, WuW/E DE-V 1357

114. LBK/Mariahilf

(nach Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf und Rücknahme des Antrags auf Ministererlaubnis)

Beschluss des Bundeskartellamtes vom 6. Juni 2007, B3-6/07, WuW/E DE-V 1407

Beschluss des OLG Düsseldorf vom 8. Oktober 2008, VI-Kart 10/07 (V)

115. Cargotec/CVS Ferrari

(nach Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde)

Beschluss des BKartA vom 24. August 2007, B5-51/07, WuW/E DE-V 1442

Beschluss des OLG Düsseldorf vom 7. Mai 2008, VI Kart 13/07 (V)

116. A-TEC Industries AG/Norddeutsche Affinerie AG

(nach Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf)

Beschluss des BKartA vom 27. Februar 2008, B5-198/07, WuW/E DE-V 1553

Beschluss des OLG Düsseldorf vom 12. November 2008, VI-Kart 5/08 (V), WuW/E DE-R 2462

117. Loose/Poelmeyer u. a.

(nach Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf)

Beschluss des BKartA vom 2. Juli 2008, B2-359/07, WuW/E DE-V 1591

Beschluss des OLG Düsseldorf vom 27. Mai 2009, VI-Kart 10/08

118. Intermedia/Health & Beauty

Beschluss des BKartA vom 29. August 2008, B6-52/08, WuW/E DE-V 1643

119. Assa Abloy AB/SimonsVoss AG

(nach Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf)

Beschluss des BKartA vom 5. November 2008, B5-25/08, WuW/E DE-V 1652

Beschluss des OLG Düsseldorf vom 21. Oktober 2009, VI-Kart 14/08, WuW/E DE-R 2885

120. Total Deutschland GmbH/OMV Deutschland GmbH

(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)

Beschluss des BKartA vom 29. April 2009, B8-175/08, WuW/E DE-V 1719

Beschluss des OLG Düsseldorf vom 4. August 2010, VI-2 Kart 6/09 (V), WuW/E DE-R 3000

Beschluss des BGH vom 6. Dezember 2011, KVR 95/10, BGHZ 192, 18

121. Gesundheit Nordhessen/Gesundheitsholding Werra-Meißner-Kreis

Beschluss des BKartA vom 18. Juni 2009, B3-215/08, WuW/E DE-V 1734

Beschluss des OLG Düsseldorf vom 15. Oktober 2010, VI-Kart 6/09 (V)

Beschluss des BGH vom 8. November 2011, KVZ 14/11

122. Magna Car Top Systems GmbH/Karmann GmbH

(Erledigung in der Hauptsache)

Beschluss des BKartA vom 21. Mai 2010, B9-13/10

-
123. ProSiebenSat1 Media AG/RTL Interactive GmbH
Beschluss des BKartA vom 17. März 2011, B6-94/10
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 8. August 2012, VI-Kart 4/11 (V)
124. Tönnies Holding GmbH & Co. KG/Heinz Tummel GmbH & Co. KG
Beschluss des BKartA vom 16. November 2011, B2-36/11
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 1. Juli 2015, VI Kart 8/11
125. GU Haspa Finanzholding/Kreissparkasse Herzogtum Lauenburg/Kreis Herzogtum Lauenburg
Beschluss des BKartA vom 28. Februar 2012, B4-51/11
126. Xella International Holdings S.a.r.l./H+H International A/S
Beschluss des BKartA vom 12. März 2012, B1-30/11
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 25. November 2013, VI-Kart 4/12 (V)
Beschluss des BGH vom 23. September 2014, KVZ 82/13
127. Klinikum Worms GmbH/HDV gemeinnützige GmbH
Beschluss des BKartA vom 5. September 2012, B3-43/12
128. Lenzing AG / Kelheim Hygiene Fibres GmbH
Beschluss des BKartA vom 22. November 2012, B3-64/12
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 15. Mai 2013, VI-Kart 10/12 (V), NZKart 2013, 299-300 = WuW/E DE-R 3943-3946
Beschluss des BGH vom 21. Januar 2014, KVR 38/13, NZKart 2014, 149-151 = WuW/E DE-R 4135-4138
129. Kabel Deutschland Holding AG/Tele Columbus GmbH
Beschluss des BKartA vom 22. Februar 2013, B7-70/12
130. Klinikum Esslingen/Kreiskliniken Esslingen
Beschluss des BKartA vom 14. Mai 2014, B3-135/13
131. CTS EVENTIM AG & Co. KGaA/Four Artists Booking Agentur GmbH
Beschluss des BKartA vom 23. November 2017, B6-35/17
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 5. Dezember 2018, VI-Kart 3/18 (V)
Beschluss des BGH vom 24. März 2020, KVZ 3/19
Beschluss des BGH vom 12. Januar 2021, KVR 34/20
132. Heidelberger Druckmaschinen AG/HB Vermögensverwaltungsgesellschaft mbH & Co. KG
Beschluss des BKartA vom 6. Mai 2019, B5-185/18
133. REMONDIS SE & Co. KG/DSD – Duales System Holding GmbH & Co. KG
Beschluss des BKartA vom 11. Juli 2019, B4-21/19
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 22. April 2020, VI-Kart 3/19 (V)
134. Loomis AB/Ziemann Sicherheit Holding GmbH
Beschluss des BKartA vom 17. Dezember 2019, B9-80/19
135. ACO Severin Ahlmann GmbH & Co. KG/ BIRCO GmbH
Beschluss des BKartA vom 13. Januar 2022, B1-137/21

Gegen eine Untersagung läuft ein Beschwerdeverfahren beim Oberlandesgericht

FUNKE Mediengruppe GmbH & Co. KGaA/OTZ OSTTHÜRINGER ZEITUNG Verlag GmbH & Co. KG

Beschluss des BKartA vom 28. September 2021, V-36/20. Gegen den Beschluss wurde Beschwerde beim OLG Düsseldorf eingelegt, die sich – nach Aufgabe des Zusammenschlussvorhabens – in der Hauptsache erledigt hat, aber als Fortsetzungsfeststellungsbeschwerde weiterverfolgt wird, VI-Kart 10/21 (V).

17 Beschlüsse wurden vom Bundeskartellamt zurückgenommen

1. Bitumenverkaufsgesellschaft
(nach Änderung im Beschwerdeverfahren)
Beschluss des BKartA vom 29. Mai 1974, B8-95/73, WuW/E BKartA 1517
2. Mannesmann AG/Brüninghaus Hydraulik GmbH
(Erledigungserklärung nach Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 18. Mai 1977, B7-86/76, WuW/E BKartA 1685
Beschluss des KG vom 18. Mai 1979, Kart 13/77, WuW/E OLG 2120
Beschluss des BGH vom 24. Juni 1980, KVR 5/79, WuW/E BGH 1711
3. Klöckner-Werke AG/Becorit Grubenausbau GmbH
(Erledigungserklärung nach Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 15. Dezember 1978, B7-20/78, WuW/E BKartA 1831
Beschluss des KG vom 28. August 1979, Kart 4/79, WuW/E OLG 2182
Beschluss des BGH vom 2. Dezember 1980, KVR 1/80, WuW/E BGH 1749
4. Mobil Oil AG/Wilh. Mertl
Beschluss des BKartA vom 8. Dezember 1980, B8-128/80, AG 1981, S. 290
5. Deutsche Total GmbH/Mineralölhandel Speier
Beschluss des BKartA vom 17. August 1981, B8-66/81, TB BKartA 1981/82, S. 41
6. Philip Morris Inc./Rothmans Tobacco Holding Ltd.
(nach Änderung des Zusammenschlusses erneute Untersagung)
Beschluss des BKartA vom 24. Februar 1982, B6-49/81, WuW/E BKartA 1943
Beschluss des KG vom 1. Juli 1983, Kart 16/82, WuW/E OLG 3051
Beschluss des BKartA vom 9. Juli 1985, B6-71/85, WuW/E BKartA 2204
Beschluss des BGH vom 29. Oktober 1985, KVR 1/84, WuW/E BGH 2211
7. Metro Vermögensverwaltung GmbH & Co. KG/Kaufhof AG
(Erledigungserklärung nach Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 20. Juni 1983, B9-2056/82, WuW/E BKartA 2060
Beschluss des KG vom 16. Oktober 1984, Kart 14/83, WuW/E OLG 3367
Beschluss des BGH vom 11. März 1986, KVR 2/85, WuW/E BGH 2231
8. Klöckner-Werke AG/Seitz Enzinger Noll Maschinenbau AG
(nach Rücknahme des Antrags auf Ministererlaubnis; Beschwerde eingelegt, aber zurückgenommen nach Erklärung des Bundeskartellamtes, aus dem Untersagungsbeschluss keine Rechte mehr geltend zu machen)
Beschluss des BKartA vom 10. Oktober 1984, B7-106/83, WuW/E BKartA 2178
9. Badenwerk AG/Energie- und Wasserwerke Rhein-Neckar AG – Gasversorgung
Beschluss des BKartA vom 13. Mai 1985, B8-236/84, AG 1985, S. 337
10. Vereinigte Elektrizitätswerke Westfalen AG – BGE Beteiligungsges. für Energieunternehmen/Ruhrkohle AG
(nach Ablehnung des Antrags auf Ministererlaubnis wegen Formfehlers;
Beschwerde eingelegt; Untersagung zurückgenommen)
Beschluss des BKartA vom 19. Juni 1985, B8-31/85, AG 1986, S. 335

Verfügung des BMWi vom 20. Februar 1986, WuW/E BWM 185

11. Westdeutsche Allgemeine Zeitungsverlagsges. mbH & Co./Borbecker Nachrichten + Werdener Nachrichten Wilhelm Wimmer GmbH & Co.KG⁷
(nach Erledigungserklärung im Beschwerdeverfahren)
Beschluss des BKartA vom 19. Mai 1987, B6-88/86, AG 1987, S. 354
12. Messer Griesheim GmbH/Buse Gase GmbH
(nach Änderung, im Beschwerdeverfahren)
Beschluss des BKartA vom 2. August 1988, B3-35/88, WuW/E BKartA 2319
13. Nordfleisch e. G. Raiffeisen Vieh- und Fleischzentrale Schleswig-Holstein/Centralgenossenschaft Vieh und Fleisch e. G.
(nach Änderung, im Beschwerdeverfahren)
Beschluss des BKartA vom 30. November 1989, B2-75/89, WuW/E BKartA 2428
14. Axel Springer Verlag AG/Erich Lezinsky Verlag und Buchdruckerei GmbH
(nach Erledigungserklärung im Beschwerdeverfahren)
Beschluss des BKartA vom 14. Mai 1990, B6-56/89, WuW/E BKartA 2497
15. Bayerische Asphalt-Mischwerke GmbH & Co. Kommanditgesellschaft für Straßenbaustoffe/H + W Asphalt-Mischwerke GmbH
(nach Erledigungserklärung im Beschwerdeverfahren)
Beschluss des BKartA vom 1. Oktober 1990, B1-104/88, WuW/E BKartA 2488
16. Westdeutsche Allgemeine Zeitungsverlag GmbH & Co. Zeitschriften und Beteiligungs KG/Ostthüringer Nachrichten Verlag GmbH & Co.KG
(Erledigung in der Hauptsache)
Beschluss des BKartA vom 25. Oktober 1990, B6-103/90, WuW/E BKartA 2483
17. Gebr. Gerstenberg GmbH & Co./Druckerei und Verlag E. Jungfer GmbH & Co. KG - Sarstedter Kurier-Kreisanzeiger
(Rücknahme der Beschwerde, Erledigungserklärung durch das Bundeskartellamt)
Beschluss des BKartA vom 17. Januar 1994, B6-153/92, WuW/E BKartA 2641

31 Verfügungen wurden rechtskräftig aufgehoben

1. Johnson/Hahn
Beschluss des BKartA vom 18. November 1974, B8-259/74, WuW/E BKartA 1561
Beschluss des KG vom 16. Februar 1976, Kart 4/75, WuW/E OLG 1712
2. Teerbau/Makadam
(nach Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof vom Kammergericht aufgehoben)
Beschluss des BKartA vom 24. Mai 1978, B6-108/77, WuW/E BKartA 1753
Beschluss des KG vom 10. Januar 1979, Kart 17/78, WuW/E OLG 2093
Beschluss des BGH vom 12. Februar 1980, KVR 4/79, WuW/E BGH 1763
Beschluss des KG vom 9. Dezember 1981, Kart 13/80, WuW/E OLG 2633
3. RWE/Stadt Leverkusen
Beschluss des BKartA vom 30. Juni 1978, B8-78/77, WuW/E BKartA 1727
Beschluss des KG vom 19. September 1979, Kart 20/78, WuW/E OLG 2202

⁷ Das ursprüngliche Vorhaben wurde umstrukturiert. Vgl. Monopolkommission, VII. Hauptgutachten 1986/1987, Die Wettbewerbsordnung erweitern, Baden-Baden 1988, Tz. 372.

4. Deutscher TransportbetonVertrieb GmbH, Ratingen/Transportbeton-Vertrieb Sauerland GmbH
(nach Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof vom Kammergericht aufgehoben)
Beschluss des BKartA vom 21. September 1978, B6-184/77, WuW/E BKartA 1771
Beschluss des KG vom 24. Oktober 1979, Kart 25/78, WuW/E OLG 2265
Beschluss des BGH vom 22. Juni 1981, KVR 7/80, WuW/E BGH 1810
Beschluss des KG vom 12. März 1982, Kart 33/81, WuW/E OLG 2655
5. Deutscher TransportbetonVertrieb GmbH, Ratingen/Verkaufsbüro Siegerländer Transportbeton GmbH & Co. KG
(nach Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof vom Kammergericht aufgehoben)
Beschluss des BKartA vom 21. September 1978, B6-172/77, WuW/E BKartA 1779
Beschluss des KG vom 24. Oktober 1979, Kart 24/78, WuW/E OLG 2259
Beschluss des BGH vom 22. Juni 1981, KVR 7/80, WuW/E BGH 1810
Beschluss des KG vom 12. März 1982, Kart 33/81, WuW/E OLG 2655
6. Tonolli International B.V./Blei- und Silberhütte Braubach GmbH
Beschluss des BKartA vom 30. März 1979, B8-137/78, WuW/E BKartA 1799
Beschluss des KG vom 16. Januar 1980, Kart 14/79, WuW/E OLG 2234
Beschluss des BGH vom 22. Juni 1981, KVR 5/80, WuW/E BGH 1824
7. Braun Melsungen AG/Almo-Erzeugnisse Erwin Busch GmbH
Beschluss des BKartA vom 24. Juni 1980, B8-45/79, WuW/E BKartA 1853
Beschluss des KG vom 26. Mai 1981, Kart 14/80, WuW/E OLG 2539
Beschluss des BGH vom 29. Juni 1982, KVR 7/81, WuW/E BGH 1949
8. Hastra Hannover-Braunschweigische Stromversorgungs-AG (Veba)/ Stadt Wolfenbüttel GmbH
Beschluss des BKartA vom 29. Juli 1980, B8-132/79, WuW/E BKartA 1857
Beschluss des KG vom 16. Juni 1981, Kart 15/80, WuW/E OLG 2507
9. Bayer AG/Firestone France S.A.
Beschluss des BKartA vom 23. September 1980, B8-45/80, WuW/E BKartA 1837
Beschluss des KG vom 26. November 1980, Kart 17/80, WuW/E OLG 2411
10. Deutsche Texaco AG/Zerssen & Co.
Beschluss des BKartA vom 28. Oktober 1980, B8-50/80, WuW/E BKartA 1840
Beschluss des KG vom 2. Juli 1982, Kart 21/80, WuW/E OLG 2663
Beschluss des BGH vom 4. Oktober 1983, KVR 3/82, WuW/E BGH 2025
11. Vereinigte Elektrizitätswerke Westfalen AG/Gelsenwasser AG
Beschluss des BKartA vom 5. Dezember 1980, B8-136/80, AG 1981, S. 314
Beschluss des KG vom 14. April 1982, Kart 23/80, WuW/E OLG 2677
Beschluss des BGH vom 19. April 1983, KVR 1/82, WuW/E BGH 2013
12. Maschinenfabrik Buckau R. Wolf AG (Krupp)/Total-Kidde Gaslöschanlagen
Beschluss des BKartA vom 31. März 1981, B7-92/80, WuW/E BKartA 1882
Beschluss des KG vom 30. März 1983, Kart 25/81, WuW/E OLG 2887
13. Hussel Holding AG/Mara Kosmetik Parfümerie- und Drogerie GmbH
Beschluss des BKartA vom 29. Juni 1981, B8-159/80, WuW/E BKartA 1897
Beschluss des KG vom 24. April 1985, Kart 34/81, WuW/E OLG 3577
Beschluss des BGH vom 18. November 1986, KVR 9/85, WuW/E BGH 2337
14. Verlagsgruppe Georg v. Holtzbrinck GmbH/Rowohlt Verlag GmbH
Beschluss des BKartA vom 19. Oktober 1981, B6-76/81, AG 1982, S. 79
Beschluss des KG vom 13. Oktober 1982, Kart 51/81, WuW/E OLG 2825

-
15. Co op Schleswig-Holstein e.G./Deutscher Supermarkt Handels-GmbH
Beschluss des BKartA vom 23. August 1983, B9-2037/82, WuW/E BKartA 2114
Beschluss des KG vom 22. Mai 1985, Kart 21/83, WuW/E OLG 3591
Beschluss des BGH vom 24. März 1987, KVR 10/85, WuW/E BGH 2389
 16. Thüringer Gas AG/Stadtwerke Westerland
Beschluss des BKartA vom 9. September 1983, B8-79/83, WuW/E BKartA 2110
Beschluss des KG vom 18. Februar 1985, Kart 24/83, WuW/E OLG 3469
 17. Energie-Versorgung Schwaben AG/Technische Werke der Stadt Stuttgart AG
Beschluss des BKartA vom 23. März 1984, B8-91/83, WuW/E BKartA 2157
Beschluss des KG vom 28. Dezember 1984, Kart 6/84, WuW/E OLG 3443
 18. Co op AG/H. Wandmaker GmbH
Beschluss des BKartA vom 14. August 1984, B9-2006/84, WuW/E BKartA 2161
Beschluss des KG vom 5. November 1986, Kart 15/84, WuW/E OLG 3917
 19. Axel Springer Verlag + Axel Springer Gesellschaft für Publizistik GmbH & Co. KG/ Kieler Zeitung, Verlags- und Druckerei KG GmbH & Co
Beschluss des BKartA vom 29. April 1987, B6-111/86, WuW/E BKartA 2259
Beschluss des KG vom 4. Dezember 1987, Kart 32/87, WuW/E OLG 4075
Beschluss des BGH vom 19. Dezember 1989, KVR 2/88, WuW/E BGH 2620
 20. Flensburger Zeitungsverlag GmbH/Schleswig-Holsteinische Landeszeitung Heinz Müller KG
Beschluss des BKartA vom 20. Mai 1988, B6-30/87, WuW/E BKartA 2292
Beschluss des KG vom 1. März 1989, Kart 14/88, WuW/E OLG 4379
 21. Linde AG/Lansing GmbH
Beschluss des BKartA vom 3. März 1989, B4-123/88, WuW/E BKartA 2363
Beschluss des KG vom 22. März 1990, Kart 6/89, WuW/E OLG 4537
Beschluss des BGH vom 10. Dezember 1991, KVR 2/90, WuW/E BGH 2731
 22. Kaufhof AG/Saturn Elektro-Handelsgesellschaft mbH - Hansa-Foto Handelsgesellschaft
Beschluss des BKartA vom 23. Oktober 1989, B9-2050/88, WuW/E BKartA 2437
Beschluss des KG vom 26. Oktober 1990, Kart 29/89, WuW/E OLG 4657
Beschluss des BGH vom 28. April 1992, KVR 9/91, WuW/E BGH 2771
 23. Radio Ton-Regional/Lokalradio Services
(nach Rückverweisung durch den BGH erneut vom OLG Düsseldorf aufgehoben)
Beschluss des BKartA vom 23. April 2004, B6-56/03, WuW/E DE-V 1011
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 6. Oktober 2004, VI-Kart 14/04 (V), WuW/E DE-R 1413
Beschluss des BGH vom 7. November 2006, KVR 39/05, WuW/E DE-R 1890
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 30. April 2008, VI Kart 14/04 (V)
 24. G+J/Lizenz für National Geographic
Beschluss des BKartA vom 2. August 2004, B6-26/04, WuW/E DE-V 947
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 15. Juni 2005, VI-Kart 24/04 (V), WuW/E DE-R 1504
Beschluss des BGH vom 10. Oktober 2006, KVR 32/05, WuW/E DE-R 1979
 25. MSV Medien Spezial Vertrieb GmbH & Co. KG/Presse Vertrieb Nord KG
Beschluss des BKartA vom 27. Oktober 2005, B6-86/05, WuW/E DE-V 1135
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 28. Juni 2006, VI-Kart 18/05 (V), WuW/E DE-R 1805
 26. DuPont/Pedex
Beschluss des BKartA vom 15. März 2006, B3-136/05, WuW/E DE-V 1247

Beschluss des OLG Düsseldorf vom 22. Dezember 2006, VI-Kart 10/06 (V), WuW/E DE-R 1881

27. Sulzer/Kelmix

Beschluss des BKartA vom 14. Februar 2007, B5-10/07, WuW/E DE-V 1163

Beschluss des OLG Düsseldorf vom 5. März 2007, VI-Kart 3/07 (V), WuW/E DE-R 1931

Beschluss des BGH vom 25. September 2007, KVR 19/07, WuW/E DE-R 2133

28. Phonak/GN ReSound

(nach Verfahren zum einstweiligen Rechtsschutz und (Fortsetzungsfeststellungs-)Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf, Aufhebung des Untersagungsbeschlusses durch den Bundesgerichtshof)

Beschluss des BKartA vom 11. April 2007, B3-578/06, WuW/DE-V 1365

Beschluss des OLG Düsseldorf vom 8. August 2007, VI-Kart 8/07 (V), WuW/E DE-R 2069

Beschluss des OLG Düsseldorf vom 26. November 2008, VI-Kart 8/07 (V), WuW/E DE-R 2477

Beschluss des BGH vom 20. April 2010, KVR 1/09, WuW/E DE-R 2905

29. Faber/BAG/AML

(nach Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof vom Oberlandesgericht Düsseldorf aufgehoben)

Beschluss des BKartA vom 15. November 2007, B1-190/07, WuW/E DE-V 1507

Beschluss des OLG Düsseldorf vom 26. Februar 2008, VI-Kart 18-07

Beschluss des BGH vom 14. Oktober 2008, KVR 60/07, WuW/E DE-R 2507

Beschluss des OLG Düsseldorf vom 29. April 2009, VI-Kart 18/07 (V), WuW/E DE-R 2622

30. LRP/Lotto Rheinland-Pfalz

Beschluss des BKartA vom 29. November 2007, B6-158/07, WuW/E DE-V 1517

Beschluss des OLG Düsseldorf vom 17. September 2008, VI-Kart 19/07 (V), WuW/E DE-R 2304

31. Neue Pressegesellschaft/Zeitungsverlag Schwäbisch Hall

Beschluss des BKartA vom 21. April 2009, B6-150/08, WuW/E DE-V 1071

Beschluss des OLG Düsseldorf vom 22. Dezember 2010, VI Kart 4/09 (V), WuW/E DE-R 3173

Zehn Untersagungsfälle wurden vom Bundesminister für Wirtschaft vollständig oder mit Nebenbestimmungen genehmigt⁸

1. Veba/Gelsenberg

Beschluss des BKartA vom 7. Januar 1974, B8-33/73, WuW/E BKartA 1457

Verfügung des BMWi vom 1. Februar 1974, WuW/E BWM 147

2. Babcock/Artos

Beschluss des BKartA vom 25. März 1976, B7-127/75, WuW/E BKartA 1653

Verfügung des BMWi vom 17. Oktober 1976, WuW/E BWM 155 (Erlaubnis mit Nebenbestimmungen)

3. Rheinstahl (Thyssen)/Hüller

Beschluss des BKartA vom 17. Dezember 1976, B7-36/76, WuW/E BKartA 1657

Verfügung des BMWi vom 1. August 1977, WuW/E BWM 159 (Teilerlaubnis)

Beschluss des KG vom 7. Februar 1978, Kart 2/77, WuW/E OLG 1921

Beschluss des KG vom 7. Februar 1978, Kart 15/77, WuW/E OLG 1937

4. BP/Veba

Beschluss des BKartA vom 27. September 1978, B8-92/78, WuW/E BKartA 1719

⁸ Diese Fälle werden nicht unter den rechtskräftigen, zurückgenommenen oder aufgehobenen Untersagungen des Bundeskartellamtes aufgeführt. Sie sind jedoch in der Gesamtzahl der bisher untersagten Zusammenschlüsse enthalten (Stand Ende Mai 2022: 195).

Verfügung des BMWi vom 5. März 1979, WuW/E BWM 165 (Erlaubnis mit Nebenbestimmungen)

5. IBH Holding/Wibau Maschinenfabrik Hartmann AG
Beschluss des BKartA vom 3. Juli 1981, B7-44/80, WuW/E BKartA 1892
Verfügung des BMWi vom 9. Dezember 1981, WuW/E BWM 177
6. Daimler-Benz AG/Messerschmitt-Bölkow-Blohm GmbH
Beschluss des BKartA vom 17. April 1989, B7-137/88, WuW/E BKartA 2335
Verfügung des BMWi vom 6. September 1989, WuW/E BWM 191 (Erlaubnis mit Nebenbestimmungen)
7. E.ON/Ruhrgas⁹
Beschluss des BKartA vom 17. Januar 2002, B8-109/01 (E.ON/Gelsenberg), WuW/E DE-V 511
Beschluss des BKartA vom 26. Februar 2002, B8-149/01 (E.ON/Bergemann), WuW/E DE-V 533
Verfügung des BMWi vom 5. Juli 2002, WuW/E DE-V 573
Verfügung des BMWi vom 18. September 2002 (modifiziert), WuW/E DE-V 643 (Erlaubnis mit Nebenbestimmungen)
8. Universitätsklinikum Greifswald/Kreiskrankenhaus Wolgast¹⁰
Beschluss des BKartA vom 11. Dezember 2006, B3-1002/06
Verfügung des BMWi vom 17. April 2008, WuW/E DE-V 1691
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 7. Mai 2008, VI Kart 1/07 (V)
9. Edeka/Kaiser's Tengelmann
Beschluss des BKartA vom 31. März 2014, B2-96/14
Verfügung des BMWi vom 9. März 2016, I B 2 – 220850/01

Die beim OLG Düsseldorf gegen die Ministererlaubnis eingelegten Beschwerden sind zurückgenommen worden, VI-Kart 4/16 (V).

Das OLG Düsseldorf hat die gegen den Beschluss des Bundeskartellamtes eingelegten Beschwerden, die teilweise als Fortsetzungsfeststellungsbeschwerden weiterverfolgt wurden, mit Beschluss vom 23. August 2017, VI-Kart 5/16 (V), zurückgewiesen. Die Nichtzulassungsbeschwerde wurde vom Bundesgerichtshof mit Beschluss vom 11. Dezember, KVR 65/17, zurückgewiesen.
10. Miba/Zollern
Beschluss des BKartA vom 17. Januar 2019, B5-29/18
Verfügung des BMWi vom 19. August 2019, I B 2 – 20302/14–02 (Erlaubnis mit Nebenbestimmungen)

In sechs Fällen wurde die Ministererlaubnis versagt¹¹

1. Kaiser/Preussag Aluminium
Beschluss des BKartA vom 23. Dezember 1974, B8-251/74, WuW/E BKartA 1571
Verfügung des BMWi vom 26. Juni 1975, WuW/E BWM 149)

⁹ Die beiden Fälle E.ON/Gelsenberg und E.ON/Bergemann wurden zu einem Ministererlaubnisverfahren (E.ON/Ruhrgas) zusammengefasst. In der Gesamtzahl der bisher untersagten Zusammenschlüsse sind sie jedoch weiterhin als zwei Untersagungen enthalten.

¹⁰ Obgleich der Zusammenschluss durch die Erteilung der Ministererlaubnis freigegeben wurde, hat das Bundeskartellamt Rechtsbeschwerde gegen die Aufhebung der Untersagungsverfügung durch das Oberlandesgericht Düsseldorf eingereicht, da in diesem Fall in einzelnen Rechtsfragen grundsätzlicher Klärungsbedarf bestand. Die Ministererlaubnis ist im Laufe des Rechtsbeschwerdeverfahrens bestandskräftig geworden. Daraufhin haben die Beschwerdeführerin und das Bundeskartellamt die Beschwerde übereinstimmend für erledigt erklärt.

¹¹ Diese Fälle werden unter den rechtskräftigen bzw. zurückgenommenen Untersagungen des Bundeskartellamtes aufgeführt.

2. Vereinigte Elektrizitätswerke Westfalen AG - BGE Beteiligungsges. für Energieunternehmen/Ruhrkohle AG
Beschluss des BKartA vom 19. Juni 1985, B8-31/85, AG 1986, S. 335
Verfügung des BMWi vom 20. Februar 1986, WuW/E BWM 185
3. MAN B&W Diesel AG/Gebr. Sulzer AG
Beschluss des BKartA vom 23. August 1989, B4-64/89, WuW/E BKartA 2405
Verfügung des BMWi vom 24. Januar 1990, WuW/E BWM 207
4. BayWa AG/WLZ Raiffeisen AG
Beschluss des BKartA vom 27. Dezember 1991, B2-42/91, AG 1992, S. 130
Verfügung des BMWi vom 16. Juni 1992, WuW/E BWM 213
5. Potash Corporation of Saskatchewan (PCS)/Kali + Salz
Beschluss des BKartA vom 27. Februar 1997, B3-103/96, WuW/E BKartA 2885
Verfügung des BMWi vom 22. Juli 1997, WuW/E BWM 225
6. Rhön-Klinikum AG/Kreiskrankenhäuser Bad Neustadt, Mellrichstadt¹²
Beschluss des BKartA vom 10. März 2005, B10-123/04, WuW/E DE-V 1987
Verfügung des BMWi vom 22. Mai 2006

*In sieben Fällen wurden die Anträge auf Ministererlaubnis zurückgenommen*¹³

1. GKN/Sachs
Beschluss des BKartA vom 12. Mai 1976, B7-67/75, WuW/E BKartA 1625
Beschluss des KG vom 1. Dezember 1976, Kart 51/76, WuW/E OLG 1745
Beschluss des BGH vom 21. Februar 1978, KVR 4/77, WuW/E BGH 1501
2. VPM Rheinmetall Plastikmaschinen GmbH/Württembergische Metallwarenfabrik
Beschluss des BKartA vom 4. März 1981, B7-35/80, WuW/E BKartA 1867
Beschluss des KG vom 9. September 1983, Kart 19/81, WuW/E OLG 3137
Beschluss des BGH vom 25. Juni 1985, KVR 3/84, WuW/E BGH 2150
3. Burda GmbH/Axel Springer Gesellschaft für Publizistik KG
Beschluss des BKartA vom 23. Oktober 1981, B6-47/81, WuW/E BKartA 1921
4. Klöckner-Werke AG/Seitz Enzinger Noll Maschinenbau AG
Beschluss des BKartA vom 10. Oktober 1984, B7-106/83, WuW/E BKartA 2178
5. MAN AG + Daimler Benz AG/ENASA
Beschluss des BKartA vom 13. Juli 1990, B5-271/89, WuW/E BKartA 2445
6. Holtzbrinck/Berliner Verlag
Beschluss des BKartA vom 10. Dezember 2002, B6-98/02, WuW/E DE-V 695
7. LBK Hamburg/Mariahilf
Beschluss des BKartA vom 6. Juni 2007, B3-6/07, WuW/E DE-V 1407

¹² Die Ministererlaubnis war vom Landkreis Rhön-Grabfeld beantragt worden; unabhängig davon hat die Rhön-Klinikum AG Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf eingelegt, die zurückgewiesen wurde. Die anschließende Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof hatte ebenfalls keinen Erfolg. Der Fall wird daher bei den rechtskräftigen Untersagungen unter der Nr. 105 aufgeführt.

¹³ Diese Fälle werden unter den rechtskräftigen bzw. zurückgenommenen Untersagungen des Bundeskartellamtes aufgeführt.

E. Gutachten der Monopolkommission

Hauptgutachten

- Hauptgutachten XXIII: (2018/2019): Wettbewerb 2020
- Hauptgutachten XXII: (2016/2017): Wettbewerb 2018
- Hauptgutachten XXI: (2014/2015): Wettbewerb 2016
- Hauptgutachten XX: (2012/2013): Eine Wettbewerbsordnung für die Finanzmärkte
- Hauptgutachten XIX: (2010/2011): Stärkung des Wettbewerbs bei Handel und Dienstleistungen
- Hauptgutachten XVIII: (2008/2009): Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen
- Hauptgutachten XVII: (2006/2007): Weniger Staat, mehr Wettbewerb
- Hauptgutachten XVI: (2004/2005): Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungssektor!
- Hauptgutachten XV: (2002/2003): Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“
- Hauptgutachten XIV: (2000/2001): Netzwettbewerb durch Regulierung
- Hauptgutachten XIII: (1998/1999): Wettbewerbspolitik in Netzstrukturen
- Hauptgutachten XII: (1996/1997): Marktöffnung umfassend verwirklichen
- Hauptgutachten XI: (1994/1995): Wettbewerbspolitik in Zeiten des Umbruchs
- Hauptgutachten X: (1992/1993): Mehr Wettbewerb auf allen Märkten
- Hauptgutachten IX: (1990/1991): Wettbewerbspolitik oder Industriepolitik
- Hauptgutachten VIII: (1988/1989): Wettbewerbspolitik vor neuen Herausforderungen
- Hauptgutachten VII: (1986/1987): Die Wettbewerbsordnung erweitern
- Hauptgutachten VI: (1984/1985): Gesamtwirtschaftliche Chancen und Risiken wachsender Unternehmensgrößen
- Hauptgutachten V: (1982/1983): Ökonomische Kriterien für die Rechtsanwendung
- Hauptgutachten IV: (1980/1981): Fortschritte bei der Konzentrationserfassung
- Hauptgutachten III: (1978/1979): Fusionskontrolle bleibt vorrangig
- Hauptgutachten II: (1976/1977): Fortschreitende Konzentration bei Großunternehmen
- Hauptgutachten I: (1973/1975): Mehr Wettbewerb ist möglich

Sektorgutachten Bahn

8. Sektorgutachten Bahn (2021): Bahn 2021: Wettbewerb in den Takt!
7. Sektorgutachten Bahn (2019): Mehr Qualität und Wettbewerb auf die Schiene
6. Sektorgutachten Bahn (2017): Wettbewerbspolitische Baustellen (ehem. SG 76)
5. Sektorgutachten Bahn (2015): Wettbewerbspolitik aus der Spur? (ehem. SG 69)
4. Sektorgutachten Bahn (2013): Reform zügig umsetzen! (ehem. SG 64)

-
3. Sektorgutachten Bahn (2011): Wettbewerbspolitik unter Zugzwang (ehem. SG 60)
2. Sektorgutachten Bahn (2009): Wettbewerb erfordert Weichenstellung (ehem. SG 55)
1. Sektorgutachten Bahn (2007): Wettbewerbs- und Regulierungsversuche im Eisenbahnverkehr (ehem. SG 48)
-

Sektorgutachten Energie

8. Sektorgutachten Energie (2021): Energie 2021: Wettbewerbschancen bei Strombörsen, E-Ladesäulen und Wasserstoff nutzen
7. Sektorgutachten Energie (2019): Wettbewerb mit neuer Energie
6. Sektorgutachten Energie (2017): Gezielt vorgehen, Stückwerk vermeiden (ehem. SG 77)
5. Sektorgutachten Energie (2015): Ein wettbewerbliches Marktdesign für die Energiewende (ehem. SG 71)
4. Sektorgutachten Energie (2013): Wettbewerb in Zeiten der Energiewende (ehem. SG 65)
3. Sektorgutachten Energie (2011): Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten (ehem. SG 59)
2. Sektorgutachten Energie (2009): Energiemärkte im Spannungsfeld von Politik und Wettbewerb (ehem. SG 54)
1. Sektorgutachten Energie (2007): Wettbewerbsdefizite und zögerliche Regulierung (ehem. SG 49)
-

Sektorgutachten Post

12. Sektorgutachten Post (2021): Post 2021: Wettbewerb mit neuem Schwung!
11. Sektorgutachten Post (2019): Die Novelle des Postgesetzes: Neue Chancen für den Wettbewerb
10. Sektorgutachten Post (2017): Privilegien abbauen, Regulierung effektiv gestalten! (ehem. SG 79)
9. Sektorgutachten Post (2015): Postwendende Reform – Jetzt! (ehem. SG 74)
8. Sektorgutachten Post (2013): Wettbewerbsschutz effektivieren! (ehem. SG 67)
7. Sektorgutachten Post (2011): Dem Wettbewerb Chancen eröffnen (ehem. SG 62)
6. Sektorgutachten Post (2009): Auf Wettbewerbskurs gehen (ehem. SG 57)
5. Sektorgutachten Post (2007): Monopolkampf mit allen Mitteln (ehem. SG 51)
4. Sektorgutachten Post (2005): Beharren auf alten Privilegien (ehem. SG 44)
3. Sektorgutachten Post (2003): Wettbewerbsintensivierung in der Telekommunikation - Zementierung des Postmonopols (ehem. SG 39, gemeinsam mit 3. SekG TK)
2. Sektorgutachten Post (2001): Unsicherheit und Stillstand (ehem. SG 33, gemeinsam mit 2. SekG TK)
1. Sektorgutachten Post (1999): Wettbewerb auf Telekommunikations- und Postmärkten? (ehem. SG 29, gemeinsam mit 1. SekG TK)
-

Sektorgutachten Telekommunikation

12. Sektorgutachten Telekommunikation (2021): Telekommunikation 2021: Wettbewerb im Umbruch
11. Sektorgutachten Telekommunikation (2019): Staatliches Augenmaß beim Netzausbau

10. Sektorgutachten Telekommunikation (2017):	Auf Wettbewerb bauen! (ehem. SG 78)
9. Sektorgutachten Telekommunikation (2015):	Märkte im Wandel (ehem. SG 73)
8. Sektorgutachten Telekommunikation (2013):	Vielfalt auf den Märkten erhalten (ehem. SG 66)
7. Sektorgutachten Telekommunikation (2011):	Investitionsanreize stärken, Wettbewerb sichern (ehem. SG 61)
6. Sektorgutachten Telekommunikation (2009):	Klaren Wettbewerbskurs halten (ehem. SG 56)
5. Sektorgutachten Telekommunikation (2007):	Wendepunkt der Regulierung (ehem. SG 50)
4. Sektorgutachten Telekommunikation (2005):	Dynamik unter neuen Rahmenbedingungen (ehem. SG 43)
3. Sektorgutachten Telekommunikation (2003):	Wettbewerbsintensivierung in der Telekommunikation - Zementierung des Postmonopols (ehem. SG 39, gemeinsam mit 3. SekG Post)
2. Sektorgutachten Telekommunikation (2001):	Unsicherheit und Stillstand (ehem. SG 33, gemeinsam mit 2. SekG Post)
1. Sektorgutachten Telekommunikation (1999):	Wettbewerb auf Telekommunikations- und Postmärkten? (ehem. SG 29, gemeinsam mit 1. SekG Post)

Sondergutachten auf eigene Initiative

Sondergutachten 83:	Krankenhausversorgung nach Corona: Wettbewerb, Planung und Finanzierung neu organisieren (2022)
Sondergutachten 82:	Empfehlungen für einen effektiven und effizienten Digital Markets Act (2021)
Sondergutachten 80:	Die Buchpreisbindung in einem sich ändernden Marktumfeld (2018)
Sondergutachten 75:	Stand und Perspektiven des Wettbewerbs im deutschen Krankenversicherungssystem (2017)
Sondergutachten 72:	Strafrechtliche Sanktionen bei Kartellverstößen (2015)
Sondergutachten 68:	Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte (2015)
Sondergutachten 63:	Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht (2012)
Sondergutachten 58:	Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung (2010)
Sondergutachten 47:	Preiskontrollen in Energiewirtschaft und Handel? Zur Novellierung des GWB (2007)
Sondergutachten 46:	Die Privatisierung der Deutschen Bahn AG (2006)
Sondergutachten 42:	Die Pressefusionskontrolle in der Siebten GWB-Novelle (2004)
Sondergutachten 41:	Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle (2004)
Sondergutachten 40:	Zur Reform des Telekommunikationsgesetzes (2004)
Sondergutachten 37:	Wettbewerbsfragen der Kreislauf- und Abfallwirtschaft (2003)
Sondergutachten 32:	Folgeprobleme der europäischen Kartellverfahrensreform (2002)
Sondergutachten 31:	Reform der Handwerksordnung (2002)
Sondergutachten 30:	Wettbewerb als Leitbild für die Hochschulpolitik (2000)

- Sondergutachten 28: Kartellpolitische Wende in der Europäischen Union? (1999)
- Sondergutachten 27: Systemwettbewerb (1998)
- Sondergutachten 26: Ordnungspolitische Leitlinien für ein funktionsfähiges Finanzsystem (1998)
- Sondergutachten 24: Die Telekommunikation im Wettbewerb (1996)
- Sondergutachten 23: Marktstruktur und Wettbewerb im Handel (1994)
- Sondergutachten 21: Die Mißbrauchsaufsicht über Gas- und Fernwärmeunternehmen (1991)
- Sondergutachten 20: Zur Neuordnung der Telekommunikation (1991)
- Sondergutachten 17: Konzeption einer europäischen Fusionskontrolle (1989)
- Sondergutachten 14: Die Konzentration im Lebensmittelhandel (1985)
- Sondergutachten 13: Zur Neuordnung der Stahlindustrie (1983)
- Sondergutachten 11: Wettbewerbsprobleme bei der Einführung von privatem Hörfunk und Fernsehen (1981)
- Sondergutachten 9: Die Rolle der Deutschen Bundespost im Fernmeldewesen (1981)
- Sondergutachten 7: Mißbräuche der Nachfragemacht und Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (1977)
- Sondergutachten 5: Zur Entwicklung der Fusionskontrolle (1977)
- Sondergutachten 2: Wettbewerbliche und strukturelle Aspekte einer Zusammenfassung von Unternehmen im Energiebereich (VEBA/Gelsenberg) (1975)
- Sondergutachten 1: Anwendung und Möglichkeiten der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen seit Inkrafttreten der Kartellgesetznovelle (2. Aufl. 1977)

Sondergutachten zur Ministererlaubnis

- Sondergutachten 81: Zusammenschlussvorhaben der Miba AG mit der Zollern GmbH & Co. KG (2019)
- Sondergutachten 70: Zusammenschlussvorhaben der Edeka Zentrale AG & Co. KG mit der Kaiser's Tengermann GmbH (2015)
- Sondergutachten 53: Zusammenschlussvorhaben des Universitätsklinikums Greifswald mit der Kreiskrankenhaus Wolgast gGmbH (2008)
- Sondergutachten 52: Zusammenschlussvorhaben der Asklepios Kliniken Hamburg GmbH mit der Krankenhaus Mariahilf gGmbH (2007)
- Sondergutachten 45: Zusammenschlussvorhaben der Rhön-Klinikum AG mit dem Landkreis Rhön-Grabfeld (2006)
- Sondergutachten 38: Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG. Ergänzendes Sondergutachten (2003)
- Sondergutachten 36: Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG (2003)
- Sondergutachten 35: Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann GmbH. Ergänzendes Sondergutachten (2002)
- Sondergutachten 34: Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann GmbH (2002)

Sondergutachten 25:	Zusammenschlußvorhaben der Potash Corporation of Saskatchewan Inc. und der Kali und Salz Beteiligungs Aktiengesellschaft (1997)
Sondergutachten 22:	Zusammenschlußvorhaben der BayWa Aktiengesellschaft und der WLZ Raiffeisen Aktiengesellschaft (1992)
Sondergutachten 19:	Zusammenschlußvorhaben der MAN Aktiengesellschaft und der Gebrüder Sulzer Aktiengesellschaft (1989)
Sondergutachten 18:	Zusammenschlußvorhaben der Daimler-Benz AG mit der Messerschmitt-Bölkow-Blohm GmbH (1989)
Sondergutachten 16:	Zusammenschlußvorhaben der Vereinigte Elektrizitätswerke Westfalen AG mit der Société Sidéchar S.A. (Ruhrkohle AG) (1986)
Sondergutachten 15:	Zusammenschluß der Klöckner-Werke AG mit der Seitz Enzinger Noll Maschinenbau AG (1986)
Sondergutachten 12:	Zusammenschluß der Burda Verwaltungs KG mit der Axel Springer GmbH/Axel Springer Gesellschaft für Publizistik GmbH & Co (1982)
Sondergutachten 10:	Zusammenschluß der IBH Holding AG mit der WIBAU AG (1982)
Sondergutachten 8:	Zusammenschlußvorhaben der Deutschen BP AG und der VEBA AG (1979)
Sondergutachten 6:	Zusammenschluß der Thyssen Industrie AG mit der Hüller Hille GmbH (1977)
Sondergutachten 4:	Zusammenschluß der Deutsche Babcock AG mit der Artos-Gruppe (1977)
Sondergutachten 3:	Zusammenschlußvorhaben der Kaiser Aluminium & Chemical Corporation, der Preussag AG und der Vereinigte Industrie-Unternehmungen AG (1975)

Alle Veröffentlichungen sind im Nomos-Verlag, Baden-Baden, erschienen.

Die Sondergutachten 4 bis 6, 10 und 12, 15 und 16, 41 und 42, 46 und 48 (neu: 1. SekG Bahn) sowie 52 und 53 wurden jeweils in einem Band zusammengefasst. Das Sondergutachten 17 liegt auch in einer englischen und in einer französischen Fassung vor, die Sondergutachten 28, 32, 68, 80 und 82 liegen auch in einer englischen Fassung vor.

F. Policy Briefs der Monopolkommission

- Ausgabe 9: Wettbewerbs- und regulierungspolitische Ansatzpunkte bei aktuell steigenden Energiepreisen (Februar 2022)
- Ausgabe 8: DMA stärker auf marktübergreifende Ökosysteme ausrichten! (Juli 2021)
- Ausgabe 7: Wettbewerbsfördernde Umsetzung des Unionsrechts im TKG sicherstellen! (Februar 2021)
- Ausgabe 6: Wettbewerb im Bahnmarkt nicht gefährden! (Dezember 2020)
- Ausgabe 5: Drängende Reform des Postgesetzes – Jetzt liefern! (Dezember 2020)
- Ausgabe 4: 10. GWB-Novelle – Herausforderungen auf digitalen und regionalen Märkten begegnen! (Januar 2020)
- Ausgabe 3: Faire-Kassenwettbewerb-Gesetz: Gut, aber unvollständig (November 2019)
- Ausgabe 2: Monopolkommission für Zulassungsfreiheit im Handwerk (Januar 2019)
- Ausgabe 1: Vergütung für Apotheken jetzt reformieren (Dezember 2018)