

Wettbewerb 2024

XXV. Hauptgutachten

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

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	1

Kapitel I

Stand und Entwicklung der Unternehmenskonzentration in Deutschland	4

Kurz gefasst.....	5
1 Stand und Entwicklung der aggregierten Unternehmenskonzentration in Deutschland.	7
1.1 Erfassung der aggregierten Unternehmenskonzentration	7
1.1.1 Die gesellschaftliche Bedeutung von Großunternehmen.....	7
1.1.2 Ermittlung der größten Unternehmen anhand der inländischen Wertschöpfung	9
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“	25
1.4 Personelle Verflechtungen der „100 Größten“	31
1.5 Beteiligung der „100 Größten“ an Unternehmenszusammenschlüssen.....	38
1.6 Die nach inländischem Geschäftsvolumen größten Unternehmen einer Branche	41
2 Marktmacht und der Einfluss von Preisaufschlägen auf die Inflationsdynamik	54
2.1 Klassische Unternehmenskonzentration	55
2.1.1 Methodik	55
2.1.2 Unternehmenskonzentration weiterhin unverändert	56
2.2 Methodik und Daten	59
2.2.1 Methodik	59
2.2.2 Daten	63
2.3 Preisaufschläge und Arbeitgebermacht	66
2.3.1 Aggregierte Preisaufschläge und Arbeitgebermacht	66
2.3.2 Zerlegung der aggregierten Preisaufschläge und der Nachfragemacht	68

2.4	Preisauflschläge, Inflation und die Lebensmittellieferkette.....	71
2.4.1	Einleitung.....	71
2.4.2	Ergebnisse	74
2.4.2.1	Verarbeitendes Gewerbe und Dienstleistungssektor allgemein.....	75
2.4.2.2	Zusammenhang von Preisen und Preisauflschlägen in der Lebensmittellieferkette	79
2.4.2.3	Analyse der Kostenweitergabe in der Lebensmittellieferkette.....	81
2.4.2.4	Zerlegung der Preisauflschläge in Preise und Kosten in der Lebensmittellieferkette	83
2.4.2.5	Verlauf und Höhe der Preisauflschläge in der Lebensmittellieferkette.....	85
2.4.3	Fazit der Untersuchungsergebnisse.....	88

Kapitel II

Würdigung der kartellrechtlichen Entscheidungspraxis.....91

Kurz gefasst.....	92
1 Allgemeine Entwicklungen im Berichtszeitraum	94
1.1 Überblick über die legislativen Entwicklungen	94
1.1.1 Deutsches Recht	94
1.1.1.1 Inkrafttreten der 11. GWB-Novelle.....	94
1.1.1.2 Ausblick auf die 12. GWB-Novelle.....	96
1.1.1.3 Fortschritte bei der kollektiven Rechtsdurchsetzung durch das VDuG	97
1.1.1.4 Entwurf eines Krankenhausversorgungsverbesserungsgesetzes.....	99
1.1.1.5 Mögliche Anpassung im Bundeswaldgesetz.....	100
1.1.2 Europäisches Recht.....	102
1.1.2.1 Inkrafttreten des Gesetzes über digitale Märkte	102
1.1.2.2 Inkrafttreten der Drittstaatensubventionsverordnung	103
1.1.2.3 Neue horizontale Gruppenfreistellungsverordnungen und Horizontal-Leitlinien 104	
1.1.2.4 Neue Bekanntmachung der Europäischen Kommission zur Marktabgrenzung 105	
1.1.2.5 Geplante Leitlinien der Europäischen Kommission zu Behinderungsmissbräuchen.....	106
1.2 Überblick über die kartellrechtliche Entscheidungspraxis	107
1.2.1 Fusionskontrolle.....	107

1.2.1.1	Deutsche Fusionskontrolle	107
1.2.1.2	Europäische Fusionskontrolle	115
1.2.2	Missbrauchsaufsicht	120
1.2.2.1	Deutsche Missbrauchsaufsicht	120
1.2.2.2	Europäische Missbrauchsaufsicht.....	125
1.2.3	Horizontale und vertikale Beschränkungen	129
1.2.3.1	Deutsche Kartellaufsicht.....	129
1.2.3.2	Europäische Kartellaufsicht.....	131
1.2.4	Kartellschadensersatz	133
1.2.4.1	Deutsche Rechtsprechung.....	133
1.2.4.2	Europäische Rechtsprechung.....	135
2	Spezifische Probleme der Kartellrechtsanwendung	137
2.1	Aktuelle Entwicklungen bei der ergänzenden Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen.....	137
2.1.1	Sachverhalt und zentrale Aussagen des EuGH-Urteils Towercast	137
2.1.2	Stellungnahme zu der EuGH-Entscheidung.....	138
2.1.3	Weitere Instrumente einer ergänzenden Fusionskontrolle – Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004 und § 32f GWB.....	142
2.1.4	Verpflichtende Ex-ante-Fusionskontrolle grundsätzlich vorzugswürdig.....	144
2.1.5	Zusammenfassung und Empfehlungen	146
2.2	Aktuelle Entwicklungen im Sportkartellrecht.....	147
2.2.1	Sachverhalte und zentrale Aussagen der EuGH-Urteile vom Dezember 2023.....	148
2.2.1.1	International Skating Union.....	148
2.2.1.2	European Superleague Company.....	149
2.2.1.3	Royal Antwerp Football Club.....	150
2.2.2	Stellungnahme zu den EuGH-Entscheidungen.....	151
2.2.3	Einschätzung der Verbandsregeln für Vermittlerinnen und Vermittler von Fußballspielerinnen und -spielern	157
2.2.4	Zusammenfassung und Empfehlungen	162
2.3	Geplante Leitlinien der Europäischen Kommission zu Behinderungsmissbräuchen	164
2.3.1	Problematisch lange Verfahrensdauern	165

2.3.2	Zusammenhang zwischen Nachweisanforderungen und Verfahrensdauer...	166
2.3.3	Ziele und Inhalt der geplanten Leitlinien zu Behinderungsmissbräuchen.....	168
2.3.4	Zusammenfassung und Empfehlung.....	171
2.4	Zivilrechtliche Organhaftung für Kartellsanktionen.....	172
2.4.1	Hintergrund.....	172
2.4.2	Wertende Korrektur durch das OLG Düsseldorf.....	174
2.4.3	Generalpräventive Wirkung der Kartellsanktionen.....	179
2.4.4	Vorteilsabschöpfende Wirkung der Kartellsanktionen.....	185
2.4.5	Directors & Officers Versicherungen.....	188
2.4.6	Zusammenfassung und Empfehlungen.....	190
3	Ex-post-Evaluation der Fusionskontrolle.....	191
3.1	Einleitung.....	191
3.2	Ex-post-Evaluation von freigegebenen Fusionskontrollverfahren.....	193
3.2.1	Grundlegendes.....	193
3.2.2	Methoden.....	194
3.2.2.1	Qualitative Methoden.....	194
3.2.2.2	Quantitative Methoden.....	195
3.2.3	Erkenntnisse aus durchgeführten Ex-post-Evaluationen.....	200
3.2.3.1	Einschätzung der Strenge von Fusionskontrollentscheidungen.....	200
3.2.3.2	Verbesserung der Ausgestaltung und Umsetzung von Nebenbestimmungen	203
3.2.3.3	Weiterentwicklung von Ex-ante-Instrumenten.....	205
3.2.4	Mögliche Umsetzung in Deutschland.....	208
3.3	Ex-post-Evaluation der Verfahrenspraxis der Fusionskontrolle.....	209
3.3.1	Grundlegendes.....	209
3.3.2	Erkenntnisse aus durchgeführten Ex-post-Evaluationen.....	210
3.4	Verfahrensdatenbank.....	211
3.4.1	Mögliche Ausgestaltung einer Verfahrensdatenbank.....	211
3.4.2	Anwendungsfelder einer Verfahrensdatenbank beim Bundeskartellamt.....	212
3.4.2.1	Mögliche Anwendungsfelder auf strategischer Ebene.....	213

3.4.2.2	Mögliche Anwendungsfelder auf operativer Ebene	214
3.5	Wer Ex-post-Evaluationen der Fusionskontrolle durchführen sollte.....	215
3.6	Fazit	216

Kapitel III

Ein ökonomisches Prüfkonzept für digitale Ökosysteme 217

Kurz gefasst.....	218
1 Einleitung	220
2 Das Phänomen der digitalen Ökosysteme in den Wirtschaftswissenschaften	221
3 Digitale Ökosysteme und § 19a GWB.....	226
4 Ein ökonomisches Prüfkonzept.....	229
5 Zusammenfassung und Empfehlung	231

Kapitel IV

Datenzugang aus wettbewerbspolitischer Sicht.....234

Kurz gefasst.....	236
1 Einleitung	237
2 Bestehende Datenzugangsregelungen.....	237
2.1 Sektorübergreifende Regeln im Rahmen der EU-Datenstrategie.....	238
2.1.1 Erleichterung des freiwilligen Datenteilens durch den Data Governance Act	239
2.1.2 Datenzugangsbestimmungen des Data Act.....	240
2.2 Datenzugangsregelungen hinsichtlich digitaler Plattformen	243
2.3 Allgemeines Wettbewerbsrecht	246
2.3.1 Verweigerung des Datenzugangs als Missbrauch einer marktstarken Stellung.....	246
2.3.1.1 Verweigerung des Datenzugangs als Verstoß gegen das Behinderungs- und das Diskriminierungsverbot	246
2.3.1.2 Datenzugang als wesentliche Einrichtung.....	249
2.3.2 Relevanz von Datenzugang im Rahmen des Kartellverbots und der Fusionskontrolle.....	250
2.3.3 Anordnung von Datenzugang im Anschluss an eine Sektoruntersuchung des Bundeskartellamts	251

2.4	Rechtliche Grenzen des Datenzugangs	251
2.5	Zwischenfazit	254
3	Datenökonomie und Datenzugang	255
3.1	Ökonomische Eigenschaften von Daten.....	255
3.2	Ausgestaltung von Datenzugängen	258
3.3	Daten(zugang) als Grundlage von Marktmacht	259
3.4	Wettbewerbliche Relevanz von Datenzugängen	259
3.4.1	Bei Datenzugängen ist zwischen heterogenen und homogenen Konstellati-onen zu unterscheiden	260
3.4.2	Daten als Inputfaktor bei der Wertschöpfung	261
3.4.3	Datenzugänge als Informationsquelle für das Marktgeschehen.....	262
3.4.4	Datenzugänge und Wettbewerbsintensität	263
4	Datenzugang in der Fusionskontrolle	264
4.1	Bestehende und potenzielle Datenzugänge bei Zusammenschlussparteien ermitteln	265
4.2	Erwartbare wettbewerbsrelevante Veränderungen bei Datenzugängen beurteilen..	267
4.3	Wirkrichtung des wettbewerblichen Einflusses der relevanten Datenzugänge ermitteln	271
4.4	Zwischenfazit	273
5	Datenzugang in der Missbrauchskontrolle.....	274
5.1	Missbrauchsrechtliche Datenzugangsansprüche.....	274
5.2	Behinderungs- und Ausbeutungsmissbrauch mit Datenzugangsbezug	276
5.3	Mögliches Prüfschema für Missbrauchsverfahren	278
5.4	Zwischenfazit	281
6	Gesamtfazit	282

Kapitel V

Wettbewerb im Fernwärmemarkt.....283

Kurz gefasst..... 284

1 Wettbewerbliche Herausforderungen für die Fernwärmemärkte

1.1 Dekarbonisierung des Fernwärmemarktes

1.2	Wettbewerbliche Rahmenbedingungen	288
2	Der Fernwärmemarkt	291
2.1	Allgemeines	291
2.2	Quantitative Untersuchungen	294
3	Neustrukturierung des Marktes durch die Wärmewende	302
3.1	Anschlussverpflichtungen	302
3.2	Regulatorische Anforderungen an Heizungstechnologien	304
3.2.1	Einschränkungen dezentraler Wärmeversorgung	304
3.2.2	Privilegierung von Wärmenetzen	308
3.3	Bedeutung der Wärmeplanung	309
3.4	Auswirkungen von Heizungsregulierung und Wärmeplanung	313
3.5	Fazit: Einschränkung des Systemwettbewerbs	317
4	Gegenwärtig unzureichender Regulierungsrahmen	319
4.1	Kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht	319
4.2	Begrenzung von Preisänderungen durch die AVBFernwärmeV	324
4.3	Bewertung: Unzureichender Regulierungsrahmen	327
5	Konzept der Monopolkommission für eine wettbewerbsadäquate Weiterentwicklung der Fernwärmemärkte	332
5.1	Kurzfristige Lösungsansätze	333
5.1.1	Transparenz: Schaffung einer Vergleichsplattform	333
5.1.2	Weiterentwicklung der Preisgleitklauseln: Stärkere Betonung des Marktelements	338
5.1.3	Vereinfachte Price-Cap-Regulierung	340
5.2	Langfristige Lösung: Wettbewerbliches Marktdesign	344
5.2.1	Wettbewerbliche Ausgestaltung einer Drittzugangsregulierung notwendig	344
5.2.2	Modelle zur wettbewerblichen Ausgestaltung einer Drittzugangsregulierung	346
6	Zusammenfassung der Ergebnisse und Empfehlungen	348

Kapitel VI

Wettbewerbsadäquate Steuerung der DB InfraGO AG.....	351
Kurz gefasst.....	352
1 Einleitung	354
2 Bisherige Steuerungsinstrumente blieben weitgehend wirkungslos	355
3 Vergleich mit Steuerungsinstrumenten in Nachbarländern hilfreich	358
3.1 Österreich.....	358
3.2 Schweiz.....	361
4 Eisenbahnpolitische Ziele des Bundes durch den Gesetzgeber festlegen	363
5 Infraplan wirksam aufstellen.....	365
5.1 Nutzerorientierte Kennzahlen und Leistungsvorgaben implementieren	367
5.2 Ambitionierte, aber realisierbare Zielwerte setzen	369
5.3 Zielerreichung wirksam durchsetzen.....	370
5.4 Finanzierung langfristig sicherstellen	371
6 Anreizregulierung als paralleles Steuerungsinstrument weiter stärken	373
7 Managementvergütung stärker an Zielerreichung der Kennzahlen knüpfen	376
8 Unabhängigkeit der DB InfraGO AG sicherstellen	378
9 Zusammenfassung und Empfehlungen	379
 Anhang A Stand und Entwicklung der aggregierten Unternehmenskonzentration in Deutschland	 381
 Anhang B Marktmacht und der Einfluss von Preisaufschlägen auf die Inflationsdynamik.....	 401
 Anhang C Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Auszug: §§ 44 bis 47).....	 411
 Anhang D Untersagungen durch das Bundeskartellamt.....	 415
 Anhang E Gutachten der Monopolkommission.....	 438
 Anhang F Policy Briefs der Monopolkommission	 445

Abbildungsverzeichnis

Abbildung I.1: Anzahl der Unternehmen, die 1978 und im jeweiligen Berichtsjahr unter den „100 Größten“ waren	18
Abbildung I.2: Entwicklung der Wertschöpfung im Zeitraum 1978 bis 2022	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 Beschäftigten der Unternehmen in Deutschland im Zeitraum 1978 bis 2022	23
Abbildung I.6: Anteile der Branchen an der Wertschöpfung der „100 Größten“ in den Jahren 2020 und 2022.....	24
Abbildung I.7: Durchschnittliche Wertschöpfung der „100 Größten“ 2020 und 2022 nach Branchen	24
Abbildung I.8: Struktur der Anteilseigner der „100 Größten“ in den Jahren 2020 und 2022...	27
Abbildung I.9: Wertschöpfungsanteil der „100 Größten“ nach Mehrheitsbesitz in den Jahren 2020 und 2022.....	28
Abbildung I.10: Zahl der Beteiligungsfälle unter den „100 Größten“ in den Jahren 2020 und 2022	29
Abbildung I.11: Entwicklung der Kapitalverflechtungen zwischen den „100 Größten“, 1978 bis 2022	30
Abbildung I.12: Wertschöpfungsanteil, der auf Kapitalverflechtungen zwischen den „100 Größten“ entfällt	31
Abbildung I.13: Personen mit mehreren Mandaten in Geschäftsführungs- und Kontrollgremien 2020 und 2022.....	34
Abbildung I.14: Über personelle Verflechtung verbundene Unternehmen in den Jahren 2020 und 2022	36
Abbildung I.15: Entwicklung der personellen Verflechtungen nach Art der Verflechtung (1978 bis 2022).....	37
Abbildung I.16: Anzahl an personellen Verflechtungen über Geschäftsführungsmitglieder (1978 bis 2022).....	38
Abbildung I.17: Freigabeentscheidungen des Bundeskartellamts in den Berichtsjahren 2020/2021 und 2022/2023.....	40
Abbildung I.18: Zusammenschlussaktivität der "100 Größten" seit 1974.....	41
Abbildung I.19: Entwicklung der inländischen Umsätze in der Industrie (1978 bis 2022)	45
Abbildung I.20: Entwicklung der inländischen Umsätze im Handel (1978 bis 2022).....	47
Abbildung I.21: Entwicklung der inländischen Umsätze im Verkehrs- und Dienstleistungssektor (1978 bis 2022).....	49
Abbildung I.22: Entwicklung der Bilanzsummen im Kreditgewerbe (1978 bis 2022).....	51

Abbildung I.23: Entwicklung der Beitragseinnahmen der Versicherungsbranche (1978 bis 2022)	53
Abbildung I.24: Verteilung der Unternehmenskonzentration	57
Abbildung I.25: Unternehmenskonzentration nach Sektor	58
Abbildung I.26: Verteilung der Unternehmenskonzentration nach Sektor	59
Abbildung I.27: Aggregierte Preisaufschläge	67
Abbildung I.28: Aggregierte Nachfragemacht der Arbeitgeber	68
Abbildung I.29: Zerlegung Preisaufschläge	69
Abbildung I.30: Zerlegung Nachfragemacht	70
Abbildung I.31: Preisaufschläge und Preisindizes	75
Abbildung I.32: Preisaufschläge und Totale Faktorproduktivität	77
Abbildung I.33: Kostenweitergabe Allgemein	78
Abbildung I.34: Preisaufschläge und Preise in der Lebensmittellieferkette	80
Abbildung I.35: Kostenweitergabe Lebensmittelverarbeitung und -einzelhandel	82
Abbildung I.36: Wachstum von Preisen, marginalen Kosten und Preisaufschlägen in der Lebensmittelverarbeitung	83
Abbildung I.37: Wachstum von Preisen, marginalen Kosten und Preisaufschlägen im Lebensmitteleinzelhandel	84
Abbildung I.38: Wachstum von Preisen, marginalen Kosten und Preisaufschlägen im Agrarsektor	85
Abbildung I.39: Entwicklung der Preisaufschläge in der Lebensmittellieferkette	86
Abbildung I.40: Preisaufschläge in Leveln in der Lebensmittellieferkette	87
Abbildung I.41: Verteilung der Preisaufschläge in der Lebensmittellieferkette	88
Abbildung II.1: Anzahl der angemeldeten Zusammenschlüsse und der vollzogenen Zusammenschlüsse	108
Abbildung II.2: Anzahl der Hauptprüfverfahren und der dortigen Entscheidungen sowie Rücknahmen	110
Abbildung II.3: Finanzielle Folgen eines aufgedeckten Kartells	174
Abbildung II.4: Organhaftung nach dem OLG Düsseldorf	176
Abbildung II.5: Organhaftung nach dem LG Dortmund	177
Abbildung II.6: Organhaftung nach dem Ansatz der Monopolkommission	190
Abbildung II.7: Auswirkungen der Organhaftung	191
Abbildung II.8: Wirkungsweise der Differenz-in-Differenzen-Methode	197
Abbildung IV.1: Zusammenschlüsse mit Auswirkung auf den Wettbewerb identifizieren	268
Abbildung V.1: Schematische Darstellung der Fernwärmeversorgung	289
Abbildung V.2: Anteil der Fernwärme an der Heizenergieversorgung im Wohngebäudebereich	293

Abbildung V.3: Regionale Korrelation der Arbeitspreise für Fernwärme.....	296
Abbildung V.4: Regionale Korrelation der Grundpreise für Fernwärme	297
Abbildung V.5: Dekarbonisierungsanforderungen nach Gebäudeenergiegesetz und Wärmeplanungsgesetz.....	308
Abbildung V.6: Gegenstand der BGH-Rechtsprechung zu Fernwärmeverträgen.....	330
Abbildung V.7: Beteiligte der BGH-Verfahren zu Fernwärmeverträgen	331
Abbildung V.8: Price-Cap-Regulierung bei gegenwärtigen Fernwärmepreisen.....	343
Abbildung V.9: Aktueller Stand zu Drittzugangsregulierungen im Fernwärmesektor in Europa	346
Abbildung V.10: Regulierungsmodelle für den Drittzugang zu Fernwärmenetzen in der EU .	347

Tabellenverzeichnis

Tabelle I.1: Die nach inländischer Wertschöpfung 100 größten Unternehmen im Berichtsjahr 2022 ¹	13
Tabelle I.2: Mandate in den Geschäftsführungs- und Kontrollgremien der „100 Größten“	32
Tabelle I.3: Unternehmen mit mindestens zehn freigegebenen Zusammenschlussvorhaben 2022/23 und 2020/21	39
Tabelle I.4: Die nach Umsatz 50 größten Industrieunternehmen im Jahr 2022	42
Tabelle I.5: Die nach Umsatz zehn größten Handelsunternehmen im Jahr 2022	46
Tabelle I.6: Die nach Umsatz zehn größten Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen im Jahr 2022	48
Tabelle I.7: Die nach Bilanzsumme zehn größten Kreditinstitute im Jahr 2022	50
Tabelle I.8: Die nach Beitragseinnahmen zehn größten Versicherungsunternehmen im Jahr 2022	52
Tabelle I.9: Definition der Variablen	65
Tabelle II.1: Übersicht über die Anzahl der angemeldeten und vollzogenen Zusammenschlüsse sowie der vom Bundeskartellamt ausgesprochenen Untersagungen, gegliedert nach Berichtszeiträumen der Monopolkommission	109
Tabelle II.2: Übersicht über den Stand der deutschen Zusammenschlusskontrolle 2022 und 2023 (im Vergleich zu 2021)	111
Tabelle IV.1: Mögliches Schema zur Prüfung potenzieller Datenzugangsansprüche	279
Tabelle V.1: Gebietskörperschaften in Deutschland nach Fernwärmeanteil	294
Tabelle V.2: Preisunterschiede bei Fernwärme, Gas und Wärmepumpenstrom, Durchschnittspreise in Euro/Jahr (Beispiel 1: Einfamilienhaus)	298
Tabelle V.3: Preisunterschiede bei Fernwärme, Gas und Wärmepumpenstrom, Durchschnittspreise in Euro/Jahr (Beispiel 2: Sechsparteienhaus)	299
Tabelle V.4: Regression zur Erklärung der Fernwärmepreise	301
 Tabelle Anhang A.1: Reale Wertschöpfung der 100 Größten im Zeitraum 1978 bis 2022	 385
Tabelle Anhang A.2: Anteile der Anteilseigner der „100 Größten“ nach Art des Anteilseigners im Jahr 2022 in Prozent	385
Tabelle Anhang A.3: Kapitalverflechtungen aus dem Kreis der „100 Größten“ im Jahr 2022	390
Tabelle Anhang A.4: Personelle Verflechtungen der „100 Größten“ im Jahr 2022 nach Art der Verflechtung	391
Tabelle Anhang A.5: Zusammenschlussaktivitäten der „100 Größten“ im Berichtszeitraum 2022/2023	393
Tabelle Anhang A.6: Entwicklung der inländischen Umsätze in der Industrie 1978-2022	395
Tabelle Anhang A.7: Entwicklung der inländischen Umsätze im Handel 1978-2022	396

Tabelle Anhang A.8: Die Entwicklung der inländischen Umsätze im Verkehrs- und Dienstleistungssektor 1978-2022	397
Tabelle Anhang A.9: Entwicklung der inländischen Bilanzsummen im Kreditgewerbe 1978-2022	398
Tabelle Anhang A.10: Entwicklung der inländischen Beitragseinnahmen in der Versicherungsbranche 1978-2022	399
Tabelle Anhang B.1: Anzahl der Unternehmen Lebensmittelverarbeitung	407
Tabelle Anhang B.2: Anzahl der Unternehmen Lebensmitteleinzelhandel.....	408
Tabelle Anhang B.3: Unternehmensliste Lebensmittelverarbeitung Top 20	409
Tabelle Anhang B.4: Unternehmensliste Lebensmitteleinzelhandel Top 20	410

Vorwort

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

XXV. Hauptgutachten, Wettbewerb 2024

Die Monopolkommission untersucht in Kapitel I Stand und Entwicklung der Unternehmenskonzentration in Deutschland und würdigt in Kapitel II die kartellrechtliche Entscheidungspraxis. In Kapitel III legt die Kommission ein ökonomisches Prüfkonzzept für digitale Ökosysteme vor. Kapitel IV befasst sich – vor dem Hintergrund der zunehmenden Bedeutung von Daten als Wettbewerbsfaktor – mit dem Zugang von Unternehmen zu Daten anderer Unternehmen. Der Wettbewerb im Markt für Fernwärme, die als wichtige Technologie für die Wärmewende gilt, ist Gegenstand von Kapitel V. Abschließend geht die Monopolkommission der Frage nach, wie eine wettbewerbsadäquate Steuerung der DB InfraGO AG gelingen kann (Kapitel VI).

Zur Vorbereitung des XXV. 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 Gerichten, Behörden, Unternehmen und Verbänden für ihre Unterstützung.

Der Präsident des Bundeskartellamtes, Herr Andreas Mundt, sowie die zuständigen Beamtinnen und Beamten aus den Beschlussabteilungen und der Grundsatzabteilung haben die Vorarbeiten für dieses Gutachten maßgeblich unterstützt. Sie haben der Monopolkommission und dem wissenschaftlichen Stab in einer Diskussionsrunde am 16. April 2024 sowie in zahlreichen Einzelgesprächen Gelegenheit zur Erörterung der Entscheidungspraxis und allgemeiner wettbewerbspolitischer Fragestellungen gegeben.

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 14. März 2024 über Themen der europäischen Fusionskontrolle, der Kartell- und Missbrauchsaufsicht sowie der allgemeinen Wettbewerbspolitik gesprochen.

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. 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 und des Standorts Düsseldorf, durch Bereitstellung der Daten, Betreuung der Datenverarbeitung und Geheimhaltungsprüfungen.

Zur Vorbereitung der Stellungnahme zur wettbewerblichen Ausgestaltung des Fernwärmarkts hat die Monopolkommission am 16. Mai 2024 eine nicht öffentliche Anhörung im Rahmen einer Videokonferenz durchgeführt. In der Anhörung waren vertreten:

- Arbeitsgemeinschaft Fernwärme (AGFW)
- Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft (BDEW)
- Verband Kommunaler Unternehmen (VKU)
- Verbraucherzentrale Bundesverband (VZBV)

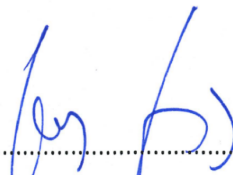
Zur Vorbereitung der Stellungnahme zur wettbewerbsadäquaten Steuerung der DB InfraGO AG hat sich die Monopolkommission am 2. Februar 2024 im Rahmen einer Videokonferenz mit Frau Dr. Daniela Gerd tom Markotten, Vorständin Digitalisierung und Technik der Deutsche Bahn AG (DB AG), zur zukünftigen Steuerung der DB InfraGO AG und zu geplanten Investitionen in die Digitalisierung der Eisenbahninfrastruktur ausgetauscht. Am 20. Februar 2024 berichtete Herr Andreas Meyer, ehemaliger Vorsitzender der Geschäftsleitung der Schweizer Bundesbahn (SBB AG), im Rahmen einer Videokonferenz von der Steuerung der Eisenbahninfrastruktur in der Schweiz.

In eigener Sache: Mit Wirkung zum 1. Juli 2024 hat der Bundespräsident der Bundesrepublik Deutschland Prof. Dr. Rupprecht Podszun bis zum 30. Juni 2028 zum Mitglied der Monopolkommission berufen. Rupprecht Podszun folgt Prof. Dr. Jürgen Kühling nach, der die Monopolkommission nach zwei Amtsperioden zum 30. Juni 2024 verlässt. Jürgen Kühling war vom 10. September 2020 bis zum 30. Juni 2024 Vorsitzender der Monopolkommission. Mit Wirkung zum 1. Juli 2024 hat der Bundespräsident der Bundesrepublik Deutschland Frau Pamela Knapp und Frau Dagmar Kollmann für jeweils eine weitere Amtsperiode bis zum 30. Juni 2028 berufen. Die Amtszeiten der Mitglieder Frau Constanze Buchheim und Herr Prof. Dr. Tomaso Duso enden jeweils zum 30. Juni 2026.

An den Vorarbeiten zu diesem Zweijahresgutachten waren folgende Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter aus dem wissenschaftlichen Stab der Monopolkommission beteiligt: Herr Dr. Marc Baille als Generalsekretär, Frau Dr. Juliane Scholl als Geschäftsführerin sowie Herr Dr. Stefan Bulowski, Herr Dr. Thiemo Engelbracht, Herr Dr. Tobias Gamp, Herr Christian Hildebrandt, Herr Emanuel Kollmann, Herr Carl Kreuzberg, Herr Jonathan Meinhof, Herr Sebastian Oschmann, Herr Dr. Jan Philip Schain, Herr Dr. Hendrik-Sebastian Schmitz, Herr Dr. Torben Stühmeier, Frau Johanna Welsch und Herr Dr. Oliver Zierke. Bei der Erstellung des Gutachtens mitgewirkt haben

außerdem Frau Bettina Susok, Frau Marion Schadowski 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 1. Juli 2024



Jürgen Kühling



Constanze Buchheim



Tomaso Duso



Pamela Knapp



Dagmar Kollmann

Kapitel I

Stand und Entwicklung der Unternehmenskonzentration in Deutschland

Kurz gefasst	5
1 Stand und Entwicklung der aggregierten Unternehmenskonzentration in Deutschland	7
1.1 Erfassung der aggregierten Unternehmenskonzentration	7
1.2 Die 100 größten Unternehmen in Deutschland.....	13
1.3 Anteilseigner und Kapitalverflechtungen der „100 Größten“	25
1.4 Personelle Verflechtungen der „100 Größten“	31
1.5 Beteiligung der „100 Größten“ an Unternehmenszusammenschlüssen.....	38
1.6 Die nach inländischem Geschäftsvolumen größten Unternehmen einer Branche	41
2 Marktmacht und der Einfluss von Preisaufschlägen auf die Inflationsdynamik	54
2.1 Klassische Unternehmenskonzentration	55
2.2 Methodik und Daten	59
2.3 Preisaufschläge und Arbeitgebermacht	66
2.4 Preisaufschläge, Inflation und die Lebensmittellieferkette.....	71

Kurz gefasst

K1. Gemäß § 44 Abs. 1 Satz 1 GWB hat die Monopolkommission den gesetzlichen Auftrag, den Stand und die Entwicklung der Unternehmenskonzentration in der Bundesrepublik Deutschland zu beurteilen. Diesen Auftrag erfüllt die Monopolkommission, indem sie zum einen die gesamtwirtschaftliche, d. h. **aggregierte Unternehmenskonzentration** und zum anderen die Entwicklung der **Unternehmenskonzentration in den Wirtschaftsbereichen** ermittelt. Dies geschieht auf Basis der inländischen Wertschöpfung. Darüber hinaus werden **unternehmensspezifische Preisaufschläge**, die als Indikator für Marktmacht dienen können, berechnet und zur Einschätzung der wettbewerblichen Entwicklung im verarbeitenden Gewerbe sowie im Handel- und Dienstleistungsbereich verwendet. Preisaufschläge spiegeln unabhängig von der Marktstruktur auf Unternehmensebene den Wettbewerbsdruck wider.

K2. Zur Beurteilung der aggregierten Unternehmenskonzentration ermittelt die Monopolkommission regelmäßig die einhundert größten Unternehmen in Deutschland und deren Anteil an der gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfung. Verglichen mit dem Basisjahr 2020 ist dieser **Anteil um etwa zehn Prozent gestiegen** und beträgt im Berichtsjahr 2022 etwa 15 Prozent. Damit kehrt sich der seit 2012 erkennbare abnehmende Trend um. Als weiteren Indikator ermittelt die Monopolkommission **die personellen Verflechtungen und die Kapitalverflechtungen zwischen den „100 Größten“**. Aus dem Kreis der „100 Größten“ halten 11 Unternehmen Anteile an 27 Unternehmen aus diesem Kreis, die 1 Prozent übersteigen. Die Gesamtzahl an Kapitalbeteiligungen der „100 Größten“ untereinander liegt im Berichtsjahr 2022 bei 40. Das sind zwei Beteiligungsfälle weniger als im Berichtsjahr 2020 und 13 Beteiligungsfälle weniger als im Berichtsjahr 2018. 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 2022 befinden sich beide Werte weiterhin auf einem niedrigen Niveau. Die Anzahl an Verflechtungen über Geschäftsführungsmitglieder betrug ebenso wie im Berichtsjahr 2020 32 und die Anzahl an Verflechtungen über Personen ohne Geschäfts-führungsmandat stieg auf 81 (Berichtsjahr 2020: 71).

K3. Beide Entwicklungen – bei den „100 Größten“ und den personellen Verflechtungen – weisen an sich auf leichte Verschärfungen im Sinne gestiegener Vermachtungsgefahren hin. Diese sind allerdings sehr moderat und sind im Fall der "100 Größten" wohl auf Sondereffekte (Ende der Corona-Effekte; russischer Angriffskrieg auf die Ukraine) zurückzuführen. Sie sollten gleichwohl im Auge behalten werden.

K4. Der **gesamtwirtschaftliche Trend der Unternehmenskonzentration bleibt weitgehend unverändert**, wobei ein allgemeiner Anstieg zu verzeichnen ist, der jedoch abflacht. Dieser Trend ist hauptsächlich in der Industrie und im Handel zu beobachten. Im Gegensatz dazu zeigt der Dienstleistungssektor einen abnehmenden, ebenfalls abflachenden Trend in der aggregierten Unternehmenskonzentration.

K5. Ein ähnliches Bild zeigt sich bei der Untersuchung der aggregierten Preisaufschläge. Diese verbleiben auf einem moderaten Niveau. **Während in der Industrie ein ansteigender Trend beobachtet wird, sinken die Preisaufschläge im Dienstleistungssektor.** Eine **Neuerung** in diesem Hauptgutachten ist die **Untersuchung der Nachfragemacht von Unternehmen auf den Arbeitsmärkten. Im Verarbeitenden Gewerbe und im Dienstleistungssektor zeigt sich ein ähnlicher Abwärtstrend.** Zu Beginn im Jahr 2007 konnten Unternehmen die Gehälter deutlich unter dem Beitrag der Arbeitnehmer zum Unternehmenserfolg festsetzen, jedoch ist die Nachfragemacht in der Industrie kontinuierlich gesunken. Im Dienstleistungssektor ist ebenfalls ein fallender Trend erkennbar, der jedoch seit 2014 relativ stabil verläuft.

K6. Zudem wird der Zusammenhang zwischen Preisaufschlägen und steigenden Preisen untersucht. **Auf gesamtwirtschaftlicher Ebene gibt es keine Evidenz dafür, dass steigende Preisaufschläge eine Hauptursache für steigende Preise sind. Im Gegenteil, die empirische Evidenz ist konsistent mit einer unvollständigen Weitergabe von Kostenschocks:** Kostensenkungen gehen mit Preissenkungen und steigenden Preisaufschlägen einher, während Kostensteigerungen mit Preiserhöhungen und sinkenden Preisaufschlägen einhergehen.

K7. Eine Analyse der Lebensmittellieferkette **zeigt, dass seit 2007 eine Verschiebung der Preisaufschläge vom Agrarsektor hin zu den nachgelagerten Märkten der Lebensmittelverarbeitung und des Lebensmitteleinzelhandels stattgefunden hat.** Im Lebensmitteleinzelhandel wird eine Nichtweitergabe von Kostensenkungen festgestellt, die ein Hinweis für oligopolistisches Verhalten darstellt. Diese aggregierten Untersuchungen sind jedoch gerade aufgrund der inneren Komplexität verschiedener Lieferketten im Lebensmittelsektor nicht hinreichend, um auf dieser Basis wirksame Politikmaßnahmen vorzunehmen. Die Durchführung weiterer Analysen erscheint deshalb notwendig und sinnvoll, um passgenaue Maßnahmen ergreifen zu können.

1 Stand und Entwicklung der aggregierten Unternehmenskonzentration in Deutschland

1.1 Erfassung der aggregierten Unternehmenskonzentration

1.1.1 Die gesellschaftliche Bedeutung von Großunternehmen

1. Die aggregierte Unternehmenskonzentration bezeichnet die Unternehmenskonzentration auf gesamtwirtschaftlicher Ebene. 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 erlauben. Zur Messung der aggregierten Konzentration werden daher üblicherweise makroökonomische Größen herangezogen, z. B. die Beschäftigung oder die Wertschöpfung.¹ Auf Grundlage dieser Größen kann der Anteil der größten Unternehmen einer Volkswirtschaft an der gesamtwirtschaftlichen Vergleichsgröße bestimmt und als Maß der aggregierten Unternehmenskonzentration betrachtet werden.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 Alphabet, Apple, Meta und Amazon hat die Diskussion um die wettbewerblichen Implikationen, die mit der zunehmenden Bedeutung dieser Konglomerate verbunden sind, allerdings erneut angestoßen.⁵ Dies spiegelt sich auch in anhaltenden Diskussionen auf nationaler und Unions-Ebene wider, die darauf abzielen, die Verfolgung von wettbewerbsschädlichen Verhaltensweisen großer, diversifizierter Digitalunternehmen zu erleichtern.⁶ Im Kontrast dazu zielt die Begutachtung der aggregierten Unternehmenskonzentration darauf ab, den Einfluss von Großunternehmen auf gesamtwirtschaftliche Entwicklungen in Deutschland einzuschätzen.

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 Ein zentrales Element hierfür stellt das zum 1. November 2022 in Kraft getretene Gesetz über digitale Märkte (Digital Markets Act; DMA) dar, das einen Marktmachtmissbrauch großer (als sog. „Gatekeeper“ identifizierte) Digitalplattformen unterbinden soll. Zum DMA vgl. auch Monopolkommission, Sondergutachten 82, Empfehlungen für einen effektiven und effizienten Digital Markets Act, Baden-Baden 2022.

3. Bei Vorliegen einer vergleichsweise hohen aggregierten Unternehmenskonzentration können Schwankungen in Bezug auf die wirtschaftliche Lage einzelner Unternehmen schlechter ausgeglichen werden, 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.⁷ Obwohl der Anteil der jeweils zehn größten Unternehmen bei 20 Prozent lag, wurden im empirischen Modell zwischen 30 und 50 Prozent der Umsatzschwankungen in den industriellen Wirtschaftszweigen auf die Umsatzschwankungen der jeweils zehn größten Industrieunternehmen zurückgeführt. 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. Die größten Unternehmen einer Volkswirtschaft haben oft eine besondere Bedeutung für die wirtschaftliche Entwicklung des gesamten Landes und spielen somit auch für die Politik eine wichtige Rolle. So können ganze Branchen, im Extremfall die Entwicklung der gesamten Volkswirtschaft stark vom Wohlergehen einzelner Großunternehmen abhängen. Unternehmen, deren Fortbestand eine wesentliche Bedeutung für die gesamte Volkswirtschaft hat, werden spätestens seit der Finanzkrise 2007/2008 unter dem Begriff „too big to fail“ zusammengefasst. Ein prominentes Beispiel aus dem Jahr 2022 ist die im Gashandel tätige Uniper SE, die aufgrund der stark angestiegenen Gaspreise in den Jahren 2021 und 2022 sowie des russischen Angriffskriegs gegen die Ukraine im Jahr 2022 in existenzielle Probleme geraten ist. Da ihr Fortbestand als entscheidend für die Gasversorgung Deutschlands angesehen wurde, erwarb die Bundesrepublik Deutschland im Jahr 2022 über 99 Prozent der Anteile, um eine Fortführung des Geschäfts trotz großer Verluste zu gewährleisten.⁸

5. Wie die Verstaatlichung der Uniper SE zeigt, ist die wirtschaftliche Bedeutung von Großunternehmen häufig auch mit einer erhöhten politischen Aufmerksamkeit verbunden. Daher gilt auch in der empirischen Literatur die Unternehmensgröße, neben der Wettbewerbs- bzw. Regulierungsintensität einer Branche, als entscheidender Faktor für die Intensität des Austauschs zwischen Unternehmensvertreterinnen und -vertretern sowie politischen Entscheidungsträgerinnen und -trägern.⁹ Ein solcher Austausch ist prinzipiell zu begrüßen, wenn er zu einem besseren Verständnis der Wirkungen wirtschaftspolitischer Maßnahmen aufseiten politischer Entscheidungsträgerinnen und -träger führt. Allerdings kann der Austausch auch zu erhebli-

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

⁸ Demensprechend wird die Uniper SE im Folgenden als das Industrieunternehmen mit dem klar höchsten inländischen Umsatz identifiziert, gehört jedoch aufgrund ihres massiv negativen EBITs nicht zu den nach Wertschöpfung 100 größten Unternehmen Deutschlands.

⁹ Faccio, M., Politically Connected Firms, *American Economic Review*, 96, 2006, S. 369–386; Fisman, R., Estimating the Value of Political Connections, *The American Economic Review*, 91, 2001, S. 1095–1102; Zingales, L., Towards a Political Theory of the Firm, *Journal of Economic Perspectives*, 31, 2017, S. 113–130.

chen Wohlfahrtseinbußen führen, wenn er genutzt wird, um diese von den eigenen, möglicherweise wettbewerbsschädigenden Interessen zu überzeugen.¹⁰ 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 verhindern oder zumindest zu erschweren.¹¹

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 Unternehmenskonzentration regelmäßig zu beobachten.¹² Zwar wird die Unternehmenskonzentration in der Gesetzesbegründung weder positiv noch negativ bewertet. Dennoch wird davon ausgegangen, dass eine „Einschränkung des Wettbewerbs durch Konzentration [...] die Erhaltung einer freiheitlichen und sozial befriedigenden Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung“ gefährdet. Der Gesetzgeber schätzte daher die Ausübung wirtschaftlicher „Verfügungsgewalt von einem immer kleiner werdenden Personenkreis“ kritisch ein.¹³ 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 und möglicherweise behoben 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“).¹⁴ 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 unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann.¹⁵ Diese Unternehmen werden als Tochterunternehmen bezeichnet. Da dies häufig auch auf Unternehmen mit Sitz im Ausland zutrifft, sind auch diese Tochterunternehmen in den Konzernabschluss

¹⁰ Faccio, M./Masulis, R.W./Mcconnell, J.J., Political Connections and Corporate Bailouts, The Journal of Finance, 2006.

¹¹ Matsumura, T./Yamagishi, A., Lobbying for Regulation Reform by Industry Leaders, Journal of Regulatory Economics, 52, 2017, S. 63–76.

¹² Bericht über das Ergebnis einer Untersuchung der Konzentration in der Wirtschaft, BT-Drs. IV/2320 vom 5. Juni 1964.

¹³ Fraktionen der SPD, FDP, Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drs. 7/76 vom 25. Januar 1973.

¹⁴ Monopolkommission, I. Hauptgutachten, Mehr Wettbewerb ist möglich, Baden-Baden, 1976, Tz. 209.

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

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).¹⁶

8. Um den Kreis der „100 Größten“ abzugrenzen, verwendet die Monopolkommission seit dem IV. Hauptgutachten die Wertschöpfung der Unternehmen.¹⁷ 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 verwendeten Vorprodukten hinzufügt, auf der anderen Seite den Arbeitseinkommen, den Gewinnen und Zinsen sowie Steuern, die von dem Unternehmen generiert werden.¹⁸

9. Die Verwendung der Wertschöpfung von Unternehmen zur Ermittlung der aggregierten Unternehmenskonzentration hat gegenüber alternativen Größen mehrere entscheidende Vorteile. Sie ermöglicht den Vergleich der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit von Unternehmen unterschiedlicher Branchen. Bei der Verwendung branchenüblicher Größen, wie den Umsätzen bei Industrie-¹⁹, Handels- und Dienstleistungsunternehmen, den Bilanzsummen bei Kreditinstituten²⁰ oder den Bruttobeitragseinnahmen bei Versicherungsunternehmen,²¹ wäre ein solcher

¹⁶ 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.

¹⁷ In den ersten Gutachten wurden die größten Unternehmen anhand des Umsatzes abgegrenzt (Monopolkommission, IV. Hauptgutachten: Fortschritte bei der Konzentrationserfassung, Baden-Baden, 1982, Tz. 345).

¹⁸ Wie die Wertschöpfung auf Grundlage von Jahresabschlussdaten konkret ermittelt wird, wird detailliert im Anhang zu diesem Gutachten beschrieben.

¹⁹ 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.

²⁰ Der Begriff „Kreditinstitute“ wird im vorliegenden Kapitel für das Kreditgewerbe verwendet (WZ 2008: Abteilung K 64, Gruppen K 66.1, K 66.3).

²¹ Der Begriff „Versicherungen“ wird im vorliegenden Kapitel für das Versicherungsgewerbe verwendet (WZ 2008: Abteilung K 65, Gruppe K 66.2).

Vergleich nicht möglich.²² 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 der Ebene der Gesamtwirtschaft wird das Bruttoinlandsprodukt regelmäßig zur Einschätzung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit herangezogen und ist somit auch für den Erfolg politischer Entscheidungsträgerinnen und -träger relevant.²³ 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 2022 einzugrenzen, wurden auf Basis von Abfragen der Datenbank „ORBIS Europe All Companies“ des Anbieters Moody's und von öffentlich zugänglichen Informationen über die Geschäftsentwicklung einzelner Unternehmen potenziell in Frage kommende Unternehmen ermittelt. Zudem sind alle Unternehmen, die im letzten Berichtsjahr 2020 Teil der „100 Größten“ waren, ebenfalls Kandidaten für das Berichtsjahr 2022. 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 national (§ 290 HGB) und international (IFRS 10) verpflichtet sind, alle ihre Tochterunternehmen in ihren Konzernabschluss einzubeziehen bzw. zu konsolidieren. Regelmäßig beziehen 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.²⁴

11. Für das Berichtsjahr 2022 wurden insgesamt 207 Unternehmen befragt. Von diesen Unternehmen stellten 169 (81,6 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 be-

²² 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.

²³ Brender und Drazen (2008) untersuchen den Zusammenhang zwischen Wirtschaftswachstum und Wiederwahlwahrscheinlichkeit in 74 Ländern für den Zeitraum von 1960 bis 2003 und stellen 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).

²⁴ 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.

rechnen 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 2022 zu den „100 Größten“ in Deutschland gehörten, so wurde die inländische Wertschöpfung in 43 Fällen auf Grundlage eines Schätzverfahrens ermittelt.

12. In Abhängigkeit von der vorliegenden Konzernstruktur und dem verfügbaren Datenmaterial wurden zur Schätzung der inländischen Wertschöpfung 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 existiert häufig kein Konzernabschluss, 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.²⁵

14. Die Ermittlung der „100 Größten“ anhand der inländischen Wertschöpfung ist insofern stark auf die Mitwirkung der potenziell zu diesem Kreis gehörenden Unternehmen angewiesen. Zusätzlich wurde die Wertschöpfung aller in Frage kommenden Unternehmen auf Grundlage öffentlich verfügbarer Bilanzzahlen unter Anwendung der beschriebenen Schätzverfahren geschätzt. Zum einen soll dadurch sichergestellt werden, dass Unternehmen, die mit hoher Wahrscheinlichkeit zu den 100 größten Unternehmen in Deutschland zählen, nicht allein aufgrund fehlender Daten von der Untersuchung ausgeschlossen werden. Zum anderen können übermittelte Werte dadurch auf Plausibilität überprüft und gegebenenfalls korrigiert werden.²⁶ Es zeigt sich außerdem, dass geschätzte Werte oft nur geringfügig von den übermittelten Zahlen abweichen und weder systematisch nach oben noch nach unten verzerrt sind.

²⁵ Einzelheiten zu den Schätzverfahren und welche Verfahren im Einzelfall zur Anwendung kamen, wird in Abschnitt 1 des Anhangs beschrieben.

²⁶ In einigen Fällen konnten durch den Abgleich mit in Konzernbilanzen ausgewiesenen Zahlen festgestellt werden, dass übermittelte Werte offensichtlich falsch waren. Diese wurden entsprechend korrigiert.

1.1.4 Aufbau der Berichterstattung zur aggregierten Unternehmenskonzentration

15. In einem ersten Schritt werden in Abschnitt 1.2 die „100 Größten“ mit ihrer Wertschöpfung, der Anzahl der Beschäftigten, ihrem Geschäftsvolumen sowie ihrer 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 Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ im Berichtszeitraum Zusammenschlussvorhaben beim Bundeskartellamt angemeldet haben und wie viele dieser Zusammenschlussvorhaben vom Bundeskartellamt freigegeben wurden. Aus dieser Betrachtung lassen sich Rückschlüsse auf das externe Wachstum der „100 Größten“ ziehen. Abschnitt 1.6 schließt 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

16. In Tabelle I.1 werden die 100 größten Unternehmen in Deutschland im Berichtsjahr 2022 dargestellt. Als Größenkriterium wird dabei die inländische Wertschöpfung verwendet. Zusätzlich werden in der Tabelle auch die Anzahl der Beschäftigten und das von den jeweiligen inländischen Konzerngesellschaften generierte Geschäftsvolumen ausgewiesen. Dabei handelt es sich bei Industrie-, Bau-, Handels- und Dienstleistungsunternehmen um den Umsatz, bei Kreditinstituten um die Bilanzsumme und bei Versicherungen um die Bruttobeitragseinnahmen.

Tabelle I.1: Die nach inländischer Wertschöpfung 100 größten Unternehmen im Berichtsjahr 2022¹

Rang	Trend ²	Unternehmen	Wertschöpfung ³ in Mio. EUR	Veränderung in %	Beschäftigte im Inland	Geschäftsvolumen in Mio. EUR	Branche ⁴
1	—	Volkswagen AG	39.932	(+ 39.2)	293.862	172.907	i
2	—	Mercedes-Benz Group AG ⁵	24.508	(+ 47.8)	121.953	122.501	i
3	↑	Bayerische Motoren Werke AG	16.683	(+ 76.9)	83.298	100.771	i
4	—	Deutsche Telekom AG	15.127	(+ 40.9)	81.469	25.057	d
5	↑	Deutsche Bahn AG	14.461	(+ 49.3)	212.188	29.003	d
6	↓	Robert Bosch GmbH	14.352*	(+ 34.1)	132.568	52.259	i
7	↓	Siemens AG	12.304	(- 1.3)	86.000	30.441	i
8	↑	BASF SE	8.784*	(+ 146.8)	52.235	15.170	i
9	neu	BioNTech SE	8.777*		4.055	11.202*	i
10	↓	Deutsche Post AG	8.632	(- 3.6)	161.772	16.132	d
11	↓	REWE-Gruppe	7.469*	(+ 4.9)	113.035*	51.314	h
12	↓	INA-Holding Schaeffler GmbH & Co. KG	7.347	(+ 1.7)	94.162	11.521	i
13	↓	Fresenius SE & Co. KGaA	7.053	(+ 5.5)	98.920	11.885	i
14	neu	Deutsche Lufthansa AG	6.250*	(+ 945.2)	59.295	22.597	d

Rang	Trend ²	Unternehmen	Wertschöpfung ³ in Mio. EUR	Veränderung in %	Beschäftigte im Inland	Geschäftsvolumen in Mio. EUR	Branche ⁴
15	↓	SAP SE	5.825	(+ 0.9)	25.151	19.521	d
16	↑	Deutsche Bank AG	5.742*	(+ 39.5)	35.594	560.334*	k
17	↑	Shell-Gruppe Deutschland	5.475*	(+ 166.9)	3.865	33.444	i
18	↑	Hapag-Lloyd AG	5.327*	(+ 235.9)	4.154	33.599	h
19	↓	EDEKA-Gruppe	5.163*	(+ 8.9)	410.700	71.396*	h
20	↓	Airbus-Gruppe Deutschland	4.966*	(+ 18.3)	29.666	16.622	i
21	↓	Schwarz-Gruppe	4.952*	(+ 6)	149.606*	45.640	h
22	↓	ZF Friedrichshafen AG	4.934	(+ 22.7)	53.265	16.031	i
23	↑	thyssenkrupp AG	4.930	(+ 108.3)	52.225	24.750	i
24	↓	Commerzbank AG	4.849	(+ 29.4)	25.734	368.883	k
25	↑	Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG	4.762	(+ 94.1)	18.625	44.517	v
26	↓	Roche-Gruppe Deutschland	4.514*	(- 7.6)	14.432	8.098	i
27	↓	Allianz SE	4.499	(+ 15)	39.198	39.906	v
28	↓	C. H. Boehringer Sohn AG & Co. KG	4.468*	(+ 21.6)	16.204	14.236	i
29	↓	Asklepios Kliniken GmbH & Co. KGaA	3.651	(+ 12.7)	49.103	5.290	d
30	neu	ExxonMobil-Gruppe Deutschland	3.578	(+ 4195.9)	1.007	16.852	i
31	—	EnBW Energie Baden-Württemberg AG	3.549	(+ 31.4)	22.975	40.942	i
32	↓	Aldi-Gruppe	3.276*	(- 4.7)	89.647	27.700	h
33	↑	Rethmann SE & Co. KG	3.173*	(+ 34.7)	50.309	13.774	d
34	—	Ford-Gruppe Deutschland	2.876	(+ 21.2)	19.418	17.596	i
35	↓	Bertelsmann SE & Co. KGaA	2.803	(- 14.1)	34.243	7.250	d
36	↑	HGV Hamburger Ges. für Vermögens- und Beteiligungsmanagement mbH	2.728*	(+ 24.8)	21.544	5.771*	i
37	↑	Carl Zeiss AG	2.716*	(+ 40.3)	17.146	6.205	i
38	↑	DZ Bank AG	2.667	(+ 37.8)	30.301	579.331	k
39	↓	Bayer AG	2.658	(- 48.3)	22.569	2.477	i
40	↑	Adolf Würth GmbH & Co. KG	2.639	(+ 30.4)	26.113	7.849	h
41	↑	UniCredit-Gruppe Deutschland	2.584*	(+ 44.6)	11.564	318.006	k
42	↓	Evonik Industries AG	2.482	(+ 14.9)	19.221	7.934	i
43	↓	Vodafone-Gruppe Deutschland	2.433	(+ 17.8)	15.242	13.113	d
44	↑	Liebherr-International-Gruppe Deutschland	2.386*	(+ 43.7)	22.433	7.053	i
45	↓	RWE AG	2.235*	(- 28.6)	12.992	31.308*	i
46	↑	Wacker Chemie AG	2.234*	(+ 115.3)	10.424	6.422	i
47	↑	Amazon-Gruppe Deutschland	2.222*	(+ 60)	1.196*	8.558*	h
48	neu	TOTAL-Gruppe Deutschland	2.215	(+ 478.9)	1.937	17.766	i
49	↓	KfW Bankengruppe	2.127	(- 16.5)	8.149	554.628	k
50	↑	ING-Gruppe Deutschland	2.085	(+ 34.8)	5.972	198.189	k
51	↓	STRABAG-Gruppe Deutschland	2.057*	(- 1.3)	28.887	8.347	b
52	↓	Sana Kliniken AG	1.976	(+ 1)	29.112	2.997	d
53	neu	Siemens Energy AG	1.861		22.210	6.978	i
54	↑	Salzgitter AG	1.853*	(+ 52.2)	17.950	5.764	i
55	↓	PricewaterhouseCoopers Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft	1.849*	(+ 17.7)	13.021	2.428*	d
56	↓	Merck KGaA	1.848	(- 4.6)	13.620	5.037	i
57	↑	Bayerische Landesbank	1.755	(+ 27)	8.343	251.813	k
58	↓	E.ON SE	1.724*	(- 69.1)	35.194	86.371	i

Rang	Trend ²	Unternehmen	Wertschöpfung ³ in Mio. EUR	Veränderung in %	Beschäftigte im Inland	Geschäftsvolumen in Mio. EUR	Branche ⁴
59	↓	KPMG AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft	1.676	(+ 17.2)	12.850	2.090	d
60	↑	Deloitte GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft	1.662	(+ 26.9)	10.408	1.884	d
61	neu	Accenture-Gruppe Deutschland	1.653	(+ 156.3)	16.845	3.467	d
62	neu	K+S AG	1.642*	(+ 315.4)	9.870	4.944*	i
63	neu	Stellantis-Gruppe Deutschland	1.626	(+ 96.8)	10.074	15.851	i
64	neu	Rheinmetall AG	1.589*	(+ 90.9)	12.768	3.535	i
65	↑	DEKRA SE	1.575*	(+ 30.3)	24.432	2.400	d
66	↓	Otto Group	1.570*	(- 6.4)	24.282	11.179	h
67	↓	Deutsche Börse AG	1.563	(+ 10.7)	3.355	2.556	d
68	↓	AXA-Gruppe Deutschland	1.545	(- 43.2)	8.600	11.555	v
69	↓	EWE AG	1.542	(+ 18.2)	9.938	8.434	i
70	↓	Sanofi-Gruppe Deutschland	1.530	(- 10.4)	6.940	4.523	i
71	neu	Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide	1.486*	(+ 206.6)	13.909	4.000	d
72	↓	Ernst & Young GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft	1.403	(+ 8.7)	10.700	2.154	d
73	↓	Vonovia SE	1.401	(- 74.5)	13.454	8.016	d
74	↓	IBM-Gruppe Deutschland	1.400	(- 27.9)	5.813	3.355	i
75	↓	Stadtwerke München GmbH	1.396	(+ 10)	11.366	10.629	i
76	↓	dm-drogerie markt Verwaltungs-GmbH	1.386	(+ 17.9)	26.082	8.556	h
77	↓	Landesbank Baden-Württemberg	1.374*	(+ 7.1)	9.663*	301.700	k
78	neu	BP-Gruppe Deutschland	1.363	(+ 288.3)	3.848	40.994	i
79	↑	Debeka-Gruppe	1.342	(+ 41.8)	15.825	12.931	v
80	↓	Philip Morris International-Gruppe Deutschland	1.337*	(+ 5.1)	723	7.401	i
81	↑	VINCI-Gruppe Deutschland	1.315*	(+ 37.9)	15.928	3.335	b
82	neu	Kühne + Nagel-Gruppe Deutschland	1.308	(+ 59.7)	13.253	7.105	d
83	neu	MTU Aero Engines AG	1.287*		9.155	4.764	i
84	neu	Wüstenrot & Württembergische AG	1.284	(+ 102.4)	6.306	4.495	v
85	↑	Charité Universitätsmedizin Berlin KÖR	1.271	(+ 33.1)	21.556	1.611	d
86	↓	maxingvest AG	1.258*	(+ 7.8)	13.932	4.825	i
87	↓	United Internet AG	1.255*	(+ 24)	8.550	5.290	d
88	↓	Infineon Technologies AG	1.248*	(+ 25.7)	13.687	1.594	i
89	↓	DEERE-Gruppe Deutschland	1.235*	(- 14.6)	10.655	9.419	i
90	neu	Daimler Truck Holding AG	1.229*		11.372*	5.532	i
91	↓	Stadtwerke Köln GmbH	1.226	(+ 14.9)	13.519	11.022	i
92	—	Adecco-Gruppe Deutschland	1.215	(+ 26.8)	27.509	1.318	d
93	neu	Vattenfall-Gruppe Deutschland	1.214*	(+ 245.7)	4.604	12.532	i
94	↓	Linde-Gruppe Deutschland	1.201	(+ 20.2)	5.691	4.052	i
95	↓	B. Braun SE	1.178	(- 4.3)	13.678	4.145	i
96	neu	TRUMPF GmbH + Co. KG	1.140	(+ 34.2)	8.234	3.400	i
97	neu	DACHSER Group SE & Co. KG	1.139*	(+ 29.7)	17.595	4.248	d
98	↓	Dirk Rossmann GmbH	1.119*	(- 0.6)	25.473	7.686	h
99	neu	DFS Deutsche Flugsicherung GmbH	1.114	(+ 25.4)	6.070	1.328	d
100	↓	Rolls-Royce-Gruppe Deutschland	1.108	(- 3.3)	10.431	3.444	i

¹ Es werden die Daten des den 30. Juni 2022 einschließenden Geschäftsjahres für die Erhebung zugrunde gelegt.

² Der Trend bezieht sich auf die Veränderung des Ranges gegenüber dem Geschäftsjahr 2020: Das Zeichen ↑ bedeutet, dass das Unternehmen im Jahr 2022 auf einem höheren Rang als im Jahr 2020 zu finden ist, ↓ entsprechend auf einem geringeren Rang. Das Zeichen — zeigt an, dass sich der Rang im Jahr 2022 gegenüber dem Jahr 2020 nicht verändert hat. Wird in der entsprechenden Spalte (neu) angezeigt, war das Unternehmen im Jahr 2020 nicht unter den „100 Größten“.

³ 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.

⁴ 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.

⁵ 2020: Daimler AG

Quelle: Eigene Erhebungen

17. Das Berichtsjahr 2022 ist geprägt von den Nachwirkungen der wirtschaftlichen Folgen der COVID-19-Pandemie sowie von den Auswirkungen des russischen Angriffskrieges auf die Ukraine. Beispielhaft hierfür steht unter anderem das Unternehmen BioNTech SE, welches durch die Entwicklung eines COVID-19-Impfstoffes seine Wertschöpfung im Vergleich zu früheren Jahren massiv steigern konnte und Rang 9 belegt. Bemerkenswert sind zudem die Wiederaufnahme der Lufthansa AG sowie von Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide in Folge der Lockerungen der Corona-Maßnahmen. Beide Unternehmen waren 2020 aus den „100 Größten“ ausgeschieden und sind im aktuellen Berichtszeitraum auf den Rängen 14 (Lufthansa AG) bzw. 71 (Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide). 2018 waren diese beiden Unternehmen auf Rang 11 (Lufthansa) bzw. Rang 50 (Fraport) und sind nun auf ähnlicher Position wieder in den Kreis der „100 Größten“ eingestiegen. Der Chemiekonzern Wacker Chemie AG (Rang 46, 2020: Rang 82) sowie die Logistikunternehmen Hapag-Lloyd AG (Rang 18, 2020: Rang 52) und Kühne + Nagel-Gruppe Deutschland (Rang 82) scheinen von den Knappheiten infolge der nach den Corona-Maßnahmen noch nicht wieder vollständig aufgebauten internationalen Lieferketten zu profitieren.

18. Weiterhin auffällig sind die teils signifikanten Verschiebungen verschiedener Energie- und Mineralölunternehmen, die mit der Energiekrise 2022 erklärt werden können. Dieser Effekt tritt umso stärker auf, da die aus der Energiekrise resultierenden hohen Öl- und Gaspreise im Jahr 2022 mit außergewöhnlich niedrigen Preisen für diese Rohstoffe infolge der Corona-Maßnahmen im Jahr 2020 verglichen werden. Dies betrifft unter anderem TOTAL, Exxonmobil, BP und Vattenfall, die ihre Wertschöpfung und somit auch ihre Position unter den „100 Größten“ deutlich verbessern konnten. Insbesondere die ExxonMobil-Gruppe Deutschland (Rang 30) fällt mit ihrem Plus von 4196 Prozent aus dieser Gruppe an Unternehmen besonders stark auf.

Grund hierfür ist ein außergewöhnlich hohes EBIT im Jahr 2022, das den Großteil der Wertschöpfung ausmacht und mit einem vergleichsweise schwachen EBIT aus dem Jahr 2020 verglichen wird. Der Personalaufwand bleibt dagegen vergleichsweise stabil. Schätzungen der Monopolkommission kommen für das Jahr 2022 auf eine ähnliche Wertschöpfung wie diejenige, die auf Grundlage der vom Unternehmen berichteten Werte ermittelt wurde.

19. Schließlich gehören mit Thyssenkrupp (Rang 23, 2020: Rang 35) und Rheinmetall (Rang 64, 2020 nicht Teil der „100 Größten“) auch zwei Unternehmen aus der Rüstungsbranche zu den Aufsteigern des diesjährigen Berichtszeitraums. Genau wie bei der K+S AG (Rang 62, 2020 nicht Teil der „100 Größten“), die unter anderem mit Düngemitteln handelt, können diese Aufstiege als eine Folge des russischen Angriffs auf die Ukraine und der daraus entstehenden Knappheiten angesehen werden.

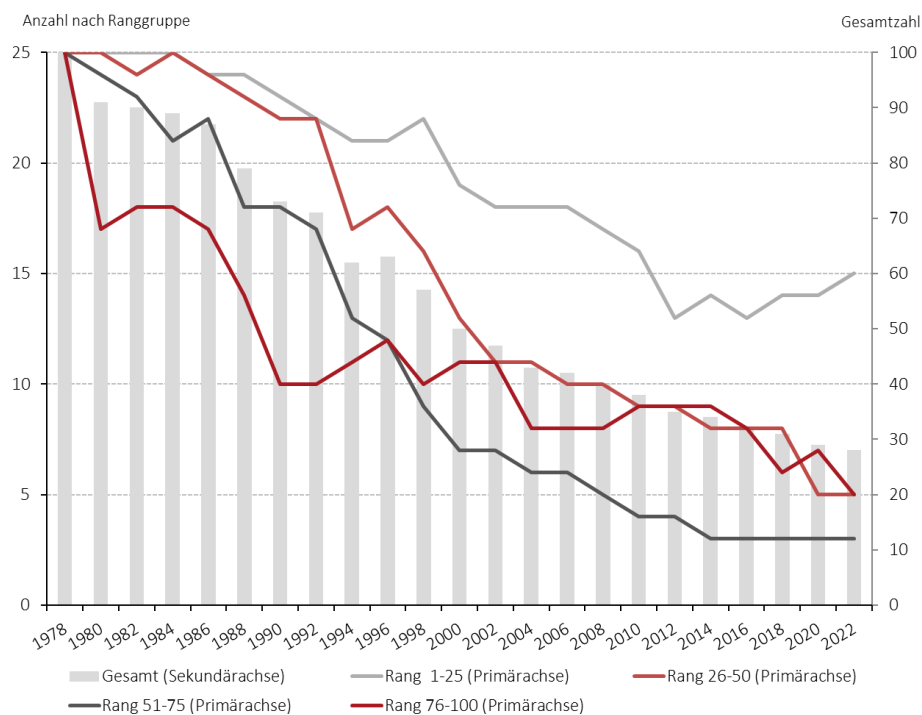
20. Insgesamt bleibt festzuhalten, dass insbesondere im Industriesektor teils starke Anstiege in der Wertschöpfung zu beobachten sind. Diese können durch die Knappheiten infolge des Angriffskriegs Russlands gegen die Ukraine sowie durch noch nicht wieder vollständig aufgebaute Lieferketten infolge der COVID-19-Pandemie erklärt werden. Zusätzlich verstärken Erholungseffekte diesen Trend, da viele dieser Unternehmen im Vergleichsjahr 2020 besonders stark von den Corona-Maßnahmen betroffen waren. Der starke Anstieg der Wertschöpfung kann dabei fast ausschließlich auf einen starken Anstieg des EBITs der jeweiligen Unternehmen zurückgeführt werden, während sich andere Bestandteile der Wertschöpfung (insbesondere der Personalaufwand) deutlich konstanter entwickeln. In vielen Fällen ist das EBIT für das Jahr 2023 bereits bekannt und im Vergleich zum Jahr 2022 wieder deutlich in Richtung des Niveaus der Vorjahre abgesunken. Insofern ist davon auszugehen, dass es sich bei den beobachteten Werten um einmalige Ausreißer handelt, die sich in den kommenden Jahren nicht im Rahmen eines neuen Trends bestätigen werden. Auch die im Folgenden dargestellten gestiegenen Anteile großer Industrieunternehmen an der Gesamtwertschöpfung sowie die deutlich gestiegenen Umsätze dieser Unternehmen, die aufgrund der Knappheiten einem ähnlichen Trend folgen, sollten daher als einmalige Ausreißer betrachtet werden.

21. Aus dem Kreis der „100 Größten“ ausgeschieden sind die folgenden 19 Unternehmen (Rang 2020 in Klammern): Henkel AG & Co. KGaA (56), Generali-Gruppe Deutschland (67), HDI Haftpflichtverband der Deutschen Industrie V.a.G. (71), HUK-COBURG (72), HELLA GmbH & Co. KGaA (77), TenneT TSO GmbH (78), MAHLE GmbH (79), Procter & Gamble-Gruppe Deutschland (81), Novartis-Gruppe Deutschland (83), Axel Springer SE (87), Ceconomy AG (88), Zalando SE (89), LANXESS AG (90), Versicherungskammer Bayern VöR (91), Freudenberg & Co. KG (95), Rhön-Klinikum AG (97), Drägerwerk AG & CO. KGaA (98), Telefónica-Gruppe Deutschland (99) und Vivantes - Netzwerk für Gesundheit GmbH (100). Im Berichtsjahr 2022 neu in den Kreis der „100 Größten“ eingetreten sind dafür die folgenden Unternehmen (Rang 2022 in Klammern): BioNTech SE (9), Deutsche Lufthansa AG (14), ExxonMobil-Gruppe Deutschland (30), TOTAL-Gruppe Deutschland (48), Siemens Energy AG (53), Accenture-Gruppe Deutschland (61), K+S AG (62), Stellantis-Gruppe Deutschland (63), Rheinmetall AG (64), Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide (71), BP-Gruppe Deutschland (78), Kühne + Nagel-Gruppe Deutschland (82), MTU Aero Engines AG (83), Wüstenrot & Württembergische AG (84), Daimler Truck Holding AG (90), Vattenfall-Gruppe Deutschland (93), TRUMPF GmbH + Co. KG (96), DACHSER

Group SE & Co. KG (97), DFS Deutsche Flugsicherung GmbH (99). Bei Siemens Energy AG handelt es sich dabei um eine Abspaltung der Siemens AG, die im Jahr 2020 gegründet wurde und demnach im aktuellen Berichtszeitraum erstmalig unter den „100 Größten“ vertreten ist. Dies gilt auch für die Daimler Truck Holding AG, die 2021 als Abspaltung der Daimler AG (heute Mercedes-Benz AG) entstand.

22. Die Veränderungen in der Zusammensetzung des Kreises der „100 Größten“ im Berichtsjahr 2022 haben überwiegend in der unteren Hälfte der Rangliste, d. h. in den Rängen 50 bis 100, stattgefunden. Dies ist konsistent mit den Beobachtungen früherer Jahre, in denen vor allem 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 2022 insgesamt 29 Unternehmen zum Kreis der „100 Größten“, die bereits im Jahr 1978 zu diesem Kreis gehörten. Abbildung I.1 zeigt darüber hinaus, 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 2022 noch 15 Unternehmen unter den „100 Größten“. Aus den übrigen Ranggruppen des Jahres 1978 sind dagegen im Durchschnitt nur etwa vier Unternehmen im Jahr 2022 noch unter den „100 Größten“ zu finden.

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



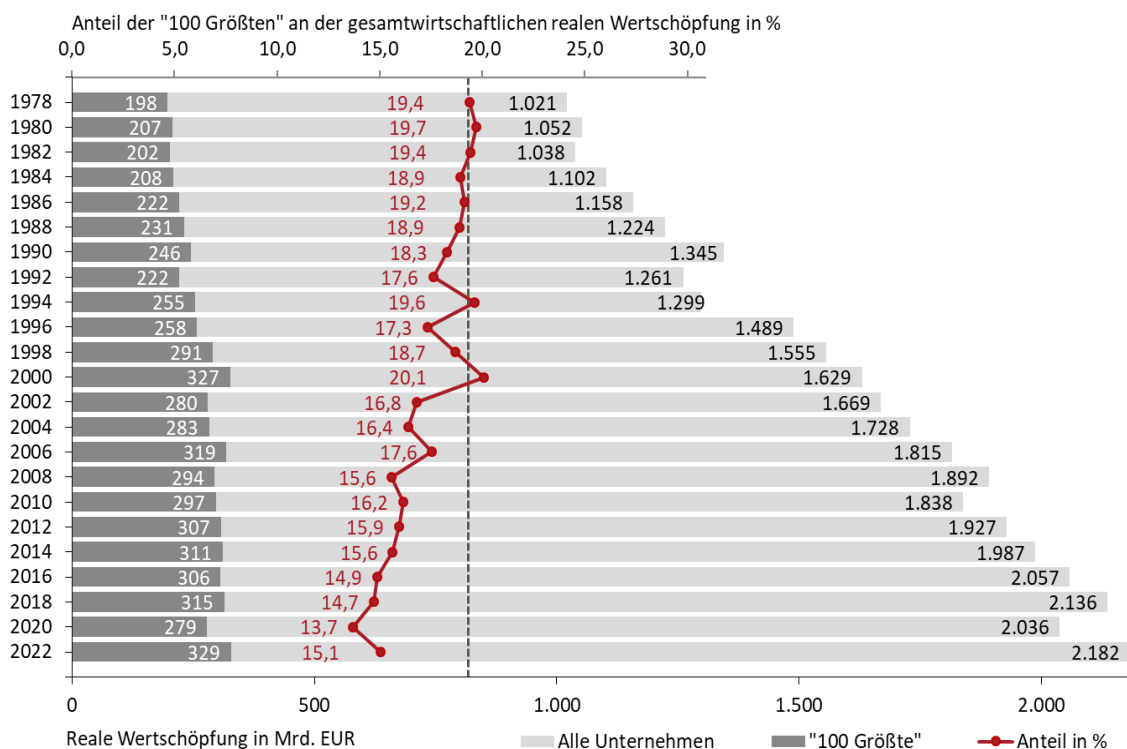
Quelle: Eigene Erhebungen

1.2.2 Die gesamtwirtschaftliche Bedeutung der „100 Größten“

23. Im Folgenden werden die für das Berichtsjahr 2022 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 seit dem Jahr 2020 zu interpretieren. Von den im Vergleich zu früheren Berichtsjahren zu beobachtenden Veränderungen kann insofern nicht zwangsläufig 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. Abbildung I.2 zeigt die preisbereinigte Entwicklung dieser beiden Größen im Zeitverlauf seit 1978. Im Vergleich zum Jahr 2020 zeigt sich sowohl in Bezug auf die „100 Größten“ als auch auf die gesamtwirtschaftliche Wertschöpfung ein klarer Anstieg und somit ein Erholungseffekt nach der COVID-19-Pandemie. Der Anteil der „100 Größten“ an der gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfung hat entgegen des langfristigen Trends wieder zugenommen und liegt bei 15,1 Prozent (2020: 13,7 Prozent). Dieser Anstieg kann im Wesentlichen auf den starken Anstieg bei großen Industrieunternehmen (insbesondere Mineralölkonzerne) zurückgeführt werden (die Entwicklung der einzelnen Sektoren wird ab Textziffer 29 detaillierter dargestellt). Da es sich hierbei – wie in Textziffer 20 beschrieben – um einen einmaligen Ausreißer in Form außergewöhnlich hoher EBITs handelt, ist davon auszugehen, dass der Anteil der „100 Größten“ in den kommenden Jahren wieder abnimmt.

Abbildung I.2: Entwicklung der Wertschöpfung im Zeitraum 1978 bis 2022

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). Detaillierte Angaben zu den abgebildeten Größen sind im Anhang zu diesem Gutachten zu finden.

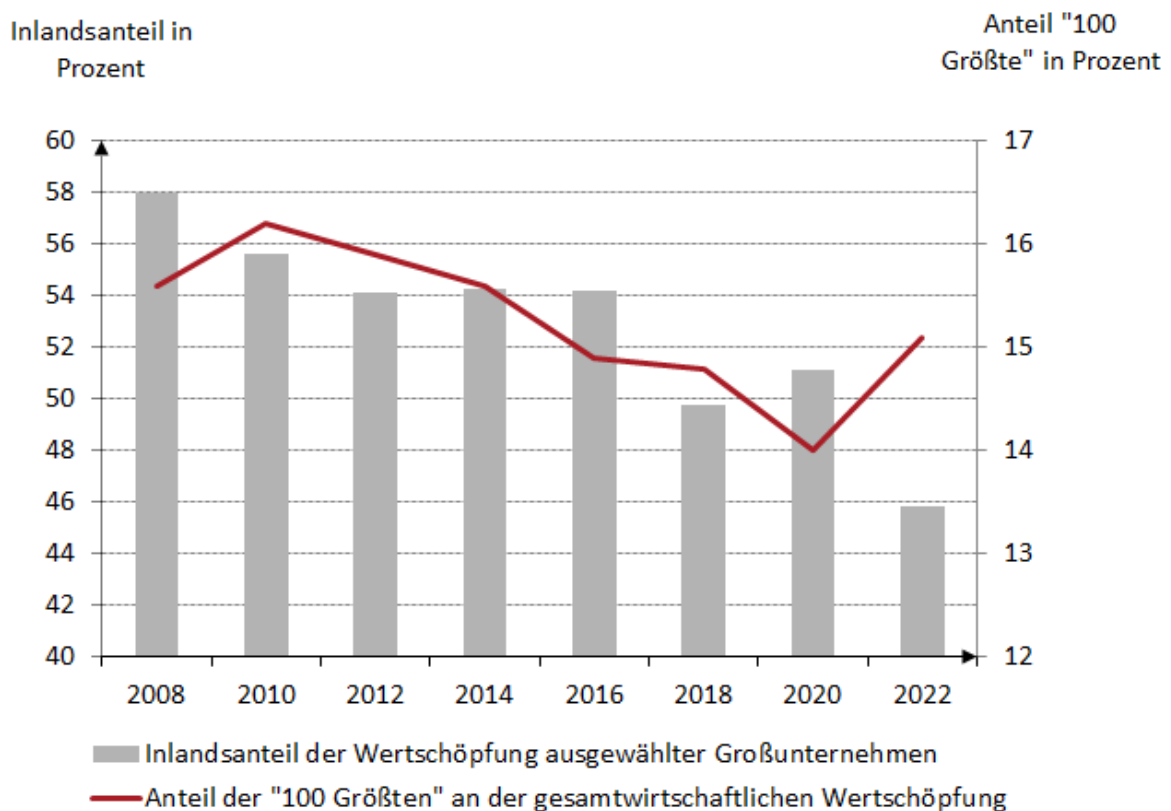
Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage eigener Erhebungen sowie von Daten des Statistischen Bundesamtes

Entwicklung des Inlandsanteils ausgewählter Großunternehmen

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, eine Konzernobergesellschaft im Inland haben und sowohl im Jahr 2022 als auch im Vergleichsjahr 2020 Teil der „100 Größten“ waren. Insgesamt wurden 52 Unternehmen identifiziert, die diese Kriterien erfüllen. Diese 52 Unternehmen stehen zusammengenommen für 72,5 Prozent der inländischen Wertschöpfung aller Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“.

26. Wie in Abbildung I.3 dargestellt, lag im Berichtsjahr 2022 der Inlandsanteil der betrachteten 52 Unternehmen bei 45,9 Prozent (graue Balken), was einen klaren Rückgang im Vergleich zum Jahr 2020 mit 51,1 Prozent darstellt. Hierbei ist jedoch zu beachten, dass der erneute Rückgang des Inlandsanteils dem historischen Trend eines sinkenden Inlandsanteils seit dem Jahr 2008 folgt. Der zwischenzeitliche Anstieg im Jahr 2020 kann gegebenenfalls eine Folge der COVID-19-Pandemie sein, die das Aufrechterhalten internationaler Lieferketten deutlich erschwerte. Dagegen hat der Anteil der „100 Größten“ an der gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfung gegen den langfristigen Trend, wie bereits beschrieben, wieder zugenommen (rote Linie).

Abbildung I.3: Inlandsanteil und Wertschöpfungsanteil von Großunternehmen



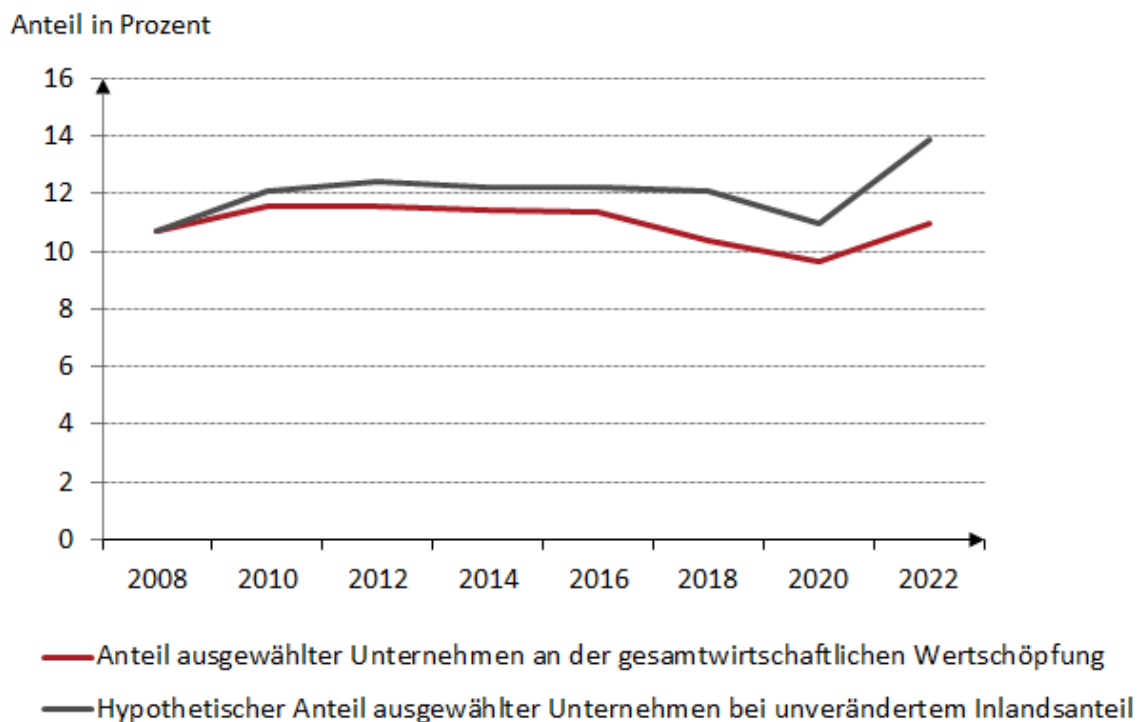
Anm.: Ausgewählt wurden jeweils diejenigen Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“, die den Wirtschaftsbereichen Industrie, Handel und Dienstleistungen (inklusive Verkehr) angehörten, eine Konzernobergesellschaft im Inland hatten und im jeweils vorangegangenen Berichtsjahr ebenfalls unter den „100 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 zeigt, dass der Anteil der ausgewählten Unternehmen an der gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfung im Jahr 2022 bei 11 Prozent lag und somit wieder zugenommen hat (rote Linie). Dieser Trend entspricht somit dem Trend der Gesamtmenge aller Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“. Allerdings ist auch die Distanz

zum „hypothetischen Wertschöpfungsanteil“ (graue Linie) noch einmal angestiegen, der im Jahr 2022 bei 13,9 Prozent liegt. Dieser beschreibt den hypothetischen Anteil der Großunternehmen an der gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfung, sofern ihr Inlandsanteil seit dem 2008 unverändert geblieben wäre (damals 58 Prozent). Der stärkere Anstieg des hypothetischen Anteils kann mit einer Verlagerung von Produktionsstätten ins Ausland zusammenhängen, jedoch kann aus dieser deskriptiven Beobachtung kein kausaler Zusammenhang abgeleitet werden.

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.

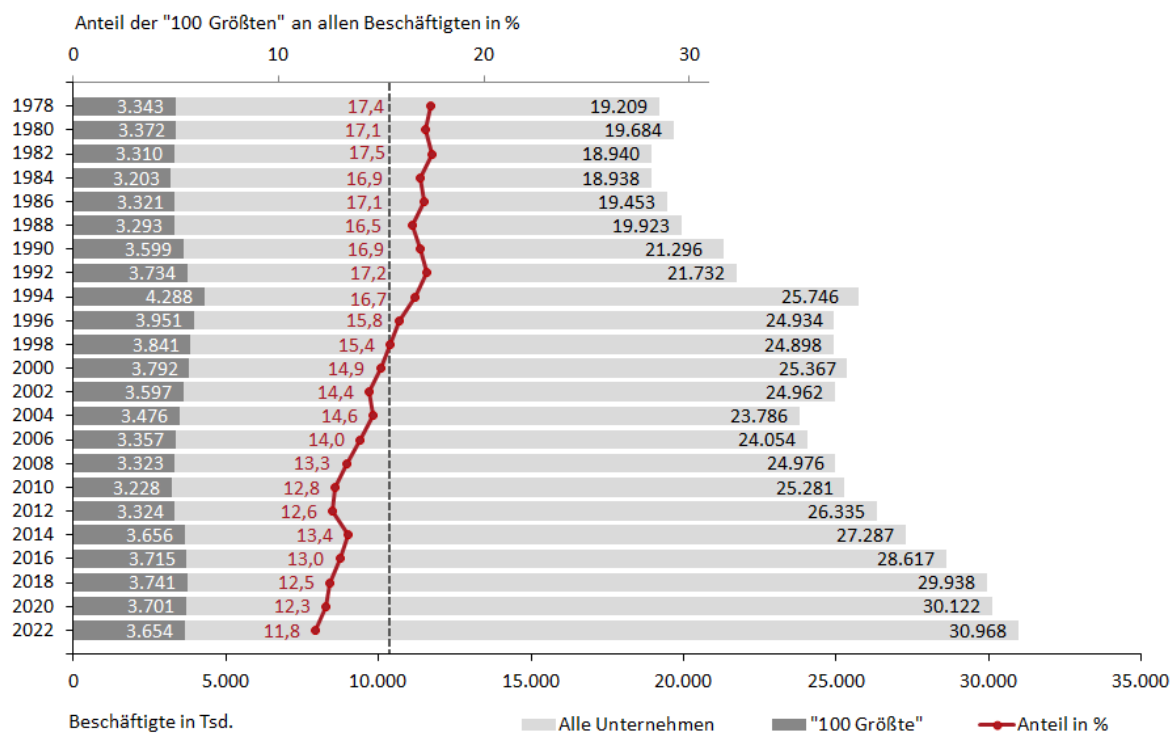
Quelle: Eigene Erhebungen

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). Die vertikale rote Linie 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 Anzahl der Beschäftigten zusammenhängt, ist hier langfristig eine ähnliche Entwicklung wie in Abbildung I.2 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. Der Anteil der „100 Größten“ an den im Inland Beschäftigten sank dagegen weiter ab, von 12,3 Prozent auf 11,8 Prozent. Auch absolut gesehen ist die Anzahl der Beschäftigten bei den 100 Größten um 47.000 leicht gesunken.

Abbildung I.5: Entwicklung der Beschäftigten der Unternehmen in Deutschland im Zeitraum 1978 bis 2022



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

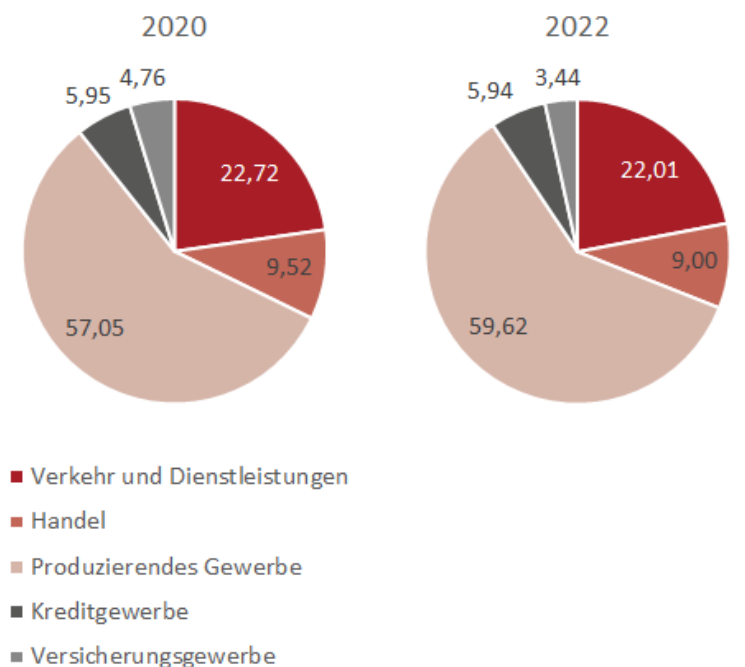
Anteil einzelner Branchen an der Wertschöpfung

29. Industrieunternehmen haben in Deutschland weiterhin eine große Bedeutung für die wirtschaftliche Entwicklung und damit auch für politische Entscheidungsträgerinnen und -träger. Abbildung I.6 zeigt den Anteil der Branchen an der Wertschöpfung der „100 Größten“ in den Jahren 2020 und 2022. Das produzierende Gewerbe erwirtschaftete in beiden Jahren den größten Anteil an der Wertschöpfung der „100 Größten“. Dieser stieg gegenüber dem Berichtsjahr 2020 noch einmal um etwa 2,6 Prozentpunkte. Im Berichtsjahr 2022 leicht gesunken ist der Anteil der Sektoren Versicherungsgewerbe, Handel sowie Verkehr und Dienstleistungen, während der Anteil des Kreditgewerbes nahezu unverändert blieb. Bei der Interpretation der Ergebnisse ist zu berücksichtigen, dass es sich aufgrund der Nachwirkungen der COVID-19-Pandemie nicht zwangsläufig 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 die durchschnittliche

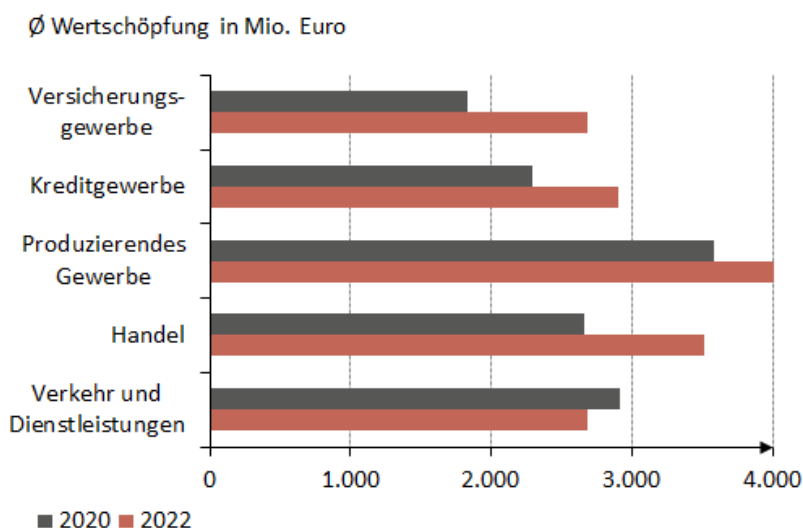
Wertschöpfung je Unternehmen in fast allen Branchen gestiegen ist. Die einzige Ausnahme ist der Sektor „Verkehr und Dienstleistungen“. Insgesamt bleibt somit festzuhalten, dass die Industrie unter den Großunternehmen in Deutschland weiterhin eine große wirtschaftliche Bedeutung hat und die Entwicklung der großen Industrieunternehmen somit auch für politische Entscheidungsträgerinnen und -träger von besonderer Bedeutung ist.

Abbildung I.6: Anteile der Branchen an der Wertschöpfung der „100 Größten“ in den Jahren 2020 und 2022



Quelle: Eigene Erhebungen

Abbildung I.7: Durchschnittliche Wertschöpfung der „100 Größten“ 2020 und 2022 nach Branchen



Quelle: Eigene Erhebungen

1.3 Anteilseigner und Kapitalverflechtungen der „100 Größten“

31. Die „100 Größten“ werden im Folgenden hinsichtlich ihrer Anteilseigner klassifiziert und analysiert. Relevant sind dabei unter anderem 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 strategische Entscheidungen dieser Unternehmen beeinflussen können. Grund für diese Annahme ist, dass Unternehmen mit denselben Anteilseignern dem Anreiz unterliegen können, sich untereinander weniger kompetitiv zu verhalten, da die Anteilseigner an der Maximierung des Gesamtgewinns ihrer Beteiligungsunternehmen interessiert sein dürften. Zwar können Verflechtungen auch mit Effizienzgewinnen aufgrund einer Verbesserung der Koordination ökonomischer Aktivität einhergehen, gleichwohl ist das beschriebene Potenzial für eine Koordination 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. Aus diesem Grund wird zur Ermittlung der Anteilseigner der „100 Größten“ seit dem XX. Hauptgutachten die Datenbank „Orbis“ des Anbieters Moody's verwendet. 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. Die Daten werden, wenn notwendig, um Informationen aus Jahresabschlussberichten sowie weitere öffentlich zugängliche Daten 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.²⁷ Kapitalanteile von weniger als einem Prozent werden dabei der Kategorie Streubesitz zugeordnet. 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.

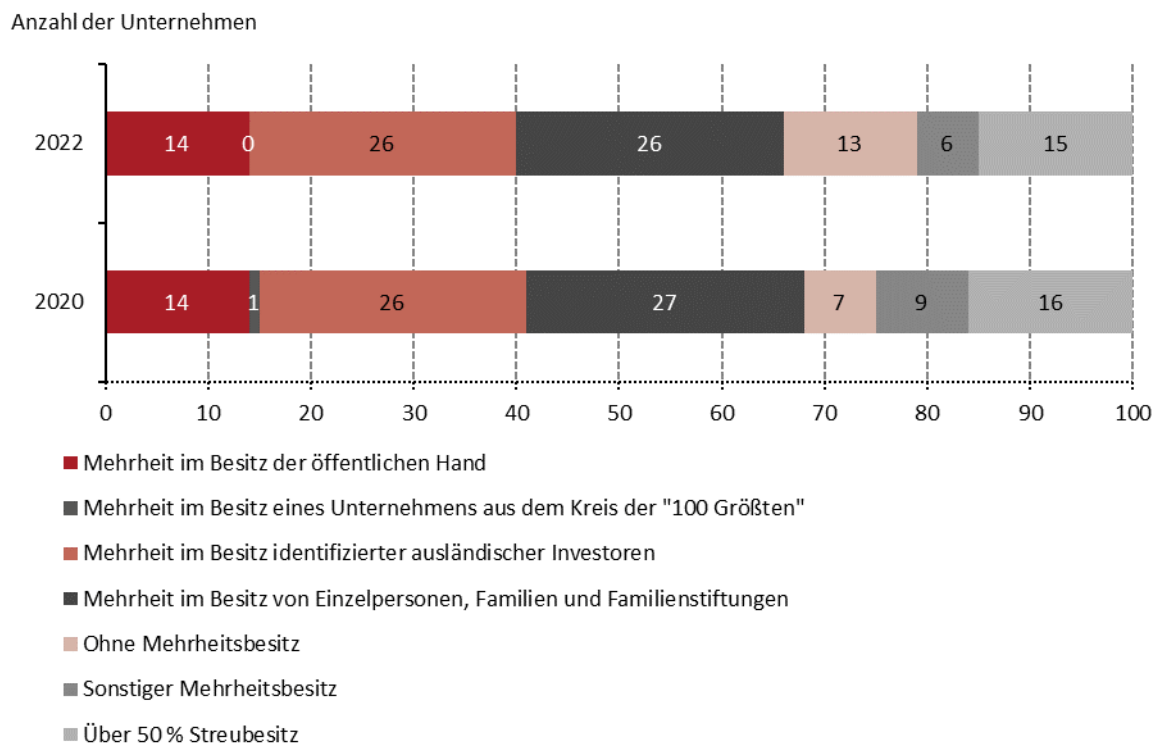
34. Eine Besonderheit stellt die Kategorie „Mehrheitlich im Besitz eines Unternehmens aus dem Kreis der „100 Größten“ dar. Dieser Kategorie ist üblicherweise kein Unternehmen zuzuordnen, da im Rahmen des vorliegenden Kapitels Unternehmensgruppen betrachtet werden. Ist ein Unternehmen A mehrheitlich im Besitz eines Unternehmens B, würde es im Rahmen der vorliegenden Berichterstattung der Unternehmensgruppe B zugerechnet. Es kann jedoch vorkommen, dass ein Unternehmen unter den „100 Größten“ von einem anderen Unternehmen

²⁷ Die Kategorie „identifizierte ausländische Investoren“ bezieht sich dabei in der Regel auf deutsche Tochterunternehmen ausländischer Unternehmen. Zwar sind häufig auch institutionelle Investoren wie z. B. Vanguard oder Blackrock Anteilseigner von Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“, allerdings bewegen sich diese Anteile in der Regel im niedrigen einstelligen Prozentbereich.

aus diesem Kreis während eines Berichtsjahres übernommen wird. In diesem Fall kann es vorkommen, dass ein Unternehmen für den Berichtszeitraum noch als eigenständiges Unternehmen aufgeführt wird, aber gleichzeitig schon im Besitz eines anderen Unternehmens der „100 Größten“ ist.²⁸

35. Abbildung I.8 zeigt die Struktur der Anteilseigner der „100 Größten“ in den Berichtsjahren 2020 und 2022. Zu sehen ist, dass im Berichtsjahr 2022 etwa die Hälfte der Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ mehrheitlich im Besitz von Einzelpersonen bzw. Familien(-stiftungen) (26 Unternehmen) oder ausländischer Investoren (26 Unternehmen) waren. Gegenüber dem Berichtsjahr 2020 hat sich die Anzahl der Unternehmen im Besitz ausländischer Investoren damit nicht verändert. 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 IBM-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. Zu beachten ist, dass die Änderungen in der Struktur der Anteilseigner in den meisten Fällen darauf zurückzuführen sind, dass die Zusammensetzung der Unternehmen im Kreis der „100 Größten“ sich verändert. Änderungen in der Eigentümerstruktur, also z. B. der Wechsel eines familiengeführten Unternehmens zu einem Unternehmen in der Hand ausländischer Investoren oder in die öffentliche Hand, sind dagegen deutlich seltener anzutreffen. Wenn für keine der Mehrheitskategorien ein Anteil von über 50 Prozent vorliegt, wird das entsprechende Unternehmen der Kategorie „ohne Mehrheitsbesitz“ zugeordnet.

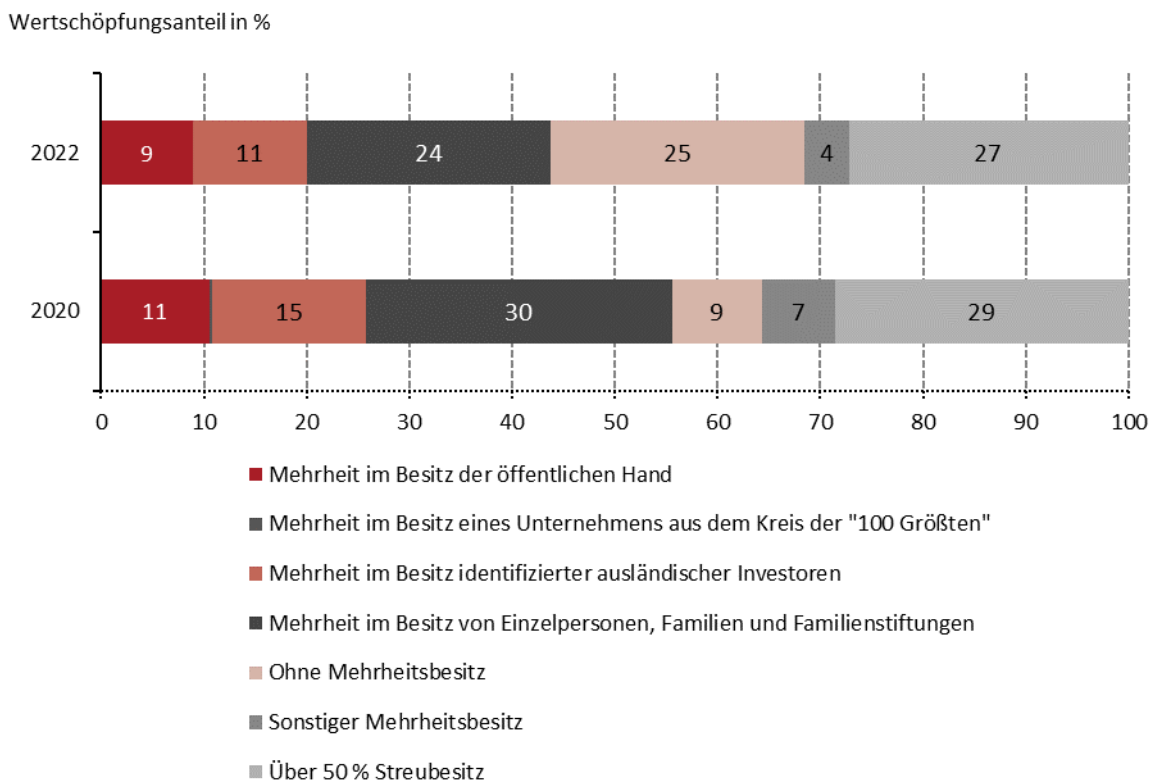
²⁸ Dies war z. B. im Berichtsjahr 2020 der Fall, als die Rhön-Klinikum AG von der Asklepios Kliniken GmbH & Co. KGaA übernommen wurde und beide Unternehmen zum Kreis der „100 Größten“ gehörten. Vgl. Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten, Wettbewerb 2022, Baden-Baden 2022, Tz 34.

Abbildung I.8: Struktur der Anteilseigner der „100 Größten“ in den Jahren 2020 und 2022

Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage der Datenbank „Orbis“ des Anbieters Moody's (Stand: Juni 2024)

36. 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 Streubesitz befinden, erwirtschafteten mit etwa 27 Prozent den größten Anteil an der Wertschöpfung der „100 Größten“. Im Berichtsjahr 2020 wurde der größte Anteil dagegen noch von Unternehmen erwirtschaftet, die sich mehrheitlich im Besitz von Einzelpersonen, Familien oder Stiftungen befanden. Dieser Anteil sank von zuvor 30 auf nun etwa 24 Prozent. Signifikant angestiegen ist dagegen der Anteil der Unternehmen ohne Mehrheitsbesitz.

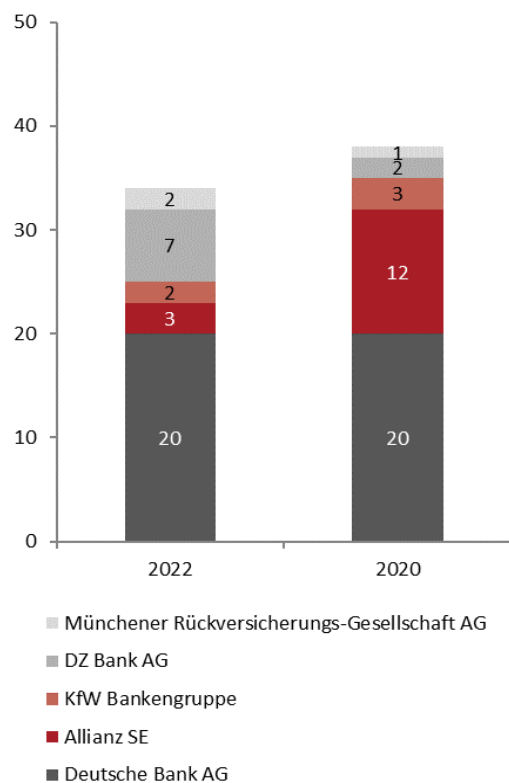
Abbildung I.9: Wertschöpfungsanteil der „100 Größten“ nach Mehrheitsbesitz in den Jahren 2020 und 2022



Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage der Datenbank „Orbis“ des Anbieters Moody's (Stand: Juni 2024)

37. 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 2020 hält auch im Berichtsjahr 2022 die Deutsche Bank AG die größte Anzahl an Minderheitsbeteiligungen an Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“. Die Deutsche Bank AG hält im Berichtsjahr 2022 mit 20 Minderheitsbeteiligungen die gleiche Anzahl Beteiligungen wie im Berichtsjahr 2020. Die Anzahl der Beteiligungsfälle der Allianz SE sank von 12 auf drei Beteiligungsfälle. Gleichzeitig erhöhte sich die Zahl der Beteiligungen der DZ Bank AG von zwei auf sieben.

Abbildung I.10: Zahl der Beteiligungsfälle unter den „100 Größten“ in den Jahren 2020 und 2022

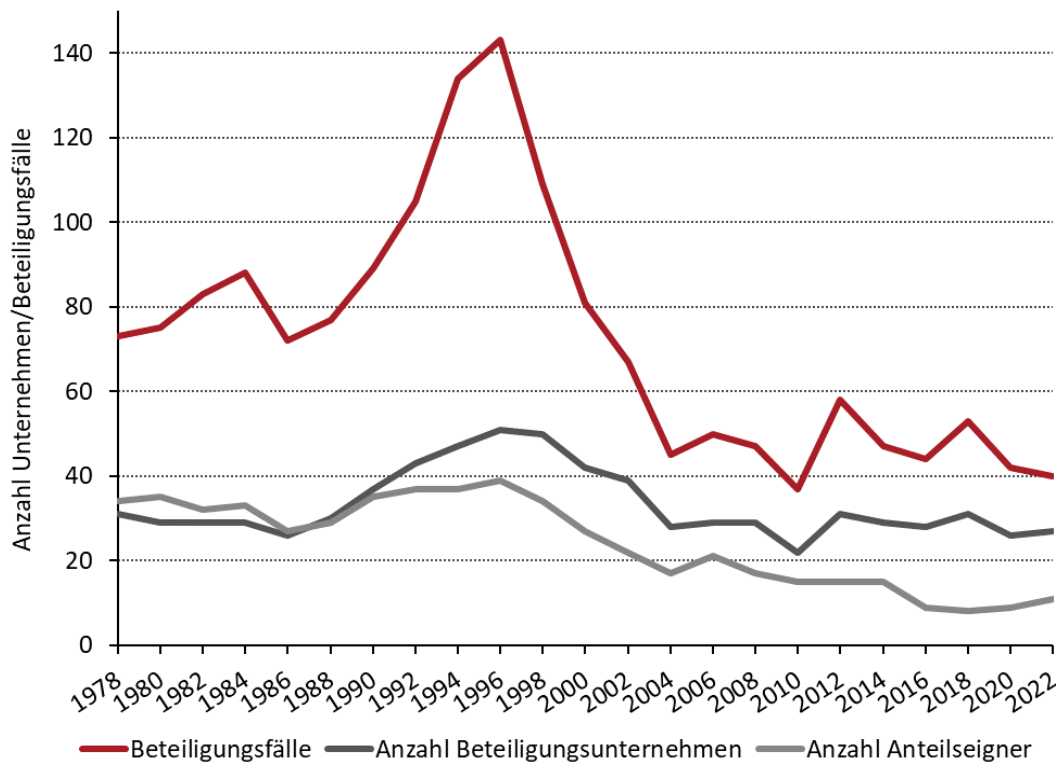


Anm.: Erfasst wurden Beteiligungsfälle von Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“, die in einem der Berichtsjahre an mehr als einem Unternehmen aus diesem Kreis beteiligt waren.

Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage der Datenbank „Orbis“ des Anbieters Moody's (Stand: Mai 2024)

38. In Abbildung I.11 wird die Betrachtung der Kapitalverflechtungen zwischen den „100 Größten“ auf die Entwicklung seit 1978 erweitert. 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 2022 liegt bei 40. Das sind 2 Beteiligungsfälle weniger als im Jahr 2020. Ebenso gibt es mit 27 Beteiligungsunternehmen im Berichtsjahr 2022 nur ein 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 2022 gibt es nur noch 11 Anteilseigner von einer oder mehreren Minderheitsbeteiligungen an Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“, die selbst ebenfalls zu diesem Kreis zählen. Die prozentual größten Anteile werden dabei von der Mercedes-Benz AG und der Siemens AG gehalten, die jeweils 30 Prozent an ihren Abspaltungen Daimler Truck Holding AG bzw. Siemens Energy AG besitzen.

Abbildung I.11: Entwicklung der Kapitalverflechtungen zwischen den „100 Größten“, 1978 bis 2022



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.

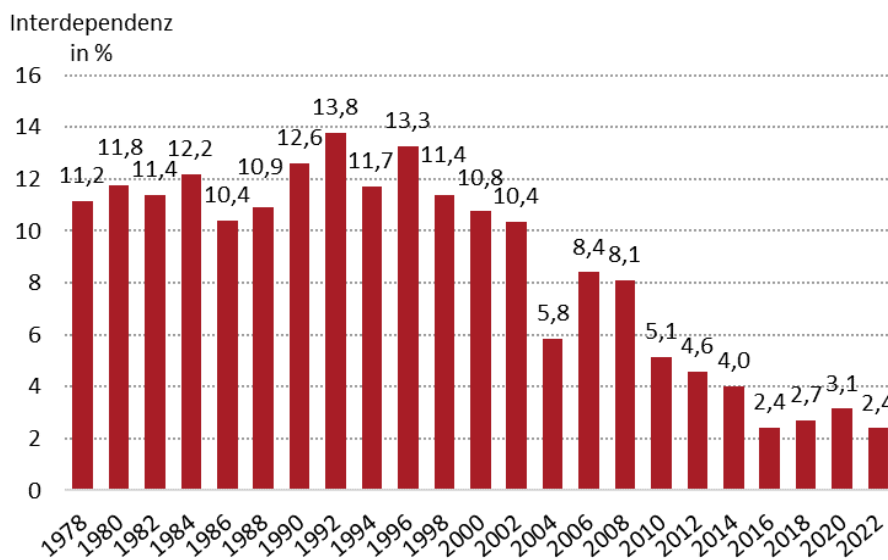
Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage veröffentlichter Geschäftsberichte und seit 2012 der Datenbank „Orbis“ des Anbieters Moody’s

39. 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. Der Interdependenzgrad war seit Mitte der 1990er Jahre tendenziell rückläufig war, ist jedoch seit 2016 wieder leicht angestiegen. Im Berichtsjahr 2022 sank der Interdependenzgrad auf 2,4 Prozent, was den niedrigsten Stand seit 2016 bedeutet.

40. 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). Da indirekte Kapitalverflechtungen (z. B. durch Investmentfonds) in ihrer Bedeutung weiterhin zunehmen, sollte diese Form der Verflechtungen zukünftig jedoch ebenfalls genau untersucht werden.²⁹ Da diese Verflechtungen zwar in vielen Unternehmen auftreten, allerdings in der Regel nur Anteile im niedrigen einstelligen Prozentbereich ausmachen, gehen diese im Rahmen der gegenwärtigen Methodik nicht in die Analysen ein.

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 Moody's

1.4 Personelle Verflechtungen der „100 Größten“

41. Neben Kapitalbeteiligungen wurden die „100 Größten“ auch auf ihre personellen Verflechtungen in Geschäftsführungs- und Kontrollgremien hin untersucht. Sofern eine Person aus Geschäftsführung oder Kontrollgremium eines Unternehmens im Kreis der „100 Größten“ ein weiteres Mandat in einem anderen Unternehmen aus diesen Kreis ausübt, besteht zwischen den betroffenen Unternehmen über diese Person eine Verflechtung. Es kann davon ausgegangen werden, dass Personen mit mehreren Mandaten in unterschiedlichen Unternehmen am Erfolg jedes dieser Unternehmen interessiert sind. Insofern können personelle Verflechtungen eine Gleichrichtung von Interessen und somit die Konzentration unternehmerischer Verfügungsgewalt von Großunternehmen verstärken.

²⁹ Die Monopolkommission hat zuletzt für das Berichtsjahr 2018 eine genauere Analyse des Themas „Common Ownership“ in Bezug auf die „100 Größten“ durchgeführt, siehe hierzu: Monopolkommission, XXIII. Hauptgutachten der Monopolkommission, Wettbewerb 2020, Baden-Baden, 2020, Tz. 216 ff.

42. Gemäß § 285 Nr. 10 HGB sind Kapitalgesellschaften und bestimmte Personengesellschaften dazu verpflichtet, alle Mitglieder des Geschäftsführungsorgans und des Aufsichtsrats im Anhang zu ihrem Jahresabschluss aufzuführen. Die Mitglieder von Geschäftsführungs- und Kontrollgremien der „100 Größten“ lassen sich daher in der Regel auf Grundlage der veröffentlichten Geschäftsberichte ermitteln. Da sich die Untersuchung lediglich auf die inländischen Teilkonzerne bezieht, werden bei Unternehmen mit ausländischer Konzernobergesellschaft die Gremien der obersten Gesellschaft im Inland zur Ermittlung der Mandate herangezogen.

43. Für das Berichtsjahr 2022 konnten die entsprechenden Mandatsträgerinnen und –träger von 98 Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ ermittelt werden. Lediglich die Aldi- sowie die Schwarz-Gruppe wurden aufgrund fehlender Daten nicht in die Untersuchung personeller Verflechtungen miteinbezogen. Insgesamt konnten 1.954 Personen (2020: 1.923 Personen) ermittelt werden, die zusammen 2.070 Mandate (2020: 2.028 Mandate) innehatten. Tabelle I.2 stellt dar, wie sich diese Mandate auf Geschäftsführungs- und Kontrollgremien verteilen.

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

	2020	2022
Geschäftsführungsmandate	555	594
davon mit Verflechtung	32 (5,8 %)	34 (5,7 %)
Mandate in Kontrollgremien	1473	1476
davon mit Verflechtung	167 (11,3 %)	194 (13,1 %)

Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage veröffentlichter Geschäftsberichte

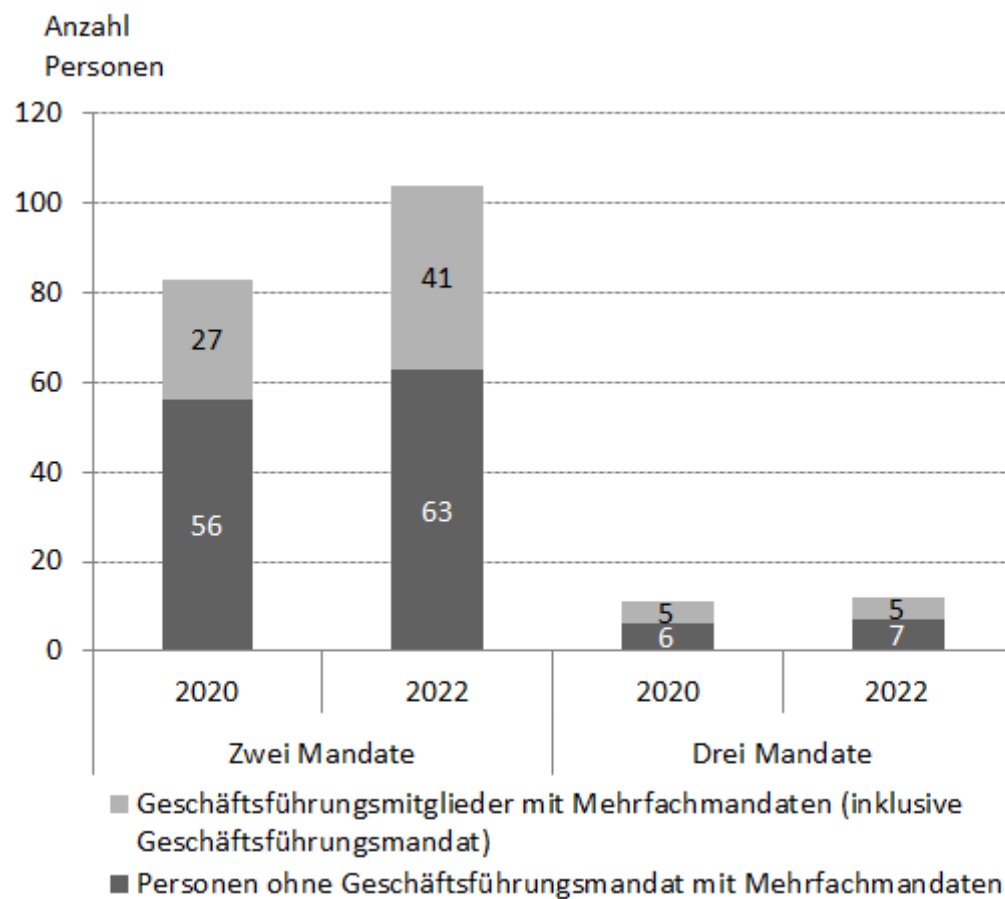
44. Wie in Tabelle I.2 dargestellt, ist die Anzahl der Geschäftsführungsmandate der „100 Größten“ von 555 im Jahr 2020 auf 594 Mandate im Jahr 2022 gestiegen. Auch die Anzahl der Personen, die neben ihrem Geschäftsführungsmandat einem Kontrollgremium mindestens eines weiteren Unternehmens aus dem Kreis der „100 Größten“ angehören, ist auf 34 Personen (2020: 32 Personen) angestiegen. Ihr Anteil im Verhältnis zur Gesamtzahl der Geschäftsführungsmandate ist jedoch mit 5,7 Prozent (2020: 5,8 Prozent) annähernd konstant geblieben. Die Anzahl der Mandate in Kontrollgremien ist mit 1.476 vergleichsweise konstant geblieben (2020: 1.473 Mandate), jedoch ist die Anzahl der Mandate mit Verflechtung auf 194 Mandate (2020: 167 Mandate) angestiegen, was einem Anteil von 13,1 Prozent (2020: 11,3 Prozent) entspricht. Dies bedeutet, dass 194 Mandate in Kontrollgremien im Jahr 2022 durch Personen besetzt waren, die mindestens ein weiteres Geschäftsführungs- oder Kontrollgremiumsmandat bei einem anderen Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ innehatten.

45. Im Folgenden werden die Mandate, die zu Verflechtungen zwischen Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ führen, näher betrachtet. Diese Mandate werden entweder von Personen ausgeübt, die in mindestens zwei Kontrollgremien sitzen, oder von Personen, die in einem Unternehmen ein Geschäftsführungsmandat ausüben und in mindestens einem weite-

ren Unternehmen ein Kontrollmandat. Zusätzlich ist eine Person (ohne weitere Kontrollmandate) im Laufe des Jahres 2022 aus der Geschäftsführung eines Unternehmens aus dem Kreis der „100 Größten“ ausgetreten, um in die Geschäftsführung eines anderen Unternehmens aus diesem Kreis einzutreten. Dieser Fall wird aufgrund der zeitlichen Abgrenzung nicht als Verflechtung gewertet.

46. Abbildung I.13 betrachtet die Personen mit Mehrfachmandaten genauer. Dabei werden Personen mit Geschäftsführungsmandat (und mindestens einem weiteren Kontrollmandat in einem weiteren Unternehmen) und Personen, die ausschließlich Kontrollmandate in mehreren Unternehmen innehaben, separat ausgewiesen. Die Anzahl der Personen mit Mehrfachmandaten im Jahr 2022 ist dabei auf 116 (2020: 95 Personen) angestiegen, was im Wesentlichen auf Personen mit zwei Mandaten zurückgeht (104 Personen im Jahr 2022, verglichen mit 83 Personen im Jahr 2020). So ist die Anzahl der Geschäftsführungsmitglieder, die gleichzeitig ein Kontrollmandat in einem weiteren Unternehmen innehaben, auf 41 Personen angestiegen (2020: 27 Personen). Die Anzahl der Personen, die Mitglied in Kontrollgremien von zwei unterschiedlichen Unternehmen sind, ist auf 63 gestiegen (2020: 56 Personen). Die Anzahl der Personen mit drei Mandaten ist von 11 Personen in 2020 auf 12 Personen in 2022 gestiegen, wovon 5 Personen ein Geschäftsführungsmandat sowie zwei Kontrollmandate innehatten (2020: ebenfalls 5 Personen), 7 weitere Personen haben Kontrollmandate in drei verschiedenen Unternehmen besetzt (2020: 6 Personen). Genau wie im Jahr 2020 hat keine Person Mandate in mehr als drei Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ ausgeübt. Zuletzt gab es im Jahr 2018 zwei Personen (davon eine mit Geschäftsführungsmandat), die vier Mandate besetzten.

Abbildung I.13: Personen mit mehreren Mandaten in Geschäftsführungs- und Kontrollgremien 2020 und 2022



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

Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage veröffentlichter Geschäftsberichte

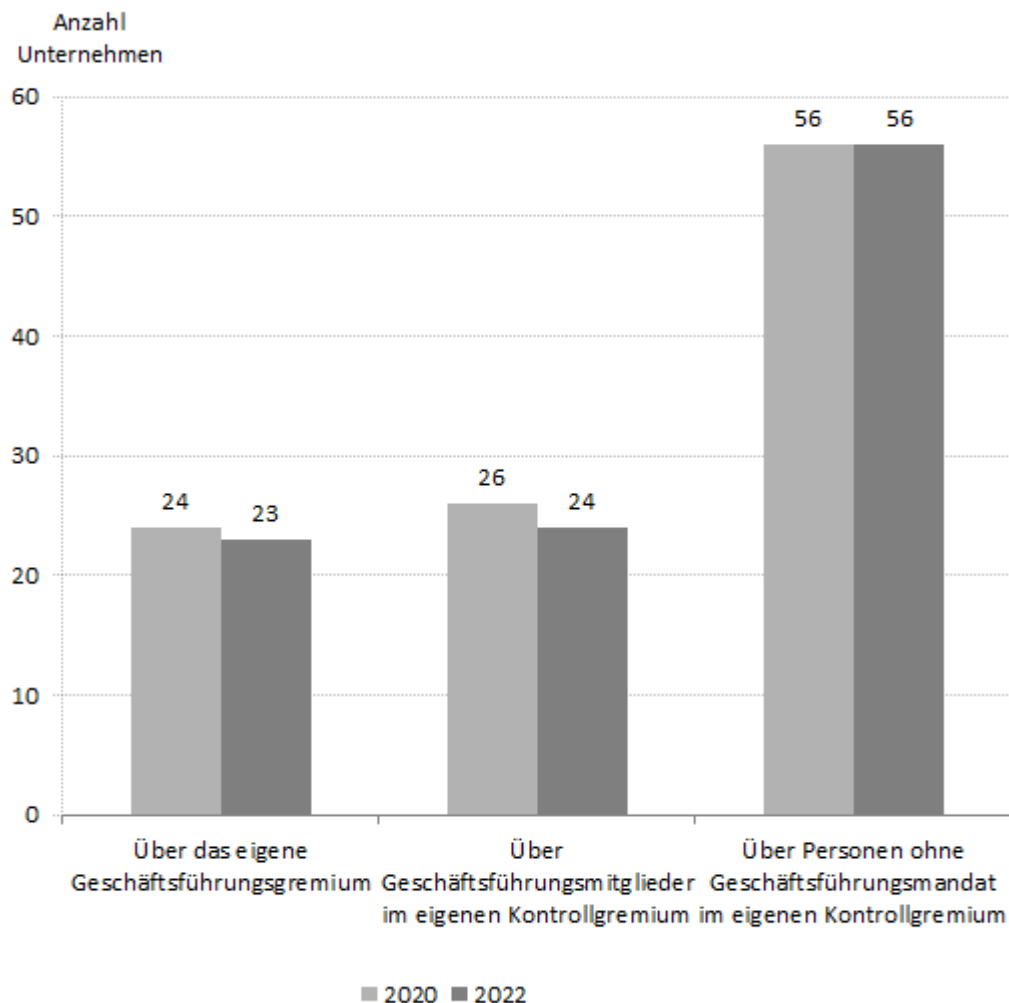
47. Durch ihre personellen Verflechtungen stehen diverse Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ miteinander in Verbindung. Lediglich 38 der 98 berücksichtigten Unternehmen aus diesem Kreis waren durch kein einziges Mitglied aus Geschäftsführung oder Kontrollgremium mit einem weiteren Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ verbunden. Für die verbleibenden 60 Unternehmen wird im Folgenden dargestellt, in welcher Form diese mit weiteren Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ verflochten sind. Dabei sind drei Kategorien von Verflechtungen denkbar, von denen jeweils mehrere auf ein Unternehmen zutreffen können:

- Kategorie „Über das eigene Geschäftsführungsgremium“: Mindestens ein Mitglied der Geschäftsführung des betrachteten Unternehmens besitzt ein Mandat im Kontrollgremium eines weiteren Unternehmens.
- Kategorie „Über Geschäftsführungsmitglieder im eigenen Kontrollgremium“: Mindestens ein Mitglied des Kontrollgremiums des betrachteten Unternehmens besitzt ein Geschäftsführungsmandat in einem weiteren Unternehmen.

- c. Kategorie „Über Personen ohne Geschäftsführungsmandat im eigenen Kontrollgremium“: Mindestens ein Mitglied des Kontrollgremiums des betrachteten Unternehmens besitzt ein Kontrollmandat in weiteren Unternehmen.

48. Abbildung I.14 gibt einen Überblick über die Anzahl der Unternehmen, die im Hinblick auf diese drei Kategorien mit weiteren Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ verflochten sind. Dabei zeigt sich insgesamt ein leichter Rückgang der personellen Verflechtungen zwischen den betrachteten Unternehmen. So ist die Anzahl der Unternehmen, die über das eigene Geschäftsführungsgremium mit weiteren Unternehmen verbunden sind, auf 23 (2020: 24 Unternehmen) gesunken. Die Anzahl der Unternehmen mit Geschäftsführungsmitgliedern im eigenen Kontrollgremium sank auf 24 (2020: 26 Unternehmen). Die Anzahl der Unternehmen, die über Kontrollmandate mit Kontrollmandaten anderer Unternehmen verbunden sind, blieb verglichen mit dem Jahr 2020 konstant bei 56 Unternehmen. Zusätzlich weist Tabelle Anhang A.4 im Anhang die Anzahl der personellen Verflechtungen je Kategorie für jedes Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ separat aus.

Abbildung I.14: Über personelle Verflechtung verbundene Unternehmen in den Jahren 2020 und 2022

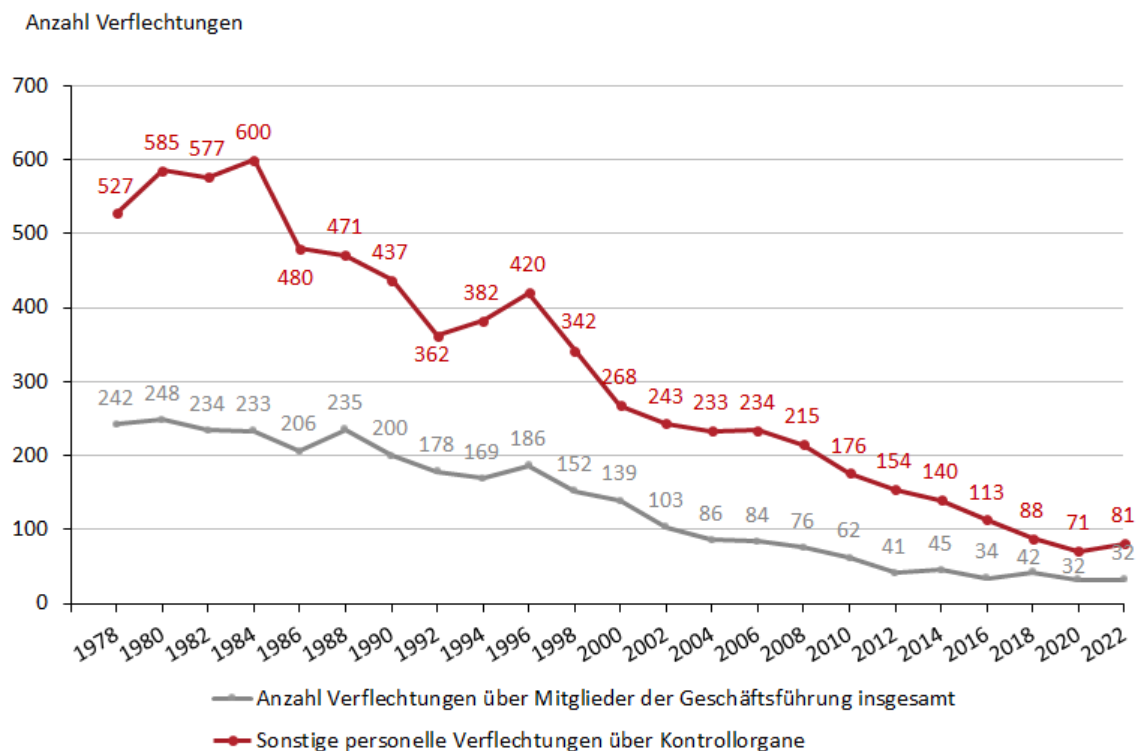


Anm.: Angegeben ist die Anzahl an Unternehmen aus dem Kreis der "100 Größten", die mit weiteren Unternehmen aus diesem Kreis über Personen in Geschäftsführungs- und Kontrollgremien verflochten waren.

Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage veröffentlichter Geschäftsberichte

49. Abbildung I.15 stellt die Gesamtzahl der personellen Verflechtungen zwischen den „100 Größten“ im langfristigen Verlauf seit dem Jahr 1978 dar. Dabei zeigt sich, dass der langfristige Trend der Anzahl personeller Verflechtungen zwar rückläufig ist, zuletzt im Jahr 2022 (verglichen mit dem Jahr 2020) jedoch wieder etwas zugenommen hat. So ist die Anzahl der Verflechtungen von Unternehmen durch Personen in Kontrollgremien auf 81 gestiegen, verglichen mit 71 Verflechtungen im Jahr 2020. Die Anzahl der Verflechtungen durch Personen, die in einem der Unternehmen Mitglied der Geschäftsführung sind, blieb dagegen unverändert bei 32 Verflechtungen, wodurch sich ein relativ stabiles Niveau der vergangenen Jahre in Bezug auf diese Kennzahl fortsetzt.

Abbildung I.15: Entwicklung der personellen Verflechtungen nach Art der Verflechtung (1978 bis 2022)



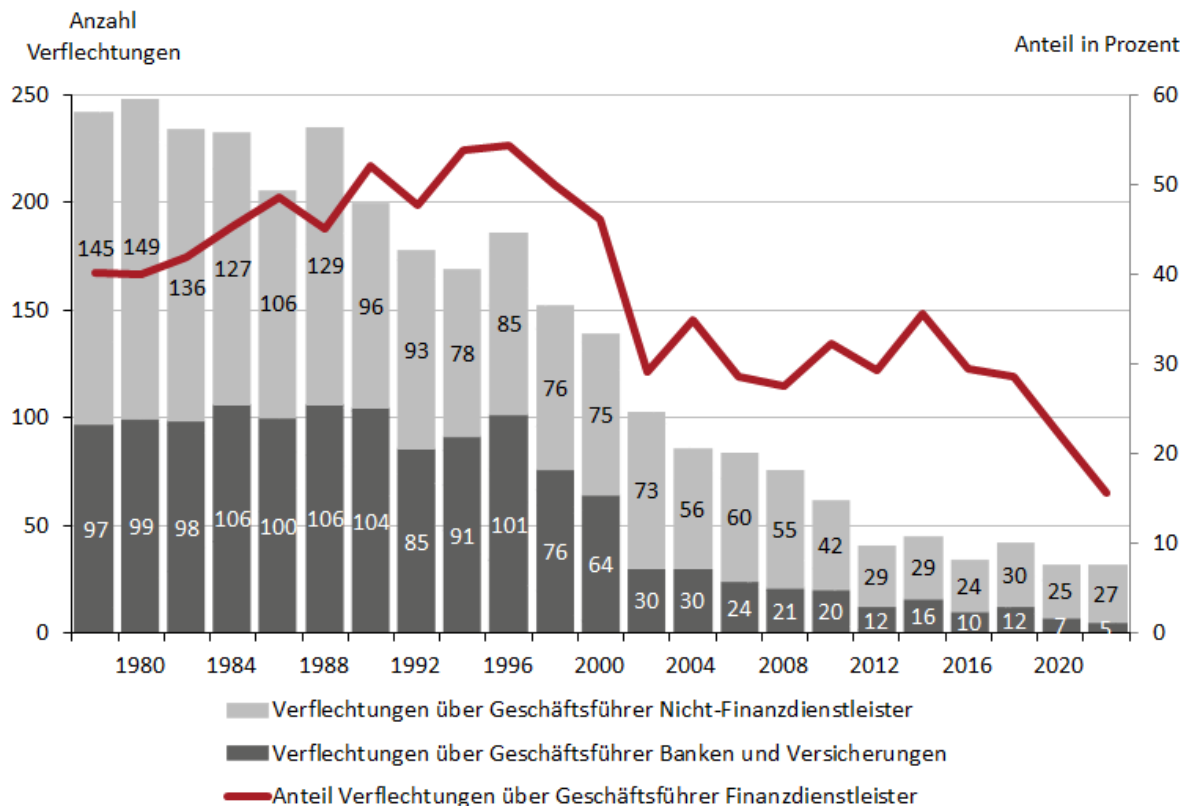
Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage veröffentlichter Geschäftsberichte

50. Die Diskrepanz der zuletzt angestiegenen Anzahl an Verflechtungen (siehe Abbildung I.15) zur tendenziell abnehmenden Anzahl an Unternehmen (siehe Abbildung I.14) lässt sich in erste Linie dadurch erklären, dass im Jahr 2022 Fälle auftraten, in den zwei Unternehmen direkt durch mehrere Personen in Geschäftsführung und Kontrollgremien miteinander verflochten waren. Diese Mehrfachverflechtungen lassen sich insbesondere bei Siemens AG/Siemens Energy AG (fünf Verflechtungen), sowie bei Mercedes-Benz Group AG/Daimler Truck Holding AG (vier Verflechtungen) beobachten. In beiden lässt sich die hohe Anzahl an Verflechtungen dadurch erklären, dass es sich beim jeweils letztgenannten Unternehmen um eine kürzlich erfolgte Abspaltung des jeweils erstgenannten Konzerns handelt. Somit ergeben sich in beiden Fällen neben starken Kapitalverflechtungen auch starke personelle Verflechtungen zwischen den abgespaltenen Unternehmen und ihren ehemaligen Mutterkonzernen.

51. Zuletzt kommen Verflechtungen besondere Aufmerksamkeit zu, die durch Personen in Geschäftsführungsgremien von Kreditinstituten oder Versicherungen mit Mandaten in Kontrollgremien der „100 Größten“ entstehen. Diese Form der Verflechtungen wird in Abbildung I.16 im historischen Verlauf seit 1978 gesondert ausgewiesen. Die Anzahl dieser Art von Verflechtungen lag bis zum Jahr 1996 konstant auf einem vergleichsweise hohen Niveau (im Mittel ca. 100 solcher Verflechtungen), sank anschließend jedoch stark ab. Auch im Jahr 2022 ist die Zahl mit fünf solcher Verflechtungen (2020: sieben) noch einmal gesunken. Der Anteil dieser Form von Verflechtungen an der Gesamtanzahl an Verflechtungen über Mitglieder von Geschäftsführungsgremien lag bis zum Jahr 2000 regelmäßig zwischen 40 und 54 Prozent, ist seitdem jedoch ebenfalls deutlich gesunken und lag im Jahr 2022 bei 16 Prozent (2020: 22 Prozent). Alle

fünf im Jahr 2022 berücksichtigten Verflechtungen entfielen dabei auf Geschäftsführungsmandate von Kreditinstituten, keine einzige auf eine Versicherung.

Abbildung I.16: Anzahl an personellen Verflechtungen über Geschäftsführungsmitglieder (1978 bis 2022)



Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage veröffentlichter Geschäftsberichte

1.5 Beteiligung der „100 Größten“ an Unternehmenszusammenschlüssen

52. Externes Unternehmenswachstum kann zu Veränderungen der aggregierten Unternehmenskonzentration führen. 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, wird hierbei angenommen, 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.

53. Im Berichtszeitraum 2022/2023 waren zwei Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ an mindestens zehn Zusammenschlussvorhaben beteiligt, die vom Bundeskartellamt freigegeben wurden (vgl. Tabelle I.3). Im Berichtszeitraum 2020/2021 traf dies noch auf drei Un-

ternehmen zu. Die größte Zusammenschlussaktivität im aktuellen Berichtszeitraum wiesen Allianz SE (12 Freigaben) und EWE AG (11 Freigaben) auf. Allianz SE war im vergangenen Berichtszeitraum an ähnlich vielen freigegebenen Zusammenschlüssen beteiligt. Bei der Rethmann SE & Co. KG ging die Anzahl der Zusammenschlussbeteiligungen von 13 auf eine zurück. Gleiches trifft auf E.ON SE zu, deren Anzahl von 19 auf drei sank. Die Anzahl der Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“, die an den vom Bundeskartellamt freigegebenen Zusammenschlüssen beteiligt war, stieg dagegen im Berichtszeitraum deutlich auf 70, nach 46 im vorhergehenden Berichtszeitraum.

Tabelle I.3: Unternehmen mit mindestens zehn freigegebenen Zusammenschlussvorhaben 2022/23 und 2020/21

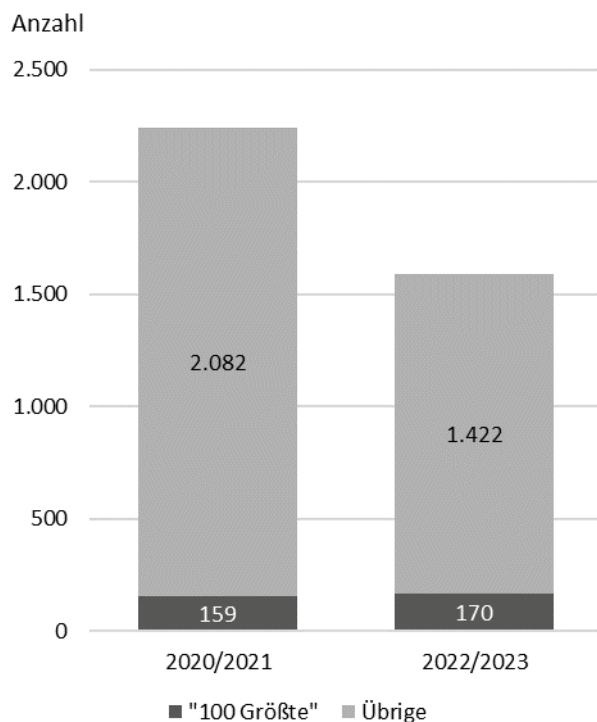
Unternehmen	Freigaben 2022/2023	Freigaben 2020/2021
Allianz SE	12	10
EWE AG	11	3
E.ON SE	3	19
Rethmann SE & Co. KG	1	13

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 die Fälle für das jeweilige Unternehmen, wenn es entweder selbst Erwerber bzw. Erworbener oder seine Obergesellschaft Erwerber bzw. selbst Erworbener war (hier werden auch Fälle erfasst, in denen keine Kontrollpflicht bestand). Ein Überblick für alle Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“, die im Berichtszeitraum 2022/2023 an Fällen beteiligt waren, die durch das Bundeskartellamt freigegeben wurden, ist im Anhang zu diesem Gutachten zu finden.

Quelle: Daten des Bundeskartellamtes

54. Abbildung I.17 vergleicht die Gesamtzahl der Freigabeentscheidungen des Bundeskartellamtes in den Berichtsjahren 2022/2023 mit derjenigen des vorangegangenen Berichtszeitraums 2020/2021. Die Gesamtzahl an Zusammenschlüssen unter Beteiligung von Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ ist gegenüber dem vergangenen Berichtszeitraum gestiegen. Mit 170 Fällen im aktuellen Berichtszeitraum stieg die Anzahl der Fälle um fast sieben Prozent. Diese Entwicklung ist allerdings gegenläufig zum gesamtwirtschaftlichen Trend. Die Anzahl an Zusammenschlussfällen ohne Beteiligung eines Unternehmens aus dem Kreis der „100 Größten“ ist gegenüber dem vergangenen Berichtszeitraum um fast 30 Prozent zurückgegangen (vgl. hellgrauer Balken „Übrige“ in Abbildung I.17). Der bereits seit den Jahren 2020/2021 zu beobachtende allgemeine Rückgang könnte eine Folge der Anhebung der Anmeldeschwellen im Rahmen der 10. GWB-Novelle zum Januar 2021 sein.

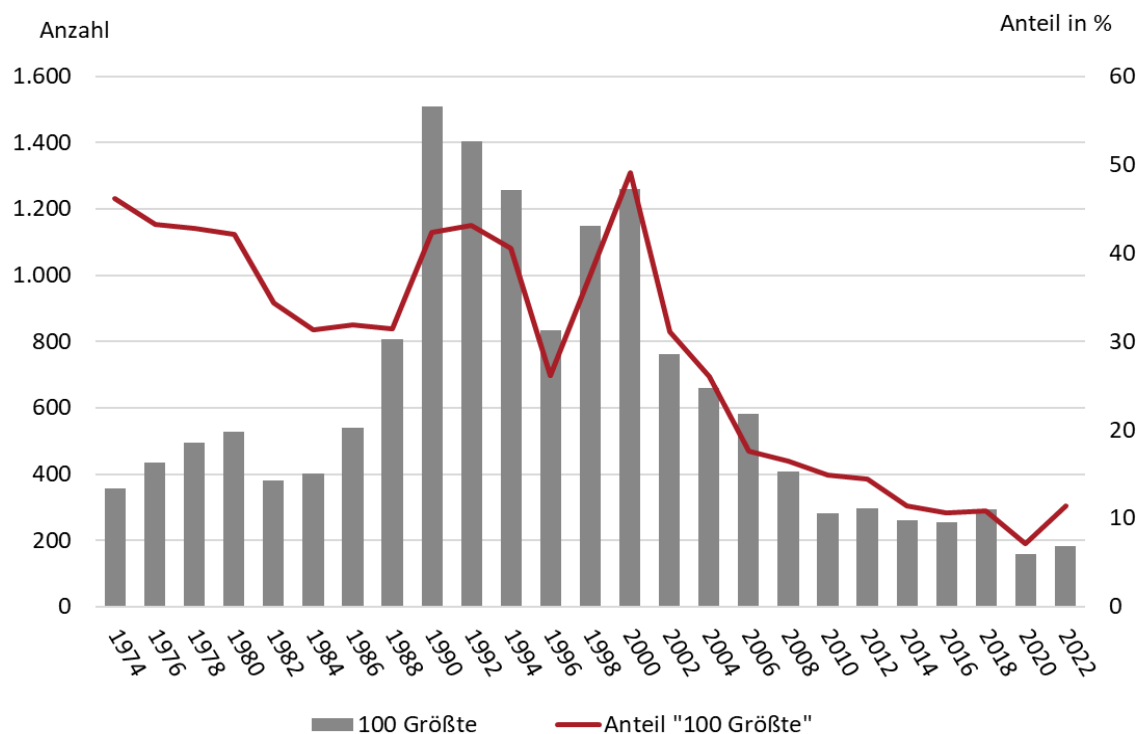
Abbildung I.17: Freigabeentscheidungen des Bundeskartellamts in den Berichtsjahren 2020/2021 und 2022/2023



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

55. Da die Anzahl der vom Bundeskartellamt freigegebenen Zusammenschlussvorhaben bei den „100 Größten“ leicht anstieg, während die entsprechende Größe bei den übrigen Unternehmen in Deutschland sank, ist der Anteil der „100 Größten“ an den vom Bundeskartellamt freigegebenen Zusammenschlussvorhaben gegenüber dem vergangenen Berichtszeitraum gestiegen und beträgt im aktuellen Berichtszeitraum 11,4 Prozent (2020/2021: 7,1 Prozent). Damit liegt er wieder auf dem Niveau des Berichtszeitraums 2018/2019. Wie Abbildung I.18 zeigt, lag der Anteil der „100 Größten“ an allen beim Bundeskartellamt angezeigten Zusammenschlüssen im Berichtszeitraum 2000/2001 noch bei fast 50 Prozent und sank bis zum Berichtszeitraum 2014/2015 auf unter 12 Prozent ab. Seitdem bleibt ihr Anteil vergleichsweise konstant, ein klarer Trend ist nicht erkennbar.

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. Erworbenener waren oder ihre Obergesellschaft Erwerber selbst Erworbenener 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

56. Im Folgenden werden die größten Unternehmen nach Branchen dargestellt. 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.³⁰ 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

³⁰ 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 Moody's und bezieht sich auf den Schwerpunkt der Geschäftstätigkeit im Inland.

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

57. Um die Bedeutung der Großunternehmen innerhalb der entsprechenden Branche einschätzen zu können, werden anschließend die Geschäftsvolumina der größten Unternehmen einer Branche preisbereinigt der entsprechenden gesamtwirtschaftlichen realen Vergleichsgröße gegenübergestellt.³¹ 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 2022

Rang nach Umsatz	Trend	Unternehmen	Umsatz in Mio. EUR ¹	Gesamtumsatz in Mio. EUR	Inlandsanteil in %
1	↑	Uniper SE	281.217	281.217	100,0
2	↓	Volkswagen AG	172.907	279.232	61,9
3	↓	Mercedes-Benz Group AG	122.501	150.017	81,7
4	↓	Bayerische Motoren Werke AG	100.771	142.610	70,7
5	↑	E.ON SE	86.371	115.660	74,7
6	neu	VNG-Verbundnetz Gas AG	66.909	68.785	97,3
7	↓	Robert Bosch GmbH	52.259	88.201	59,2
8	↑	BP-Gruppe Deutschland	40.994	226.319	18,1
9	↑	EnBW Energie Baden-Württemberg AG	40.942	56.003	73,1
10	↑	Shell-Gruppe Deutschland	33.444	357.504	9,4
11	↑	RWE AG	31.308*	38.366	81,6
12	↓	Siemens AG	30.441	71.977	42,3
13	↑	Thüga AG	28.027	28.027	100,0
14	↓	thyssenkrupp AG	24.750	41.140	60,2
15	↑	TOTAL-Gruppe Deutschland	17.766	246.869	7,2
16	↓	Ford-Gruppe Deutschland	17.596	141.531	12,4
17	↑	ExxonMobil-Gruppe Deutschland	16.852	373.781	4,5
18	↓	Airbus-Gruppe Deutschland	16.622	58.763	28,3

³¹ Wie in Abschnitt Kapitel I1.2.2 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 %
19	↑	ZF Friedrichshafen AG	16.031	43.801	36,6
20	↓	Stellantis-Gruppe Deutschland	15.851	15.851	100,0
21	↓	BASF SE	15.170	87.327	17,4
22	↓	C. H. Boehringer Sohn AG & Co. KG	14.236	24.149	59,0
23	↓	Aurubis AG	13.255	18.521	71,6
24	↓	Vattenfall-Gruppe Deutschland	12.532	21.547	58,2
25	↓	Fresenius SE & Co. KGaA	11.885	40.840	29,1
26	↓	INA-Holding Schaeffler GmbH & Co. KG	11.521	63.788	18,1
27	neu	BioNTech SE	11.202	12.514	89,5
28	↑	Stadtwerke Köln GmbH	11.022	11.022	100,0
29	↓	Stadtwerke München GmbH	10.629	10.629	100,0
30	↓	Heraeus Holding GmbH	9.740	29.082	33,5
31	↑	EWE AG	8.434	8.605	98,0
32	↓	Roche-Gruppe Deutschland	8.098	64.262	12,6
33	↑	Evonik Industries AG	7.934	18.488	42,9
34	↑	Covestro AG	7.716	17.968	42,9
35	neu	Philip Morris International-Gruppe Deutschland	7.401	7.619	97,1
36	↓	Liebherr-International-Gruppe Deutschland	7.053	12.589	56
37	neu	Siemens Energy AG	6.978	28.997	24,1
38	↑	TenneT TSO GmbH	6.453	16.549	39,0
39	neu	Wacker Chemie AG	6.422	8.209	78,2
40	↑	Carl Zeiss AG	6.205	8.754	70,9
41	neu	MVV Energie AG	5.924	5.924	100,0
42	↓	HGV Hamburger Gesellschaft für Vermögens- und Beteiligungsmanagement mbH	5.771	6.532	88,3
43	↓	Salzgitter AG	5.764	12.553	45,9
44	neu	Dow-Gruppe Deutschland	5.707	5.707	100,0
45	neu	Daimler Truck Holding AG	5.532	50.945	10,9
46	neu	LyondellBasell-Gruppe Deutschland	5.477	5.477	100,0
47	↓	Merck KGaA	5.037	22.232	22,7
48	neu	K+S AG	4.944*	5.433	91,0
49	↓	Adidas AG	4.831	22.511	21,5
50	↓	maxingvest AG	4.825	12.567	38,4

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

Quelle: Eigene Erhebungen und veröffentlichte Geschäftsberichte

58. In Tabelle I.4 sind die 50 größten Industrieunternehmen in Deutschland im Berichtsjahr 2022 dargestellt. Der Kreis der 50 größten Industrieunternehmen hat sich gegenüber dem Berichtsjahr 2022 um 10 Unternehmen verändert. Neu in den Berichtskreis eingetreten sind die folgenden Unternehmen (Rang im Jahr 2022 in Klammern): VNG-Verbundnetz Gas AG (6), BioNTech SE (27), Philip Morris International-Gruppe Deutschland (35), Siemens Energy AG (37), Wacker Chemie AG (39), MVV Energie AG (41), Dow-Gruppe Deutschland (44), Daimler Truck Holding AG (45), LyondellBasell-Gruppe Deutschland (46), K+S AG (48).

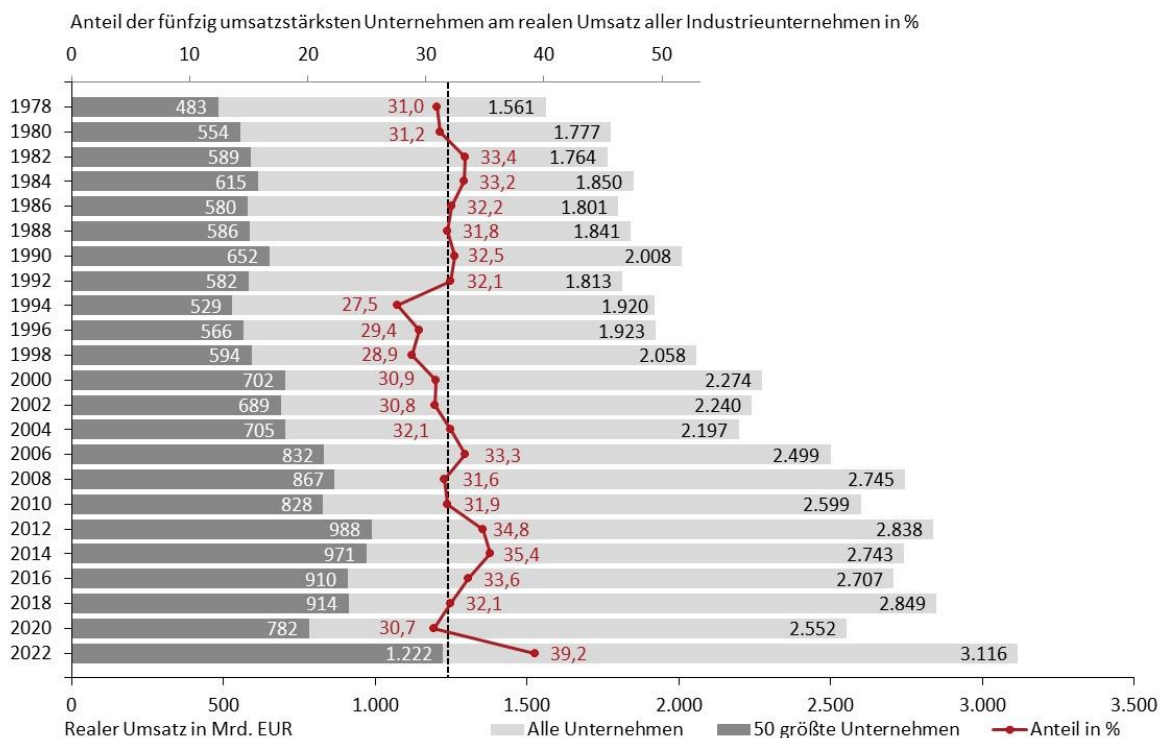
59. Neben den Umsätzen der inländischen Konzerngesellschaften werden für die 50 größten Industrieunternehmen in Tabelle I.4 auch die jeweiligen Umsätze des gesamten Konzerns und der entsprechende Inlandsanteil dargestellt. Gegenüber dem Berichtsjahr 2020 hat sich der durchschnittliche Inlandsanteil von 36,4 Prozent auf 43,8 Prozent erhöht. Besonders stark wird diese Entwicklung von der Uniper SE getrieben, die ihren (inländischen) Umsatz von EUR 52.741 Mio. im Jahr 2020 auf EUR 281.217 Mio. im Jahr 2022 gesteigert hat. Da die Uniper SE als Gasimporteureur tätig ist, kann dies unmittelbar auf den starken Anstieg der Gaspreise seit der zweiten Jahreshälfte des Jahres 2021 und insbesondere in Folge des russischen Angriffs auf die Ukraine im Jahr 2022 gesehen werden.

60. 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).³² Die Umsätze werden anschließend preisbereinigt, um eine Betrachtung im Zeitverlauf zu ermöglichen.³³

61. 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 2020 im Berichtsjahr 2022 einen deutlichen Anstieg auf. Die preisbereinigten Umsätze aller Industrieunternehmen stiegen um 22,1 Prozent auf EUR 3.116 Mrd., die preisbereinigten Umsätze der 50 größten Industrieunternehmen stiegen sogar um 65,5 Prozent auf EUR 1.296 Mrd. Diese massiven Umsatzsteigerungen dürften zum einen eine Folge der Erholung zum Ende der COVID-19-Pandemie sein. Zum anderen ist insbesondere bei Uniper SE ein deutlich höherer Umsatz als in früheren Jahren erkennbar. Dies ist wahrscheinlich eine Folge der Energiekrise von 2022. Da die Umsätze der 50 größten Industrieunternehmen stärker angestiegen sind als die Umsätze aller Industrieunternehmen, hat sich der Anteil der Großunternehmen an den Umsätzen der Industrie auf 39,2 Prozent erhöht. Dies ist der höchste Wert seit Beginn der Berichterstattung im Jahr 1978, nachdem zuvor von 2014 bis 2020 ein abnehmender Trend festzustellen war.

³² Statistisches Bundesamt, Finanzen und Steuern – Umsatzsteuerstatistik (Vorankmeldungen), Fachserie 14 Reihe 8.1, Rechenstand März 2024.

³³ 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 2023).

Abbildung I.19: Entwicklung der inländischen Umsätze in der Industrie (1978 bis 2022)

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 (Wasserversorgung, 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 2023). 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 2022

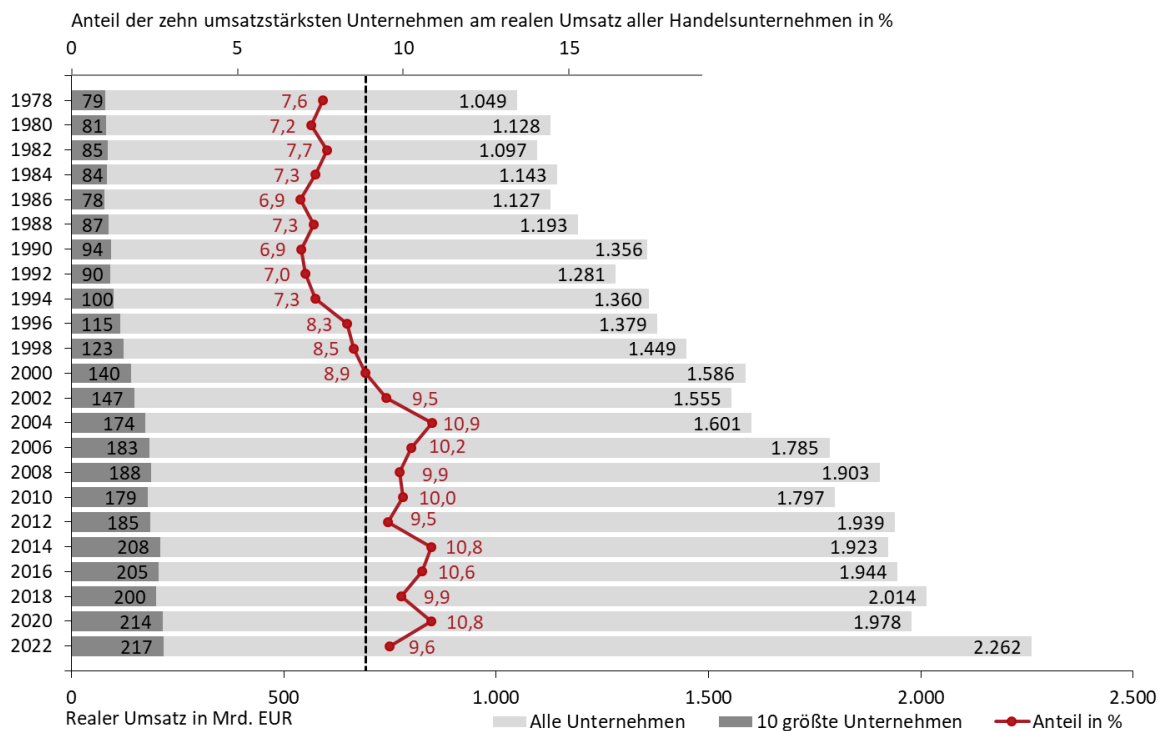
Rang nach Umsatz	Trend	Unternehmen	Umsatz in Mio. EUR ¹	Gesamtumsatz in Mio. EUR	Inlandsanteil in %
1	—	EDEKA-Gruppe	71.396	71.396	100,0
2	—	REWE-Gruppe	51.314	77.210	66,5
3	—	Schwarz-Gruppe	45.640	92.578	49,3
4	—	Aldi-Gruppe	27.700	132.209	21,0
5	neu	Marquard & Bahls AG	14.484	14.484	100,0
6	↓	Otto Group	11.179	16.190	69,0
7	neu	BayWa AG	9.916	27.062	36,6
8	↓	Ceconomy AG	9.801	21.768	45,0
9	neu	Agravis Raiffeisen AG	9.269	9.445	98,1
10	—	dm-drogerie markt Verwaltungs-GmbH	8.556	9.919	86,3

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

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

62. Gegenüber dem Berichtsjahr 2020 hat sich der Kreis der zehn größten Handelsunternehmen im Berichtsjahr 2022 um drei Unternehmen verändert. Neu im Kreis der zehn größten Handelsunternehmen sind die Marquard & Bahls AG auf Rang 5, die BayWa AG auf Rang 7 und die Agravis Raiffeisen AG auf Rang 9. Im Berichtsjahr 2022 nicht weiter unter den zehn größten Handelsunternehmen sind die PHOENIX Pharmahandel GmbH & Co. KG, die NOWEDA Apothekergenossenschaft eG und die dm-drogerie markt Verwaltungs-GmbH. Die vier größten Unternehmen EDEKA-Gruppe, Rewe-Gruppe, Schwarz-Gruppe und Aldi-Gruppe konnten die ersten vier Ränge behaupten.

63. Der Anteil der zehn größten Handelsunternehmen an den Umsätzen aller Handelsunternehmen in Deutschland ist im Vergleich zum Berichtsjahr 2020 im Berichtsjahr 2022 gesunken und liegt nun bei 9,6 Prozent. Dieser Wert liegt unter dem Mittelwert der vergangenen 20 Jahre von 10,2 Prozent, aber oberhalb des Mittelwerts von 8,8 Prozent seit dem Jahr 1978 (vgl. gestrichelte, vertikale Linie in Abbildung I.20). Die preisbereinigten, aggregierten Umsatzerlöse sowohl der zehn größten Handelsunternehmen als auch aller Handelsunternehmen sind im Vergleich zum Jahr 2020 angestiegen. Auffällig ist, dass im Coronajahr 2020 die Umsätze aller Handelsunternehmen anders als z. B. im Sektor Industrie nur leicht zurückgingen.

Abbildung I.20: Entwicklung der inländischen Umsätze im Handel (1978 bis 2022)

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 (Vorankündigungen) 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 2023).

Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage eigener Erhebungen sowie der Umsatzsteuerstatistik (Vorankündigungen) 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 2022

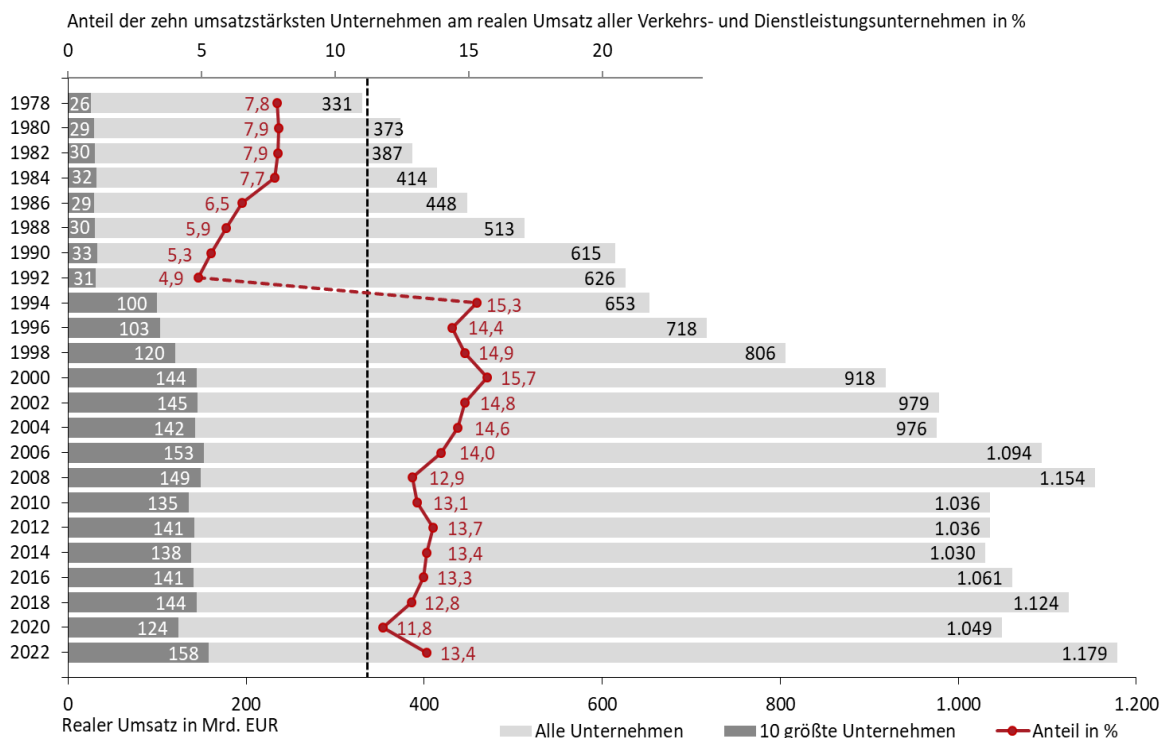
Rang nach Umsatz	Trend	Unternehmen	Umsatz in Mio. EUR ¹	Gesamtumsatz in Mio. EUR	Inlandsanteil in %
1	↑	Hapag-Lloyd AG	33.599	34.543	97,3
2	—	Deutsche Bahn AG	29.003	56.296	51,5
3	↓	Deutsche Telekom AG	25.057	114.413	21,9
4	↑	Deutsche Lufthansa AG	22.597	32.770	69,0
5	↓	SAP SE	19.521	30.871	63,2
6	↓	Deutsche Post AG	16.132	94.436	17,1
7	↑	Rethmann SE & Co. KG	13.774	24.739	55,7
8	↓	Vodafone-Gruppe Deutschland	13.113	13.113	100,0
9	—	Telefónica-Gruppe Deutschland	8.224	8.224	100,0
10	neu	Vonovia SE	8.016	8.725	91,9

¹ Konsolidierte Umsätze der inländischen Konzerngesellschaften sowie Umsätze der Gesamtkonzerne inklusive ausländischer verbundener Unternehmen.

Quelle: Eigene Erhebungen und veröffentlichte Geschäftsberichte

64. Im Berichtsjahr 2022 hat sich der Kreis der zehn größten Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen gegenüber dem Berichtsjahr 2020 nur um ein Unternehmen verändert. Die Vonovia SE belegt Platz 10 und verdrängt damit die Bertelsmann SE & Co. KGaA. Auffällig ist zudem die starke Umsatzsteigerung bei der Hapag-Lloyd AG, die dadurch von Platz 6 auf Platz 1 aufsteigt. Abbildung I.21 zeigt den Anteil der zehn umsatzstärksten Unternehmen im Verkehrs- und Dienstleistungssektor an den Umsätzen im gesamten Sektor. Dieser Anteil ist im Vergleich zu 2020 von 11,8 Prozent auf 13,4 Prozent angestiegen und entspricht damit wieder dem Wert aus dem Jahr 2014, nachdem in den letzten Jahren eine sinkende Tendenz zu erkennen war.

Abbildung I.21: Entwicklung der inländischen Umsätze im Verkehrs- und Dienstleistungssektor (1978 bis 2022)



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 2023). In den Anlagen zu diesem Gutachten sind detaillierte Angaben zu den Umsätzen, den Veränderungsraten 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 Deutsche 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 2022**

Rang nach Bilanzsumme	Trend	Unternehmen	Bilanzsumme in Mio. EUR ¹	Gesamtumsatz in Mio. EUR ¹	Inlandsanteil in %
1	↑	DZ Bank AG	579.331	628.364	92,3
2	↓	Deutsche Bank AG	560.334	1.337.000	41,9
3	—	KfW Bankengruppe	554.628	554.628	100,0
4	—	Commerzbank AG	368.883	477.428	77,3
5	↑	JPMorgan Chase & Co.-Gruppe Deutschland	362.285	3.440.840	10,5
6	↓	UniCredit-Gruppe Deutschland	318.006	857.772	37,1
7	↓	Landesbank Baden-Württemberg	301.700	324.200	93,1
8	↓	Bayerische Landesbank	251.813	259.343	97,1
9	—	Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale	203.978	211.502	96,4
10	neu	ING-Gruppe Deutschland	198.189	967.817	20,5

¹ In Millionen Euro

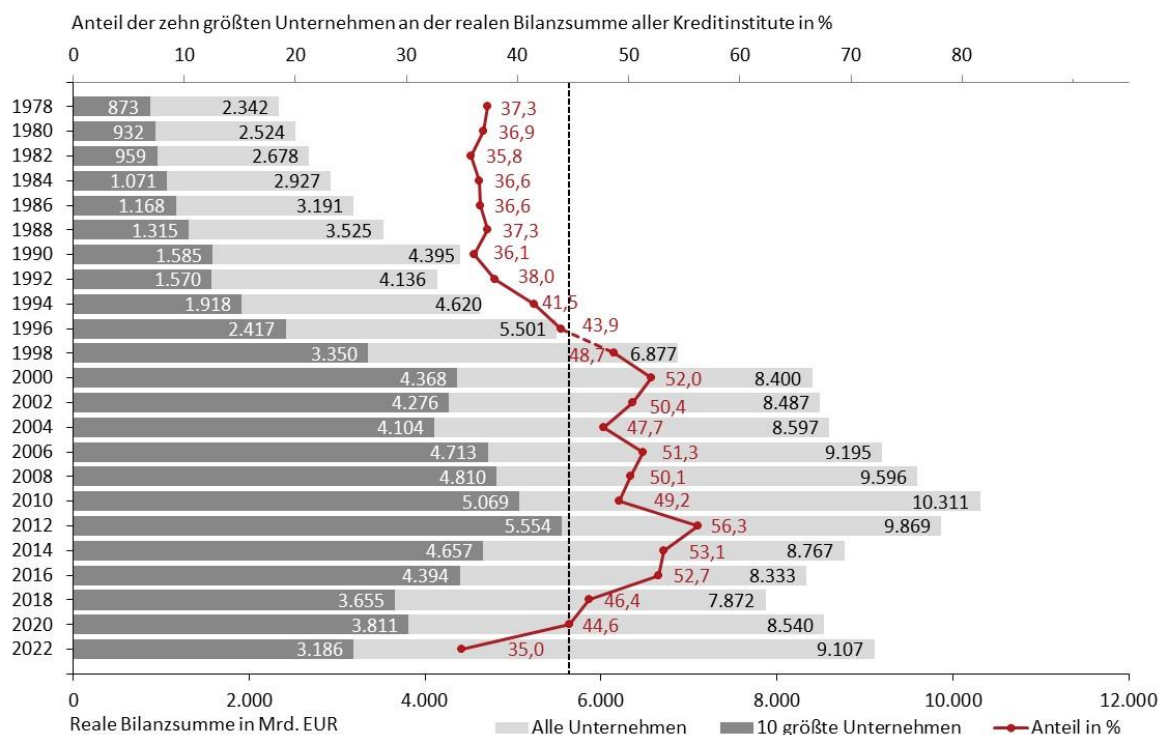
Quelle: Eigene Erhebungen und veröffentlichte Geschäftsberichte

65. Im Vergleich zum Berichtsjahr 2020 hat sich der Kreis der zehn größten Kreditinstitute um ein Unternehmen verändert. Die ING-Gruppe Deutschland ersetzt auf Platz 10 die NRW.Bank, die im Jahr 2020 dort rangiert hatte. Abgesehen davon gab es lediglich Verschiebungen hinsichtlich der Platzierungen, jedoch keine weiteren Neueinsteiger in den Kreis der zehn größten Kreditinstitute.

66. 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 in Abbildung I.22 die unkonsolidierte Bilanzsumme verwendet. Das ist notwendig, da sich die von der Bundesbank zur Verfügung gestellte Vergleichsgröße für alle Kreditinstitute in Deutschland ebenfalls auf Einzelabschlüsse bezieht.³⁴ Zudem werden die entsprechenden Größen um Preisentwicklungen bereinigt.³⁵ Hier fällt der starke Rückgang des Anteils der zehn größten Kreditinstitute an den aggregierten Bilanzsummen des gesamten Sektors auf, wodurch sich ein seit dem Jahr 2012 anhaltender Trend bestätigt. Ein Grund für den erneuten Rückgang im Vergleich zum Jahr 2020 ist der tendenziell abnehmende Inlandsanteil der beobachteten Kreditinstitute mit Konzernobergesellschaft in Deutschland. Dies könnte auf eine zunehmende Internationalisierung und damit Fragmentierung des Kreditgeschäfts hindeuten.

³⁴ Die Vergleichsgröße für das Jahr 2020 ist zu finden in Deutsche Bundesbank, Statistische Fachreihe, 2022, S. 106.

³⁵ 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).

Abbildung I.22: Entwicklung der Bilanzsummen im Kreditgewerbe (1978 bis 2022)

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 2023). 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, April 2024, S. 106)

Die zehn größten Versicherungsunternehmen

Tabelle I.8: Die nach Beitragseinnahmen zehn größten Versicherungsunternehmen im Jahr 2022

Rang nach Beitragseinnahmen	Trend	Unternehmen	Beitragseinnahmen in Mio. EUR	Gesamte Beitragseinnahmen in Mio. EUR	Inlandsanteil in %
1	—	Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG	44.517	67.133	66,3
2	—	Allianz SE	39.906	126.700	31,5
3	—	DZ Bank AG (R+V Versicherung AG)	17.848	21.112	84,5
4	—	Generali-Gruppe Deutschland	14.878	81.538	18,2
5	—	Debeka-Gruppe	12.931	12.931	100,0
6	—	AXA-Gruppe Deutschland	11.555	33.106	34,9
7	↑	HDI Haftpflichtverband der Deutschen Industrie V.a.G.	8.883	53.432	16,6
8	↑	HUK-COBURG	8.507	8.507	100,0
9	↓	Versicherungskammer Bayern VöR	8.450	8.450	100,0
10	neu	Provinzial Holding AG	6.466	6.466	100,0

Quelle: Eigene Erhebungen und veröffentlichte Geschäftsberichte

67. Im Berichtsjahr 2022 hat sich der Kreis der zehn größten Versicherungsunternehmen gegenüber dem Berichtsjahr 2020 nur auf Position 10 verändert, wo die Zurich Insurance-Gruppe Deutschland von der Provinzial Holding AG ersetzt wurde. Die ersten sechs Ränge blieben dagegen im Berichtszeitraum unverändert. Auf dem ersten Rang befindet sich im Berichtsjahr 2022 weiterhin die Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG, deren inländische Gesellschaften Beitragseinnahmen in Höhe von EUR 44,5 Mrd. erzielten.

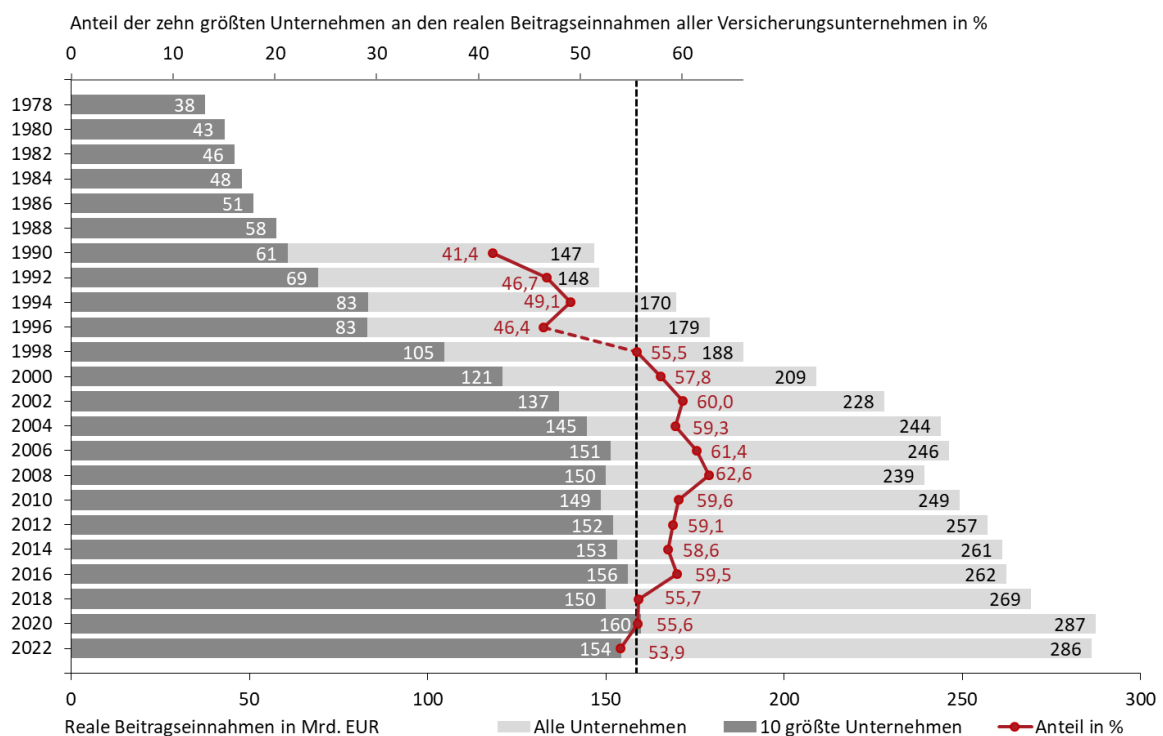
68. Die Bedeutung der zehn größten Versicherungsunternehmen für die Versicherungsbranche in Deutschland kann anhand des Anteils dieser Unternehmen an den Beitragseinnahmen aller Versicherungsunternehmen in Deutschland eingeschätzt werden. Als volkswirtschaftliche Vergleichsgröße wird zu diesem Zweck die Erstversicherungsstatistik der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht herangezogen.³⁶ Da diese Statistik auf Einzelabschlüssen basiert, werden für den Vergleich auch bei den zehn größten Versicherungsunternehmen die unkonsolidierten Beitragseinnahmen verwendet. Die Größen werden zum besseren zeitlichen Vergleich zudem preisbereinigt.³⁷ Die aggregierten realen Beitragseinnahmen der zehn größten Versicherungsunternehmen sind – wie Abbildung I.23 zeigt – im Berichtszeitraum leicht gefallen und liegen nun bei etwa EUR 154 Mrd.. Während die Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG und die Allianz SE ihre Beitragseinnahmen signifikant um nominal ca. 22 Prozent bzw. ca. 38 Prozent steigern konnten, sind bei den anderen Unternehmen nur geringe nominale Steige-

³⁶ 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 2024.

³⁷ 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 2023).

rungen bzw. teilweise auch ein leichter Rückgang festzustellen. Da die aggregierten realen Beitragseinnahmen aller Versicherungsunternehmen in Deutschland nahezu unverändert blieben (preisbereinigt ergibt sich ein Rückgang um EUR 1 Mrd. auf EUR 286 Mrd.), ist auch der Anteil der zehn größten Versicherungsunternehmen um 1,7 Prozentpunkte auf 53,9 Prozent gefallen. Damit setzt sich ein seit dem Jahr 2008 abnehmender Trend fort. Der Anteil am Gesamtmarkt liegt nunmehr unter dem langjährigen Mittelwert seit 1990 von 55,4 Prozent (vgl. gestrichelte, vertikale Linie in Abbildung I.23). Ähnlich wie im Kreditgewerbe könnte der Grund eine stärkere Fragmentierung infolge zunehmender Internationalisierung sein.

Abbildung I.23: Entwicklung der Beitragseinnahmen der Versicherungsbranche (1978 bis 2022)



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 2023). 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 2022

2 Marktmacht und der Einfluss von Preisaufschlägen auf die Inflationsdynamik

69. Im Folgenden werden die durchschnittliche Entwicklung der Unternehmenskonzentration in verschiedenen Wirtschaftssektoren sowie der Preisaufschläge in Deutschland analysiert. Die Monopolkommission untersucht die horizontale Unternehmenskonzentration und Preisaufschläge regelmäßig im Rahmen ihres gesetzlichen Auftrags zur Konzentrationsberichterstattung gemäß § 44 Abs. 1 Satz 1 GWB. Erstmals wird in diesem Gutachten auch die Nachfragemacht der Unternehmen auf den Arbeitsmärkten untersucht.

70. Eine kontinuierliche Überwachung der Unternehmenskonzentration und Marktmachtindikatoren auf gesamtwirtschaftlicher Ebene ist von wesentlichem wirtschaftspolitischem Interesse, da sie Einblicke in die Wettbewerbsfähigkeit des Wirtschaftssystems und die allgemeine Ressourcenzuteilung ermöglicht. Die Europäische Kommission stellt fest, dass die zunehmende Konzentration und steigenden Preisaufschläge in vielen Wirtschaftssektoren ein wettbewerblisches Problem darstellen. Diese beeinträchtigen das wirtschaftliche Potenzial des gemeinsamen europäischen Binnenmarktes sowohl für Konsumentinnen und Konsumenten als auch für Produzenten.³⁸ Im Vergleich mit den USA hat sich jedoch zuletzt gezeigt, dass die Entwicklung für Deutschland und andere europäische Volkswirtschaften weniger besorgniserregend ist.³⁹ Analog zur Fähigkeit, in höher konzentrierten Märkten Preise über Grenzkosten zu heben, eröffnet Anbieterkonzentration den Unternehmen die Möglichkeit, geringere Gehälter zu verhandeln als es unter einem höheren Wettbewerbsdruck der Fall wäre. Dieser Aspekt von Unternehmenskonzentration ist in letzter Zeit in der akademischen Literatur vermehrt untersucht worden⁴⁰ und stellt – durch den direkten Einfluss auf die Einkommenseite von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern – ein wichtiges Maß für Verbraucherwohlfahrt dar.

71. Abschnitt 2 enthält vier Unterabschnitte. Zunächst werden in Abschnitt 2.1 die klassischen Kennzahlen zur Messung von Unternehmenskonzentration vorgestellt und diskutiert. Anschließend werden in Abschnitt 2.2 Methodik und Datengrundlage zur Bestimmung von Preisaufschlägen und Nachfragemacht eingeführt. Aggregierte Ergebnisse zu Preisaufschlägen und Arbeitgebernachfragemacht sind in Abschnitt 2.3 enthalten. Abschnitt 2.4 beschäftigt sich mit der Rolle von Preisaufschlägen im Rahmen der zuletzt beobachteten Inflationsdynamik. Aufgrund

³⁸ EU-Kommission, Single Market Performance Report, COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT Single Market Performance Report 2019, Brussels, 17. Dezember 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.

³⁹ Vgl. De Loecker, J., Eeckhout, J., Global Market Power, NBER Working Paper, 2021; Calligaris S., Criscuolo, S., Marcolin, L., 2024, Mark-ups in the digital era, CEP Discussion Papers dp1994, Centre for Economic Performance, LSE.; Cavalleri, M. C., Eliet, A., McAdam, P., Petroulakis, F., Soares, A., und Vansteenkiste, I., Concentration, Market Power and Dynamism in the Euro Area, European Central Bank, 2020; Gradzewicz, M., Mućk, J., Globalization and the Fall of Markups, Narodowy Bank Polski, 2019; Gibbon, A. J., Schain, J. P., 2023, Rising markups, common ownership, and technological capacities, International Journal of Industrial Organization, 89, 2023, .

⁴⁰ Vgl. Mertens, M., Labor market power and the distorting effects of international trade, International Journal of Industrial Organization, Volume 68, 2020; Treuren, L., Wage markups and buyer power in intermediate input markets, Ku Leuven Discussion paper Series, 2022; Wong, H. C., Understanding high-wage firms, Mimeo, 2023; Yeh, C., Macaluso, C., Hershbein, B., Monopsony in the US Labor Market, American Economic Review, 112 (7), 2022, 2099–2138.

des aktuellen wirtschaftspolitischen Interesses wird dabei tiefergehend die Lebensmittellieferkette untersucht.

2.1 Klassische Unternehmenskonzentration⁴¹

2.1.1 Methodik

72. Die Anbieterkonzentration auf Märkten wird anhand zweier Hauptindikatoren gemessen: dem Herfindahl-Hirschman-Index (HHI) und der Konzentrationsrate. Der HHI misst die Konzentration eines bestimmten Marktes und ist definiert als die Summe der quadrierten prozentualen Umsatzanteile (s_i) aller dort tätigen Unternehmen:

$$HHI = \sum_{i=1}^N s_i^2 \quad I$$

73. Der HHI erstreckt sich von $10.000/N$ bis 10.000, wobei höhere Zahlen eine stärkere Konzentration anzeigen und N die Anzahl der Unternehmen ist. Er berücksichtigt die Umsatzanteile aller Unternehmen auf einem Markt und bietet so eine direkte Einschätzung der Marktstruktur. Die Konzentrationsrate (CR_n) hingegen fokussiert sich auf die Marktanteile der größten Anbieter, indem sie die prozentualen Marktanteile der n größten Anbieter addiert. Wenn wenige Unternehmen einen hohen Marktanteil halten, deutet dies auf eine hohe Konzentrationsrate hin. Es ist wichtig zu beachten, dass die Konzentrationsrate nur die Höhe der gemeinsamen Marktanteile der größten Anbieter beschreibt und keine eindeutigen Rückschlüsse auf deren Wettbewerbsverhalten zulässt.

$$CR_6 = \sum_i^6 s_i \quad II$$

74. Sowohl in der deutschen als auch in der europäischen und US-amerikanischen Fusionskontrolle werden Schwellenwerte herangezogen, um Zusammenschlüsse und Marktstrukturen zu bewerten. Für Unternehmen mit einem Marktanteil von mindestens 40 Prozent gilt nach deutschem Recht eine widerlegliche Vermutung der Marktbeherrschung. Dieser Wert erhöht sich auf 50 Prozent bei drei und zwei Drittel der Marktanteile bei fünf Unternehmen. In der EU-Fusionskontrolle gilt ein HHI zwischen 1.000 und 2.000 als unbedenklich, solange der Anstieg durch einen Zusammenschluss weniger als 250 Punkte beträgt.⁴² Die USA betrachten Märkte mit einem HHI zwischen 1.500 und 2.500 als moderat konzentriert und alles darüber als stark konzentriert. Diese Schwellenwerte dienen jedoch nur als Orientierungshilfe und werden durch eine Gesamtbetrachtung aller relevanten, fallabhängigen Informationen ergänzt.⁴³

75. 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 ging man davon aus, dass die Struktur eines Marktes das Verhalten der Marktteilnehmer bestimmt und damit einen kausalen

⁴¹ In diesem Abschnitt werden zum großen Teil Erläuterungen aus dem XXIV. Hauptgutachten der Monopolkommission herangezogen und an geeigneter Stelle ergänzt.

⁴² EU-Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (2004/C 31/03), 2004.

⁴³ Vgl. DOJ/FTC, Horizontal Merger Guidelines, 19. August 2010 <https://www.justice.gov/atr/guidelines-and-policy-statements-0>, Abruf am 12. Juni 2024.

Effekt auf das Marktergebnis hat.⁴⁴ 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.

76. Die Konzentrationskennzahlen werden auf Basis der Wirtschaftszweigklassifikation (WZ 2008) berechnet, wobei Unternehmen nach ihrer Haupttätigkeit klassifiziert werden. Dabei werden sachliche und räumliche Marktabgrenzungen ignoriert, was die Interpretation weiter beeinflussen kann. Umsatzkonzentration wird nur national betrachtet und berücksichtigt keine Importe oder Exporte. Trotz dieser Einschränkungen bleibt Umsatzkonzentration ein möglicher und verbreiteter Indikator für Marktmacht.

2.1.2 Unternehmenskonzentration weiterhin unverändert

77. Die Monopolkommission analysiert die Umsatzkonzentration deutscher Unternehmen mithilfe von Konzentrationsraten und Herfindahl-Hirschman-Indizes für den Zeitraum von 2007 bis 2021. Die Daten wurden vom Statistischen Bundesamt disaggregiert auf 4-Steller-Ebene der Wirtschaftszweigklassifikation WZ 2008 aufbereitet und zur Verfügung gestellt.

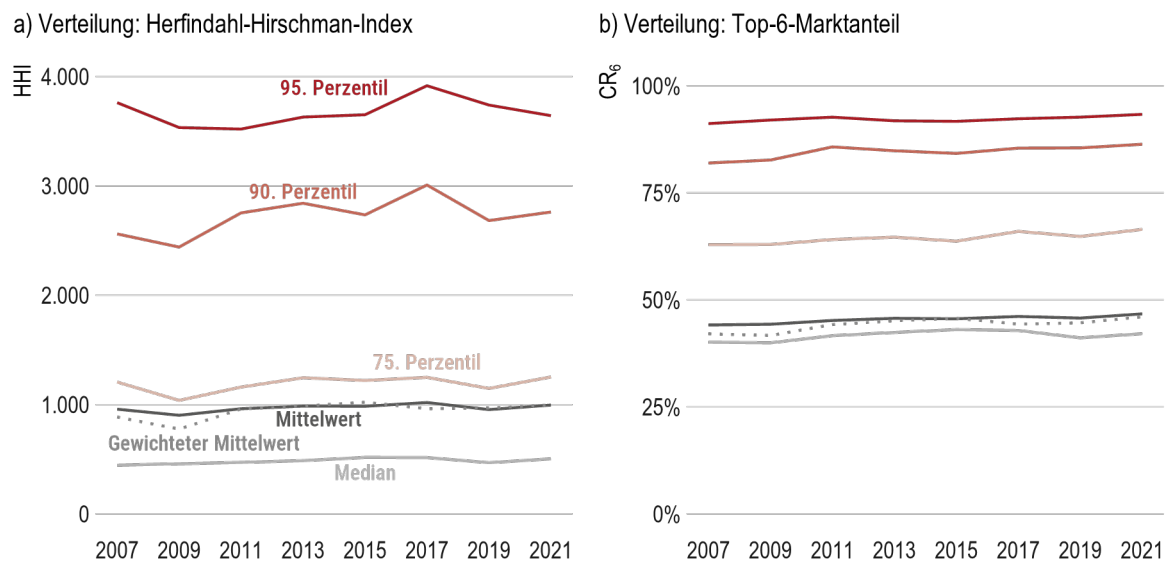
78. Wie in vergangenen Hauptgutachten der Monopolkommission festgestellt, zeigt der gesamtwirtschaftliche Durchschnitt der Umsatzkonzentration einen stabilen Trend. Wie in dem linken Diagramm in Abbildung I.24 dargestellt, blieb der mittlere HHI zuletzt unverändert bei knapp 1.000 Punkten nach einem leichten Anstieg zwischen 2009 und 2011. Der nahezu parallele Verlauf von arithmetischem und nach Umsatz gewichtetem Mittelwert, der von 4-Steller-Wirtschaftszweigen mit hohen Umsätzen stärker beeinflusst wird, deutet darauf hin, dass keine systematische Verschiebung der Wirtschaftstätigkeit in konzentriertere oder weniger konzentrierte Bereiche stattfindet. Im Vergleich zum vorherigen Berichtsjahr 2019 ist die Konzentration im gewichtete Mittel moderat um 2,9 Prozent gestiegen. Der Verlauf der Perzentile zeigt, dass sich die ganze Verteilung verschoben hat. Darauf deutet hin, dass der Median eine starke Erhöhung um 7,5 Prozent verzeichnet. Weiterhin ist die Konzentration oberhalb des Median gestiegen. Das 75. Prozent Perzentil ist um 9,1 Prozent und das 90. Prozent Perzentil ist um 2,9 Prozent gestiegen. Nur das 95. Prozent Perzentil ist um 2,6 Prozent gesunken.

79. Während der HHI die gesamte Verteilung von Umsatzanteilen innerhalb von Wirtschaftszweigen misst, liefert die Darstellung der durchschnittlichen Konzentrationsrate der sechs größten Unternehmen je 4-Steller-Wirtschaftszweig in dem rechten Diagramm in Abbildung I.24 zusätzliche Einblicke in das Potenzial für Oligopole seit dem letzten Berichtsjahr. Auch hier

⁴⁴ 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).

zeigt das gesamtwirtschaftliche Aggregat einen geringen Anstieg von 3,1 Prozent im gewichteten Mittel. Ähnlich wie beim HHI handelt es sich um eine geringe Verschiebung der Verteilung. Das Wachstum der Perzentile liegt zwischen 0,7 und 2,5 Prozent. Die geringe Differenz zwischen arithmetischem und gewichtetem Mittelwert sowie dem Median zeigt, dass die CR6-Verteilung keine signifikanten Ausreißer in einzelnen Wirtschaftszweigen aufweist.

Abbildung I.24: Verteilung der Unternehmenskonzentration



Anm.: 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

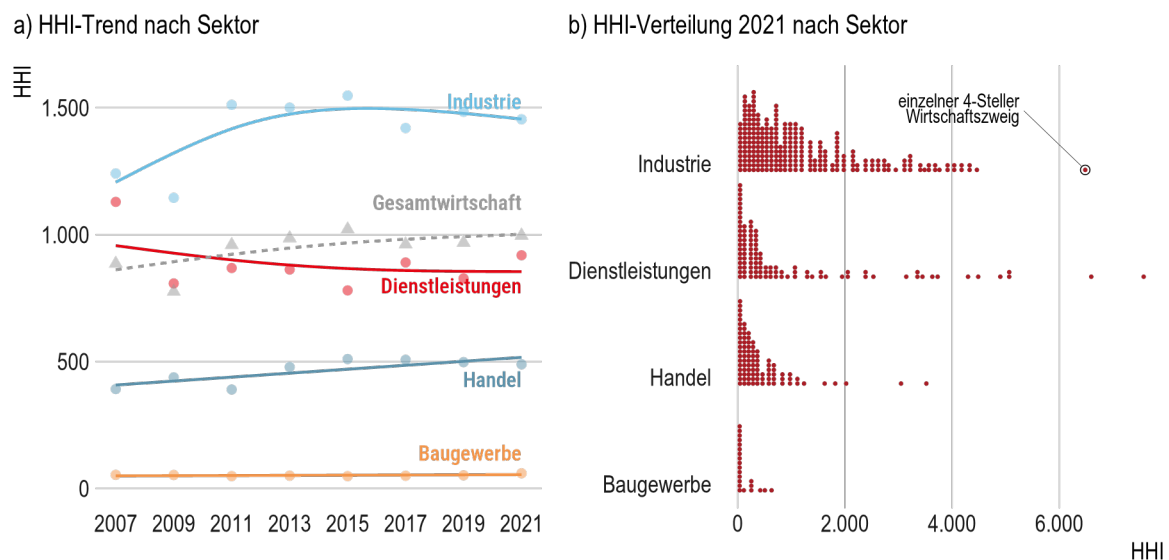
80. Obwohl das nationale Aggregat der Umsatzkonzentration kaum dynamisch ist, zeigen differenzierte Analysen einzelner Sektoren in Abbildung I.25a, dass dort teilweise gegensätzliche Trends zu beobachten sind. Im Vergleich zum XXIV. Hauptgutachten der Monopolkommission hat sich qualitativ keine Änderung ergeben.⁴⁵ Der Dienstleistungsbereich verzeichnet im Durchschnitt sinkende HHI-Werte. Im Gegensatz dazu ist die Konzentration im Handel über den gesamten Zeitraum von 2007 bis 2021 gestiegen, jedoch von einem niedrigeren Ausgangsniveau aus. Unter den analysierten Sektoren liegt nur die Umsatzkonzentration der Industrie über dem gesamtwirtschaftlichen Durchschnitt. Der HHI der Industrie liegt seit 2011 bei etwa 1.500 Punkten. Zwischen 2007 und 2011 war dort ein Anstieg der Konzentration zu verzeichnen, seitdem ist der Trend stabil.

81. Abbildung I.25b zeigt die unterschiedliche Verteilung der HHI-Werte in verschiedenen Sektoren im Berichtsjahr 2021. Auffällig ist, dass Industrie und Dienstleistungsbereich häufiger HHI-Werte über dem gesamtwirtschaftlichen Durchschnitt von 1.000 Punkten aufweisen. Abbildung I.26 zeigt Veränderungen der Lageparameter der sektoralen Verteilungen zwischen 2007 und

⁴⁵ Vgl. Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten: Wettbewerb 2022, Baden-Baden, 2022, Kap. I Abschnitt 2.

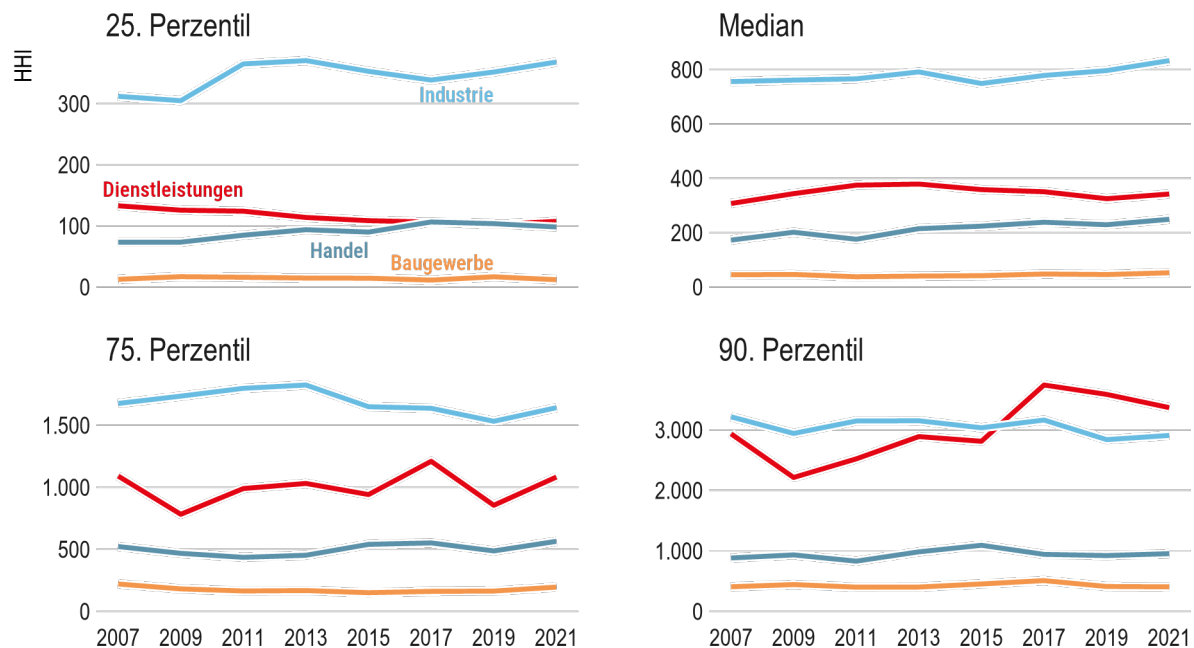
2021. In der Industrie kann man eine Erhöhung des 25. Perzentils und des Median beobachten, während der obere Verteilungsrand stabil ist. Der Handel zeigt zwar nur geringe Änderungen, jedoch steigt die Konzentration in dem 25. Perzentil und dem Median kontinuierlich an. Im Dienstleistungsbereich stieg die Konzentration, insbesondere im 90. Perzentil, seit 2009 an. Dies deutet darauf hin, dass die Streuung der Konzentration im Dienstleistungsbereich zunimmt, obwohl der durchschnittliche Trend negativ ist. Dieser relativ stark steigende Trend am oberen Verteilungsrand im Dienstleistungssektor bedarf eventuell weiterer Untersuchungen, falls er sich weiter verstetigt.

Abbildung I.25: Unternehmenskonzentration nach Sektor



Anm.: 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 „Restricted Maximum Likelihood“ (REML) Schätzungen von „Generalized Additive Model“ (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

Abbildung I.26: Verteilung der Unternehmenskonzentration nach Sektor

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

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

2.2 Methodik und Daten

82. In diesem Abschnitt werden die verwendete Methodik und die genutzten Daten zur Messung von Preisaufschlägen und Arbeitgeberernachfragemacht für die Ergebnisse in den Abschnitten 2.3 und 2.4 vorgestellt.

2.2.1 Methodik

Ökonomische Preisaufschläge μ_{it} eines Unternehmens i zum Jahr t sind wie folgt gegeben durch das Verhältnis des Marktpreises p_{it} eines Gutes und dessen Grenzkosten λ_{it} , also den Kosten für die Produktion einer zusätzlichen Einheit:

$$\mu_{it} = \frac{p_{it}}{\lambda_{it}} \quad \text{III}$$

83. Die Annahme ist, dass Unternehmen im perfekten Wettbewerb ihre Produkte zu Grenzkostenpreisen anbieten. In diesem Fall wäre das Verhältnis von Preisen und Grenzkosten gleich eins. Wenn ein Unternehmen langfristig Preise über den Grenzkosten erzielt, könnte dies auf Marktmacht hindeuten. Ein Wert von z. B. 1,1 bedeutet, dass der Preis 10 Prozent über den Grenzkosten liegt. Zur Errechnung eines jahresspezifischen aggregierten Werts, werden mit dem Umsatz gewichtete durchschnittliche Preisaufschläge verwendet.

84. Ein Nachteil der Messung von Marktmacht durch Preisaufschläge im Vergleich zu den klassischen aggregierten Maßen in Abschnitt 2.1 ist die schlechtere Verfügbarkeit von Daten. Für die Konzentrationsmaße werden nur Umsatzzahlen eines Unternehmens pro Jahr benötigt.

Diese sind in der Regel in allen Unternehmensdatenbanken erhältlich. Zur Errechnung von Preisaufschlägen hingegen sind benötigte Daten zu Preisen nur selten und Daten zu Grenzkosten gar nicht verfügbar. Jedoch ist es möglich, unter modelltheoretischen Annahmen Preisaufschläge eines Unternehmens auszudrücken als das Verhältnis der Outputelastizität θ^x ⁴⁶ eines flexiblen Inputs x zu dem Kostenanteil des Inputs am Gesamtumsatz α^x .⁴⁷

$$\mu_{it}^x = \frac{\theta_{it}^x}{\alpha_{it}^x} \quad \text{IV}$$

85. In der Vergangenheit war die Marktmachtuntersuchung der Monopolkommission im Rahmen der Konzentrationsberichterstattung auf Marktmacht auf Absatzmärkten fokussiert. Parallel zur Entwicklung der akademischen Literatur zur Messung der aggregierten Marktmacht in Form von Preisaufschlägen in Absatzmärkten, hat sich eine Literatur zur Untersuchung von Nachfragemacht in den Arbeitsmärkten entwickelt.⁴⁸ Wettbewerb in Absatzmärkten ist von großem Interesse, da durch stärkeren Wettbewerb niedrigere Preise erreicht werden, was sich in einer höheren Konsumentenwohlfaht niederschlägt. Arbeitgebermacht hingegen beeinflusst die Verbraucherinnen und Verbraucher indirekt über die Einkommenseite. Stärkerer Wettbewerb um Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer resultiert in höheren Gehältern und ist dadurch ein wichtiger Faktor bei der Analyse von Unternehmenskonzentration.

86. Analog zur Messung von Marktmacht in Absatzmärkten durch die Fähigkeit von Unternehmen, Preise über Grenzkosten zu heben, wird Nachfragemacht v_{it} in Arbeitnehmermärkten durch das Verhältnis Lohn $Lohn_{it}$ und dem Grenzertragsprodukt der Arbeit $GEPA_{it}$ wie folgt gemessen:

$$v_{it} = \frac{GEPA_{it}}{Lohn_{it}} \quad \text{V}$$

87. Ein Wert über eins zeigt an, dass das Unternehmen der Arbeitnehmerin oder dem Arbeitnehmer weniger Lohn zahlt, als diese zum Umsatz beitragen. Nachfragemacht kann viele Gründe haben, z. B. eine höhere Marktkonzentration, Wechsel- und Suchkosten von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und geografisch isolierte Arbeitsmärkte. Bei einem Wert unter eins ist der Lohn höher als der Beitrag, den die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer zum Umsatz beiträgt. Dies kann zum Beispiel der Fall sein, wenn es starke Arbeitsschutzgesetze gibt oder starke Gewerkschaften vorhanden sind.

88. Ähnlich wie bei Preisaufschlägen sind die notwendigen Daten für die Bestimmung von Nachfragemacht nicht direkt vorhanden. Während Arbeitnehmerkosten aus Bilanzen entnommen werden können, ist das Grenzertragsprodukt der Arbeit keine Größe, die ein Unternehmen bilanziert. Unter modelltheoretischen Annahmen kann Nachfragemacht ausgedrückt werden

⁴⁶ Die Outputelastizität gibt die prozentuale Veränderung der Ausbringungsmenge an, wenn der Einsatz des jeweiligen Produktionsfaktors um 1 Prozent erhöht.

⁴⁷ Vgl. De Loecker, J. und Warzynski, F., Markups and Firm-Level Export Status, American Economic Review, 102, 2012, S. 2437–2471.

⁴⁸ Vgl. z. B. Mertens M., Labor market power and the distorting effects of international trade, a. a. O., vgl. Fn. 40; Yeh, C., Macaluso, C., Hershbein, B., Monopsony in the US Labor Market. a. a. O. vgl. Fn. 40; Berger, D., Herkenhoff, K., Mongey, S., Labor Market Power, American Economic Review, 112 (4), 2022, 1147–93, Balke, N., Lamadon, T, Productivity Shocks, Long-Term Contracts, and Earnings Dynamics American Economic Review, 112 (7), 2022 2139–77; Treuren, L., Wage markups and buyer power in intermediate input markets, a. a. O., vgl. Fn. 40.

als das Verhältnis der Outputelastizität von Arbeit θ^L und der Outputelastizität eines flexiblen Produktionsfaktors X multipliziert mit dem Verhältnis der Kosten von X und der Lohnkosten wie folgt:⁴⁹

$$v_{it} = \frac{\theta_{it}^L}{\theta_{it}^X} * \frac{\text{Kosten von } X}{\text{Arbeitnehmerkosten}} \quad \text{VI}$$

89. Im Gegensatz zu den Kosten der Produktionsfaktoren sind die Outputelastizitäten der alternativen modellbasierenden Schreibweisen von Preisaufschlägen in Gleichung V und Nachfragemacht in Gleichung VI nicht direkt in Bilanzen enthalten, sondern werden über ökonometrische Verfahren geschätzt. Dazu wird eine Produktionsfunktion modelliert, sodass die Ausbringungsmenge von Unternehmen durch ihre gewählten Produktionsfaktoren und einen Produktivitätsfaktor, der Totalen Faktorproduktivität (TFP) erklärt werden. Totale Faktorproduktivität misst die Effizienz, mit der alle Produktionsfaktoren in einem Unternehmen oder einer Volkswirtschaft zusammen eingesetzt werden, um Output zu erzeugen. Sie wird oft als Indikator für technologische Innovation, Effizienzsteigerungen oder Verbesserungen im Management angesehen und spiegelt den Teil des Unternehmensergebnisses wider, der nicht direkt auf die Menge der eingesetzten Produktionsfaktoren oder Kapitalressourcen zurückzuführen ist.

90. Während Unternehmen totale Faktorproduktivität zu jedem Zeitpunkt beobachten können und auch den Einsatz der Produktionsfaktoren davon abhängig machen, ist totale Faktorproduktivität für Außenstehende nicht einsehbar und kann damit auch nicht direkt bei der Schätzung der Produktionsfunktion herausgerechnet werden. Wenn dieser Umstand ignoriert wird, erhält man verzerrte Schätzergebnisse für die benötigten Outputelastizitäten. Um dieses Problem zu berücksichtigen, wurden ökonometrische Schätzverfahren entwickelt, die in diesem Gutachten angewendet werden.⁵⁰

91. Es wird eine Spezifikation der Produktionsfunktion modelliert, bei der die Bruttoerzeugung in Euro durch die drei Einsatzfaktoren Kapital, Arbeit und eine Sammelvariable für flexible Produktionsfaktoren, z. B. Materialeinsatz, erklärt wird. Idealerweise würde man anstelle der Bruttoerzeugung in Euro die Ausbringungsmenge verwenden, um Outputelastizitäten zu schätzen, da festgestellt wurde, dass bei der Verwendung von Mengen in monetären Größen weiterhin

⁴⁹ Für eine Herleitung siehe z. B. Mertens, M., Labor market power and the distorting effects of international trade“, a. a. O. vgl. Fn. 40 oder Yeh, C., Macaluso, C., Hershbein, B., Monopsony in the US Labor Market, a. a. O. vgl. Fn. 40.

⁵⁰ Wir verwenden ein zweistufiges Schätzverfahren basierend auf den folgenden Artikeln: Akerberg, D. A., Caves, K., Frazer, G., Identification Properties of Recent Production Function Estimators, *Econometrica*, 83 (6), 2015, 2411–2451.; Olley, G S., Pakes, A., The Dynamics of Productivity in the Telecommunications Equipment Industry, *Econometrica*, 64 (6), 1996, 1263–1297; Levinsohn, J., Petrin, A. Estimating Production Functions Using Inputs to Control for Unobservables, *The Review of Economic Studies*, 70 (2), 2003, 317–341.

die Möglichkeit einer verzerrten Schätzung besteht.⁵¹ Da uns jedoch keine Preisdaten auf Unternehmensebene zur Verfügung stehen, folgen wir der Literatur⁵² und verwenden die folgenden zwei Anpassungen, um die Outputpreis-Verzerrung zu adressieren. Als erstes werden die monetären Größen mit Preisindizes auf Industrieebene deflationiert. Dieses Vorgehen kontrolliert im Industriedurchschnitt für Preisveränderungen, jedoch korrigiert dieser Schritt nicht für die vom Durchschnitt abweichenden Preise einzelner Unternehmen im Querschnitt. Weiterhin werden unternehmensspezifische und über die Zeit variierende Löhne und Marktanteile benutzt, um für Firmenunterschiede im Querschnitt zu kontrollieren. Durch dieses Vorgehen wird das Problem zwar abgemildert, jedoch nicht komplett behoben. Insbesondere kommt das bei einem Querschnittvergleich innerhalb einer Industrie zum Tragen, da Abweichungen vom Durchschnittspreis innerhalb einer Industrie durch Marktanteile und Löhne nur bedingt kontrolliert werden können. Für die Konzentrationsberichterstattung der Monopolkommission hingegen ist die Kritik weniger relevant, da deskriptive Untersuchungen basierend auf Industriedurchschnitten im Zeitverlauf weniger problematisch sind. Auch der Vergleich von verschiedenen Industrien im Durchschnitt untereinander ist weniger von der Verzerrungsproblematik betroffen.⁵³

92. Neben dem oben beschriebenen Problem der verzerrten Schätzung durch fehlende Preisdaten könnte ein weiteres Problem darin bestehen, dass die Methodik auf einer Vielzahl von Annahmen in dem zugrundeliegenden theoretischen Modell und dem Schätzverfahren beruht. Dies sollte bei der Interpretation der Ergebnisse berücksichtigt werden. Eine Hauptannahme in den modellbasierten Herleitungen der Preisaufschläge und der Arbeitgebernachfragemacht ist, dass Unternehmen Kosten minimieren und Preisnehmer in den Einkaufsmärkten der flexiblen Einsatzfaktoren sind, über die die Preisaufschläge identifiziert werden, z. B. Rohstoffe und fremdbezogene Vorprodukte. Die Preisnehmerannahme könnte zwar im Einzelfall unzutreffend, jedoch für ein repräsentatives durchschnittliches Unternehmen realistisch sein. Bei der Herleitung der Nachfragemacht muss angenommen werden, dass Arbeit ein flexibler Produktionsfaktor ist, der nach einem unvorhergesehenen Produktivitätsschock spontan innerhalb des laufenden Geschäftsjahres angepasst werden kann. Diese Annahme kann in Ländern mit starken Arbeitsschutzgesetzen problematisch sein, allerdings wurde gezeigt, dass das Nichtzutreffen dieser Annahme nur zu geringen Abweichungen führt.⁵⁴

93. Für das Schätzverfahren werden weitere Annahmen gemacht, die in der Literatur ausführlich hergeleitet und erklärt werden. Die prominentesten Annahmen werden im Folgenden kurz

⁵¹ Vgl. Bond, S., Hashemi, A., Kaplan, G., Zoch, P., Some unpleasant markup arithmetic: Production function elasticities and their estimation from production data, *Journal of Monetary Economics*, 121, 2021, 1-14; Gandhi, A., Navarro, S., Rivers, D. A., On the Identification of Gross Output Production Functions, *Journal of Political Economy*, 2020, 128 (8), 2973–3016.

⁵² Vgl. De Loecker, J., Scott, P. T., Estimating Market Power: Evidence from the US Brewing Industry, NBER Working Paper, 2017; De Loecker, J., Comment on (Un)pleasant... by Bond et al (2020), *Journal of Monetary Economics*, 2021, 121, 15–18.

⁵³ De Loecker, J., Comment on (Un)pleasant... by Bond et al (2020), a. a. O., vgl. Fn. 52.

⁵⁴ In dem folgenden Artikel sind Simulationen im Anhang enthalten, wie sich der Schätzer verhält: Chen, Y. Macaluso, C., Hershbein, B., Monopsony in the US Labor Market, a. a. O., vgl. Fn. 40.

erklärt. Zu jedem Zeitpunkt besteht die Produktivität eines Unternehmens aus einem erwarteten, schon in der Vorperiode bekannten deterministischen Teil und einem in der Vorperiode unbekannten Teil. Der unvorhersehbare Teil realisiert sich in einer gegebenen Periode, und Unternehmen können auf diese unvorhersehbaren Produktivitätsschwankungen mit ihren flexiblen Einsatzfaktoren reagieren. Es wird weiterhin angenommen, dass heutige Produktivität nur abhängig von der Produktivität in der Vorperiode ist. Eine weitere wichtige Annahme ist, dass ein Unternehmen den Einsatz vom flexiblen Input bei höherer Produktivität steigert. Das bedeutet, dass ein Unternehmen umso produktiver ist, desto mehr vom flexiblen Einsatzfaktor verwendet wird.

94. Zusammenfassend erlaubt diese Methode, unter bestimmten Annahmen Aussagen über die Höhe und Entwicklung von Preisaufschlägen und Nachfragemacht zu treffen, die nicht direkt aus Unternehmensbilanzen abgeleitet werden können, aber für die Marktmachanalyse sehr wertvoll sind.

2.2.2 Daten

95. In den folgenden Abschnitten werden die Daten vorgestellt, die zur Analyse herangezogen werden. Dazu werden die Erläuterungen aus dem XXIV. Hauptgutachten der Monopolkommission verwendet und an geeigneter Stelle ergänzt.

96. Sowohl die Qualität als auch die Zusammensetzung der Unternehmensdaten sind bei der Schätzung von Preisaufschlägen und Nachfragemacht entscheidend für die Interpretation und Aussagekraft der Ergebnisse. Der vorgestellte Produktionsfunktionsansatz erfordert detaillierte Daten zum Produktionsprozess auf Unternehmensebene. Aus diesem Grund wurden, ähnlich wie in früheren Hauptgutachten der Monopolkommission zur Konzentrationsberichterstattung, Mikrodaten auf Unternehmensebene aus der amtlichen Statistik verwendet. Diese umfassen die amtlichen Firmendaten für Deutschland (AFiD) für das verarbeitende Gewerbe und den Dienstleistungssektor, die zusammen etwa 53 Prozent der nationalen Bruttowertschöpfung repräsentieren. Genauer gesagt umfasst das AFiD-Panel eine Vollerhebung aller Unternehmen mit mehr als 500 Beschäftigten und eine repräsentative Teilstichprobe von Unternehmen mit 20 bis 499 Beschäftigten. Die Stichproben werden regelmäßig mittels eines Zufallsverfahrens neu gezogen und umfassen durchschnittlich bis zu 45 Prozent der Unternehmen im verarbeitenden Gewerbe und 15 Prozent im Dienstleistungssektor, die im amtlichen Unternehmensregister erfasst sind. Die AFiD-Paneldaten zeichnen sich nicht nur durch ihre Repräsentativität aus, sondern auch durch eine hohe Datenqualität in mehreren Aspekten. Da Unternehmen gesetzlich zur Auskunft verpflichtet sind, gibt es nicht das Problem niedriger Rücklaufquoten wie bei gewöhnlichen Umfragen. Sollten dennoch einzelne Werte fehlen, werden diese von den Forschungsdatenzentren (FDZ) beispielsweise geschätzt, sodass für die gesamte repräsentative Zufallsstichprobe Daten vorliegen. Darüber hinaus werden in verschiedenen Verfahren Plausibilitätskontrollen durchgeführt. Bei festgestellten Mess- oder Eingabefehlern werden durch gezielte Rückfragen bei den Unternehmen die entsprechenden Einzelinformationen korrigiert. Ein Nachteil der AFiD-Daten ist die verzögerte Bereitstellung, sodass aktuelle Berichtsjahre nicht in Untersuchungen einfließen können. Dies erschwert in Deutschland eine effektive

und zeitnahe Analyse der Auswirkungen von wirtschaftlichen Schocks, z. B. Inflation auf Unternehmensebene.

97. Zusätzlich zu den amtlichen Daten werden im Folgenden auch Unternehmensdaten aus „Orbis-Europe“ des privaten Datenanbieters Moodys verwendet. Diese bieten den Vorteil, dass sie aktuellere Daten enthalten und auch Informationen über andere Wirtschaftszweige, wie den Lebensmitteleinzelhandel, bereitstellen. Die Orbis-Datenbank wird häufig für Studien sowohl in der Wissenschaft als auch in staatlichen und internationalen Organisationen genutzt. Beispielsweise verwendet das Statistikdirektorat der OECD Orbis-Daten seit 2009; aktuelle Analysen der Generaldirektion Wettbewerb, der Gemeinsamen Forschungsstelle der Europäischen Kommission, der Europäischen Zentralbank und des Internationalen Währungsfonds basieren ebenfalls auf den Bilanzdaten in Orbis.⁵⁵ Im Gegensatz zu den amtlichen Statistiken handelt es sich bei Orbis-Daten um eine nicht repräsentative Stichprobe, da sie ausschließlich öffentlich zugängliche Informationen beinhalten. Dies kann dazu führen, dass bestimmte Unternehmensgruppen über- oder unterrepräsentiert sind.

98. Tabelle I.9 zeigt, wie die für die Schätzung notwendigen Variablen in beiden Datenbanken definiert werden. Die beiden größten Unterschiede neben der besseren Repräsentativität der AFiD-Daten, bestehen bei der Definition des flexiblen Einsatzfaktors und der Definition des Kapitalstocks. Die umfangreichere AFiD-Datenbank erlaubt eine bessere Definition des flexiblen Einsatzfaktors im Verarbeitenden Gewerbe, wobei die Definition der aktuellen Literatur⁵⁶ verwendet wird. Zusätzlich zum Verbrauch von Rohstoffen und sonstigen fremdbezogenen Vorprodukten, Hilfs- und Betriebsstoffen wird die Summe aus dem Gesamteinsatz an Handelsware, Leiharbeiter, Kosten für durch andere Unternehmen ausgeführte Lohnarbeiten, Kosten für durch Dritte erbrachte Reparaturen und Instandhaltungsarbeiten, Aufwendungen für Mieten und Pachten ohne langfristige gemietete Objekte und sonstige Kosten als flexibler Einsatzfaktor verwendet. Im Gegensatz dazu enthält die Orbis-Datenbank eine Sammelvariable „material costs“. Ein weiterer großer Unterschied ist die Berechnung des Kapitalstocks. In der Orbis-Datenbank sind Variablen zu Sachanlagevermögen „tangible fixed assets“ und Anlagevermögen „fixed assets“ enthalten. Die AFiD-Datenbank enthält keine solche Variablen und zur Bestimmung des Kapitalstocks wird die „perpetual inventory method“ verwendet. Dabei wird der Anfangskapitalstock in der ersten Periode als Abschreibungen oder, falls nicht vorhanden, als Investitionen geteilt durch die Abschreibungsrate definiert. Folgende Jahre ergeben sich dann als Kapitalstock aus der Vorperiode abzüglich Abschreibungen und zuzüglich von Investitionen.

⁵⁵ 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, M. C., Eliet, A., McAdam, P., Petroulakis, F., Soares, A. und Vansteenkiste, I., Concentration, Market Power and Dynamism in the Euro Area, a. a. O., vgl. Fn. 39; Stiebale, J. und Szücs, F., Mergers and market power: evidence from rivals' responses in European markets, The RAND Journal of Economics, 53, 678-702; Gibbon, A. J., Schain, J. P., Rising markups, common ownership, and technological capacities, a. a. O., vgl. Fn. 39.

⁵⁶ Vgl. Bighelli, T., di Mauro, F., Melitz M. und Mertens, M., European Market Concentration and Aggregate Productivity, Journal of the European Economic Association 21(2), 2023, 455-483; Mertens, M., Labor market power and the distorting effects of international trade“ a. a. O., vgl. Fn. 40.

Tabelle I.9: Definition der Variablen

Variable	AFiD	Orbis
Umsatz	Bruttoproduktionswert	operating revenue
Arbeitseinsatz	Angestellte und Arbeiter in Vollzeitäquivalenten	number of employees
Lohn-/Gehaltskosten	Bruttogehaltssumme inkl. AN-Anteil, Sozialkosten AG-Anteil und sonstige Sozialkosten	costs of employees
Flexibler Produktionsfaktor	Verbrauch von Rohstoffen und sonstigen fremdbezogenen Vorprodukten, Hilfs- und Betriebsstoffen Zusätzlich im Verarbeitenden Gewerbe: Gesamteinsatz an Handelsware, Leiharbeiter, Kosten für durch andere Unternehmen ausgeführte Lohnarbeiten, Kosten für durch Dritte erbrachte Reparaturen und Instandhaltungsarbeiten, Aufwendungen für Mieten und Pachten ohne langfristige gemietete Objekte, sonstige Kosten	material costs
Kapitaleinsatz	Approximation via „perpetual inventory method“ aus Investitionen und WZ-spezifischen Abschreibungsraten	tangible fixed assets (falls nicht verfügbar: fixed assets)

99. Beide genannten Datenquellen enthalten keine Informationen über den Agrarsektor. Für die Untersuchung der Lebensmittellieferkette in Abschnitt 2.4 werden die vorgestellten Bilanzdaten mit Preis- und Kostenindizes aus dem Agrarsektor komplementiert. Diese Daten ermöglichen eine Analyse der Entwicklung von Preisen, Kosten und Preisaufschlägen relativ zu einem Basisjahr. Um weitere Aussagen über Preisaufschläge im Agrarsektor machen zu können, werden zusätzlich öffentlich zugängliche aggregierte Daten des Bundesministeriums für Ernährung

und Landwirtschaft (BMEL) hinzugezogen.⁵⁷ Diese Daten stehen bis zum Jahr 2021 zur Verfügung und beinhalten in aggregierter Form repräsentativ alle gängigen Informationen, die in einer Bilanz enthalten sind.

2.3 Preisaufschläge und Arbeitgebermacht

100. Nachfolgend werden die Ergebnisse für Preisaufschläge und Arbeitgebernachfragemacht der Unternehmen dargelegt. Dabei wird zwischen dem Verarbeitenden Gewerbe und dem Dienstleistungssektor unterschieden. Die aggregierten Größen werden in Abschnitt 2.3.1 vorgestellt und in Abschnitt 2.3.2 in Einzelkomponenten zerlegt um zu überprüfen, ob die gefundenen Ergebnisse durch Änderungen der unternehmensinternen Preisaufschläge oder durch eine Verlagerung der Wirtschaftsaktivität hervorgerufen werden.

2.3.1 Aggregierte Preisaufschläge und Arbeitgebermacht

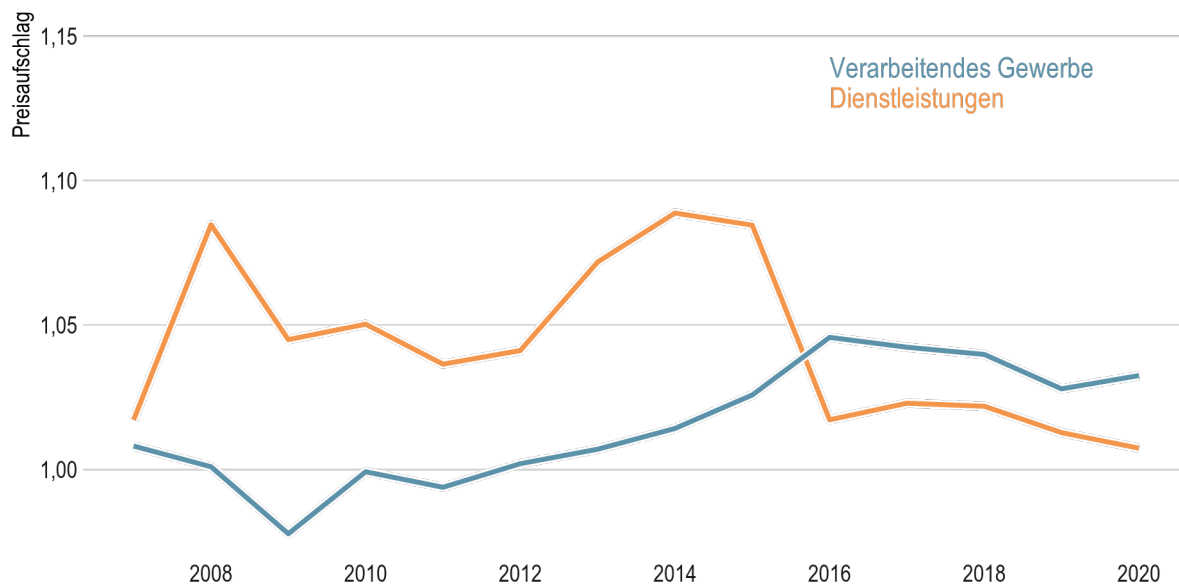
101. Abbildung I.27 zeigt Preisaufschläge⁵⁸ für das Verarbeitende Gewerbe und für den Dienstleistungssektor. Im Verarbeitenden Gewerbe erkennt man einen kontinuierlichen Anstieg der Preisaufschläge ab dem Tiefpunkt in der Finanzkrise 2009, wo durchschnittliche Preisaufschläge unter eins lagen. Das heißt, ein durchschnittliches repräsentatives Unternehmen hat in der Finanzkrise Verluste gemacht. Danach steigen Preisaufschläge bis auf fast 5 Prozent im Jahr 2016 an. Diese Ergebnisse sind sehr ähnlich zu den Ergebnissen in der Literatur, die die gleiche Datengrundlage verwendet.⁵⁹ Der Dienstleistungssektor zeigt fallende Preisaufschläge. Zuerst sind Preisaufschläge höher als im Verarbeitenden Gewerbe und fallen dann ab dem Jahr 2015 deutlich ab. Diese Gegenläufigkeit ist schon im XXIV. Hauptgutachten der Monopolkommission beobachtet worden.⁶⁰

⁵⁷ Vgl. BMEL, Landwirtschaftliche Haupterwerbsbetriebe, <https://www.bmel-statistik.de/fileadmin/daten/1100001-2022.pdf>, Abruf am 24. Juni 2024.

⁵⁸ Gewichtet mit Umsätzen und Hochrechnungsfaktoren aus den geschichteten Strichproben um Repräsentativität zu gewährleisten.

⁵⁹ Vgl. Mertens, M., Labor market power and the distorting effects of international trade, a. a. O., Fn. 40.

⁶⁰ Vgl. Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten: Wettbewerb 2022, a. a. O., vgl. Fn. 45.

Abbildung I.27: Aggregierte Preisaufschläge

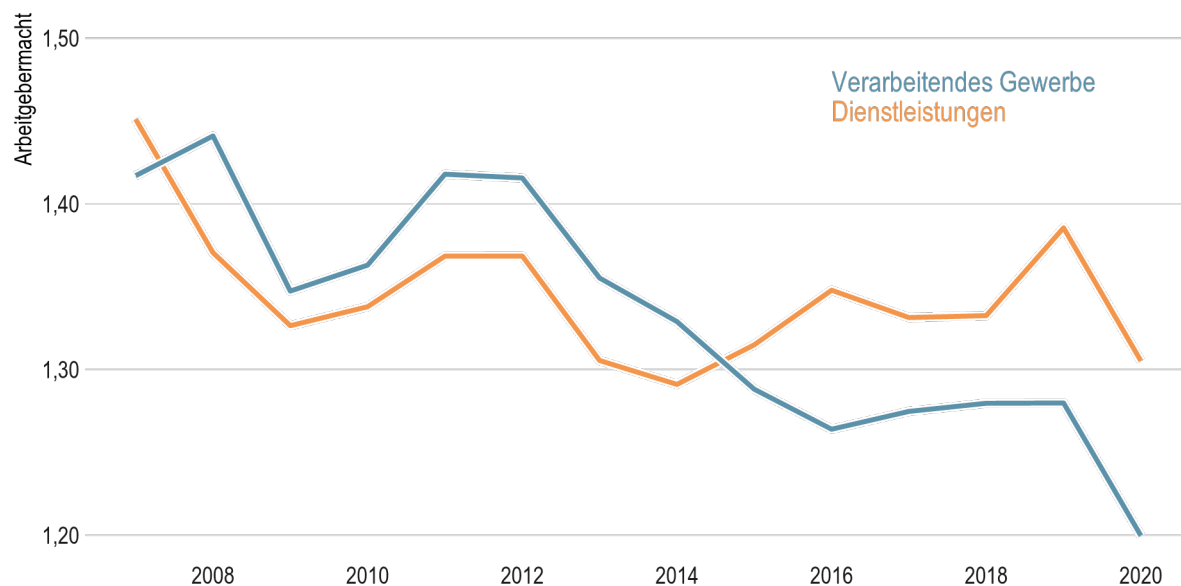
Anm.: Die dargestellten Preisaufschläge basieren auf einer Gross Output Schätzung mit Translog-Spezifikation. Weitere Erläuterungen befinden sich in Anhang B.

Quelle: AFiD-Panel Industrieunternehmen (DOI: 10.21242/42221.2020.00.01.1.1.0); AFiD-Panel Strukturhebung im Dienstleistungsbereich (DOI: 10.21242/47415.2007.00.01.1.1.0 und 10.21242/47415.2020.00.01.1.1.0); eigene Berechnungen

102. Abbildung I.28 zeigt den Verlauf der Nachfragemacht⁶¹ für das Verarbeitende Gewerbe und den Dienstleistungssektor. Es ist beobachtbar, dass in beiden Bereichen die Nachfragemacht kontinuierlich abgenommen hat. In beiden Sektoren verläuft die Nachfragemacht ähnlich und ist auch ähnlich hoch. Wenn Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zwischen den Sektoren substituierbar sind, würde man dies erwarten. Ein Wert von 1,4 bedeutet, dass das Grenzertragsprodukt um 40 Prozent höher ist als der Lohn. Dies bedeutet, dass für einen Euro, der durch die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer für das Unternehmen verdient wurde, EUR 0,71 als Lohn gezahlt wird. Für das Verarbeitende Gewerbe fällt die Nachfragemacht auf 1,28 im Jahr 2019 und im Jahr 2020, dem ersten Jahr der COVID-19-Pandemie, auf 1,2. In 2019 haben Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer EUR 0,78 von jedem für das Unternehmen verdienten Euro ausgezahlt bekommen und im Jahr 2020 waren es EUR 0,83. Diese Ergebnisse sind sehr ähnlich zu den Ergebnissen in der Literatur, die mit den gleichen Daten arbeitet.⁶² Im Dienstleistungssektor war die Nachfragemacht ähnlich hoch und hatte einen ähnlichen Verlauf wie im Verarbeitenden Gewerbe bis zum Jahr 2014. Ab diesem Jahr gab es wieder einen Anstieg der Nachfragemacht von 1,29 auf 1,39 im Jahr 2019. In dem ersten Jahr der COVID-19-Pandemie 2020 ist hier – ähnlich wie in der Industrie – die Nachfragemacht um 10 Prozentpunkte gefallen. Bei der Interpretation ist zu beachten, dass starke Schwankungen wie in 2020 auch durch reduzierte Umsätze und gleichzeitiger Fortzahlung der Löhne ausgelöst werden können.

⁶¹ Gewichtet mit Umsätzen und Hochrechnungsfaktoren aus den geschichteten Strichproben um Repräsentativität zu gewährleisten.

⁶² Mertens, M., Labor market power and the distorting effects of international trade, a. a. O., vgl. Fn. 40.

Abbildung I.28: Aggregierte Nachfragemacht der Arbeitgeber

Anm.: Die dargestellte Arbeitgebernachfragemacht basiert auf einer GO-Schätzung mit Translog-Spezifikation.

Quelle: AFiD-Panel Industrieunternehmen (DOI: 10.21242/42221.2020.00.01.1.1.0); AFiD-Panel Strukturerhebung im Dienstleistungsbereich (DOI: 10.21242/47415.2007.00.01.1.1.0 und 10.21242/47415.2020.00.01.1.1.0); eigene Berechnungen

2.3.2 Zerlegung der aggregierten Preisaufschläge und der Nachfragemacht

103. Bei den dargestellten Preisaufschlägen und der Arbeitgebernachfragemacht handelt es sich um mit dem Umsatz⁶³ gewichtete Durchschnittswerte. Um festzustellen, ob die beobachteten Sektortrends auf Veränderungen bei unternehmensspezifischen Größen oder auf Verschiebungen der jeweiligen Umsatzanteile zurückzuführen sind, können die Sektortrends in ihre einzelnen Komponenten zerlegt werden. Die Veränderung des durchschnittlichen Preisaufschlags im Vergleich zum Vorjahr ($\Delta\bar{\mu}_t$) setzt sich aus der Veränderung der unternehmensinternen Preisaufschläge ($\Delta\text{Unternehmen}$), einer Reallokation der Wirtschaftsaktivitäten ($\Delta\text{Reallokation}$) und dem Einfluss des Netto-Markteintritts neuer Unternehmen ($\Delta\text{Netto-Eintritt}$) zusammen. Die Berechnung der einzelnen Komponenten erfolgt gemäß der Formel

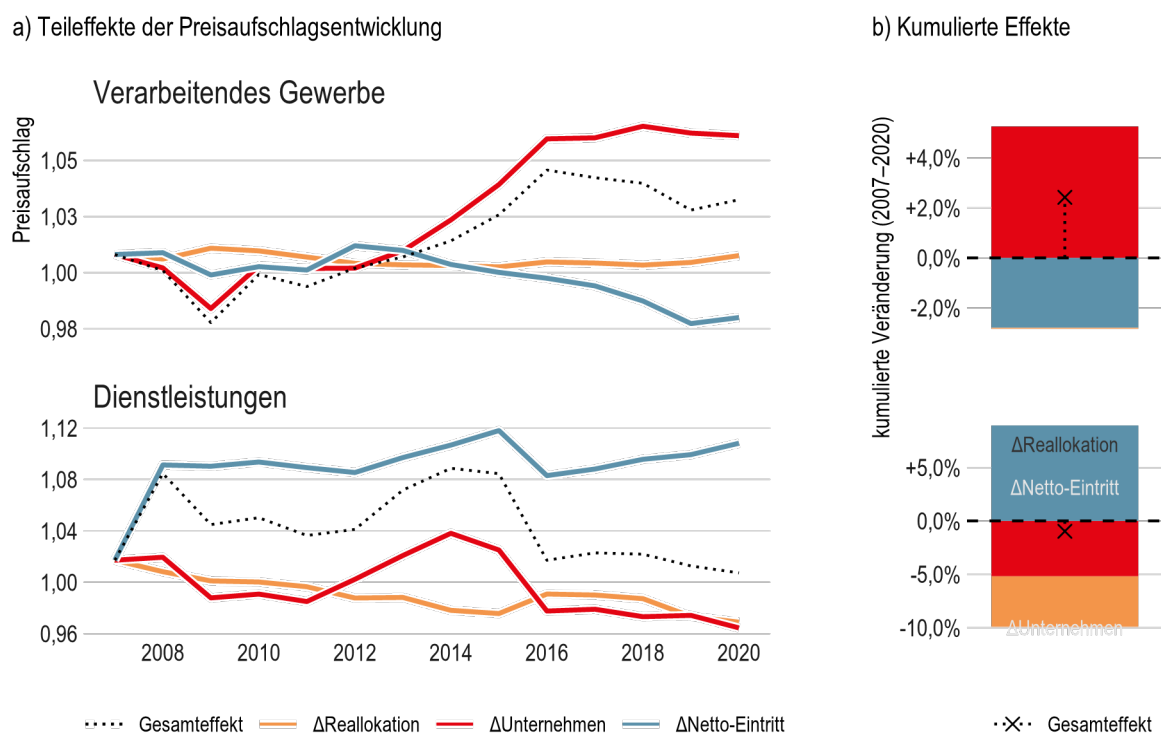
$$\Delta\bar{\mu}_t = \underbrace{\sum_i m_{it-1} \Delta\mu_{it}}_{\Delta\text{Unternehmen}} + \underbrace{\sum_i (\mu_{it-1} - \bar{\mu}_{t-1}) \Delta m_{it}}_{\Delta\text{Reallokation}} + \sum_i \Delta\mu_{it} \Delta m_{it} + \Delta\text{Netto-Eintritt}. \quad \text{VII}$$

m_{it} gibt den Umsatzanteil des Unternehmens i im Jahr t an. Eine positive Reallokationskomponente deutet darauf hin, dass die Umsatzanteile von Unternehmen mit überdurchschnittlich hohen Preisaufschlägen im Vergleich zum Vorjahr zugenommen haben. Das höhere Gewicht dieser Unternehmen führt dann dazu, dass der aggregierte Preisaufschlag steigt, obwohl die individuellen Preisaufschläge der Unternehmen unverändert sein könnten.

⁶³ Zusätzlich zu den Umsätzen werden auch Gewichte aus den geschichteten Strichproben benutzt um Repräsentativität zu gewährleisten.

104. Netto-Markteintritt erfasst den Teil des aggregierten Trends, der darauf beruht, dass z. B. weniger produktive Unternehmen mit niedrigen Preisaufschlägen den Markt verlassen oder neue, margenträchtige Unternehmen eintreten. Dies verändert die Zusammensetzung der betrachteten Unternehmen. Das AFiD-Panel besteht zum Teil aus regelmäßig neu gezogenen Stichproben, was dazu führt, dass dieser Term nicht nur die demografischen Markteintritte und -austritte der Unternehmen darstellt, sondern auch mögliche Veränderungen in der strukturellen Zusammensetzung der amtlichen Stichproben. Aufgrund der Repräsentativität des AFiD-Panels, lässt dieser Term dennoch grundsätzliche Rückschlüsse auf die gesamte Unternehmenspopulation zu.

Abbildung I.29: Zerlegung Preisaufschläge



Anm.: 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 (DOI: 10.21242/42221.2020.00.01.1.1.0); AFiD-Panel Strukturerhebung im Dienstleistungsbereich (DOI: 10.21242/47415.2007.00.01.1.1.0 und 10.21242/47415.2020.00.01.1.1.0); eigene Berechnungen

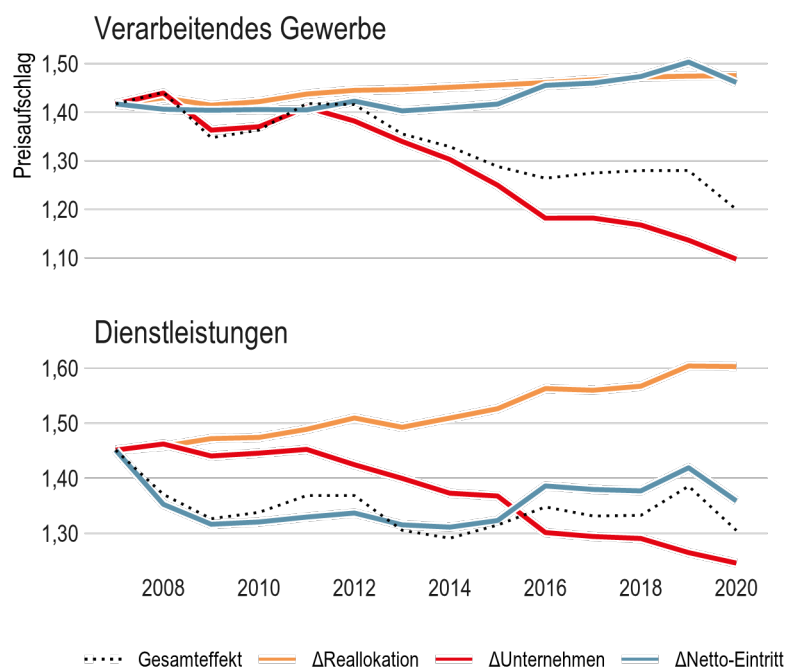
105. Abbildung I.29 zeigt die Zerlegung der gewichteten Preisaufschläge in die Einzelkomponenten. Im Verarbeitenden Gewerbe wird der Anstieg der Preisaufschläge nur durch eine Erhöhung der unternehmensinternen Preisaufschläge erklärt und nicht durch die anderen Komponenten. Dieser Anstieg ist höher als der gewichtete Durchschnitt. Die Markteintrittskomponente verläuft fallend, was bedeutet, dass in den Markt eintretende Unternehmen geringere Preisaufschläge haben. Im Dienstleistungssektor sehen wir, dass der negative Trend der Preisaufschläge durch sinkende unternehmensinterne Preisaufschläge sowie durch eine Reallokation der Marktanteile hin zu Unternehmen mit geringeren Preisaufschlägen verursacht wird.

Die Markteintrittskomponente ist positiv und zeigt, dass Unternehmen mit höheren Preisaufschlägen in den Dienstleistungssektor eintreten.

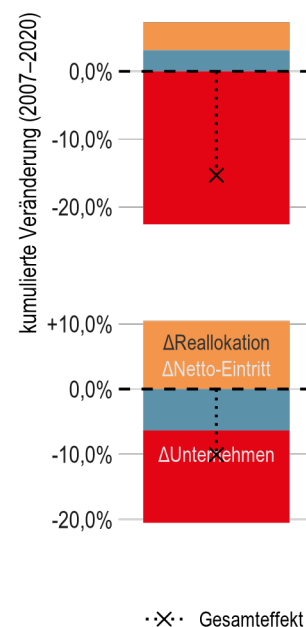
106. Analog zur Zerlegung der Preisaufschläge kann die Nachfragemacht in eine unternehmensspezifische Komponente, einen Reallokationsteil und Netto-Eintritt zerlegt werden. Abbildung I.30 zeigt die Zerlegung der Nachfragemacht von Unternehmen in Arbeitsmärkten. Im Verarbeitenden Gewerbe wie auch im Dienstleistungssektor ist zu sehen, dass unternehmensinterne Nachfragemacht stark gefallen ist, und in beiden Sektoren hat eine Reallokation der Marktanteile hin zu Unternehmen mit höherer Nachfragemacht stattgefunden. Das bedeutet, dass Unternehmen, die Marktanteile hinzugewinnen, im Durchschnitt eine höhere Nachfragemacht ausüben. Dies könnte perspektivisch problematisch werden, sobald der fallende Trend der unternehmensinternen Komponente abflacht und dann der Reallokationseffekt überwiegt. Eine solche Entwicklung deutet sich im Dienstleistungssektor an. Der steilere Anstieg der Reallokationskomponente im Dienstleistungssektor ab dem Jahr 2014 erklärt, warum der gewichtete Durchschnitt ab diesem Jahr nicht weiter gefallen ist. Die Nettoeintrittskomponente weist tendenziell im Verarbeitenden Gewerbe einen steigenden Trend und im Dienstleistungssektor einen fallenden abflachenden Trend auf.

Abbildung I.30: Zerlegung Nachfragemacht

a) Teileffekte der Arbeitgebermacht



b) Kumulierte Effekte



Anm.: 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 (DOI: 10.21242/42221.2020.00.01.1.1.0); AFiD-Panel Strukturerhebung im Dienstleistungsbereich (DOI: 10.21242/47415.2007.00.01.1.1.0 und 10.21242/47415.2020.00.01.1.1.0); eigene Berechnungen

107. Zusammenfassend sind die Preisaufschläge relativ moderat in beiden Sektoren, wobei man einen ansteigenden Trend im Verarbeitenden Gewerbe findet, der vor allem durch einen Anstieg der unternehmensinternen Preisaufschläge getrieben wird. Im Dienstleistungssektor ist ein absteigender Trend zu beobachten, der gleichermaßen durch unternehmensinterne Preisaufschläge und die Reallokationskomponente getrieben wird. Nachfragemacht sinkt in beiden Sektoren und wird in beiden Sektoren vorrangig durch unternehmensinterne Veränderungen erklärt. Die Reallokationskomponente ist in beiden Sektoren deutlich steigend, was auf eine Verlagerung der Wirtschaftstätigkeit zu Unternehmen mit geringeren Löhnen hindeutet.

2.4 Preisaufschläge, Inflation und die Lebensmittellieferkette

2.4.1 Einleitung

108. Die aktuelle Inflationsdynamik hat die Frage aufgeworfen, inwieweit Unternehmen die allgemein gestiegenen Preiserwartungen zu überproportionalen Preiserhöhungen nutzen und damit zu einem weiteren Inflationstreiber werden. Dieser Gedanke wird als „Verkäuferinflation“ oder „Gierflation“ bezeichnet und ist in den letzten zwei Jahren von Teilen der Wissenschaft⁶⁴ und Politik aufgegriffen worden. Politischen Widerhall hat diese These z. B. in den USA in der Biden-Administration gefunden, die wiederholt bekundet hat, dass sie Unternehmen als Mitverursacher der Inflation sieht, und an Unternehmen appelliert hat, sich nicht am Inflationsnarrativ durch Preissteigerungen zu bereichern. Hochrangige Politiker haben die US-amerikanische Wettbewerbsbehörde zum Handeln aufgefordert, um den Preisanstieg einzudämmen.⁶⁵

109. Mitverantwortlich für das Erstarken der These von der Verkäuferinflation ist die Beobachtung, dass die jüngsten Preissteigerungen teilweise mit höheren Unternehmensgewinnen zusammenfallen.⁶⁶ Dadurch wird Verkäuferinflation auch zu einem wettbewerbsrelevanten Thema. Denn es ist nicht ersichtlich, wie Unternehmen in einem funktionierenden Wettbewerbsumfeld Preise über das Wettbewerbsniveau hinaus anheben können, es sei denn, es handelt sich um wettbewerbswidriges Verhalten, z. B. (stillschweigende) Preisabsprachen.

110. Bei der Einordnung der These der Verkäuferinflation in den Wettbewerbskontext besteht zum einen Unklarheit darüber, welche unternehmerischen Verhaltensweisen die Voraussetzungen für eine Verkäuferinflation erfüllen. So lässt sich z. B. fragen, ob bei konstanten Kosten jede Preiserhöhung als Verkäuferinflation auszuweisen wäre. Zu klären wäre ferner, ob bei steigenden Kosten jeder überproportionale Anstieg als Verkäuferinflation zu kennzeichnen wäre.

⁶⁴ Vgl. Weber, I. M., Wasner, E., Sellers' inflation, profits and conflict: why can large firms hike prices in an emergency?, *Review of Keynesian Economics* 11 (2), 2023, 183-213.

⁶⁵ Vgl. Competition Policy International, FTC Urged to Enforce Rarely Used Antitrust Law Against Retail Giants, <https://www.pymnts.com/cpi-posts/ftc-urged-to-enforce-rarely-used-antitrust-law-against-retail-giants/>, abruf am 24. Juni 2024.

⁶⁶ Vgl. mercatus.org, Interview Prof. Conlon, <https://www.mercatus.org/macro-musings/chris-conlon-post-covid-inflation-surge-and-greedflation-narrative>, Abruf am 24. Juni 2024; Vgl. Competition Policy International, FTC Urged to Enforce Rarely Used Antitrust Law Against Retail Giants, a. a. O, vgl. Fn. 65; faz.net, Gierflation?, <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/gierflation-19005427.html>, Abruf am 24. Juni 2024.

Im Umkehrschluss bleibt fraglich, ob es als Verkäuferinflation zu bezeichnen wäre, wenn Unternehmen Kostensenkungen nur zu einem geringen Teil an die Verbraucherinnen und Verbraucher weitergeben.⁶⁷

111. Zum anderen gibt es eine Vielzahl von Ursachen, die zu höheren Preisen oder Preisaufschlägen führen können. Dazu gehören z. B. ein schwächeres Wettbewerbsumfeld aufgrund des Ausscheidens von Wettbewerbern oder aufgrund von Unternehmenszusammenschlüssen oder eine Veränderung der Verbraucherpräferenzen.⁶⁸

112. Eine wettbewerbsfundierte Erklärung der Verkäuferinflationsthese beruht auf einer plötzlichen Änderung des Wettbewerbsverhaltens. Dies bedeutet, dass sich Unternehmen bei gegebener Nachfrage, gegebenen Grenzkosten und gegebenen Zukunftserwartungen weniger kompetitiv verhalten, z. B. durch stillschweigende Absprachen oder Preiskoordination.⁶⁹ Allerdings lässt sich die zu beobachtende Inflation nur schwer auf diesen Wirkmechanismus hin überprüfen.⁷⁰ Evidenz für die Verkäuferinflationsthese wäre ein Zusammenhang von höheren Preisen und höheren Preisaufschlägen. Ein solcher Zusammenhang kann, wie beschrieben, viele Gründe haben, jedoch wäre das eine erste Evidenz für die Verkäuferinflationsthese.

113. Dieser Abschnitt der Konzentrationsberichterstattung befasst sich empirisch-deskriptiv mit dem Zusammenhang von Preisen und Preisaufschlägen. Untersucht wird, wie sich Kostenschwankungen auf Preise übertragen und wie sich Kostenüberwälzungsraten im Zeitverlauf ändern. Diese Untersuchung wird für Deutschland allgemein und vertiefend spezifisch für die Lebensmittellieferkette durchgeführt. Der Lebensmittelsektor ist grundsätzlich von hoher volkswirtschaftlicher Bedeutung und aktuell Gegenstand einer breiten öffentlichen Debatte. Die Preisanstiege in diesem Sektor seit 2021 lagen deutlich über dem Durchschnitt.⁷¹ Die Monopolkommission hat sich im Rahmen eines Policy Briefs⁷² für eine tiefergehende Untersuchung des Lebensmittelsektors ausgesprochen. Ferner hat die Bundesregierung die Monopolkommission im vergangenen Jahr gebeten, die Lebensmittelmärkte näher zu untersuchen.⁷³

⁶⁷ Da es in der Literatur keine eindeutige Definition gibt, lässt die Monopolkommission die Definition offen und zeigt rein deskriptiv Verhalten von Unternehmen auf.

⁶⁸ Vgl. Döpfer, H., MacKay, A., Miller, N., Stiebale, J., Rising Markups and the Role of Consumer Preferences, Harvard Business School Strategy Unit Working Paper No. 22-025, Georgetown McDonough School of Business Research Paper No. 3939126, 2023.

⁶⁹ Vgl. Weber, I. M., Wasner, E., Sellers' inflation, profits and conflict: why can large firms hike prices in an emergency?, a. a. O., vgl. Fn. 64.

⁷⁰ Vgl. mercatus.org, Interview Prof. Conlon, a. a. O., vgl. Fn. 66.

⁷¹ Vgl. verbraucherzentrale.de, Steigende Lebensmittelpreise: Fakten, Ursachen, Tipps, <https://www.verbraucherzentrale.de/wissen/lebensmittel/lebensmittelproduktion/steigende-lebensmittelpreise-fakten-ursachen-tipps-71788>, Abruf am 24. Juni 2024.

⁷² Vgl. Monopolkommission, 13. Policy Brief: Wettbewerb in der Lebensmittellieferkette, 2024.

⁷³ Vgl. euractiv.de, Für die Landwirtschaft: Habeck will Marktmacht der Lebensmittelindustrie prüfen lassen, <https://www.euractiv.de/section/gap-reform/news/fuer-die-landwirtschaft-habeck-will-marktmacht-der-lebensmittelindustrie-pruefen-lassen/>, Abruf am 24. Juni 2024.

114. Für die Analyse werden vorrangig Orbis-Daten für den Zeitraum 2007 bis 2022 verwendet. Diese haben den Vorteil, dass aktuelle Daten zur Verfügung stehen, die auch den Lebensmitteleinzelhandel enthalten, was im AFiD-Panel nicht der Fall ist. Ergänzt werden diese Daten für den Agrarsektor durch öffentlich zugängliche aggregierte Daten des Bundesministeriums für Ernährung und Landwirtschaft (BMEL).⁷⁴ Wie im vorherigen Abschnitt werden zunächst sektorspezifische Produktionsfunktionen geschätzt.⁷⁵ In einem zweiten Schritt erfolgt eine deskriptive Analyse der Korrelation zwischen Preisindizes⁷⁶ und Preisaufschlägen auf sektoraler Ebene. Dabei wird eine ähnliche Vorgehensweise verfolgt wie in der neueren Literatur zu diesem Thema.⁷⁷

115. Anhand dieser Korrelation lässt sich keine Evidenz für einen positiven Zusammenhang von Preisen und Preisaufschlägen im Verarbeitenden Gewerbe und im Dienstleistungssektor finden. Die Ergebnisse sind konsistent mit einer unvollständigen Kostenweitergabe und sind in der Höhe vergleichbar mit in der Literatur gefundenen Werten. Überwälzungsraten im Verarbeitenden Gewerbe fallen geringer aus als im Dienstleistungssektor.⁷⁸ Darüber hinaus finden sich keine Anzeichen für signifikante Veränderungen in der Inflationsperiode zwischen 2019 und 2022, außer dass die Preisänderungen überwiegend positiv sind.⁷⁹

116. Die Analyse der Preisaufschläge in der Lebensmittelversorgungskette zeigt, dass seit 2007 die Preisaufschläge im Lebensmitteleinzelhandel und in der Lebensmittelverarbeitung gestiegen sind, während die Preisaufschläge im Agrarsektor gesunken sind und auf einem niedrigen Niveau konstant bleiben. Die Preissteigerungen für die gesamte Wertschöpfungskette konnten auf Basis der vorliegenden Daten nur näherungsweise durch Aggregation der Entwicklungen auf den einzelnen Wertschöpfungsstufen ermittelt werden. Demnach sind diese ungefähr stabil geblieben. Zugleich hat eine Verschiebung der variablen Gewinne vom Agrarsektor zu den nachgelagerten Wertschöpfungsstufen stattgefunden. Ein Großteil dieser Verschiebung hat während der beginnenden Finanzkrise 2008 stattgefunden.

⁷⁴ Vgl. [bmel-statistik.de](https://www.bmel-statistik.de), Tabellenteil zur Wirtschaftlichen Lage der landwirtschaftlichen Betriebe 2021/22, <https://www.bmel-statistik.de/fileadmin/daten/1100001-2022.pdf>, Abruf am 24. Juni 2024.

⁷⁵ Ein Vergleich der Schätzungen mit den AFiD-Daten und den Orbis-Daten aus dem XXIV. Hauptgutachten der Monopolkommission zeigt, dass Trends der Ergebnisse ähnlich sind, sich jedoch im Niveau unterscheiden. Dies ist auf die Unterschiede der Datenqualität und Repräsentativität zurückzuführen. Weiterhin zeigt ein aktueller Vergleich der Schätzungen für die Lebensmittelverarbeitung ähnliche Preisaufschläge. Ein Vergleich des Lebensmittelhandels ist nicht möglich, da diese Industrie nicht in dem AFiD-Panel enthalten ist.

⁷⁶ Als Maß für Preise werden Preisindizes auf 4-Steller bis 2-Steller NACE Ebene verwendet. Diese werden relativ zu einem (demselben) Basisjahr angegeben. Jedoch werden bei der Untersuchung Veränderungen von Preisaufschlägen und Veränderungen der Preisindizes untersucht, wofür Preisindizes ausreichen.

⁷⁷ Vgl. Conlon, C., Miller, N. H., Otgon, T., Yao, Y., Rising Markups, Rising Prices?, AEA Papers and Proceedings, 113, 2023, 279-83; Champion, M., Edmond, C. Hambur, J., Competition, Markups, and Inflation: Evidence from Australian Firm-level Data, RBA Annual Conference Papers, acp2023-05, Reserve Bank of Australia, 2023.

⁷⁸ Unterschiedliche Überwälzungsraten können eine Vielzahl an Ursachen haben, z. B. Nachfrageelastizitäten, Unternehmenskonzentration, Höhe der Fixkosten oder Verhandlungsmacht.

⁷⁹ Die Ergebnisse sind als Durchschnitt zu verstehen und nicht allgemeingültig in jeder Industrie oder Zeitperiode.

117. Ähnlich wie im Verarbeitenden Gewerbe im Durchschnitt gibt es auch Hinweise auf eine unvollständige Kostenweitergabe in der Lebensmittelverarbeitung. Abweichend von den anderen Jahren in der Lebensmittelverarbeitung steigen die Preise im Jahr 2022 deutlich stärker als die Grenzkosten, sodass es in diesem Jahr zu einer Überwälzung von über eins kommt. Für den Einzelhandel liegen Hinweise vor, dass das Wachstum der Preisaufschläge durch Kosteneinsparungen getrieben wird, die nicht an die Endkundinnen und Endkunden weitergegeben werden. Kosteneinsparungen können für den Lebensmitteleinzelhandel niedrigere Einkaufspreise und damit geringere Gewinne für die Marktgegenseite in den vorgelagerten Märkten bedeuten. Die Nichtweitergabe sinkender Kosten deutet auf fehlenden Wettbewerbsdruck und oligopolistisches Verhalten hin. Angesichts der Komplexität der Lebensmittelversorgungsketten scheinen weitere Untersuchungen der Wettbewerbsdynamik erforderlich zu sein, um die einzelnen Probleme klar identifizieren zu können.⁸⁰

2.4.2 Ergebnisse

118. Dieser Abschnitt enthält die empirische Analyse der Verkäuferinflationsthese zuerst allgemein im Verarbeitenden Gewerbe und im Dienstleistungssektor in Abschnitt 2.4.2.1. Eine tiefergehende Analyse der Lebensmittelindustrie findet sich in Abschnitten 2.4.2.2 bis 2.4.2.5.

119. Ausgangspunkt für die empirische Analyse ist der folgende Zusammenhang der Wachstumsraten von Preisen, Preisaufschlägen und marginalen Kosten⁸¹:

$$\Delta \text{Preis} \approx \Delta \text{Preisauflschlag} + \Delta \text{Marginale Kosten}$$

VIII

120. Die Preisänderung entspricht in etwa der Summe aus der Änderung der Preisaufschläge und der Änderung der Grenzkosten. Daraus folgt, dass bei unveränderten Grenzkosten ein positiver Zusammenhang zwischen Preissteigerungsraten und Preisaufschlägen zu erwarten ist. Die Verkäuferinflationsthese würde einen Anstieg der Preise bei Erhöhung der Preisaufschläge implizieren. Bleiben Preisaufschläge hingegen bei einer Erhöhung der Preise unverändert, so sind die Kostensteigerungen eins zu eins in die Preise eingeflossen. Eine Erhöhung der Preise bei Senkung der Preisaufschläge würde für eine unvollständige Weitergabe der gestiegenen Grenzkosten sprechen.

⁸⁰ Die Monopolkommission begrüßt, dass seit Inkrafttreten der 11. GWB-Novelle im November 2023 das Bundeskartellamt mit § 32f GWB über neue verstoßunabhängige Eingriffsbefugnisse verfügt. Demnach kann die Behörde im Anschluss an eine Sektoruntersuchung im Sinne des § 32e Abs. 1 GWB nunmehr verschiedene Abhilfemaßnahmen zur Verbesserung des Wettbewerbs erlassen. Hierzu gehören die Aufforderung zur Anmeldung künftiger Zusammenschlüsse (§ 32f Abs. 2 GWB), verhaltensorientierte und (sonstige) strukturelle Maßnahmen (§ 32f Abs. 3 GWB) sowie die eigentumsrechtliche Entflechtung (§ 32f Abs. 4 GWB). Der Erlass von Abhilfemaßnahmen gemäß Abs. 3 und Abs. 4 setzt die vorherige Feststellung einer erheblichen und fortwährenden Störung des Wettbewerbs voraus. Der Nachweis einer Zuwiderhandlung gegen das Kartell- oder das Missbrauchsverbot ist dagegen nicht erforderlich; verstoßabhängige Maßnahmen gehen aber vor. Aus Sicht der Monopolkommission handelt es sich bei § 32f GWB um eine sinnvolle Ergänzung des kartellbehördlichen Instrumentariums, um wettbewerblich unerwünschte Marktergebnisse zu adressieren, die sich gerade nicht auf ein kartellrechtswidriges Verhalten zurückführen lassen. Vgl. Kühling/Engelbracht/Welsch, WuW 2023, 250.

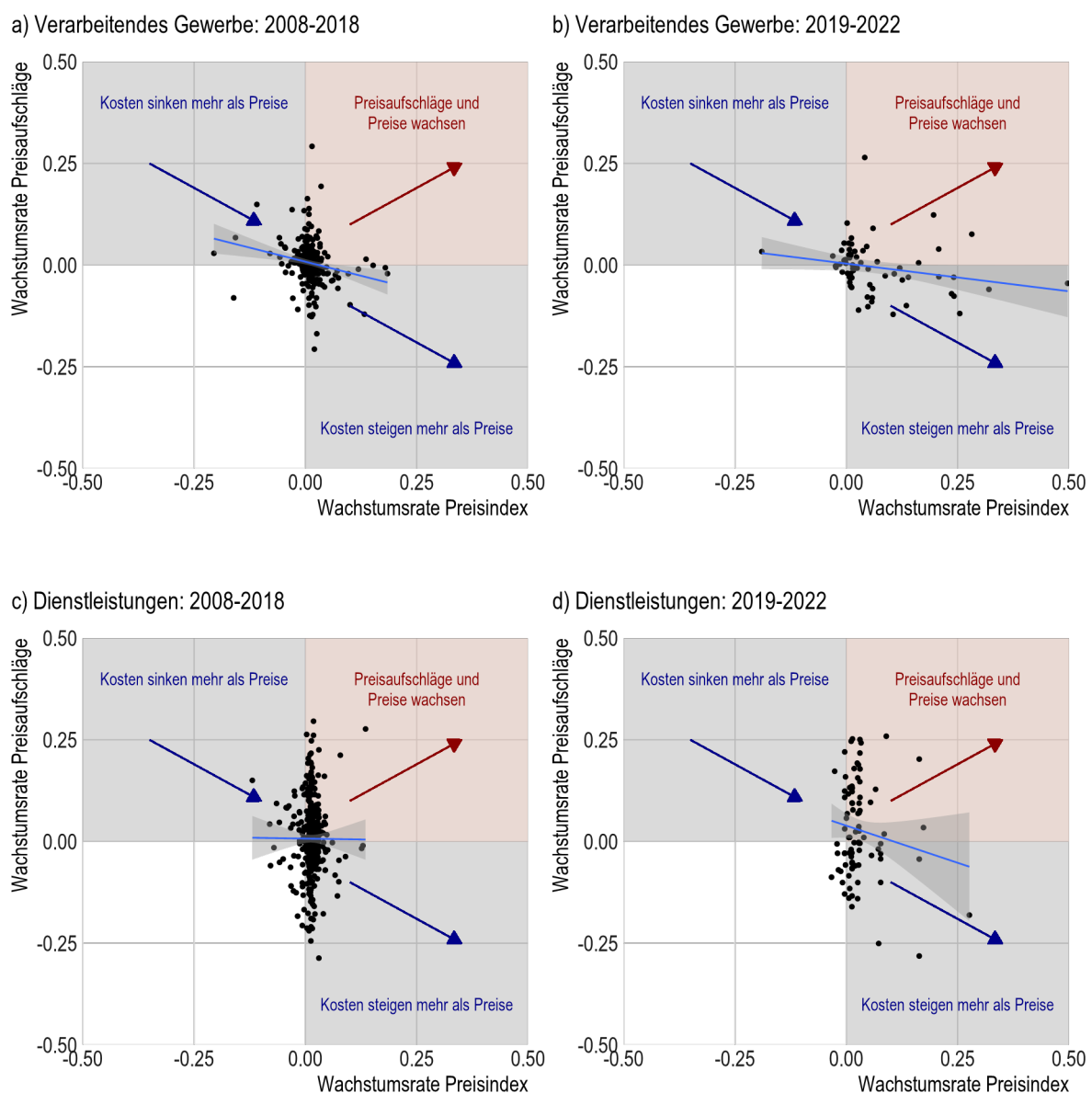
⁸¹ Vgl. Conlon, C., Miller, N.H., Otgon, T., Yao, Y. 2023, Rising Markups, Rising Prices?, a. a. O., vgl. Fn. 77.

2.4.2.1 Verarbeitendes Gewerbe und Dienstleistungssektor allgemein

Preisauflschläge, Preise und Produktivität

121. In Abbildung I.31 wird zunächst das Verhältnis der Wachstumsraten von Preisauflschlägen und Preisindizes für das verarbeitende Gewerbe (obere Diagramme) und den Dienstleistungssektor (untere Diagramme) in einem Punktwolken-Diagramm dargestellt. Jeder Punkt stellt die Veränderung einer NACE-2-Industrie für ein Jahr dar. Um zu untersuchen, ob es Veränderungen während des Inflationszeitraums gab, wird zwischen den Zeiträumen 2008-2018 (links) und 2019-2022 (rechts) unterschieden.

Abbildung I.31: Preisauflschläge und Preisindizes



Anm.: Preisauflschläge basieren auf einer GO-Schätzung mit Translog-Spezifikation. Jede Beobachtung zeigt die Wachstumsrate von Preisauflschlägen und Preisindizes einer 2-Steller NACE Industrie und Jahr.

Quelle: Statistisches Bundesamt; Orbis Europe; eigene Berechnungen

122. Alle Diagramme in Abbildung I.31 zeigen keinen oder einen negativen Zusammenhang zwischen Preisen und Preisaufschlägen. Allerdings gibt es einige Branchen, in denen die Preisaufschläge stärker steigen als die Preise. Dies ist jedoch sowohl in der Periode 2008 bis 2018 als auch in der Periode 2019-bis 2022 der Fall. Somit scheint sich dieses Phänomen in Perioden mit hoher Inflation im Vergleich zu Perioden mit niedriger Inflation nicht signifikant verändert zu haben. Wie oben erläutert, deutet ein negativer Zusammenhang auf eine unvollständige Kostenüberwälzung hin. Nur ein positiver Zusammenhang würde auf die Verkäuferinflationsthese hindeuten. Die beiden Diagramme für den Zeitraum 2019-2022 zeigen überwiegend positive Preiswachstumsraten.

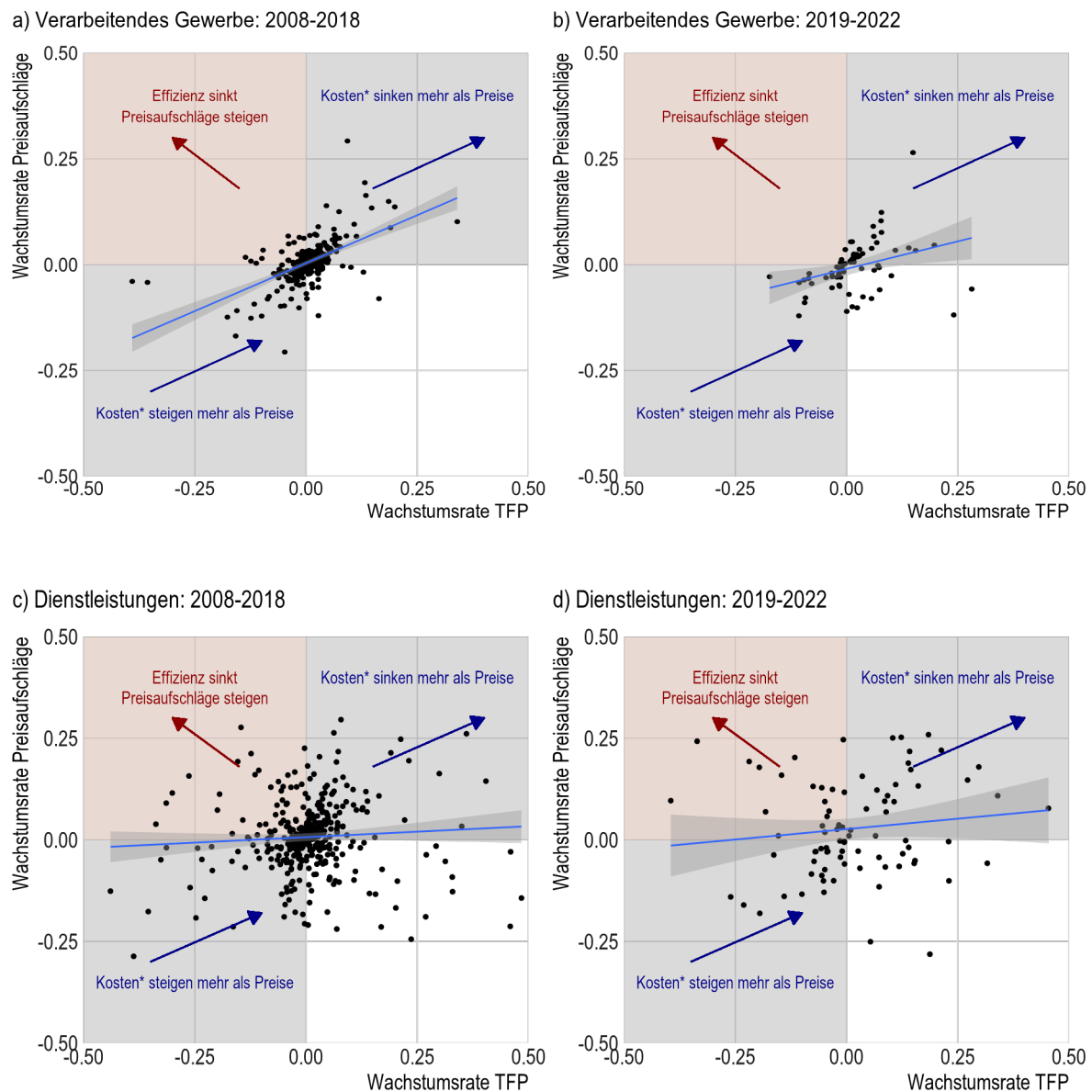
123. Preisindexdaten haben den Nachteil, dass sie die Preisentwicklung nur auf sehr aggregierter Ebene abbilden, was eine branchen- und zeitspezifische Analyse erschwert, für die disaggregierte Daten, z.B. auf Unternehmensebene, benötigt werden. Zu diesem Zweck werden zusätzlich die Wachstumsrate der totalen Faktorproduktivität als Näherungswert für die Wachstumsraten der Grenzkosten verwendet. Dies ist z. B. in einer Untersuchung europäischer Firmenzusammenschlüsse von Stiebale Szücs (2022)⁸² bei der Analyse von Preisaufschlägen gemacht worden, um für eine Änderung der marginalen Kosten zu kontrollieren. Nachteil dieser Methode ist neben der Nutzung der totalen Faktorproduktivität als Näherungswert für marginale Kosten und die damit verbundene Ungenauigkeit, auch die Tatsache, dass es nicht trivial ist totale Faktorproduktivität, zu schätzen.⁸³

124. Bei diesem Ansatz wird die Gleichung VIII verwendet, um aus dem beobachteten Zusammenhang zwischen Grenzkosten (approximiert durch die totale Faktorproduktivität) und Preisaufschlägen auf implizite Preisänderungen zu schließen. In diesem Fall würde ein Rückgang der totalen Faktorproduktivität bei gleichzeitigem Anstieg der Preisaufschläge auf eine Verkäuferinflation hindeuten. Dies könnte als überproportionale Weitergabe eines Produktivitätsrückgangs interpretiert werden.

125. Wieder werden zunächst in Abbildung I.32 der Zusammenhang zwischen den Wachstumsraten der totalen Faktorproduktivität und den Wachstumsraten der Preisaufschläge in einem Punktwolken-Diagramm grafisch dargestellt, wobei wie zuvor die Perioden unterschieden werden. Auch hier zeigt sich, dass es keine Anhaltspunkte für die Verkäuferinflationsthese gibt, sondern die Daten erneut den Mechanismus der unvollständigen Kostenweitergabe stützen.

⁸² Vgl. Stiebale, J., Szücs, F., Mergers and market power: evidence from rivals' responses in European markets, a. a. O., vgl. Fn. 55.

⁸³ Vgl. Diskussion Abschnitt 2.2.1 zur Schätzung von Produktionsfunktionen.

Abbildung I.32: Preisaufschläge und Totale Faktorproduktivität

Anm.: Preisaufschläge und totale Faktorproduktivität basieren auf einer GO-Schätzung mit Translog-Spezifikation. Jede Beobachtung zeigt die Wachstumsrate von Preisaufschlägen und totale Faktorproduktivität einer 2-Steller NACE Industrie und Jahr. Totale Faktorproduktivität wird approximativ für Grenzkosten verwendet.

Quelle: Statistisches Bundesamt, Orbis Europe; eigene Berechnungen

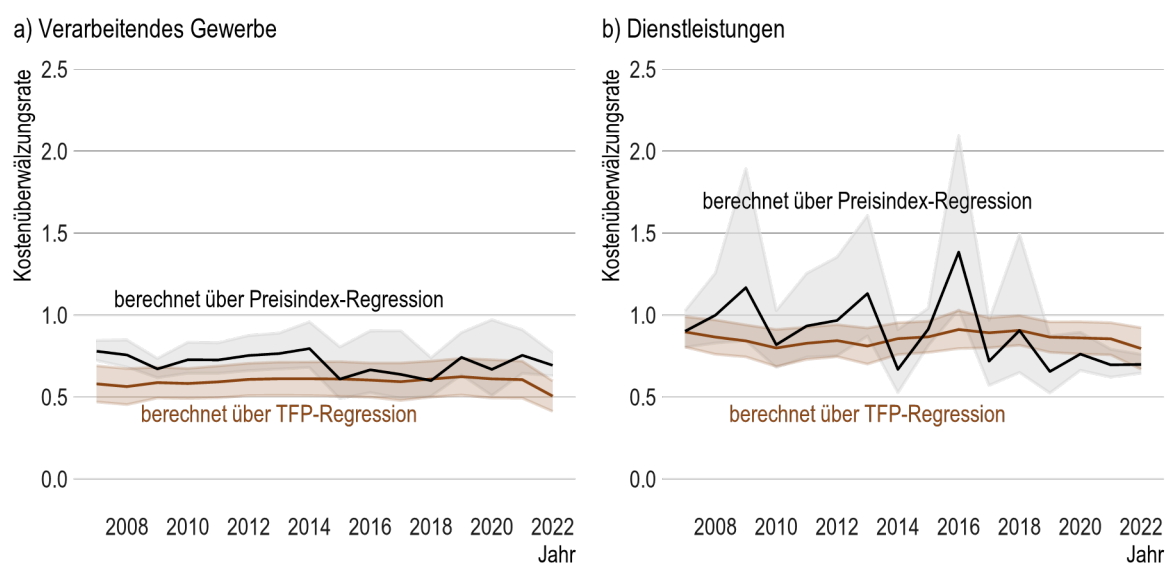
Kostenweitergabe allgemein

126. Um die Überwälzung von Kostenänderungen auf die Preise deskriptiv besser zu erfassen, wird ein Regressionsansatz verwendet und mit Unternehmensdaten der Zusammenhang von Preisaufschlägen und Preisindizes und der Zusammenhang von Preisaufschlägen und totale Faktorproduktivität geschätzt. Die Ergebnisse dieser Schätzung können zusammen mit Gleichung VIII zur Berechnung der durchschnittlichen Kostenüberwälzungsraten verwendet werden. Dabei wird von der geschätzten Beziehung zwischen der Veränderung der Preise und der

Veränderung der Preisaufschläge auf die Beziehung zwischen der Veränderung der Preise und der Veränderung der Grenzkosten unter Verwendung von Gleichung VIII geschlossen. Bei Verwendung der totalen Faktorproduktivität als Näherungswert für die Grenzkosten schließt man durch den geschätzten Zusammenhang von Preisaufschlägen und totale Faktorproduktivität auf den Zusammenhang von Preisen und Grenzkosten.

127. Die folgende Abbildung I.33 zeigt jahresspezifische Kostenüberwälzungsraten für das Verarbeitende Gewerbe und den Dienstleistungssektor. Die impliziten Übertragungsraten werden jeweils aus dem Zusammenhang von Preisaufschlägen und Preisindizes sowie aus dem Verhältnis von totaler Faktorproduktivität (näherungsweise für Grenzkosten) und Preisaufschlägen berechnet.

Abbildung I.33: Kostenweitergabe Allgemein



Anm.: Kostenüberwälzungsraten berechnet über Regressionen von Preisaufschlägen und Preisindizes und Preisaufschlägen und totale Faktorproduktivität (approximativ für marginale Kosten). Für Herleitung und Berechnung vgl. Anhang B.

Quelle: Statistisches Bundesamt; Orbis Europe; eigene Berechnungen

128. Beide Schätzungen haben ihre Vor- und Nachteile, liefern aber zusammengekommen robuste Ergebnisse. Die Schätzung über den Preisindex ist zwar ungenauer als die über totale Faktorproduktivität, da aggregierte sektorale Daten verwendet werden und somit weniger unabhängige Beobachtungen vorliegen. Sie ist aber besser interpretierbar. Demgegenüber ist die Schätzung über totale Faktorproduktivität viel genauer, da sie mit Daten auf Firmenebene durchgeführt wird, sie hat aber den Nachteil, dass totale Faktorproduktivität nicht gleich den Grenzkosten ist. Die Überwälzungsraten für das verarbeitende Gewerbe liegen im Durchschnitt bei 0,6-0,7, d. h. ein Anstieg der Grenzkosten um 1 Prozent ist im Durchschnitt mit einem Preisanstieg von 0,6-0,7 Prozent verbunden. Im Dienstleistungssektor fallen die Überwälzungsraten mit 0,85 und 0,9, je nach Berechnungsart, höher aus. Die Höhe der geschätzten Überwälzungsraten sind konsistent mit den Ergebnissen anderer Autorinnen und Autoren, die auch Werte

zwischen 0,6 und 0,85 finden.⁸⁴ Für die These der Verkäuferinflation würde man hier Überwälzungsraten von über eins erwarten oder zumindest einen starken Anstieg nach 2018 und insbesondere in den Jahren 2021 und 2022, was aber nicht der Fall ist. Wenn überhaupt, nimmt die durchschnittliche Überwälzungsrate ab 2020, wenn auch nur geringfügig, ab.

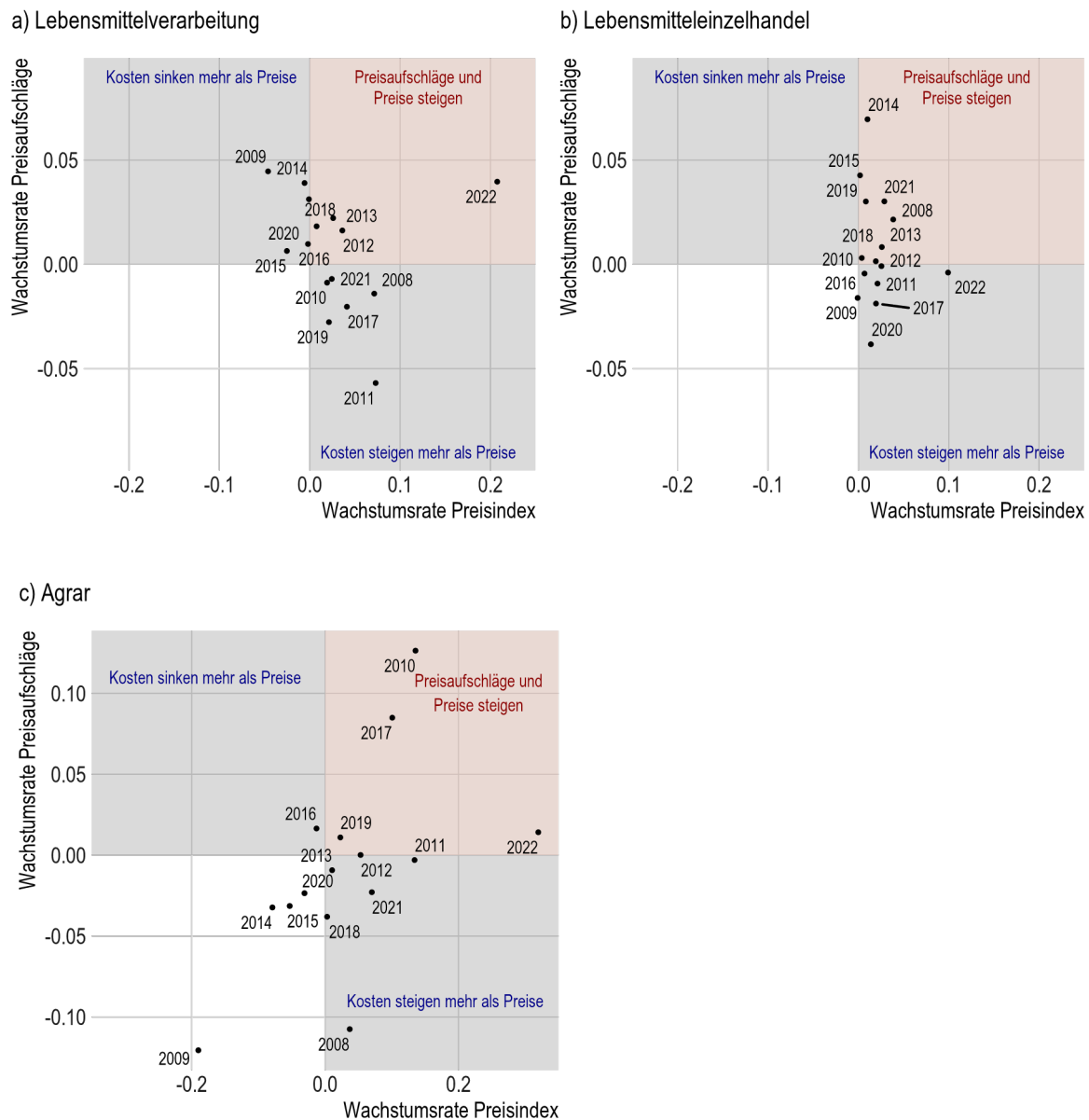
2.4.2.2 Zusammenhang von Preisen und Preisaufschlägen in der Lebensmittellieferkette

129. Um die Analyse der Lebensmittelversorgungskette zu vertiefen, wird zunächst das Verhältnis zwischen den Wachstumsraten der Preisaufschläge und den Preisindizes visuell untersucht. Für die Lebensmittelherstellung wird der Preisindex der NACE-Klassifikation "10 - Herstellung von Nahrungs- und Futtermitteln" verwendet. Zudem werden geschätzte Preisaufschläge aus Orbis-Daten genutzt.⁸⁵ Die gleichen Daten werden für den Lebensmitteleinzelhandel verwendet, wobei ein gewichteter Durchschnitt der Preisindizes der NACE-Klassifikationen "471 - Einzelhandel mit Waren verschiedener Art" und "472 - Einzelhandel mit Nahrungs- und Genussmitteln, Getränken und Tabakwaren" herangezogen wird.⁸⁶ Für den Agrarsektor stehen Indizes für Preise und variable Kosten zur Verfügung, die es ermöglichen, Wachstumsraten für Preise und Preisaufschläge zu berechnen. Die folgenden drei Diagramme veranschaulichen diesen Zusammenhang und deuten auf ein unterschiedliches Wettbewerbsverhalten auf den einzelnen Stufen der Wertschöpfungskette hin.

⁸⁴ Vgl. Amiti, M., Itskhoki, O., Konings, J., International shocks, variable markups, and domestic prices, *The Review of Economic Studies*, 86 (6) , 2019, 2356–2402; Vgl. Champion, M., Edmond, C., Hambur, J., Competition, Markups, and Inflation: Evidence From Australian Firm-Level Data a. a. O., vgl. Fn. 77.

⁸⁵ Der finale Datensatz zur Analyse der Lebensmittellieferkette enthält für die NACE-Industrie „10“ durchschnittlich 245 Unternehmen pro Jahr und einen Gesamtumsatz zwischen € 19 Mrd. in 2007 und € 36 Mrd. im Jahr 2021. Der endgültige Datensatz für die Analyse der Lebensmittelversorgungskette umfasst für den Lebensmitteleinzelhandel durchschnittlich 133 Unternehmen pro Jahr mit einem Gesamtumsatz zwischen € 18 Mrd. im Jahr 2007 und € 32 Mrd. im Jahr 2021. Aufgrund unvollständiger Daten für das Jahr 2022 sind nur 43 Unternehmen mit einem Gesamtumsatz von ca. € 9,2 Mrd. enthalten. Diese geringe Repräsentativität ist bei der Interpretation der Ergebnisse zu berücksichtigen. Die größten fünf Unternehmen in dieser Industrie sind Nestlé Deutschland, Westfleisch, Unilever Deutschland, Südzucker, Sachsenmilch.

⁸⁶ Der finale Datensatz zur Analyse der Lebensmittellieferkette enthält für den Lebensmitteleinzelhandel durchschnittlich 133 Unternehmen pro Jahr und einen Gesamtumsatz zwischen € 18 Mrd. in 2007 und € 32 Mrd. im Jahr 2021. Auch hier sind für das Jahr 2022 nur 28 Unternehmen mit einem Gesamtumsatz von ca. € 8 Mrd. aufgrund unvollständiger Daten enthalten. Diese geringe Repräsentativität ist bei der Interpretation der Ergebnisse zu berücksichtigen. Der Datensatz enthält alle gängigen Handelsketten wie Aldi, Edeka, Rewe, Globus. Es sind auch lokale Ketten, z. B. Feneberg Lebensmittel oder K+K Klaas & Kock enthalten. Handelsketten wie z. B. Edeka und Rewe sind oft disaggregiert durch mehrere Händlernetzwerke vertreten.

Abbildung I.34: Preisaufschläge und Preise in der Lebensmittellieferkette

Anm.: Für a) und b) basieren Preisaufschläge auf einer GO-Schätzung mit Translog-Spezifikation. Jede Beobachtung zeigt die Wachstumsrate von Preisaufschlägen und Preisindizes einer 2-Steller NACE Industrie und Jahr. Für c) basieren Wachstumsraten von Preisaufschlägen auf Preisindizes zu Preisen und variablen Kosten.

Quelle: Statistisches Bundesamt, Orbis Europe; eigene Berechnungen

Ergebnisse für die Lebensmittelverarbeitung

130. Die Ergebnisse für die Lebensmittelverarbeitung (Abbildung I.24a) zeigen ein Muster unvollständiger Kostenweitergabe. Kostensteigerungen führen zu Preiserhöhungen, die jedoch geringer ausfallen als die Kostensteigerung selbst. Hierbei sind höhere Preise und niedrigere Preisaufschläge zu beobachten. Kostensenkungen führen zu Preissenkungen, die ebenfalls geringer sind als die Kostensenkungen, was zu höheren Preisaufschlägen führt. Besonders auffällig ist der Ausreißer im Jahr 2022, wo hohe Preissteigerungen mit steigenden Preisaufschlägen

zusammenfallen, jedoch sinken die durchschnittlichen Preisaufschläge in den Jahren 2019 und 2021 bei steigenden Preisen.

Ergebnisse für den Lebensmitteleinzelhandel

131. Im Lebensmitteleinzelhandel (Abbildung I.34b) fällt auf, dass es im gesamten Zeitraum keine Preissenkungen gab. Selbst zu den Zeitpunkten, an denen Preissenkungen im vorgelagerten Markt zu beobachten waren, blieben die Preise stabil. Dies deutet darauf hin, dass Kostensenkungen durch niedrigere Einkaufspreise nicht an die Verbraucherinnen und Verbraucher weitergegeben werden. Relativ viele Beobachtungen befinden sich im oberen rechten Quadranten, wo Preiserhöhungen mit höheren Preisaufschlägen zusammenfallen. Aber auch hier ist der zeitliche Trend in den letzten Jahren nicht eindeutig. Die Preisaufschläge steigen in den Jahren 2019 und 2021 an, sinken aber in 2022 und vor allem in 2020 um fast 5 Prozent.

Ergebnisse des Agrarsektors

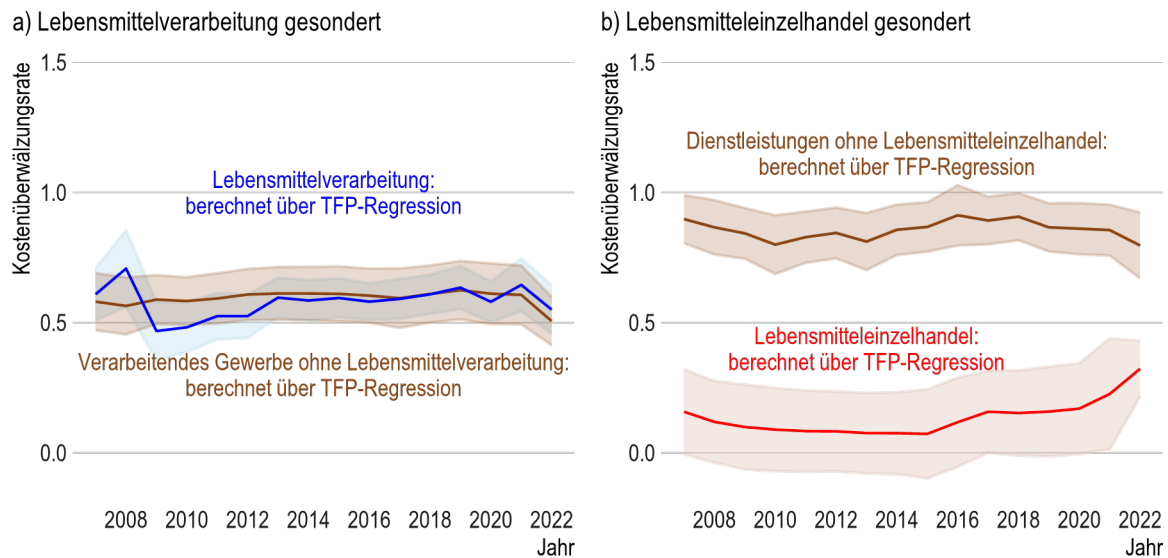
132. Die meisten negativen Veränderungen der Preisaufschläge sind im Agrarsektor zu beobachten (Abbildung I.34c)). Auffällig ist, dass vier Beobachtungen im unteren linken Quadranten liegen. Im Gegensatz zur Lebensmittelverarbeitung gehen hier Preissenkungen mit geringeren Preisaufschlägen und nicht mit höheren Preisaufschlägen einher. Vermutlich sinken hier die Preise stärker als die Grenzkosten. Im Agrarsektor scheint dies die Regel zu sein, da man hier nur im Jahr 2016 eine Erhöhung der Preisaufschläge – bei sinkenden Preisen – beobachtet.

133. Vergleicht man die Wertschöpfungsstufen miteinander, so zeigt sich, dass sowohl die durchschnittliche Preisveränderung mit 3,5 Prozent als auch ihre Streuung mit einer Standardabweichung von 11,5 Prozent im Agrarsektor am größten ist und dann entlang der Wertschöpfungskette abnimmt. Im verarbeitenden Gewerbe beträgt die durchschnittliche Preisveränderung noch 3 Prozent bei einer Standardabweichung von 5,9 Prozent. Im Einzelhandel sind die Preisveränderungen zwar immer positiv, aber mit durchschnittlich 2,1 Prozent und einer Standardabweichung von 2,4 Prozent am geringsten. Dies deutet darauf hin, dass Preisänderungen in geringerem Maße entlang der Wertschöpfungskette weitergegeben und Preisschwankungen aufgefangen werden.

134. Während die Preisänderungen im Agrarsektor am höchsten sind, weist dieser Sektor eine negative durchschnittliche Wachstumsrate der Preisaufschläge von -9 Prozent auf. Gleichzeitig steigen die Preisaufschläge in der Lebensmittelverarbeitung um durchschnittlich 6 Prozent und im Einzelhandel um 8 Prozent.

2.4.2.3 Analyse der Kostenweitergabe in der Lebensmittellieferkette

135. Ähnlich zum vorherigen Abschnitt werden zeitspezifische Überwälzungsraten für die Lebensmittelverarbeitung und den Lebensmitteleinzelhandel über den geschätzten Zusammenhang zwischen Preisaufschlägen und totale Faktorproduktivität in Abbildung I.35 berechnet. Zum Vergleich enthalten beide Diagramme auch die Ergebnisse für das Verarbeitende Gewerbe ohne Lebensmittelverarbeitung (links) und andere Dienstleistungen ohne Lebensmitteleinzelhandel (rechts).

Abbildung I.35: Kostenweitergabe Lebensmittelverarbeitung und -einzelhandel

Anm.: Kostenüberwälzungsraten berechnet über Regressionen von Preisaufschlägen und totale Faktorproduktivität (approximativ für marginale Kosten). Für Herleitung und Berechnung vgl. Anhang B.

Quelle: Statistisches Bundesamt, Orbis Europe; eigene Berechnungen

Ergebnisse bei Lebensmittelverarbeitung und -einzelhandel

136. Während die Überwälzungsraten für die Lebensmittelverarbeitung ähnlich verlaufen wie die anderen Industrien im verarbeitenden Gewerbe, scheint die geschätzte Kostenweitergabe im Einzelhandel relativ klein zu sein. Dies gilt sowohl im Vergleich zur Verarbeitung als auch im Vergleich zu anderen Dienstleistungen. Das breite Konfidenzintervall deutet darauf hin, dass die Schätzung in den meisten Jahren nicht von Null abweicht. Interessanterweise steigt die geschätzte Kostenüberwälzung ab 2015 jedoch an und wird in 2021 und 2022 signifikant positiv. Sie bleibt jedoch signifikant niedriger als in anderen Branchen des Dienstleistungssektors und auch des verarbeitenden Gewerbes. Beide Ergebnisse sind konsistent mit den vorherigen Ergebnissen in Abbildung I.34.

137. Die Überwälzungsrate für die Lebensmittelverarbeitung deutet wiederum auf eine unvollständige Kostenweitergabe hin. Im Lebensmitteleinzelhandel scheinen Kostenänderungen keinen großen Einfluss auf die Preise zu haben. Dies ist konsistent mit der vorherigen Beobachtung für den Einzelhandel in Abbildung I.34, wo ebenfalls kein Muster der unvollständigen Kostenweitergabe zu erkennen ist.

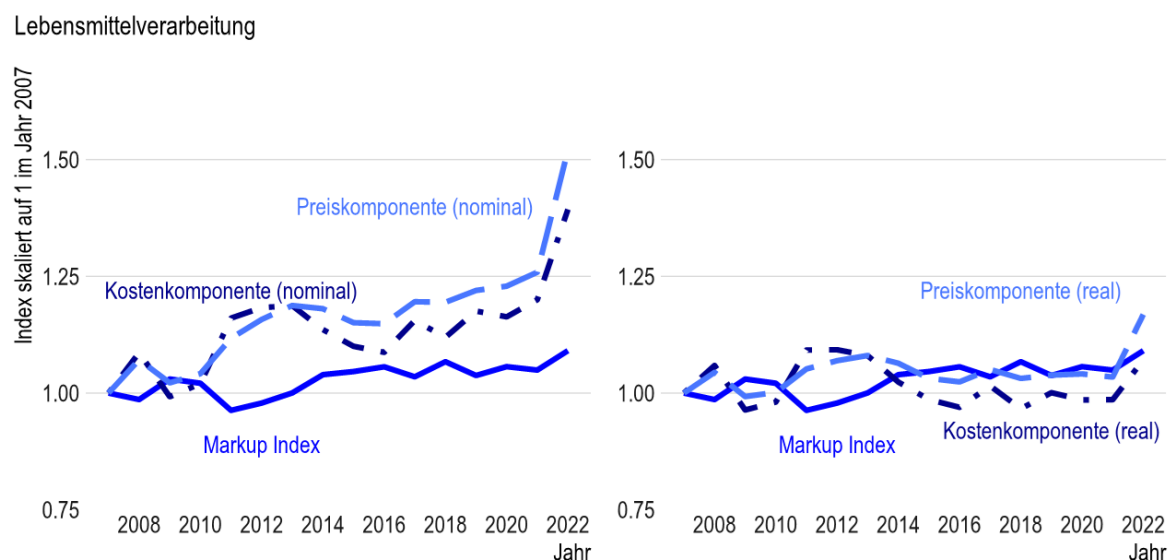
2.4.2.4 Zerlegung der Preisaufschläge in Preise und Kosten in der Lebensmittellieferkette

138. Um den Zusammenhang von marginalen Kosten und Preisen weiter zu untersuchen, wird in Abbildung I.36 bis Abbildung I.38 der Verlauf von Preisen, marginalen Kosten und Preisaufschlägen mit Basisjahr 2007 grafisch dargestellt.⁸⁷ Für jede Stufe der Wertschöpfungskette werden jeweils eine Abbildung mit zwei Diagrammen präsentiert. Die Diagramme auf der linken Seite enthalten Preise und Kosten als nominale Größe. Die Diagramme auf der rechten Seite enthalten die gleichen Werte, jedoch mit dem Verbraucherpreis deflationiert. Diese reale Größe zeigt, wie sich die Werte relativ zum deutschen Preisniveau entwickelt haben.

Ergebnisse für die Lebensmittelverarbeitung

139. Die Diagramme in Abbildung I.36 geben die Entwicklung in der Lebensmittelverarbeitung wieder. Auch hier zeigt sich, dass die Kosten prozentual stärker schwanken als die Preise, was wiederum auf eine unvollständige Kostenüberwälzung hindeutet. Es ist zu erkennen, dass Kostensenkungen zu Preissenkungen und steigenden Preisaufschlägen führen und Kostensteigerungen zu Preissteigerungen und sinkenden Preisaufschlägen. Diese Beobachtung spricht für eine unvollständige Kostenweitergabe. Ab 2011 ist jedoch ein kontinuierlicher Anstieg der Preisaufschläge zu beobachten. Besonders auffällig ist der starke Preisanstieg im Jahr 2022, wo die Preise deutlich schneller steigen als die Grenzkosten.

Abbildung I.36: Wachstum von Preisen, marginalen Kosten und Preisaufschlägen in der Lebensmittelverarbeitung



Anm.: Preisaufschläge basieren auf einer GO-Schätzung mit Translog-Spezifikation der 2-Steller NACE Industrie „10“.

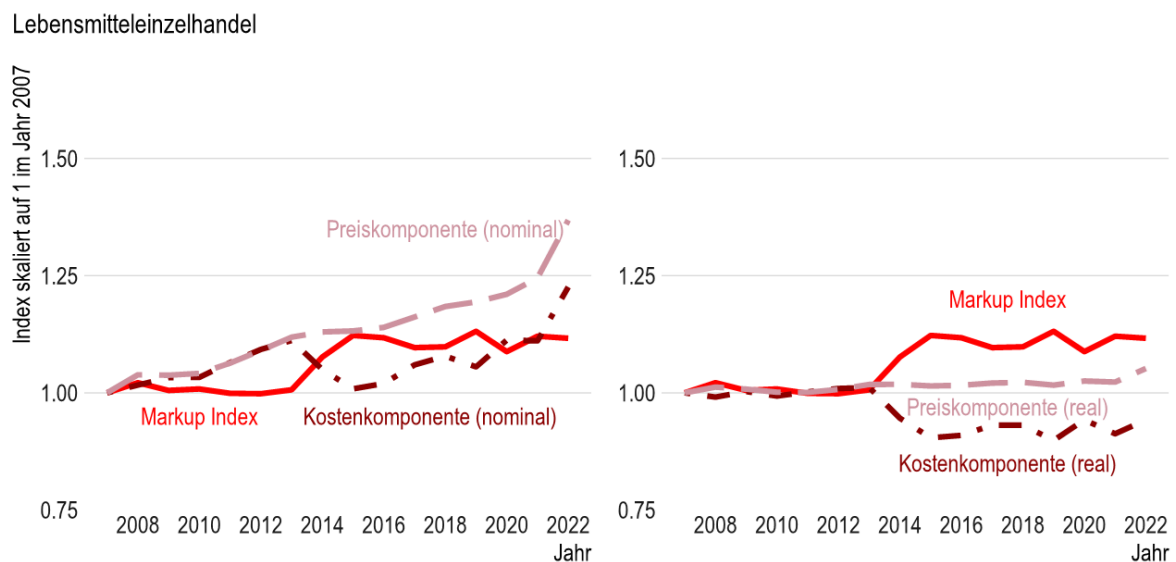
Quelle: Statistisches Bundesamt; Orbis Europe; eigene Berechnungen

⁸⁷ Für eine Erklärung der Methodik zur Erstellung der Abbildungen siehe Anhang B.

Ergebnisse für den Lebensmitteleinzelhandel

140. Die Diagramme in Abbildung I.37 enthalten den Lebensmitteleinzelhandel und zeigen ein anderes Muster als in der Lebensmittelverarbeitung. Bis 2013 entwickeln sich die Preise analog zu den Grenzkosten. Ab 2014 ist ein Rückgang der Kostenkomponente zu beobachten, der sich jedoch nicht in Preissenkungen, sondern in steigenden Preisaufschlägen niederschlägt. Dies deutet darauf hin, dass Kostensenkungen nicht an die Endkundinnen und Endkunden weitergegeben werden. Dies kann in der rechten Abbildung beobachtet werden. Die Preise entwickeln sich sehr ähnlich wie der Verbraucherpreisindex, was daran zu erkennen ist, dass die deflationierte Preiskomponente horizontal verläuft. In den Jahren 2014 und 2015 kommt es zu einem realen Rückgang der Grenzkosten im Einzelhandel, die realen Preise verlaufen jedoch weiterhin horizontal. Im gleichen Zeitraum ist ein Preistrückgang im vorgelagerten Markt der Lebensmittelverarbeitung zu beobachten. Die Ergebnisse deuten darauf hin, dass diese Preissenkungen zu niedrigeren Grenzkosten im Einzelhandel geführt haben, die nicht an die Verbraucherinnen und Verbraucher weitergegeben wurden. Dieses Ergebnis bedarf weiterer Untersuchungen, da es einerseits auf höhere Konzentration, die Einführung von Handelsmarken und größerer Verhandlungsmacht zurückzuführen sein könnte, andererseits Effizienzgewinne durch Digitalisierung und Optimierung in Lagerhaltung und Logistik für Kostensenkungen verantwortlich sein könnten.

Abbildung I.37: Wachstum von Preisen, marginalen Kosten und Preisaufschlägen im Lebensmitteleinzelhandel



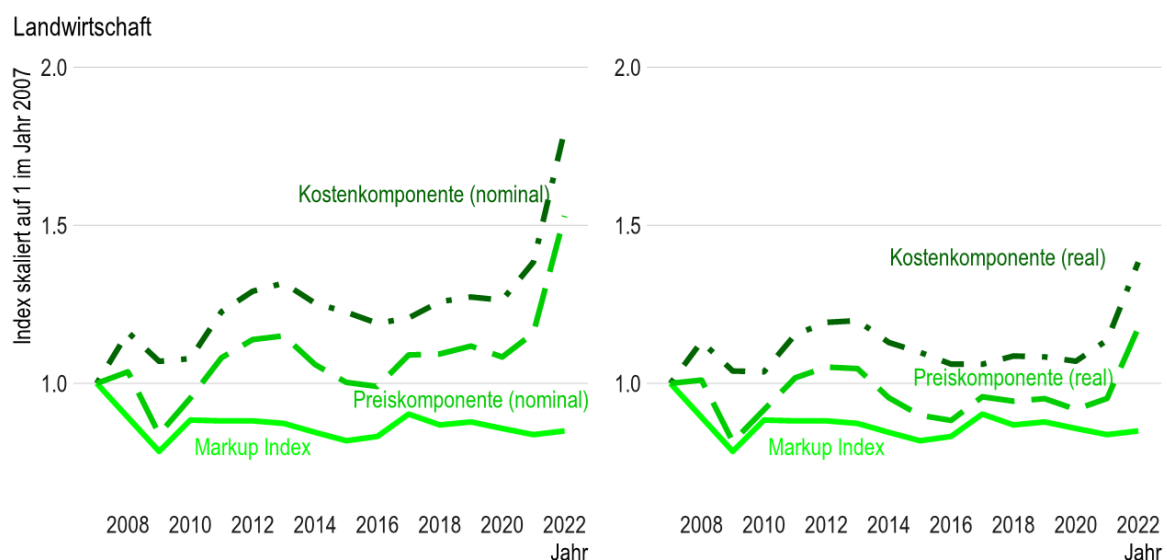
Anm.: Preisaufschläge basieren auf einer GO-Schätzung mit Translog-Spezifikation der 2-Steller NACE Industrie „47“. Preisindex ist als gewichteter Durchschnitt der 3-Steller NACE Industrien „471“ und „472“ dargestellt.

Quelle: Statistisches Bundesamt; Orbis Europe; eigene Berechnungen

Ergebnisse für den Agrarsektor

141. Für den Agrarbereich in Abbildung I.38 ist zu erkennen, dass ähnlich wie bei der Lebensmittelverarbeitung Preise und Kosten gemeinsam schwanken, die Kosten jedoch schneller steigen als die Preise. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Preise fallen, wie in den Jahren 2009, 2014/2015 und 2020. Hier fallen die Preise deutlich stärker als die Grenzkosten. Das sind genau die Beobachtungen, die sich in Abbildung I.34 im unteren linken weißen Quadranten befinden. In den anderen Wertschöpfungsstufen ist dies nicht zu beobachten. Während die Preisaufschläge in den beiden nachgelagerten Märkten steigen, fallen sie in der Landwirtschaft, insbesondere in der Finanzkrise 2009, und bleiben auf niedrigem Niveau.

Abbildung I.38: Wachstum von Preisen, marginalen Kosten und Preisaufschlägen im Agrarsektor



Anm.: Preisaufschläge, Preise und Kosten basieren auf Erzeugerpreis- und Kostenindexdaten der Landwirtschaft des Statistisches Bundesamt.

Quelle: Statistisches Bundesamt; eigene Berechnungen

2.4.2.5 Verlauf und Höhe der Preisaufschläge in der Lebensmittellieferkette

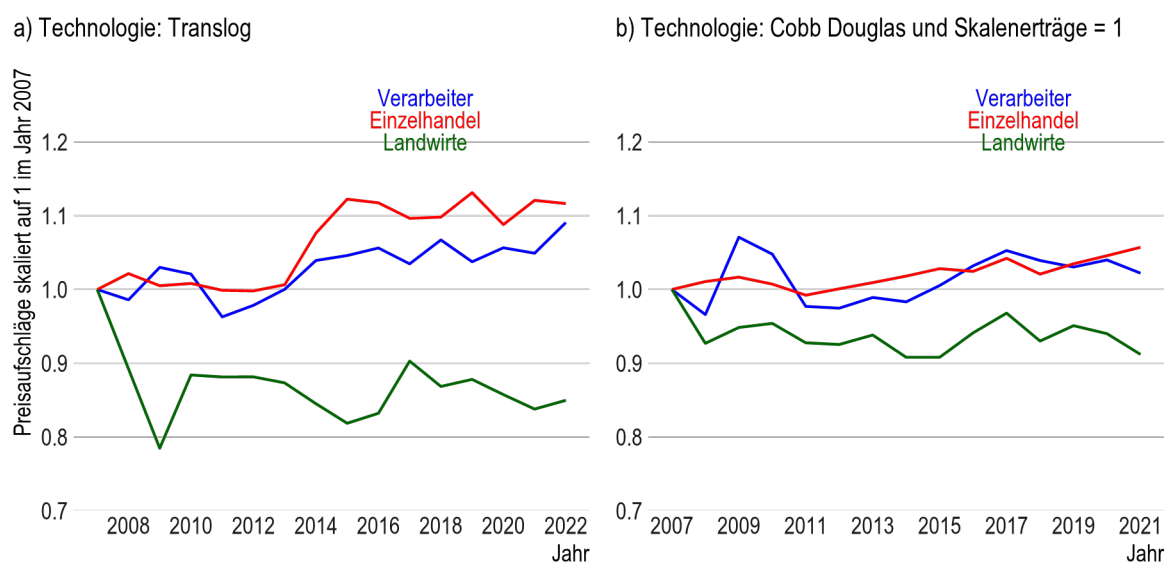
142. Zur Analyse des Agrarsektors stehen uns nur repräsentative jährliche aggregierte Daten zur Verfügung, sodass für den Agrarsektor keine Produktionsfunktion geschätzt werden können wie in der Lebensmittelverarbeitung und im -einzelhandel. Jedoch können wir mithilfe weiterer Annahmen die gleiche Methode benutzen, um auch mit aggregierten Daten Preisaufschläge zu bestimmen. Die Formel für Preisaufschläge aus Abschnitt 2.1.1 bleibt dabei unverändert. Allerdings wird die Annahme aufgestellt, dass Skalenerträge gleich eins sind.⁸⁸ Dies bedeutet, dass sich der Output verdoppelt, wenn man alle Inputfaktoren verdoppelt. Auf dieser Basis lassen

⁸⁸ Gäbe es hingegen steigende Skalenerträge, wäre die Summe der Outputelastizitäten größer eins. Dies würde bedeuten, dass die Preisaufschläge höher ausfallen würden. Der Verlauf der Preisaufschläge wäre davon nicht betroffen.

sich die Elastizitäten durch die Anteile der jeweiligen Ausgaben für die Produktionsfaktoren errechnen. Zur besseren Vergleichbarkeit zwischen den Wertschöpfungsstufen wird dieselbe Methode auch in der Lebensmittelverarbeitung und im -einzelhandel verwendet.⁸⁹

143. Neben der besseren Vergleichbarkeit zwischen den Wertschöpfungsstufen können auch die Ergebnisse der beiden Methoden verglichen werden. Die beiden Diagramme in Abbildung I.39 zeigen wieder Indizes für Preisaufschläge aller Wertschöpfungsstufen. Das Diagramm I.16a) zeigt Preisaufschläge, die im vorherigen Teil in Abbildung I.36 bis Abbildung I.38 verwendet wurden. Diese basieren auf geschätzten Preisaufschlägen für die Lebensmittelverarbeitung und den -einzelhandel sowie auf dem Verhältnis des Agrarsektor-Preisindex zum variablen Kostenindex. Zum Vergleich und zur Überprüfung der Gültigkeit der alternativen Methode zur Errechnung der Preisaufschläge wird der Verlauf der Indizes in Abbildung I.39b) gezeigt. Hier ist zu erkennen, dass sich qualitativ keine wesentlichen Unterschiede ergeben, insbesondere bei den Trends. Es zeigen sich jedoch Unterschiede bei den Niveaus, die bei Anwendung der ungenaueren Methode deutlich niedriger ausfallen. Der Verlauf der Indizes ist weniger stark schwankend, doch die allgemeinen Tendenzen und die Ausschläge sind vergleichbar.

Abbildung I.39: Entwicklung der Preisaufschläge in der Lebensmittellieferkette



Anm.: Preisaufschläge in a) basieren für Verarbeiter und Einzelhandel auf einer GO-Schätzung mit Translog-Spezifikation. Preisaufschläge der Landwirte basieren auf Erzeugerpreis- und Kostenindexdaten von Statistisches Bundesamt. Preisaufschläge in b) basieren auf Cobb Douglas und Skalenerträge = 1-Annahmen.

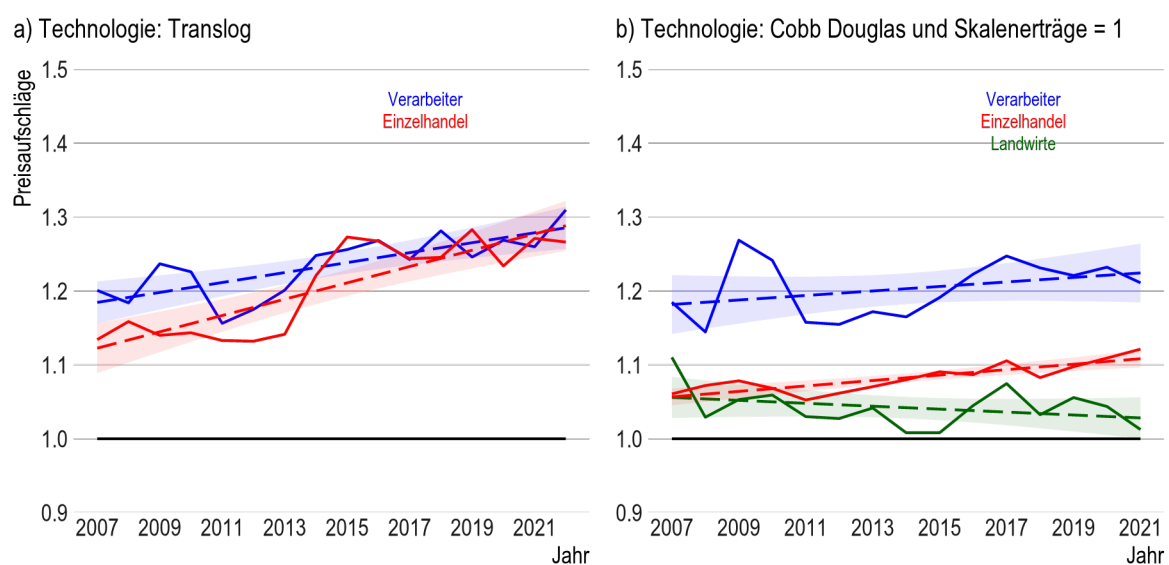
Quelle: Statistisches Bundesamt, Orbis-Europe, BMEL; eigene Berechnungen

144. Die beiden Diagramme in Abbildung I.40 zeigen Preisaufschläge nicht als Index mit Basisjahr 2007, wie zuvor, sondern in absoluten Werten. Das linke Diagramm enthält geschätzte

⁸⁹ Die Materialelastizität wird unter dieser Annahme wie folgt berechnet: Materialkosten geteilt durch die Summe aus Materialkosten, Lohnkosten und Wert des Kapitals. Die Materialelastizität ist dann gegeben durch: $\beta_M = \frac{\text{Materialkosten}}{\text{Materialkosten} + \text{Lohnkosten} + \text{Kapital}}$

Preisaufschläge für die Lebensmittelverarbeitung und den Einzelhandel. Da uns keine disaggregierten Daten aus dem Agrarsektor vorliegen, welche für eine Schätzung der Preisaufschläge notwendig sind, werden in diesem Diagramm keine Preisaufschläge für diesen Sektor gezeigt. Das rechte Diagramm zeigt die Preisaufschläge, berechnet mit der alternativen Methode. Die positiven Trends in der Lebensmittelverarbeitung und im Einzelhandel sind bei beiden Methoden sehr ähnlich. Ein Unterschied besteht darin, dass die Preisaufschläge im Einzelhandel im rechten Diagramm geringer sind. Obwohl es in beiden Fällen über den Zeitraum zu einer Verdoppelung der Preisaufschläge kommt, ist der Unterschied im Niveau recht groß. Beim Translog-Ansatz liegt der Anteil der Aufschläge im Lebensmitteleinzelhandel im Jahr 2022 knapp unter 30 Prozent, während er bei Cobb-Douglas mit 12 bis 13 Prozent deutlich unter dem der Verarbeiter bleibt. Die Preisaufschläge im Agrarsektor nehmen im Laufe der Zeit ab und liegen nur leicht über eins, was darauf hindeutet, dass die variablen Gewinne im Agrarsektor im Durchschnitt knapp über null sind. Die umfangreichen Subventionen, die der Agrarsektor erhält, sind in diesem Ergebnis bereits berücksichtigt.

Abbildung I.40: Preisaufschläge in Leveln in der Lebensmittellieferkette



Anm.: Preisaufschläge in a) basieren auf einer GO-Schätzung mit Translog-Spezifikation. Preisaufschläge in b) basieren auf Cobb Douglas und Skalenerträge = 1-Annahmen.

Quelle: Statistisches Bundesamt, Orbis-Europe; BMEL; eigene Berechnungen

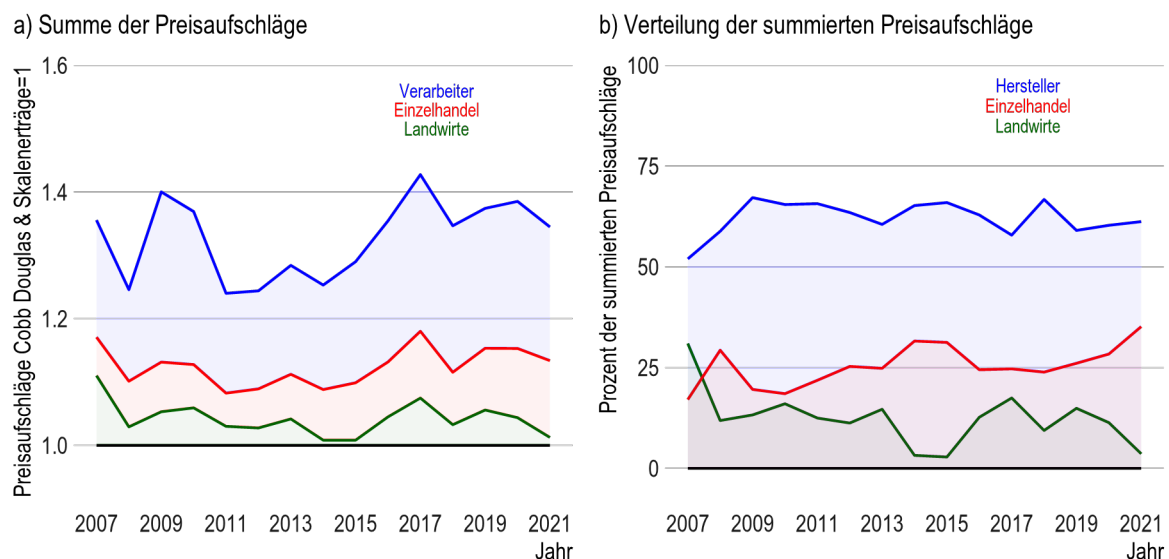
Kumulierte Preisaufschläge

145. Weiterhin werden die kumulierten Preisaufschläge der Lebensmittellieferkette und deren Verteilung untersucht. Es ist wichtig zunächst hervorzuheben, dass die Addition der relativ zu den jeweiligen Kosten gemessenen Preisaufschläge der einzelnen Wertschöpfungsstufen nicht unbedingt exakt die Preisaufschläge der gesamten Lieferkette abbilden. Dennoch kann die Addition als Approximation der kumulierten Aufschläge im Lebensmittelsektor hilfreich sein. Abbildung I.41 zeigt auf der linken Seite die addierten Preisaufschläge, sodass die obere blaue Linie die Preisaufschläge der gesamten Lieferkette abbildet. Man kann beobachten, dass in der

gesamten Lieferkette die Preisaufschläge über die Zeit relativ stabil sind und keinen Trend aufweisen. Im Durchschnitt liegt der Wert bei 1,35. Das heißt, Preise liegen 35 Prozent über den gesamten (marginalen) Kosten der Lieferkette.

146. Allerdings hat sich die Verteilung vom Agrarsektor hin zur Lebensmittelverarbeitung und zum Lebensmitteleinzelhandel verschoben. Zu Beginn des Jahres 2007 entfielen 31 Prozent der Preisaufschläge in der Versorgungskette auf den Agrarsektor, 52 Prozent auf die Lebensmittelverarbeitung und 17 Prozent auf den Einzelhandel. Der Anteil des Agrarsektors ist während der Finanzkrise stark zurückgegangen und schwankt seitdem zwischen 3 Prozent und 15 Prozent. Im gleichen Zeitraum ist der Anteil der Lebensmittelverarbeitung um 9 Prozentpunkte auf 61 Prozent im Jahr 2021 gestiegen und der Anteil des Einzelhandels hat sich etwa verdoppelt.

Abbildung I.41: Verteilung der Preisaufschläge in der Lebensmittellieferkette



Anm.: Preisaufschläge basieren auf Cobb Douglas und Skalenerträge = 1-Annahmen. Quelle: Statistisches Bundesamt, Orbis-Europe, BMEL; eigene Berechnungen

2.4.3 Fazit der Untersuchungsergebnisse

147. Aus gesamtwirtschaftlicher Sicht finden wir keine Evidenz für die Verkäuferinflationstheorie in Deutschland im Allgemeinen. Wir finden auch keine diesbezüglichen Veränderungen in der Inflationsperiode nach 2018. Die Ergebnisse sprechen dafür, dass sich Preise weniger stark ändern als Kosten. Wie beschrieben würde die Verkäuferinflationsthese bedeuten, dass Unternehmen bei gleicher Marktstruktur höhere Preise setzen. Eine solche Verhaltensänderung müsste beispielsweise über einen impliziten Koordinationsmechanismus erfolgen. Wir können nicht ausschließen, dass es vereinzelt auf Produktmärkten zu einer solchen Verhaltensänderung kommt. Gesamtwirtschaftlich sowie auf sektoraler Ebene finden wir aber keine Evidenz dafür.

148. Die Analyse der Lebensmittellieferkette zeigt eine Verschiebung der Preisaufschläge aus dem Agrarsektor hin zum verarbeitenden Gewerbe und dem Einzelhandel. Die Preisaufschläge sind in den nachgelagerten Märkten gestiegen, während sie im Agrarbereich gesunken sind. Dieser Trend ist jedoch nicht erst in den letzten Jahren zu beobachten. Vielmehr sind die großen Veränderungen um die Finanzkrise im Jahr 2008 für den Agrarsektor und um das Jahr 2014 für den Lebensmitteleinzelhandel zu beobachten. Dabei sind die aufaddierten Preisaufschläge relativ stabil über die Zeit, sodass die Profite der Lebensmittellieferkette proportional mit dem Markt wachsen. Jedoch kommt es zu einer erkennbaren Verschiebung der Anteile.

149. Im Agrarbereich sind die Preisschwankungen am größten und nehmen entlang der Wertschöpfungskette ab, was für eine unvollständige Weitergabe von Kostenschwankungen spricht. Weitere Evidenz dafür finden wir in der Lebensmittelverarbeitung. Hier werden Kostensenkungen nur unvollständig weitergegeben, sodass sich in diesem Sektor die Preisaufschläge erhöhen, wenn Preise sinken und Preisaufschläge zurückgehen, wenn Preise steigen. Weiterhin auffällig in der Lebensmittelverarbeitung ist das Jahr 2022. Hier sind Preise deutlich schneller gewachsen als die marginalen Kosten.

150. Im Gegensatz zur Lebensmittelverarbeitung zeigt sich, dass im Agrarbereich bei Preissenkungen die Preise stärker fallen als die Kosten, wodurch der Agrarsektor eine Reduktion der Preisaufschläge erfährt, wenn Kosten sinken. Dies geschieht in den Jahren 2009, 2014/15 und 2020.

151. Im Lebensmitteleinzelhandel kommt es in keiner Periode zu einer Preissenkung, jedoch profitiert der Einzelhandel von Kostensenkungen. Werden Preise und Kosten mit dem Verbraucherpreis deflationiert, kann man erkennen, dass hier reale Kostensenkungen die Preisaufschläge wachsen lässt, während deflationierte Preise konstant bleiben. Dies spricht dafür, dass Preise im Einzelhandel ähnlich verlaufen wie die durchschnittliche Inflationsrate in Deutschland, jedoch Kostensenkungen nicht an die Endkundinnen und Endkunden weitergegeben werden. Kostensenkungen entsprechen im Einzelhandel weitgehend geringeren Preise in den vorgelagerten Märkten.

152. Die Analyse deutet darauf hin, dass insgesamt gesehen die Agrarerzeuger im Laufe der Zeit immer geringere Preisaufschläge durchsetzen können, während insbesondere der Lebensmitteleinzelhandel heute in der Lage ist, höhere Preisaufschläge zu realisieren als in der Vergangenheit. Diese Feststellung basiert auf aggregierten Daten. Tatsächlich verbirgt sich hinter der aggregierten Betrachtung eine heterogene und komplexe Verknüpfung zahlreicher unterschiedlicher Lieferketten, in der sich die Wettbewerbssituation jeweils deutlich unterscheiden kann. Erst die nähere Betrachtung dieser Lieferketten würde es ermöglichen, die Ursachen der Ergebnisse aus der vorliegenden Analyse zu verstehen. Allerdings lässt die aggregierte Betrachtung bereits den Schluss zu, dass es mit den wettbewerbspolitischen Maßnahmen der vergangenen Jahre⁹⁰ nicht gelungen ist, die Erzeugerebene insgesamt wirksam besserzustellen. Dies zeigt sehr deutlich die Risiken, die eine weitere, in ihrer Gesamtwirkung nicht eindeutige, Ausweitung wettbewerbsregulatorischer Maßnahmen zum gegenwärtigen Zeitpunkt hätte.

⁹⁰ Vgl. Monopolkommission, 13. Policy Brief: Wettbewerb in der Lebensmittellieferkette, 2024, S.4 f.

153. Um sich der Frage der Reduzierung von Marktmacht und Fairness in der Lebensmittellieferkette zu nähern, hält die Monopolkommission daher ihre Empfehlung aus dem Policy Brief Nr. 13 aufrecht,⁹¹ voreilige Eingriffe zu vermeiden und stattdessen zunächst eine gründliche Analyse vorzunehmen. Die Monopolkommission beabsichtigt, eine weitergehende Untersuchung einzelner Lieferketten durchzuführen, um auf dieser Basis zielgenauer Politikmaßnahmen diskutieren und gegebenenfalls vorschlagen zu können.

⁹¹ Monopolkommission, 13. Policy Brief: Wettbewerb in der Lebensmittellieferkette, 2024, S.4 f.

Kapitel II

Würdigung der kartellrechtlichen Entscheidungspraxis

Kurz gefasst	92
1 Allgemeine Entwicklungen im Berichtszeitraum.....	94
1.1 Überblick über die legislativen Entwicklungen	94
1.2 Überblick über die kartellrechtliche Entscheidungspraxis	107
2 Spezifische Probleme der Kartellrechtsanwendung.....	137
2.1 Aktuelle Entwicklungen bei der ergänzenden Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen.....	137
2.2 Aktuelle Entwicklungen im Sportkartellrecht.....	147
2.3 Geplante Leitlinien der Europäischen Kommission zu Behinderungsmissbräuchen	164
2.4 Zivilrechtliche Organhaftung für Kartellsanktionen.....	172
3 Ex-post-Evaluation der Fusionskontrolle.....	191
3.1 Einleitung	191
3.2 Ex-post-Evaluation von freigegebenen Fusionskontrollverfahren.....	193
3.3 Ex-post-Evaluation der Verfahrenspraxis der Fusionskontrolle	209
3.4 Verfahrensdatenbank.....	211
3.5 Wer Ex-post-Evaluationen der Fusionskontrolle durchführen sollte.....	215
3.6 Fazit	216

Kurz gefasst

K8. In Kapitel II entwickelt die Monopolkommission auf der Grundlage der deutschen und europäischen kartellrechtlichen Entscheidungspraxis im Berichtszeitraum Handlungsempfehlungen an Gesetzgeber und Wettbewerbsbehörden.

K9. Im Rahmen der legislativen Entwicklungen blickt die Monopolkommission zunächst zurück auf die **11. GWB-Novelle**. Deren bedeutendste Änderung ist die Einführung verstoßunabhängiger Eingriffsbefugnisse für das Bundeskartellamt im Anschluss an eine Sektoruntersuchung. Die Monopolkommission hat mit verschiedenen Vorschlägen, unter anderem zu den materiellen und formellen Voraussetzungen für den Erlass von Abhilfemaßnahmen, zur Ausgestaltung der neuen Regeln beigetragen. Für die **12. GWB-Novelle** sind Anpassungen unter anderem im Bereich der Fusionskontrolle, des Ministererlaubnisverfahrens und bei der Durchsetzung des Verbraucherrechts zu erwarten. Der Versuch, die kollektive Durchsetzung von Kartellschäden durch das **Verbraucherrechtedurchsetzungsgesetz** zu stärken, ist immerhin ein Schritt in die richtige Richtung. Die geplante Ausweitung der bestehenden **Ausnahme von der Fusionskontrolle für Zusammenschlüsse im Krankenhausbereich** ist dagegen genauso abzulehnen wie die lediglich symbolhafte Anpassung einer Vorschrift zur **Beschränkung des Kartellverbots bei bestimmten forstwirtschaftlichen Kooperationen**. Auf Unionsebene ist unter anderem das Inkrafttreten des **Gesetzes über digitale Märkte** sowie der **Drittstaatensubventionsverordnung** erwähnenswert.

K10. Bei der Entscheidungspraxis macht sich die **zunehmende Digitalisierung** der Wirtschaft besonders in der Fusionskontrolle und – mehr noch – der Missbrauchsaufsicht bemerkbar. Das Bundeskartellamt hat **zahlreiche Verfahren gegen (potenzielle) Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb** gemäß § 19a Abs. 1 und 2 GWB eingeleitet und teilweise bereits abgeschlossen, unter anderem wegen der Datenverarbeitung durch Alphabet/Google. Die Europäische Kommission setzt das **allgemeine Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden** Stellung gegenüber den großen Digitalkonzernen durch.

K11. Während die Monopolkommission die neue Praxis der Europäischen Kommission zu **unterschwelligem Verweisen durch Mitgliedstaaten kritisch** sieht, erscheint ihr im Einzelfall eine missbrauchsrechtliche Ex-Post-Prüfung von Zusammenschlüssen **nach Maßgabe des EuGH-Urteils in der Rechtssache Towercast sinnvoll**. Der Fokus sollte aber auf einer Stärkung der verpflichtenden Ex-ante-Fusionskontrolle liegen. Die Monopolkommission spricht sich deshalb **gegen eine erneute Anhebung der Inlandsumsatzschwellen im GWB** aus. Zudem empfiehlt sie weiterhin, den **Anwendungsbereich der deutschen Transaktionswertschwelle** auf voraussichtliche künftige Inlandstätigkeiten des zu erwerbenden Unternehmens **zu erweitern und eine entsprechende Schwelle auf Unionsebene einzuführen**.

K12. Aus Sicht der Monopolkommission sollten Wettbewerbsbeschränkungen im **Sportsektor im Fokus der Kartellrechtsdurchsetzung** stehen. Es besteht in der Regel ein großes Machtgefälle zugunsten der Sportverbände, die sich dieses häufig durch weitreichende Regeln zunutze machen. Aktuelle Beispiele hierfür sind pauschale Verbote konkurrierender Wettkämpfe und ein neues Spielervermittler-Reglement der FIFA. Nach der EuGH-Rechtsprechung sind **kartell-**

rechtliche Privilegierungen in solchen Fällen restriktiv anzuwenden. Die privatrechtliche Kartellrechtsdurchsetzung spielt im Sportsektor zwar eine durchaus große Rolle. Einen behördlichen Beitrag könnten allerdings **Leitlinien der Europäischen Kommission** darstellen.

K13. Die Monopolkommission **begrüßt die Initiative der Europäischen Kommission zur Veröffentlichung von Leitlinien zu Behinderungsmissbräuchen.** In den geplanten Leitlinien sollte die Europäische Kommission darauf hinwirken, **Missbrauchsverfahren abzukürzen und mehr Rechtssicherheit zu schaffen.** Die Monopolkommission empfiehlt, anhand konkreter Fallgruppen und abstrakter Kriterien solche Verhaltensweisen zu identifizieren bzw. identifizierbar zu machen, **bei denen auf eine (ausführliche) Auswirkungsanalyse verzichtet werden kann.** Insbesondere kommt bei dem Missbrauchsverbot eine grundsätzliche Differenzierung zwischen mehr oder weniger schädlichen Verhaltensweisen entsprechend der gesetzlichen Systematik des Kartellverbots – hier: bezweckte bzw. bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen – in Betracht.

K14. Die **Organhaftung** in Kapitalgesellschaften sollte im Fall von Schäden durch aufgedeckte Kartelle (z. B. Geldbußen) nicht vollständig ausgeschlossen werden, um die **Anreize zu kartellrechtskonformer Unternehmensführung** zu erhalten. Bei der Bemessung der Schäden sollte allerdings der **Kartellgewinn** des Unternehmens eine bedeutende Rolle spielen, um die Abschöpfungswirkung der Kartellsanktionen nicht zu unterlaufen. Die Monopolkommission empfiehlt, **dem Unternehmen die Beweislast hierfür aufzuerlegen.** Das Unternehmen muss also nicht nur beweisen, in welcher Höhe ihm durch das Kartell Schäden entstanden sind, sondern auch, dass den geltend gemachten Schäden kein Vorteil in mindestens gleicher Höhe gegenübersteht.

K15. Wettbewerbsbehörden müssen die **Auswirkungen eines Zusammenschlusses vor dessen Vollzug bewerten.** Bei dieser Prognoseentscheidung besteht eine **unvermeidliche Unsicherheit über die Richtigkeit der Fusionskontrollentscheidung, einschließlich der Zuverlässigkeit der Prüfinstrumente.** Mithilfe von **Ex-post-Evaluationen** können die **tatsächlichen Auswirkungen von Fusionskontrollentscheidungen einschließlich der Ausgestaltung und Umsetzung von Nebenbestimmungen** beurteilt und im Anschluss die Anwendungspraxis der Wettbewerbsbehörde verbessert werden. Deshalb werden Ex-post-Evaluationen von vielen Wettbewerbsbehörden genutzt, jedoch bisher nicht vom Bundeskartellamt. Die Monopolkommission empfiehlt eine **stärkere Evaluationskultur in der Fusionskontrolle**, um eine evidenzbasierte Wirtschaftspolitik zu etablieren.

K16. Die Monopolkommission empfiehlt den zügigen Aufbau einer **umfangreichen Verfahrensdatenbank** für deutsche Fusionskontrollentscheidungen durch das Bundeskartellamt mit Blick auf künftige Entscheidungen. Diese erlaubt es, die Verfahrenspraxis zu evaluieren, erleichtert das operative Tagesgeschäft und unterstützt die strategische Weiterentwicklung der Wettbewerbsbehörde. Diese Vorteile rechtfertigen den mit dem Aufbau der Datenbank einhergehenden Aufwand.

1 Allgemeine Entwicklungen im Berichtszeitraum

1.1 Überblick über die legislativen Entwicklungen

1.1.1 Deutsches Recht

1.1.1.1 Inkrafttreten der 11. GWB-Novelle

154. Am 7. November 2023 ist als „Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz“ die 11. GWB-Novelle in Kraft getreten.⁹² Sie nimmt drei bedeutende Änderungen am GWB vor: (i) Im Anschluss an eine Sektoruntersuchung stehen dem Bundeskartellamt nun Eingriffsbefugnisse bis hin zu einer Entflechtung einzelner Unternehmen zu, die nicht an einen konkreten Wettbewerbsverstoß anknüpfen, (ii) die behördliche Vorteilsabschöpfung wird erleichtert und (iii) das GWB enthält nun Vorschriften zur Durchsetzung der Verordnung (EU) 2022/1925⁹³ auf nationaler Ebene.

155. Die bedeutendste Neuerung stellen die Eingriffsbefugnisse des Bundeskartellamtes im Anschluss an eine Sektoruntersuchung dar. Zunächst wurden die Rechtsgrundlagen der Sektoruntersuchung selbst leicht angepasst (§ 32e GWB). Sektoruntersuchungen sollen zukünftig binnen einer Frist von 18 Monaten abgeschlossen werden. Außerdem wurden die Untersuchungsbefugnisse des Bundeskartellamtes ausgeweitet.⁹⁴ Zuletzt kann zukünftig die Monopolkommission Empfehlungen zur Einleitung einer Sektoruntersuchung durch das Bundeskartellamt aussprechen (§ 44 Abs. 4 GWB).

156. Sofern sich aus einer Sektoruntersuchung objektiv nachvollziehbare Anhaltspunkte dafür ergeben, dass durch künftige Zusammenschlüsse der wirksame Wettbewerb im Inland erheblich behindert werden könnte, kann das Bundeskartellamt wie bisher (§ 39a GWB a. F.) Unternehmen dazu verpflichten, zukünftig jeden Zusammenschluss anzumelden (§ 32f Abs. 2 GWB). Es gelten dann erheblich verringerte Anmeldeschwellen, wobei die Schwellenwerte auch noch einmal gegenüber § 39a GWB a. F. herabgesetzt worden sind.

157. Die bedeutendere Neuerung sind allerdings die Maßnahmen, die das Bundeskartellamt treffen kann, wenn es im Anschluss an eine Sektoruntersuchung eine „erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs“ feststellt, die durch sonstige Eingriffsbefugnisse nicht beseitigt werden kann. Gegenüber Unternehmen, die durch ihr Verhalten und ihre Bedeutung für die Marktstruktur zur Störung des Wettbewerbs wesentlich beitragen, kann das Bundeskartellamt gemäß § 32f Abs. 3 Satz 6 GWB Abhilfemaßnahmen anordnen. Nicht erforderlich ist dagegen die Feststellung eines Kartellrechtsverstoßes durch den Adressaten. Zur Verfügung stehen dem Bundeskartellamt sämtliche Maßnahmen verhaltensorientierter und struktureller Art. Das Gesetz selbst nennt verschiedene Regelbeispiele für mögliche Maßnahmen.

⁹² Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und anderer Gesetze, BGBl. I Nr. 294 vom 6. November 2023.

⁹³ Verordnung (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. September 2022 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (Gesetz über digitale Märkte), ABl. L 265 vom 12. Oktober 2022, S. 1.

⁹⁴ Das Bundeskartellamt kann nun auch Beweismittel beschlagnahmen (§ 58 GWB).

158. Eine eigentumsrechtliche Trennung (Entflechtung) ist nach § 32f Abs. 4 GWB allerdings nur gegenüber Unternehmen zulässig, bei denen zusätzlich eine marktbeherrschende Stellung oder eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb im Sinne des § 19a GWB vorliegt. Zudem muss die Entflechtung die Wettbewerbsstörung mindestens erheblich verringern, und eine verhaltensorientierte oder (sonstige) strukturelle Maßnahme darf nicht möglich oder muss weniger wirksam oder belastender für das Unternehmen sein. Eine Veräußerungspflicht besteht zudem nicht, wenn der Erlös nicht mindestens 50 Prozent des durch einen Wirtschaftsprüfer ermittelten Wertes erreicht. Sofern der Erlös diesen Wert überschreitet, aber nicht den durch den Wirtschaftsprüfer ermittelten Wert erreicht, steht dem Unternehmen eine Ausgleichszahlung aus dem Bundeshaushalt in Höhe der Hälfte der Differenz zwischen den beiden Werten zu.

159. Verfahren nach § 32f Abs. 3 und Abs. 4 GWB können auch einvernehmlich durch die Abgabe einer Verpflichtungszusage beendet werden. Im Übrigen gelten einige Besonderheiten hinsichtlich der Verfahrensorganisation. Die Landeskartellbehörden und die Monopolkommission haben ein eigenes Stellungnahmerecht. Das Stellungnahmerecht der Monopolkommission erstreckt sich auch darauf, in einer mündlichen Verhandlung gehört zu werden. Eine mündliche Verhandlung ist grundsätzlich zwingend. Rechtsmittel gegen die Abhilfemaßnahmen des Bundeskartellamtes haben keine aufschiebende Wirkung.

160. Als zweite wesentliche Neuerung erweitert die Novelle die Möglichkeiten der behördlichen Vorteilsabschöpfung nach § 34 GWB. Die Vorschrift war in kartellrechtlichen Verfahren bislang weitgehend bedeutungslos geblieben. Die Möglichkeit zur behördlichen Gewinnabschöpfung wird nun durch eine doppelte Vermutungsregelung vereinfacht: Erstens wird vermutet, dass ein Kartellverstoß einen wirtschaftlichen Vorteil verursacht. Zweitens, dass die Höhe dieses Vorteils mindestens ein Prozent der kartellbefangenen Umsätze beträgt. Die Anforderungen an die Widerlegung dieser Vermutung sind relativ hoch. So kann etwa nicht vorgebracht werden, dass durch einen Verstoß gegen wettbewerbsrechtliche Vorschriften kein wirtschaftlicher Vorteil oder ein Vorteil in nur geringer Höhe angefallen sei. Eine Widerlegung kommt nur dann in Betracht, wenn das Unternehmen nachweist, dass es weltweit überhaupt keinen Umsatz in der maßgeblichen Höhe erzielt hat. Lediglich, wenn ein Vorteil aufgrund der besonderen Natur des Verstoßes ausgeschlossen ist, soll die Vermutungsregelung nicht gelten. Entgegen den ursprünglichen Planungen wurde jedoch nicht auf das Verschuldenserfordernis verzichtet. Die Gesamtsumme der Abschöpfung ist zudem auf zehn Prozent des Umsatzes gedeckelt.

161. Zuletzt schafft die 11. GWB-Novelle die Voraussetzungen für eine nationale Durchsetzung der Verordnung (EU) 2022/1925. Hierzu wird das Bundeskartellamt dazu ermächtigt, Untersuchungen zu den Verpflichtungen von der Kommission benannter „Torwächter“ aus Art. 5, 6 und 7 Verordnung (EU) 2022/1925 durchzuführen und der Europäischen Kommission hierüber zu berichten (§ 32g GWB). Das Bundeskartellamt ist zudem zuständige Behörde für die mitgliedstaatliche Mitwirkung in Verfahren der Europäischen Kommission über die Anwendung der Verordnung (EU) 2022/1925. Beides dient der Umsetzung der Vorschriften der Verordnung (EU) 2022/1925.

2022/1925 zur Zusammenarbeit zwischen Europäischer Kommission und nationalen Wettbewerbsbehörden. Insbesondere die Durchführung eigener Untersuchungen durch Behörden der Mitgliedstaaten ist in Art. 38 Abs. 7 Verordnung (EU) 2022/1925 ausdrücklich vorgesehen.

162. Daneben werden die Voraussetzungen für die privatrechtliche Geltendmachung der Verpflichtungen des DMA geschaffen. Auch dieses „private enforcement“ wird von der Verordnung ausdrücklich vorausgesetzt⁹⁵ und bildet eine wichtige Säule zur Durchsetzung der Verpflichtungen des DMA. Hierzu werden die im GWB bereits bestehenden Regelungen zur zivilrechtlichen Kartellrechtsdurchsetzung (§§ 33 ff. und §§ 87 ff. GWB) auf die Verpflichtungen der Verordnung (EU) 2022/1925 ausgeweitet. Die Verfahren zur zivilrechtlichen Durchsetzung kartellrechtlicher Verpflichtungen und solche zur Durchsetzung der Verordnung (EU) 2022/1925 sind damit weitgehend angeglichen.

163. Die Monopolkommission hat die Einführung einer Möglichkeit zur objektiven Entflechtung von Unternehmen in Fällen schwerer struktureller Wettbewerbsmängel in der Vergangenheit wiederholt vorgeschlagen⁹⁶ und sich im letzten Hauptgutachten auch zu den übrigen Themen der 11. GWB-Novelle geäußert.⁹⁷ Sie bewertet die Fortentwicklung des Wettbewerbsrechts durch die 11. GWB-Novelle entsprechend den dort angestellten Erwägungen grundsätzlich positiv. Mit den Abhilfemaßnahmen im Anschluss an eine Sektoruntersuchung enthält das Bundeskartellamt nun ein effektives Mittel, um im Einzelfall besonders schwerwiegende Wettbewerbsprobleme, die aber nicht auf einen Kartellrechtsverstoß zurückzuführen sind, aufzulösen. Die Monopolkommission hat das Gesetzgebungsverfahren insoweit eng begleitet.

1.1.1.2 Ausblick auf die 12. GWB-Novelle

164. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) hat Ende letzten Jahres eine öffentliche Konsultation für eine 12. GWB-Novelle durchgeführt. Mit der erneuten Reform sollen einzelne Themen aus dem Koalitionsvertrag der aktuellen Bundesregierung umgesetzt werden.⁹⁸ Zu den Themen, die sowohl in dem Koalitionsvertrag als auch im Zusammenhang mit der geplanten GWB-Novelle genannt werden, zählen die Stärkung des Bundeskartellamtes bei der Durchsetzung des Verbraucherrechts sowie die Überprüfung des Ministererlaubnisverfahrens, insbesondere mit Blick auf die Klagemöglichkeiten Dritter. Gegenstand der Konsultation waren zudem die Fusionskontrolle, Nachhaltigkeitsaspekte sowie der Kartellschadensersatz.

165. Die Monopolkommission hat an der Konsultation teilgenommen. Bei der Beantwortung der Fragen des BMWK konnte sie in vielen Fällen auf Empfehlungen aus früheren Gutachten zurückgreifen. So hat die Monopolkommission etwa in ihrem XXII. Hauptgutachten empfohlen,

⁹⁵ Vgl. z. B. Art. 39 und 42 Verordnung (EU) 2022/1925.

⁹⁶ Monopolkommission, Sondergutachten 58, Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung, Baden-Baden, 2010; Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Baden-Baden, 2015, Tz. 261 ff.

⁹⁷ Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten, Wettbewerb 2022, Baden-Baden, 2022, Tz. 366-398; zur Durchsetzung der Verordnung (EU) 2022/1925 auch Tz. 488-499.

⁹⁸ Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, Mehr Fortschritt wagen, S. 31.

die im Rahmen der 9. GWB-Novelle vorgenommene Einschränkung der Drittklagebefugnis gegen eine Ministererlaubnis rückgängig zu machen.⁹⁹ Eine weitere – jüngere – Empfehlung betrifft die Erweiterung des Anwendungsbereichs der Transaktionswertschwelle, indem das Kriterium der erheblichen Inlandstätigkeit gestrichen oder jedenfalls angepasst wird.¹⁰⁰ Zudem spricht sich die Monopolkommission aktuell gegen eine erneute Anhebung der Inlandsumsatzschwellen aus.¹⁰¹ Die vollständige Eingabe der Monopolkommission ist, zusammen mit jenen anderer Institutionen und sonstiger Interessenvertreter, auf der Webseite des BMWK abrufbar.¹⁰²

1.1.1.3 Fortschritte bei der kollektiven Rechtsdurchsetzung durch das VDuG

166. Fortschritte gibt es zudem bei der kollektiven Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen. Am 13. Oktober 2023 ist zur Umsetzung der europäischen Verbandsklagenrichtlinie¹⁰³ das neue Verbraucherrehtedurchsetzungsgesetz (VDuG) in Kraft getreten.¹⁰⁴ Dieses sieht erstmals eine unmittelbar auf Leistung gerichtete Verbandsklage („Abhilfeklage“) vor und stellt damit eine Fortentwicklung gegenüber den bisherigen kollektiven Rechtsschutzmöglichkeiten des Unterlassungsklagengesetzes (UKlaG) und der Musterfeststellungklage dar. Gegenstand einer Abhilfeklage – und nun auch einer Musterfeststellungklage – können nach § 1 Abs. 1 VDuG alle „bürgerliche[n] Rechtsstreitigkeiten“ sein. Es können daher zukünftig grundsätzlich auch Kartellschadensersatzansprüche kollektiv durchgesetzt werden. Damit geht der deutsche Gesetzgeber über die unionsrechtlichen Vorgaben hinaus.

167. Eine Abhilfeklage kann von qualifizierten Verbraucherverbänden i.S.v. § 4 UKlaG oder entsprechenden Einrichtungen der anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union erhoben werden und betrifft Ansprüche von Verbraucherinnen und Verbrauchern gegen Unternehmen. Bestimmte kleine Unternehmen sind Verbraucherinnen und Verbrauchern gleichgestellt (§§ 1, 2 VDuG). Zulässig ist eine Abhilfeklage, wenn von ihr mindestens 50 Verbraucherinnen und Verbraucher betroffen sein können (§ 4 Abs. 1 Nr. 1 VDuG)¹⁰⁵ und die Ansprüche im Wesentlichen gleichartig sind (§ 15 Abs. 1 VDuG).

⁹⁹ Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, Wettbewerb 2018, Baden-Baden, 2018, Tz. 914 ff.

¹⁰⁰ Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 97, Tz. 245 ff.; dazu auch noch Tz. 259 in diesem Gutachten.

¹⁰¹ Dazu noch Tz. 258.

¹⁰² BMWK, Öffentliche Konsultation zur Modernisierung des Wettbewerbsrechts – Wettbewerb weiter stärken, 2024, <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Artikel/Service/Gesetzesvorhaben/20231004-konsultation-reform-kartellrecht.html>, Abruf am 14. Mai 2024.

¹⁰³ Richtlinie (EU) 2020/1828 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 25. November 2020 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG, ABl. L 409 vom 4. Dezember 2020, S. 1.

¹⁰⁴ Als Art. 1 des Gesetzes vom 8. Oktober 2023 zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2020/1828 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EU sowie zur Änderung des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes, BGBl. I Nr. 272.

¹⁰⁵ Nicht erforderlich ist dagegen, dass diese Verbraucherinnen und Verbraucher auch an der Klage beteiligt sind.

168. Als hinderlich für die Praxistauglichkeit der unter Umständen kostenintensiven und risikobehafteten Abhilfeklagen zur kollektiven Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen könnten sich allerdings die im VDuG vorgesehenen Einschränkungen der Klagefinanzierung erweisen. Das Gesetz geht von einem Leitbild altruistisch handelnder Verbraucherschutzverbände aus und sieht dementsprechend keine Kostenerstattung für klagende Verbände vor. Eine Kostentragungspflicht des beklagten Unternehmens gilt nur gegenüber dem Sachwalter (§ 21 VDuG). Eine eigene Marge für den prozessführenden Verband kann das Gericht ebenfalls nicht ausurteilen. Alle Kosten, die über die – ebenfalls begrenzte¹⁰⁶ – allgemeine Kostenerstattung hinaus gehen, muss der klagende Verband daher aus eigenen Mitteln aufbringen. Dabei sind ihm aber ebenfalls Schranken gesetzt: Die finanziellen Mittel müssen im Wesentlichen aus öffentlichen Mitteln und privaten Spenden stammen. Zuwendungen von Unternehmen dürfen 5 Prozent der Gesamtfinanzierung nicht überschreiten (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 VDuG). Eine kommerzielle Grundfinanzierung der klageberechtigten Verbände dürfte daher nicht möglich sein. Auch einer Drittfianzierung einzelner Prozesse sind klare Grenzen gesetzt. Einem Prozessfinanzierer darf kein wirtschaftlicher Anteil von mehr als 10 Prozent der durch den Unternehmer zu erbringenden Leistung versprochen werden (§ 4 Abs. 2 VDuG). Dies liegt eher unter den marktüblichen Quoten. Hinzu kommen Rechtsunsicherheiten beim Abschluss von Prozessfinanzierungsvereinbarungen, da das VDuG zumindest kein ausdrücklich materiell-rechtlich wirkendes Mandat der prozessführenden Stelle zum Abschluss einer derartigen Vereinbarung vorsieht.¹⁰⁷

169. Bei der Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen dürfte die neue Abhilfeklage daher insbesondere einen Anwendungsbereich zur Geltendmachung von Streuschäden haben, die in der Höhe so begrenzt sind, dass sie von Verbraucherinnen und Verbrauchern angesichts ihres rationalen Desinteresses nicht individuell durchgesetzt werden. Die prozessführende Stelle kann sie dagegen zusammenfassen und mit vertretbarem Aufwand und Prozesskostenrisiko geltend machen. Gebündelt werden können dabei nach § 15 VDuG nur „wesentlich gleichartige“ Ansprüche. Dies erfordert nicht, dass sich die Ansprüche völlig gleichen, sondern vielmehr nur, dass im Wesentlichen die gleichen Tatsachen- und Rechtsfragen erheblich sind¹⁰⁸ und unterschiedliche Schadenshöhen über eine einheitliche Formel berechnet werden können.¹⁰⁹ Diese Anforderungen stehen einer ökonomisch sinnvollen Bündelung in Einzelheiten voneinander abweichender Ansprüche daher nicht entgegen.¹¹⁰

170. Die Monopolkommission hat bereits in der Vergangenheit die Einführung einer Gruppenklage zur Geltendmachung von Kartellschadensersatzansprüchen empfohlen, um Geschädig-

¹⁰⁶ Nach § 48 Abs. 1 Satz 2 GKG n. F. ist der Streitwert bei Abhilfeklagen auf EUR 300 Tsd. gedeckelt.

¹⁰⁷ Zweifel an der Zulässigkeit von Prozessfinanzierungsvereinbarungen äußern deswegen beispielsweise Schläpke/Lühmann NJW 2023, 3385, Tz. 11 m. w. N.; auf die fehlende Praktikabilität individueller Vereinbarungen verweisen Schneider/Conrady/Kapoor, BB 2023, 2179, 2183.

¹⁰⁸ § 15 Abs. 1 Nr. 2 VDuG.

¹⁰⁹ RegE VRUG, BT-Drs. 20/6520 vom 24. April 2023, S. 77.

¹¹⁰ Ausdrücklich die Beschlussempfehlung BT-Drs 20/7631, S. 109; zur ökonomischen Bestimmung der Gleichartigkeit vgl. Beckmann/Czaplicki/Hübler, NZKart 2023, 595, 596 f.

ten – insbesondere Verbraucherinnen und Verbrauchern – den Zugang zur Justiz zu erleichtern.¹¹¹ Ob die neue Abhilfeklage nach alledem ein solches praxistaugliches Instrument zur gebündelten Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen darstellt, bleibt abzuwarten und sollte genau beobachtet werden. Sofern sich angesichts des Aufwandes Kartellschadensersatzverfahren als wirtschaftlich undurchführbar erweisen, empfiehlt die Monopolkommission, die eingeschränkte Finanzierbarkeit von Abhilfeklagen, insbesondere im Fall von Kartellschadensersatzansprüchen, neu zu evaluieren.

1.1.1.4 Entwurf eines Krankenhausversorgungsverbesserungsgesetzes

171. Am 15. Mai 2024 hat die Bundesregierung den Gesetzentwurf für ein Krankenhausversorgungsverbesserungsgesetz beschlossen.¹¹² Dort ist eine Anpassung des § 187 Abs. 9 GWB dergestalt vorgesehen, dass Zusammenschlüsse im Krankenhausbereich auch dann von der (deutschen) Fusionskontrolle freigestellt sein sollen, wenn das entsprechende Vorhaben eine finanzielle Förderung aus einem neu einzurichtenden Transformationsfonds erhält (vgl. § 12b Krankenhausfinanzierungsgesetz-E). Hierzu soll die bestehende Ausnahmeregelung in § 187 Abs. 9 GWB auf diesen Fonds ausgeweitet werden; bislang setzt sie eine Förderung mit Mitteln aus dem Strukturfonds (vgl. §§ 12, 12a Krankenhausfinanzierungsgesetz) voraus. Die Ausnahmeregelung wurde mit der 10. GWB-Novelle in das Gesetz eingefügt, hat aber in der Vergangenheit – soweit ersichtlich – nur eine geringe praktische Bedeutung gehabt.

172. Die geplante Anpassung dürfte den Anwendungsbereich des § 187 Abs. 9 GWB dagegen erheblich erweitern, da der Transformationsfonds mit einem Volumen von bis zu EUR 50 Mrd. deutlich umfangreicher ausgestattet sein soll als der Strukturfonds. Er hält somit finanzielle Mittel für zahlreiche Vorhaben bereit, deren Förderung seitens der Bundesländer für die Jahre 2026 bis 2035 beantragt werden kann. Zu berücksichtigen ist außerdem, dass die Befristung in § 187 Abs. 9 Satz 1 Nr. 4 GWB an die Laufzeit des Transformationsfonds angepasst werden soll. Während eine Freistellung von der Fusionskontrolle derzeit voraussetzt, dass der Zusammenschluss bis zum 31. Dezember 2027 vollzogen wird, ist eine Verlängerung dieser Frist bis Ende des Jahres 2038 vorgesehen. Dabei wurde das Zurücktreten wettbewerblicher Belange hinter das Ziel der Konsolidierung im Krankenhaussektor nicht zuletzt gerade mit der (engen) zeitlichen Beschränkung der Ausnahmeregelung gerechtfertigt.¹¹³

173. Der vorliegende Gesetzentwurf begründet die fusionskontrollrechtliche Privilegierung für den Krankenhaussektor pauschal damit, dass „[d]ie Konzentration von Krankenhausstrukturen [...] der Spezialisierung in der Versorgung und damit der Steigerung der Behandlungsqualität [dient].“¹¹⁴ Tatsächlich sieht die Monopolkommission einen Bedarf dafür, qualitätssteigernde

¹¹¹ Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, Wettbewerb 2016, Baden-Baden, 2016, Tz. 182 ff.; XXII. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 99, Tz. 894 ff.

¹¹² Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Versorgungsqualität im Krankenhaus und zur Reform der Vergütungsstrukturen (Krankenhausversorgungsverbesserungsgesetz – KHVVG), BT-Drs. 20/11854 vom 17. Juni 2024.

¹¹³ RegE 10. GWB-Novelle, BT-Drs. 19/23492 vom 19. Oktober 2020, S. 143; BT-WiA 10. GWB-Novelle, BT-Drs. 19/25868 vom 13. Januar 2021, S. 123.

¹¹⁴ RegE KHVVG, a. a. O., vgl. Fn. 112, S. 228.

Effekte einer Konzentration im Krankenhaussektor neben den Wirkungen des Wettbewerbs explizit zu berücksichtigen. Der Wettbewerb zwischen den Krankenhäusern führt aufgrund der in diesem Bereich regulierten Preise vor allem zu Verbesserungen in der Versorgungsqualität. Vor diesem Hintergrund sind aber auch qualitätsrelevante Effizienzvorteile solcher Zusammenschlüsse – z. B. eine höhere Versorgungsqualität im Fall einer Konzentration von Fallzahlen – von besonderer volkswirtschaftlicher und gesellschaftlicher Bedeutung. Beides sollte daher gegeneinander abgewogen werden, um die Auswirkungen einer durch Zusammenschlüsse potenziell steigenden Konzentration auf die Versorgungsqualität im Einzelfall richtig einschätzen zu können. Allerdings ist bislang nicht geklärt, ob und inwiefern Effizienzvorteile in der deutschen Fusionskontrolle berücksichtigungsfähig sind. Die nun beschlossene Lösung, mögliche Effizienzvorteile durch eine Ausweitung der (teilweisen) Bereichsausnahme in § 187 Abs. 9 GWB zu verwirklichen, sieht die Monopolkommission gleichwohl kritisch, da die qualitätssteigernden Wirkungen des Wettbewerbs so ihrerseits nicht berücksichtigt werden. Es ist daher zu befürchten, dass durch die geplanten Änderungen des § 187 Abs. 9 GWB ein Potenzial eröffnet wird, um die Fusionskontrolle im Krankenhaussektor weitgehend auszuschalten.

174. Bereits vor der nun beschlossenen weitergehenden Privilegierung von Krankenhauszusammenschlüssen hat die Monopolkommission in ihrem XXIII. Hauptgutachten empfohlen, von einer ersten (teilweisen) Ausnahmeregelung in § 187 Abs. 9 GWB abzusehen.¹¹⁵ Stattdessen hat sie vorgeschlagen, die Abwägung zwischen wettbewerblich induzierten Qualitätsveränderungen und aus Synergieeffekten resultierenden Verbesserungen der Versorgungsqualität im Krankenhaussektor explizit in die Fusionskontrolle aufzunehmen. Die Monopolkommission hält an diesem Vorschlag fest und empfiehlt, eine Effizienzabwägungsklausel für Krankenhausfusionen in § 36 Abs. 1 Satz 2 GWB zu integrieren. Eine neue Nr. 4 könnte dort wie folgt lauten: *„Dies gilt nicht, wenn [...] (4) die beteiligten Unternehmen bei einem Zusammenschluss von Krankenhäusern nachweisen, dass von dem Zusammenschluss ausgehende Qualitätsvorteile und positive Auswirkungen auf Versorgungssicherungsziele der zuständigen Landesbehörden die Behinderung des Wettbewerbs überwiegen“*.

1.1.1.5 Mögliche Anpassung im Bundeswaldgesetz

175. Ende letzten Jahres ist ein Referentenentwurf des Bundesministeriums für Ernährung und Landwirtschaft (BMEL) für ein Gesetz zur Neuordnung des Bundeswaldgesetzes (BWaldG) öffentlich geworden.¹¹⁶ Das BWaldG enthält – vereinfacht dargestellt – zwei Ausnahmen von dem Kartellverbot: Zum einen gilt § 1 GWB nicht für lokal begrenzte Kooperationen bei der forstwirtschaftlichen Erzeugung und dem Absatz von Forsterzeugnissen (§ 40 BWaldG); zum anderen gelten für Vereinbarungen über sonstige der Holzvermarktung nicht zuzurechnende forstwirtschaftliche Maßnahmen die Voraussetzungen des § 2 GWB für eine Freistellung von § 1 GWB unwiderleglich als erfüllt (§ 46 Abs. 1 BWaldG). Im Anwendungsbereich von Art. 101 AEUV gibt es eine widerlegliche Vermutung für das Vorliegen der Freistellungs Voraussetzungen

¹¹⁵ Vgl. Monopolkommission, XXIII. Hauptgutachten, Wettbewerb 2020, Baden-Baden, 2020, Tz. 158 ff., insb. 165.

¹¹⁶ BMEL, Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Bundeswaldgesetzes, https://www.forstpraxis.de/sites/forstpraxis.de/files/2023-11/231110_Referentenentwurf_BWaldG.pdf, Abruf am 14. Mai. 2024.

aus Art. 101 Abs. 3 GWB (§ 46 Abs. 2 BWaldG). Diese Vermutungsregelung widerspricht der in Art. 2 Satz 2 Verordnung (EG) 1/2003 vorgesehenen Beweislastverteilung.

176. Während der Referentenentwurf § 40 BWaldG – nunmehr § 65 BWaldG-RefE – inhaltlich unverändert lässt, ist für § 46 BWaldG – nunmehr § 83 BWaldG-RefE – die folgende Ergänzung in Abs. 1 Satz 1 vorgesehen: *„Für Beschlüsse und Vereinbarungen über die der Holzvermarktung nicht zuzurechnenden forstwirtschaftlichen Maßnahmen von nichtstaatlichen oder staatlichen Trägern oder von deren Kooperationen, soweit auf diese Beschlüsse und Vereinbarungen die Regelungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen anzuwenden sind und sofern sie Wettbewerb auf dem Markt für forstwirtschaftliche Dienstleistungen bestehen lassen, gelten die Voraussetzungen für eine Freistellung im Sinne des § 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen als erfüllt.“*¹¹⁷

177. Die Ergänzung geht zurück auf den Bericht einer Steuerungsgruppe, der im Rahmen der in § 46 Abs. 3 BWaldG vorgesehenen Evaluierung der Absätze 1 und 2 entstanden ist, und soll den Wettbewerbsgedanken hervorheben.¹¹⁸ Das Bundeskartellamt war Teil dieser Steuerungsgruppe und hat sich für eine Streichung des § 46 BWaldG ausgesprochen.¹¹⁹ Auch die Monopolkommission hat sich in der Vergangenheit wiederholt kritisch zu den §§ 40, 46 BWaldG geäußert, insbesondere mit Blick auf deren (Un-) Vereinbarkeit mit dem EU-Wettbewerbsrecht, und die Streichung der Vermutungsregelung aus § 46 Abs. 2 BWaldG empfohlen.¹²⁰ Der Mehrwert der nun für § 83 Abs. 1 Satz 1 BWaldG geplanten Ergänzung erscheint fraglich. Dies bereits insofern, als das Vorliegen der drei übrigen Voraussetzungen des § 2 GWB – Schaffung von Effizienzvorteilen, eine angemessene Beteiligung der Verbraucher¹²¹ daran und Unerlässlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung – von den Unternehmen weiterhin nicht nachgewiesen muss, und zudem auch deshalb, weil sogar ausdrücklich auf den Erhalt (zumindest) eines „wesentlichen“ Wettbewerbs verzichtet werden soll.¹²²

¹¹⁷ Hervorhebung nur hier.

¹¹⁸ Bericht über die Regelungen des § 46 des Bundeswaldgesetzes, BT-Drs. 20/7885 vom 21. Juli 2023. S. 14; BMEL, RefE BWaldG, a. a. O., vgl. Fn. 116, S. 167.

¹¹⁹ Bericht über die Regelungen des § 46 des Bundeswaldgesetzes, a. a. O., vgl. Fn. 118, S. 8.

¹²⁰ Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 99, Tz. 126 ff.; XXI. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 111, Tz. 1007 ff.

¹²¹ Der wettbewerbsrechtliche Verbraucherbegriff umfasst nicht nur Endkundinnen und Endkunden, die außerhalb ihrer beruflichen Tätigkeit handeln, sondern auch Zwischenverbraucher wie Produzenten, welche die Ware als Vorprodukt benötigen, Großhändler, Einzelhändler und andere Unternehmen.

¹²² Bericht über die Regelungen des § 46 des Bundeswaldgesetzes, a. a. O., vgl. Fn. 118, S. 14; BMEL, RefE BWaldG, a. a. O., vgl. Fn. 116, S. 167.

1.1.2 Europäisches Recht

1.1.2.1 Inkrafttreten des Gesetzes über digitale Märkte

178. Am 1. November 2022 ist die Verordnung (EU) 2022/1925 in Kraft getreten.¹²³ Gegenstand der Verordnung sind Märkte, die von großen Plattformunternehmen und gegebenenfalls deren digitalen Ökosystemen dominiert werden (sog. Torwächter). Ziel ist, die Bestreitbarkeit dieser Märkte herzustellen und fairen Zugang zu den Plattformdiensten zu gewährleisten. Die Europäische Kommission hat am 6. September 2023 die ersten sechs Plattformunternehmen als Torwächter eingestuft. Gleichzeitig hat sie 22 zentrale Plattformdienste, die von diesen Unternehmen bereitgestellt werden, benannt und zwar:¹²⁴

- Alphabet als Torwächter mit den zentralen Plattformdiensten Google Maps, Google Play, Google Shopping, Google Search, Google Ads, Google Chrome, Android und Youtube;
- Amazon als Torwächter mit den zentralen Plattformdiensten Amazon Marketplace und Amazon Ads;
- Apple als Torwächter mit den zentralen Plattformdiensten iOS, iPadOS¹²⁵, App Store und Safari;
- Bytedance als Torwächter mit dem zentralen Plattformdienst TikTok;
- Meta als Torwächter mit den zentralen Plattformdiensten Facebook, Instagram, Messenger, Whatsapp, Meta Ads und Meta Marketplace;
- Microsoft als Torwächter mit den zentralen Plattformdiensten Windows PC und LinkedIn.

179. Am 13. Mai 2024 gab die Europäische Kommission zudem bekannt, Booking als Torwächter mit dem zentralen Plattformdienst Booking.com eingestuft zu haben. Bezüglich des sozialen Netzwerks X (vormals Twitter) hat die Europäische Kommission zunächst eine Marktuntersuchung eingeleitet, um die von X vorgebrachten Argumente gegen eine Einstufung als Torwächter zu überprüfen. Die Online-Werbendienste X Ads und Tik Tok Ads (von X bzw. Bytedance) wurden dagegen nicht als zentrale Plattformdienste benannt. Die Europäische Kommission kam zu dem Schluss, dass die Dienste – obwohl sie die quantitativen Schwellenwerte überschritten – nicht als wichtige Verbindungsstelle zwischen Unternehmen und Verbraucherinnen und Verbrauchern einzustufen seien.¹²⁶

¹²³ Dazu bereits Tz. 161. Vgl. zu dem (damaligen) Gesetzesvorhaben auch Monopolkommission, Sondergutachten 82, Empfehlungen für einen effektiven und effizienten Digital Markets Act, Baden-Baden, 2022; XXIV. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 97, Tz. 174-178, 478-557.

¹²⁴ EU-Kommission, Gesetz über digitale Märkte: Kommission benennt sechs Torwächter, Pressemitteilung, 6. September 2023, IP/23/4328.

¹²⁵ Das Betriebssystem iPadOS wurde nachträglich am 29. April 2024 als zentraler Plattformdienst benannt; vgl. Kommission, EU-Kommission ordnet Apples Tablet-Betriebssystem iPadOS als Torwächterprogramm im Sinne des Gesetzes über digitale Märkte ein, Pressemitteilung, 20. April 2024, IP/24/2363.

¹²⁶ EU-Kommission, Kommission stuft Booking als Gatekeeper ein und beginnt Marktuntersuchung zu X, Pressemitteilung, 13. Mai 2024, IP/24/2561.

180. Die Torwächter haben bzw. hatten nach der Benennung sechs Monate Zeit um sicherzustellen, dass ihre zentralen Plattformdienste die Verhaltenspflichten der Verordnung (EU) 2022/1925 einhalten. Die Europäische Kommission hat hierzu im März 2024 zunächst öffentliche Workshops mit den im Jahr 2023 benannten Torwächtern durchgeführt, um deren Maßnahmen zu diskutieren. Im Anschluss hat sie am 25. März 2024 gegen drei Torwächter Verfahren wegen der Nichteinhaltung verschiedener Vorschriften eingeleitet.¹²⁷ Im Einzelnen untersucht die Europäische Kommission folgende Maßnahmen:

- Die Programmierung von Google Play (Alphabet) und des App Stores (Apple): Die Europäische Kommission befürchtet, dass App-Entwickler unter anderem aufgrund der Gebührenstruktur daran gehindert werden, Verbraucherinnen und Verbrauchern außerhalb der App Stores Angebote zu machen.
- Die Anzeige der Suchergebnisse in Alphabets Suchdienst Google Search: Die Europäische Kommission hat den Verdacht, dass Alphabet nachgelagerte eigene Suchdienste (z. B. für Waren, Flüge oder Hotels) gegenüber konkurrierenden Angeboten bevorzugt.
- Apples Maßnahmen zur Deinstallation von Apps, Änderung der Standardeinstellungen und der Auswahl alternativer Standard-Apps: Die Kommission befürchtet, dass die von Apple gewählten Maßnahmen, z. B. die Gestaltung des Auswahlbildschirms für Browser oder Suchmaschinen, Nutzerinnen und Nutzer daran hindern könnten, ihre Dienste innerhalb des Apple-Ökosystems tatsächlich frei zu wählen.
- „Consent-or-pay“-Modell von Meta: Meta stellt seine Nutzerinnen und Nutzer vor die Wahl zwischen gebührenfreier Nutzung bei Abgabe einer datenschutzrechtlichen Einwilligung und einer gebührenpflichtigen Nutzung. Die Europäische Kommission hat Zweifel, ob dies mit der Verpflichtung in Einklang steht, die Einwilligung von Nutzerinnen und Nutzern für die Kombination von Daten über verschiedene zentrale Plattformdienste hinweg einzuholen.

Darüber hinaus hat die Europäische Kommission erste Schritte zur Untersuchung der neuen Gebührenstruktur von Apples App Store und den Anzeige-Praktiken auf dem Amazon Marketplace eingeleitet.

1.1.2.2 Inkrafttreten der Drittstaatensubventionsverordnung

181. Am 12. Januar 2023 ist zudem die Verordnung (EU) 2022/2560 (Drittstaatensubventionsverordnung) in Kraft getreten.¹²⁸ Sie gilt seit dem 12. Juli 2023. Die Verordnung zielt darauf ab, Verzerrungen des Binnenmarktes durch Subventionen von Nicht-EU-Staaten („Drittstaaten“) zu verhindern. Dazu sieht die Verordnung neben zwei anderen Instrumenten¹²⁹ ein stark von

¹²⁷ EU-Kommission, Kommission leitet Verfahren gegen Alphabet, Apple und Meta gemäß dem Gesetz über digitale Märkte ein, Pressemitteilung, 25. März 2024, IP/24/1689.

¹²⁸ Verordnung (EU) 2022/2560 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 14. Dezember 2022 über den Binnenmarkt verzerrende drittstaatliche Subventionen, ABl. L 330 vom 23. Dezember 2022, S. 1.

¹²⁹ Ein anmeldebasiertes Instrument zur Überprüfung von Angeboten in bestimmten öffentlichen Vergabeverfahren sowie ein allgemeines Auffanginstrument zur Ad-hoc-Untersuchung von Marktsituationen auf eigene Initiative der Kommission.

der EU-Fusionskontrolle inspiriertes Verfahren für bestimmte Zusammenschlüsse vor. Anmeldepflichtig sind Zusammenschlüsse, die bestimmte Schwellenwerte überschreiten: Eines der beteiligten Unternehmen erzielt in der Union einen Umsatz von wenigstens EUR 500 Mio. und eines hat in den drei Jahren vor dem Zusammenschluss eine finanzielle Zuwendung eines Drittstaates in Höhe von wenigstens EUR 50 Mio. erhalten. Die Europäische Kommission kann angemeldete Zusammenschlüsse einer Prüfung unterziehen und an deren Ende eine Untersagung des Zusammenschlusses aussprechen sowie strukturelle oder verhaltensbezogene Maßnahmen auferlegen (z. B. die Rückzahlung der Subvention). Ein angemeldeter Zusammenschluss unterfällt während des Verfahrens einem Durchführungsverbot. Ein entgegen der Verordnung (EU) 2022/2560 nicht angemeldeter Zusammenschluss kann mit Geldbußen sanktioniert werden. Mittlerweile hat die Europäische Kommission Einzelheiten der Verfahren in der Durchführungsverordnung (EU) 2023/1441 festgelegt.¹³⁰ Innerhalb der Kommission werden die Verfahren von der Generaldirektion Wettbewerb durchgeführt. Die Monopolkommission hat frühzeitig vorgeschlagen, Wettbewerbsverzerrungen im Binnenmarkt mit einem neuen Drittlandsbeihilfeinstrument im europäischen Wettbewerbsrecht abzubauen,¹³¹ und damit zur Entwicklung der Drittstaatsbeihilfeverordnung beigetragen.

1.1.2.3 Neue horizontale Gruppenfreistellungsverordnungen und Horizontal-Leitlinien

182. Nachdem bereits im Juni 2022 die neue Gruppenfreistellungsverordnung (GVO) für vertikale Vereinbarungen – Verordnung (EU) 2022/720 – in Kraft getreten ist,¹³² hat die Europäische Kommission nunmehr auch zwei horizontale GVOen überarbeitet. Die sog. FuE-GVO – Verordnung (EU) 2023/1066 – betrifft die Freistellung vom Kartellverbot für Vereinbarungen über die gemeinsame Forschung und Entwicklung, die sog. Spezialisierungs-GVO – Verordnung (EU) 2023/1067 – Vereinbarungen über die einseitige sowie gegenseitige Spezialisierung bei der Produktion.¹³³ Die GVOen enthalten jeweils nur geringfügige Anpassungen; sie traten am 1. Juli 2023 in Kraft.

¹³⁰ Durchführungsverordnung (EU) 2023/1441 der Kommission vom 10. Juli 2023 zur Festlegung detaillierter Vorschriften für die Durchführung von Verfahren nach der Verordnung (EU) 2022/2560 des Europäischen Parlaments und des Rates über den Binnenmarkt verzerrende drittstaatliche Subventionen durch die Kommission, ABl. L 177 vom 12. Juli 2023, S. 1.

¹³¹ Monopolkommission, XXIII. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 115, Kapitel IV.

¹³² Verordnung (EU) 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. L 134 vom 11. Mai 2022, S. 4; vgl. auch EU-Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. C 248 vom 30. Juni 2022, S. 1. Dazu bereits Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 97, Tz. 179, 277 ff.

¹³³ Verordnung (EU) 2023/1066 der Kommission vom 1. Juni 2023 über die Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung, ABl. L 143 vom 2. Juni 2023, S. 9; Verordnung (EU) 2023/1067 der Kommission vom 1. Juni 2023 über die Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen, ABl. L 143 vom 2. Juni 2023, S. 20.

183. Dagegen fallen die Änderungen, welche die Europäische Kommission parallel dazu an ihren Leitlinien für horizontale Vereinbarungen vorgenommen hat, deutlich umfangreicher aus.¹³⁴ Die Leitlinien gelten für die gruppenweise Freistellung gemäß der Verordnungen (EU) 2023/1066 und 2023/1067, aber auch für die Einzelfreistellung. Besondere Aufmerksamkeit hat dort unter anderem die Einführung eines „soft safe harbour“ für bestimmte Nachhaltigkeitsvereinbarungen erlangt.¹³⁵ Neben den Horizontal-Leitlinien sind insoweit auch die neuen Leitlinien der Europäischen Kommission zu Art. 210a Verordnung (EU) Nr. 1308/2013 zu beachten.¹³⁶ Die Vorschrift enthält eine spezielle Ausnahme von dem Kartellverbot für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen im Agrarsektor, die für das Erreichen überobligatorischer Nachhaltigkeitsstandards unerlässlich sind. Die Monopolkommission hat sich bereits im letzten Hauptgutachten kritisch mit der Berücksichtigung von Nachhaltigkeitserwägungen im Kartellrecht auseinandergesetzt.¹³⁷ Sie ist – weiterhin – der Auffassung, dass Nachhaltigkeitsvorteile grundsätzlich innerhalb des bisherigen Rahmens der Effizienzvorteile gewürdigt werden sollten.

1.1.2.4 Neue Bekanntmachung der Europäischen Kommission zur Marktabgrenzung

184. Am 22. Februar 2024 hat die Europäische Kommission eine neue Bekanntmachung über die Abgrenzung des relevanten Marktes im Amtsblatt veröffentlicht.¹³⁸ Sie ersetzt die bisherige Bekanntmachung aus dem Jahr 1997 und ist deutlich umfangreicher als diese.¹³⁹ In ihrer ersten Bekanntmachung stellte die Kommission vor allem allgemeine Grundsätze kartellrechtlicher Marktdefinition und Informationen über die generelle Vorgehensweise der Kommission bei der Marktabgrenzung in der Bekanntmachung dar. Die neue Bekanntmachung hat ihren Schwerpunkt dagegen nicht mehr in solchen generellen Erwägungen – auch wenn diese weiterhin enthalten sind –, sondern behandelt in einem deutlich höheren Detailgrad Spezialprobleme und die Vorgehensweise in Sondersituationen.

185. So greift die neue Bekanntmachung nun sowohl aktuelle kartellrechtliche Entwicklungen auf als auch übergeordnete Herausforderungen, denen sich die Kartellrechtspraxis zu stellen

¹³⁴ EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit des Artikels 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. C 259 vom 21. Juli 2023, S. 1.

¹³⁵ Zur Überarbeitung der Horizontal-GVOen und der Leitlinien vgl. bereits Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 97, Tz. 181 ff.; zur Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten im Wettbewerbsrecht vgl. auch ebenda, Tz. 399.

¹³⁶ EU-Kommission, Leitlinien der Kommission zur Ausnahme von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union in Bezug auf Nachhaltigkeitsvereinbarungen für landwirtschaftliche Erzeuger gemäß Artikel 210a der Verordnung (EU) Nr. 1308/2013, ABl. C/2023/1446 vom 8. Dezember 2023.

¹³⁷ Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 97, Kapitel IV; vgl. zur Bedeutung von Ausnahmen vom Kartellverbot speziell in der Landwirtschaft auch dies., Monopolkommission zur Wettbewerbssituation in der Lebensmittellieferkette, Policy Brief Ausgabe 13, Februar 2024, https://www.monopolkommission.de/images/Policy_Brief/MK_Policy_Brief_13.pdf, Abruf am 22. Mai 2024.

¹³⁸ EU-Kommission, Bekanntmachung der Kommission über die Abgrenzung des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Union, ABl. C/2024/1645 vom 22. Februar 2024, S. 1.

¹³⁹ EU-Kommission, Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. C 372 vom 9. Dezember 1997, S. 5.

hat – insbesondere Fragen der Digitalwirtschaft und der ökologischen Transformation. Die grundsätzliche Methodik der Marktabgrenzung, geprägt durch Nachfrage- und Angebotssubstituierbarkeit ist im Grundsatz unverändert geblieben. Ein besonderer Schwerpunkt liegt hier nun allerdings auf Sonderfällen der Substituierbarkeit und Anhaltspunkten, wie die Marktabgrenzung in diesen Fällen vorzunehmen ist. Deutlich ausführlicher behandelt die Bekanntmachung daher beispielsweise die Berücksichtigung zukünftiger Entwicklungen im Rahmen der Marktabgrenzung. Unter anderem finden sich nun Ausführungen zur Abgrenzung von Märkten zukünftiger Produkte und dem Einfluss von Innovationsanstrengungen auf die Marktabgrenzung. Die größten inhaltlichen Neuerungen enthält der der Marktabgrenzung unter besonderen Umständen gewidmete Abschnitt 4. Dieser befasst sich insbesondere mit der Marktabgrenzung bei mehrseitigen Plattformen, Anschlussmärkten und digitalen „Ökosystemen“.

1.1.2.5 Geplante Leitlinien der Europäischen Kommission zu Behinderungsmissbräuchen

186. Die Europäische Kommission hat angekündigt, erstmals Leitlinien zu Behinderungsmissbräuchen zu veröffentlichen. Aktuell existiert lediglich eine Mitteilung, in der die Behörde ihre Prioritäten bei der Durchsetzung von Art. 102 AEUV (vormals: Art. 82 EG) in Bezug auf solche Verhaltensweisen erläutert.¹⁴⁰ Die Prioritätenmitteilung gilt allerdings als überholt; nach verbreiteter Auffassung sind Missbrauchsverfahren häufig nur wenig effizient. Gleichzeitig zu ihrer Ankündigung für künftige Leitlinien hat die Europäische Kommission vorübergehende Anpassungen an der Prioritätenmitteilung vorgenommen, um die zwischenzeitlichen Entwicklungen in der Rechtsprechung der Unionsgerichte abzubilden.¹⁴¹ Im Einzelnen betreffen die Änderungen den Begriff der wettbewerbswidrigen Marktverschließung, die Anwendung des Prinzips bzw. des Tests des ebenso effizienten Wettbewerbers, die Voraussetzungen für die Annahme einer missbräuchlichen Zugangsverweigerung im Zusammenhang mit einer sog. konstruktiven Lieferverweigerung und die Einordnung der Fälle der Kosten-Preis-Schere als eigenständige Form des Missbrauchs. Ein erster Entwurf der Leitlinien zu Behinderungsmissbräuchen soll Mitte dieses Jahres veröffentlicht werden, der finale Text im kommenden Jahr. Die Monopolkommission befasst sich mit den geplanten Leitlinien der Europäischen Kommission in diesem Gutachten noch ausführlich in Abschnitt 2.3.

¹⁴⁰ EU-Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. C 45 vom 24. Februar 2009, S. 7.

¹⁴¹ EU-Kommission, Änderung der Mitteilung der Kommission – Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. C 116 vom 31. März 2023, S. 1.

1.2 Überblick über die kartellrechtliche Entscheidungspraxis

1.2.1 Fusionskontrolle

1.2.1.1 Deutsche Fusionskontrolle

187. Im Berichtszeitraum wurden insgesamt 1.642 Zusammenschlussvorhaben zur fusionskontrollrechtlichen Prüfung beim Bundeskartellamt angemeldet, von denen auf das Jahr 2022 838 und auf das Jahr 2023 804 Anmeldungen entfallen. Der erneut deutliche Rückgang der Anmeldungen im Vergleich zum vorangegangenen Berichtszeitraum 2020/2021, in dem noch 2.261 Zusammenschlussvorhaben angemeldet worden waren, ist im Wesentlichen mit der Anhebung der Anmeldeschwellen im Zuge der 10. GWB-Novelle im Januar 2021 zu erklären.¹⁴² Die neuen Schwellen galten erstmals während des gesamten Berichtszeitraums. Die Monopolkommission empfiehlt, die Schwellenwerte vorerst nicht erneut anzuheben, um die Funktionsfähigkeit der verpflichtenden Ex-ante-Fusionskontrolle nicht zu gefährden.¹⁴³

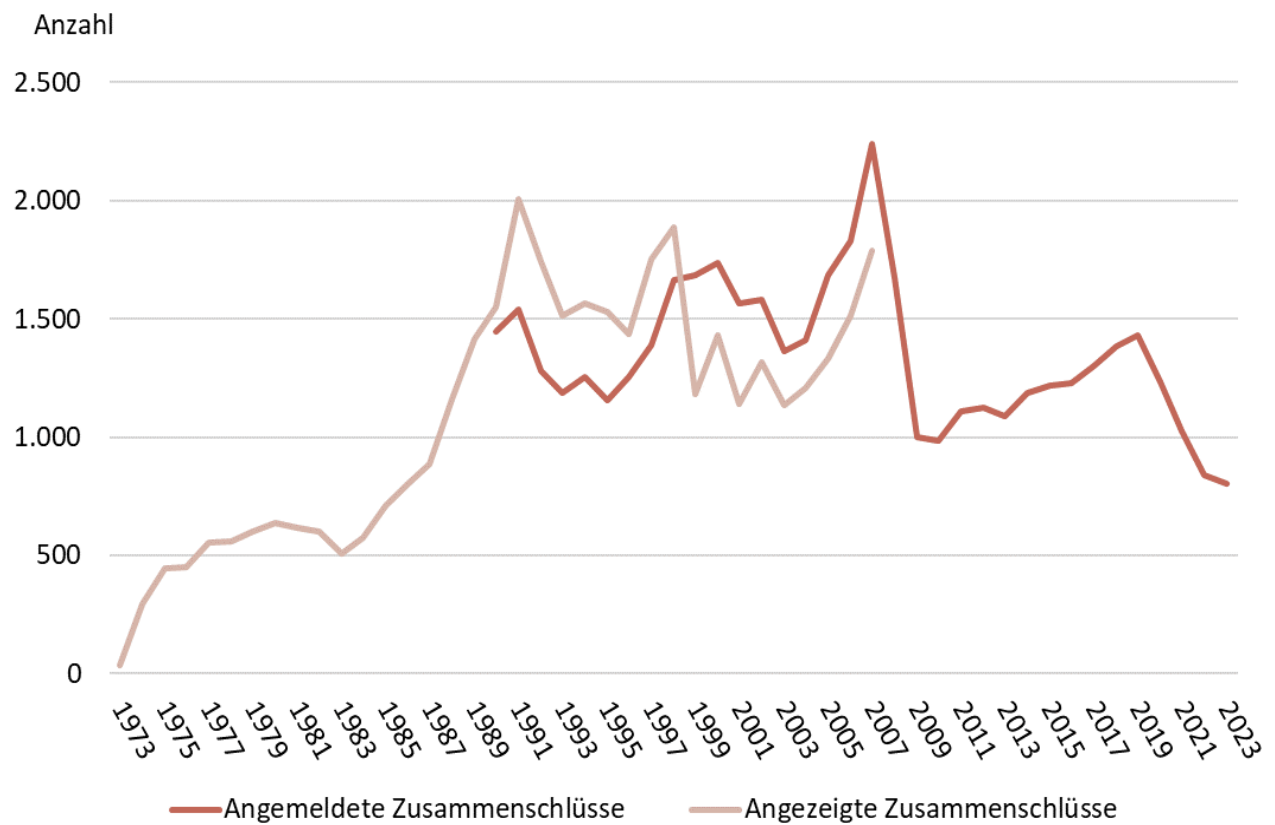
188. Der ganz überwiegende Teil der angemeldeten Zusammenschlussvorhaben konnte im Vorprüfverfahren freigegeben werden. Das Bundeskartellamt schloss elf Hauptprüfverfahren ab, und zwar fünf im Jahr 2022 und sechs im Jahr 2023. Das sind deutlich weniger Fälle als in den vorangegangenen Berichtszeiträumen (jeweils 19 Hauptprüfverfahren in den Jahren 2020/2021 und 2018/2019). Davon gab das Bundeskartellamt insgesamt zwei Zusammenschlussvorhaben ohne und vier Zusammenschlussvorhaben mit Nebenbestimmungen frei. Erneut wurde zudem ein – relativ betrachtet – erheblicher Teil der Anmeldungen im Hauptprüfverfahren von den Unternehmen zurückgenommen, nachdem das Bundeskartellamt ihnen seine wettbewerblichen Bedenken mitgeteilt hatte, und zwar in beiden Jahren jeweils zwei Anmeldungen. Im Jahr 2022 untersagte das Bundeskartellamt ein Zusammenschlussvorhaben, im Jahr 2023 dagegen keins.¹⁴⁴ Auch im vorangegangenen Berichtszeitraum hatte das Bundeskartellamt eine Untersagung ausgesprochen. Einzelheiten zur Fusionskontrollstatistik können den folgenden Abbildungen und Tabellen entnommen werden:

¹⁴² Die beiden Inlandsumsatzschwellen betragen nunmehr EUR 50 Mio. und EUR 17,5 Mio. statt zuvor EUR 25 Mio. bzw. EUR 5 Mio. (§ 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB).

¹⁴³ Dazu bereits Tz. 165 und noch Tz. 258.

¹⁴⁴ BKartA, B1-137/21, 14. Januar 2022, ACO/BIRCO. Dazu bereits Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 97, Tz. 192.

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

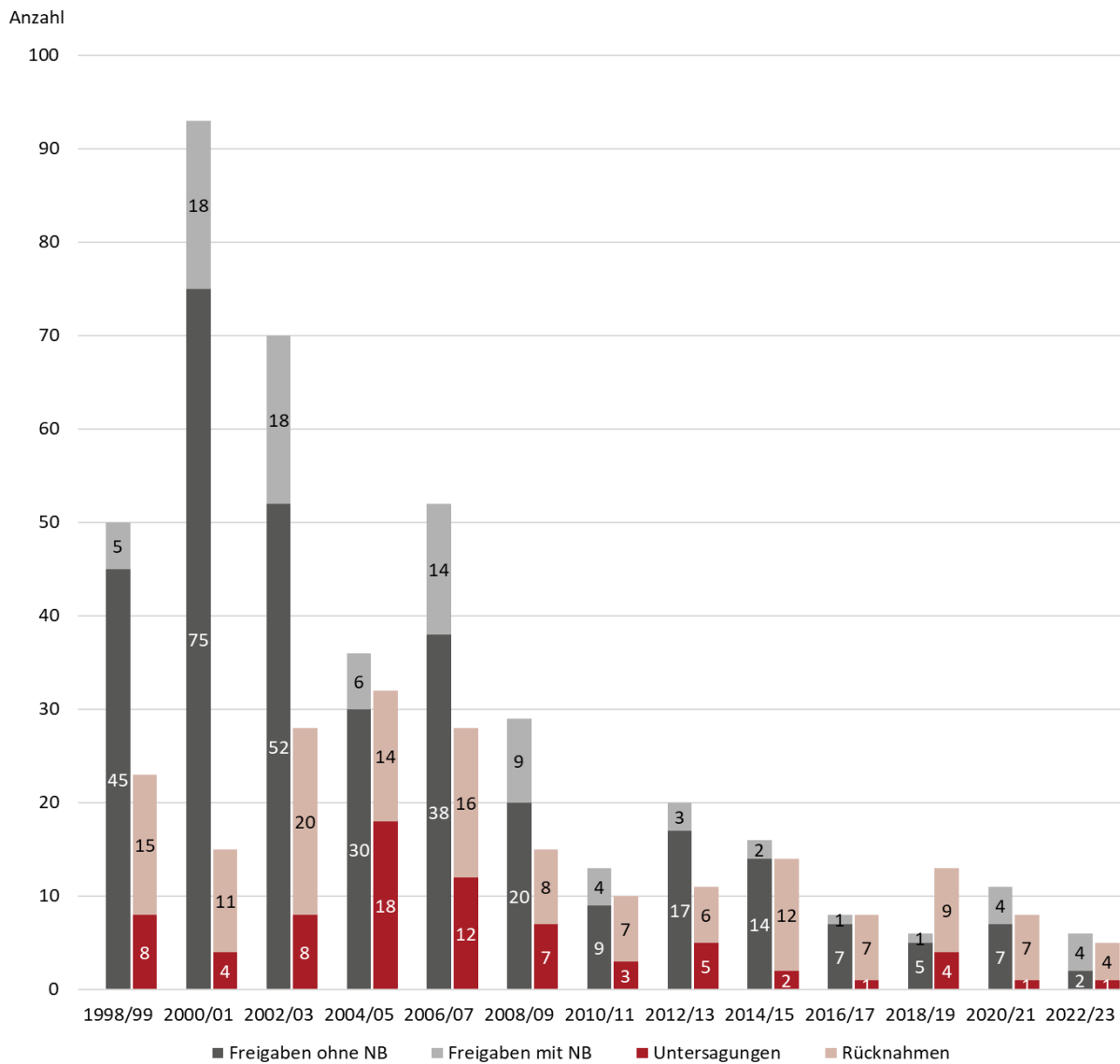
Tabelle II.1: Übersicht über die Anzahl der angemeldeten und vollzogenen Zusammenschlüsse sowie der vom Bundeskartellamt ausgesprochenen Untersagungen, gegliedert nach Berichtszeiträumen der Monopolkommission

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
2022/2023	-	1.642	1
Davon:			
2022	-	838	1
2023	-	804	0
Insgesamt	(bis 2007) 37.872	45.924	195

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

Quelle: Bundeskartellamt

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



Anm.: NB = Nebenbestimmungen

Quelle: Eigene Darstellung nach Angaben des Bundeskartellamtes

Tabelle II.2: Übersicht über den Stand der deutschen Zusammenschlusskontrolle 2022 und 2023 (im Vergleich zu 2021)

	2021	2022	2023
I. Fusionskontrollverfahren insgesamt			
Eingegangene Anmeldungen nach § 39 GWB	1.025	838	804
Vorfeldfälle	11	11	13
II. Vorprüfverfahren (Erste-Phase-Fälle)			
Freigabe	1.041	807	765
Keine Anmeldepflicht	46	20	24
Rücknahme der Anmeldung	14	14	10
III. Hauptprüfverfahren (Zweite-Phase-Fälle)			
Entscheidungen	5	3	4
Freigabe ohne Nebenbestimmungen	3	0	2
Freigabe mit Nebenbestimmungen	1	2	2
Untersagung	1	1	0
Rücknahme der Anmeldung	5	2	2

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 wettbewerblicher 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. Die Zahlen für das Jahr 2021 wurden aus dem XXIV. Hauptgutachten, Tabelle II.2 übernommen. Das Bundeskartellamt hat zwischenzeitlich geringfügig abweichende Zahlen veröffentlicht; vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 2021/2022, BT-Drs. 20/7300 vom 26. Juli 2023, S. 25 f., 152.

Quelle: Bundeskartellamt

189. Das Bundeskartellamt hat das – aus verschiedenen Erwerbsvorgängen bestehende – Zusammenschlussvorhaben zwischen Westenergie, einem Tochterunternehmen von E.ON, sowie Rheinenergie mit Nebenbestimmungen freigegeben.¹⁴⁵ Das Vorhaben betraf zahlreiche Wertschöpfungsstufen bzw. Bereiche der Energiewirtschaft; wettbewerbliche Bedenken hatte das Bundeskartellamt vor allem beim Heizstrom und bei der öffentlichen Ladeinfrastruktur. Im Großraum Köln hätte der Zusammenschluss zu einer Verstärkung der beherrschenden Stellung

¹⁴⁵ BKartA, B8-134/21, 30. September 2022, Rheinenergie/Westenergie. Eine gegen den Beschluss des Bundeskartellamtes eingelegte (Dritt-) Beschwerde hat das OLG Düsseldorf, VI Kart 9/22 (V), 10. August 2023, zurückgewiesen.

von Rheinenergie auf zehn lokalen Märkten für die Belieferung von Nachtspeicherheizungen und Wärmepumpen mit Heizstrom geführt, auf zwei weiteren Märkten zu einer solchen von E.ON. Im Bereich des Betriebs von Ladepunkten für Elektrofahrzeuge hat sich das Bundeskartellamt ausführlich mit der Marktabgrenzung beschäftigt. In sachlicher Hinsicht ist es von separaten Märkten für Normalladepunkte und Schnellladepunkte ausgegangen, wobei es mit Blick auf letztere weiter zwischen den Standorten auf bzw. abseits von Autobahnen unterschieden hat. In räumlicher Hinsicht hat sich das Bundeskartellamt bei den Normalladepunkten nicht eindeutig festgelegt und im Wege einer „Alternativbetrachtung“ die Wettbewerbsverhältnisse in einem Radius von 1 km, 2 km, 3 km sowie 4 km um den jeweiligen Ladepunkt betrachtet. Bei den Schnellladepunkten auf und abseits von Autobahnen soll der Radius 20 km betragen. Das Bundeskartellamt ist zu dem Ergebnis gelangt, dass die Voraussetzungen für eine Untersagung bei den Normalladepunkten in sieben lokalen Markträumen vorlägen. Letztlich ist das Zusammenschlussvorhaben unter der aufschiebenden Bedingung freigegeben worden, dass Rheinenergie einen Teil seines Heizstromgeschäfts an einen einzigen Wettbewerber veräußert. Durch die hiermit verbundene Schaffung eines Gegengewichts zur – weiterhin bestehenden – Marktmacht von Rheinenergie würden die Wettbewerbsbedingungen, so das Bundeskartellamt, auf den insoweit adressierten Heizstrommärkten dergestalt verbessert, dass sie die verbleibenden Verschlechterungen des Wettbewerbs beim Heizstrom im Übrigen und bei der öffentlichen Ladeinfrastruktur überwiegen (vgl. § 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 GWB, sog. Abwägungsklausel). Die Monopolkommission hat sich wiederholt mit wettbewerblichen Aspekten bei dem Aufbau der Ladeinfrastruktur befasst.¹⁴⁶ Zu den kartellrechtlichen Themen zählten insbesondere die Marktabgrenzung sowie die Marktbeherrschung bei dem Betrieb von Ladepunkten, die Unternehmenseigenschaft von Kommunen bei der Vergabe von öffentlichen Stellflächen und der Zugang dritter Stromanbieter zur Ladesäuleninfrastruktur.

190. Das Bundeskartellamt hat den Erwerb von Teilen des Molkereigeschäfts von Royal Friesland Campina durch die Unternehmensgruppe Theo Müller mit Nebenbestimmungen freigegeben.¹⁴⁷ Das Bundeskartellamt grenzte eine Vielzahl von Märkten für Molkereiprodukte ab. Im Rahmen der sachlichen Marktabgrenzung wurde ergänzend eine empirische Analyse durchgeführt, bei der mittels Daten die Reaktionen der mittelbaren Nachfrager der Zusammenschlussparteien, d. h. der Endverbraucherinnen und Endverbraucher, auf Preisveränderungen einzelner Produkte nachverfolgt wurden (sog. Event-Analyse). Nach den Feststellungen des Bundeskartellamtes wäre durch den Zusammenschluss insbesondere die beherrschende Stellung der Unternehmensgruppe Theo Müller auf den Märkten für die Herstellung und den Vertrieb von Milchreis, frischen Milchmodiggetränken und Basismilchgetränken an den deutschen Lebensmitteleinzelhandel verstärkt worden. Die erlassenen Nebenbestimmungen sehen die Veräußerung des Geschäftsbereichs „Tuffi“ und die Erteilung einer Lizenz für den Vertrieb von Milchreis und frischen Milchmodiggetränken unter der Marke „Landliebe“ vor. Da der Geschäftsbereich „Tuffi“ im Ganzen veräußert worden ist, dieser aber – neben Basismilchgetränken – weitere,

¹⁴⁶ Monopolkommission, 7. Sektorgutachten Energie (2019): Wettbewerb mit neuer Energie, Baden-Baden, 2019, Tz. 245 ff.; 8. Sektorgutachten Energie (2021): Wettbewerbschancen bei Strombörsen, E-Ladesäulen und Wasserstoff nutzen, Baden-Baden, 2021, Tz. 129 ff.; 9. Sektorgutachten Energie (2023): Mit Wettbewerb aus der Energiekrise, Baden-Baden, 2023, Tz. 240 ff.

¹⁴⁷ BKartA, B4-90/22, 22. Februar 2023, Theo Müller/Royal Friesland Campina.

wettbewerblich unbedenkliche Produkte umfasst, gehen die Zusagen über die zur Beseitigung der Bedenken des Bundeskartellamtes erforderlichen Maßnahmen hinaus.¹⁴⁸

191. Die Beteiligung der Funke Mediengruppe an einem Tochterunternehmen von Burda hat das Bundeskartellamt ohne Nebenbestimmungen im Hauptprüfverfahren freigegeben.¹⁴⁹ Dadurch können die Funke Mediengruppe und Burda das Unternehmen nunmehr gemeinsam kontrollieren; eine weitere Gesellschafterin hält eine Minderheitsbeteiligung. Das Gemeinschaftsunternehmen soll Werbeanzeigen der Muttergesellschaften in Zeitschriften sowie auf Webseiten vermarkten. Von dem Zusammenschluss seien in erster Linie der bundesweite Anzeigenmarkt in Zeitschriften (insbesondere in den Kategorien TV-Programmzeitschriften und der Regenbogenpresse), im Übrigen Online-Werbemärkte und mittelbar Lesermärkte betroffen. Nach den Feststellungen des Bundeskartellamtes werde die Vermarktungsgesellschaft auf dem Anzeigenmarkt der führende Anbieter sein. Es sei jedoch weder die Entstehung von Einzel- noch von gemeinsamer Marktbeherrschung zu erwarten. Der Zusammenschluss führe auch nicht zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs, da die Werbekunden in der Lage seien, ihr Werbebudget auf Wettbewerber zu verlagern. Im Rahmen der ergänzenden Prüfung der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens nach Maßgabe des Kartellverbots (sog. Doppelkontrolle) wies das Bundeskartellamt darauf hin, dass zwar die Ausnahme aus § 30 Abs. 2b GWB für verlagswirtschaftliche Kooperationen zu berücksichtigen sei, diese Vorschrift aber nur § 1 GWB, nicht jedoch Art. 101 AEUV unanwendbar mache. Im Ergebnis äußerte das Bundeskartellamt kartellrechtliche Bedenken insbesondere mit Blick auf die Lesermärkte, sah aber vorläufig von einer Untersagung ab, da sich die Parteien zu vertraglichen Anpassungen bereit erklärt hätten. Die Drittbeschwerde des Heinrich Bauer Verlags gegen die Freigabe des Bundeskartellamtes hat das Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf zurückgewiesen.¹⁵⁰ Das Gericht stellte unter anderem fest, dass der SIEC-Test – über die Entstehung bzw. Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung hinaus – im Wesentlichen auf die Erfassung unilateraler Effekte in oligopolistischen Märkten ziele.¹⁵¹

192. Das Bundeskartellamt hat geprüft, ob die Beteiligung von Microsoft an und seine Kooperation mit dem Betreiber des KI-Programms ChatGPT, OpenAI, der deutschen Fusionskontrolle unterliegt, dies jedoch letztlich verneint.¹⁵² Dem Engagement von Microsoft bei OpenAI liegen insbesondere Investments in den Jahren 2019 (in Höhe von EUR 1 Mrd.) und 2023 (in Höhe von mehreren Mrd. Euro) zugrunde. Das Bundeskartellamt bejahte zwar den Zusammenschlussbestand des Erwerbs wettbewerblich erheblichen Einflusses durch das Investment im Jahr 2019, spätestens infolge einer Vertiefung der Zusammenarbeit ab dem Jahr 2021. Allerdings seien die Voraussetzungen der – hier allein in Betracht kommenden – Transaktionswert-schwelle nicht erfüllt. So sei OpenAI erst seit dem Jahr 2023 in erheblichem Umfang im Inland

¹⁴⁸ Vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 2021/2022, BT-Drs. 20/7300 vom 26. Juli 2023, S. 56.

¹⁴⁹ BKartA, V-31/22, 16. März 2023, Funke/Burda.

¹⁵⁰ OLG Düsseldorf, VI-Kart 7/23 (V), 6. Dezember 2023.

¹⁵¹ SIEC = significant impediment to effective competition = erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs. In diesem Zusammenhang hat das OLG Düsseldorf bereits auf das EuGH-Urteil in der Rechtssache CK Telecoms Bezug genommen; dazu noch Tz. 200.

¹⁵² BKartA, B6-34/23, Fallbericht vom 15. November 2023, Microsoft/OpenAI.

tätig (vgl. § 35 Abs. 1a Nr. 4 GWB), nachdem ChatGPT kostenfrei öffentlich zugänglich gemacht und von zahlreichen Nutzerinnen und Nutzer auch in Deutschland genutzt worden sei. Zu diesem Zeitpunkt sei die bestehende Verbindung zwischen Microsoft und OpenAI trotz des zusätzlichen Investments jedoch nicht wesentlich verstärkt worden (vgl. § 37 Abs. 2 GWB). Die Monopolkommission hat bereits in ihrem XXIV. Hauptgutachten empfohlen, den Anwendungsbereich der deutschen Transaktionswertschwelle zu erweitern, um auch voraussichtliche künftige Tätigkeiten im Inland besser zu erfassen.¹⁵³ Durch den Verzicht auf eine aktuelle Inlandstätigkeit des zu erwerbenden Unternehmens wäre der Zusammenschluss Microsoft/OpenAI möglicherweise beim Bundeskartellamt anmeldepflichtig gewesen.

193. In einem weiteren Fall aus dem Berichtszeitraum ging es ebenfalls um die Anforderungen an die Inlandstätigkeit im Rahmen der Transaktionswertschwelle. Das OLG Düsseldorf hat entschieden, dass das Zusammenschlussvorhaben Meta/Kustomer bei dem Bundeskartellamt nicht anmeldepflichtig gewesen sei.¹⁵⁴ Das Bundeskartellamt hatte zuvor in einem separaten Verfahren eine Fusionskontrollpflicht des beabsichtigten Erwerbs von Kustomer durch Meta auf Grundlage der Transaktionswertschwelle festgestellt. Daraufhin wurde das Vorhaben bei dem Bundeskartellamt angemeldet und mit Blick auf die vorherigen Feststellungen in dem parallel geführten Fusionskontrollverfahren der Europäischen Kommission freigegeben.¹⁵⁵ Das Bundeskartellamt habe, so das OLG Düsseldorf, die Zusammenschlussbeteiligten durch den Feststellungsbeschluss zur Anmeldung ihres Vorhabens gedrängt, obwohl dieses tatsächlich nicht kontrollpflichtig gewesen sei. Es könne dahinstehen, ob die Anwendung der Transaktionswertschwelle überhaupt in Betracht komme, wenn – wie hier – das Zielunternehmen bereits auf einem „reifen“ Markt tätig sei.¹⁵⁶ Denn dann spiegelten die von diesem Unternehmen erzielten Umsätze dessen wettbewerbles Potenzial wider. Jedenfalls sei Kustomer nicht in erheblichem Umfang im Inland tätig. Eine entsprechende Tätigkeit werde an dem Ort erbracht, an dem das Zielunternehmen am Marktgeschehen teilnehme. Sofern lediglich eine Verarbeitung von Daten deutscher Endverbraucherinnen und Endverbraucher für ausländische Kunden erfolge, fehle es bereits an einer relevanten Inlandstätigkeit. Maßgeblich sei insoweit der Sitz des (unmittelbaren) Kunden. Sofern Kustomer über Kunden mit Sitz in Deutschland verfüge, sei zwar von einer Inlandstätigkeit des Unternehmens auszugehen. Diese habe aber – gemessen an der Gesamttätigkeit von Kustomer – keinen erheblichen Umfang. Vielmehr würden die Umsätze des Unternehmens im Wesentlichen mit Dienstleistungen gegenüber ausländischen Kunden erzielt. Das Bundeskartellamt hat gegen die Entscheidung Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof (BGH) eingelegt.¹⁵⁷

¹⁵³ Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 97, Tz. 241 ff. Dazu noch Tz. 259.

¹⁵⁴ OLG Düsseldorf, VI-Kart 11/21 (V), 23. November 2022.

¹⁵⁵ Vgl. Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 97, Tz. 194. Zu der Entscheidung der Europäischen Kommission noch Tz. 199.

¹⁵⁶ Kustomer bietet Cloud-basierte Kunden-Management-Dienste (CRM-Software) an.

¹⁵⁷ BKartA, Tätigkeitsbericht 2021/22, a. a. O., vgl. Fn. 148, S. 100.

1.2.1.2 Europäische Fusionskontrolle

194. Erneut ging auch bei der Europäischen Kommission die Anzahl der Fusionskontrollfälle zurück.¹⁵⁸ Im aktuellen Berichtszeitraum – 2022/2023 – wurden dort insgesamt 727 Zusammenschlussvorhaben angemeldet, im Vergleich zu 766 Fällen in den Jahren 2020/2021. Der Anteil der Fälle, die im vereinfachten Verfahren freigegeben wurden, erhöhte sich kaum.

195. In nur noch 13 Fällen leitete die Europäische Kommission das Hauptprüfverfahren ein, achtmal im Jahr 2022 und fünfmal im Jahr 2023. In den vorangegangenen Berichtszeiträumen waren es noch 15 (2020/2021) bzw. 20 (2018/2019) Fälle. Im Hauptprüfverfahren wurden sieben Zusammenschlussvorhaben mit und zwei Zusammenschlussvorhaben ohne Nebenbestimmungen freigegeben. Im Vorprüfverfahren erfolgten 14 Freigaben mit Nebenbestimmungen und mithin deutlich weniger als in den Vorjahren (20 Freigaben in den Jahren 2020/2021 und 27 Freigaben in den Jahren 2018/2019). Die Europäische Kommission untersagte im Berichtszeitraum 2022/2023 drei Zusammenschlussvorhaben, zwei im Jahr 2022 und eins im Jahr 2023.¹⁵⁹ Dies entspricht der Anzahl der Untersagungen in den Jahren 2016/2017 sowie 2018/2019, während es im vorangegangenen Berichtszeitraum 2020/2021 keine Untersagung gab. Zudem hat die Europäische Kommission im Jahr 2023 in einem Fall die Entflechtung eines bereits vollzogenen, aber nachträglich untersagten Zusammenschlusses angeordnet.¹⁶⁰ Im Berichtszeitraum wurden insgesamt 17 Anmeldungen zurückgenommen, zwölf im Vorprüfverfahren und fünf im Hauptprüfverfahren.

196. Die Zusammenschlussbeteiligten stellten 25 Anträge auf Verweisung eines Fusionskontrollverfahrens an einen Mitgliedstaat; in den Jahren 2020/2021 hatte es vergleichsweise viele solcher Anträge gegeben (33). In 17 Fällen gab die Europäische Kommission ein Verfahren vollumfänglich und in drei Fällen teilweise an einen Mitgliedstaat ab. Auch die Anzahl der Anträge der Zusammenschlussbeteiligten auf Abgabe des Fusionskontrollverfahrens an die Europäische Kommission war im Berichtszeitraum 2022/2023 mit 26 Anträgen wieder deutlich niedriger als im vorangegangenen Berichtszeitraum (41 Anträge). Dagegen war 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, mit fünf Anträgen wieder etwas höher als im vorangegangenen Berichtszeitraum. Den vorgenannten Anträgen der Zusammenschlussbeteiligten bzw. der Mitgliedstaaten wurde jeweils in gleicher Anzahl stattgegeben. In lediglich vier Fällen beantragte ein Mitgliedstaat die Verfahrensabgabe an eine nationale Wettbewerbsbehörde (2020/2021: sieben). Die Europäische Kommission verwies das Verfahren in jeweils einem Fall vollständig bzw. teilweise an die Wettbewerbsbehörde eines Mitgliedstaates.

¹⁵⁸ Die statistischen Angaben der Europäischen Kommission zu ihrer Fusionskontrollpraxis sind abrufbar auf der Webseite der Behörde unter https://competition-policy.ec.europa.eu/mergers/statistics_en, Abruf am 14. Mai 2024.

¹⁵⁹ EU-Kommission, M.9343, 13. Januar 2022, Hyundai/Daewoo; M.10188, 6. September 2022, Illumina/Grail; M.10615, 25. September 2023, Booking Holdings/Etraveli Group.

¹⁶⁰ EU-Kommission, M.10939, 12. Oktober 2023, Illumina/Grail (Restorative measures under Article 8(4)a).

197. Die Europäische Kommission hat ein Zusammenschlussvorhaben zwischen den auf vor- bzw. nachgelagerten Märkten tätigen Unternehmen Illumina und Grail untersagt.¹⁶¹ Infolge des Zusammenschlusses könnte Illumina den Zugang zu bestimmten essenziellen Vorleistungsprodukten (Sequenzierungssystemen) für die Wettbewerber von Grail einschränken und dadurch den Wettbewerb auf dem neu entstehenden Markt für blutbasierte Krebsfrüherkennungstests im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) behindern. Um die wettbewerblichen Bedenken der Europäischen Kommission auszuräumen, bot Illumina an, eine Patentlizenz für seine Sequenzierungssysteme zu erteilen sowie Patentklagen auszusetzen und Vereinbarungen betreffend den Zugang zu seinen Sequenzierungssystemen abzuschließen. Diese verhaltensorientierten Zusagenangebote hat die Europäische Kommission abgelehnt, da sie die befürchteten Verdrängungswirkungen des Zusammenschlusses nicht beseitigen würden und ihre Einhaltung im Übrigen kaum zu überwachen wäre. Verfahrensrechtlich weist der Fall die Besonderheit auf, dass er bei der Europäischen Kommission nur aufgrund einer mitgliedstaatlichen Verweisung ohne nationale Kontrollpflicht angemeldet worden ist. Es handelt sich um den ersten Anwendungsfall eines geänderten behördlichen Vorgehens, das nunmehr auch die Annahme und Förderung unterschwelliger Verweisungen auf Grundlage von Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004 vorsieht.¹⁶² Während das Gericht der Europäischen Union (EuG) festgestellt hat, dass die Annahme der Verweisung durch die Europäische Kommission zulässig war,¹⁶³ hat Generalanwalt Emiliou dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) vorgeschlagen, die Entscheidung des EuG aufzuheben.¹⁶⁴ Da Illumina trotz der laufenden Fusionskontrollprüfung der Europäischen Kommission bestimmenden Einfluss auf Grail erworben hatte, verhängte die Behörde im Anschluss an ihre Untersagungsentscheidung wegen des Verstoßes gegen das Verbot des vorzeitigen Vollzugs eines Zusammenschlusses zudem eine (Rekord-) Geldbuße in Höhe von EUR 432 Mio. gegen Illumina sowie eine (symbolische) Geldbuße in Höhe von EUR 1.000 gegen Grail.¹⁶⁵ Nachdem die Europäische Kommission wegen des vorzeitigen Vollzugs bereits einstweilige Maßnahmen erlassen hatte, um irreparable Auswirkungen auf den Wettbewerb zu verhindern,¹⁶⁶ ordnete

¹⁶¹ EU-Kommission, M.10188, a. a. O., vgl. Fn. 159; vgl. Fusionskontrolle: Kommission untersagt Übernahme von GRAIL durch Illumina, Pressemitteilung, 6. September 2022, IP/22/5364.

¹⁶² Dazu bereits Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 97, Tz. 203, 226 ff.; vgl. auch noch Tz. 251 ff. in diesem Gutachten.

¹⁶³ EuG, T-227/21, 13. Juli 2022, Illumina, ECLI:EU:T:2022:447.

¹⁶⁴ GA Emiliou, C-611/22 P und C-625/22 P, 21. März 2024, Illumina und Grail, ECLI:EU:C:2024:264.

¹⁶⁵ EU-Kommission, M.10483, 12. Juli 2023, Illumina/Grail (Art. 14 procedure); vgl. Fusionskontrolle: Kommission verhängt gegen Illumina und GRAIL Geldbußen wegen Vollzugs ihrer Fusion ohne vorherige wettbewerbsrechtliche Genehmigung, Pressemitteilung, 12. Juli 2023, IP/23/3773.

¹⁶⁶ EU-Kommission, M.10493, 29. Oktober 2021, Illumina/Grail (Interim measures under Art. 8(5)a); M.10938, 28. Oktober 2022, Illumina/Grail (Interim measures under Article 8(5)c); vgl. Mergers: Commission renews interim measures to ensure Illumina and GRAIL continue to be kept separate following the prohibition decision, Pressemitteilung, 28. Oktober 2022, MEX/22/6467.

sie schließlich die Entflechtung des Zusammenschlusses an.¹⁶⁷ Die Entscheidungen der Europäischen Kommission sind nicht bestandskräftig.¹⁶⁸

198. Zudem ist der beabsichtigte Erwerb des Flugportals Etraveli durch das Hotelportal Booking seitens der Europäischen Kommission untersagt worden.¹⁶⁹ Der Fall ist zunächst beim Bundeskartellamt gemäß der Transaktionswertschwelle angemeldet und auf Antrag der Unternehmen an die Europäische Kommission verwiesen worden. Die Kommission verfolgte eine konglomerate Schadenstheorie, wonach der Zusammenschluss das Ökosystem von Booking im Sinne eines One-stop-shop für Online-Reisedienstleistungen erweitern würde. Obwohl die Europäische Kommission eine neuartige Schadenstheorie anwandte, hat sie die Untersagung auf den (klassischen) Marktbeherrschungstest gestützt. Booking und Etraveli seien zwar auf unterschiedlichen Märkten tätig; dennoch wäre eine Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von Booking bei Online-Hotelportalen im EWR durch den Zusammenschluss überwiegend wahrscheinlich. Wegen der Möglichkeit, Flugreisen und Hotelzimmer im Bündel anzubieten, würde Booking von stärkeren Netzwerkeffekten und höheren Markteintritts- bzw. Expansionschranken für (potenzielle) Wettbewerber profitieren. Auch das von Booking vorgelegte Angebot für eine verhaltensorientierte Zusage hat die Europäische Kommission abgelehnt. Booking hatte angeboten, bei Abschluss der Buchung eines Fluges über Etraveli auf der Check-out-Seite einen Auswahlbildschirm zur Verfügung zu stellen, auf dem den Nutzerinnen und Nutzern mehrere Anbieter für die Hotelbuchung angezeigt werden. Eine vergleichbare Abhilfe zur Beendigung eines von der Europäischen Kommission festgestellten Verstoßes gab es im Nachgang zu dem Missbrauchsverfahren Google Android.¹⁷⁰ In dem vorliegenden Fusionskontrollverfahren hatte die Europäische Kommission jedoch insofern Bedenken gegenüber dem Zusageangebot von Booking, als die Auswahl sowie die Rangfolge der Hotelportale auf dem Auswahlbildschirm, der durch ein Tochterunternehmen von Booking betrieben würde, nicht hinreichend transparent und diskriminierungsfrei wären. Zudem wäre die Zusage nur schwer zu überwachen. Booking hat gegen den Beschluss der Europäischen Kommission Rechtsmittel zum EuG eingelegt (T-1139/23).

199. Dagegen hat die Europäische Kommission mehrere Zusammenschlussvorhaben mit verhaltensorientierten Nebenbestimmungen freigegeben. Diese Art von Zusagen ist in der europäischen, aber vor allem der deutschen Fusionskontrolle im Vergleich zu strukturellen Zusagen deutlich seltener. Verhaltensorientierte Nebenbestimmungen haben gegenüber Veräußerungszusagen insbesondere den Nachteil, dass ihre Einhaltung der Überwachung bedarf.¹⁷¹ Bei

¹⁶⁷ EU-Kommission, M.10939, a. a. O., vgl. Fn. 160; vgl. Kommission ordnet Rückabwicklung der vollzogenen Übernahme von GRAIL durch Illumina an, Pressemitteilung, 12. Oktober 2023, IP/23/4872; Kommission genehmigt Plan von Illumina zur Rückabwicklung der Übernahme von GRAIL, Pressemitteilung, 12. April 2024, IP/24/1964.

¹⁶⁸ T-709/22 (Untersagung des Zusammenschlusses); T-591/23 (Verstoß gegen Vollzugsverbot); T-1190/23 (Entflechtung).

¹⁶⁹ EU-Kommission, M.10615, a. a. O., vgl. Fn. 159; vgl. Fusionskontrolle: Kommission untersagt geplante Übernahme von eTraveli durch Booking, Pressemitteilung, 25. September 2023, IP/23/4573.

¹⁷⁰ EU-Kommission, AT.40099, 18. Juli 2018, Google Android.

¹⁷¹ Nach deutschem Recht dürfen die Nebenbestimmungen gemäß § 40 Abs. 3 Satz 2 GWB nicht darauf gerichtet sein, die beteiligten Unternehmen einer laufenden Verhaltenskontrolle zu unterstellen.

Zusammenschlüssen auf digitalen Märkten kamen sie zuletzt jedoch in Form von Zugangsverpflichtungen vermehrt zum Einsatz, da die wettbewerblichen Schadenstheorien hier häufig weniger horizontaler, sondern vielmehr vertikaler bzw. konglomerater Natur sind. Den beabsichtigten Erwerb des Software-Anbieters VMware durch den Hardware-Hersteller Broadcom hat die Europäische Kommission im Hauptprüfverfahren freigegeben.¹⁷² Bedenklich erschien der Behörde ein Zusammenschluss vor dem Hintergrund, dass Broadcom seinen bislang einzigen Wettbewerber auf dem Markt für bestimmte Hardwareschnittstellen – Marvell – behindern würde, indem es die Interoperabilität zwischen der von VMware angebotenen Servervirtualisierungssoftware und den Produkten von Marvell beschränken könnte. Die erlassenen Nebenbestimmungen sehen vor, dass Broadcom Marvell sowie etwaigen künftigen Wettbewerbern den Zugang zu und die Interoperabilität mit den Software-Produkten von VMware für die Dauer von zehn Jahren gewährleistet. Das Zusammenschlussvorhaben Microsoft/Activision ist seitens der Europäischen Kommission ebenfalls im Hauptprüfverfahren freigegeben worden.¹⁷³ Die Behörde befürchtete, dass Microsoft die von Activision angebotenen Computerspiele ausschließlich über seinen eigenen Cloud-Gaming-Dienst anbieten könnte. Dies würde eine Abschottungswirkung gegenüber anderen Cloud-Gaming-Anbietern und eine Stärkung der marktbeherrschenden Stellung von Microsoft im Bereich der PC-Betriebssysteme zur Folge haben. Die Bedenken der Europäischen Kommission konnten durch die Erteilung einer kostenlosen und betriebssystemunabhängigen Lizenz für sowohl die Nutzerinnen und Nutzer der Computerspiele von Activision als auch der Cloud-Gaming-Anbieter im EWR für die Dauer von zehn Jahren ausgeräumt werden.¹⁷⁴ Bereits im Vorprüfverfahren hat die Europäische Kommission den geplanten Erwerb von Kustomer durch Meta freigegeben.¹⁷⁵ Meta verpflichtete sich, den (potenziellen) Wettbewerbern von Kustomer einen diskriminierungsfreien, kostenlosen und paritätischen Zugang zu den Programmierschnittstellen seiner Messaging-Dienste für – ebenfalls – die Dauer von zehn Jahren zu gewähren, um die wettbewerblichen Bedenken der Europäischen Kommission im Bereich CRM-Software auszuräumen.

200. Der EuGH hat das vorinstanzliche Urteil des EuG in der Rechtssache CK Telecoms aufgehoben und den Fall zur erneuten Entscheidung an das Gericht zurückverwiesen.¹⁷⁶ Der EuGH bestätigte damit im Wesentlichen die ursprüngliche Entscheidung der Europäischen Kommission, die ein Zusammenschlussvorhaben auf dem britischen Mobilfunkmarkt untersagt hatte.

¹⁷² EU-Kommission, M.10806, 12. Juli 2023, Broadcom/VMware; vgl. Fusionskontrolle: Kommission gibt Übernahme von VMware durch Broadcom unter Auflagen frei, Pressemitteilung, 12. Juli 2023, IP/23/3777.

¹⁷³ EU-Kommission, M.10646, 15. Mai 2023, Microsoft/Activision Blizzard.

¹⁷⁴ Die Wettbewerbsbehörde des Vereinigten Königreichs, Competition and Markets Authority (CMA), hatte den geplanten Erwerb von Activision durch Microsoft zunächst untersagt. Nachdem Microsoft zugesagt hatte, die Cloud-Gaming-Rechte an den Activision-Spielen – allerdings (aus Rücksicht auf die Nebenbestimmungen der Europäischen Kommission) ohne jene im EWR – zuvor an einen konkurrierenden Entwickler zu veräußern, statt lediglich Lizenzen an die Nutzerinnen und Nutzer bzw. die Cloud-Gaming-Anbieter zu erteilen, gab die CMA das Zusammenschlussvorhaben schließlich ebenfalls frei; vgl. CMA, 13. Oktober 2023, <https://www.gov.uk/cma-cases/microsoft-slash-activision-blizzard-ex-cloud-streaming-rights-merger-inquiry>, Abruf am 14. Mai 2024.

¹⁷⁵ EU-Kommission, M.10262, 27. Januar 2022, Meta/Kustomer. Zu der Entscheidung des OLG Düsseldorf über die Zuständigkeit des Bundeskartellamtes für eine eigene Prüfung des Zusammenschlussvorhabens vgl. bereits Tz. 193.

¹⁷⁶ EuGH, C-376/20 P, 13. Juli 2023, CK Telecoms, ECLI:EU:C:2023:561.

Er hatte dabei erstmals Gelegenheit, sich zu den Voraussetzungen für die Annahme einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs jenseits der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zu äußern. Im Vergleich zum EuG stellt der EuGH insgesamt weniger strenge Anforderungen an den Nachweis eines SIEC.¹⁷⁷ Der EuGH ist der Auffassung, dass eine Wettbewerbsbehinderung nicht mit ernsthafter Wahrscheinlichkeit, sondern lediglich mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen werden müsse. Es sei auch ausreichend, dass die Zusammenschlussparteien nahe Wettbewerber seien; sie müssten keine „besonders nahen“ Wettbewerber sein. Zudem sei es nicht erforderlich, dass der Zusammenschluss den beträchtlichen Wettbewerbsdruck, den die Zusammenschlussparteien aufeinander ausgeübt hätten, beseitigt und den Wettbewerbsdruck auf die verbleibenden Wettbewerber mindern würde. Für die Einstufung eines Unternehmens als „wichtige Wettbewerbskraft“ – so der EuGH – müsse dieses nicht besonders preisaggressiv sein. Vielmehr sei insoweit ausreichend, dass das entsprechende Unternehmen den Wettbewerbsprozess stärker beeinflussen könne, als es sein Marktanteil oder ähnliche Messgrößen vermuten ließen. Für etwaige Effizienzgewinne, die durch den Zusammenschluss geschaffen würden, seien die Unternehmen nachweispflichtig. Es gebe, anders als das EuG meint, keine zusammenschlussbedingten standardmäßigen Vorteile, deren Nachweis der Europäischen Kommission obliege. Die Monopolkommission hat sich in ihrem XXIV. Hauptgutachten ausführlich mit dem Urteil des EuG in der Vorinstanz befasst und dabei Zweifel an dem strengeren, nunmehr korrigierten Beweismaß des Gerichts geäußert.¹⁷⁸

201. Im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens hat sich der EuGH mit der Frage befasst, ob eine nationale Wettbewerbsbehörde das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung aus Art. 102 AEUV auf einen Zusammenschluss von Unternehmen anwenden kann.¹⁷⁹ Der EuGH bejahte dies aus normhierarchischen Gründen im Grundsatz, schränkte den Anwendungsbereich des Missbrauchsverbots jedoch ein. Demnach könne Art. 102 AEUV für die nachträgliche Überprüfung solcher Zusammenschlüsse herangezogen werden, die weder auf europäischer noch auf nationaler Ebene Gegenstand einer Fusionskontrolle gewesen seien. Die Annahme einer missbräuchlichen Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens setze voraus, dass der Wettbewerb infolge des Erwerbs eines anderen Unternehmens behindert werde. Allerdings genüge hierfür nicht die bloße Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung; vielmehr müsse der durch den Zusammenschluss erreichte Beherrschungsgrad den Wettbewerb wesentlich behindern. Die Monopolkommission befasst sich mit dem EuGH-Urteil in diesem Gutachten noch ausführlich in Abschnitt 2.1.

¹⁷⁷ Der BGH hat die Nichtzulassungsbeschwerde des Bundeskartellamtes gegen das Urteil des OLG Düsseldorf zu dem Fall XXXLutz/Tessner zurückgewiesen, da die Sache nicht zur Fortbildung des Rechts veranlasse und keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung behandle; vgl. BGH, KVZ 33/22, 27. Juni 2023. Das OLG Düsseldorf hatte, wie das EuG, hohe Anforderungen an den Nachweis eines SIEC gestellt und die Nebenbestimmungen zu dem Freigabebeschluss des Bundeskartellamtes aufgehoben; vgl. OLG Düsseldorf, VI-Kart 2/21 (V), 9. März 2022.

¹⁷⁸ Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 97, Tz. 204, 260 ff.

¹⁷⁹ EuGH, C-449/21, 16. März 2023, Towercast, ECLI:EU:C:2023:207.

1.2.2 Missbrauchsaufsicht

1.2.2.1 Deutsche Missbrauchsaufsicht

202. Das Bundeskartellamt hat den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch die Deutsche Bahn festgestellt.¹⁸⁰ Die streitige Entscheidung erging, nachdem eine einvernehmliche Verfahrensbeendigung mittels Verpflichtungszusagen in einem weit fortgeschrittenen Verfahrensstadium gescheitert war. Das Bundeskartellamt hat angeordnet, dass die Deutsche Bahn verschiedene Verhaltensweisen im Zusammenhang mit der Behinderung von konkurrierenden Mobilitätsplattformen abzustellen habe. Demnach müsse die Deutsche Bahn – gegen angemessenes Entgelt – unter anderem einen fortlaufenden und diskriminierungsfreien Zugang zu allen von ihr kontrollierten Verkehrsdaten in Echtzeit (sog. Prognosedaten) gewähren.¹⁸¹ Das Bundeskartellamt hat eine marktbeherrschende Stellung des Unternehmens auf dem bundesweiten Markt für Daten (und Buchungsanwendungen) im Schienenpersonenverkehr festgestellt. Durch die Verweigerung des Zugangs zu den Prognosedaten behindere die Deutsche Bahn den Wettbewerb auf dem nachgelagerten bundesweiten Markt für integrierte Mobilitätsdienstleistungen. Mobilitätsplattformen seien auf die Prognosedaten, über die dank ihrer vertikalen Integration nur die Deutsche Bahn verfüge, angewiesen, sofern sie den Schienenpersonenverkehr in ihr Angebot einbeziehen wollten. Zur Begründung des Anspruchs auf Datenzugang hat das Bundeskartellamt unter anderem auf § 20 Abs. 1a GWB abgestellt, der erst im Zuge der 10. GWB-Novelle mit Blick auf datenbedingte Abhängigkeiten in das Gesetz aufgenommen worden ist. Trotz des ebenfalls neu gefassten und ausdrücklich auf Daten erweiterten Verbots der Geschäftsverweigerung (§ 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB) hält das Bundeskartellamt das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot aus § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB weiterhin für anwendbar. Zudem weist das Bundeskartellamt darauf hin, dass zwar auch die Verordnung (EU) 2021/782 (Fahrgastrechteverordnung) einen spezialgesetzlichen Anspruch für Fahrkartenverkäufer und Reiseveranstalter auf den Zugang zu Prognosedaten vorsehe; die kartellrechtlichen Verpflichtungen für marktbeherrschende Unternehmen seien aber weitergehend. Das OLG Düsseldorf hat die Entscheidung des Bundeskartellamtes im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes weitgehend bestätigt.¹⁸² Auch im Zusammenhang mit dem Zugang zu den Prognosedaten erkannte das Gericht keine offensichtlichen Rechtsfehler der Behörde. In der Hauptsache sei aber zu klären, ob die Mobilitätsplattformen tatsächlich darauf angewiesen seien, die Daten von der Deutsche Bahn zu bekommen, oder die jeweiligen Verkehrsanbieter nicht vielmehr eine gleichwertige Bezugsalternative darstellten. Die Monopolkommission hat sich in ihrem 9. Sektorgutachten Bahn ausführlich mit dem Datenzugang im Bahnsektor beschäftigt und dessen Bedeutung für eine Belebung des Wettbewerbs hervorgehoben.¹⁸³

¹⁸⁰ BKartA, B9-144/19, 26. Juni 2023, Deutsche Bahn.

¹⁸¹ In einem ähnlichen Fall hat die Europäische Kommission das staatliche spanische Eisenbahnverkehrsunternehmen Renfe mittels einer Zusageentscheidung verpflichtet, Plattformen für den Verkauf von Fahrscheinen unter anderem Echtzeitdaten zur Verfügung zu stellen; vgl. EU-Kommission, AT.40735, 17. Januar 2024, Online rail ticket distribution in Spain.

¹⁸² OLG Düsseldorf, VI Kart 9/23 (V), 8. März 2024.

¹⁸³ Monopolkommission, 9. Sektorgutachten Bahn (2023): Time to GO: Endlich qualitätswirksam in den Wettbewerb!, Baden-Baden, 2023, Tz. 117 ff.

203. Zudem hat das Bundeskartellamt einen Verstoß gegen das Missbrauchsverbot durch Lufthansa gegenüber Condor festgestellt.¹⁸⁴ Auch in diesem Fall war ein Schwerpunkt der Zugang zu der Leistung eines marktbeherrschenden Unternehmens auf dem vorgelagerten Markt: Condor begehrte Zugang zu den von Lufthansa angebotenen Zubringerflügen, um Passagiere zu den eigenen Langstreckenflügen zu befördern. Lufthansa hatte langjährige Kooperationsvereinbarungen (sog. Special Prorate Agreements, SPA) mit Condor über den Zugang zu seinen Zubringerflügen gekündigt. Auf eine Beschwerde von Condor hat das Bundeskartellamt Lufthansa zunächst im Wege der einstweiligen Verfügung – zeitlich befristet – und sodann auch in der Hauptsache verpflichtet, die SPA fortzuführen bzw. neue SPA mit Condor abzuschließen. Zusätzlich ist Lufthansa unter anderem aufgegeben worden, Condor Zugang zu weiteren Buchungsklassen zu gewähren. Das Bundeskartellamt hat eine marktbeherrschende Stellung von Lufthansa bei dem Angebot von Zubringerstrecken zwischen europäischen Flughäfen und den Condor-Drehkreuzen in Frankfurt, München und Düsseldorf festgestellt. Insoweit verfüge Lufthansa als einzige Fluglinie über ein dichtes Zubringernetz, das für Condor auch nicht substituierbar sei. Infolge der Verweigerung des Zugangs zu den Zubringerflügen von Lufthansa sei Condor kaum in der Lage, seinen Passagieren Langstreckenverbindungen mit einem Durchgangsticket anzubieten. Damit behindere Lufthansa auf unbillige Weise den Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt. Der Beschluss des Bundeskartellamtes enthält einen Widerrufsvorbehalt für den Fall, dass Condor künftig über ausreichende Alternativen zu dem Zubringernetz von Lufthansa verfügt. Lufthansa hat gegen die Entscheidung des Bundeskartellamtes Rechtsmittel zum OLG Düsseldorf eingelegt.

204. Im Berichtszeitraum hat das Bundeskartellamt zudem mehrere Verfahren auf Grundlage des neuen § 19a GWB gegen die großen Digitalkonzerne (Alphabet, Amazon, Apple, Meta und Microsoft) eingeleitet, fortgeführt oder abgeschlossen. § 19a GWB ermöglicht es dem Bundeskartellamt, Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb (Abs. 1) bestimmte missbräuchliche Verhaltensweisen zu untersagen (Abs. 2). Im letzten Hauptgutachten hat die Monopolkommission bereits darüber berichtet, dass das Bundeskartellamt jeweils eine Normadressatenstellung von Alphabet (Google) sowie Meta festgestellt hat.¹⁸⁵ Mittlerweile sind solche Entscheidungen auch gegenüber Amazon und Apple ergangen;¹⁸⁶ ein weiteres Verfahren gegenüber Microsoft ist im März 2023 eingeleitet, aber noch nicht abgeschlossen worden. Im Unterschied zu Alphabet und Meta haben Amazon und Apple Rechtsmittel gegen die Feststellungsbeschlüsse eingelegt. Die Normadressatenstellung von Amazon hat der BGH mittlerweile – allerdings erst fast zwei Jahre nach Erlass des entsprechenden Beschlusses des Bundeskartellamtes – bestätigt.¹⁸⁷ Die Monopolkommission entwickelt in diesem Gutachten in Kapitel III ein ökonomisches Prüfkonzert für digitale Ökosysteme, das auch Eingang in § 19a Abs. 1 GWB finden sollte.

¹⁸⁴ BKartA, B9-21/21, 29. August 2022, Lufthansa.

¹⁸⁵ Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 97, Tz. 206.

¹⁸⁶ BKartA, B2-55/21, 5. Juli 2022, Amazon; B9-67/21, 3. April 2023, Apple.

¹⁸⁷ BGH, KVB 56/22, 23. April 2024, Amazon; vgl. Pressemitteilung Nr. 097/2024, 23. April 2024. Der BGH entscheidet in Verfahren gemäß § 19a GWB aus Gründen der Verfahrensbeschleunigung als Beschwerdegerecht im ersten und letzten Rechtszug (§ 73 Abs. 5 GWB).

205. Neben den Verfahren zur Feststellung der Eigenschaft als Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb gab und gibt es mehrere Verfahren, die konkrete Verhaltensweisen im Sinne des § 19 Abs. 2 GWB zum Gegenstand haben. Bislang liegt ein förmlicher Beschluss des Bundeskartellamtes vor (dazu sogleich), während die übrigen Verfahren entweder eingestellt wurden, nachdem die Unternehmen ihr Verhalten angepasst hatten, oder fort dauern.

206. Mit der Zusageentscheidung des Bundeskartellamtes zur Datenverarbeitung durch Google liegt erstmals ein förmlicher Beschluss zu einem – potenziell – missbräuchlichen Verhalten im Sinne des § 19a Abs. 2 GWB vor.¹⁸⁸ Das Bundeskartellamt erkannte in den Datenverarbeitungskonditionen von Google nach vorläufiger Beurteilung einen Verstoß gegen § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 lit. a GWB, stellte einen solchen jedoch nicht abschließend fest, sondern erklärte die von Google angebotenen Verpflichtungszusagen für bindend, um seine wettbewerbsrechtlichen Bedenken auszuräumen (vgl. § 19a Abs. 2 Satz 4 i. V. m. § 32b Abs. 1 GWB). Google mache die Nutzung seiner Dienste von der Zustimmung zu einer umfangreichen, dienstübergreifenden Datenverarbeitung abhängig. Die Datenverarbeitungskonditionen würden einseitig vorgegeben. Die Nutzerinnen und Nutzer hätten keine andere Möglichkeit, als den von Google vorgefertigten Bedingungen zuzustimmen, wenn sie die Dienste des Unternehmens nutzen wollten. Zu den von Google verarbeiteten Daten zählten solche, welche die Nutzerinnen und Nutzer selbst bereitstellten, und solche, die Google bei der Nutzung eigener Dienste sowie auf Webseiten und Apps Dritter – in diesem Fall über Googles Werbe- und Analysedienste – erhebe. Die Datenverarbeitungskonditionen erlaubten es Google, die in bzw. auf den unterschiedlichen Diensten und Geräten erhobenen Daten zusammenzuführen und zur Identifikation der Nutzerinnen und Nutzer zu verwenden.

207. Den Nutzerinnen und Nutzern würden, so die vorläufige Beurteilung des Bundeskartellamtes, keine ausreichenden Wahlmöglichkeiten hinsichtlich des Umstands, des Zwecks sowie der Art und Weise der dienstübergreifenden Datenverarbeitung eingeräumt. Es fehle zunächst an einer ausreichenden Granularität der Einstellungsmöglichkeiten. So sei die Ablehnung einer dienstübergreifenden Datenverarbeitung dergestalt, dass die Verarbeitung auf den Google-Dienst beschränkt sei, bei dessen Nutzung die Daten generiert worden seien, nicht möglich. Insoweit könnten die Nutzerinnen und Nutzer dazu verleitet werden, einer weitergehenden Datenverarbeitung zuzustimmen, als sie eigentlich wünschten. Zudem seien die Einstellungsmöglichkeiten nicht hinreichend transparent. Google stelle den Nutzerinnen und Nutzern keine verständlichen Informationen zur Verfügung, und zwar weder über die Reichweite der Datenverarbeitung noch über die Verarbeitungszwecke. Schließlich werde den Nutzerinnen und Nutzern eine Zustimmung zu der Datenverarbeitung leichter gemacht als ihre Ablehnung.

208. Aus einem solchen Ausbeutungsverhalten im Sinne des § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 lit. a GWB folge im Regelfall die von dem Grundtatbestand vorausgesetzte Behinderungswirkung. Dabei habe aber auch die vorläufige Beurteilung des Bundeskartellamtes ergeben, dass die Datenverarbeitung durch Google geeignet sei, die Wettbewerbsverhältnisse zu beeinträchtigen. Die hier

¹⁸⁸ BKartA, B7-70/21, 5. Oktober 2023, Google Datenverarbeitung.

in Rede stehenden personenbezogenen Daten der Nutzerinnen und Nutzer seien in der Digitalökonomie besonders wettbewerbsrelevant. Durch die Datenverknüpfung könne Google Verbundvorteile generieren, welche die Bedeutung seines Ökosystems zum Nachteil anderer Unternehmen weiter stärkten. Eine sachliche Rechtfertigung der tatbestandsmäßigen Datenverarbeitung scheide aus. Google sei insoweit gemäß § 19a Abs. 2 Satz 3 GWB darlegungs- und beweisbelastet, habe aber lediglich technische oder Sicherheitsinteressen vorgebracht, die nicht durchgreifend seien oder jedenfalls im Rahmen der Interessenabwägung zurücktreten müssten.

209. Die von Google angebotenen und vom Bundeskartellamt für bindend erklärten Verpflichtungszusagen sehen im Wesentlichen vor, den Nutzerinnen und Nutzern ausreichende Wahlmöglichkeiten zu geben, einer dienstübergreifenden Datenverarbeitung durch Google zuzustimmen oder sie abzulehnen. Die Einwilligung, einschließlich ihres Widerrufs, muss den Anforderungen aus Art. 4 Nr. 11 und Art. 7 Verordnung (EU) 2016/679 (Datenschutz-Grundverordnung) genügen. Die Entscheidung muss also insbesondere freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich getroffen werden können. Die Verpflichtungszusagen erfassen grundsätzlich alle von Google betriebenen und an Nutzerinnen und Nutzer in Deutschland gerichteten Dienste mit mehr als 1 Mio. monatlich aktiven Nutzerinnen und Nutzern in Deutschland.¹⁸⁹ Die Laufzeit der Verpflichtungszusagen ist bis zum 30. September 2029 befristet.

210. Das Bundeskartellamt befasst sich in seiner Entscheidung auch mit dem Verhältnis von § 19a GWB zur Verordnung (EU) 2022/1925. In Art. 5 Abs. 2 Verordnung (EU) 2022/1925 gibt es ein dem § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 lit. a GWB vergleichbares Verbot der Datenverarbeitung vorbehaltlich einer spezifischen Einwilligung der Nutzerinnen und Nutzer. Die Pflichten aus § 19a GWB gehen jedoch insoweit über jene der Verordnung (EU) 2022/1925 hinaus, als es sich bei Alphabet zwar um einen Torwächter handelt, diese Verordnung jedoch nur auf bestimmte, zentrale Plattformen Anwendung findet.¹⁹⁰ Einzelne Google-Dienste – wie etwa Gmail und Google News – sind dagegen keine zentralen Plattformdienste im Sinne der Verordnung (EU) 2022/1925. Insoweit ist § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 lit. a GWB neben der Verordnung (EU) 2022/1925 anwendbar (vgl. Art. 1 Abs. 6 lit. b) und stellen die vorliegenden Verpflichtungszusagen einen Mehrwert dar. In der Sache sollen die Zusagen den Anforderungen an die Wahlmöglichkeiten aus Art. 5 Abs. 2 Verordnung (EU) 2022/1925 entsprechen. Das Bundeskartellamt weist darauf hin, dass es im Sinne des Art. 37 Abs. 1 Verordnung (EU) 2022/1925 mit der Europäischen Kommission zusammengearbeitet und dieser gemäß Art. 38 Abs. 3 Verordnung (EU) 2022/1925 vorab einen Entwurf der Entscheidung gegenüber Google übermittelt habe.

211. Google war bzw. ist Adressat weiterer Missbrauchsverfahren nach § 19a Abs. 2 GWB. Bezüglich des Nachrichtenangebots Google News Showcase wurde das Verfahren letztlich ohne

¹⁸⁹ Mit Ausnahme des Dienstes Fitbit, der bereits verschiedenen Vorgaben zur Datenverarbeitung aus einem Fusionskontrollverfahren der Europäischen Kommission unterliegt; M.9660, 17. Dezember 2020, Google/Fitbit. Zu weiteren Ausnahmen sogleich.

¹⁹⁰ Bislang seitens der Europäischen Kommission für den Torwächter Alphabet als zentrale Plattformdienste benannt: Google Maps, Google Play, Google Shopping, YouTube, Google Search, Chrome, Google Android und Googles Werbedienste; dazu bereits Tz. 178.

förmliche Entscheidung abgeschlossen.¹⁹¹ Die Prüfung des Bundeskartellamtes betraf eine Bevorzugung des Nachrichtenangebots im Zusammenhang mit dessen geplanter Integration in die Google-Suche (vgl. § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GWB), eine Diskriminierung von Presseverlegern bei dem Zugang zu Google News Showcase (vgl. § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB) sowie eine Erschwerung der Durchsetzung des Leistungsschutzrechts für Presseverleger (vgl. § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 GWB). Google reagierte während des laufenden Missbrauchsverfahrens auf die wettbewerblichen Bedenken des Bundeskartellamtes und änderte die beanstandeten Verhaltensweisen. Zudem erklärte das Unternehmen, auf die Integration von Google News Showcase in seine Suchmaschine zu verzichten, vertragliche Anpassungen bei der Nutzung jenes Dienstes durch Presseverleger vorzunehmen und über die Anforderungen für die Teilnahme an sowie etwaige Einschränkungen bei dem – grundsätzlich diskriminierungsfreien – Zugang zu dem Nachrichtenangebot zu informieren. Das Bundeskartellamt entschied sich gegen eine Zusageentscheidung, möchte die Umsetzung der Maßnahmen durch Google aber über einen Zeitraum von drei Jahren beobachten.

212. Weitere Verhaltensweisen seitens Google, die das Bundeskartellamt auf Grundlage von § 19a Abs. 2 GWB untersucht, stehen im Zusammenhang mit den Diensten Google Automotive Services und Google Maps Platform.¹⁹² Im Juni 2023 hat das Bundeskartellamt Google seine vorläufige Einschätzung mitgeteilt. Dabei beanstandet es insbesondere verschiedene Praktiken gegenüber Fahrzeugherstellern, die sich auf die Bündelung und die Pflicht zur Vorinstallation oder bevorzugten Darstellung von Google-Diensten sowie die Erschwerung bzw. Verweigerung der Interoperabilität mit solchen Diensten beziehen. Die von Google zur Ausräumung der wettbewerblichen Bedenken des Bundeskartellamtes angebotenen Zusagen hat die Behörde einem Markttest unterzogen, über dessen Ausgang öffentlich bislang noch nichts bekannt ist.

213. In einem Verfahren gegen Meta, das auf Grundlage des allgemeinen Missbrauchsverbots eingeleitet und auf § 19a Abs. 2 GWB erweitert worden ist, hatte das Bundeskartellamt beanstandet, dass die Nutzung von Metas Virtual-Reality-Brillen die Anmeldung bei einem Facebook-Konto voraussetze. Meta hat die Verknüpfung der VR-Brillen mit dem Facebook aufgegeben und ferner zugesagt, die bei der Nutzung der VR-Brillen anfallenden Daten grundsätzlich von jenen aus seinen übrigen Diensten getrennt zu halten.¹⁹³ Das Verfahren ist allerdings noch nicht förmlich abgeschlossen, da – so das Bundeskartellamt – weiterhin die Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer dienstübergreifenden Datenverarbeitung durch Meta zu klären seien.

214. Auch gegenüber Amazon und Apple dauern mehrere Verfahren, die das Bundeskartellamt unter anderem auf Grundlage von § 19a Abs. 2 GWB führt, noch fort. In Bezug auf Amazon untersucht das Bundeskartellamt einerseits eine mögliche Einflussnahme des Unternehmens

¹⁹¹ BKartA, V-43/20, 21. Dezember 2022; vgl. Kartellrechtliche Prüfung von „Google News Showcase“, Fallbericht, 1. August 2023.

¹⁹² BKartA, Verfahren gegen Google wegen möglicher Wettbewerbsbeschränkungen bei Kartendiensten (Google Maps Plattform), Pressemitteilung, 21. Juni 2022; Abmahnung verschiedener Praktiken Googles im Zusammenhang mit den Google Automotive Services und der Google Maps Plattform, Pressemitteilung, 21. Juni 2023; Google Automotive Services-Verfahren – Markttest über Zusagen von Google, Pressemitteilung, 20. Dezember 2023.

¹⁹³ BKartA, B6-55/20; vgl. Verknüpfung von Meta Quest (vormals Oculus) mit dem Facebook-Netzwerk, Fallbericht, 23. November 2022.

auf die Preisesetzung von auf dem Amazon-Marktplatz tätigen (Dritt-) Händlern durch den Einsatz von entsprechenden Algorithmen sowie andererseits verschiedene Verhaltensweisen im Zusammenhang mit sog. Brandgating.¹⁹⁴ Gegenstand des Verfahrens gegen Apple ist die Ausgestaltung von Tracking-Regelungen, die eigene Angebote im Hinblick auf die Möglichkeit der Anzeige personalisierter Werbung gegenüber jenen von Drittanbietern bevorzugen könnten.¹⁹⁵

1.2.2.2 Europäische Missbrauchsaufsicht

215. Der EuGH hat sich in (mindestens) zwei Urteilen mit den Anforderungen an den Nachweis eines Verstoßes gegen das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung aus Art. 102 AEUV auseinandergesetzt. In der Rechtssache *Servizio Elettrico Nazionale* hat der EuGH festgestellt, dass das Wohl der (Zwischen- und End-) Verbraucher das übergeordnete Ziel des Wettbewerbsrechts darstelle.¹⁹⁶ Gleichwohl sei es ausreichend, wenn die Wettbewerbsbehörde nachweise, dass die fragliche Verhaltensweise geeignet sei, die Wettbewerbsstruktur auf dem relevanten Markt zu beeinträchtigen. Das Unternehmen könne dann nachweisen, dass die negativen Wirkungen auf den Wettbewerb durch positive Wirkungen auf die Verbraucher ausgeglichen oder sogar übertroffen würden. Der von einem Unternehmen vorgelegte Beweis für das Fehlen konkreter Verdrängungswirkungen könne zudem für sich genommen nicht als ausreichend angesehen werden, um die Anwendung des Missbrauchsverbots auszuschließen. Er könne jedoch ein Indiz dafür sein, dass das fragliche Verhalten nicht geeignet gewesen sei, wettbewerbswidrige Wirkungen zu entfalten.

216. In der Rechtssache *Unilever Italia* hat der EuGH festgestellt, dass Ausschließlichkeitsklauseln aufgrund ihrer Natur berechnete Wettbewerbsbedenken hervorriefen, sie aber nicht automatisch geeignet seien, Wettbewerber zu verdrängen.¹⁹⁷ Stelle ein Unternehmen die konkrete Eignung von Ausschließlichkeitsklauseln, ebenso leistungsfähige Wettbewerber vom Markt auszuschließen, infrage, müsse die Wettbewerbsbehörde im Stadium der Einstufung der Zuwiderhandlung sicherstellen, dass den Klauseln unter den Umständen des konkreten Falles eine solche Eignung tatsächlich zukomme. Zum Zwecke des Nachweises tatsächlicher Verdrängungswirkungen könne auch die Analyse eines sog. As-efficient-competitor-Tests (AEC-Test) angezeigt sein.¹⁹⁸ Die Durchführung eines AEC-Tests sei bei bestimmten nichtpreisbezogenen Praktiken unangemessen, im Übrigen nur eine von mehreren möglichen Methoden zum Nachweis von Verdrängungswirkungen und für die Wettbewerbsbehörde folglich fakultativ. Lege ein Unternehmen die Ergebnisse eines solchen Tests im Verfahren vor, müsse die Behörde jedoch

¹⁹⁴ Bei Brandgating geht es insbesondere um Vereinbarungen zwischen – in diesem Fall – Amazon und einzelnen Händlern, die andere Händler von dem Verkauf bestimmter Markenprodukte auf dem Amazon-Marktplatz ausschließen könnten. Vgl. BKartA, Prüfung der laufenden Verfahren gegen Amazon auch nach § 19a GWB, Pressemitteilung, 14. November 2022.

¹⁹⁵ BKartA, Bundeskartellamt prüft Apples Tracking-Regelungen für Dritt-Apps, Pressemitteilung, 14. Juni 2022.

¹⁹⁶ EuGH, C-377/20, 12. Mai 2022, *Servizio Elettrico Nazionale* u.a., ECLI:EU:C:2022:379.

¹⁹⁷ EuGH, C-680/20, 19. Januar 2023, *Unilever Italia* Mkt. Operations, ECLI:EU:C:2023:33.

¹⁹⁸ Ein AEC-Test dient dazu, zu ermitteln, ob das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens geeignet ist, ebenso effiziente Wettbewerber vom Markt zu verdrängen. Hierzu wird anhand von Kosten- und Preisdaten untersucht, ob das marktbeherrschende Unternehmen seine Güter zu nicht kostendeckenden Preisen verkauft.

zumindest ihren Beweiswert prüfen. In seiner früheren Rechtsprechung hatte der EuGH Ausschließlichkeitsklauseln und Treuerabatte noch als naturgemäß missbräuchlich bezeichnet.¹⁹⁹ Er relativierte diese Entscheidung jedoch bereits in der Rechtssache Intel in Bezug auf Treuerabatte²⁰⁰ und in der Rechtssache Unilever Italia nunmehr auch in Bezug auf Ausschließlichkeitsklauseln.

217. Anlässlich eines Vorabentscheidungsersuchens des OLG Düsseldorf in dem Beschwerdeverfahren zu der Missbrauchsentscheidung des Bundeskartellamtes gegen Meta (damals Facebook) aus dem Jahr 2019 hat sich der EuGH zu dem Verhältnis von Kartell- und Datenschutzrecht geäußert.²⁰¹ Der EuGH hat festgestellt, dass die Wettbewerbsbehörde die (Un-) Vereinbarkeit eines Verhaltens mit der Verordnung (EU) 2016/679 berücksichtigen könne, sofern die wettbewerbsrechtliche Beurteilung dies erfordere. Angesichts der Bedeutung des Datenzugangs und der Datenverarbeitung für den Wettbewerb würde ein Ausschluss der Vorschriften über den Schutz personenbezogener Daten aus der wettbewerbsrechtlichen Prüfung die tatsächliche wirtschaftliche Entwicklung verkennen und die Wirksamkeit des Wettbewerbsrechts in der Union gefährden. Dabei könne ein Verstoß gegen die Verordnung (EU) 2016/679 ein wichtiges Indiz sein, um festzustellen, ob ein Verhalten zu den Mitteln eines normalen Wettbewerbs gehöre, und um die Folgen für den Markt oder die Verbraucher zu beurteilen. Habe die Datenschutzaufsichtsbehörde bereits eine Entscheidung getroffen, könne die Wettbewerbsbehörde wegen der Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit von den datenschutzrechtlichen Feststellungen nicht abweichen, jedoch eigene Schlussfolgerungen für die Anwendung des Wettbewerbsrechts ziehen. Der Umstand, dass ein Unternehmen – hier: der Betreiber eines sozialen Online-Netzwerks – marktbeherrschend sei, mache die Einwilligung der Nutzerinnen und Nutzer in die Datenverarbeitung zwar für sich genommen nicht unwirksam. Eine marktbeherrschende Stellung könne aber ein wichtiger Aspekt bei der Frage sein, ob die Einwilligung tatsächlich wirksam, insbesondere freiwillig, erteilt worden sei. Hierfür trage das Unternehmen die Beweislast. Außerdem müssten die Nutzerinnen und Nutzer in der Lage sein, die Einwilligung in nicht erforderliche Datenverarbeitungsprozesse zu verweigern, ohne vollständig auf die Nutzung des sozialen Netzwerks zu verzichten. Dessen Betreiber müsse deshalb, gegebenenfalls gegen ein angemessenes Entgelt, eine gleichwertige Alternative ohne eine zusätzliche Datenverarbeitung anbieten (sog. Consent-or-pay-Modell).

218. Wie das Bundeskartellamt hat auch die Europäische Kommission im Berichtszeitraum zahlreiche Missbrauchsverfahren gegen die großen Digitalkonzerne geführt. Die Verfahren sind überwiegend noch nicht abgeschlossen. Nach fast vierjähriger Verfahrensdauer hat die Europäische Kommission eine Untersagungsentscheidung gegenüber Apple erlassen und eine Geldbuße in Höhe von EUR 1,8 Mrd. verhängt.²⁰² Anlass für die Einleitung des Verfahrens war eine Beschwerde des Musikstreaming-Anbieters Spotify. Das Verfahren betraf zuletzt noch sog. Anti-Steering-Regeln, die Apple in seinem App Store genutzt hat und die es Anbietern von Musikstreaming-Apps untersagt haben, Nutzerinnen und Nutzer über andere Möglichkeiten des

¹⁹⁹ EuGH, C-85/76, 13. Februar 1979, Hoffmann-La Roche, ECLI:EU:C:1979:36.

²⁰⁰ EuGH, C-413/14 P, 6. September 2017, Intel, ECLI:EU:C:2017:632.

²⁰¹ EuGH, C-252/21, 4. Juli 2023, Meta Platforms u.a., ECLI:EU:C:2023:537.

²⁰² EU-Kommission, AT.40437, 4. März 2024, App Store Practices (music streaming).

Bezugs von Musikabonnements zu informieren. Ursprünglich war es in dem Verfahren auch um Provisionszahlungen gegangen, die App-Entwickler an Apple bei In-App-Käufen durch Nutzerinnen und Nutzer leisten mussten. Die Ahndung dieses Verhaltens verfolgte die Europäische Kommission aber nicht weiter, sondern teilte Apple zwischenzeitlich geänderte Beschwerdepunkte mit. In ihrer Pressemitteilung zu der Entscheidung gegenüber Apple weist die Europäische Kommission darauf hin, dass das Unternehmen derzeit der einzige Anbieter eines App Stores sei, in dem Entwickler ihre Apps an die Nutzerinnen und Nutzer von Geräten mit dem Apple-Betriebssystem iOS im EWR vertreiben könnten. Seine marktbeherrschende Stellung habe Apple durch die Vorgabe der Anti-Steering-Regeln für die Nutzung seines App Stores im Sinne des Art. 102 Satz 2 lit. a AEUV missbraucht, und zwar über einen Zeitraum von zehn Jahren. Die Geschäftsbedingungen hätten sich insofern nachteilig für die iOS-Nutzerinnen und -Nutzer ausgewirkt, als diese durch jene daran gehindert worden seien, alternative und günstigere Musikabonnements zu erwerben. Hinsichtlich der gegen Apple verhängten Geldbuße ist insbesondere zu berücksichtigen, dass diese in nahezu vollständiger Höhe aus einem Pauschalbetrag besteht, den die Europäische Kommission aus Abschreckungszwecken auf den – nach der üblichen, einnahmenorientierten Methodik berechneten – Grundbetrag aufgeschlagen hat. Apple hat gegen den Beschluss Rechtsmittel eingelegt (T-260/24).

219. In einem weiteren Verfahren gegen Apple hat die Europäische Kommission von dem Unternehmen Angebote für Verpflichtungszusagen entgegengenommen.²⁰³ Nach der vorläufigen Beurteilung der Behörde verfügt Apple auf den Märkten für mobile Geldbörsen auf iOS-Geräten über eine beherrschende Stellung. Diese Stellung missbrauche Apple möglicherweise, indem es Drittentwicklern von Apps für mobile Geldbörsen den Zugang zu der Hardware und Software auf iOS-Geräten verweigere. Ein kontaktloses Bezahlen mit iOS-Geräten in Ladengeschäften sei demnach nur mit dem eigenen Dienst, Apple Pay, möglich. Zur Ausräumung der wettbewerblichen Bedenken der Europäischen Kommission hat Apple insbesondere angeboten, dritten Unternehmen kostenlos Zugang zu und Interoperabilität mit der NFC-Funktion²⁰⁴ auf iOS-Geräten zu ermöglichen. Für den NFC-Zugang sollen faire, objektive, transparente und diskriminierungsfreie Kriterien angewendet werden.

220. Zwei parallele Verfahren gegen Amazon beendete die Europäische Kommission mit einer gemeinsamen Zusagenentscheidung.²⁰⁵ Das Verfahren Amazon Marketplace betraf die Nutzung nicht öffentlicher Daten von Dritthändlern, die auf dem Marktplatz des Unternehmens tätig sind, durch Amazon. Die Europäische Kommission stellte vorläufig fest, dass Amazon über eine beherrschende Stellung auf dem französischen und dem deutschen Markt für die Bereitstellung von Online-Marktplatzdiensten für Dritthändler verfüge. Diese Stellung habe Amazon möglicherweise gemäß Art. 102 AEUV missbraucht, indem es Daten der Dritthändler, die das Unternehmen in seiner Funktion als Betreiber des Marktplatzes gewonnen habe, für seine eigene Tätigkeit als Händler verwendet habe. Damit habe Amazon durch nicht leistungswettbewerbliche Mittel einen Vorteil gegenüber den Dritthändlern erlangt und diese im Wettbewerb

²⁰³ EU-Kommission, AT.40452, Apple – Mobile payments; vgl. Kartellrecht: Kommission holt Stellungnahmen zu Verpflichtungsangeboten von Apple zu Apple Pay ein, Pressemitteilung, 19. Januar 2024, IP/24/282.

²⁰⁴ NFC = Near Field Communication.

²⁰⁵ EU-Kommission, AT.40462 (Amazon Marketplace) und AT.40703 (Amazon Buy Box), 20. Dezember 2022.

behindert. Zur Ausräumung der wettbewerblichen Bedenken der Europäischen Kommission hat Amazon erklärt, auf die Nutzung der nichtöffentlichen Daten von Dritthändlern für sein eigenes Handelsgeschäft zu verzichten.

221. In dem Verfahren Buy Box ging es um eine mögliche Selbstbevorzugung bzw. eine Bevorzugung von solchen Dritthändlern, welche die Logistik- und Versanddienste von Amazon nutzen, bei dem Zugang zu der sog. Buy Box sowie dem Prime-Angebot. Bei der Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung von Amazon für die Bereitstellung von Online-Marktplatzdiensten berücksichtigte die Europäische Kommission neben dem deutschen und dem französischen auch den spanischen Markt. Ein möglicher Missbrauch dieser Stellung liege darin begründet, dass Amazon solche Dritthändler, welche die Logistik- und Versanddienste von Amazon nicht nutzten, in ihrer Visibilität beeinträchtigte und damit im Wettbewerb mit Amazon selbst sowie den übrigen Dritthändlern behindere. Die Verpflichtungszusagen sehen eine Pflicht zur Gleichbehandlung aller Händler auf dem Amazon-Marktplatz bei dem Zugang zur Buy Box sowie zur Präsentation eines zweiten, konkurrierenden Angebots vor. Auch mit Blick auf Prime beinhalten die Zusagen zunächst eine Pflicht zur Gleichbehandlung. Zudem können Prime-Händler ihre Logistik- und Lieferdienste frei wählen, während Amazon etwaige Informationen, die das Unternehmen als Betreiber von Prime über dritte Beförderungsunternehmen gewinnt, nicht für seine eigenen Logistikdienste verwenden darf. Die Verpflichtungszusagen gelten für sämtliche – bestehenden und künftigen – Marktplätze im EWR; wobei Italien wegen einer eigenen Entscheidung der dortigen Wettbewerbsbehörde von den Zusagen betreffend die Buy Box und Prime ausgenommen ist.

222. In einem noch laufenden Verfahren gegen Google hat die Europäische Kommission eine Mitteilung der Beschwerdepunkte erlassen.²⁰⁶ Die Behörde ist der vorläufigen Auffassung, dass Google mit seinen Technologiendiensten für Online-Display-Werbung sowohl auf dem Markt für Ad-Server für Verleger als auch auf dem Markt für Instrumente für den Kauf von Werbung für Werbetreibende beherrschend sei. Möglicherweise habe Google diese Stellung mindestens seit 2014 missbraucht, indem es im Zusammenhang mit dem Einsatz der vorgenannten Dienste seine Online-Börse für die Vermittlung von Werbeflächen („AdX“) zulasten konkurrierender Anbieter sowie von Werbetreibenden und Online-Verlegern bevorzugt habe. Bemerkenswert ist, dass die Europäische Kommission in ihrer Pressemitteilung zu der Mitteilung der Beschwerdepunkte darauf hinweist, dass ihre wettbewerblichen Bedenken in diesem Fall wahrscheinlich nur durch eine Veräußerung eines Teils der Dienste von Google ausgeräumt werden könnten.

223. Auch Meta sind seitens der Europäischen Kommission Beschwerdepunkte mitgeteilt worden.²⁰⁷ Demnach verfüge das Unternehmen über eine beherrschende Stellung auf dem europaweiten Markt für soziale Netzwerke sowie auf den nationalen Märkten für Online-Display-Werbedienste in sozialen Medien. Ein missbräuchliches Verhalten sei nach vorläufiger Beurteilung zum einen darin zu erblicken, dass Meta seinen Online-Kleinanzeigendienst Facebook Mar-

²⁰⁶ EU-Kommission, AT.40670, Google- Adtech and Data-related practices; vgl. Kartellrecht: Kommission übermittelt Google Mitteilung der Beschwerdepunkte wegen missbräuchlicher Praktiken im Bereich der Online-Werbetechnologie, Pressemitteilung, 14. Juni 2023, IP/23/3207.

²⁰⁷ EU-Kommission, AT.40684, Facebook Marketplace.

ketplace mit dem marktbeherrschenden sozialen Netzwerk Facebook verknüpfe. Zum anderen erlege Meta konkurrierenden Online-Kleinanzeigendiensten, die auf Facebook oder Instagram Werbung schalteten, zugunsten von Facebook Marketplace einseitig unfaire Handelsbedingungen auf.

224. Microsoft ist Adressat eines im Berichtszeitraum neu eingeleiteten Missbrauchsverfahrens.²⁰⁸ Die Europäische Kommission untersucht, ob die Kopplung von Microsofts Kommunikations- und Kooperationsprodukt Teams an seine Plattformprodukte Office 365 und Microsoft 365 ein missbräuchliches Verhalten darstellt. Microsoft kündigte bereits kurz nach der Verfahrenseinleitung an, zusätzlich jeweils eine Lizenzversion von Office 365 und Microsoft 365 ohne Teams anzubieten. Das Verfahren dauert noch fort.

1.2.3 Horizontale und vertikale Beschränkungen

1.2.3.1 Deutsche Kartellaufsicht

225. Das Bundeskartellamt hat das Verfahren gegen die Deutsche Fußball Liga (DFL) wegen der zentralen Vermarktung der Medienrechte für die 1. und 2. Fußball-Bundesliga ab der Spielzeit 2025/26 abgeschlossen.²⁰⁹ Im Unterschied zu früheren Ausschreibungen erging dabei – in prozessualer Hinsicht – keine förmliche Zusagenentscheidung, mittels der einzelne Aspekte des Vermarktungsmodells für bindend erklärt worden wären, sondern lediglich ein sog. Vorsitzendenschreiben (nunmehr § 32c Abs. 2 GWB), in dem den Beteiligten die Einstellung des Verfahrens sowie die Gründe hierfür mitgeteilt wurden. Die Monopolkommission hat dagegen in der Vergangenheit selbst gegenüber der kartellbehördlichen Praxis, die Überprüfung von Vermarktungsmodellen wiederholt mit Zusagenentscheidungen zu beenden, auf die Defizite einer solchen einvernehmlichen Verfahrensbeendigung im Vergleich zu streitig geführten Verfahren (letztere mit einem vollständig ermittelten Sachverhalt und einer abschließenden rechtlichen Beurteilung) hingewiesen.²¹⁰ Diese Bedenken gelten gegenüber Vorsitzendenschreiben, die in der Regel nur wenige Erwägungen enthalten und zudem keine anfechtbaren Verfügungen darstellen, freilich umso mehr. Auch in inhaltlicher Hinsicht hat das Bundeskartellamt seine Einschätzung geändert und anders als in den Vorjahren auf ein Alleinerwerbsverbot dergestalt, dass nicht ein einziger Bieter sämtliche Live-Rechtepakete erwerben kann, verzichtet. Damit besteht (zumindest theoretisch) die Möglichkeit, dass die Verbraucherinnen und Verbraucher mit nur einem Abonnement alle Ligaspiele sehen können. Das Bundeskartellamt begründet den Verzicht auf ein Alleinerwerbsverbot damit, dass das Risiko einer „Beschränkung des Innovationswettbewerbs in Form der Behinderung der Entwicklung neuartiger Übertragungswege“ im Unterschied zu den vergangenen Rechteperioden als eher gering einzustufen sei. Die Monopolkommission hat ein solches „strenges“ Alleinerwerbsverbot in der Vergangenheit wiederholt kritisiert und auf die Vorteile der Vergabe zumindest eines Teils der Übertragungsrechte

²⁰⁸ EU-Kommission, AT.40721, Microsoft Teams.

²⁰⁹ BKartA, V/B6-21/22, 26. Februar 2024, Bundesliga-Zentralvermarktung.

²¹⁰ Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 111, Tz. 471 ff.; XXIII. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 115, Tz. 484.

an mehrere Bieter hingewiesen.²¹¹ Das Bundeskartellamt hatte bei der Beurteilung der Rechtevergabe auch das kurz zuvor ergangene EuGH-Urteil in der Rechtssache European Superleague Company zu berücksichtigen.²¹² Der EuGH tendierte dort zwar in Richtung einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung, erkannte in der Umverteilung der durch die Zentralvermarktung erzielten Erlöse aber auch mögliche Effizienzvorteile.

226. In dem langjährigen Kartellverfahren wegen der sog. 50+1-Regel beabsichtigt das Bundeskartellamt, die von der DFL angebotenen Verpflichtungszusagen für bindend zu erklären.²¹³ Das Bundeskartellamt äußerte keine durchgreifenden wettbewerblichen Bedenken gegenüber der Grundregel, erachtete aber deren uneinheitliche Anwendung als problematisch. Die Zusagenangebote sehen einen Bestandsschutz für die bestehenden Ausnahmen von der 50+1-Regel vor unter der Voraussetzung, dass die betreffenden Fußballvereine²¹⁴ zu einer weitergehenden Mitgliederpartizipation und der Zahlung eines Vorteilsausgleichs verpflichtet werden. Eine Bewilligung zusätzlicher Ausnahmen von der 50+1-Regel soll dagegen nicht mehr möglich sein. Auch vor dem Hintergrund der sportkartellrechtlichen Rechtsprechung des EuGH vom Dezember 2023 möchte das Bundeskartellamt nun noch die Lizenzierungspraxis der DFL auf ihre einheitliche Anwendung hin genauer untersuchen.²¹⁵

227. Das Bundeskartellamt hat nachträglich einen Verstoß von Stihl, einem Hersteller von Motorgeräten für den Garten- und Landschaftsbau, gegen das Kartellverbot festgestellt.²¹⁶ Stihl habe im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems mit besonders autorisierten Händlern in Deutschland vereinbart und auch durchgesetzt, dass die Händler bestimmte Produkte bzw. Produktkategorien der Wettbewerber von Stihl nicht vertreiben dürften. Eine etwaige Freistellung solcher Wettbewerbsverbote nach Maßgabe der Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung (ehemals Verordnung (EU) 330/2010, nunmehr Verordnung (EU) 2022/720) scheitere vorliegend für zahlreiche betroffene Märkte bereits daran, dass die Verordnung wegen des Überschreitens der Marktanteilsschwelle von 30 Prozent seitens Stihl insoweit nicht anwendbar sei. Die Voraussetzungen für eine Einzelfreistellung seien nicht hinreichend dargelegt; insbesondere sei die Wettbewerbsbeschränkung nicht unerlässlich für das Erreichen der Effizienzvorteile. Der Feststellungsbeschluss ergehe, so das Bundeskartellamt, trotz der Aufgabe des beanstandeten Verhaltens noch während des laufenden Kartellverwaltungsverfahrens ausnahmsweise aus Gründen der „Signalwirkung“ gegenüber den Händlern von Stihl-Produkten sowie

²¹¹ Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 111, Tz. 453 ff., 490 ff.; XXIII. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 115, Tz. 476 ff.

²¹² EuGH, C-333/21, 21. Dezember 2023, European Superleague Company, ECLI:EU:C:2023:1011. Dazu noch Tz. 229 und 265 f.

²¹³ BKartA, 50+1-Verfahren – DFL-Zusagenangebot soll verbindlich werden, Pressemitteilung, 12. Juli 2023. Die 50+1-Regel sieht vor, dass ein Fußballverein, der seine Mannschaft in eine Kapitalgesellschaft ausgliedert, grundsätzlich die Stimmrechtsmehrheit an dieser Gesellschaft behalten muss.

²¹⁴ Bayer 04 Leverkusen, VFL Wolfsburg, TSG 1899 Hoffenheim.

²¹⁵ BKartA, 50+1-Regel – Auswirkungen der EuGH-Rechtsprechung und weitere Verfahrensführung, Pressemitteilung, 29. Mai 2024. Zu den drei EuGH-Urteilen – International Skating Union, European Superleague Company und Royal Antwerp Football Club – vgl. noch Tz. 229 und 261 ff.

²¹⁶ BKartA, B5-130/20, 31. Mai 2022, Stihl.

anderen Herstellern. Stihl hat Rechtsmittel gegen den Beschluss des Bundeskartellamtes eingelegt, sodass dieser nicht bestandskräftig ist.

228. Ein Verfahren wegen der Koordinierung von Preisen durch die Arbeitsgemeinschaft von Hilfsmittelverbänden (ARGE) wurde mit einer Zusagenentscheidung beendet.²¹⁷ Der Beschluss des Bundeskartellamtes erging gegenüber verschiedenen Unternehmensvereinigungen aus dem Bereich der Hilfsmittelversorgung. Diese vertraten im Rahmen der ARGE etwa 80 Prozent der bundesweiten Standorte der Leistungserbringer (insbesondere Sanitätshäuser sowie orthopädische Werkstätten) und verpflichteten sich zu gemeinsamen Preisverhandlungen mit den gesetzlichen Krankenkassen. Eine verbandliche Kooperation der Leistungserbringer bei dem Abschluss von Verträgen über Hilfsmittel sei spezialgesetzlich zwar grundsätzlich zulässig (vgl. § 127 SGB V). Die ARGE habe allerdings für eine Vielzahl unterschiedlicher Hilfsmittel im Rahmen bestehender Versorgungsverträge einheitliche Preisaufschläge gegenüber den Krankenkassen gefordert und vielfach auch durchgesetzt, ohne die tatsächlichen Kostensteigerungen abzubilden. Die Grenze des kartellrechtlich Zulässigen werde nach der vorläufigen Beurteilung des Bundeskartellamtes jedenfalls dann überschritten, wenn sich die maßgeblichen Verbände – einschließlich der Spitzenverbandsebene – koordinierten und dadurch eine weitreichende Beschränkung des (Preis-) Wettbewerbs bezweckten und bewirkten. Außerdem sei der Anwendungsvorrang des EU-Wettbewerbsrechts zu beachten. Das Bundeskartellamt geht zusätzlich davon aus, dass das pauschale Fordern der Preisaufschläge eine missbräuchliche Ausnutzung einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung darstelle. Die zur Ausräumung der wettbewerblichen Bedenken für bindend erklärten Verpflichtungszusagen der Beteiligten sehen im Wesentlichen den künftigen Verzicht auf eine kollektive Verhandlung von Verträgen im Rahmen der ARGE vor. Die ARGE selbst und die betroffenen Hilfsmittelverträge seien bereits aufgelöst worden.

1.2.3.2 Europäische Kartellaufsicht

229. Der EuGH hat sich in drei Urteilen mit der Anwendung des Kartellrechts auf sportverbandliche Verhaltensweisen befasst. Die Urteile ergingen am selben Tag und ähneln sich in großen Teilen. Der EuGH bestätigte im Wesentlichen eine Entscheidung des EuG, in der das Gericht einen Verstoß gegen das Kartellverbot durch die International Skating Union und deren Regeln über die Zulassung zu sportlichen Wettkämpfen annahm.²¹⁸ Außerdem stellte der EuGH fest, dass die Regeln des internationalen Fußballverbands Fédération Internationale de Football Association (FIFA), welche die Veranstaltung konkurrierender Fußballwettbewerbe von der Zustimmung der FIFA abhängig machen, weder mit dem Kartellverbot noch dem Missbrauchsverbot vereinbar seien.²¹⁹ Der EuGH begründete beide Entscheidungen insbesondere mit der Doppelrolle des jeweiligen Sportverbandes als Regelsetzer einerseits und als auf dem betreffenden Markt tätiger Wirtschaftsteilnehmer andererseits sowie dem Fehlen eines – in materieller und formeller Hinsicht – geeigneten Regelwerks für die Zustimmung zur Veranstaltung konkurrie-

²¹⁷ BKartA, B3-40/22, 2. November 2023, ARGE Hilfsmittelversorgung.

²¹⁸ EuGH, C-124/21 P, 21. Dezember 2023, International Skating Union, ECLI:EU:C:2023:1012.

²¹⁹ EuGH, C-333/21, a. a. O., vgl. Fn. 212.

render Wettkämpfe. Darüber hinaus nimmt der EuGH Stellung zu den Grenzen für eine Ausnahme von dem Kartell- bzw. dem Missbrauchsverbot nach der Meca-Medina-Rechtsprechung. Gegenüber den Regeln sowohl des europäischen Fußballverbands Union of European Football Associations (UEFA) als auch des belgischen Fußballverbands Union Royale Belge de Sociétés de Football (URBSFA) zur Anzahl von heimischen Spielerinnen und Spielern, die bei internationalen Wettbewerben mindestens in dem Kader eines Vereins verfügbar sein müssen („Home-grown-Regeln“), vertrat der EuGH eine großzügigere Auffassung.²²⁰ Die Monopolkommission befasst sich mit den EuGH-Urteilen in diesem Gutachten noch ausführlich in Abschnitt 2.2. Dort ordnet sie zudem die verbandlichen Vorgaben für die Tätigkeit von Spielervermittlerinnen und -vermittlern ein, die Gegenstand mehrerer Verfahren (unter anderem) vor deutschen Gerichten sind bzw. waren und zu denen sich im Rahmen von zwei Vorabentscheidungsersuchen auch der EuGH äußern wird.²²¹

230. Gegenstand einer weiteren EuGH-Entscheidung waren (unter anderem) die Anforderungen an die Feststellung einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung bei einer Vereinbarung über Mindestpreise für den Weiterverkauf.²²² In Übereinstimmung mit seiner bisherigen Rechtsprechung weist der EuGH zunächst darauf hin, dass der Begriff der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Kartellverbots aus Art. 101 Abs. 1 AEUV zwar eng auszulegen sei, er aber auch vertikale Vereinbarungen umfassen könne, obgleich diese oft weniger schädlich für den Wettbewerb seien als horizontale Vereinbarungen. Bei der Einordnung einer Vereinbarung als bezweckte oder (nur) bewirkte Wettbewerbsbeschränkung sei auf den Inhalt ihrer Bestimmungen und die mit ihr verfolgten Ziele sowie auf den wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhang, in dem sie stehe, abzustellen. Etwaige von den Unternehmen vorgebrachte wettbewerbsfördernde Wirkungen der Vereinbarung seien als Bestandteile des Zusammenhangs der Vereinbarung zu berücksichtigen. Auch der Umstand, so der EuGH weiter, dass eine vertikale Preisbindung eine Kernbeschränkung im Sinne des Art. 4 lit. a Verordnung (EU) 2022/720 darstelle, sei von Bedeutung für den rechtlichen Zusammenhang. Allerdings nehme die Vorschrift eine vertikale Preisbindung lediglich von der Möglichkeit der gruppenweisen Freistellung von dem Kartellverbot aus. Die Begriffe der Kernbeschränkung und der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung seien weder austauschbar noch zwangsläufig deckungsgleich. Die Feststellung einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung anhand der vorgenannten Kriterien sei deshalb auch nicht mit der Begründung verzichtbar, dass es sich bei einer vertikalen Preisbindung um eine Kernbeschränkung handle. In seiner früheren Rechtsprechung hatte der EuGH vertikale Preisbindungen noch als (per se) wettbewerbsbeschränkend angesehen.²²³ Die Änderung der EuGH-Rechtsprechung hat einen größeren behördlichen Begründungsaufwand bei solchen Verhaltensweisen zur Folge.

²²⁰ EuGH, C-680/21, 21. Dezember 2023, Royal Antwerp Football Club, ECLI:EU:C:2023:1010.

²²¹ Landgericht (LG) Dortmund, 8 O 1/23 Kart, 24. Mai 2023; bestätigt durch OLG Düsseldorf, VI-U (Kart) 2/23, 13. März 2024; BGH, KZR 71/21, 13. Juni 2023, Reglement für Spielervermittler, beim EuGH: C-428/23, Rogon u.a.; LG Mainz, 9 O 129/21, 30. März 2023, beim EuGH: C-209/23, RRC Sports.

²²² EuGH, C-211/22, 29. Juli 2023, Super Bock Bebidas, ECLI:EU:C:2023:529.

²²³ EuGH, C-243/83, 3. Juli 1985, Binon/AMP, ECLI:EU:C:1985:284.

231. In zwei kurz aufeinanderfolgenden Urteilen hat sich der EuGH zur Reichweite des Kartellverbots hinsichtlich der Vorgaben nationaler Berufsverbände zur Festlegung des Honorars von Notaren bzw. Rechtsanwälten geäußert. Notare seien grundsätzlich Unternehmen im Sinne des EU-Wettbewerbsrechts.²²⁴ Der Umstand, dass sie für einen Teil ihrer Tätigkeiten über hoheitliche Befugnisse verfügten, stehe der Einstufung als Unternehmen nicht entgegen, soweit die freiberuflichen und mithin wirtschaftlichen Tätigkeiten von der Ausübung hoheitlicher Befugnisse losgelöst werden könnten. Bei den von einer Notarkammer erlassenen Vorschriften zur Vereinheitlichung der Art und Weise, in der die Notare die Honorare für bestimmte Tätigkeiten berechneten, handele es sich um Beschlüsse einer Unternehmensvereinigung. Solche Verhaltensweisen führten zu einer horizontalen Festsetzung der Preise für die entsprechenden Dienstleistungen und stellten damit bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen dar. Bei bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen komme von vornherein nur eine Freistellung von dem Kartellverbot nach Maßgabe des Art. 101 Abs. 3 AEUV – und nicht etwa eine tatbestandliche Ausnahme nach der Wouters-Rechtsprechung – in Betracht.²²⁵ In der zweiten Entscheidung stellte der EuGH fest, dass eine nationale Regelung, wonach ein Berufsverband eine Honorarordnung mit Mindestbeträgen für die Tätigkeit von Rechtsanwälten festlege, mit Art. 101 AEUV i. V. m. Art. 4 Abs. 3 EUV unvereinbar sei.²²⁶ Eine solche Regelung stelle eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung dar, für die es keine Möglichkeit einer tatbestandlichen Ausnahme gebe. Ein nationales Gericht müsse die Anwendung der Regelung ablehnen, und zwar auch dann, wenn die dort vorgesehenen Mindestbeträge die tatsächlichen Marktpreise der anwaltlichen Tätigkeit widerspiegeln.

1.2.4 Kartellschadensersatz

1.2.4.1 Deutsche Rechtsprechung

232. Der BGH hat seine Rechtsprechung zu Erleichterungen für den Nachweis von Kartellschäden fortgeführt. In der Entscheidung Stahl-Strahlmittel stellte der BGH zunächst klar, dass es für die Kartellbetroffenheit des mittelbaren Abnehmers genüge, wenn dieser Waren, die Gegenstand der Kartellabsprache gewesen seien, von dem unmittelbaren Abnehmer des an einem Kartell beteiligten Unternehmen oder von dessen Abnehmern erworben habe.²²⁷ Dabei seien auch etwaige Preisschirmeffekte zu berücksichtigen.²²⁸ Zudem weist der BGH darauf hin, dass es den Erfahrungssatz – im Sinne einer tatsächlichen Vermutung – gebe, dass die im Rah-

²²⁴ EuGH, C-128/211, 18. Januar 2024, Lietuvos notary rūmai u.a., ECLI:EU:C:2024:49.

²²⁵ So die neue EuGH-Rechtsprechung aus den zuvor besprochenen Urteilen International Skating Union sowie European Superleague Company, vgl. Tz. 229.

²²⁶ EuGH, C-438/22, 25. Januar 2024, Em akaunt BG, ECLI:EU:C:2024:71.

²²⁷ BGH, KZR 46/20, 28. Juni 2022, Stahl-Strahlmittel.

²²⁸ Preisschirmeffekte entstehen durch die Anhebung von Preisen durch Unternehmen, die selbst nicht an kartellrechtswidrigen Absprachen beteiligt waren, die sich das kartellbedingt höhere Preisniveau in den betroffenen Märkten aber für ihre eigene Preissetzung zunutze machen. Auch für solche Schäden können die Rechtsverletzer, nicht die Kartellaußenseiter, haftbar sein; vgl. grundlegend EuGH, C-557/12, 5. Juni 2014, Kone u.a., ECLI:EU:C:2014:1317.

men des Kartells erzielten Preise im Schnitt über denjenigen lägen, die sich ohne die wettbewerbsbeschränkende Absprache gebildet hätten. Ein solcher Erfahrungssatz gelte zugunsten des Abnehmers auch dann, wenn dieser die Waren nicht (unmittelbar) von der an dem Verstoß beteiligten Muttergesellschaft, sondern (mittelbar) von der zur selben wirtschaftlichen Einheit gehörenden Tochtergesellschaft erworben habe. In der Entscheidung LKW-Kartell III erstreckte der BGH die tatsächliche Vermutung für einen kartellbedingten Preisaufschlag auf Entgelte, die Leasingnehmer bzw. Mietkäufer an ihre Finanzierungsgesellschaften zahlen.²²⁹ Auch insoweit sei von der Weitergabe der höheren Preise auszugehen, wenn die Leasing- oder Mietkaufverträge auf die vollständige Deckung des jeweiligen Anschaffungspreises gerichtet seien.

233. In einem Urteil zum Drogeriekartell ging der BGH davon aus, dass es auch bei einem Informationsaustausch über das aktuelle oder geplante Preissetzungsverhalten von Unternehmen einen Erfahrungssatz mit starker Indizwirkung dahingehend gebe, dass die danach erzielten Preise über dem hypothetischen Wettbewerbspreis lägen.²³⁰ Da Wettbewerber solche Informationen typischerweise verwendeten, sei mit einer hohen Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass der Marktmechanismus auch durch einen reinen Austausch beeinflusst werde. Der Tatrichter müsse im Rahmen einer Gesamtwürdigung jedoch alle Umstände des Einzelfalls darauf hin überprüfen, ob sie den vorstehenden Erfahrungssatz im konkreten Fall entkräfteten oder bestätigten.

234. Der BGH hat das sog. Sammelklageinkasso für das Kartellschadensersatzrecht gestärkt.²³¹ Die grundsätzliche Zulässigkeit der Praxis war zuvor – und ist möglicherweise weiterhin – in der Rechtsprechung umstritten.²³² Denn der von dem BGH entschiedene Fall wies die Besonderheit auf, dass dort nicht etwa ein spezifisches Inkassounternehmen tätig war, sondern sich ein Verbund mittelständischer Brauereien die Forderungen seiner Mitgliedsunternehmen hat abtreten lassen. Für berufliche und andere Interessenvereinigungen sieht § 7 Rechtsdienstleistungsgesetz aber eine Ausnahme von dem grundsätzlichen Verbot der Erbringung von Rechtsdienstleistungen vor. Der BGH wies mit Blick auf die Anwendbarkeit dieser Privilegierung im vorliegenden Fall darauf hin, dass der Unternehmensverbund zur Wahrung gemeinsamer Interessen gegründet worden sei und die Erbringung der Rechtsdienstleistungen nicht der Gewinnerzielung diene. Dass die Rechtsbesorgung nicht unentgeltlich und mittelbar auch im Interesse der einzelnen Unternehmen erfolge, sei unschädlich. Schließlich stehe die Erbringung der Rechtsdienstleistungen im Zusammenhang mit den satzungsmäßigen Aufgaben der Vereinigung und überlagere diese nicht.

²²⁹ BGH, KZR 46/21, 5. Dezember 2023, LKW-Kartell III.

²³⁰ BGH, KZR 42/20, 29. November 2022, Schlecker.

²³¹ BGH, KZR 73/21, 26. September 2023, Die Freien Brauer; außerhalb des Kartellrechts zuletzt BGH, VIa ZR 418/21, 13. Juni 2022, financialright. Sammelklageinkasso meint die Einziehung von Forderungen verschiedener Zedenten und deren gebündelte Geltendmachung durch einen Zessionar.

²³² Vgl. nur OLG Karlsruhe, 6 U 56/20 Kart, 17. November 2021 (Vorinstanz); LG Hannover, 18 O 34/17, 1. Februar 2021; LG Stuttgart, 30 O 176/19, 20. Januar 2022; LG Mainz, 9 O 125/20, 7. Oktober 2022; LG Dortmund, 8 O 7/20 (Kart), 13. März 2023 (Vorlage an den EuGH, dort: C-253/23, ASG 2). Vgl. auch – im Anschluss an das BGH-Urteil – OLG München, 29 U 1319/20, 28. März 2024.

235. Im Berichtszeitraum haben einzelne Gerichte erstmals in einer signifikanten Anzahl an Entscheidungen von der Schätzbefugnis aus § 287 Zivilprozessordnung Gebrauch gemacht und kartellbedingte Schäden der Höhe nach konkret beziffert. Der BGH hatte dies in der Entscheidung Schienenkartell II angeregt.²³³ Während das LG Mannheim für das Zuckerkartell²³⁴ und das OLG Schleswig für das Drogeriekartell²³⁵ von Preisaufschlägen in Höhe von lediglich zwei bzw. 0,5 Prozent ausgingen, gelangte das LG Berlin in verschiedenen Urteilen zu teilweise deutlich höheren Schäden: LKW-Kartell²³⁶ = fünf Prozent während des Kartellzeitraums und Nachwirkungen im ersten kartellfreien Jahr drei Prozent bzw. im Folgejahr ein Prozent; Schienenkartell²³⁷ = über mehrere Produktarten durchschnittlich ca. 16 Prozent; Fahrtreppenkartell²³⁸ = ca. 16 Prozent. In einem Urteil wegen Absprachen bei EC-Kartenentgelten sprach das LG Berlin hingegen nur einer von zwei Klägerinnen und dieser nur eine ganz geringe Schadenssumme zu.²³⁹ In dem Fall hatte das Bundeskartellamt eine Verpflichtungszusagenentscheidung erlassen, bei der das LG Berlin eine Bindungswirkung gemäß § 33b GWB für das Schadensersatzverfahren verneinte.

236. Das OLG Düsseldorf hat entschieden, dass ein Unternehmen für durch eine Kartellgeldbuße entstandene Schäden keinen Regress bei den verantwortlichen Organen nehmen kann.²⁴⁰ Das Gericht begründete dies unter anderem mit dem Sanktionszweck der kartellrechtlichen Geldbuße und den Wertungen des (Kartell-) Ordnungswidrigkeitenrechts. Eine Haftung für Kartellschadensersatzforderungen Dritter bejahte der Senat dagegen. Im Gegensatz hierzu hat das LG Dortmund in zwei veröffentlichten Hinweisbeschlüssen keinen Grund gesehen, die Haftung für Kartellgeldbußen auszuschließen, und unter anderem auf die Bedeutung der Organhaftung als Steuerungsinstrument der Gesellschaft gegenüber ihren Organen verwiesen.²⁴¹ Die Monopolkommission befasst sich mit der zivilrechtlichen Organhaftung für Kartellsanktionen in diesem Gutachten noch ausführlich in Abschnitt 2.4.

1.2.4.2 Europäische Rechtsprechung

237. Der EuGH hat sich mit mehreren Vorabentscheidungsersuchen zu zivilrechtlichen Follow-on-Klagen anlässlich des LKW-Kartells befasst. In der Rechtssache Volvo und DAF Trucks ging es um die zeitliche Anwendbarkeit der Richtlinie 2014/104/EU (Kartellschadensersatzrichtlinie)

²³³ BGH, KZR 24/17, 28. Januar 2020, Schienenkartell II; vgl. Monopolkommission, XXIII. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 115, Tz. 368.

²³⁴ LG Mannheim, 14 O 103/18 Kart, 23. Juni 2023.

²³⁵ OLG Schleswig, 16 U 97/22 Kart, 12. Oktober 2023 (bislang nur Hinweisbeschluss).

²³⁶ LG Berlin, 61 O 1/23 Kart, 15. Juni 2023; vgl. auch LG Berlin, 16a O 1/20 Kart, 19. Juni 2023.

²³⁷ LG Berlin, 61 O 2/23 Kart, 7. Februar 2023.

²³⁸ LG Berlin, 96b O 2/23 Kart, 25. September 2023.

²³⁹ LG Berlin, 16 O 21/19 Kart, 2. März 2023.

²⁴⁰ OLG Düsseldorf, VI-6 U 1/22 (Kart), 27. Juli 2023. Anders zuvor LAG Düsseldorf, 16 Sa 459/14, 20. Januar 2015; LG Saarbrücken, 7 HK O 6/16, 15. September 2020.

²⁴¹ LG Dortmund, 8 O 5/22 (Kart), 21. Juni 2023 und 14. August 2023.

und insbesondere um die Anspruchsverjährung.²⁴² Bei den Verjährungsregeln aus Art. 10 Richtlinie 2014/104/EU handele es sich um materiell-rechtliche Vorschriften, für welche die Richtlinie keine rückwirkende Anwendbarkeit vorsehe. Zu den für die Erhebung einer Schadensersatzklage erforderlichen Angaben zählten das Vorliegen eines Kartellrechtsverstoßes sowie eines Schadens, der ursächliche Zusammenhang zwischen dem Verstoß und dem Schaden sowie die Identität des Rechtsverletzers. In dem vorliegenden Fall hat das EuGH eine den Verjährungsbeginn auslösende Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis erst mit der Veröffentlichung der Zusammenfassung des Beschlusses im Amtsblatt der Europäischen Union – und nicht bereits mit der Veröffentlichung der Pressemitteilung – angenommen.²⁴³ Während es sich zudem bei den Regeln über die Beweislast und das Beweismaß gemäß Art. 17 Abs. 1 Richtlinie 2014/104/EU grundsätzlich um Verfahrensvorschriften handele, sei die Vermutung über den Eintritt eines Schadens gemäß Art. 17 Abs. 2 Richtlinie 2014/104/EU materiell-rechtlicher Natur.

238. In der Rechtssache *Tráficos Manuel Ferrer* stellte der EuGH fest, dass Art. 101 AEUV und Art. 3 Richtlinie 2014/104/EU einer annähernd hälftigen Kostentragung in dem Fall, dass der Schadensersatzklage nur teilweise stattgegeben werde, nicht entgegenstehe.²⁴⁴ Zudem sei Art. 17 Abs. 1 Richtlinie 2014/104/EU dahingehend auszulegen, dass eine Schadensschätzung nur in Betracht komme, wenn das Vorliegen eines Schadens dem Grunde nach erwiesen sei und es praktisch unmöglich oder übermäßig schwierig sei, den Schaden der Höhe nach genau zu beziffern. Das setze voraus, dass der Kläger zur Schadensbezifferung zuvor alle zur Verfügung stehenden Mittel – einschließlich eines Antrags auf Offenlegung von Beweismitteln – genutzt habe.

239. In einer weiteren Entscheidung hat der EuGH den Beschluss der Europäischen Kommission zum LKW-Kartell dahingehend ausgelegt, dass auch Sonderfahrzeuge – einschließlich Müllfahrzeugen – zu den kartellbetroffenen Produkten gehörten.²⁴⁵ Damit entfaltet die Entscheidung Bindungswirkung auch für entsprechende Schadensersatzklagen vor nationalen Gerichten.²⁴⁶ Außerdem stellte der EuGH klar, dass die Pflicht zur Offenlegung von Beweismitteln gemäß Art. 5 Richtlinie 2014/104/EU grundsätzlich auch neu zu erstellende Dokumente umfasse.²⁴⁷ Demnach könne der Beklagte oder ein Dritter verpflichtet werden, Informationen, Kenntnisse oder Daten, die sich in seiner Verfügungsgewalt befänden, zusammenzustellen oder zu klassifizieren.

²⁴² EuGH, C-267/20, 22. Juni 2022, *Volvo und DAF Trucks*, ECLI:EU:C:2022:494.

²⁴³ Vgl. auch EuGH, C-605/21, 18. April 2024, *Heureka Group*, ECLI:EU:C:2024:324.

²⁴⁴ EuGH, C-312/21, 16. Februar 2023, *Tráficos Manuel Ferrer*, ECLI:EU:C:2023:99.

²⁴⁵ EuGH, C-588/20, 1. August 2022, *Daimler*, ECLI:EU:C:2022:607.

²⁴⁶ Vgl. – zu Feuerwehr- und Winterdienstfahrzeugen – OLG Stuttgart, 2 U 77/19, 23. Februar 2023.

²⁴⁷ EuGH, C-163/21, 10. November 2022, *Paccar*, ECLI:EU:C:2022:863.

2 Spezifische Probleme der Kartellrechtsanwendung

2.1 Aktuelle Entwicklungen bei der ergänzenden Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen

240. Der EuGH hat in der Rechtssache Towercast entschieden, dass das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung aus Art. 102 AEUV auf Zusammenschlüsse von Unternehmen anwendbar sein kann.²⁴⁸ Der EuGH bestätigt damit seine vor Inkrafttreten der europäischen Fusionskontrolle ergangene Rechtsprechung.²⁴⁹ Dass bereits vollzogene Zusammenschlüsse, die nach den Fusionskontrollvorschriften nicht anmeldepflichtig gewesen sind, nachträglich anhand des Missbrauchsverbots überprüft und unter Umständen entflochten werden können, erweitert die Eingriffsbefugnisse der Wettbewerbsbehörden. Für die betroffenen Unternehmen verringert sich dadurch aber zugleich die Rechtssicherheit. Das Entstehen von Rechtsunsicherheit war (und ist) ein zentrales Argument der Monopolkommission gegen die Verweisung von unerschwelligen Zusammenschlüssen zur Prüfung an die Europäische Kommission gemäß Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004. Dennoch erscheint ein Vorgehen auf Grundlage des Missbrauchsverbots weniger bedenklich. Im deutschen Recht steht seit der 11. GWB-Novelle mit § 32f GWB zudem ein weiteres Instrument zur Verfügung, das die nationale Fusionskontrolle ergänzt sowie punktuelle Korrekturen wettbewerblich unerwünschter Konzentrationen erlaubt. Die Monopolkommission gibt indes auch Empfehlungen, wie die Funktionsfähigkeit der verpflichtenden, schwellenbasierten Ex-ante-Fusionskontrolle gewährleistet werden kann.

2.1.1 Sachverhalt und zentrale Aussagen des EuGH-Urteils Towercast

241. Dem Urteil des EuGH lag ein Vorabentscheidungsersuchen der französischen Cour d'appel de Paris zugrunde. Das vorlegende Gericht hatte über eine Klage von Towercast gegen eine Entscheidung der französischen Wettbewerbsbehörde – Autorité de la concurrence – zu entscheiden. Die Behörde hatte zuvor beschlossen, ein auf die Beschwerde von Towercast eingeleitetes Verfahren nicht fortzuführen. Towercast hatte mit seiner Beschwerde ein behördliches Eingreifen auf Grundlage des Missbrauchsverbots aus Art. 102 AEUV (und der entsprechenden Vorschrift im französischen Recht) gegen einen Zusammenschluss von zwei Unternehmen erwirken wollen. Der Zusammenschluss betraf den Bereich der terrestrischen Fernsehübertragung, in dem auch Towercast tätig ist; Télédiffusion de France (TDF) erwarb Kontrolle über Itas. Der Zusammenschluss war ex ante weder auf EU-Ebene noch in Frankreich anmeldepflichtig und wurde auch nicht gemäß Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004 zur Prüfung an die Europäische Kommission verwiesen. Towercast war der Auffassung, dass TDF seine marktbeherrschende Stellung durch den Zusammenschluss verstärke und zugleich missbrauche, indem es den Wettbewerb auf den betroffenen Märkten behindere. Die Autorité de la concurrence stellte dagegen fest, dass Art. 102 AEUV neben den Vorschriften über die EU-Fusionskontrolle nicht an-

²⁴⁸ EuGH, C-449/21, a. a. O., vgl. Fn. 179.

²⁴⁹ EuGH, 21. Februar 1973, C-6/72, Europemballage Corporation und Continental Can Company, E-CLI:EU:C:1973:22.

wendbar sei, sofern kein missbräuchliches Verhalten vorliege, das über die Verwirklichung eines Zusammenschlusstatbestands hinausgehe. Das französische Gericht legte dem EuGH die Frage vor, ob Art. 21 Verordnung (EG) 139/2004 es einer nationalen Behörde verwehre, einen Zusammenschluss, der nicht der Ex-ante-Fusionskontrolle unterlag, als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäß Art. 102 AEUV zu beurteilen.²⁵⁰

242. Den Schlussanträgen von Generalanwältin Kokott²⁵¹ folgend hat der EuGH eine Sperrwirkung von Art. 21 Verordnung (EG) 139/2004 gegenüber Art. 102 AEUV verneint. Art. 21 Verordnung (EG) 139/2004 regelt allein das Verhältnis dieser Verordnung zu anderen Sekundärrechtsakten. Die Vorschrift beantworte aber nicht die Frage nach der Anwendbarkeit des Primärrechts auf einen Zusammenschluss. Aus Erwägungsgrund 7 der Verordnung (EG) 139/2004 ergebe sich, dass die Fusionskontrollverordnung *„zu einer Gesamtheit von Rechtsvorschriften gehört, die zur Umsetzung der Art. 101 und 102 AEUV und zur Errichtung eines Kontrollsystems dienen, das gewährleistet, dass der Wettbewerb im Binnenmarkt der Union nicht verfälscht wird.“*²⁵² Zwar sprächen Gründe der Rechtssicherheit für eine vorrangige Ex-ante-Fusionskontrolle; einer nationalen Wettbewerbsbehörde könne es aber nicht verwehrt sein, einen Zusammenschluss unter bestimmten Umständen auch anhand von Art. 102 AEUV zu beurteilen. Aufgrund der unmittelbaren Wirkung von Art. 102 AEUV könnten die nationalen Wettbewerbsbehörden und Gerichte fusionskontrollfreie Zusammenschlüsse unter Rückgriff auf ihre eigenen Verfahrensvorschriften ex post überprüfen. Einer sekundärrechtlichen Regelung, welche die Anwendung von Art. 102 AEUV ausdrücklich anordne oder erlaube, bedürfe es insofern nicht. Im Rahmen der Ex-Post-Kontrolle eines Zusammenschlusses habe die Behörde zu prüfen, ob ein marktbeherrschendes Unternehmen, indem es ein anderes Unternehmen erworben hat, den Wettbewerb auf diesem Markt erheblich behindert hat. Insoweit weist der EuGH – unter Bezugnahme auf seine frühere Rechtsprechung – darauf hin, dass *„die bloße Feststellung der Stärkung der Position eines Unternehmens für die Einstufung als Missbrauch nicht aus[reicht], da nachgewiesen werden muss, dass der so erreichte Beherrschungsgrad den Wettbewerb wesentlich behindert, dass also nur noch Unternehmen auf dem Markt bleiben, die in ihrem Marktverhalten von dem beherrschenden Unternehmen abhängen.“*²⁵³

2.1.2 Stellungnahme zu der EuGH-Entscheidung

243. Der EuGH leitet die Anwendbarkeit des Missbrauchsverbots gemäß Art. 102 AEUV aus der unionsrechtlichen Normenhierarchie ab.²⁵⁴ Die Vorschriften des Sekundärrechts können solche des Primärrechts nicht einschränken; und zwar auch nicht dadurch, dass Art. 21 Abs. 1 Verordnung (EG) 139/2004 nicht unmittelbar Art. 102 AEUV für unanwendbar erklärt, sondern „nur“

²⁵⁰ Vgl. zum Ganzen EuGH, C-449/21, a. a. O., vgl. Fn. 179, Rz. 17 ff. Art. 21 Abs. 1 Verordnung (EG) 139/2004 bestimmt – vereinfacht dargestellt –, dass auf Zusammenschlüsse ausschließlich diese Verordnung Anwendung findet, während unter anderem die Verordnung (EG) 1/2003 zur Durchsetzung der Art. 101 und 102 AEUV nicht gilt.

²⁵¹ 13. Oktober 2022, ECLI:EU:C:2022:777.

²⁵² EuGH, C-449/21, 16. März 2023, a. a. O., vgl. Fn. 179, Rz. 39.

²⁵³ Ebenda, Rz. 52.

²⁵⁴ Kritisch – nicht zu dem Ergebnis, aber der Argumentation des EuGH – Kreße, GPR 2023, 236, 237 ff.

die Grundlagen seiner Durchsetzung in der Verordnung (EG) 1/2003. Dass die Art. 101 und 102 AEUV keiner Durchführungsverordnung bedürfen, sondern unmittelbare Wirkungen haben und Rechte für die Einzelnen erzeugen, welche auch die nationalen Gerichte zu wahren haben, hat der EuGH bereits zuvor festgestellt.²⁵⁵ Überzeugend ist insbesondere die Argumentation des EuGH, dass die Verordnung (EG) 139/2004 auf dem heutigen Art. 103 AEUV (sowie Art. 352 AEUV) beruht und damit selbst der Durchsetzung von Art. 102 AEUV dient.²⁵⁶ Dabei ist die Fusionskontrollverordnung keine *lex specialis*, sondern ein komplementäres Instrument zur Durchsetzung des Wettbewerbsrechts.²⁵⁷

244. Demnach scheint eine nachträgliche Prüfung auf Grundlage des Missbrauchsverbots grundsätzlich sogar bei solchen Zusammenschlüssen denkbar, die bereits der Fusionskontrolle unterlagen und freigegeben wurden. Dagegen spricht aber zunächst der mit einer fusionskontrollrechtlichen Freigabe verbundene Vertrauensschutz.²⁵⁸ Zudem würde es dem vorstehend erwähnten Zusammenspiel von Fusionskontrollverordnung und Art. 102 AEUV widersprechen, wenn ein Verhalten, dass sich in dem Vollzug eines bereits freigegebenen Zusammenschlusses erschöpft, als missbräuchlich qualifiziert werden könnte.²⁵⁹ Dieses Ergebnis dürfte auch für das Verhältnis von Art. 102 AEUV zur nationalen Fusionskontrolle gelten.²⁶⁰ Der EuGH befasst sich mit einer solchen Doppelkontrolle nicht ausdrücklich, setzt bei der Anwendbarkeit des Missbrauchsverbots auf einen Zusammenschluss aber offenbar voraus, dass dieser *ex ante* fusionskontrollfrei war, d. h. weder verpflichtend nach Unions- bzw. nationalem Recht geprüft, noch gemäß Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004 an die Europäische Kommission verwiesen wurde.²⁶¹

245. Zudem spricht sich der EuGH „aus Gründen der Rechtssicherheit für die vorrangige Anwendung des Mechanismus der Ex-ante-Kontrolle von Zusammenschlüssen“ aus.²⁶² Denn auch die nachträgliche Missbrauchskontrolle eines nicht anmeldepflichtigen Zusammenschlusses schränkt die Rechtssicherheit ein. Die Unternehmen müssen damit rechnen, dass ein Zusammenschluss unter Umständen auch noch Jahre nach seinem Vollzug behördlicherseits für unvereinbar mit Art. 102 AEUV erklärt und – als *ultima ratio* – möglicherweise sogar (teil-) entflochten wird.²⁶³ Außerdem sind die möglichen zivilrechtlichen Folgen eines Verstoßes gegen

²⁵⁵ EuGH, C-724/17, 14. März 2019, Skanska Industrial Solutions u.a., ECLI:EU:C:2019:204, Rn. 24; C-66/86, 11. April 1989, Ahmed Saeed Flugreisen u.a., ECLI:EU:C:1989:140, Rn. 32.

²⁵⁶ EuGH, C-449/21, a. a. O., vgl. Fn. 179, Rz. 40.

²⁵⁷ Vgl. auch GA Kokott, C-449/21, a. a. O., vgl. Fn. 251, Rz. 39 ff. A. A. Bechtold, NZKart 2023, 607, 608 f.; Thiede, EuZW 2023, 481.

²⁵⁸ Vgl. Ende, NZKart 2023, 589, 590; Kreße, GPR 2023, 236, 238.

²⁵⁹ GA Kokott, C-449/21, a. a. O., vgl. Fn. 251, Rz. 60; Göbel, ZWeR 2024, 37, 66; von Schreitter, NZKart 2023, 255, 258; kritisch Ende, NZKart 2023, 589, 590; unklar Bechtold, NZKart 2022, 607, 608.

²⁶⁰ GA Kokott, C-449/21, a. a. O., vgl. Fn. 251, Rz. 58 ff.; Janssen/Lawall, DB 2023, 1717, 1721 f.; Könen/Dogs, ZWeR 2023, 160, 177; von Schreitter, NZKart 2023, 255, 258 f.

²⁶¹ EuGH, C-449/21, a. a. O., vgl. Fn. 179, Rz. 52 f.

²⁶² Ebenda, Rz. 40.

²⁶³ Vgl. Ende, NZKart 2023, 589, 590 f.; Göbel, ZWeR 2024, 37, 66 f.; Janssen/Lawall, DB 2023, 1717, 1720 f.; von Schreitter, NZKart 2023, 255, 259 f.

das Missbrauchsverbot zu beachten. Diese umfassen neben der (Teil-) Nichtigkeit des Unternehmenskaufvertrages auch Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche sowie – zumindest theoretisch – Schadensersatzansprüche Dritter.²⁶⁴ Da eine höhere Rechtsunsicherheit in der Regel zu weniger Zusammenschlüssen von Unternehmen führt, aber die Mehrheit aller Zusammenschlüsse wettbewerblich unbedenklich ist, kann die Möglichkeit der nachträglichen Missbrauchskontrolle zur Folge haben, dass es zu weniger vorteilhaften Zusammenschlüssen kommt.²⁶⁵

246. Allerdings führt der EuGH mit dem Towercast-Urteil und seiner Feststellung zur Anwendbarkeit des Missbrauchsverbots auf Zusammenschlüsse seine frühe Rechtsprechung in dem Fall *Continental Can* fort.²⁶⁶ Diese Entscheidung stammt zwar noch aus der Zeit vor Inkrafttreten der ersten Fusionskontrollverordnung, und die Europäische Kommission hat zwischenzeitlich erklärt, das Missbrauchsverbot grundsätzlich nicht auf Zusammenschlüsse anwenden zu wollen.²⁶⁷ Dennoch konnte und kann angesichts der zuvor beschriebenen Normenhierarchie aus der Einführung der europäischen Fusionskontrolle zum einen nicht der Schluss gezogen werden, dass unerschwellige Zusammenschlüsse nunmehr gänzlich kontrollfrei bleiben.²⁶⁸ Zum anderen betrifft die Towercast-Entscheidung aufgrund der beschränkten Vorlagefrage unmittelbar nur die Anwendung von Art. 102 AEUV durch eine nationale Wettbewerbsbehörde, nicht aber – jedenfalls nicht ausdrücklich – durch die Europäische Kommission. Dabei bleibt es dieser indes unbenommen, von ihrer zuvor kommunizierten Haltung abzuweichen und Art. 102 AEUV künftig ebenfalls auf fusionskontrollfreie Zusammenschlüsse anzuwenden.²⁶⁹

247. Das Kartellverbot aus Art. 101 AEUV (bzw. § 1 GWB) findet seitens der Europäischen Kommission sowie des Bundeskartellamtes ohnehin bereits Anwendung auf die Gründung bestimmter Gemeinschaftsunternehmen. Zwar sind Gegenstand der Prüfung einzig etwaige kooperative Effekte zwischen den Muttergesellschaften, die zu den konzentrativen Effekten des Zusammenschlusses hinzutreten können.²⁷⁰ Zudem ist die Anwendung von Art. 101 AEUV auf solche Zusammenschlüsse in Art. 2 Abs. 4 und 5 bzw. Art. 21 Abs. 1 Hs. 2 Verordnung (EG) 139/2004

²⁶⁴ Janssen/Lawall, DB 2023, 1717, 1722; von Schreitter, NZKart 2023, 255, 259 f. (aber kritisch gegenüber der Nichtigkeitsfolge).

²⁶⁵ Vgl. bereits – zur neuen Anwendungspraxis der Europäischen Kommission nach Art. 22 Verordnung (EG) 1/2003 – Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 97, Tz. 238.

²⁶⁶ EuGH, 21. Februar 1973, C-6/72, a. a. O., vgl. Fn. 249, Rz. 18 ff.

²⁶⁷ Erklärungen der Europäischen Kommission für das Ratsprotokoll vom 19. Dezember 1989, abgedruckt in WuW 1990, 240, 243.

²⁶⁸ Zur Anwendbarkeit des primären Wettbewerbsrechts neben der europäischen Fusionskontrolle vgl. bereits Monopolkommission, Sondergutachten 17, Konzeption einer europäischen Fusionskontrolle, Baden-Baden, 1989, Tz. 141 ff.; Sondergutachten 34, Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergmann GmbH, Baden-Baden, 2002, Tz. 223 ff.

²⁶⁹ Vgl. von Schreitter, NZKart 2023, 255, 258; WuW 2023, 211, 212. Fraglich ist allenfalls, nach welchen prozessualen Vorschriften die Europäische Kommission Art. 102 AEUV durchsetzen kann. Denn Art. 21 Abs. 1 Hs. 2 Verordnung (EG) 139/2004 erklärt die Verordnung (EG) 1/2003 in Bezug auf Zusammenschlüsse für nicht anwendbar; dazu bereits Tz. 243. Vgl. auch Gerard/Marescaux, JECLAP 2023, 427, 429.

²⁷⁰ Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 3, 6. Aufl. 2020, München, Art. 2 FKVO Rn. 614 f.

ausdrücklich normiert. Allerdings unterliegen möglicherweise sogar anmeldepflichtige Zusammenschlüsse einer Prüfung auf ihre Vereinbarkeit mit dem Kartellverbot. Dann findet eine Doppelkontrolle statt, d. h. die Gründung eines kooperativen Gemeinschaftsunternehmens wird sowohl an fusionskontrollrechtlichen als auch kartellrechtlichen Maßstäben gemessen. Die Anwendung von Art. 101 AEUV erfolgt durch die Europäische Kommission dabei stets im Rahmen des Fusionskontrollverfahrens. Das Bundeskartellamt kann dagegen ein zusätzliches Kartellverfahren führen. Insoweit gelten nicht nur die fusionskontrollrechtlichen Prüffristen nicht; es besteht sogar die Gefahr, dass ein ex ante freigegebener Zusammenschluss ex post untersagt und entflochten wird. Das Bundeskartellamt behält sich in solchen Fällen aber üblicherweise eine Prüfung nach dem Kartellverbot ausdrücklich vor oder führt diese parallel durch.²⁷¹

248. Zudem macht auch der recht strenge materiell-rechtliche Maßstab, den der EuGH im Zusammenhang mit dem Vollzug eines Zusammenschlusses an ein missbräuchliches Verhalten anlegt, den Ausnahmecharakter der Missbrauchsaufsicht deutlich und trägt damit zur (relativen) Rechtssicherheit bei. So muss das erwerbende Unternehmen nicht nur bereits vor dem Zusammenschluss über eine marktbeherrschende Stellung verfügen. Ein Verstoß gegen Art. 102 AEUV setzt zusätzlich voraus, dass diese Marktstellung dergestalt verstärkt wird, dass nach dem Zusammenschluss nur noch solche Unternehmen auf dem Markt verbleiben, die von dem beherrschenden Unternehmen abhängen. Bereits seit der EuGH-Entscheidung in der Rechtssache *Continental Can* ist insoweit von der Fallgruppe des sog. Marktstrukturmissbrauchs die Rede.²⁷² Durch die hohen Anforderungen an das Vorliegen eines missbräuchlichen Verhaltens unterscheidet sich die nachträgliche Prüfung eines Zusammenschlusses auf Grundlage von Art. 102 AEUV auch von dem fusionskontrollrechtlichen Untersagungskriterium aus Art. 2 Abs. 3 Verordnung (EG) 139/2004 (bzw. § 36 Abs. 1 Satz 1 GWB).²⁷³ Hier ist eine wesentliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs maßgeblich. Als Regelbeispiel genügt neben der erstmaligen Begründung einer marktbeherrschenden Stellung deren bloße Verstärkung.²⁷⁴

249. Fraglich ist, ob der EuGH die Anwendung von Art. 102 AEUV auf horizontale Zusammenschlüsse begrenzt. So führt er in seiner *Towercast*-Entscheidung aus, dass „[d]ie zuständige Behörde [...] insbesondere zu prüfen [hat], ob der Erwerber in beherrschender Stellung auf einem bestimmten Markt, der die Kontrolle über ein anderes Unternehmen auf diesem Markt übernommen hat, durch dieses Verhalten den Wettbewerb auf diesem Markt erheblich behindert hat.“²⁷⁵ Gegen eine Beschränkung auf horizontale Zusammenschlüsse spricht indes nicht nur die Verwendung des Zusatzes „insbesondere“, sondern auch der Umstand, dass zunehmend

²⁷¹ Vgl. nur BKartA, B7-21/18, 4. und 30. Dezember 2019, *Glasfaser Nordwest*; V-31/22, a. a. O., vgl. Fn. 149, Tz. 635.

²⁷² Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 97, Tz. 535.

²⁷³ So auch von Schreitter, NZKart 2023, 255, 256 f.; a. A. Janssen/Lawall, DB 2023, 1717, 1720; zweifelnd Göbel, ZWeR 2024, 37, 65 f., 68 f.

²⁷⁴ Zur Auslegung des SIEC-Kriteriums durch den EuGH in der Rechtssache *CK Telecoms* vgl. bereits Tz. 200. Zur Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung im Rahmen des SIEC-Tests vgl. BGH, KVR 34/20, 12. Januar 2021, CTS Eventim/Four Artists, Rz. 31 ff.

²⁷⁵ EuGH, C-449/21, a. a. O., vgl. Fn. 179, Rz. 52.

die negativen Auswirkungen vertikaler und konglomerater Zusammenschlüsse im Fokus der fusionskontrollrechtlichen Entscheidungspraxis jedenfalls auf Unionsebene stehen.²⁷⁶

250. Dennoch dürfte eine Anwendung von Art. 102 AEUV nach alledem nur in eng begrenzten Konstellationen in Betracht kommen. Aus dem EuGH-Urteil folgt, dass ein Verstoß gegen das Missbrauchsverbot voraussetzt, dass der Zusammenschluss den Wettbewerb in besonderem Maße schädigt.²⁷⁷ Dagegen wird das behördliche Vorgehen zwar nicht durch bestimmte zeitliche Fristen beschränkt.²⁷⁸ Die Wettbewerbsbehörden müssen im Rahmen ihrer Ermessensausübung jedoch berücksichtigen, dass ein Zusammenschluss unter Umständen länger zurückliegt, und gegebenenfalls entsprechend zurückhaltend eingreifen.²⁷⁹

2.1.3 Weitere Instrumente einer ergänzenden Fusionskontrolle – Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004 und § 32f GWB

251. Bereits im vergangenen Berichtszeitraum änderte die Europäische Kommission ihre Anwendungspraxis zu Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004. Während die Europäische Kommission den Mitgliedstaaten in der Vergangenheit davon abgeraten hat, Verweisungsanträge zu solchen Zusammenschlüssen zu stellen, die (auch) nach nationalem Recht nicht anmeldepflichtig waren, legt sie den Mitgliedstaaten nunmehr ausdrücklich nahe, bestimmte Zusammenschlüsse zur Prüfung an sie zu verweisen. Hierzu veröffentlichte die Europäische Kommission auch einen Leitfaden.²⁸⁰

252. Die Monopolkommission hat sich bereits im XXIV. Hauptgutachten ausführlich mit der geänderten Anwendungspraxis der Europäischen Kommission beschäftigt. Sie hat dabei kritisiert, dass die Möglichkeit der Verweisung von unterschwelligen Zusammenschlüssen (1) die Rechtssicherheit verringert, (2) eine Zweckänderung von Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004 darstellt, die seitens des Ordnungsgebers getroffen werden sollte, und (3) die nationalen Fusionskontrollschwellen umgeht. Aus Sicht der Monopolkommission hat das Bundeskartellamt deshalb bislang zu Recht darauf verzichtet, einen nach nationalem Recht nicht anmeldepflichtigen Zusammenschluss an die Europäische Kommission zu verweisen oder sich einem entsprechenden Verweisungsantrag anzuschließen.²⁸¹

²⁷⁶ Vgl. etwa EU-Kommission, M.10188, a. a. O., vgl. Fn. 159; M.10615, a. a. O., vgl. Fn. 159; dazu bereits Tz. 197 f. Im Ergebnis auch Gerard/Marescaux, JECLAP 2023, 427, 429; Göbel, ZWeR 2024, 37, 65.

²⁷⁷ Dazu bereits Tz. 248.

²⁷⁸ Dazu bereits Tz. 245.

²⁷⁹ Ende, NZKart 2023, 589, 590 f.; Göbel, ZWeR 2024, 37, 66 f.; a. A. von Schreitter, NZKart 2023, 255, 259 f. GA Kokott geht sogar davon aus, dass bei der Anwendung von Art. 102 AEUV „mit Blick auf den Vorrang verhaltensorientierter Abhilfemaßnahmen und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Regel keine nachträgliche Rückabwicklung des Zusammenschlusses, sondern nur die Verhängung einer Geldbuße [droht].“ Vgl. GA Kokott, C-449/21, a. a. O., vgl. Fn. 251, Rz. 63; zustimmend Könen/Dogs, ZWeR 2023, 160, 178.

²⁸⁰ 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.

²⁸¹ Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 97, Tz. 234 ff.

253. Wie beschrieben ist auch die Anwendung des Missbrauchsverbots aus Art. 102 AEUV auf Zusammenschlüsse geeignet, zu einer höheren Rechtsunsicherheit in der Fusionskontrolle beizutragen. Im Vergleich zu der Verweisung unterschwelliger Zusammenschlüsse nach Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004 sprechen für ein Vorgehen nach Art. 102 AEUV – trotz der reinen Ex-post-Kontrolle²⁸² – aber insbesondere seine primärrechtliche Verankerung, die frühe EuGH-Rechtsprechung sowie die hohen materiell-rechtlichen Anforderungen an das Vorliegen eines missbräuchlichen Verhaltens.²⁸³

254. Der erste Anwendungsfall für die neue Praxis der Europäischen Kommission zu Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004 war der Zusammenschluss Illumina/Grail. 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. Illumina hat gegen die Annahme der Verweisung durch die Europäische Kommission Rechtsmittel zum EuG eingelegt, das die Klage jedoch abgewiesen hat.²⁸⁴ Das EuG stellt anhand der üblichen Methoden zur Auslegung von Gesetzen – Wortlaut, Historie, Systematik sowie Zweck – fest, dass eine Verweisung nach Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004 ohne nationale Anmeldepflicht zulässig sei.²⁸⁵ Gegen die Entscheidung des EuG haben Illumina und Grail wiederum Rechtsmittel zum EuGH eingelegt, dessen Entscheidung noch aussteht.²⁸⁶ Generalanwalt Emiliou schlägt dem EuGH in seinen Schlussanträgen vor, die Entscheidung des EuG aufzuheben. Die neue, extensive Anwendungspraxis der Europäischen Kommission zu mitgliedstaatlichen Verweisungen sei nicht mit den Vorgaben aus Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004 vereinbar.²⁸⁷ Dabei betont der Generalanwalt auch die mit dem Vorgehen der Europäischen Kommission verbundene Rechtsunsicherheit und verweist zur Schließung von Schutzlücken auf die Möglichkeit der Ex-post-Kontrolle gemäß Art. 102 AEUV.²⁸⁸ Die Europäische Kommission hat den Zusammenschluss Illumina/Grail mittlerweile untersagt und seine Rückabwicklung angeordnet. Sie befürchtet, dass Illumina den Zugang zu Sequenzierungssystemen für die Wettbewerber von Grail einschränken und dadurch den Wettbewerb auf dem neu entstehenden Markt für blutbasierte Krebsfrüherkennungstests

²⁸² Die Prüfung eines Zusammenschlusses im Anschluss an eine Verweisung nach Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004 soll dagegen zumindest im Regelfall ex ante erfolgen; vgl. Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 97, Tz. 237.

²⁸³ Vgl. auch Ende, NZKart 2023, 589, 594.

²⁸⁴ EuG, T-227/21, 13. Juli 2022, Illumina/Grail, ECLI:EU:T:2022:447.

²⁸⁵ Ebenda, Rz. 88 ff.

²⁸⁶ Nachdem auch ein US-amerikanisches Gericht, 5th U.S. Circuit Court of Appeals, die wettbewerbsrechtlichen Bedenken einer dortigen Wettbewerbsbehörde, Federal Trade Commission, zu dem Zusammenschluss Illumina/Grail im Wesentlichen bestätigt hat, kündigte Illumina an, Grail wieder zu veräußern. Die Klagen der Unternehmen gegen die Entscheidung des EuG sollen aber offenbar weiterverfolgt werden (C-611/22 P – Illumina; C-625/22 P – Grail). Vgl. Illumina Announces Decision to Divest GRAIL, Pressemitteilung, 17. Dezember 2023, <https://investor.illumina.com/news/press-release-details/2023/Illumina-Announces-Decision-to-Divest-GRAIL/default.aspx>, Abruf am 14. Mai 2024.

²⁸⁷ GA Emiliou, C-611/22 P und C-625/22 P, 21. März 2024, Illumina und Grail, ECLI:EU:C:2024:264.

²⁸⁸ Ebenda, Rz. 189 ff. bzw. 228.

im EWR behindern könnte. Den Verstoß gegen das Verbot des vorzeitigen Vollzugs hat die Europäische Kommission zudem mit Geldbußen sanktioniert.²⁸⁹

255. Der deutsche Gesetzgeber hat im Rahmen der 11. GWB-Novelle die Möglichkeit für das Bundeskartellamt geschaffen, im Anschluss an eine Sektoruntersuchung verschiedene Maßnahmen zu erlassen, um wettbewerblichen Defiziten abzuhelpen. Die Feststellung eines kartellrechtlichen Verstoßes ist insoweit nicht erforderlich. Zu den möglichen Abhelfemaßnahmen gehört die Aufforderung zur ergänzenden Anmeldung künftiger Zusammenschlüsse auch unterhalb der Aufgreifschwelen aus § 35 Abs. 1 GWB (§ 32f Abs. 2 GWB, § 39a GWB a. F.). Zudem kann das Bundeskartellamt ein Unternehmen etwa organisatorisch (§ 32f Abs. 3 GWB) und – als ultima ratio – sogar eigentumsrechtlich (§ 32f Abs. 4 GWB) entflechten. Letztere Verfügung kann jedoch aus Gründen des Vertrauensschutzes nicht innerhalb eines Zeitraums von zehn Jahren nach der Freigabe eines Zusammenschlusses durch das Bundeskartellamt oder die Europäische Kommission ergehen, § 32f Abs. 4 Satz 10 GWB. Die Abhelfemaßnahmen gemäß § 32f Abs. 3 und 4 GWB sind subsidiär gegenüber den sonstigen kartellbehördlichen Instrumenten, einschließlich der Fusionskontrolle, § 32f Abs. 3 Satz 1 GWB.

2.1.4 Verpflichtende Ex-ante-Fusionskontrolle grundsätzlich vorzugswürdig

256. Während die Monopolkommission die neue Praxis der Europäischen Kommission zu Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004 kritisch sieht, erscheint im Einzelfall zumindest das Vorgehen nach Art. 102 AEUV und § 32f GWB sinnvoll, um einen wettbewerblich bedenklichen Zusammenschluss zu überprüfen bzw. zu korrigieren. Diese Instrumente bieten mehr Flexibilität als die verpflichtende Ex-ante-Fusionskontrolle und können diese daher punktuell ergänzen. In formeller Hinsicht hängt ein behördliches Eingreifen nicht von dem Erreichen der grundsätzlich „starren“, an Umsätzen oder dem Kaufwert orientierten Anmeldeschwellen ab. In materiell-rechtlicher Hinsicht ist keine Prognose zu den überwiegend wahrscheinlichen Auswirkungen des Zusammenschlusses erforderlich. Vielmehr können die tatsächlichen Auswirkungen des Zusammenschlusses anhand der wettbewerblichen Entwicklungen nach seinem Vollzug beurteilt werden.

257. Die Ex-ante-Fusionskontrolle bleibt dennoch, wie auch der EuGH in seiner Towercast-Entscheidung hervorhebt, grundsätzlich vorzugswürdig. Hierfür sprechen – vornehmlich aus Unternehmenssicht – nicht nur die mit ihr verbundene Rechtssicherheit. Die Anmeldeschwellen ermöglichen eine (vergleichsweise) einfache Identifikation der Fusionskontrollpflicht. Die zuständigen Wettbewerbsbehörden entscheiden dann innerhalb einer (vergleichsweise) kurzen Frist über die Zulässigkeit des angemeldeten Zusammenschlusses und geben diesen – unter Umständen – mit Nebenbestimmungen frei oder untersagen ihn. Insbesondere die Anmeldung eines Zusammenschlusses bei dem Bundeskartellamt erfordert zudem nur wenige Angaben,

²⁸⁹ Dazu bereits Tz. 197. Mittlerweile gibt es drei weitere Fälle, in denen die Europäische Kommission Verweisansträge zu originär fusionskontrollfreien Zusammenschlussvorhaben angenommen hat; vgl. M.11485 – Brasserie Nationale/Boissons Heintz (Verweisung jedoch durch Luxemburg, das als einziger Mitgliedstaat über kein eigenes Fusionskontrollregime verfügt), M.11241 – EEX/Nasdaq Power und M.11212, Qualcomm/Autotalks (Zusammenschlussvorhaben aufgegeben).

vgl. § 39 Abs. 3 GWB. Aber auch die Europäische Kommission hat den Aufwand bei der Anmeldung zuletzt verringert.²⁹⁰ Aus Behördensicht hat die Ex-ante-Fusionskontrolle den Vorteil, dass sie laufend über strukturelle Entwicklungen in den einzelnen Sektoren informiert wird und dadurch ihre Branchenkenntnis erhalten bleibt.²⁹¹ Die entsprechenden Angaben erhalten die Wettbewerbsbehörden nicht nur durch die fusionskontrollrechtliche Anmeldung der an einem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen, sondern auch durch ergänzende Ermittlungen, zu denen unter anderem Befragungen von Wettbewerbern, Abnehmern und/oder Lieferanten gehören. Zwar verfügen die Behörden auch in Missbrauchsverfahren sowie Sektoruntersuchungen über weitreichende Ermittlungsbefugnisse. Solche Verfahren bzw. Untersuchungen dauern jedoch typischerweise deutlich länger; so ist für die Durchführung einer Sektoruntersuchung und den anschließenden Erlass von Abhilfemaßnahmen eine (Soll-) Frist von insgesamt drei Jahren vorgesehen, § 32e Abs. 3 und § 32f Abs. 7 GWB. Außerdem kann es bei der Durchsetzung von Abhilfemaßnahmen in Bezug auf einen bereits vollzogenen Zusammenschluss zu praktischen Schwierigkeiten kommen. Insbesondere bei einer Entflechtungsanordnung dürfte es nur schwerlich möglich sein, die an einem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen zurück in den status quo ante zu versetzen.

258. Demnach ist es aus Sicht der Monopolkommission unerlässlich, die Funktionsfähigkeit der verpflichtenden, schwellenbasierten Ex-ante-Fusionskontrolle zu gewährleisten. Im Rahmen der im Januar 2021 in Kraft getretenen 10. GWB-Novelle sind die Inlandsumsatzschwellen der deutschen Fusionskontrolle in § 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB von EUR 25 Mio. auf EUR 50 Mio. bzw. von EUR 5 Mio. auf EUR 17,5 Mio. angehoben worden. Hierdurch hat sich die Anzahl der vom Bundeskartellamt geprüften Zusammenschlüsse um beinahe ein Drittel von 1.236 Anmeldungen im Jahr 2020 auf 838 Anmeldungen im Jahr 2022 verringert. Im Jahr 2023 ist die Anzahl der Anmeldungen weiter, allerdings weniger stark, auf nur noch 804 Anmeldungen gesunken.²⁹² Dies erscheint vor dem Hintergrund, dass die Umsatzschwellen des GWB im internationalen Vergleich recht niedrig gewesen sind und sich das Bundeskartellamt auf die Prüfung der gesamtwirtschaftlich bedeutenderen Fälle konzentrieren soll,²⁹³ noch vertretbar. Auf eine weitere Anhebung der Umsatzschwellen, die offenbar im Rahmen der ministeriellen Vorarbeiten für eine potenzielle 12. GWB-Novelle erwogen wird, sollte vorerst jedoch verzichtet werden.

259. Zudem wiederholt die Monopolkommission ihre Empfehlungen aus dem XXIV. Hauptgutachten zur Stärkung der transaktionswertschwellenbasierten Fusionskontrolle. Sie hat die Einführung einer Transaktionswertschwelle auf Unionsebene sowie in den Mitgliedstaaten, die – anders als Deutschland und Österreich – nicht über eine solche Aufgreifschwelle verfügen, vorgeschlagen. Insbesondere hat sich die Monopolkommission aber dafür ausgesprochen, den Anwendungsbereich der deutschen Transaktionswertschwelle zu erweitern. Insoweit sollte das Kriterium der Tätigkeit des zu erwerbenden Unternehmens in erheblichem Umfang im Inland

²⁹⁰ EU-Kommission, Fusionskontrolle: Kommission verringert Verwaltungsaufwand für Unternehmenszusammenschlüsse weiter, Pressemitteilung, 20. April 2023, IP/23/2357. Vgl. zu dem (damaligen) Vorhaben Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 97, Tz. 189.

²⁹¹ Vgl. RegE 10. GWB-Novelle, a. a. O., vgl. Fn. 113, S. 91.

²⁹² Dazu bereits Tz. 187.

²⁹³ RegE 10. GWB-Novelle, a. a. O., Fn. 113, S. 90 f.; BT-WiA 10. GWB-Novelle, a. a. O., vgl. Fn. 113, S. 119.

(§ 35 Abs. 1a Nr. 4 GWB) gestrichen oder jedenfalls zunächst dergestalt angepasst werden, dass auch eine voraussichtliche künftige Inlandstätigkeit des zu erwerbenden Unternehmens eine Anmeldepflicht auslösen kann. Der damit verbundene schwächere Inlandsbezug und eine aufwändigere Prüfung der Anmeldepflicht wären hinzunehmen zugunsten der Möglichkeit, solche Zusammenschlüsse besser zu erfassen, bei denen sich die jeweiligen unternehmerischen Tätigkeiten oder Märkte noch im Entstehen befinden.²⁹⁴ Durch den Verzicht auf eine aktuelle Inlandstätigkeit des zu erwerbenden Unternehmens wäre möglicherweise der Zusammenschluss Microsoft/OpenAI in Deutschland anmeldepflichtig gewesen, durch den vollständigen Verzicht auf das Kriterium der Inlandstätigkeit zudem auch der Zusammenschluss Meta/Kustomer.²⁹⁵

2.1.5 Zusammenfassung und Empfehlungen

260. Das Towercast-Urteil des EuGH zur nachträglichen Prüfung von fusionskontrollfreien Zusammenschlüssen auf Grundlage des Verbots des Missbrauchs einer markbeherrschenden Stellung aus Art. 102 AEUV ist grundsätzlich zu begrüßen. Die Möglichkeit der Anwendung des Missbrauchsverbots in solchen Fällen ergibt sich aus der Normenhierarchie und der vor Einführung der EU-Fusionskontrolle ergangenen EuGH-Rechtsprechung. Zudem gilt ein strenger materiell-rechtlicher Prüfungsmaßstab. Im Vergleich zu der neuen Anwendungspraxis der Europäischen Kommission zu unterschwelligen Verweisungen gemäß Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004 ist damit insgesamt von einer größeren Rechtssicherheit auszugehen. Die missbrauchsrechtliche Prüfung von Zusammenschlüssen sowie der Erlass von Abhilfemaßnahmen gemäß § 32f Abs. 3 und 4 GWB können im Einzelfall – und bei einem sehr zurückhaltenden Einsatz durch die Wettbewerbsbehörden – sinnvolle Instrumente zur Ergänzung der Fusionskontrolle sein. Allerdings ist die verpflichtende Ex-ante-Fusionskontrolle aus Sicht der Monopolkommission grundsätzlich vorzugswürdig. Obgleich die Verfügbarkeit eines breiten behördlichen Eingriffsinstrumentariums zur Schließung von Schutzlücken beiträgt, sollte besonderer Wert auf die Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der schwellenbasierten Fusionskontrolle gelegt werden. Demnach sollten die Inlandsumsatzschwellen der deutschen Fusionskontrolle vorerst nicht erneut angehoben werden. Zudem sollte, wie bereits im XXIV. Hauptgutachten vorgeschlagen, der Anwendungsbereich der deutschen Transaktionswertschwelle erweitert werden. Insoweit sollte das Kriterium der Tätigkeit des zu erwerbenden Unternehmens in erheblichem Umfang im Inland (§ 35 Abs. 1a Nr. 4 GWB) gestrichen oder jedenfalls zunächst dergestalt angepasst werden, dass auch eine voraussichtliche künftige Inlandstätigkeit des zu erwerbenden Unternehmens eine Anmeldepflicht auslösen kann. Daneben sollte eine Transaktionswertschwelle auf Unionsebene sowie in den Mitgliedstaaten eingeführt werden, die – anders als Deutschland und Österreich – nicht über eine solche Aufgreifschwelle verfügen.

²⁹⁴ Vgl. Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 97, Tz. 241 ff., insb. 245 f. So auch Göbel, ZWeR 2024, 37, 50 f., den vollständigen Verzicht auf das Kriterium der erheblichen Inlandstätigkeit bevorzugend. Allerdings wären Inlandsauswirkungen bei einer Streichung des Kriteriums allein auf Grundlage von § 185 Abs. 2 GWB zu beurteilen.

²⁹⁵ Dazu bereits Tz. 192 f.

2.2 Aktuelle Entwicklungen im Sportkartellrecht

261. Die Monopolkommission hat sich in der Vergangenheit wiederholt mit wettbewerblichen Aspekten im Sportsektor befasst, insbesondere mit der Zentralvermarktung der Medienrechte für Fußballspiele sowie den Werbebeschränkungen bei Olympischen Spielen.²⁹⁶ Auch im Berichtszeitraum war das „Sportkartellrecht“ Gegenstand zahlreicher behördlicher und – vor allem – gerichtlicher Verfahren. Von besonderer Bedeutung sind die Urteile des EuGH in den Fällen International Skating Union, European Superleague Company und Royal Antwerp Football Club vom Dezember 2023.²⁹⁷ Der EuGH hatte dort die Gelegenheit, sich zur Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts auf sportverbandliche Regelungen zu äußern. Ein weiteres kartellrechtliches Thema aus dem Sportbereich, das zuletzt viel Aufmerksamkeit erfahren hat, ist das Reglement des internationalen Fußballverbands FIFA für die Tätigkeit von Spielervermittlerinnen und -vermittlern. Mehrere Zivilgerichte – insbesondere deutsche – waren und sind mit Klagen von Spielervermittlern in Bezug auf die alten sowie neuen FIFA-Regeln und deren Umsetzung durch die nationalen Verbände befasst. Aus den EuGH-Entscheidungen vom Dezember 2023 lassen sich zumindest einige Anhaltspunkte für die kartellrechtliche Beurteilung der Vorgaben für Spielervermittlerinnen und -vermittler ziehen.

262. Dass der Sportsektor dem Grunde nach den Vorgaben des Kartellrechts unterliegt, ist bereits seit längerem höchstrichterlich geklärt. Soweit Sportverbände, aber auch Vereine und (selbstständige) Sportlerinnen und Sportler, eine wirtschaftliche Tätigkeit verfolgen, gelten sie als Unternehmen bzw. Unternehmensvereinigungen.²⁹⁸ Bei der kartellrechtlichen Beurteilung ihres Verhaltens sind lediglich etwaige Besonderheiten des Sports zu beachten. Aus wettbewerbspolitischer Sicht ist das Verhalten von Sportverbänden auch deshalb von Interesse, weil die Verbände in ihrer Sportart wegen des „Ein-Platz-Prinzips“ in der Regel Monopolisten sind.²⁹⁹ Damit obliegt ihnen eigentlich eine besondere Verantwortung für den Restwettbewerb. Obgleich es nachvollziehbar ist, dass die Durchführung eines fairen sportlichen Wettkampfs die Festlegung einheitlicher Regeln voraussetzt, zeigen die Erfahrungen aus der kartellrechtlichen Fallpraxis, dass einzelne Verbände ihre Machtposition ausnutzen, indem sie sich mitunter weit-

²⁹⁶ Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 111, Tz. 350 ff.; XXII. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 99, Tz. 845 ff.; XXIII. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 115, Tz. 425 ff., 465 ff.

²⁹⁷ EuGH, C-124/21 P, a. a. O., vgl. Fn. 218; C-333/21, a. a. O., vgl. Fn. 212; C-680/21, a. a. O., vgl. Fn. 220.

²⁹⁸ Zur Einordnung von Sportverbänden als Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen vgl. EU-Kommission, The EU and Sport: Background and Context, Accompanying document to the White Paper on Sport, SEC(2007) 935, 11. Juli 2007, S. 66 f.

²⁹⁹ Bei Sportverbänden, die nach dem „Ein-Platz-Prinzip“ organisiert sind, gibt es auf jeder geographischen Ebene stets nur einen zuständigen Verband. Daraus folgt eine Pyramidenstruktur, an deren Spitze der Weltverband steht. Darunter befinden sich – unter anderem – der europäische Verband (sofern vorhanden) und die nationalen Verbände; teilweise sind die geographischen Zuständigkeiten noch kleinteiliger. Die Verbände der untergeordneten Ebenen sind dabei in der Regel Mitglieder der Verbände der übergeordneten Ebene(n) und setzen deren Vorgaben um. Beispiel: Im Bereich des Fußballs ist die FIFA der Weltverband, die UEFA der europäische und der DFB der nationale deutsche Verband. Der DFB ist Mitglied der UEFA und der FIFA, die UEFA aber nicht Mitglied der FIFA, sondern „nur“ eine von sechs sog. Kontinental-Föderationen. Vgl. Podszun/Kirk, FIFA's Football Agent Regulations and European Competition Law, 2024, S. 4, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4741763, Abruf am 14. Mai 2024.

reichende Regelungskompetenzen anmaßen. Aus Sicht der Monopolkommission könnte ihr bereits zuvor geäußelter Vorschlag für die Erarbeitung von Leitlinien durch die Europäische Kommission für den Sportsektor dort zu einer besseren kartellrechtlichen Orientierung beitragen.

2.2.1 Sachverhalte und zentrale Aussagen der EuGH-Urteile vom Dezember 2023

2.2.1.1 International Skating Union

263. Die Rechtssache International Skating Union³⁰⁰ hatte ihren Ursprung in einem kartellrechtlichen Verfahren der Europäischen Kommission gegen die Internationale Eislaufunion („ISU“). Die Europäische Kommission stellte fest, dass einzelne Bestimmungen des Verbandsreglements gegen das Kartellverbot aus Art. 101 AEUV verstießen.³⁰¹ Die ISU ist der einzige vom Internationalen Olympischen Komitee anerkannte Dachverband für den Eiskunstlauf und den Eisschnelllauf. Ihre Mitglieder sind die nationalen Eislaufverbände. Die Regeln der ISU sehen strenge Sanktionen – bis hin zu einer lebenslangen Sperre der Sportlerinnen und Sportler für die Teilnahme an von der ISU oder ihren Mitgliedern organisierten Eisschnelllaufveranstaltungen – vor, falls die Sportlerinnen und Sportler an nicht von der ISU genehmigten Wettkämpfen anderer Veranstalter teilnehmen (nachfolgend: „Zulassungsregeln“). Durch die Pflicht zur Einholung der Zustimmung der ISU würden die Sportlerinnen und Sportler, so die Europäische Kommission, an der Teilnahme an unabhängigen Eisschnelllaufwettkämpfen gehindert, was wiederum dazu führe, dass unabhängige Veranstalter keinen Anreiz hätten, eigene Wettkämpfe zu organisieren. Das EuG bestätigte die Entscheidung der Europäischen Kommission ganz überwiegend.³⁰² Lediglich in Bezug auf die Vorgabe der ISU, dass Streitigkeiten verpflichtend vor einem Schiedsgericht zu klären seien, konnte das EuG kein rechtswidriges Verhalten feststellen. Die Europäische Kommission war dagegen der Auffassung, dass die Pflicht zur Inanspruchnahme eines Schiedsverfahrens die von den Zulassungsregeln ausgehenden Wettbewerbsbeschränkungen verstärkte.

264. Der EuGH folgt dem EuG im Wesentlichen. Zunächst weist er darauf hin, dass Sportverbände dem Kartellrecht unterliegen, soweit sie eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben. Dennoch könnten Besonderheiten des Sports bei der Anwendung des Kartellrechts berücksichtigt werden. Sodann arbeitet der EuGH heraus, dass die Zulassungsregeln der ISU eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV darstellten. Die Einordnung eines Verhaltens in diese Kategorie von Wettbewerbsbeschränkungen erfolge zwar restriktiv und setze eine hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs voraus. Sportverbänden sei es auch grundsätzlich unbenommen, Regeln für die Organisation der jeweiligen Sportart aufzustellen. Allerdings sei die ISU nicht nur in der Lage, den Marktzugang für konkurrierende Veranstalter von Eisschnelllaufwettkämpfen zu kontrollieren; sie sei zugleich auf diesem Markt aktiv. Die Zulassungsregeln müssten insofern transparente, diskriminierungsfreie, objektive und verhältnismäßige materielle Kriterien enthalten, um die regulatorische Macht der ISU zu begrenzen. Auch die Verfahrensregeln müssten transparent, diskriminierungsfrei sowie detailliert

³⁰⁰ EuGH, C-124/21 P, a. a. O., vgl. Fn. 218.

³⁰¹ EU-Kommission, AT.40208, 8. Dezember 2017, International Skating Union’s Eligibility rules.

³⁰² EuG, T-93/18, 16. Dezember 2020, International Skating Union, ECLI:EU:T:2020:610.

sein. Der EuGH betont, dass eine tatbestandliche Ausnahme gemäß der Kriterien, die er in der Rechtssache Meca-Medina für den Sportbereich aufgestellt hat, bei bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen von vornherein nicht in Betracht komme. Bei bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen ist damit lediglich eine Freistellung nach Maßgabe des Art. 101 Abs. 3 AEUV möglich, die aber nicht Gegenstand des Rechtsmittels war. Hinsichtlich der Vorgaben der ISU zur Schiedsgerichtsbarkeit stellt der EuGH fest, dass die Wirksamkeit der Art. 101 und 102 AEUV gefährdet sei, wenn das Schiedsverfahren keine ausreichende gerichtliche Kontrolle der Einhaltung dieser Bestimmungen gewährleiste. Der EuGH folgt damit im Wesentlichen der Auffassung der Europäischen Kommission.

2.2.1.2 European Superleague Company

265. Der Rechtssache European Superleague Company³⁰³ lag ein Vorabentscheidungsersuchen eines spanischen Zivilgerichts, Juzgado de lo Mercantil n.º 17 de Madrid, zugrunde. Die European Superleague Company („ESL“) hat dort eine Klage gegen die FIFA und die UEFA erhoben. An der ESL sind bedeutende europäische Profifußballvereine beteiligt, die beabsichtigen, einen Fußballwettbewerb in Konkurrenz zu den Turnieren der UEFA zu veranstalten. An dem Fußballwettbewerb der ESL soll eine überwiegende Anzahl an festen Vereinen und eine geringe Anzahl an wechselnden Vereinen teilnehmen. Das Vorhaben der ESL steht unter der Bedingung, dass es von der FIFA und/oder der UEFA anerkannt oder gerichtlich und/oder behördlich genehmigt wird. Dadurch sollen die Vereine in der Lage sein, an dem Wettbewerb der ESL einerseits sowie den Turnieren der UEFA und der nationalen Verbände andererseits teilzunehmen. Nach Bekanntwerden des Vorhabens der ESL haben die FIFA, die UEFA sowie nationale Verbände öffentlich erklärt, dass sie den Wettbewerb der ESL nicht anerkennen und die beteiligten Vereine von ihren eigenen Wettbewerben ausschließen würden. In den Verbandsstatuten sowohl der FIFA als auch der UEFA gibt es Bestimmungen, wonach die Bildung von sowie die Teilnahme an konkurrierenden Wettbewerben die Zustimmung jener Verbände voraussetzt, wobei ein Verstoß gegen die Zustimmungspflicht sanktioniert werden kann (nachfolgend: „Zulassungsregeln“). Nach Ansicht des spanischen Gerichts verfügen die FIFA und die UEFA unter anderem auf dem Markt für die Organisation und Vermarktung der internationalen Fußballwettbewerbe in Europa über ein Monopol, zumindest aber über eine marktbeherrschende Stellung. Das Gericht hat dem EuGH verschiedene Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt, die – stark vereinfacht dargestellt – darauf abzielen, zu erfahren, ob die Zulassungsregeln der FIFA bzw. der UEFA einen Verstoß gegen das Kartellverbot aus Art. 101 AEUV und/oder das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung aus Art. 102 AEUV darstellen.

266. Der EuGH gelangt zu dem Ergebnis, dass die Zulassungsregeln in der vorliegenden Form gegen Art. 101 und 102 AEUV verstoßen. Im Unterschied zur Rechtssache International Skating Union beschäftigt sich der EuGH in der Rechtssache European Superleague Company zunächst mit der Bedeutung von Art. 165 AEUV für die Anwendung der Wettbewerbsvorschriften im Sportsektor. Der EuGH lehnt eine allgemeine Ausnahme des Sportsektors vom EU-Wettbewerbsrecht und auch eine besondere Behandlung des Sports ab. Besonderheiten des Sports

³⁰³ EuGH, C-333/21, a. a. O., vgl. Fn. 212.

könnten indes bei der Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts Berücksichtigung finden. Im Übrigen ähnelt die Entscheidung *European Superleague Company* zu einem Großteil jener zur *International Skating Union*, allerdings mit einem weiteren Schwerpunkt auf dem Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung.³⁰⁴ So stellt der EuGH fest, dass es sich bei den Zulassungsregeln um eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV handele sowie um ein Verhalten, das seinem Wesen nach gegen Art. 102 AEUV verstoße. Erneut wird dies maßgeblich begründet mit der Doppelrolle des Sportverbandes als Regelsetzer einerseits und als auf dem betreffenden Markt tätiger Wirtschaftsteilnehmer andererseits sowie dem Fehlen eines – in materieller und formeller Hinsicht – geeigneten Regelwerks für die Zustimmung zur Veranstaltung konkurrierender Fußballwettbewerbe. Zudem weist der EuGH darauf hin, dass die *Meca-Medina*-Rechtsprechung auch bei einem Verhalten, das seinem Wesen nach gegen das Missbrauchsverbot verstoße, nicht anwendbar sei. Im Rahmen einer dann noch möglichen objektiven Rechtfertigung der Wettbewerbsbeschränkung gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV sei insbesondere zu berücksichtigen, dass das Regelwerk für die Zulassung es den Sportverbänden erlaube, jeglichen Wettbewerb auszuschließen.³⁰⁵

2.2.1.3 Royal Antwerp Football Club

267. Auch die Rechtssache *Royal Antwerp Football Club*³⁰⁶ beruhte auf einem Vorabentscheidungsersuchen eines nationalen Gerichts, dem belgischen *Tribunal de première instance francophone de Bruxelles*. Dort klagten ein in Belgien tätiger Fußballspieler und der Fußballverein *Royal Antwerp* gegen den belgischen Fußballverband *URBSFA*. Gegenstand des Rechtsstreits waren – im Detail unterschiedliche – Regeln sowohl der UEFA als auch des *URBSFA* zur Anzahl von heimischen Spielerinnen und Spielern, die bei internationalen Wettbewerben mindestens in dem Kader eines Vereins verfügbar sein müssen („Home-grown-Regeln“).³⁰⁷ Ein zuvor angerufenes belgisches Schiedsgericht stellte fest, dass es sich bei den Regeln der UEFA weder um eine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise zwischen Unternehmen noch um den Beschluss einer Unternehmensvereinigung im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV handele. Weder bezweckten die Regeln der *URBSFA* eine Wettbewerbsbeschränkung, noch bewirkten sie eine solche; jedenfalls verfolgten sie ein legitimes Ziel und seien insoweit erforderlich und angemessen. Das staatliche belgische Gericht erkannte den Schiedsspruch des Schiedsgerichts wegen

³⁰⁴ Sind die Tatbestandsmerkmale von Art. 101 und 102 AEUV gleichzeitig erfüllt, finden die Vorschriften parallel Anwendung. Die Europäische Kommission hat ihre Entscheidung *International Skating Union* jedoch ausschließlich auf Art. 101 AEUV gestützt.

³⁰⁵ Der EuGH befasst sich in seiner Entscheidung außerdem mit der kartellrechtlichen Beurteilung der Vermarktung der Rechte an Fußballwettbewerben sowie mit der Vereinbarkeit der Zulassungsregeln mit der Dienstleistungsfreiheit aus Art. 56 AEUV. Auf beide Aspekte soll nachfolgend nicht näher eingegangen werden; zur Rechtevermarktung vgl. bereits Tz. 225.

³⁰⁶ EuGH, C-680/21, a. a. O., vgl. Fn. 220.

³⁰⁷ Die Regeln der UEFA sehen vor, dass von den maximal 25 Spielerinnen oder Spielern des Kaders eines Vereins mindestens acht heimische („home-grown“) Spielerinnen oder Spieler sind. Eine Spielerin bzw. oder ein Spieler gilt als heimisch, wenn sie bzw. er, unabhängig von ihrer bzw. seiner Nationalität, im Alter zwischen 15 und 21 mindestens drei Jahre bei seinem Verein oder einem anderen Verein derselben nationalen Liga ausgebildet worden ist. Mindestens vier der acht heimischen Spielerinnen oder Spieler müssen bei dem jeweiligen Verein ausgebildet worden sein.

eines Verstoßes gegen die öffentliche Ordnung (*ordre public*) allerdings nicht an. Es hatte unter anderem Zweifel an der kartellrechtlichen Beurteilung durch das Schiedsgericht und fragte den EuGH – abermals vereinfacht dargestellt –, ob die Home-grown-Regeln der Sportverbände mit dem Kartellverbot aus Art. 101 AEUV vereinbar seien.

268. In der Rechtssache Royal Antwerp Football Club ist der EuGH hinsichtlich des Vorliegens einer kartellrechtlichen Zuwiderhandlung durch die sportverbandlichen Regeln zurückhaltender als in den beiden vorgenannten Rechtssachen. Nach der Feststellung, dass der Sportsektor dem Kartellrecht nicht grundsätzlich entzogen sei und auch Art. 165 AEUV keine Bereichsausnahme enthalte, befasst sich der EuGH zunächst mit der Frage, ob die Home-grown-Regeln eine (bezweckte oder bewirkte) Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV darstellen. Dabei beschränkt er sich auf verschiedene Erwägungen für und wider die Annahme einer Wettbewerbsbeschränkung, überlässt die Beantwortung der Frage letztlich jedoch dem vorlegenden Gericht. Während sich die Home-grown-Regeln einerseits auf einen wesentlichen Parameter für den Wettbewerb zwischen den Vereinen, namentlich die Verpflichtung von Spielerinnen und Spielern, bezögen, könne es andererseits als Besonderheit des Sports gelten, dass die Verbände Vorgaben zu der Zusammenstellung der Teams machten. Für den Fall, dass das vorlegende Gericht eine Wettbewerbsbeschränkung bejahe, müsse es eine tatbestandliche Ausnahme von Art. 101 Abs. 1 AEUV nach Maßgabe der Meca-Medina-Rechtsprechung prüfen. Eine solche Ausnahme komme aber – und dies war bereits eine der zentralen Aussagen in den Entscheidungen *International Skating Union* sowie *European Superleague Company* – überhaupt nur bei bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen in Betracht. Zu der bei bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen dann allenfalls möglichen Freistellung gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV stellt der EuGH unter anderem fest, dass Effizienzgewinne in den durch die Home-grown-Regeln möglicherweise verstärkten Anreizen für die Verpflichtung und die Ausbildung junger Spielerinnen und Spieler gesehen werden könnten. Die Beantwortung der Frage, ob durch die Regeln der Wettbewerbsparameter „Verpflichtung von Spielerinnen und Spielern“ ausgeschaltet werde, hänge davon ab, in welchem Verhältnis die vorgegebene Mindestanzahl der heimischen Spielerinnen oder Spieler zu der Anzahl der in dem Kader eines Vereins insgesamt verfügbaren Spielerinnen oder Spieler stehe.³⁰⁸

2.2.2 Stellungnahme zu den EuGH-Entscheidungen

269. Es überrascht nicht, dass die einzelnen Interessenvertreter die EuGH-Entscheidungen in ihrem Sinne interpretieren und unterschiedliche Aspekte hervorheben.³⁰⁹ Tatsächlich scheint der EuGH in den Rechtssachen *International Skating Union* und *European Superleague Company* vor allem die konkrete Ausgestaltung der Zulassungsregeln zu kritisieren, während er den Sportverbänden unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit eröffnet, solche Regeln

³⁰⁸ Der EuGH befasst sich in seiner Entscheidung noch mit der Vereinbarkeit der Regeln mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit aus Art. 45 AEUV. Auf diesen Aspekt soll nachfolgend nicht näher eingegangen werden.

³⁰⁹ Einerseits: A22 proposes new open European competition, Pressemitteilung, 21. Dezember 2023, <https://a22sports.com/en/media/press-release-21-december-2023/>; andererseits: UEFA statement on the European Super League case, Pressemitteilung, 21. Dezember 2023, <https://www.uefa.com/return-to-play/news/0288-19bf06a5cd26-1e0545be457d-1000--uefa-statement-on-the-european-super-league-case/>; Abruf jeweils am 14. Mai 2024.

zu erlassen. Mehrere Aussagen in den Urteilen sprechen jedoch für eine durchaus strenge Interpretation der kartellrechtlichen Vorgaben in „Sportfällen“.

270. Begrüßenswert ist zunächst die Absage des EuGH an eine allgemeine Ausnahme des Sportsektors vom EU-Wettbewerbsrecht oder auch nur eine besondere Behandlung des Sports in diesem Zusammenhang. Generalanwalt Rantos hat in seinen Schlussanträgen in der Rechtsache *European Superleague Company* Art. 165 AEUV herangezogen und sich mit dem dort (angeblich) verankerten „europäischen Sportmodell“ auseinandergesetzt. Zwar hat auch der Generalanwalt der Vorschrift keine Bereichsausnahme für sportliche Tätigkeiten entnommen, aber darauf hingewiesen, dass *„die in Art. 165 AEUV enthaltenen Verweise auf diese Besonderheiten sowie die soziale und erzieherische Funktion des Sports insbesondere für die Analyse der etwaigen objektiven Rechtfertigung der Beschränkungen des Wettbewerbs oder der Grundfreiheiten im sportlichen Bereich relevant sein [können].“*³¹⁰ Demgegenüber scheint der EuGH Art. 165 AEUV weniger Bedeutung beizumessen. So erkennt der EuGH zwar an, dass es – speziell mit Blick auf den Amateursport, aber auch bei der Verfolgung wirtschaftlicher Interessen – Besonderheiten des Sports geben mag. Diese können aber nur im Rahmen sowie unter Beachtung der Voraussetzungen und Kriterien der Art. 101 und 102 AEUV Berücksichtigung finden.³¹¹ Im Übrigen gewährt, und darauf weist auch der EuGH hin, Art. 165 Abs. 3 und 4 in Verbindung mit Art. 6 lit. e AEUV den Unionsorganen lediglich ergänzende Zuständigkeiten für den Erlass von Maßnahmen zur Erreichung von bestimmten sportpolitischen Zielen. Im Unterschied zu den „echten“ sog. Querschnittsklauseln des AEUV verpflichtet er aber nicht etwa zur Berücksichtigung solcher Ziele bei der Anwendung der Wettbewerbsregeln (oder anderer Politikbereiche).³¹² Demnach ist nicht ersichtlich, weshalb Sportverbände, soweit sie eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben, in geringerem Umfang an die Vorgaben des Kartellrechts gebunden sein sollten.

271. Mit Blick auf die streitgegenständlichen Zulassungsregeln erscheint es vielmehr als besonders wettbewerbsschädlich, wenn sich Vereine oder Sportlerinnen und Sportler ihre Teilnahme an bzw. die Veranstaltung von konkurrierenden Wettkämpfen von dem jeweiligen Verband – unter der Androhung von Sanktionen bei Nichtbefolgung – genehmigen lassen müssen. Der EuGH stellt fest, dass durch die Behinderung alternativer und möglicherweise innovativer Wettkämpfe nicht nur den Vereinen sowie Sportlerinnen und Sportlern die Möglichkeit genommen werde, an ihnen teilzunehmen; solche Wettbewerbe würden letztlich auch den (Fernseh-) Zuschauerinnen und Zuschauern vorenthalten.³¹³ Die Einordnung als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung bzw. als seinem Wesen nach missbräuchliches Verhalten in den EuGH-Ent-

³¹⁰ GA Rantos, C-333/21, 15. Dezember 2022, *European Superleague Company*, ECLI:EU:C:2022:993, Rz. 42. Generalanwalt Szpunar hat sich dem in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache *Royal Antwerp Football Club* ausdrücklich angeschlossen; C-680/21, 9. März 2023, ECLI:EU:C:2023:188, Rz. 55 mit Fn. 39. Vgl. auch Pauer, NZKart 2024, 177, 181.

³¹¹ EuGH, C-333/21, a. a. O., vgl. Fn. 212, Rz. 103 f.; C-680/21, a. a. O., vgl. Fn. 220, Rz. 71 f. Ausdrücklich erwähnt der EuGH nur Art. 45 und 101 AEUV.

³¹² Vgl. EuGH, C-333/21, a. a. O., vgl. Fn. 212, Rz. 98 ff.; C-680/21, a. a. O., vgl. Fn. 220, Rz. 66 ff.; Ackermann, WuW 2022, 122, 126 f.

³¹³ EuGH, C-333/21, a. a. O., vgl. Fn. 212, Rz. 176.

scheidungen International Skating Union sowie European Superleague Company ist deshalb einerseits naheliegend. Andererseits ist sie dennoch insofern bemerkenswert, als der EuGH in seiner jüngeren Rechtsprechung dazu tendiert, in der Regel den Nachweis hinreichender negativer Auswirkungen auf den Wettbewerb bzw. einer entsprechenden tatsächlichen Eignung zu verlangen.³¹⁴

272. Zwar begründet der EuGH seine Einschätzung unter anderem mit dem Fehlen eines Regelwerks, das materielle und formelle Kriterien für die Zulassung enthält. Daraus wird – dem Grunde nach zu Recht – der Schluss gezogen, dass die Verbände es ihren Mitgliedern prinzipiell verbieten können, an konkurrierenden Wettkämpfen teilzunehmen bzw. solche zu veranstalten.³¹⁵ Zu berücksichtigen ist indes, dass der EuGH durchaus strenge Maßstäbe an die Kriterien für die Zulassungsregeln anzulegen scheint. Insbesondere müssen diese transparent, objektiv, diskriminierungsfrei und verhältnismäßig sein und entsprechend angewendet werden. Demnach dürfte der marktbeherrschende Verband möglicherweise verlangen können, dass eine terminliche Koordinierung der Wettkämpfe stattfindet und bestimmte Mindestanforderungen an den Gesundheitsschutz der Sportlerinnen und Sportler erfüllt sind, um die eigenen Veranstaltungen nicht zu gefährden. Es könnte sogar einiges dafürsprechen, dass der konkurrierende Wettkampf seinerseits zumindest in einigem Umfang für geeignete dritte Sportlerinnen und Sportler bzw. Vereine zugänglich sein muss. So bezog sich ein Großteil der Kritik an der ESL darauf, dass damit eine Eliteliga für einen kleinen Kreis an ausgewählten Vereinen gegründet werden solle, während die Offenheit von Wettkämpfen ein Element des „europäischen Sportmodells“ sei (vgl. Art. 165 Abs. 2 letzter Spiegelstrich AEUV).³¹⁶

273. Dass an das Verhalten der Sportverbände letztlich aber ungleich höhere Anforderungen als an jenes potenzieller Konkurrenten zu stellen sind, lässt sich mit der besonderen Verantwortung begründen, die marktbeherrschenden Unternehmen für den (Rest-) Wettbewerb zukommt. Zwar dürfen sich auch diese Unternehmen im Wettbewerb behaupten; sie müssen sich allerdings leistungswettbewerblicher Mittel bedienen. Ein Quasi-Verbot seitens nicht nur marktbeherrschender, sondern gar monopolistischer Verbände für die Veranstaltung alterna-

³¹⁴ Dazu bereits Tz. 215 f., 230. Im Rahmen des Kartellverbots aus Art. 101 AEUV ist der Nachweis negativer wettbewerbsrechtlicher Auswirkungen bei bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen im Einzelfall nicht erforderlich. Die Feststellung, ob es sich um eine bewirkte oder eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung handelt, erfolgt auf Grundlage des wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhangs, in dem das jeweilige Verhalten stattfindet, sowie des damit verfolgten Zwecks. Es gibt keinen *numerus clausus* an bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen, diese Kategorie ist jedoch restriktiv auszulegen. Bei dem Missbrauchsverbot aus Art. 102 AEUV trifft das Gesetz keine dem Kartellverbot vergleichbare Unterscheidung zwischen mehr oder weniger wettbewerbschädlichen Verhaltensweisen.

³¹⁵ Heermann, WRP 2024, 429, 434; Lichtenberg, Kluwer Competition Law Blog, 8. Januar 2024, <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2024/01/08/international-skating-union-european-super-league-and-royal-antwerp-the-beautiful-game-and-skating-before-the-cjeu/>, Abruf am 14. Mai 2024; Ritz/von Schreiter, WuW 2024, 89, 90.

³¹⁶ Vgl. UEFA, Pressekonferenz, 21. Dezember 2023, <https://www.uefa.com/returntoplay/news/0288-19bfb0b4fa04-8711d4be5f38-1000--european-football-community-stands-firm-against-so-called-su/>, Abruf am 14. Mai 2024.

tiver Wettkämpfe erscheint angesichts des Machtgefälles im Sport und vorbehaltlich der ausnahmsweisen Rechtfertigung durch gewichtige Gründe indes als äußerst problematisch. Insofern kann es eine Pflicht zur einseitigen Offenheit von sportlichen Wettkämpfen geben.³¹⁷

274. Deutlich wird die spezielle Marktstellung der Sportverbände auch an der Argumentation des EuGH zu ihrer Doppelrolle: Sie kontrollieren als Regelsetzer nicht nur den Zugang zu und die Bedingungen auf dem Markt, sondern sie sind dort auch selbst als Organisatoren und Vermarkter von Sportveranstaltungen tätig.³¹⁸ Diese Feststellung trifft der EuGH im Übrigen auch in der Entscheidung *International Skating Union*, obwohl diese ausschließlich einen Verstoß gegen das Kartellverbot und nicht auch einen solchen gegen das Missbrauchsverbot zum Gegenstand hat. Der EuGH verweist in diesem Zusammenhang sogar auf Art. 106 AEUV und setzt damit privatwirtschaftliche Sportverbände mit öffentlichen sowie mit solchen Unternehmen gleich, denen ein Mitgliedstaat besondere Rechte gewährt hat. So geht es in der Entscheidung, die der EuGH in Bezug nimmt, um einen Sportverband, dem der griechische Staat teilweise hoheitliche Befugnisse verliehen hat.³¹⁹

275. Ist demnach von einer Wettbewerbsbeschränkung auszugehen, kommt in „Sportfällen“ noch eine Ausnahme von dem Anwendungsbereich der Art. 101 und 102 AEUV nach der *Meca-Medina*-Rechtsprechung in Betracht. Voraussetzung für eine solche Ausnahme ist, dass ein Sportverband mit dem wettbewerbsbeschränkenden Verhalten ein legitimes Ziel verfolgt und das Verhalten insoweit notwendig und verhältnismäßig ist.³²⁰ Zur Begründung einer entsprechenden Privilegierung, die der EuGH in der Rechtssache *Wouters*³²¹ zunächst für eine Regelung einer niederländischen Rechtsanwaltskammer entwickelt und in der Rechtssache *Meca-Medina* auf eine Regelung des Internationalen Schwimmverbandes zur Dopingkontrolle übertragen hat, wird häufig auf die Verbandsautonomie verwiesen: Die Sportverbände sollen – vereinfacht dargestellt – die Kompetenz zur Regelung von eigenen Angelegenheiten haben, die einen Sportbezug aufweisen.³²²

276. Der EuGH trifft in den Entscheidungen vom Dezember 2023 zwei zentrale Aussagen zur *Meca-Medina*-Rechtsprechung. Zum einen gelte die Ausnahme, die ihren Ursprung im Zusammenhang mit dem Kartellverbot hat, auch bei der Anwendung des Missbrauchsverbots.³²³ Dies

³¹⁷ Ibáñez Colomo, *World Competition* 2022, 324, 347.

³¹⁸ Ausführlich dazu Heermann, *ZWeR* 2023, 128.

³¹⁹ EuGH, C-49/07, 1. Juli 2008, *MOTOE*, ECLI:EU:C:2008:376.

³²⁰ EuGH, C-519/04 P, 18. Juli 2006, *Meca-Medina und Majcen*, ECLI:EU:C:2006:492, Rz. 42.

³²¹ EuGH, C-309/99, 19. Februar 2002, *Wouters u.a.*, ECLI:EU:C:2002:98.

³²² Vgl. nur *Bien/Becker*, *ZWeR* 2021, 565, 572 ff.; *Haug*, *Grenzen einer privaten Super-Liga im europäischen Spitzenfußball*, 2022, S. 113 ff. (dieser aber selbst die Begründung mit der Verbandsautonomie ablehnend, a. a. O., S. 117 f.).

³²³ EuGH, C-333/21, a. a. O., vgl. Fn. 212, Rz. 183 ff. So auch *Pauer/Blaschczok*, *NZKart* 2024, 296, 300; *Van Rompuy*, *Kluwer Competition Law Blog*, 15. Januar 2024, <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2024/01/15/eu-court-of-justice-delineates-the-scope-of-the-wouters-exception/>; *Weatherill*, *Kluwer Competition Law Blog*, 7. Februar 2024, <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2024/02/07/changing-the-law-without-admitting-it-the-courts-three-rulings-of-21-december-2023-applied-twice-in-january-2024/>; Abruf jeweils am 14. Mai 2024. A. A. *Bungenberg*, *NZKart* 2024, 249, 253; *Heermann*, *WRP* 2024, 429, 430, 434; *ders.*, *NZKart* 2024, 289, 293.

ist zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen sinnvoll und wurde bereits an anderer Stelle so vertreten.³²⁴ Zum anderen komme, so der EuGH, eine Ausnahme nach der Meca-Medina-Rechtsprechung von vornherein nicht in Betracht bei bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen oder solchen, die ihrem Wesen nach gegen Art. 102 AEUV verstießen.³²⁵ Diese Einschränkung ist im Ergebnis ebenfalls zu begrüßen.³²⁶ Anderenfalls könnten die Sportverbände selbst bei besonders wettbewerbsschädlichen Verhaltensweisen von der Ausnahme profitieren. Dabei erschiene es vor allem widersprüchlich, wenn eine Wettbewerbsbeschränkung „bezweckt“ sein und gleichzeitig ein legitimes Ziel im Sinne der Meca-Medina-Rechtsprechung verfolgen könnte.

277. Auch ungeachtet des Vorstehenden wäre eine solche Ausnahme in den Entscheidungen International Skating Union und European Superleague Company möglicherweise nicht einschlägig. So hat der EuGH Wettbewerbsbeschränkungen ursprünglich nur dann von dem Kartellverbot ausnehmen wollen, *„wenn sie auf das zum ordnungsgemäßen Funktionieren des sportlichen Wettkampfs Notwendige begrenzt sind“*.³²⁷ Dagegen weisen die Zulassungsregeln der ISU sowie der FIFA/UEFA allenfalls einen sehr mittelbaren Bezug zum sportlichen Wettkampf auf. Es ist zwar grundsätzlich unschädlich, dass Sportverbände mit ihren Vorgaben auch wirtschaftliche Interessen verfolgen.³²⁸ Zudem wird die Meca-Medina-Ausnahme teilweise dahingehend ausgelegt, dass sie nicht nur auf sportliche bzw. sportspezifische, sondern auch auf sportorganisatorische Verbandsregeln Anwendung findet.³²⁹ Wenn es jedoch – wie hier – um den Ausschluss von Konkurrenzveranstaltungen geht, kann wohl kaum mehr von einem Regelwerk die Rede sein, das im Sinne der vorstehend zitierten EuGH-Rechtsprechung notwendig für die Durchführung von Eisschnelllauf- bzw. Fußballwettkämpfen wäre. Anderes mag wiederum für die Home-grown-Regeln gelten, die Gegenstand der Entscheidung Royal Antwerp Football Club sind. Auch wenn die Vorgaben Auswirkungen auf die Rekrutierung von Spielerinnen und Spielern durch die Vereine haben, stehen sie der Ausgestaltung des sportlichen Wettkampfs deutlich näher als die Zulassungsregeln. Dementsprechend ist der EuGH bei der kartellrechtlichen Beurteilung der Home-grown-Regeln insgesamt großzügiger. Für ein enges Verständnis der Meca-Medina-Ausnahme, d. h. eine Beschränkung auf rein sportliche bzw. sportspezifische

³²⁴ BKartA, B2-26/17, 25. Februar 2019, Olympia-Werbebeschränkungen, Tz. 91 ff.; EU-Kommission, The EU and Sport: Background and Context, a. a. O., vgl. Fn. 298, S. 37 ff., 68 f.

³²⁵ EuGH, C-124/21 P, a. a. O., vgl. Fn. 218, Rz. 111 ff.; EuGH, C-333/21, a. a. O., vgl. Fn. 212, Rz. 183 ff.; C-680/21, a. a. O., vgl. Fn. 220, Rz. 113 ff.

³²⁶ So auch Stopper, SpuRt 2024, 86, 92; kritisch dagegen Van Rompuy, a. a. O., vgl. Fn. 323; Weatherill, a. a. O., vgl. Fn. 323.

³²⁷ EuGH, C-519/04 P, a. a. O., vgl. Fn. 320, Rz. 47.

³²⁸ EuG, T-93/18, Urteil vom 16. Dezember 2020, International Skating Union, ECLI:EU:T:2020:610, Rz. 109. Daran dürfte die aktuelle Aussage des EuGH, dass das oder die verfolgten Ziele dem Gemeinwohl dienen bzw. im Allgemeininteresse liegen müssten, nichts ändern; vgl. EuGH, C-124/21 P, a. a. O., vgl. Fn. 218, Rz. 111; C-333/21, a. a. O., vgl. Fn. 212, Rz. 183, 185; C-680/21, a. a. O., vgl. Fn. 220, Rz. 113. Vgl. auch Van Rompuy, a. a. O., vgl. Fn. 323. Die deutschen Sprachfassungen der EuGH-Urteile sind insofern unklar, als sie den englischen Begriff „public interest“ an den vorgenannten Stellen überwiegend mit „Gemeinwohl“, an einer Stelle aber mit „Allgemeininteresse“ (C-333/21, Rz. 185) übersetzen.

³²⁹ Zum Meinungsstand vgl. nur BGH, KZR 71/21, 13. Juni 2023, Reglement für Spielervermittler, Rz. 28 ff. (zit. nach Juris).

Regelungen, spricht im Übrigen, dass der EuGH die Möglichkeit einer Ausnahme im Zusammenhang mit der Vermarktung der Rechte an Fußballwettbewerben nicht mehr erwähnt, obgleich er hinsichtlich der Annahme einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung bei der Rechtevermarktung zurückhaltender ist als bei den Zulassungsregeln.³³⁰

278. Scheidet eine Ausnahme nach der Meca-Medina-Rechtsprechung aus, stellt sich schließlich die Frage nach einer Freistellung von dem Kartellverbot bzw. einer sachlichen Rechtfertigung des – isoliert betrachtet – missbräuchlichen Verhaltens. Voraussetzung hierfür ist die kumulative Verwirklichung der in Art. 101 Abs. 3 AEUV genannten Kriterien, die im Rahmen von Art. 102 AEUV entsprechend anzuwenden sind.³³¹ Der EuGH betont, dass die Voraussetzungen für eine solche Effizienzverteidigung strenger sind als jene für eine Ausnahme nach der Meca-Media-Rechtsprechung.³³² Vorliegend fällt es dem EuGH bereits sichtbar schwer, geeignete Effizienzgewinne zu identifizieren. Während er in der Entscheidung Royal Antwerp Football Club zumindest mögliche Anreize für die Verpflichtung und die Ausbildung junger Spielerinnen und Spieler nennt und bei den weiteren Kriterien aus Art. 101 Abs. 3 AEUV aufgreift,³³³ verzichtet er in der Entscheidung European Superleague Company nahezu vollständig auf fallspezifische Erwägungen und verweist im Wesentlichen nur auf die allgemeinen Anforderungen an die Darlegung solcher Vorteile.³³⁴ In der Entscheidung International Skating Union war eine Freistellung überhaupt nicht Gegenstand des Rechtsmittels. Zudem ist eine Freistellung bzw. Rechtfertigung gemäß Art. 101 Abs. 3 lit. b AEUV nicht möglich, wenn das in Rede stehende Verhalten den Unternehmen die Möglichkeit eröffnet, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren oder Dienstleistungen den Wettbewerb auszuschalten. Hinsichtlich der Zulassungsregeln der FIFA/UEFA scheint der EuGH aber gerade von einer derart wettbewerbschädlichen Konstellation auszugehen. Bei der Anwendung des Missbrauchsverbots aus Art. 102 AEUV erwähnt der EuGH insoweit zusätzlich die marktbeherrschende oder gar monopolistische Stellung der Sportverbände.³³⁵ In Fällen, die das Missbrauchsverbot betreffen, wird die Möglichkeit der Effizienzverteidigung wegen des schon weitgehend geschwächten Wettbewerbs ohnehin restriktiv gehandhabt.³³⁶

279. Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass der EuGH den streitgegenständlichen Zulassungsregeln der ISU sowie der FIFA/UEFA sehr kritisch gegenübersteht. Zunächst lehnt der EuGH eine allgemeine Ausnahme des Sportsektors vom EU-Wettbewerbsrecht ab. Die Veranstaltung konkurrierender Wettkämpfe wird von der Zulassung durch die marktbeherrschenden

³³⁰ Vgl. EuGH, C-333/21, a. a. O., vgl. Fn. 212, Rz. 179 bzw. 230: „may be regarded as having as their ‘object’“ im Vergleich zu „constitutes a decision [...] having as its object the prevention of competition“.

³³¹ Bei Art. 102 AEUV kommt zudem eine Rechtfertigung wegen einer etwaigen objektiven Notwendigkeit des Verhaltens in Betracht. Dies betrifft etwa technische oder sicherheitsrelevante Aspekte. Der EuGH prüft diese Möglichkeit in der Entscheidung European Superleague Company nur denkbar kurz; sie soll auch im Folgenden unberücksichtigt bleiben.

³³² EuGH, C-333/21, a. a. O., vgl. Fn. 212, Rz. 189.

³³³ EuGH, C-680/21, a. a. O., vgl. Fn. 220, Rz. 129 ff.

³³⁴ Vgl. auch Heermann, WRP 2024, 429, 433.

³³⁵ EuGH, C-333/21, a. a. O., vgl. Fn. 212, Rz. 207.

³³⁶ Fuchs in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1, 6. Aufl. 2019, Art. 102 AEUV Rn. 163.

oder gar monopolistischen Sportverbände abhängig gemacht. Allerdings fehlt es den Regeln an materiellen und formellen Vorgaben für die Erteilung der Zustimmung. Der EuGH wertet sie deshalb nicht nur als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen bzw. als seinem Wesen nach missbräuchliches Verhalten und entzieht sie damit von vornherein einer – bei sportverbandlichen Regelwerken grundsätzlich möglichen – Ausnahme von den Art. 101 und 102 AEUV nach der Meca-Medina-Rechtsprechung. Auch eine Effizienzverteidigung dürfte jedenfalls daran scheitern, dass die Zulassungsregeln es den Sportverbänden erlauben, jeglichen (potenziellen) Wettbewerb auszuschalten. Deutlich großzügiger beurteilt der EuGH dagegen die Homegrown-Regeln. Er hält eine (bezweckte oder bewirkte) Wettbewerbsbeschränkung für möglich, aber auch eine tatbestandliche Ausnahme sowie eine Freistellung vom Kartellverbot. Eine allgemeine Ausnahme des Sportsektors vom EU-Wettbewerbsrecht lehnt der EuGH auch in der Entscheidung Royal Antwerp Football Club ab.

280. Sowohl die UEFA als auch die ISU haben ihre Zulassungsregeln zwischenzeitlich, aber noch vor den EuGH-Entscheidungen im Dezember 2023, überarbeitet.³³⁷ Insbesondere die Regeln der UEFA sehen nunmehr verschiedene materielle und formelle Kriterien für die Zustimmung zur Veranstaltung konkurrierender Wettbewerbe vor.³³⁸ Möglicherweise genügen auch diese nicht den kartellrechtlichen Anforderungen.³³⁹ Eine pauschale Ablehnung von konkurrierenden Wettkämpfen, wie es die streitgegenständlichen Zulassungsregeln ermöglichen und wie es die Fußballverbände in ihren Stellungnahmen nach Bekanntwerden der Pläne für eine European Superleague kommunizierten, ist jedenfalls kartellrechtswidrig.

2.2.3 Einschätzung der Verbandsregeln für Vermittlerinnen und Vermittler von Fußballspielerinnen und -spielern

281. Im Berichtszeitraum waren zudem Verbandsregeln zu der Tätigkeit von Vermittlern von Fußballspielerinnen und -spielern Gegenstand der sportkartellrechtlichen Entscheidungspraxis. Solche Regeln sind nicht grundsätzlich neu. Sie enthalten Rechte und Pflichten für die Vereine sowie Spielerinnen und Spieler (bzw. Trainerinnen und Trainer) einerseits und/oder – jedenfalls mittelbar – (potenzielle) Spielervermittlerinnen und -vermittler andererseits. Es geht unter anderem um die Voraussetzungen für die Aufnahme einer Tätigkeit als Spielervermittlerinnen und -vermittler sowie um den Inhalt von Vermittlungsverträgen. Verstöße gegen die Regeln können durch den Verband sanktioniert werden.

282. Die Europäische Kommission war mit dem Spielervermittler-Reglement der FIFA bereits vor mehr als 20 Jahren befasst. Nach anfänglichen wettbewerbsrechtlichen Bedenken der Behörde wegen einzelner Aspekte des Reglements, die insbesondere das Erfordernis der Lizenzierung für die Tätigkeit als Spielervermittlerinnen und -vermittler betrafen, wurden die Regeln

³³⁷ International Skating Union, Constitution and general Regulations, Juni 2022, <https://www.isu.org/inside-isu/rules-regulations/isu-statutes-constitution-regulations-technical/29326-constitution-general-regulations-2022/file>; UEFA-Genehmigungsregeln für internationale Klubwettbewerbe, Ausgabe 2022, https://documents.uefa.com/v/u/GTOVnRzisZIE_qpbkCYjCg; Abruf jeweils am 14. Mai 2024.

³³⁸ Materielle Genehmigungskriterien: Administrativ und finanziell (Art. 4), sportlich und technisch (Art. 5), ethisch (Art. 6) und bezüglich des sportlichen Verdienstes (Art. 7); Genehmigungsverfahren (Art. 8 ff.).

³³⁹ Dazu ausführlich und teilweise kritisch, aber ebenfalls noch vor den EuGH-Entscheidungen vom Dezember 2023, Haug, Grenzen einer privaten Super-Liga im europäischen Spitzenfußball, 2022, S. 257 ff.

seitens der FIFA angepasst, und die Europäische Kommission stellte das Kartellverfahren daraufhin ein. Die dagegen eingereichte Klage eines Spielervermittlers wies das EuG ab; der EuGH bestätigte das EuG-Urteil.³⁴⁰ Insbesondere führten die Vorgaben zu höheren Berufsstandards bei Spielervermittlerinnen und -vermittlern, was – angesichts des fast vollständigen Fehlens gesetzlicher oder berufsständischer Regelungen – zum Schutz der Fußballspielerinnen und -spieler beitrage. Insoweit komme, so das EuG, eine Freistellung von dem Kartellverbot in Betracht, und es sei der Schluss zulässig, dass kein Verstoß gegen das Missbrauchsverbot vorliege. In einem Begleitdokument zu ihrem Weißbuch Sport von 2007 bezeichnete die Europäische Kommission Regeln zu Nebenberufen im Sport (z. B. Vermittler von Fußballspielerinnen und -spielern) als wettbewerbsrechtlich vergleichsweise bedenklich, hielt sie unter Verweis auf die vorgenannte Rechtsprechung aber für rechtfertigbar.³⁴¹

283. Das Spielervermittler-Reglement der FIFA ist durch Beschluss vom Dezember 2022 verschärft worden und enthält nunmehr insbesondere eine Obergrenze für die Vergütung der Tätigkeit der Spielervermittlerinnen und -vermittler.³⁴² Vor mehreren – unter anderem deutschen – Gerichten sind derzeit zivilrechtliche Streitigkeiten zu den Regeln der FIFA sowie ihrer Umsetzung durch die nationalen Verbände anhängig. Das LG Dortmund hat einzelne Regeln in einem Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes gegen die FIFA und den Deutschen Fußball-Bund (DFB) als unvereinbar mit dem Kartellverbot erachtet und den Verbänden die Durchsetzung der Regeln untersagt.³⁴³ Das OLG Düsseldorf hat die Berufung der Sportverbände gegen die einstweilige Verfügung des LG Dortmund zurückgewiesen.³⁴⁴ Das LG Mainz³⁴⁵ und der BGH³⁴⁶ haben jeweils ein Vorabentscheidungsersuchen zur Zulässigkeit der Spielervermittler-Regeln an den EuGH gerichtet. Während die Vorlage des LG Mainz bereits die neuen FIFA-Regeln zum Gegenstand hat, betrifft der Rechtsstreit, welcher dem Ersuchen des BGH zugrunde liegt, noch Re-

³⁴⁰ EuG, T-193/02, 26. Januar 2005, Piau, ECLI:EU:T:2005:22; EuGH, C-171/05 P, 23. Februar 2006, Piau, ECLI:EU:C:2006:149.

³⁴¹ EU-Kommission, The EU and Sport: Background and Context, a. a. O., vgl. Fn. 298, S. 39 f., 49 f.

³⁴² Die Obergrenze orientiert sich prozentual an dem Gehalt der Spielerin oder des Spielers bzw. der Transferentschädigung; vgl. Art. 15 FIFA Football Agent Regulations (FFAR), <https://www.dfb.de/verbandsservice/pinnwand/spielervermittlung/downloads/reglement/fifa-reglement/>, Abruf am 14. Mai 2024. Weitere Elemente des neuen FIFA-Reglements betreffen etwa ein Verbot der Mehrfachvertretung (Art. 12 Abs. 8-10 FFAR) sowie verschiedene Vorgaben zur Zahlung der Vergütung (Art. 14 FFAR).

³⁴³ LG Dortmund, 8 O 1/23 Kart, 24. Mai 2023. Nach Auffassung des LG Dortmund haben die FIFA und der DFB der einstweiligen Anordnung, die Spielervermittler-Regeln vorübergehend nicht anzuwenden, zuwidergehandelt. Das LG Dortmund hat deshalb Ordnungsgelder gegen die Verbände festgesetzt, die das OLG Düsseldorf in Bezug auf die FIFA bestätigt, in Bezug auf den DFB aber aufgehoben hat, da dieser nicht gegen die Unterlassungspflichten verstoßen habe.

³⁴⁴ OLG Düsseldorf, VI-U (Kart) 2/23, 13. März 2024. Das Gericht hat lediglich die zeitliche Geltung der einstweiligen Anordnung konkretisiert.

³⁴⁵ LG Mainz, 9 O 129/21, 30. März 2023; beim EuGH: C-209/23, RRC Sports. Den Erlass einer einstweiligen Verfügung hat das LG Mainz indes mangels Eilbedürftigkeit abgelehnt, da die nationale Umsetzung der Spielervermittler-Regeln noch ausstehe; vgl. LG Mainz, 9 O 23/23, 2. Februar 2023 (nicht veröffentlicht); bestätigt durch OLG Koblenz, W 66/23 Kart, 16. März 2023.

³⁴⁶ BGH, KZR 71/21, 13. Juni 2023, Reglement für Spielervermittler; beim EuGH: C-428/23, Rogon u.a.

geln, die der DFB auf Grundlage des alten FIFA-Reglements verabschiedet hat und die sich unmittelbar ausschließlich an Vereine und Spielerinnen sowie Spieler richten.³⁴⁷ Das OLG Frankfurt a. M. hat die DFB-Regeln in der Vorinstanz nicht als Verstoß gegen das Kartellverbot gewertet und insoweit eine gegenteilige Entscheidung des LG Frankfurt a. M. aufgehoben.³⁴⁸ Auch das internationale Sportschiedsgericht Court of Arbitration for Sport (CAS) hat anlässlich einer von der Vereinigung der Spielervermittler (ProFAA) eingereichten Schiedsklage keine wettbewerbsrechtliche Zuwiderhandlung der neuen FIFA-Regeln festgestellt.³⁴⁹ Einem Medienbericht zufolge scheint die Europäische Kommission die neuen FIFA-Regeln in einer schriftlichen Stellungnahme gegenüber dem EuGH in dem Vorabentscheidungsverfahren des LG Mainz ebenfalls für zulässig zu erachten.³⁵⁰ Mittlerweile hat die FIFA die neuen Spielervermittler-Regeln mit weltweiter Wirkung bis zum Erlass eines EuGH-Urteils ausgesetzt.³⁵¹

284. Fraglich ist, inwiefern sich die jüngste EuGH-Rechtsprechung zu sportverbandlichen Regeln vom Dezember 2023 für die kartellrechtliche Beurteilung der Vorgaben der FIFA für die Tätigkeit von Spielervermittlerinnen und -vermittlern heranziehen lässt. Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich auf einige ausgewählte Aspekte und im Übrigen auf eher allgemeine Erwägungen. Bei allem Verständnis etwa für die Zielsetzung der FIFA, die Berufsstandards bei Spielervermittlerinnen und -vermittlern zu erhöhen und Fußballspielerinnen und -spieler besser zu schützen,³⁵² erscheint das Regelwerk – insbesondere die Obergrenze für die Vergütung der Vermittlungsleistung – aus wettbewerbsrechtlicher Sicht sehr weitreichend.

285. Angesichts insbesondere der in dem neuen FIFA-Reglement enthaltenen Obergrenze für die Vergütung der Spielervermittlerinnen und -spieler geht das LG Dortmund von einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV aus.³⁵³ Betroffen sei der Markt für die Vermittlung von Fußballspielerinnen und -spielern. Die Spielervermittler-Regeln gälten weltweit und für den gesamten Profifußballbereich mit der Folge, dass alle Nachfrager der Dienstleistung „Spielervermittlung“ – Vereine und Spielerinnen sowie Spieler – den streitgegenständlichen Regeln unterlägen. Durch die Spielervermittler-Regeln werde der Handlungsspielraum der Vereine und Spielerinnen sowie Spieler, aber auch der Spielervermittlerinnen und -vermittler als Dritte, bei der Verhandlung über die Höhe der Vergütung für die Vermittlungsleistung eingeschränkt. Wegen der vollständigen Marktabdeckung verfügten die Spielervermittlerinnen und -vermittler, so das LG Dortmund, über keine Ausweichalternativen, was

³⁴⁷ Aus kartellrechtlicher Sicht ist die nur mittelbare Bindung der Spielervermittler allerdings unerheblich; vgl. Podszun, NZKart 2022, 181, 182.

³⁴⁸ OLG Frankfurt a. M., 11 U 172/19 (Kart), 30. November 2021; LG Frankfurt a. M., 2-03 O 517/18, 24. Oktober 2019.

³⁴⁹ CAS, 2023/O/9370, 24. Juli 2023.

³⁵⁰ Walker, Politico, 31. Oktober 2023, <https://www.politico.eu/article/european-commission-support-fifa-row-football-agents-court/>, Abruf am 14. Mai 2024.

³⁵¹ Reuters, 30. Dezember 2023, <https://www.reuters.com/sports/soccer/fifa-suspends-new-agent-rules-world-wide-until-case-europe-settled-2023-12-30/>, Abruf am 14. Mai 2024.

³⁵² Zu diesen und anderen Zielen der Spielervermittler-Regeln vgl. Art. 1 FFAR.

³⁵³ Vgl. zum Ganzen LG Dortmund, 8 O 1/23 Kart, 24. Mai 2023, Rz. 77 ff., zu weiteren in den FIFA-Regeln enthaltenen (mutmaßlichen) Wettbewerbsbeschränkungen vgl. Rz. 87 ff. (zit. nach Juris).

ihnen ein freies Agieren im Wettbewerb unmöglich mache. Dabei beabsichtige die FIFA mit der Regel zur maximalen Entgelthöhe gerade eine Begrenzung der ihrer Auffassung nach unverhältnismäßig hohen Honorare für die Spielervermittlung. Im Ergebnis entstehe dadurch ein Hardcore-Kartell in Form eines Preis- bzw. Einkaufskartells.³⁵⁴

286. Die – hier nur zusammengefasst wiedergegebene – Begründung des LG Dortmund für das Vorliegen einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung erscheint überzeugend. Zwar fällt nicht automatisch jede preisbezogene Vereinbarung in diese Kategorie.³⁵⁵ Vielmehr erfolgt die Feststellung, ob es sich um eine bewirkte oder eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung handelt, auf Grundlage des wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhangs, in dem das jeweilige Verhalten stattfindet, sowie des damit verfolgten Zwecks.³⁵⁶ Für die Annahme einer ihrem Wesen nach besonders schädlichen Wettbewerbsbeschränkung spricht hier aber insbesondere der auch vom LG Dortmund hervorgehobene Umstand der vollständigen Marktabdeckung der FIFA bzw. ihres Reglements. Damit ist zusätzlich ein – isoliert betrachtet – missbräuchliches Verhalten im Sinne des Art. 102 AEUV möglich.³⁵⁷

287. Nimmt man mit dem LG Dortmund eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung an, sind die FIFA-Regeln nach Maßgabe der jüngsten EuGH-Rechtsprechung vom Dezember 2023 automatisch der Möglichkeit einer Meca-Medina-Ausnahme entzogen. Außerdem ist zweifelhaft, ob die Meca-Medina-Rechtsprechung in Bezug auf die Spielervermittler-Regeln auch im Übrigen, d. h. bei der Annahme einer bloß bewirkten Wettbewerbsbeschränkung, einschlägig wäre. Das LG Dortmund geht davon aus, dass es in Bezug auf die Spielervermittler-Regeln an einem sportlichen Regelwerk fehle. Es handele sich nicht um eine Materie, die dazu diene, einen fairen Wettstreit zwischen den Sportlerinnen und Sportlern zu gewährleisten.³⁵⁸ Jedenfalls werde kein legitimes Ziel verfolgt, das die Wettbewerbsbeschränkung notwendig mache und zu dem die Wettbewerbsbeschränkung nicht außer Verhältnis stehe.³⁵⁹ Auch der BGH hat dem EuGH unter anderem die Frage vorgelegt, ob die Spielervermittler-Regeln der Meca-Medina-Ausnahme zugänglich sind.³⁶⁰

³⁵⁴ Ähnlich OLG Düsseldorf, VI-U (Kart) 2/23, 13. März 2024, Rz. 92, 105, NRWE; Heermann, WRP 2023, 524, 530 f.; ders., WRP 2024, 429, 432 f.; Podszun, NZKart 2022, 181, 185.

³⁵⁵ Vgl. – zur vertikalen Preisbindung – EuGH, C-211/22, a. a. O., vgl. Fn. 222, Rz. 27 ff.

³⁵⁶ Dazu bereits Fn. 314.

³⁵⁷ Heermann, WRP 2023, 524, 530 (aus der Ausbeutungsperspektive); Podszun/Kirk, FIFA's Football Agent Regulations and European Competition Law, a. a. O., vgl. Fn. 299, S. 36 f. (aus der Behinderungsperspektive). Zur Adressatenstellung der FIFA als (mittelbar) marktbeherrschende Abnehmerin der Dienstleistungen der Spielervermittlerinnen und -vermittler vgl. EuG, T-193/02, a. a. O., vgl. Fn. 340, Rz. 116. Ein Verstoß gegen das Missbrauchsverbot wird seitens des LG Dortmund nicht näher geprüft, wobei es insoweit auf die (damalige) Unklarheit über die Anwendbarkeit der Meca-Medina-Rechtsprechung im Rahmen von Art. 102 AEUV verweist; vgl. LG Dortmund, 8 O 1/23 Kart, a. a. O., Fn. 353, Rz. 154.

³⁵⁸ LG Dortmund, 8 O 1/23 Kart, a. a. O., Fn. 353, Rz. 125 f.

³⁵⁹ Ebenda, Rz. 127 ff.

³⁶⁰ BGH, KZR 71/21, 13. Juni 2023, Reglement für Spielervermittler (zu den DFB-Regeln unter dem alten FIFA-Reglement).

288. Dagegen spricht – wiederum dem LG Dortmund folgend – der nur sehr mittelbare Bezug zu der eigentlichen sportlichen Tätigkeit. Es geht bei der Spielervermittlung kaum um die Ausübung des Sports bzw. die Gewährleistung eines fairen Wettkampfs, sondern um eine dem sportlichen Geschehen weit vorgelagerte, ausschließlich wirtschaftliche Tätigkeit. Zu berücksichtigen ist vorliegend zudem, dass die Meca-Medina-Rechtsprechung als Fortentwicklung der Wouters-Rechtsprechung gilt und ihren Ursprung dementsprechend auch in der Verbandsautonomie hat, sich die FIFA-Regeln aber in erster Linie negativ auf die Tätigkeit von außerhalb des Verbands stehenden Dritten, den Spielervermittlerinnen und -vermittlern, auswirken.³⁶¹ Denn während die Vereine und Spielerinnen sowie Spieler von der Obergrenze für die Vergütung der Vermittlungsleistung profitieren, geht die Einschränkung des Handlungsspielraums letztlich zulasten der Spielervermittlerinnen und -vermittler. Jedenfalls bei einem engen Verständnis der Meca-Medina-Rechtsprechung³⁶² dürfte es sich folglich nicht um eine Regelung handeln, die eine tatbestandliche Ausnahme von dem Kartellverbot zulassen würde.³⁶³

289. Eine Freistellung gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV wegen der Schaffung von Effizienzgewinnen, welche die Wettbewerbsbeschränkung mindestens ausgleichen, ist eher fernliegend. Das LG Dortmund erkennt bereits keine berücksichtigungsfähigen Vorteile, jedenfalls keine angemessene Verbraucherbeteiligung.³⁶⁴ Insoweit ließe sich möglicherweise argumentieren, dass die verbandlichen Vorgaben für die Tätigkeit der Spielervermittlerinnen und -vermittler eine faire und damit höherwertige Vermittlungsleistung zur Folge haben könnten.³⁶⁵ Hiervon könnten die Spielerinnen und Spieler, sofern sie – im Unterschied zu den Vereinen – selbst keine Verbandsmitglieder und an dem wettbewerbsbeschränkenden Verhalten folglich nicht beteiligt

³⁶¹ Vgl. LG Dortmund, 8 O 1/23 Kart, a. a. O., Fn. 353, Rz. 145; BGH, KZR 71/21, 13. Juni 2023, Reglement für Spielervermittler, Rz. 27 (zit. nach Juris); OLG Düsseldorf, VI-U (Kart) 2/23, a. a. O., Fn. 354, Rz. 111, 114. Vgl. auch Podszun, NZKart 2021, 138, 139: „In der Sache legt hier also der DFB als Vereinigung der Nachfrager der Leistung von Spielern fest, zu welchen Bedingungen diese sich der Hilfe solcher Personen bedienen dürfen, die sie – die Spieler – in Vertragsverhandlungen beraten sollen.“

³⁶² Dazu bereits Tz. 277.

³⁶³ Im Ergebnis auch LG Frankfurt a. M., 2-03 O 517/18, 24. Oktober 2019, Rz. 112 (zit. nach Juris); Ackermann, WuW 2022, 122; Heermann, WRP 2023, 524 (der selbst eine eher weite Auslegung der Meca-Medina-Rechtsprechung befürwortet, aber hinsichtlich der Obergrenze für die Vergütung Bedenken gegenüber der Verwirklichung der entsprechenden Kriterien hat); Podszun, NZKart 2021, 138; ders., NZKart 2022, 181; ders./Kirk, FIFA's Football Agent Regulations and European Competition Law, a. a. O., vgl. Fn. 299, insb. S. 34 ff. A. A. CAS, 2023/O/9370, a. a. O., vgl. Fn. 349; OLG Frankfurt a. M., 11 U 172/19 (Kart), 30. November 2021, Rz. 90 ff. (zit. nach Juris).

³⁶⁴ LG Dortmund, 8 O 1/23 Kart, a. a. O., Fn. 353, Rz. 147 ff.

³⁶⁵ In diese Richtung argumentiert anscheinend die Europäische Kommission in ihrer Stellungnahme gegenüber dem EuGH in dem Vorabentscheidungsverfahren des LG Mainz; vgl. Politico, a. a. O., vgl. Fn. 350: „On the controversial agents' fees cap, the Commission's legal service said 'the defendant has plausibly pointed out that very high agency commissions, which are completely decoupled from the cost of the consideration, create a strong incentive to exert massive influence on players in particular in order to force an early transfer.'“ Vgl. auch – zur Einführung eines qualitativen Lizenzsystems für Spielervermittlerinnen und -vermittler – EuG, T-193/02, a. a. O., vgl. Fn. 340, Rz. 100 ff. Letztlich aber zu Recht kritisch Heermann, WRP 2023, 524, 528, der – im Rahmen des Meca-Medina-Tests – die Frage aufwirft, weshalb eine geringere Vergütung eine höhere Qualität der Dienstleistung zur Folge haben sollte.

sind,³⁶⁶ als Abnehmerinnen bzw. Abnehmer der Vermittlungsleistung profitieren.³⁶⁷ Insbesondere hinsichtlich der in dem neuen FIFA-Reglement enthaltenen Obergrenze für die Vergütung der Spielervermittlerinnen und -vermittler ist aber jedenfalls zweifelhaft, ob diese der FIFA bzw. den Vereinen nicht im Sinne des Art. 101 Abs. 3 lit. b AEUV die Möglichkeit eröffnet, einen wesentlichen Teil des Wettbewerbs auszuschalten. Dabei ist wiederum die vollständige Marktabdeckung der FIFA zu berücksichtigen sowie der Umstand, dass mit der Obergrenze der Handlungsspielraum der Beteiligten in Bezug auf den besonders wichtigen Wettbewerbsparameter Preis eingeschränkt wird.

290. Nach alledem ist festzuhalten, dass die Spielervermittler-Regeln – insbesondere mit Blick auf die Obergrenze für die Vergütung – wettbewerbsbeschränkend sind. Eine Ausnahme nach der Meca-Medina-Rechtsprechung dürfte nicht einschlägig sein; entweder weil sie bei zweckten Wettbewerbsbeschränkungen nach den jüngsten EuGH-Urteilen von vornherein keine Anwendung findet oder weil es sich um kein sportliches Regelwerk handelt, das zudem einen Drittmarkt betrifft. Auch die (kumulative) Verwirklichung der Voraussetzungen für eine Effizienzverteidigung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV scheint eher fernliegend.

2.2.4 Zusammenfassung und Empfehlungen

291. Die sportverbandlichen Zulassungsregeln und die Spielervermittler-Regeln sind sehr weitreichend, soweit sie die Ausschaltung jeglichen Wettbewerbs bzw. eines wichtigen Wettbewerbsparameters zum Gegenstand haben. Es handelt sich um Regelungen, die einen allenfalls mittelbaren Bezug zum sportlichen Wettkampf haben und in erster Linie wirtschaftliche Interessen verfolgen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass in solchen Fallkonstellationen häufig ein großes Machtgefälle existiert: Die Sportverbände verfügen in der Regel über eine marktbeherrschende oder gar monopolistische Marktstellung, derer sich die von den Regelungen Betroffenen nur schwerlich entziehen können. Hinzu kommt, dass die Sportverbände als Regelsetzer nicht nur den Zugang zu und die Bedingungen auf dem Markt kontrollieren; sie sind dort auch selbst tätig. Insoweit sollte eine kartellrechtliche Privilegierung aus Sicht der Monopolkommission nur unter engen Voraussetzungen erfolgen. Dies wird auch in den Entscheidungen des EuGH vom Dezember 2023 – International Skating Union, European Superleague Company und Royal Antwerp Football Club – sowie der Mehrzahl der deutschen Gerichte – insbesondere des LG Dortmund – zu den Spielervermittler-Regeln deutlich. Soweit Sportverbände mit wettbewerbsbeschränkenden Regelungen bestimmte Ziele verfolgen, wie etwa die Sicherstellung der Integrität des Sports oder eines hinreichenden Minderjährigenschutzes, handelt es sich dabei um Aufgaben, die zuvorderst dem Gesetzgeber obliegen.³⁶⁸ Es gibt auch zahlreiche Beispiele

³⁶⁶ Vgl. EuG, T-193/02, a. a. O., vgl. Fn. 340, Rz. 114, 116; abweichend BGH, KZR 71/21, a. a. O., Fn. 361, Rz. 27.

³⁶⁷ Zu berücksichtigen ist, dass bei Art. 101 Abs. 3 AEUV (1) ein weiterer Verbraucherbegriff gilt, der Zwischen- und Endverbraucher umfasst, und dass (2) die Vorteile für die Verbraucher grundsätzlich auf dem von der Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Markt entstehen müssen; vgl. EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABl. C 101 vom 27. Januar 2004, S. 97, Tz. 84 (zu (1)) bzw. 43, 85 (zu (2)).

³⁶⁸ Vgl. auch LG Dortmund, 8 O 1/23 Kart, a. a. O., Fn. 353, Rz. 149; LG Mainz, 9 O 129/21, 30. März 2023, Rz. 36, (zit. nach Juris); Ackermann, WuW 2022, 122, 123; Podszun, NZKart 2021, 138, 144 f.; Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 97, Tz. 477 (zum Verhältnis von Nachhaltigkeit und Wettbewerb).

für Vorschriften zur Höhe der Vergütung von beruflichen Tätigkeiten, die nicht von einer privatwirtschaftlichen Organisation, sondern dem Gesetzgeber getroffen wurden.³⁶⁹

292. Die Vielzahl an sportkartellrechtlichen Fällen in jüngster Zeit, von denen die in diesem Abschnitt behandelten Entscheidungen nur einen Ausschnitt bilden, zeigt, dass der Sportsektor weiterhin im Fokus der kartellrechtlichen Praxis steht. Dabei scheint vor allem die privatrechtliche Durchsetzung eine große und durchaus erfolgreiche Rolle zu spielen.³⁷⁰ Trotz der jüngsten EuGH-Rechtsprechung aus dem Dezember 2023 und der bevorstehenden Entscheidungen zu den Vorabentscheidungsersuchen im Fall der Spielervermittler-Regelungen dürfte der Bedarf an „sportkartellrechtlicher guidance“ hoch sein. Angesichts der aktiven privatrechtlichen Durchsetzung und knapper behördlicher Ressourcen erschiene es zwar vertretbar, wenn sich die Wettbewerbsbehörden auf einzelne „Sportfälle“ konzentrierten. Einen behördlichen Beitrag zur Durchsetzung des Wettbewerbsrechts im Sportsektor könnten allerdings Leitlinien der Europäischen Kommission darstellen. Die Veröffentlichung solcher Leitlinien hat die Monopolkommission in der Vergangenheit bereits vorgeschlagen, zuletzt speziell mit Blick auf den Zugang zu Sportveranstaltungen.³⁷¹ Die Europäische Kommission ordnete zwar in einem Begleitdokument zu ihrem Weißbuch Sport aus dem Jahr 2007 verschiedene Fallkonstellationen im Sportsektor kartellrechtlich ein.³⁷² Aus Sicht der Monopolkommission erscheint für Sportverbände, für die von den verbandlichen Regelungen Betroffenen, aber etwa auch für die nationalen (Zivil-) Gerichte eine aktualisierte, systematische Orientierung zur Anwendung des Wettbewerbsrechts im Sportsektor sinnvoll. Anderenfalls würde die Entscheidungspraxis in diesem Bereich im Wesentlichen der Judikative überlassen.

293. Teilweise wird sogar vorgeschlagen, wettbewerbliche Defizite im Sportsektor durch eine Regulierung auf Unionsebene, einschließlich der Trennung der sportverbandlichen Doppelrolle, zu beheben.³⁷³ Eine solche legislative Maßnahme, die voraussichtlich hohe rechtliche und praktische Hürden überwinden müsste, könnte jedenfalls ultima ratio sein. Derzeit scheinen die Wettbewerbsbehörden und Gerichte grundsätzlich in der Lage zu sein, eine – allerdings auch dringend notwendige – kartellrechtliche Kontrolle über den Sportsektor auszuüben.³⁷⁴ Dadurch unterscheidet sich dieser etwa von dem Bereich digitaler Märkte, wo die allgemeine Missbrauchsaufsicht nach verbreiteter Auffassung an ihre Grenzen gestoßen ist und einzelne Unternehmen nunmehr einer ergänzenden Regulierung gemäß der Verordnung (EU) 2022/1925 unterliegen. Im Gegensatz zu anderen spezifisch regulierten Industrien (vgl. insbesondere Ei-

³⁶⁹ Vgl. nur § 3 Wohnungsvermittlungsgesetz, § 4 Rechtsanwaltsvergütungsgesetz. Vgl. dagegen zur Unvereinbarkeit von Beschlüssen einer Notarkammer mit dem Kartellverbot EuGH, C-128/21, a. a. O., vgl. Fn. 224.

³⁷⁰ Aus dem Berichtszeitraum vgl. etwa noch OLG Frankfurt a. M., 11 U 60/21 (Kart), 15. November 2022, Motorsport-Lizenz; OLG Düsseldorf, VI-U (Kart) 7/21, 1. Februar 2023, Paralympische Zulassungsregeln.

³⁷¹ Monopolkommission, XXIII. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 115, Tz. 444.

³⁷² EU-Kommission, The EU and Sport: Background and Context, a. a. O., vgl. Fn. 298, 11. Juli 2007.

³⁷³ Vgl. nur Bungenberg, NZKart 2024, 249, 254 f.; Weiler/Maduro/Mavroidis/Weatherill, Euronews, 12. November 2021, <https://www.euronews.com/2021/11/12/only-the-eu-can-save-football-from-itself-view>, Abruf am 14. Mai 2024. Zu der Doppelrolle der Sportverbände vgl. bereits Tz. 274.

³⁷⁴ So auch Heermann, ZWeR 2023, 128, 139 ff.

senbahn, Energie, Post, Telekommunikation) gab bzw. gibt es im Sportsektor auch kein gesetzliches oder natürliches Monopol. Schließlich ist die gesamtgesellschaftliche und/oder -wirtschaftliche Bedeutung des Sportsektors zwar nicht zu unterschätzen, im Vergleich zu den vor genannten Bereichen dennoch geringer.

2.3 Geplante Leitlinien der Europäischen Kommission zu Behinderungsmissbräuchen

294. Die Europäische Kommission hat in einer Pressemitteilung vom März 2023 eine Initiative zur Erarbeitung von Leitlinien zur Anwendung von Art. 102 AEUV auf Fälle von Behinderungsmissbräuchen angekündigt. Diese Initiative soll im Jahr 2025 zu der erstmaligen Annahme solcher Leitlinien führen.³⁷⁵ In Anbetracht einer großen Anzahl an Entscheidungen der Unionsgerichte zur Auslegung des Art. 102 AEUV hat nach Ansicht der Europäischen Kommission die Rechtsprechung einen Entwicklungsstand erreicht, der die Ausarbeitung solcher Leitlinien ermöglicht.³⁷⁶

295. Schon einmal gab es seitens der Europäischen Kommission Bestrebungen, Leitlinien zu Behinderungsmissbräuchen zu veröffentlichen. Die Arbeiten mündeten jedoch nicht in Leitlinien, sondern in eine im Jahr 2009 veröffentlichte Prioritätenmitteilung.³⁷⁷ Dennoch stieß die Europäische Kommission damals eine stärker von ökonomischen Analysen geprägte Durchsetzung von Art. 102 AEUV an, welche – vereinfacht dargestellt – als entscheidendes Kriterium für die Beurteilung des Verhaltens eines Unternehmens nicht dessen Form zugrunde legt („form-based approach“), sondern die tatsächlichen – aktuellen oder potenziellen – Auswirkungen auf den Wettbewerb. Dieser wirkungsorientierte Ansatz ist als „effects-based approach“ oder – allgemeiner – „more economic approach“ bekannt.

296. Nach verbreiteter Auffassung sind Missbrauchsverfahren zunehmend aufwendiger geworden. Insbesondere lange Verfahrensdauern gelten mittlerweile als wesentliche Defizite der Missbrauchsaufsicht.³⁷⁸ Durch die geplanten Leitlinien zu Behinderungsmissbräuchen, welche die Durchsetzungsprioritäten ersetzen würden, soll der more economic approach offenbar nicht aufgegeben, aber „dynamic and workable“ werden.³⁷⁹ Einstweilen hat die Europäische

³⁷⁵ EU-Kommission, Kartellrecht: Kommission kündigt Leitlinien zu Behinderungsmissbrauch an und ändert Erläuterungen zu Durchsetzungsprioritäten, Pressemitteilung, 27. März 2023.

³⁷⁶ Vgl. Vestager, ebenda: „Eine konsequente Durchsetzung der Vorschriften über den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung kommt den Verbrauchern und einer stärkeren europäischen Wirtschaft zugute. Wir haben zahlreiche Urteile der EU-Gerichte zur Anwendung des Artikels 102 sorgfältig analysiert. Nun ist es an der Zeit, mit der Arbeit an Leitlinien zu beginnen, die diese Rechtsprechung widerspiegeln.“

³⁷⁷ EU-Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, a. a. O., vgl. Fn. 140. Zu den historischen Hintergründen vgl. BKartA, Leitlinien zu Artikel 102 AEUV – Neue Maßstäbe für die Missbrauchsaufsicht?, 2023, S. 1 ff., https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/Pofessorientagung_Hintergrundpapier_2023.html?nn=290520, Abruf am 27. Mai 2024.

³⁷⁸ Dazu sogleich Tz. 297 f.

³⁷⁹ Vgl. McCallum u.a., A dynamic and workable effects-based approach to abuse of dominance, European Commission, Competition Policy Brief, Issue 1, 2023, https://competition-policy.ec.europa.eu/publications/competition-policy-briefs_en, Abruf am 27. Mai 2024.

Kommission bereits einzelne Anpassungen an der Prioritätenmitteilung vorgenommen, um die zwischenzeitlichen Entwicklungen in der Rechtsprechung der Unionsgerichte abzubilden.³⁸⁰

2.3.1 Problematisch lange Verfahrensdauern

297. Auffallend ist zunächst die in der Regel lange Dauer von Missbrauchsverfahren in den vergangenen Jahren. Dies trifft insbesondere auf den Fall Intel zu, der auf eine Beschwerde des Wettbewerbers AMD aus dem Jahr 2000 zurückgeht. Die Europäische Kommission erließ im Jahr 2009 wegen verschiedener Verstöße gegen das Missbrauchsverbot einen Bußgeldbeschluss gegenüber Intel, der aber noch immer – 24 bzw. 15 Jahre später – nicht in Gänze bestandskräftig ist.³⁸¹ Während die Verfahrenslänge im Fall Intel sicherlich außergewöhnlich ist, veranschaulicht sie eine Tendenz zu zunehmend länger und komplexer werdenden Verfahren in den letzten Jahren. So hat sich die mittlere Dauer der streitigen Missbrauchsverfahren der Europäischen Kommission von 1990 bis 2020 von etwa 40 auf etwa 80 Monate verdoppelt, während sich die mittlere Seitenzahl von Missbrauchsentscheidungen im selben Zeitraum von etwa 25 Seiten auf etwa 175 Seiten versiebenfacht hat.³⁸² Zwar hat die Europäische Kommission mit dem Inkrafttreten der Verordnung (EG) 1/2003 im Mai 2004 die Möglichkeit erhalten, gemäß Art. 9 der Verordnung Verpflichtungszusagenentscheidungen zu erlassen. Hiervon macht die Europäische Kommission auch in zunehmendem Maße Gebrauch, was zur Folge hat, dass die Verfahrensdauer zuletzt insgesamt recht beständig geblieben ist.³⁸³ Allerdings ist die Behörde bei dem Erlass von Zusagenentscheidungen auf die Kooperation der Unternehmen im Verfahren angewiesen.

298. Eine lange Verfahrensdauer kann problematisch sein. Wenn Missbrauchsverfahren viele Jahre dauern, hat das in Rede stehende Verhalten in dieser Zeit möglicherweise unumkehrbare negative Auswirkungen auf den Wettbewerb in dem betroffenen Markt, sodass ein effektiver Schutz des Wettbewerbs nicht mehr gewährleistet ist. Eine Feststellung im Nachhinein, dass das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens Wettbewerber behindert hat, käme insoweit zu spät. Darüber hinaus verliert die Missbrauchsaufsicht ihre abschreckende Wirkung. So könnte es für Unternehmen profitabel werden, missbräuchlich zu handeln, wenn aufgrund der langen Verfahrensdauer Wettbewerber aus dem Markt gedrängt werden.

³⁸⁰ EU-Kommission, Änderung der Mitteilung der Kommission – Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, a. a. O., vgl. Fn. 141. Dazu bereits Tz. 186.

³⁸¹ Zwischenzeitlich hatte die Europäische Kommission eine neue Entscheidung gegenüber Intel erlassen (vgl. EU-Kommission, AT.37990, 22. September 2023, Intel), gegen die das Unternehmen abermals Rechtsmittel zum EuG einlegte (T-1129/23). Gleichzeitig ist beim EuGH ein Rechtsmittel der Kommission gegen ein Urteil des EuG vom 26. Januar 2022 (T-286/09 RENV) anhängig (C-240/22 P).

³⁸² Ohne Verpflichtungszusagen- sowie ohne Rechtsmittelverfahren. Dazu ausführlich Schweitzer, Leitlinien zu Artikel 102 AEUV – Neue Maßstäbe für die Missbrauchsaufsicht?, Präsentation, Arbeitskreis Kartellrecht, September 2023, S. 5 f., https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/AK_Kartellrecht_2023_Schweitzer.html?nn=290520, Abruf am 27. Mai 2024.

³⁸³ Dazu ausführlich Schweitzer/de Ridder, How to Fix a Failing Art. 102 TFEU: Substantive Interpretation, Evidentiary Requirements, and the Commission's Future Guidelines on Exclusionary Abuses, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2024, S. 2 ff., <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpae033>, Abruf am 12. Juni 2024.

2.3.2 Zusammenhang zwischen Nachweisanforderungen und Verfahrensdauer

299. Zwar kommen neben dem more economic approach weitere Gründe für zunehmend lange Missbrauchsverfahren in Betracht, etwa höhere prozedurale Anforderungen an die Gewährleistung von Verfahrensrechten der Unternehmen oder neuartige, besonders komplexe (potenzielle) Verstöße.³⁸⁴ Insbesondere die Digitalökonomie hat die Rechtsdurchsetzung in den vergangenen Jahren vor nicht zu unterschätzende Herausforderungen gestellt. Verantwortlich hierfür sind nicht zuletzt prozedurale Informationsasymmetrien zwischen den Unternehmen einerseits und den Wettbewerbsbehörden andererseits.³⁸⁵ Zum Beleg eines jedenfalls (mit-)ursächlichen Zusammenhangs zwischen dem Nachweis von Behinderungswirkungen und der Verfahrensdauer kann indes erneut auf den Fall Intel verwiesen werden. Die Europäische Kommission führte einen AEC-Test durch, um zu belegen, dass die von Intel gewährten Rabatte geeignet seien, ebenso effiziente Wettbewerber zu verdrängen.³⁸⁶ Sie stützte ihren Vorwurf, dass Intel seine marktbeherrschende Stellung missbräuchlich ausgenutzt habe, nur ergänzend auf die Ergebnisse des AEC-Tests. Dieser hatte in der Kommissionsentscheidung aus dem Jahr 2009 gleichwohl einen Umfang von etwa 150 Seiten und zog das Verfahren – trotz letztlich nur überschaubarem Erfolg – stark in die Länge.³⁸⁷ Auch in dem Rechtsmittelverfahren vor den Unionsgerichten stand der Umgang mit dem AEC-Test im Mittelpunkt: Der EuGH stellte im Jahr 2017 fest, dass das EuG, das die Entscheidung der Europäischen Kommission zuvor bestätigt hatte,³⁸⁸ das Vorbringen von Intel gegen die Ergebnisse des AEC-Tests hätte prüfen müssen. Der EuGH hob das Urteil des EuG deshalb auf und verwies die Sache zurück.³⁸⁹

300. Mittlerweile ist anerkannt, dass die Europäische Kommission grundsätzlich nicht verpflichtet ist, einen AEC-Test durchzuführen. Vielmehr ist ein AEC-Test für die Wettbewerbsbehörde fakultativ, wie der EuGH jüngst in der Rechtssache Unilever Italia klargestellt hat. Der EuGH weist in demselben Urteil darauf hin, dass sich die Behörde lediglich mit den Ergebnissen und dem Beweiswert eines tatsächlich vorgelegten AEC-Tests auseinandersetzen muss.³⁹⁰ In ihren Durchsetzungsprioritäten hatte die Europäische Kommission noch angekündigt, in allen Fällen von preisbezogenen Behinderungsmissbräuchen einen AEC-Test durchzuführen.³⁹¹ An-

³⁸⁴ Vgl. auch Schweitzer/de Ridder, How to Fix a Failing Art. 102 TFEU, a. a. O., vgl. Fn. 383, S. 4 f.

³⁸⁵ Dazu ausführlich Monopolkommission, XXIII. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 115, Tz. 96 ff.

³⁸⁶ Vgl. zum AEC-Test bereits Tz. 216 mit Fn. 198.

³⁸⁷ EU-Kommission, AT.37990, 13. Mai 2009, Intel.

³⁸⁸ EuG, T-286/09, 12. Juni 2014, Intel, ECLI:EU:T:2014:547.

³⁸⁹ EuGH, C-413/14 P, 6. September 2017, Intel, ECLI:EU:C:2017:632. Zu den nachfolgenden Entwicklungen vgl. bereits Fn. 381.

³⁹⁰ Dazu bereits Tz. 216.

³⁹¹ EU-Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, a. a. O., vgl. Fn. 140, Tz. 25.

gesichts des mit einem solchen Test verbundenen Aufwands sowie der vorgenannten Rechtsprechung ist es zu begrüßen, dass die Europäische Kommission die Durchführung eines solchen Tests in ihrer kürzlich aktualisierten Prioritätenmitteilung nun als optional bezeichnet.³⁹²

301. Dennoch lässt sich in der jüngeren Rechtsprechung des EuGH eine Tendenz dahingehend feststellen, dass in der Regel der Nachweis negativer Auswirkungen auf den Wettbewerb bzw. einer entsprechenden tatsächlichen Eignung erforderlich ist. Es gibt zwar einzelne Verhaltensweisen, bei denen die Rechtsprechung ohne Weiteres akzeptiert, dass sie nicht mit Art. 102 AEUV vereinbar sind.³⁹³ Zudem ist die Wettbewerbsbehörde, wie der EuGH in einem jüngeren Urteil festgestellt hat, nicht verpflichtet, einen unmittelbaren Schaden für die Zwischen- oder Endverbraucher nachzuweisen, sondern (nur) einen solchen für den Wettbewerb.³⁹⁴ Dieser Schaden kann tatsächlicher oder potenzieller, darf jedoch nicht rein hypothetischer Natur sein.³⁹⁵ Während aber etwa Treuerabatte und Ausschließungsklauseln früher noch als per se missbräuchlich galten, eine Prüfung der – aktuellen oder potenziellen – Auswirkungen auf den Wettbewerb im Einzelfall also entbehrlich war, geht der EuGH nunmehr von einer widerleglichen Vermutung ihrer Kartellrechtswidrigkeit aus.³⁹⁶

302. Die Monopolkommission hat sich in der Vergangenheit für eine stärkere ökonomische und empirische Orientierung des Wettbewerbsrechts ausgesprochen.³⁹⁷ Zudem hat sie die Anwendung quantitativer und empirischer Methoden durch die Wettbewerbsbehörden – zuletzt wiederholt als Vergleich zwischen dem Bundeskartellamt, der Competition and Markets Authority des Vereinigten Königreichs und der Europäischen Kommission – regelmäßig in ihren Hauptgutachten gewürdigt. In diesem Zusammenhang hat die Monopolkommission insbesondere die Bereitschaft des Bundeskartellamtes begrüßt, zunehmend ökonomische Analysen in seine Entscheidungspraxis einzubeziehen. Dabei war und ist ihr freilich bewusst, dass solche Analysen, die Verfügbarkeit der erforderlichen Daten vorausgesetzt, ressourcen- und zeitintensiv sind.³⁹⁸ Sofern die Effektivität der Missbrauchsaufsicht durch eine starke Ökonomisierung übermäßig eingeschränkt wird, ist es naheliegend, zugunsten kürzerer Verfahren auf eine möglichst genaue Wirkungsanalyse zu verzichten. Anderenfalls besteht die Gefahr, dass der

³⁹² EU-Kommission, Änderung der Mitteilung der Kommission — Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, a. a. O., vgl. Fn. 141. Zur – aus ökonomischer Sicht sinnvollen – Anwendung des AEC-Tests vgl. Fumagalli/Motta, Economic principles for the enforcement of abuse of dominance provisions, CEPR Policy Insight No. 125, 2024, S. 12 ff., <https://cepr.org/publications/policy-insight-125-economic-principles-enforcement-abuse-dominance-provisions>, Abruf am 12. Juni 2024.

³⁹³ Dazu noch Tz. 307.

³⁹⁴ EuGH, C-377/20, a. a. O., vgl. Fn. 196, Rz. 46 f.; dazu bereits Tz. 215.

³⁹⁵ EuGH, C-377/20, a. a. O., vgl. Fn. 103, Rz. 98.

³⁹⁶ Dazu bereits Tz. 216.

³⁹⁷ Vgl. nur Monopolkommission, XV. Hauptgutachten, Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, Baden-Baden, 2004, Tz. 211, insb. 222 ff. (zur Fusionskontrolle). Vgl. dagegen zu den Zweifeln des Bundeskartellamtes an einer stärker ökonomisch ausgerichteten Missbrauchsaufsicht BKartA, Leitlinien zu Artikel 102 AEUV – Neue Maßstäbe für die Missbrauchsaufsicht?, a. a. O., vgl. Fn. 377, S. 2 f., m. w. N.

³⁹⁸ Vgl. nur Monopolkommission, XV. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 397, Tz. 230; XX. Hauptgutachten, Eine Wettbewerbsordnung für die Finanzmärkte, Baden-Baden, 2014, Tz. 1084; XXII. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 99, Tz. 922.

Wettbewerb auf einem Markt unumkehrbar geschädigt wird mit der Folge, dass der more economic approach im Einzelfall gerade nicht zu einem gerechteren Ergebnis führt.

303. Das Ziel der Beschleunigung der Rechtsdurchsetzung lag auch der Verordnung (EU) 2022/1925 sowie der Regelung in § 19a GWB für Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb zugrunde. In der Digitalökonomie sind die Gefahren einer raschen Vermachtung von Märkten häufig besonders groß, weshalb der europäische bzw. der deutsche Gesetzgeber dazu übergegangen ist, insoweit eher ein over- als ein under-enforcement in Kauf zu nehmen. Die Verordnung (EU) 2022/1925 enthält deshalb insbesondere Per-se-Regeln, bei denen – im Unterschied zum allgemeinen Wettbewerbsrecht – nicht nur auf einen Nachweis der Wirkungen auf den Wettbewerb, sondern auch auf die Möglichkeit einer sachlichen Rechtfertigung verzichtet wurde. Zwar ist bei den Verhaltensvorgaben aus § 19a Abs. 2 Satz 1 GWB der Nachweis einer Behinderung anderer Unternehmen bzw. des Wettbewerbs ebenfalls erforderlich (Nr. 2-5), oder die Behörde muss eine (potenziell) negative Auswirkung auf den Wettbewerb zumindest im Rahmen ihrer Ermessensausübung berücksichtigen.³⁹⁹ Allerdings obliegt den Unternehmen bei § 19a die Darlegungs- und Beweislast für eine sachliche Rechtfertigung (Abs. 2 Satz 2 und 3); zudem gilt ein verkürzter gerichtlicher Instanzenzug (§ 73 Abs. 5 GWB).

304. Ein schnellerer Verfahrensabschluss ist aber auch bei der Anwendung des allgemeinen Missbrauchsverbots aus Art. 102 AEUV geboten:

- Zum einen, weil die Verhaltensvorgaben aus den Art. 5, 6 und 7 Verordnung (EU) 2022/1925 sowie § 19a GWB abschließend sind und nur einzelne Unternehmen adressieren. In der Verordnung (EU) 2022/1925 gibt es die Möglichkeit, jene Verhaltensvorgaben mittels eines delegierten Rechtsaktes zu aktualisieren (Art. 12), und ein Verbot, sie zu umgehen (Art. 13). Es mag angesichts der damit möglicherweise verbundenen Hürden indes näherliegend sein, stattdessen auf Art. 102 AEUV zurückzugreifen.
- Zum anderen, weil die in Tz. 298 genannten Erwägungen für eine möglichst kurze Verfahrensdauer grundsätzlich auch außerhalb der Digitalökonomie gelten.

2.3.3 Ziele und Inhalt der geplanten Leitlinien zu Behinderungsmissbräuchen

305. Es sollte deshalb ein zentrales Ziel der Leitlinien zu Behinderungsmissbräuchen sein, eine schnellere und effektivere Durchsetzung von Art. 102 AEUV zu ermöglichen. Dies gilt unabhängig davon, inwiefern der auswirkungsbasierte Ansatz tatsächlich ursächlich für die längere Verfahrensdauer ist. Die Initiative der Europäischen Kommission sollte sich nicht darauf beschränken, die Rechtsprechung der vergangenen Jahre nachzuvollziehen,⁴⁰⁰ sondern Veränderungen anstoßen, wie sie es zuvor mit ihren Durchsetzungsprioritäten getan hat. Während die letztverbindliche Auslegung von Art. 102 AEUV gemäß Art. 19 EUV und Art. 267 AEUV den Unionsge-

³⁹⁹ Monopolkommission, Sondergutachten 82, a. a. O., vgl. Fn. 123, Tz. 44, 57.

⁴⁰⁰ Vgl. insoweit bereits die Anpassung der Prioritätenmitteilung durch die Europäische Kommission im Jahr 2023; dazu schon Tz. 186, 296.

richten obliegt, kommt der Europäischen Kommission im Rahmen der bestehenden Rechtsprechung durchaus Spielraum für eine Weiterentwicklung des Rechts zu.⁴⁰¹ Erfreulich ist daher, dass die Europäische Kommission offenbar von diesem Spielraum Gebrauch machen möchte und eine Entwicklung zu einem praktikablen auswirkungsbasierten Ansatz anstrebt.⁴⁰²

306. Daneben sollten die geplanten Leitlinien für größtmögliche Rechtssicherheit sorgen. So enthält die bestehende Prioritätenmitteilung durchaus umfangreiche Ausführungen der Europäischen Kommission zur Auslegung des Missbrauchsverbots. Das EuG hat allerdings festgestellt, dass die Mitteilung lediglich Bedeutung für die Auswahl etwaiger künftiger Fälle durch die Europäische Kommission hat, nicht dagegen für die Beurteilung bereits eingeleiteter Verfahren.⁴⁰³ Zwar würden auch Leitlinien unmittelbar nur die Europäische Kommission selbst binden. Dennoch ist davon auszugehen, dass sie eine nicht zu unterschätzende faktische Bindungswirkung auch für die Wettbewerbsbehörden und Gerichte der Mitgliedstaaten entfalten. Diese dürften sich nicht nur bei der Auslegung des Art. 102 AEUV, sondern, soweit eine Übereinstimmung der Vorschriften besteht, auch bei jener des jeweiligen nationalen Missbrauchsverbots an den Leitlinien orientieren. Schließlich würden auch die betroffenen Unternehmen von der „guidance“ der Leitlinien profitieren.

307. Insofern wäre es wesentlich, in den Leitlinien zu klären, unter welchen Bedingungen eine – zumindest – reduzierte Auswirkungsanalyse in Betracht kommt.⁴⁰⁴ Möglich ist der Verzicht auf eine (ausführliche) Auswirkungsanalyse insbesondere bei Praktiken, die ausschließlich darauf abzielen, Wettbewerber vom Markt zu verdrängen, und denen kein anderer legitimer ökonomischer Sinn zukommt. Diese Verhaltensweisen werden auch als reine Beschränkungen („naked restraints“) bezeichnet. Als solche hat die Rechtsprechung Zahlungen von Intel an seine Abnehmer angesehen, die darauf zielten, den Vertrieb von Produkten eines Wettbewerbers zu beschränken.⁴⁰⁵ Daneben gibt es weitere Fälle, in denen die zugrunde liegenden Verhaltensweisen nicht ausdrücklich als „reine Beschränkungen“ bezeichnet, jedoch ohne Weiteres als

⁴⁰¹ Zu den Gestaltungsmöglichkeiten der Kommission für neue Leitlinien vgl. auch Podszun/Rohner, Making Article 102 TFEU Future Proof – Learnings from the Past, SSRN 4428170, 2023, S. 13 f.; Rohner, Art. 102 AEUV und die Rolle der Ökonomie, 2023, S. 273 f.; Schweitzer/de Ridder, How to Fix a Failing Art. 102 TFEU, a. a. O., vgl. Fn. 383, S. 5 f.

⁴⁰² Vgl. McCallum u.a., A dynamic and workable effects-based approach to abuse of dominance, a. a. O., vgl. Fn. 379.

⁴⁰³ EuG, 12. Juni 2014, T-286/09, Intel, ECLI:EU:T:2014:547, Rz. 154 ff.; aufgehoben durch EuGH, C-413/14 P, 6. September 2017, Intel, ECLI:EU:C:2017:632. Insoweit – zumindest begrifflich – inkonsistent: „Dies ist auch nicht mit ihren eigenen Leitlinien betreffend die Bearbeitung von Sachen, die unter Art. 102 AEUV fallen, zu vereinbaren, insbesondere nicht mit Rn. 20 der Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel [102 AEUV] auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen (ABl. 2009, C 45, S. 7).“ Vgl. EuG, T-286/09 RENV, 26. Januar 2022, ECLI:EU:T:2022:19, Rz. 499 (Hervorhebung nur hier).

⁴⁰⁴ Vgl. auch – ausführlicher und differenzierter als hier – Schweitzer/de Ridder, How to Fix a Failing Art. 102 TFEU, a. a. O., vgl. Fn. 383, S. 17 ff.; ähnlich Fumagalli/Motta, Economic principles for the enforcement of abuse of dominance provisions, a. a. O., vgl. Fn. 392, S. 10 ff.

⁴⁰⁵ EuG, T-286/09 RENV, a. a. O., Fn. 403, Rz. 32: „Zweitens stellt die Kommission zu den reinen Beschränkungen fest, dass die Klägerin an drei Computerhersteller, nämlich HP, Acer und Lenovo, unter der Bedingung Zahlungen geleistet habe, dass sie das Auf-den-Markt-Bringen von Produkten mit x86-Prozessoren von AMD aufschöben oder aufgaben oder Beschränkungen für den Vertrieb solcher Produkte auferlegten.“

missbräuchlich erachtet wurden.⁴⁰⁶ Schon die Durchsetzungsprioritäten erwähnen die Möglichkeit, auf eine eingehende Untersuchung zu verzichten, wenn etwa *„ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Abnehmer daran hindert, Produkte seiner Wettbewerber zu testen, oder ihnen finanzielle Vorteile dafür einräumt, dass sie diese Produkte nicht testen, oder wenn es einen Vertriebshändler oder Abnehmer dafür bezahlt, die Einführung eines Produkts eines Konkurrenten zu verzögern.“*⁴⁰⁷

308. In den geplanten Leitlinien sollte die Europäische Kommission aber weitere Fallgruppen identifizieren, bei denen auf eine eingehende Untersuchung verzichtet werden kann. So sieht der EuGH in Treuerabatten und Ausschließlichkeitsklauseln zwar keine Per-se-Verstöße mehr, akzeptiert insoweit aber immerhin eine widerlegliche Vermutung.⁴⁰⁸ Demnach muss das marktbeherrschende Unternehmen selbst darlegen, dass das in Rede stehende Verhalten im konkreten Fall nicht geeignet ist, ebenso leistungsfähige Wettbewerber vom Markt auszuschließen.⁴⁰⁹

309. Grundsätzlich hat eine Darstellung (potenziell) missbräuchlicher Verhaltensweisen in den Leitlinien anhand konkreter Fallgruppen gegenüber abstrakten Kriterien den Vorteil der größeren Rechtssicherheit. Ein Nachteil wäre zwar die geringere Flexibilität gegenüber (künftigen) Verhaltensweisen, die sich nicht oder nur schwerlich einer existierenden Fallgruppe zuordnen lassen und deren Schadenspotenzial im Einzelnen unklar ist. Art. 102 AEUV kennt nämlich keinen *numerus clausus* an missbräuchlichen Verhaltensweisen.⁴¹⁰ Allerdings lassen sich Leitlinien vergleichsweise kurzfristig ändern, wie die jüngsten Anpassungen an den Durchsetzungsprioritäten zeigen.

310. Denkbar – und begrüßenswert – wäre zudem eine Kombination aus konkreten Fallgruppen und abstrakten Kriterien; letztere für Fallkonstellationen, deren (Un-) Vereinbarkeit mit dem Missbrauchsverbot weniger eindeutig ist.⁴¹¹ Ohnehin kommt eine grundsätzliche Differenzierung zwischen mehr oder weniger schädlichen Behinderungsmissbräuchen entsprechend

⁴⁰⁶ Vgl. nur EuGH, C-42/21 P, 12. Januar 2023, *Lietuvos geležinkeliai*, ECLI:EU:C:2023:12 (Rückbau von Gleisinfrasturktur); C-333/21, a. a. O., vgl. Fn. 212 (Wettbewerbsverbot, dazu bereits ausführlich Tz. 261 ff.).

⁴⁰⁷ EU-Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, a. a. O., vgl. Fn. 140, Tz. 21.

⁴⁰⁸ Dazu bereits Tz. 301. Vgl. auch Weck, WuW 2024, 3, 4, der aber davon ausgeht, dass der EuGH Treuerabatte und Ausschließlichkeitsklauseln der Kategorie der „reinen Beschränkungen“ zugeordnet habe.

⁴⁰⁹ Dazu bereits Tz. 216. Unbenommen bleibt dem Unternehmen ferner der Nachweis, dass ein (isoliert betrachtet) missbräuchliches Verhalten ausnahmsweise gerechtfertigt ist. Die Rechtfertigung eines Verhaltens kann sich zum einen daraus ergeben, dass es objektiv notwendig ist, und zum anderen daraus, dass es – in entsprechender Anwendung des Art. 101 Abs. 3 AEUV – Effizienzvorteile erzeugt, welche die Wettbewerbsbehinderung ausgleichen oder sogar übertreffen; vgl. nur EuGH, C-52/09, 17. Februar 2011, *TeliaSonera Sverige*, ECLI:EU:C:2011:83, Rz. 76.

⁴¹⁰ Vgl. auch BKartA, Leitlinien zu Artikel 102 AEUV – Neue Maßstäbe für die Missbrauchsaufsicht?, a. a. O., vgl. Fn. 377, S. 6, wo darauf hingewiesen wird, dass *„Missbrauchsfälle deutlich mehr individuelle Besonderheiten aufweisen [dürften], die nur im Rahmen einer Gesamtbetrachtung angemessen gewürdigt werden können, als dies etwa bei wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen der Fall ist.“*

⁴¹¹ Vgl. auch Podszun und Rohner, Making Article 102 TFEU Future Proof – Learnings from the Past, a. a. O., vgl. Fn. 401, S. 11 f.

der Systematik des Kartellverbots aus Art. 101 AEUV in Betracht.⁴¹² Art. 101 Abs. 1 AEUV unterscheidet zwischen bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen einerseits und bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen andererseits. Bei der Einordnung einer Vereinbarung als bezweckte oder (nur) bewirkte Wettbewerbsbeschränkung ist auf den Inhalt ihrer Bestimmungen und die mit ihr verfolgten Ziele sowie auf den wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhang, in dem sie steht, abzustellen. Nur wenn mit der Vereinbarung kein wettbewerbswidriger Zweck in dem vorgenannten Sinne verfolgt wird, ist ihre Wirkung zu prüfen. Bei bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen ist somit keine (ausführliche) Auswirkungsanalyse erforderlich.⁴¹³ Allerdings wird die Kategorie der bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen von der Rechtsprechung (zunehmend) restriktiv ausgelegt.⁴¹⁴ Eine dem Art. 101 AEUV vergleichbare gesetzliche Unterscheidung fehlt bei Art. 102 AEUV zwar; hierauf weist das EuG in der Rechtssache Google Shopping ausdrücklich hin.⁴¹⁵ In der Rechtssache European Superleague Company spricht der EuGH dagegen auch im Zusammenhang mit dem Missbrauchsverbot an einer Stelle von einer bezweckten Zuwiderhandlung⁴¹⁶ und im Übrigen von einer Zuwiderhandlung ihrem Wesen nach⁴¹⁷. In dem Urteil betont der EuGH zugleich die Notwendigkeit eines Gleichlaufs von Art. 101 und 102 AEUV.⁴¹⁸ Demnach ist auch bei dem Missbrauchsverbot eine Dichotomie dergestalt naheliegend, dass nur bei den weniger schädlichen Verhaltensweisen eine (ausführliche) Auswirkungsanalyse zu erfolgen hat. Zum Zwecke der Beantwortung der Frage, ob es sich im Einzelfall um eine mehr oder weniger schädliche Verhaltensweise handelt, könnten abstrakte Kriterien dienen, die – zusätzlich zu den konkreten Fallgruppen – in die Leitlinien aufgenommen werden sollten.

2.3.4 Zusammenfassung und Empfehlung

311. Die Monopolkommission begrüßt die Initiative der Europäischen Kommission zur Veröffentlichung von Leitlinien zu Behinderungsmissbräuchen. Angesichts zunehmend aufwendiger und langer Verfahren besteht die Gefahr, dass die allgemeine Missbrauchsaufsicht wettbewerbliche Fehlentwicklungen nicht mehr ausreichend verhindern kann. In den geplanten Leitlinien sollte die Europäische Kommission deshalb darauf hinwirken, Missbrauchsverfahren abzukürzen und mehr Rechtssicherheit zu schaffen. Die Monopolkommission empfiehlt, anhand

⁴¹² So auch Ibáñez Colomo, Common Market Law Review 2024 (Vol. 61), 387, 413 f.; kritisch dagegen Schweizer/de Ridder, How to Fix a Failing Art. 102 TFEU, a. a. O., vgl. Fn. 383, S. 18.

⁴¹³ Dazu bereits Fn. 314.

⁴¹⁴ Vgl. nur EuGH, C-228/18, 2. April 2020, Budapest Bank u.a., ECLI:EU:C:2020:265, dazu bereits Monopolkommission, XXIII. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 115, Tz. 358; C-211/22, a. a. O., vgl. Fn. 222, dazu bereits Tz. 230.

⁴¹⁵ EuG, T-612/17, 10. November 2021, Google Shopping, ECLI:EU:T:2021:763, Rz. 435 ff. (nicht rechtskräftig).

⁴¹⁶ In der deutschen Übersetzung ist dort sogar von einer „reinen Verhaltensweise“ die Rede; vgl. EuGH, C-333/21, a. a. O., vgl. Fn. 212, Rz. 131: „Über reine Verhaltensweisen, die tatsächlich oder potenziell eine Beschränkung des Leistungswettbewerbs bewirken, [...] hinaus können als „missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung“ auch Verhaltensweisen eingestuft werden, die nachweislich entweder tatsächlich oder potenziell bewirken oder sogar bezwecken, potenziell im Wettbewerb stehende Unternehmen [...] daran zu hindern, auch nur Zugang zu diesem Markt oder diesen Märkten zu erlangen [...]“ (Hervorhebungen nur hier).

⁴¹⁷ Ebenda, Rz. 148, 185.

⁴¹⁸ Ebenda, Rz. 186; dazu bereits Tz. 276.

konkreter Fallgruppen und abstrakter Kriterien solche Verhaltensweisen zu identifizieren bzw. identifizierbar zu machen, bei denen auf eine (ausführliche) Auswirkungsanalyse verzichtet werden kann. Die Rechtsprechung der Unionsgerichte lässt dies nicht nur zu, sondern liefert hierfür auch verschiedene Anhaltspunkte. Insbesondere kommt bei dem Missbrauchsverbot eine grundsätzliche Differenzierung zwischen mehr oder weniger schädlichen Verhaltensweisen entsprechend der gesetzlichen Systematik des Kartellverbots – hier: bezweckte bzw. bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen – in Betracht.

2.4 Zivilrechtliche Organhaftung für Kartellsanktionen

2.4.1 Hintergrund

312. Wenn eine Wettbewerbsbehörde ein Kartell aufdeckt, kann dies für die beteiligten Unternehmen erhebliche finanzielle Konsequenzen haben: Regelmäßig – und in der Praxis bisher am bedeutsamsten – erlegen die Wettbewerbsbehörden Geldbußen auf. Hinzu können Kartellschadensersatzansprüche kommen, die mittlerweile mit wachsendem Erfolg durch Dritte geltend gemacht werden. Durch die Rechtsordnung ebenfalls vorgesehen – bisher allerdings von nur geringer praktischer Bedeutung – sind die verschiedenen Möglichkeiten zur Vorteilsabschöpfung.⁴¹⁹ Die behördliche Vorteilsabschöpfung ist jüngst durch den Gesetzgeber gestärkt worden.⁴²⁰ Neben diese gesetzlich vorgesehenen Vermögensnachteile treten weitere Schäden, die unmittelbar beim Unternehmen selbst eintreten können, wie Verfahrenskosten oder die Kosten einer internen Ermittlung.

313. Sofern das betroffene Unternehmen als Kapitalgesellschaft – beispielsweise als Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) oder Aktiengesellschaft (AG) – organisiert ist, treffen diese Konsequenzen zunächst das rechtlich verselbstständigte Gesellschaftsvermögen. Hinter diesem Gesellschaftsvermögen stehen die wirtschaftlichen Eigentümer des Unternehmens – Gesellschafter oder Aktionäre. Geleitet werden solche Gesellschaften von ihren Organen. Im Fall einer AG ist dies ein Vorstand, der aus einer oder mehreren Personen besteht. Bei einer GmbH sind es ein oder mehrere Geschäftsführerinnen oder Geschäftsführer. Der Vorstand einer AG wird von einem Aufsichtsrat mit wenigstens drei Mitgliedern berufen und kontrolliert. Bei GmbHs kann ein Aufsichtsrat fakultativ eingerichtet werden, zwingend ist dies aber nicht.

314. Sofern innerhalb der Gesellschaft eine dieser natürlichen Personen – vor allem Vorstandsmitglieder oder Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer (Geschäftsleiter) – direkt für das Kartell und die dadurch eingetretenen Konsequenzen verantwortlich sein sollten, kann sich daher die Frage stellen, ob die Gesellschaft bei dieser Person Regress nehmen kann.⁴²¹ Das deut-

⁴¹⁹ Eine Vorteilsabschöpfung kann einerseits im Rahmen der Bußgeldbemessung vorgenommen werden (§ 81d Abs. 3 GWB i. V. m. § 17 Abs. 4 GWB). Andererseits ermöglicht § 34 GWB eine separate Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörden, § 34a GWB im Klagewege durch Verbände zugunsten des Bundeshaushalts.

⁴²⁰ Dazu bereits Tz. 160.

⁴²¹ Die Frage stellt sich ebenso bei Organen anderer Gesellschaftsformen und dürfte – unter Berücksichtigung arbeitsrechtlicher Besonderheiten – auch bei angestellten Führungskräften Relevanz entfalten; vgl. hierzu Stancke, in: Stancke/Weidenbach/Lahme, Kartellrechtliche Schadensersatzklagen, 2. Aufl., Frankfurt am Main 2021, Kap M, Tz. 172-195.

sche Kapitalgesellschaftsrecht sieht unter folgenden Voraussetzungen grundsätzlich eine Haftung von Vorständen und Geschäftsführerinnen oder Geschäftsführern für Schäden vor, die der Gesellschaft durch die Geschäftsleitungstätigkeit entstehen (unter anderem § 43 Abs. 2 GmbHG, § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG):

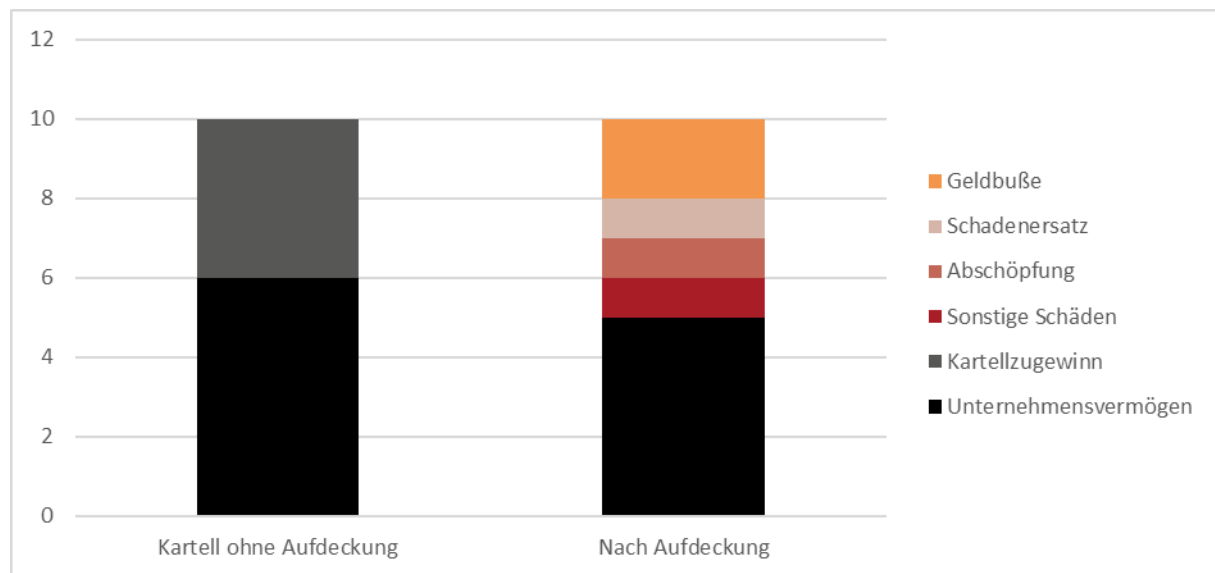
- Das Organmitglied muss eine Pflicht gegenüber der Gesellschaft verletzt haben. Zu diesen Pflichten zählt auch, für ein rechtmäßiges, den gesetzlichen Verpflichtungen entsprechendes, Verhalten der Gesellschaft Sorge zu tragen (sog. Legalitätspflicht).⁴²² Dies gilt selbst dann, wenn ein Rechtsverstoß aus Sicht der Gesellschaft objektiv vorteilhaft wäre. Eine Missachtung wettbewerbsrechtlicher Vorschriften, die durch ein Organ einer Gesellschaft begangen wird, stellt daher immer auch eine Verletzung der Sorgfaltspflichten gegenüber der Gesellschaft dar.⁴²³
- Das Organmitglied muss diese Pflichtverletzung schuldhaft – also vorsätzlich oder fahrlässig – begangen haben. Das Verschulden muss bei dem Organmitglied selbst vorliegen und sich auf dessen Pflichtverletzung beziehen. Eine Haftung besteht beispielsweise nicht schon allein deshalb, weil ein Arbeitnehmer im Geschäftsbereich des Organmitglieds ein Kartell eingeht.
- Der Gesellschaft muss ein Schaden entstanden sein, der kausal auf der Pflichtverletzung des Organmitglieds beruht. Dieser wird üblicherweise nach der Differenzhypothese ermittelt. Dazu wird ein Vergleich zwischen der bestehenden Gesamtvermögenslage der Gesellschaft und derjenigen, die – hypothetisch – ohne das schädigende Ereignis gegeben wäre, angestellt.

315. Zur Illustration sei folgender – fiktiver – Beispielsfall gebildet⁴²⁴: Unterstellt sei ein Süßwarenhersteller, der in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft (AG) organisiert ist. Das für den Vertrieb zuständige Vorstandsmitglied spricht mit Leitungspersonen der Konkurrenten die Preise auf dem Markt für Fruchtgummi ab. Dabei ist ihm bewusst, dass er gegen kartellrechtliche Vorschriften verstößt, er handelt also schuldhaft. Hierdurch kann das Unternehmen die Marktpreise über das Wettbewerbsniveau erhöhen. Es erzielt einen zusätzlichen Gewinn von EUR 4 Mio. Ohne das Kartell hätte das Unternehmen einen Gewinn von EUR 6 Mio. erzielt. Das Bundeskartellamt deckt das Kartell auf und verhängt eine Geldbuße von EUR 2 Mio. Außerdem machen Abnehmer erfolgreich Kartellschadensersatz in Höhe von EUR 1 Mio. geltend. Zudem nimmt das Bundeskartellamt gemäß § 34 GWB eine Vorteilsabschöpfung von EUR 1 Mio. vor. Für interne Aufklärung und Verfahrenskosten wendet das Unternehmen weitere EUR 1 Mio. auf (Abbildung II.3).

⁴²² BGH, VI ZR 341/10, 10. Juli 2012, BGHZ 194, 26, Rz. 22 (zit. nach Juris), m. w. N.

⁴²³ Ausdrücklich zu kartellrechtlichen Pflichten als Teil der Legalitätspflicht LAG Düsseldorf, 16 Sa 459/14, 20. Januar 2015, Rz. 149 (zit. nach Juris); OLG Düsseldorf, VI-6 U 1/22 (Kart), 27. Juli 2023, Rz. 89 (zit. nach Juris); Degner, Vorstandsinnenhaftung nach Kartellrechtsverstößen, Baden-Baden 2021, S. 39; Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 21. Aufl. 2023, Köln, § 43 Rn. 12; Verse, in: Scholz, GmbHG, 12./13. Aufl. 2021/2022, Köln, § 43 Rn. 107.

⁴²⁴ Die hier verwendeten Zahlen sind rein fiktiv und können in der Realität sowohl in Bezug auf die absolute Höhe als auch auf das Verhältnis zueinander auch völlig anders ausfallen.

Abbildung II.3: Finanzielle Folgen eines aufgedeckten Kartells

Quelle: Eigene Darstellung

2.4.2 Wertende Korrektur durch das OLG Düsseldorf

316. Ob Organmitglieder von Kapitalgesellschaften für gegenüber der Gesellschaft verhängte Bußgelder haften können, ist (höchst-)richterlich bisher weder für Kartell- noch für sonstige Geldbußen abschließend geklärt. Die mit Blick auf das Kartellrecht geführte Diskussion wirkt in dem Zusammenhang wie eine Leitdebatte. Sie geht aber über die Frage der Haftung für Geldbußen hinaus und betrifft auch die anderen Vermögensnachteile, die im Fall eines aufgedeckten Kartells drohen – Kartellschadenersatzforderungen, Abschöpfung und sonstige Schäden.

317. Zuletzt war die Frage der Organhaftung für die finanziellen Folgen eines Kartells Gegenstand sich widersprechender Entscheidungen deutscher Gerichte. Eine obergerichtliche Entscheidung erging am OLG Düsseldorf zum Edelstahlkartell.⁴²⁵ Klägerinnen des Verfahrens waren die Konzernholding – eine AG – und deren das operative Geschäft durchführende Tochter-GmbH. Sie nahmen einen ehemaligen Manager in Anspruch, der sowohl Vorstand der Holding, als auch Geschäftsführer der Tochtergesellschaft gewesen war. Er hatte sich laut den Feststellungen des OLG in der Zeit von 2002 bis 2015 an einem Preiskartell zur Etablierung eines branchenweit einheitlichen Preissystems beteiligt. Hierfür waren sowohl die GmbH als auch deren Geschäftsführer selbst vom Bundeskartellamt mit einem Bußgeld belegt worden. Außerdem wurde die Gesellschaft zum Zeitpunkt der Gerichtsentscheidung bereits von zwei Abnehmern auf Schadensersatz in Anspruch genommen. Die AG und die GmbH wollten ihr ehemaliges Organmitglied auf Ersatz der Geldbuße und von Aufklärungs- und Verteidigungskosten in Anspruch nehmen und außerdem festgestellt wissen, dass es für zukünftige Schadensersatzansprüche Dritter grundsätzlich hafte.

318. Der Kartellsenat des OLG Düsseldorf lehnte eine Organhaftung für Kartellgeldbußen grundsätzlich ab. Er nahm eine teleologische Begrenzung der Haftungsnorm (§ 43 Abs. 2

⁴²⁵ OLG Düsseldorf, VI-6 U 1/22 (Kart), a. a. O., vgl. Fn. 423, Rz. 159-206.

GmbHG) vor und wies darauf hin, dass die Möglichkeit des Regresses bei dem beklagten Geschäftsführer den Sanktionszweck der Unternehmensgeldbuße gefährde. Zudem würden die Vorgaben des Ordnungswidrigkeitenrechts unterlaufen. Während die Höhe der Kartellgeldbuße gegen ein Unternehmen bis zu 10 Prozent des Gesamtumsatzes des Unternehmens betragen könne, sei die Bußgeldkompetenz des Bundeskartellamtes bei natürlichen Personen auf EUR 1 Mio. begrenzt. Die Europäische Kommission könne zudem ausschließlich Geldbußen gegen Unternehmen verhängen. Schließlich könne sich das Organ im Regressfall bei seiner D&O-Versicherung schadlos halten, wodurch die Sanktionswirkung der Geldbuße ins Leere liefe. Eine Haftung für Kartellschadensersatzforderungen Dritter und sonstige Schäden des Unternehmens bejahte der Senat dagegen, gewährte dem beklagten Organ aber grundsätzlich den Einwand der Vorteilsausgleichung in Bezug auf durch das Unternehmen erzielte Kartellgewinne.

319. Mit dieser Haltung knüpft das OLG Düsseldorf an die bereits zuvor vereinzelt in der Rechtsprechung vertretene Ansicht an, dass sich kapitalgesellschaftsrechtliche Schadensersatzansprüche jedenfalls nicht auf kartellrechtliche Bußgelder erstrecken. So führte das LAG Düsseldorf 2015 in einem schlussendlich nicht rechtskräftig gewordenen Urteil⁴²⁶ an, dass das in den §§ 81 ff. GWB enthaltene kartellrechtliche Ordnungswidrigkeitenrecht eine abschließende Entscheidung darüber treffe, wer eine Geldbuße wirtschaftlich zu tragen habe.⁴²⁷ Zudem gebiete der generalpräventive Zweck der Kartellgeldbußen, Unternehmen und Unternehmensträger durch fühlbare Einbußen zu einer angemessenen Kontrolle ihres Verhaltens anzuhalten. Auch das LG Saarbrücken äußerte sich in einem Obiter Dictum im Jahr 2020 ablehnend zu der Frage der Vorstandshaftung für eine durch die Europäische Kommission verhängte Geldbuße.⁴²⁸ Der *effet utile*-Grundsatz gebiete insoweit die abschreckende Wirkung von Bußgeldern der Kommission sicherzustellen. Sofern Unternehmen die Bußgelder auf Vorstandsmitglieder oder deren D&O-Versicherungen abwälzen könnten, mildere dies die abschreckende Wirkung jedoch ab.

320. Die Konsequenz dieser Rechtsprechung wäre der vollständige Ausschluss der Haftung von Geschäftsleiterinnen und Geschäftsleitern für Kartellgeldbußen. Eine Haftung für Kartellschadensersatzansprüche Dritter und für sonstige Schäden wäre dagegen gegeben. Insoweit wird allerdings der Einwand der Vorteilsausgleichung zugelassen. Sofern das Organmitglied also beweisen kann, dass das Unternehmen aus dem Kartell einen Vorteil gezogen hat, wäre dieser auf die Ansprüche anzurechnen. In Bezug auf Schäden, die aus einer Vorteilsabschöpfung resultieren, wird dies regelmäßig gelingen, da diese nur durchgeführt werden kann, wenn ein entsprechender Vorteil festgestellt wird. Im Übrigen hängt die Höhe der Haftung davon ab, ob und in welchem Umfang das in Anspruch genommene Organmitglied diesen Beweis führen kann.

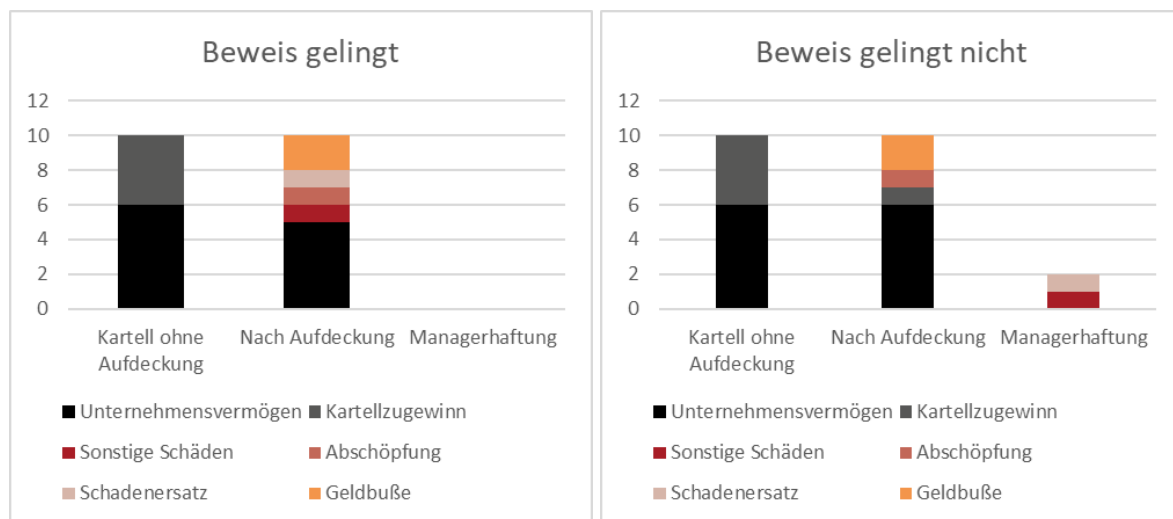
⁴²⁶ Die Entscheidung wurde vom BAG (8 AZR 189/15, 29. Juni 2017, BAGE 159, 316) aufgehoben und zur Klärung der Rechtswegzuständigkeit gemäß § 87 Satz 2 GWB an das LAG Düsseldorf zurückverwiesen, dieses (14 Sa 591/17, 29. Januar 2018 [zit. nach Juris]) hat den Rechtsstreit daraufhin an die ordentliche Gerichtsbarkeit (das LG Dortmund) verwiesen, wo sich die Parteien verglichen haben.

⁴²⁷ LAG Düsseldorf, 16 Sa 459/14, a. a. O., vgl. Fn. 423, Rz. 278-284.

⁴²⁸ LG Saarbrücken, 7 HK O 6/16, 15. September 2020, Rz. 149-151 (zit. nach Juris); die Frage wurde nicht entscheidungserheblich, da das Gericht den Anspruch bereits für verjährt hielt.

321. Angewendet auf das Fallbeispiel ergibt sich also folgendes: Der Süßwarenhersteller kann die Geldbuße (EUR 2 Mio.) nicht auf sein Vorstandsmitglied abwälzen. Gleiches gilt für die Vorteilsabschöpfung in Höhe von EUR 1 Mio. Für die Schadensersatzansprüche Dritter sowie die sonstigen Schäden (zusammen EUR 2 Mio.) hängt die Möglichkeit des Regresses davon ab, ob es dem Vorstandsmitglied gelingt, den Kartellvorteil zu beweisen. Sofern der Beweis gelingt, haftet der Manager nicht, obwohl der Schaden des Unternehmens sogar über den Kartellvorteil hinausgeht. Dies liegt daran, dass die Geldbuße bereits von vornherein aus der Haftung ausgeschlossen ist und bei der Vorteilsausgleichung nicht mehr mit einberechnet werden kann. Gelingt dem Vorstandsmitglied der Beweis dagegen nicht, haftet er im Umfang von EUR 2 Mio. (Schadensersatz und sonstige Schäden). Das Unternehmen kann dadurch einen Teil seines Kartellvorteils „behalten“ (Abbildung II.4).

Abbildung II.4: Organhaftung nach dem OLG Düsseldorf



Quelle: Eigene Darstellung

322. Dagegen hat das LG Dortmund im Jahr 2023 in zwei in demselben Rechtsstreit ergangenen Hinweisbeschlüssen die Haftung eines Organs sowohl für eine kartellrechtliche Unternehmensgeldbuße als auch für Kartellschadensersatzforderungen Dritter vorläufig bejaht.⁴²⁹ Das Gericht widersprach – in dem zweiten Beschluss – ausdrücklich der durch das OLG Düsseldorf vorgenommenen teleologischen Reduktion und verwies unter anderem darauf, dass Zivil- und Bußgeldrecht gleichberechtigt nebeneinander stünden. Es sei nicht ersichtlich, weshalb angebliche Besonderheiten des (deutschen) kartellrechtlichen Ordnungswidrigkeitenrechts einen Einfluss auf das Bestehen gesellschaftsrechtlicher Ausgleichsansprüche haben sollten, welche zudem die wichtigste Sanktionsmöglichkeit der Gesellschaft gegenüber ihren Organen seien. Die primäre Zahlungspflicht des Unternehmens werde durch die Zulassung des Regresses bei dem Organ auch nicht grundsätzlich infrage gestellt. So dürften die regelmäßig hohen Unternehmensgeldbußen die begrenzten finanziellen Mittel eines Organs häufig übersteigen. Fraglich sei zudem, ob und inwiefern eine D&O-Versicherung im Einzelfall greife. Zudem ziele der Präventionszweck der Geldbußen gerade auf die Leitungspersonen ab. Offen lässt das Gericht

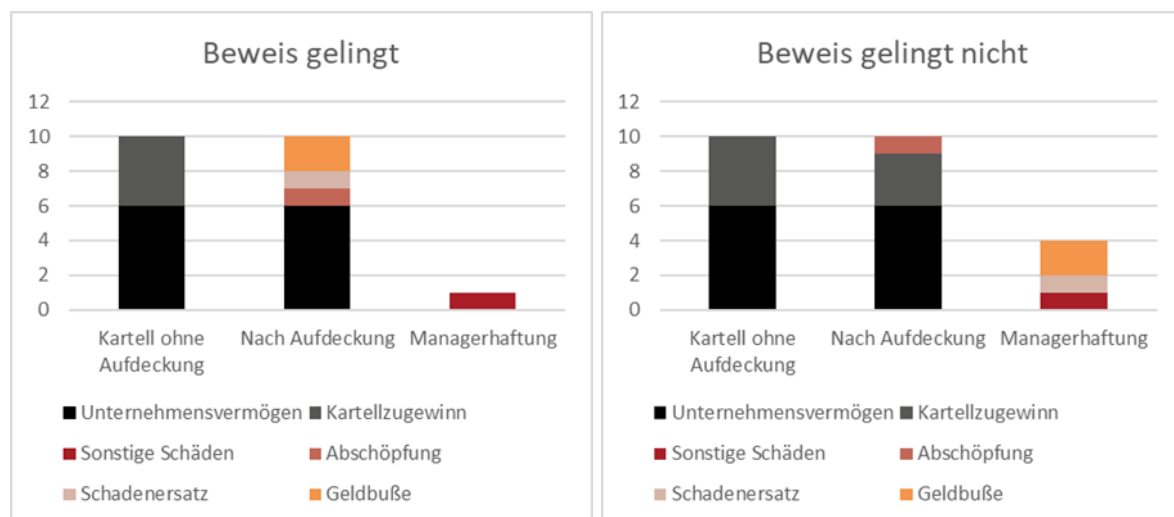
⁴²⁹ LG Dortmund, 8 O 5/22 (Kart), 21. Juni 2023 (WuW 2023, 456) und 14. August 2023 (WuW 2023, 573) (jeweils Hinweisbeschluss).

dagegen, ob der Abschöpfungscharakter der Geldbuße einen Ausschluss der Haftung rechtfertigen könnte. Eine solche Abschöpfung habe im zu entscheidenden Fall nicht stattgefunden. Das Gericht will die Haftung ebenfalls durch den Einwand der Vorteilsausgleichung begrenzen. Im zu entscheidenden Fall komme dieser aber nicht in Betracht, da durch das Kartell keine Vorteile, sondern Verluste entstanden seien.

323. Das LG Dortmund will die Haftung für Geldbußen also grundsätzlich zulassen. Gleiches gilt für Kartellschadensersatzansprüche Dritter und – wohl – auch für sonstige Schäden. Ebenso wie das OLG Düsseldorf will das LG Dortmund den Einwand der Vorteilsausgleichung zulassen und zwar – wie es scheint – gegenüber allen Haftungsgegenständen. Es käme also auch nach diesem Ansatz im Wesentlichen darauf an, ob es in Anspruch genommenen Vorstandmitgliedern gelingt, den Umfang eines möglichen Kartellvorteils nachzuweisen.

324. Angewendet auf den Beispielsfall bedeutet dies: Sofern es dem Vorstandsmitglied gelingt, den Kartellvorteil des Unternehmens (EUR 4 Mio.) nachzuweisen, haftet er im Umfang von EUR 1 Mio. Dies liegt daran, dass die Schäden im Fallbeispiel den Kartellvorteil um genau diesen Betrag übersteigen. Beim Unternehmen verbleibt genau das Vermögen, das es ohne Eingehung des Kartells gehabt hätte. Sofern der Beweis nicht gelingt, haftet der Vorstand im Umfang aller Schäden außer der Vorteilsabschöpfung (insgesamt EUR 4 Mio.). Dem Unternehmen verbleibt ein Großteil seines Kartellvorteils (Abbildung II.5).

Abbildung II.5: Organhaftung nach dem LG Dortmund



Quelle: Eigene Darstellung

325. Auch in anderen Mitgliedstaaten der EU sind bereits Entscheidungen zu der Thematik ergangen, ohne dass sich dabei eine einheitliche Linie erkennen ließe.⁴³⁰ In der juristischen Literatur wurde das Urteil des OLG Düsseldorf uneinheitlich aufgenommen.⁴³¹ Auch sonst findet sich dort – ebenso wie in der Rechtsprechung – kein einheitliches Meinungsbild zur Frage der Organhaftung für die finanziellen Folgen von Kartellsanktionen. Vielfach wird vorgeschlagen, die grundsätzlich bestehende Haftung aufgrund der Wertungen der kartellrechtlichen Bußgeldvorschriften normativ zu korrigieren. Dazu soll die Haftung entweder bereits tatbestandsmäßig ausgeschlossen, der Höhe nach zu begrenzen oder zumindest Kartellgewinne des Unternehmens gegenzurechnen sein. Andere Stimmen lehnen eine normative Korrektur dagegen ab.⁴³²

326. Die Auswirkungen der in der Rechtsprechung vertretenen Lösungsansätze verdeutlichen, dass die Berücksichtigung der aus dem Kartell gezogenen Vorteile von hoher Bedeutung ist. Die allgemeine Beweislastverteilung bei der Vorteilsausgleichung führt dazu, dass der Kartellvorteil beim Unternehmen verbleiben kann, wenn der Manager ihn nicht nachweisen kann. Auf der anderen Seite kann ein vollständiger Ausschluss der Haftung für die Geldbuße im Einzelfall dazu führen, dass eine Geschäftsleiterin oder ein Geschäftsleiter nicht haftet, obwohl er über den Kartellvorteil hinaus einen Schaden beim Unternehmen verursacht hat. Aus Sicht der Monopolkommission spricht dies für eine stärkere Berücksichtigung des Vorteils, den das Unternehmen aus dem Kartell gezogen hat sowie zumindest tendenziell gegen einen vollständigen Ausschluss der Geldbuße. Für eine Ausgestaltung der Haftung im Einzelnen werden zunächst deren Auswirkung auf zwei wichtige Ziele der Kartellsanktionen in den Blick genommen: Generalprävention und Gewinnabschöpfung.

⁴³⁰ Vgl. zu Entscheidungen aus Großbritannien und den Niederlanden die Überblicke bei Franck/Seyer, *Antitrust Fines and Managerial Liability*, 2023, Discussion Paper Series – CRC TR 224, S. 4-11, <https://ssrn.com/abstract=4458185>, Abruf am 27. März 2024; Wagner-von Papp, *The Interplay Between Corporate Law and Competition Sanctions or Remedies*, 2023, S. 23 f., <https://ssrn.com/abstract=4578598>, Abruf am 27. März 2024; erscheinen beide in Thépot/Tzanaki (Hrsg.), *Research Handbook on Competition and Corporate Law*, Cheltenham, 2024.

⁴³¹ Zustimmend Dreher, AG 2023, 845, 846; Friedl, ZWeR 2023, 428, 437; von Schreitter/Lauer, DB 2023, 2035; im Ergebnis auch Leclerc, NZG 2023, 1261, 1267; tendenziell auch Sattler, BB 2023, 2451, 2452; kritisch dagegen Eufinger, BB 2024, 451, 455; Kersting/May, WUW1459786 (Teil 1), WUW1459787 (Teil 2); Nietsch, NJW 2024, 471, 476.

⁴³² Für einen normativen Ausschluss der Haftung unter anderem; Friedl, ZWeR 2023, 428, 439 f.; Labusga, VersR 2017, 394, 399 f.; Leclerc, NZKart 2021, 220, 224 f.; Ost, in: Kokott/Pohlmann/Polley, *Europäisches, Deutsches und Internationales Kartellrecht*, Festschrift für Dirk Schroeder zum 65. Geburtstag, Köln 2018, 589, 591-596; Thomas, VersR 2017, 596, 599; Verse, in: Scholz, GmbHG, a. a. O., vgl. Fn. 423, § 43 Rn. 310-313; in der Tendenz auch von Schreitter/Lauer, DB 2023, 2035, 2038 f.; vgl. zum Meinungsstand die Nachweise bei OLG Düsseldorf, VI-6 U 1/22 (Kart), a. a. O., vgl. Fn. 423, Rz. 162-183; sowie LG Dortmund, 8 O 5/22, 21.06.2023, a. a. O., vgl. Fn. 429; zum Meinungsstand für eine Haftungsbegrenzung vgl. die Darstellungen und Nachweise bei Fleischer, DB 2014, 345, 349; Friedl, ZWeR 2023, 428, 430 f. (Fn. 17 ff.) sowie Kersting, ZIP 2016, 1266, 1269 ff.; kritisch hierzu Franck/Seyer, *Antitrust Fines and Managerial Liability*, a. a. O., vgl. Fn. 430, S. 34 ff.; Stancke, BB 2020, 1667, 1671; für eine Begrenzung auf den Ahndungsteil der Geldbuße Fleischer, DB 2014, 345, 348; Heyers, WuW 2022, 413, 416; Labusga, VersR 2017, 394, 400; vgl. zum Meinungsstand allgemein Sailer-Coceani, in: Schmidt/Lutter, AktG, 4./5. Aufl. 2021/22, § 93 Rn. 37.

2.4.3 Generalpräventive Wirkung der Kartellsanktionen

327. Aus einer ex ante-Perspektive sollen die für den Fall aufgedeckter Kartelle vorgesehenen finanziellen Konsequenzen für die verantwortlichen Unternehmen Wettbewerbschäden verhindern. Unternehmen sollen zu kartellrechtskonformem Verhalten angehalten werden. Die primärrechtlichen Grundlagen des europäischen Kartellverfahrensrechts stellen insoweit ausdrücklich fest, dass „die Beachtung der in Artikel 101 Absatz 1 und Artikel 102 genannten Verbote durch die Einführung von Geldbußen und Zwangsgeldern zu gewährleisten“ ist (Art. 103 Abs. 2 lit. a AEUV). Insbesondere die Geldbußen als wichtigste finanzielle Sanktion des Kartellrechts sollen die Unternehmen daher nicht nur bestrafen, sondern sowohl die betroffenen als auch alle anderen Unternehmen davon abhalten, (weitere) Kartelle einzugehen.⁴³³ Auch die bisherige Rechtsprechung zur Organhaftung für Kartellgeldbußen erkennt diesen spezial- und generalpräventiven Zweck ausdrücklich an.⁴³⁴ Die anderen durch die Rechtsordnung vorgesehenen Konsequenzen, namentlich Schadensersatzansprüche und Abschöpfungsmöglichkeiten, zielen zumindest auch darauf ab, die Unternehmen von der Eingehung von Kartellen abzuhalten.⁴³⁵ Aus Sicht der Monopolkommission darf die Ausgestaltung der Organhaftung im Fall von Kartellsanktionen mit Blick auf deren generalpräventive Ausrichtung daher nicht dazu führen, dass die Anreize zur Eingehung von Kartellen steigen.

328. Aus Sicht eines Unternehmens ergeben sich Anreize zur Eingehung von Kartellen, wenn die damit verbundenen Vorteile die potenziellen Nachteile überwiegen.⁴³⁶ Ex ante werden die finanziellen Anreize eines Unternehmens determiniert durch den erwarteten zusätzlichen Gewinn eines Kartells (Kartellzugewinn) abzüglich der zu erwartenden (negativen) Konsequenzen. Bei Letzteren ist zu berücksichtigen, dass sie nur bei einer Aufdeckung des Kartells eintreten. Ihr Erwartungswert wird daher nicht nur durch den potenziellen Umfang der Sanktionen, sondern auch durch die Wahrscheinlichkeit der Aufdeckung des Kartells bestimmt.⁴³⁷ Eine ideal effektive Ausgestaltung der finanziellen Sanktionen unter spezial- und generalpräventiven Ge-

⁴³³ St. Rspr., vgl. EuGH, C-100 bis 103/80, 7. Juni 1983, *Musique Diffusion Francaise*, ECLI:EU:C:1983:158, Rz. 105 f.; C-289/04 P, 29. Juni 2006, *Showa Denko*, ECLI:EU:C:2006:431, Rz. 16; ausdrücklich auch ErwGr. 29 VO (EG) 1/2003; vgl. zur praktischen Bedeutung der Generalprävention die in den Bußgeldleitlinien der Kommission (2006, Rz. 30) vorgesehene Möglichkeit, zur Abschreckung höhere Bußgelder bei großen Unternehmen zu verhängen.

⁴³⁴ LAG Düsseldorf, 16 Sa 459/14, a. a. O., vgl. Fn. 423, Rz. 166; LG Saarbrücken, 7 HK O 6/16, a. a. O., vgl. Fn. 428, Rz. 150; OLG Düsseldorf, VI-6 U 1/22 (Kart), a. a. O., vgl. Fn. 423, Rz. 194; LG Dortmund, 8 O 5/22 (Kart), 14. August 2023, a. a. O., vgl. Fn. 429, S. 575.

⁴³⁵ Zu kartellrechtlichen Schadensersatzansprüchen vgl. die Rspr. des EuGH, C-453/99, 20. September 2001, *Coupage und Crehan*, ECLI:EU:C:2001:465, Rz. 26; C-724/17, 14. März 2019, *Skanska Industrial Solutions*, ECLI:EU:C:2019:204, Rz. 43 f.; C-882/19, 6. Oktober 2021, *Sumal*, ECLI:EU:C:2021:800, Rz. 36; C-163/21, 10. November 2022, *PACCAR u.a.*, ECLI:EU:C:2022:863, Rz. 56; C-312/21, 16. Februar 2023, *Tráficos Manuel Ferrer*, ECLI:EU:C:2023:99, Rz. 42; die Präventionswirkung der Vorteilsabschöpfung betont Roth, in *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht* (Stand: 2024), § 34a GWB Rn. 1 f.

⁴³⁶ Ein älterer Literaturüberblick zu Gründen für eine Kartellbildung findet sich in Levenstein/Suslow, *Journal of Economic Literature* 44, 2006, 43.

⁴³⁷ Monopolkommission, *Sondergutachten 72: Strafrechtliche Sanktionen bei Kartellverstößen*, Baden-Baden, 2015, Tz. 182; Monopolkommission, *XXIV. Hauptgutachten*, a. a. O., vgl. Fn. 97, Tz. 312 ff.

sichtspunkten erfordert daher, die zu erwartenden Kosten eines Kartells unter Berücksichtigung der Aufdeckungswahrscheinlichkeit höher als die zu erwartenden Kartellgewinne festzulegen. Der Vergleich der Ansätze des OLG Düsseldorf und des LG Dortmund hat bereits gezeigt, dass die (Nicht-) Zulassung der Organhaftung für Kartellsanktionen zu einer Verschiebung der Kartellgewinne und -sanktionen zwischen dem Unternehmen selbst und den handelnden Organmitgliedern führen kann. Sofern dies ex ante absehbar ist, können sich dadurch die Anreize, Kartelle einzugehen, verändern. Entsprechend niedriger sind dann die Anreize, Maßnahmen zur Verhinderung von Kartellverstößen und zu deren Aufklärung (z. B. durch Kronzeugenanträge) zu treffen.

329. Bei dieser Betrachtung ist allerdings zu berücksichtigen, dass Kapitalgesellschaften nicht selbst, sondern nur durch ihre Organe handeln können. Nur bei diesen – natürlichen – Personen können Auswirkungen auf die Anreize zur Eingehung von Kartellen entstehen. Um die Auswirkungen der Organhaftung auf den präventiven Zweck der Kartellsanktionen zu untersuchen, müssen daher die tatsächlich innerhalb der Gesellschaft Handelnden (Geschäftsleiterinnen und Geschäftsleiter, Aufsichtsgremien, Gesellschafterinnen und Gesellschafter) in den Blick genommen werden.⁴³⁸ Dem steht auch aus rechtlicher Perspektive nicht entgegen, dass der (europäische) Gesetzgeber bewusst das „Unternehmen“ als Adressat der Bußgeldentscheidung gewählt hat.⁴³⁹ Eine Aussage, wie die Belastungen innerhalb des Unternehmens zu verteilen sind, war damit nämlich nicht verbunden. Auch die Monopolkommission hat in der Vergangenheit im Kontext der Kriminalisierung schwerer Kartellverstöße bereits auf die Bedeutung der Anreize natürlicher Personen hingewiesen.⁴⁴⁰

330. Das Handeln natürlicher Personen innerhalb und für Kapitalgesellschaften zum Wohle der Kapitalgesellschaft und unter der Einhaltung kartellrechtlicher Vorschriften ist zu einem bedeutenden Teil intrinsisch motiviert. Die Monopolkommission geht davon aus, dass die meisten Akteure bestrebt sind, kartellrechtliche Vorschriften einzuhalten. In Einzelfällen, wo dies nicht ausreicht, kann die intrinsische Motivation durch extrinsische Anreize unterstützt werden. Hierfür kommen beispielsweise gesetzliche Verpflichtungen infrage, die bei Nichteinhaltung mit finanziellen Folgen für das eigene Vermögen oder das Gesellschaftsvermögen verbunden sind. Insbesondere finanzielle Konsequenzen für das Privatvermögen der Manager können ein wichtiges Instrument sein, Handeln im Sinne des Unternehmens sicherzustellen. Nosenzo u.a. (2013) zeigen beispielsweise spieltheoretisch und experimentell, dass gerade im Verhältnis zwi-

⁴³⁸ Wagner-von Papp, F., *The Interplay Between Corporate Law and Competition Sanctions or Remedies*, a. a. O., vgl. Fn. 430, S. 6; Wils, WuW 2023, 583, 586 f.; a. A. (Abstellen auf Unternehmen): Heyers, WuW 2022, 413, 414 f.; Leclerc, NZKart 2021, 220, 224; Ost, in: Kokott/Pohlmann/Polley, *Europäisches, Deutsches und Internationales Kartellrecht*, a. a. O., Fn. 432, 589, 595.

⁴³⁹ EuGH, C-882/19, a. a. O., vgl. Fn. 435, Rz. 39; gleiches gilt insoweit, wenn das Bundeskartellamt eine Geldbuße bewusst gegen ein Unternehmen – und nicht gegen handelnde natürliche Personen – verhängt.

⁴⁴⁰ Monopolkommission, *Sondergutachten 72*, a. a. O., vgl. Fn. 437, Tz. 183 ff.; XX. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 398, Tz. 160.

schen einem Unternehmen und seinen Angestellten finanzielle Konsequenzen („fines“) ein effektives Instrument zur Sicherstellung regelkonformen Verhaltens („compliance“) sein können.⁴⁴¹

331. Die drei Motivationslagen bedingen sich zudem gegenseitig: Die (Nicht-) Einhaltung gesetzlicher Vorschriften kann zu behördlichen Sanktionen und Vermögensschäden zulasten des Gesellschaftsvermögens und im Ausnahmefall auch zulasten des Privatvermögens der handelnden Personen führen. Pflichtverletzungen zulasten der Gesellschaft können wiederum Sanktionen der Gesellschaft gegenüber den verantwortlich handelnden Personen (Abberufung/Kündigung oder Schadensersatz) zur Folge haben. Bei Gesellschafterinnen und Gesellschaftern führen Veränderungen des Gesellschaftsvermögens unmittelbar zu Veränderungen des Privatvermögens.

332. Durch die Entscheidung über die (Nicht-) Zulassung der Organhaftung kann sich im Fall eines aufgedeckten Kartells die Zuordnung der Kartellsanktionen verändern. Hierdurch können sich die extrinsischen, finanziell begründeten, Anreize der handelnden Personen verändern. In Bezug auf unmittelbar für ein Kartell verantwortlich handelnde Geschäftsleiterinnen und Geschäftsleiter verändert die Zulassung der Organhaftung die Vermögensverteilung im Fall eines aufgedeckten Kartells zulasten ihres Privatvermögens. Die Möglichkeit, für die negativen finanziellen Auswirkungen persönlich haftbar gemacht werden zu können, dürfte deren Anreize, kartellrechtskonform zu handeln, deutlich erhöhen.⁴⁴² Demgegenüber stehen zwar positive (bzw. verringerte negative) Auswirkungen auf das Unternehmensvermögen. Die dadurch gegebenenfalls gesenkten Anreize zu kartellrechtskonformem Verhalten dürften jedoch durch die (potenziell existenzvernichtenden) Auswirkungen auf das Privatvermögen mehr als ausgeglichen werden. Es ist daher davon auszugehen, dass der Anreiz, für kartellverantwortliche Organmitglieder, sich initial kartellrechtskonform zu verhalten, bei bestehenden Kartellen Kronzeugenanträge zu stellen und/oder durch Kooperation im Verfahren eine Ermäßigung der Geldbuße zu erlangen, durch die Haftung ceteris paribus steigt.

333. Insbesondere der Umfang des Kartellschadensersatzes und einer möglichen Vorteilsabschöpfung beruhen allerdings auch auf Erkenntnissen aus den wettbewerbsbehördlichen Verfahren. Insofern könnte eine persönliche Haftung auch die Anreize senken, Kartelle aufzuklären, Kronzeugenanträge zu stellen und kooperativ am Verfahren teilzunehmen, um die Durchsetzung derartiger Vermögensnachteile zu vermeiden.⁴⁴³ Dies gilt umso mehr, als keine gesetzliche Verpflichtung zur proaktiven Mitarbeit in wettbewerbsbehördlichen Verfahren oder zur Stellung von Kronzeugenanträgen besteht. Organe sind gesellschaftsrechtlich nur dann zur Kooperation mit Ermittlungsbehörden verpflichtet, wenn dies im Unternehmensinteresse ist.⁴⁴⁴ Hinzu kommt, dass die unzureichende Berücksichtigung von Kronzeugenanträgen im Rahmen von Kartellschadensersatzprozessen schon allgemein zu verringerten Anreizen zur Stellung von Kronzeugenanträgen führen kann. Hierauf hat die Monopolkommission bereits im letzten

⁴⁴¹ Nosenzo u.a., Encouraging Compliance: Bonuses Versus Fines in Inspection Games, *The Journal of Law, Economics, and Organization*, 30, 2013, 623.

⁴⁴² Hierauf verweist auch das LG Dortmund, 8 O 5/22 (Kart), 14.08.2023, a. a. O., vgl. Fn. 429, S. 575.

⁴⁴³ In Bezug auf die Anreize zur Stellung von Kronzeugenanträgen Leclerc, NZKart 2021, 220, 224 f.

⁴⁴⁴ Eingehend Fleischer, DB 2014, 345, 351.

Hauptgutachten hingewiesen.⁴⁴⁵ Dies gilt erst recht für Organmitglieder, sofern diese für die durch Kronzeugenanträge ermöglichten Schadensersatzforderungen persönlich haften. Eine Betrachtung der Anreize zu kartellrechtskonformem Verhalten – insbesondere zur Beteiligung an der Aufklärung von Kartellen – könnte daher indiziell dafürsprechen, eine persönliche Haftung für Ansprüche, die dem Ausgleich von Kartellschäden oder der Abschöpfung von Kartellgewinnen dienen, zumindest zu beschränken. Dennoch dürften die Anreize zur Eingehung von Kartellen gegenüber den durch die persönliche Haftung vermittelten Anreizen zu kartellrechtskonformem Verhalten aus einer ex ante-Perspektive deutlich zurücktreten.

334. Im Zusammenhang mit der persönlichen Haftung insbesondere für Geldbußen könnte sich allerdings die Höhe der im Raum stehenden Haftungssummen als problematisch für Handlungsspielräume der betroffenen Geschäftsleiterinnen und Geschäftsleiter darstellen. Die Höhe der Unternehmen auferlegten Geldbußen wird lediglich anknüpfend an den Unternehmensumsatz begrenzt.⁴⁴⁶ Eine Haftung für die dadurch entstehenden teilweise sehr hohen Geldbußen kann für natürliche Personen schnell existenzbedrohend wirken. Dadurch könnte es zu Überanreizen der Geschäftsleiterinnen und Geschäftsleiter kommen, nicht nur von kartellrechtswidrigem Verhalten abzusehen, sondern insgesamt risikoavers und übervorsichtig zu agieren, um die – grundsätzlich auch schon bei Fahrlässigkeit möglichen – hohen Haftungsrisiken zu vermeiden. Dadurch könnte nicht nur kartellrechtswidriges Verhalten verhindert, sondern auch eine gesamtwirtschaftlich wünschenswerte aktive Beteiligung am Marktgeschehen eingeschränkt werden.⁴⁴⁷ Dies stellt allerdings kein spezifisches Problem der Haftung für Kartellschäden dar. Vielmehr dürften Schäden, die im Vermögen der Gesellschaft eintreten, typischerweise Umfänge erreichen, die potenziell die Leistungsfähigkeit der haftenden natürlichen Personen überschreiten. Hieraus ergibt sich jedoch kein Bedürfnis nach einem vollständigen Ausschluss oder einer höhenmäßigen Begrenzung der Haftung. Das Gesellschaftsrecht sieht selbst zwei Instrumente zur Bewältigung dieses Problems vor. Einerseits ist der Verschuldensmaßstab für Organmitglieder durch die sog. „Business Judgement Rule“ (§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG) angepasst. Nach dieser Vorschrift liegt keine Pflichtverletzung vor, wenn das Organmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Außerdem besteht die Möglichkeit des Abschlusses von D&O-Versicherungen. Sie sollen verhindern, dass die Gefahr einer persönlichen Haftung den unternehmerischen Handlungsspielraum übermäßig einschränkt.⁴⁴⁸ Diese Instrumente sind auch bei der Organhaftung für Kartellgeldbußen und andere Kartellfolgeschäden anwendbar und relativieren insoweit die potenziell negativen Auswirkungen auf die Risikobereitschaft der handelnden Organmitglieder.⁴⁴⁹

⁴⁴⁵ Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 97, Tz. 296-326.

⁴⁴⁶ § 81c Abs. 2 Satz 2 GWB bzw. Art. 23 Abs. 1, Abs. 2 UAbs. 2 VO (EG) Nr. 1/2003.

⁴⁴⁷ Franck/Seyer, Antitrust Fines and Managerial Liability, a. a. O., vgl. Fn. 430, S. 28 f.

⁴⁴⁸ Vgl. dazu eingehend Hopt/Roth, in: Hirte/Mülbert/Roth, Großkommentar AktG, 5. Aufl. 2014, Berlin, § 93 Rn. 31, 42.

⁴⁴⁹ Für eine Lösung über die Business Judgement Rule auch Franck/Seyer, Antitrust Fines and Managerial Liability, a. a. O., vgl. Fn. 430, S. 30 ff.; das OLG Düsseldorf wendet in seiner Entscheidung dagegen den Verschuldensmaßstab des Kartellrechts an, VI-6 U 1/22 (Kart), a. a. O., vgl. Fn. 423, Rz. 92; kritisch hierzu Leclerc, NZG 2023, 1261, 1264 f.

335. Geschäftsleiterinnen und Geschäftsleiter, die zum Zeitpunkt der Eingehung oder während des Bestehens des Kartells zwar berufen, aber nicht an der Eingehung beteiligt waren und auch nicht fahrlässig ihre Überwachungs- und Aufsichtspflichten verletzen, sind durch die Möglichkeit der persönlichen Haftung mangels (Legalitäts-) Pflichtverletzung zunächst nicht betroffen. Für sie bestehen also nur die über das Gesellschaftsvermögen vermittelten Anreize, Kartelle aufzuklären, Kronzeugenanträge zu stellen und im Verfahren zu kooperieren. Sofern das Unternehmen allerdings die Möglichkeit hat, insbesondere das Bußgeld im Wege des Regresses auf die verantwortlichen Organe abzuwälzen, wären diese durch das Gesellschaftsvermögen vermittelten Anreize zur Verhinderung und Aufklärung von Kartellen sowie zur Stellung von Kronzeugenanträgen und zur Verfahrenskooperation eingeschränkt. Geschäftsleiterinnen und Geschäftsleiter, die nicht an den wettbewerbswidrigen Praktiken beteiligt gewesen sind, könnten insoweit Anreize haben, die Aufklärung des Kartells zu behindern, um Schadensersatz und Gewinnabschöpfung zu vermeiden. Da keine rechtliche Pflicht zur Stellung von Kronzeugenanträgen oder zur Verfahrenskooperation besteht, könnte eine solche Vorgehensweise ohne Verstoß gegen die Legalitätspflicht – und damit formal ohne Haftungsrisiken – vorgenommen werden. Das dadurch in Kauf genommene (höhere) Bußgeld könnte dann auf die für das Kartell verantwortliche Geschäftsleiterin oder den Geschäftsleiter abgewälzt werden. Eine solche Vorgehensweise ist allerdings selbst nicht ohne (Haftungs-) Risiko: Sobald die eingeschränkte Aufklärung des Kartells in irgendeiner Weise zu einer – wenn auch nur teilweisen – Weiterführung des Kartells führt, liegt darin doch wieder ein Verstoß gegen die Legalitätspflicht mit Konsequenzen für die persönliche Haftung. Wenn unterlassene Kronzeugenanträge oder Verfahrenskooperation zu höheren Bußgeldern oder Schadensersatzansprüchen führen, kann dies zudem zwar mit der Legalitätspflicht, aber nicht mit der gegenüber der Gesellschaft bestehenden allgemeinen Vermögensbetreuungspflicht vereinbar sein. Auch dann besteht wieder ein Risiko persönlicher Haftung. Bei für das Kartell nicht verantwortlichen Geschäftsleiterinnen und Geschäftsleitern kann sich aus der Möglichkeit, Bußgelder und andere Kartellschäden auf die verantwortlichen – persönlich haftenden – Organe abzuwälzen, daher zwar ein negativer Effekt auf die über das Gesellschaftsvermögen vermittelten Anreize zur Aufklärung von Kartellen und zur Verfahrenskooperation ergeben, um opportunistisch Abschöpfung und Schadensersatz zu erschweren. Aus einer ex ante-Perspektive dürfte jedoch regelmäßig unklar sein, ob und in welchem Umfang die Schäden tatsächlich abgewälzt werden können oder ob die eingegangenen Risiken beim Unternehmen verbleiben. Zudem dürfte das Risiko, sich als Geschäftsleiterin oder Geschäftsleiter durch unterlassene Aufklärung oder Verfahrenskooperation selbst einer persönlichen Haftung auszusetzen, die Einschränkung der durch das Gesellschaftsvermögen vermittelten Anreize mehr als aufwiegen.

336. Ähnlich stellt sich die Situation für Geschäftsleiterinnen und Geschäftsleiter dar, die erst nach Abschluss oder Aufdeckung des Kartells berufen wurden. Durch die Möglichkeit zur Abwälzung der Schäden auf die verantwortlichen Geschäftsleiterinnen und Geschäftsleiter könnten aus Unternehmenssicht Anreize bestehen, opportunistisch zulasten der Aufklärung des Kartells zu handeln. Dabei würden sich diese Geschäftsleiterinnen und Geschäftsleiter aber ebenfalls dem Risiko aussetzen, dass dem Unternehmen zusätzliche Schäden entstehen, für die nicht die ursprünglich für das Kartell Verantwortlichen haftbar gemacht werden können. In diesem Fall bestünde nach den vorweg genannten Grundsätzen ebenfalls das Risiko persönlicher Haf-

tung. Insofern ist davon auszugehen, dass die Anreize zur Aufklärung und Vermeidung von Kartellen überwiegen. Gleiches gilt auch für nicht unmittelbar selbst handelnde Aufsichtsgremien: Durch die Möglichkeit der Abwälzung von Schäden im Wege der Organhaftung könnten zwar geringere Anreize zu effektiver Aufsicht und Aufklärung im Kartellfall bestehen. Auch diese dürften aber durch das dann bestehende Risiko persönlicher Haftung (§ 116 i. V. m. § 93 Abs. 2 AktG) für eigene Pflichtverletzungen mehr als aufgewogen werden.

337. Anders als die genannten Organmitglieder partizipieren Gesellschafterinnen und Gesellschafter als wirtschaftliche Eigentümer einer Kapitalgesellschaft unmittelbar am Unternehmenserfolg. Die Möglichkeit, Kartellschäden im Wege des Organregresses abzuwälzen, verringert aus deren Sicht daher unmittelbar die Risiken, die mit der Eingehung von Kartellen einhergehen und könnte die Anreize zu Kartellverstößen erhöhen. Dies wäre aus Sicht der generalpräventiven Funktion der Kartellsanktionen nicht anzustreben und ist einer der Hauptkritikpunkte an der Organhaftung für kartellrechtliche Geldbußen.⁴⁵⁰ Insbesondere hierbei ist allerdings zu beachten, dass Gesellschafterinnen und Gesellschafter gerade nicht selbst für die Kapitalgesellschaft handeln können, sondern nur vermittelt durch deren Organe. Dies gilt insbesondere in Aktiengesellschaften, bei der der Vorstand die Gesellschaft in eigener Verantwortung leitet (§ 76 AktG) und die Aktionärinnen und Aktionäre wenig Einfluss auf die unmittelbare Amtsführung haben. Die durch die Kartellsanktionen angestrebten Anreize zur Vermeidung von Kartellen beziehen sich bei Gesellschafterinnen und Gesellschaftern insbesondere auf die Auswahl und Überwachung dieser Führungskräfte. Wichtiges Instrument ist hierfür eine effektive Möglichkeit zur Sanktionierung der Organmitglieder, zu der neben variablen Gehaltsbestandteilen und der Möglichkeit zur Abberufung und Kündigung auch die Regeln zum Schadensersatz gehören.⁴⁵¹ Die Monopolkommission hat daher bereits im letzten Hauptgutachten die Bedeutung der Haftung des verantwortlichen Managements für wettbewerbsschädigendes Verhalten hervorgehoben.⁴⁵²

338. Anders ist dies zwar bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung, wo grundsätzlich eine Weisungsgebundenheit der Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer gegenüber der Gesellschafterversammlung besteht (§ 37 GmbHG). Allerdings entfällt bei Befolgung einer (wirksamen) Weisung die persönliche Haftung der Geschäftsführung.⁴⁵³ Sofern eine Weisung wegen eines Verstoßes gegen kartellrechtliche Vorschriften unwirksam ist oder ein lediglich informel-

⁴⁵⁰ LAG Düsseldorf, 16 Sa 459/14, a. a. O., vgl. Fn. 423, Rz. 166; LG Saarbrücken, 7 HK O 6/16, a. a. O., vgl. Fn. 428, Rz. 150 f.; Wils, WuW 2023, 583, 588; einige Stimmen stellen dabei allerdings darauf ab, „das Unternehmen“ dürfe nicht entlastet werden, ohne zwischen den handelnden Personen zu differenzieren, vgl. z. B. Heyers, WuW 2022, 413, 414 f.; tendenziell auch Dreher, AG 2023, 845, 847.

⁴⁵¹ Zur Organhaftung als Kontrollinstrument im Kontext von Kartellsanktionen Franck/Seyer, Antitrust Fines and Managerial Liability, a. a. O., vgl. Fn. 430, S. 23 f.; Kersting, ZIP 2016, 1266, 1268; Leclerc, NZKart 2021, 220, 222; Stancke, BB 2020, 1667, 1669; von Schreitter/Lauer, DB 2023, 2035, 2039; dies anerkennend auch OLG Düsseldorf, VI-6 U 1/22 (Kart), a. a. O., vgl. Fn. 423, Rz. 194; allgemein Hopt/Roth, in: Hirte/Mülbert/Roth, Großkommentar AktG, a. a. O., vgl. Fn. 448, § 93 Rn. 28, m. w. N.; a. A. (ausreichende Prävention auch ohne Haftung für Geldbußen durch individuelle Bebußung, Haftung für andere Schäden und Kündigung): Ost, in: Kokott/Pohlmann/Polley, Europäisches, a. a. O., Fn. 432, 589, 598 f.; Verse, in: Scholz, GmbHG, a. a. O., vgl. Fn. 423, § 43 Rn. 311.

⁴⁵² Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 97, Tz. 498.

⁴⁵³ Verse, in: Scholz, GmbHG, a. a. O., vgl. Fn. 423, § 43 Rn. 260; vgl. auch § 43 Abs. 3 Satz 3 GmbHG.

les Einverständnis der Gesellschafterinnen und Gesellschafter vorliegt, kann sich die Geschäftsführerin bzw. der Geschäftsführer mit dem Einwand fehlenden Verschuldens oder widersprüchlichen Verhaltens verteidigen.⁴⁵⁴ Gesellschafterinnen und Gesellschafter, die selbst die Eingehung eines Kartells durch die Geschäftsführer veranlassen, können daher gerade nicht auf die Möglichkeit der Abwälzung der Kartellschäden im Wege des Organregresses zurückgreifen.⁴⁵⁵ Hinzu kommt, dass selbst bei einer vollumfänglichen Zulassung des Regresses von Kartellschäden bei den Organen nicht abwälzbare Schadensrisiken bei der Gesellschaft verbleiben. Dies betrifft ihrer Natur nach nicht ersetzbare Schäden wie den mit einem aufgedeckten Kartell einhergehenden Reputationsverlust, aber auch die Insolvenzrisiken der jeweiligen Geschäftsführerinnen und Geschäftsleiter und Forderungen, die die Gesellschaft mangels Bezifferbarkeit nicht mit vertretbarem Aufwand geltend machen kann. Ein Ausschluss der Organhaftung ist daher auch zur Erhaltung der Anreize der Gesellschafterinnen und Gesellschafter nicht notwendig.

2.4.4 Vorteilsabschöpfende Wirkung der Kartellsanktionen

339. Neben der auf die ex ante-Perspektive abstellenden generalpräventiven Anreizwirkung verfolgt das kartellrechtliche Sanktionensystem aber auch eine individualisierte Zielsetzung, die sich nicht nur in Sanktionierung und Spezialprävention ausdrückt. Vielmehr sollen ex post Kartellgewinne nicht bei den verantwortlichen Unternehmen belassen werden, sondern zugunsten der Kartellgeschädigten oder der Staatskasse abgeschöpft werden. Ausdrücklich und unmittelbar verfolgt wird dieser Zweck im deutschen Kartellrecht durch die in §§ 34 und 34a GWB vorgesehene Möglichkeit der Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörden oder im Klagewege durch Verbände zugunsten des Bundeshaushaltes. Diese unmittelbare Vorteilsabschöpfung kann allerdings nur subsidiär zu allen anderen Sanktionen – vor allem Geldbußen und Schadensersatz – vorgenommen werden, soweit durch diese die Kartellgewinne nicht vollständig abgeschöpft sind.⁴⁵⁶ Die Norm weist damit auch den anderen finanziellen Sanktionen zumindest einen tatsächlichen Abschöpfungszweck zu.

340. Gegenüber den kartellbehördlichen Geldbußen gilt dieser Nachrang der Vorteilsabschöpfung allerdings nur, soweit die jeweilige Geldbuße einen ausdrücklichen, in den Gründen des Beschlusses ausgewiesenen, Abschöpfungsanteil enthält.⁴⁵⁷ Im Übrigen überwiegt aus ex post-Sicht der sanktionierende Charakter der Geldbuße, der einen Ausschluss weiterer Gewinnabschöpfung nicht rechtfertigt. Zwar ist die Höhe der jeweiligen Geldbuße zumindest auch am relevanten tatbezogenen Umsatz zu orientieren⁴⁵⁸ und damit zumindest nicht völlig losgelöst von den durch das jeweilige Kartell erzielten Gewinnen. (Rechtliches) Ziel der Bußgeldbemessung ist aber vorrangig, eine tat- und schuldangemessene Sanktion festzusetzen, und nicht, diese Gewinne abzuschöpfen. Die Bußgeldleitlinien der Kommission sehen dementsprechend

⁴⁵⁴ Verse, in: Scholz, GmbHG, a. a. O., vgl. Fn. 423, § 43 Rn. 262-266.

⁴⁵⁵ Hierauf verweist auch Kersting, ZIP 2016, 1266, 1268.

⁴⁵⁶ § 34 Abs. 2 bzw. § 34a Abs. 1 a. E., Abs. 2 Satz 1 GWB.

⁴⁵⁷ Emmerich, in Immenga/Mestmäcker, 7. Aufl. 2024, München, § 34 Rn. 41, m. w. N. auch zur a. A.

⁴⁵⁸ Vgl. für Geldbußen der Kommission die Bußgeldleitlinien 2006 Ziff. 19; für solche des BKartA § 81d Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 GWB.

vor, dass die Höhe der Geldbuße zwar auch die Abschöpfung eines kartellbedingten Mehrerlöses berücksichtigt, stellen dies aber ausschließlich in den Kontext der Gewährleistung einer abschreckenden Wirkung der Geldbuße.⁴⁵⁹ Auch das Bundeskartellamt will eine Gewinnabschöpfung nur außerhalb der durch seine Leitlinien determinierten Zumessungskriterien oder durch eine Vorteilsabschöpfung nach § 34 GWB verfolgen.⁴⁶⁰ In der Praxis findet bisher allerdings weder eine ausdrückliche Vorteilsabschöpfung durch Geldbußen noch eine Anwendung des § 34 GWB durch die Kartellbehörden statt. Die Geldbußen sowohl der Kommission als auch der Kartellbehörden verfolgen damit – aus ex post-Sicht – einen primär sanktionierenden Zweck. Dem entspricht auch die Rechtsprechung der deutschen Finanzgerichtsbarkeit zur steuerlichen Bedeutung, die Geldbußen der Kartellbehörden und der Kommission als rein ahndender Natur und nicht abschöpfend einstuft.⁴⁶¹

341. Dies bedeutet allerdings nicht, dass durch die Geldbuße auch tatsächlich kein Gewinn abgeschöpft wird. Wenn der Kartellgewinn nicht durch andere Instrumente wie Schadensersatz oder Vorteilsabschöpfung abgeschöpft wird, hat die Geldbuße, soweit sie nicht über den Kartellgewinn hinausgeht, zumindest tatsächlich eine abschöpfende Wirkung. Ahndungszweck und generalpräventive Wirkung treten dann nur ein, soweit die Geldbuße über den Kartellgewinn hinausgeht.⁴⁶² Da die Gewinnabschöpfung nach § 34 GWB bisher von den Kartellbehörden kaum zur Anwendung gebracht wird, zudem nach § 34 Abs. 5 GWB begrenzt ist und die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen nicht immer den Umfang der Kartellgewinne erreichen wird, schöpfen die Geldbußen im tatsächlichen Regelfall zumindest teilweise auch die Kartellgewinne des verantwortlichen Unternehmens ab.⁴⁶³

342. Ähnliches gilt auch für Kartellschadensersatzansprüche, die zwar primär dem Ausgleich durch das Kartell verursachter Schäden dienen⁴⁶⁴ und dabei auch über die Kartellgewinne des verantwortlichen Unternehmens hinausgehen können. Soweit das kartellierende Unternehmen allerdings einen Kartellgewinn gemacht hat, wirken Schadensersatzansprüche genau wie Geldbußen zumindest tatsächlich gewinnabschöpfend, da der Kartellschaden üblicherweise in den durch die Abnehmerinnen und Abnehmer des Kartells entrichteten überhöhten Preisen besteht. Diese finden sich dann gleichsam spiegelbildlich als Kartellgewinn des im Schadensersatzprozess beklagten Unternehmens wieder.⁴⁶⁵ Auf eine Abschöpfung dieses Gewinns durch

⁴⁵⁹ Kommission, Bußgeldleitlinien 2006, Ziff. 31.

⁴⁶⁰ BKartA, Bußgeldleitlinien 2021, Ziff. 5.

⁴⁶¹ Zu Bußgeldern der Europäischen Kommission BFH, IV R 4/12, 7. November 2013, DStR 2014, 408, Rz. 26-38; zu solchen des BKartA FG Köln, 10 K 659/16, NZKart 2017, 140, Rz. 48-53.

⁴⁶² EuG, T-329/01, 27. September 2006, ECLI:EU:T:2006:268, Archer, Rz. 141; Ackermann, ZWeR 2010, 329, 333.

⁴⁶³ Zum gewinnabschöpfenden Zweck von Geldbußen auch der Schlussantrag von Generalanwältin Sharpston, C-50/12, 30. Mai 2013, ECLI:EU:C:2013:350, Kendrion, Rz. 80; LAG Düsseldorf, 16 Sa 459/14, a. a. O., vgl. Fn. 423, Rz. 168 ff., Kersting, ZIP 2016, 1266, 1272; Labusga, VersR 2017, 394, 399; Thomas, VersR 2017, 596, 599.

⁴⁶⁴ Roth, in Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht (Stand: 2024), vor § 33 Rn. 33.

⁴⁶⁵ Vgl. auch § 33a Abs. 3 Satz 2 GWB zur Bedeutung des Gewinns bei der Schadensschätzung; es sind zwar auch Kartellschäden denkbar, die sich – wie im Fall sog. Preisschirmeffekte – nicht im Kartellgewinn des Unternehmens widerspiegeln, dies ändert aber nichts an der grundsätzlich gewinnabschöpfenden Wirkung des Kartellschadensersatzes.

Kartellschadensersatzansprüche hat die Monopolkommission bereits im vergangenen Hauptgutachten hingewiesen.⁴⁶⁶ Die zumindest tatsächlich gewinnabschöpfende Wirkung des Kartellschadensersatzes spiegelt sich auch darin wider, dass die Möglichkeit zur Gewinnabschöpfung nur insoweit stattfindet, als der Gewinn nicht durch Schadensersatz abgeschöpft wurde. Dies gilt – anders als im Fall der Geldbußen – unabhängig davon, welcher primäre Zweck im Einzelfall mit der Geltendmachung von Schadensersatz verfolgt wurde.

343. Bei aufgedeckten Kartellen erfolgt die Abschöpfung der Kartellgewinne daher nicht nur durch die ausdrücklich vorgesehenen Möglichkeiten der, sondern vielmehr durch die Gesamtheit der Sanktionen, die eng miteinander verschränkt sind und gemeinsam sicherstellen, dass – ex post – keine Kartellgewinne bei dem Unternehmen verbleiben, Kartellschäden ausgeglichen werden, das Unternehmen angemessen sanktioniert wird sowie – ex ante – eine hinreichende Abschreckungswirkung besteht. Sofern das verantwortliche Unternehmen im Wege der Organhaftung die finanziellen Belastungen im Wege des Organregresses ganz oder teilweise auf die verantwortlichen Organe abwälzen kann, ist die Abschöpfungswirkung erheblich gefährdet. Es ist daher von Bedeutung, bei der Bemessung der Schadenshöhe die Kartellgewinne zu berücksichtigen.

344. Dabei dürfte es nicht ausreichen, entsprechend den Ansätzen von OLG Düsseldorf und LG Dortmund, den in Anspruch genommenen Geschäftsleiterinnen und Geschäftsleitern nur den Einwand der Vorteilsausgleichung zu gewähren.⁴⁶⁷ Aufgrund der allgemeinen Beweislastverteilung mangelt es diesem Ansatz an Effektivität. Das beklagte Organ müsste beweisen, dass und in welcher Höhe das Unternehmen einen Kartellgewinn erzielt hat. Dies dürfte in der Praxis mit erheblichen Schwierigkeiten behaftet sein, sodass im praktischen Regelfall eine Abwälzung der Kartellsanktionen ohne Berücksichtigung der gegenüberstehenden Kartellgewinne möglich wäre.⁴⁶⁸ Dies würde die gewinnabschöpfende Wirkung des Sanktionensystems evident konterkarieren und entspricht auch nicht der darin angelegten engen Verknüpfung von Sanktionen und Kartellgewinn. Gerade diese enge Verknüpfung zeigt nämlich auch, dass nach der Konzeption des Kartellsanktionensystems ein Schaden beim kartellbeteiligten Unternehmen nur dann vorliegen kann, soweit die finanziellen Nachteile des Unternehmens über den Kartellgewinn hinausgehen. Erst dann bewirken die Sanktionen keine Gewinnabschöpfung mehr und können ohne Verletzung dieses Zweckes im Wege des Organregresses weitergereicht werden.

⁴⁶⁶ Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 97, Tz. 397.

⁴⁶⁷ Den Vorteilsausgleich bejahen außerdem Bayer/Scholz, GmbHR 2015, 449, 454 f.; Binder/Kraayvanger, BB 2015, 1219, 1228 f.; Degner, Vorstandsinnenhaftung nach Kartellrechtsverstößen, a. a. O., vgl. Fn. 423, S. 242-247; Fleischer, DB 2014, 345, 350; Glöckner/Müller-Tautphaeus, AG 2001, 344, 346; Heyers, WuW 2022, 413, 417; Kersting, ZIP 2016, 1266, 1272; Stancke, BB 2020, 1667, 1671; differenzierend Thole, ZHR 173 (2009), 504, 528-531; dies ebenfalls in Erwägung ziehend OLG Düsseldorf, VI-6 U 1/22 (Kart), a. a. O., vgl. Fn. 423, Rz. 152-154.

⁴⁶⁸ LAG Düsseldorf, 16 Sa 459/14, a. a. O., vgl. Fn. 423, Rz. 285 f.; Thomas, VersR 2017, 596, 600; Wagner-von Papp, The Interplay Between Corporate Law and Competition Sanctions or Remedies, a. a. O., vgl. Fn. 430, S. 17.

345. Aus Sicht der Monopolkommission ist daher bereits bei der Darlegung des Schadens im Wege der Differenzhypothese nachzuweisen, dass den geltend gemachten Schäden kein Gewinn in mindestens gleicher Höhe gegenübersteht.⁴⁶⁹ Das Unternehmen muss also nicht nur darlegen und nachweisen, in welcher Höhe ihm durch das Kartell Schäden entstanden sind, sondern auch, welche Vorteile es daraus gezogen hat. Nur, wenn festgestellt werden kann, dass die Schäden über die Vorteile hinausgehen, ist eine Haftung denkbar. Wenn die Höhe des Kartellvorteils nicht ermittelt werden kann, scheidet eine Haftung aus.

346. Ein Schadensnachweis dürfte insbesondere in Fällen gelingen, in denen durch das Kartell überhaupt kein Gewinn entstanden ist.⁴⁷⁰ Gleiches gilt für Nebenforderungen, denen bereits konzeptionell kein Kartellgewinn des Unternehmens gegenüber steht, wie eigene Aufklärungs-⁴⁷¹ und Verfahrenskosten sowie Kosten, die das Unternehmen als Folge eines kartellbehördlichen oder gerichtlichen Verfahrens tragen muss⁴⁷² sowie für die gesamtschuldnerische Haftung von durch andere Kartellbeteiligte verursachte Schäden (§ 33d GWB), sofern hierfür kein Regress bei diesen genommen werden kann. Auch in diesen Fällen bleibt dem haftenden Organ allerdings der Weg zum Einwand der Vorteilsausgleichung eröffnet, indem es darlegt, dass die Schäden zwar nicht konzeptionell aber im konkreten Einzelfall tatsächlich vom Kartellgewinn überschritten werden.

2.4.5 Directors & Officers Versicherungen

347. Im Regelfall schließen Unternehmen eine Haftpflichtversicherung für ihre Führungskräfte ab (sog. Directors & Officers (D&O)-Versicherung). Diese sorgt dafür, dass Geschäftsleiterinnen und Geschäftsleiter wirtschaftlich nicht selbst für Pflichtverletzungen haften. Dies ist nach § 93 Abs. 1 Satz 3 AktG grundsätzlich zulässig, der dort vorgesehene Selbstbehalt kann zudem selbst versichert werden. Durch eine solche Versicherung kann grundsätzlich ein Moral Hazard entstehen, wenn die Versicherbarkeit des Organregresses dazu führt, dass weder das Organ noch das Unternehmen oder dessen Eigentümerinnen und Eigentümer die wirtschaftlichen Folgen eines aufgedeckten Kartells tragen, sondern die Schäden über den Umweg der Organhaftung auf die Allgemeinheit der Versicherten abgewälzt werden können. Ein bestehender Organregress bei gleichzeitiger Versicherbarkeit könnte daher negative Auswirkungen auf die Anreize

⁴⁶⁹ Für eine solche Vorabsaldierung auch Kersting, ZIP 2016, 1266, 1274; Labusga, VersR 2017, 394, 401 f.; hinsichtlich des Abschöpfungsanteils einer Geldbuße auch Degner, Vorstandsinnenhaftung nach Kartellrechtsverstößen, a. a. O., vgl. Fn. 423, S. 77-81; für eine Vorteilsausgleichung mit Beweislastumkehr Stancke, BB 2020, 1667, 138 ff.; Heyers, WuW 2022, 413, 416; allgemein für eine Beweislast des Unternehmens Wagner-von Papp, The Interplay Between Corporate Law and Competition Sanctions or Remedies, a. a. O., vgl. Fn. 430, S. 22 f.

⁴⁷⁰ So vorgetragen beispielsweise im vor dem LG Dortmund verhandelten Organhaftungsfall, vgl. LG Dortmund, 8 O 5/22, 21. Juni 2023, a. a. O., vgl. Fn. 429, Rz. 12.

⁴⁷¹ Für die Kosten interner Ermittlungen als ersatzpflichtiger Schaden auch Degner, E., Vorstandsinnenhaftung nach Kartellrechtsverstößen, a. a. O., vgl. Fn. 423, S. 154 f.; Sailer-Coceani, in: Schmidt/Lutter, AktG 4./5. Aufl. 2021/22, § 93 Rn. 37.

⁴⁷² A. A. offenbar das OLG Düsseldorf, VI-6 U 1/22 (Kart), a. a. O., vgl. Fn. 423, Rz. 218, das davon ausgeht, dass die Verfahrenskosten das Schicksal der Hauptforderung teilen, ohne dies allerdings weiter zu begründen; kritisch hierzu von Schreitter/Lauer, DB 2023, 2035, 2040 f.; wie hier auch Degner, E., Vorstandsinnenhaftung nach Kartellrechtsverstößen, a. a. O., vgl. Fn. 423, S. 153.

zum wettbewerbsrechtskonformen Verhalten der Organmitglieder sowie der Gesellschafterinnen und Gesellschafter haben.⁴⁷³ Außerdem könnte das Unternehmen auf diesem Weg Bußgelder, gegen die es sich selbst nicht versichern kann, vermittelt durch den Organregress doch auf eine Versicherung abwälzen.⁴⁷⁴ Nach der hier vertretenen Lösung besteht eine Organhaftung für Geldbußen, Kartellschadensersatzforderungen Dritter und Vorteilsabschöpfung allerdings ohnehin nur im Ausnahmefall. Unternehmen wird es im Regelfall nicht gelingen zu beweisen, dass sie durch das jeweilige Kartell keine Gewinne gemacht haben. Eine Organhaftung besteht daher nur im Fall fehlender Kartellgewinne und für bestimmte Nebenforderungen. Sollte dies ausnahmsweise der Fall sein, ist das entstehende Moral-Hazard-Problem keines, das sich von anderen versicherten schädigenden Handlungen unterscheidet. Es rechtfertigt daher nach Auffassung der Monopolkommission keinen grundsätzlichen Ausschluss der Organhaftung für Kartellschäden, sondern ist – wenn überhaupt – allgemein durch das Privatversicherungsrecht zu regeln. Jedenfalls lässt sich weder aus Sicht der handelnden Organe noch aus der von Aufsichtsorganen sowie Gesellschafterinnen und Gesellschaftern ex ante eine klare Aussicht auf Haftungsfreiheit ableiten, sodass die Aussicht auf Kartellsanktionen nicht an Effektivität einbüßen dürfte. Eine negative Auswirkung auf Anreize zu wettbewerbsrechtskonformen Verhalten ist daher durch die Möglichkeit der D&O-Versicherung nicht zu erwarten.

348. Zudem ist zumindest in den Musterbedingungen für D&O-Versicherungen ein Haftungsausschluss für vorsätzliches Verhalten und Bußgelder vorgesehen.⁴⁷⁵ Dadurch kann zwar ein Anreiz des Unternehmens bestehen, nicht die hauptverantwortlichen, sondern primär fahrlässig handelnde Geschäftsleiterinnen oder Geschäftsleiter (für Aufsichts- und Kontrollpflichtverletzungen) haftbar zu machen.⁴⁷⁶ Auch hier gilt aber, dass die Voraussetzungen für eine Haftung – und damit für eine Inanspruchnahme der D&O-Versicherung – im Regelfall schwer zu beweisen sein werden. Negative Auswirkungen auf die Anreize der handelnden Organe wären durch eine solche Inanspruchnahme der nur fahrlässig ihre Aufsichtspflicht verletzenden Organe ohnehin nicht zu erwarten, da der Versicherung, sofern sie für das fahrlässige Handeln einer Geschäftsleiterin oder eines Geschäftsleiters einsteht, regelmäßig ein Regressanspruch gegen eine etwaig vorhandene vorsätzlich handelnde Geschäftsleiterin oder einen Geschäftsleiter zustehen dürfte.⁴⁷⁷

⁴⁷³ Hierauf verweist auch Wagner-von Papp, *The Interplay Between Corporate Law and Competition Sanctions or Remedies*, a. a. O., vgl. Fn. 430, S. 31.

⁴⁷⁴ von Schreitter/Lauer, DB 2023, 2035, 2039; zur fehlenden Versicherbarkeit eigener Geldbußen Thomas, NZG 2015, 1409, 1416.

⁴⁷⁵ Ziff. A 7.1 und A 7.10 der Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Aufsichtsräten, Vorständen und Geschäftsführern (AVB D&O), <https://www.gdv.de/resource/blob/6044/7b038c87a72637a0079f3164a631ae4c/05-allgemeine-versicherungsbedingungen-fuer-die-vermoegenschaden-haftpflichtversicherung-von-aufsichtsr-aeten-vorstaenden-und-geschaeftsfuehrern-avb-d-o--data.pdf>, Abruf am 2. April 2024.

⁴⁷⁶ Wagner-von Papp, *The Interplay Between Corporate Law and Competition Sanctions or Remedies*, a. a. O., vgl. Fn. 430, S. 19, 54; diese Vorgehensweise wurde beispielsweise auch in dem vom LG Saarbrücken entschiedenen Fall gewählt.

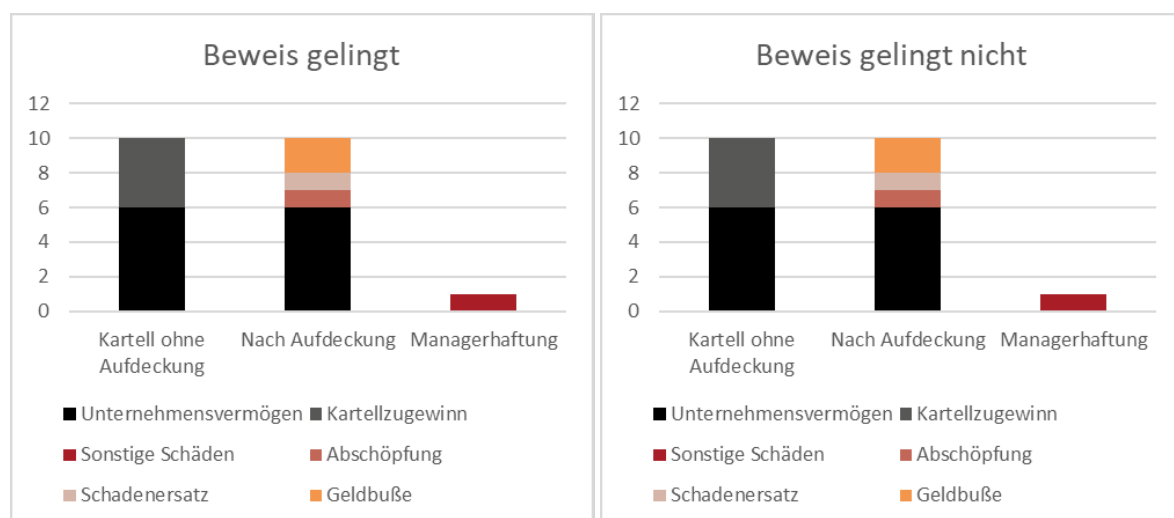
⁴⁷⁷ §§ 86 Abs. 1 VVG, § 43 Abs. 2 GmbHG bzw. § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG, § 426 BGB.

2.4.6 Zusammenfassung und Empfehlungen

349. Aus Sicht der Monopolkommission rechtfertigt der spezial- und generalpräventive Zweck der Geldbußen sowie der anderen gesetzlich vorgesehenen Kartellsanktionen keinen grundsätzlichen Ausschluss der kapitalgesellschaftsrechtlich vorgesehenen Organhaftung. Die persönliche Haftung erhöht im Zweifel – entsprechend ihrem gesellschaftsrechtlich vorgesehenen Zweck – die Anreize zu kartellrechtskonformem Verhalten der handelnden Organe. Gleichzeitig führt sie nicht zu negativen Anreizverzerrungen bei Aufsichtsorganen sowie Gesellschafterinnen und Gesellschaftern. Allerdings darf die Haftung nicht die gewinnabschöpfende Wirkung der Kartellrechtssanktionen vereiteln. Sie ist daher insoweit zu begrenzen, dass nur über den Kartellgewinn hinausgehende Schäden oder Nebenschäden, denen konzeptionell kein Kartellgewinn gegenübersteht, betroffen sind. Hierfür trägt das Unternehmen die Beweislast. Dann begegnet auch die Versicherbarkeit der Organhaftung im Rahmen von D&O-Versicherungen keinen Bedenken.

350. Angewandt auf den Beispielsfall führt dieser Ansatz zu folgenden Ergebnissen. Gelingt dem Süßwarenhersteller gegenüber seinem Vorstand der Nachweis seines Kartellvorteils (EUR 4 Mio.), kann er die Haftung dem Grunde nach geltend machen. Der Kartellvorteil ist dabei in Anrechnung zu bringen. Es verbleibt eine Haftungssumme von EUR 1 Mio. Gelingt der Beweis nicht, kann das Unternehmen bereits dem Grunde nach die Haftung nur für die Schadensposten geltend machen, denen konzeptionell kein Gewinn gegenübersteht – im Beispielsfall also die sonstigen Schäden in Höhe von EUR 1 Mio. (Rechtsverfolgungs- und Aufklärungskosten). Unabhängig von der Beweisbarkeit des Kartellvorteils kann das Unternehmen die Kartellsanktionen nicht in einem Umfang auf verantwortliche Organmitglieder abwälzen, der ihm ein Erhalten der Kartellvorteile ermöglichen würde (Abbildung II.3).

Abbildung II.6: Organhaftung nach dem Ansatz der Monopolkommission

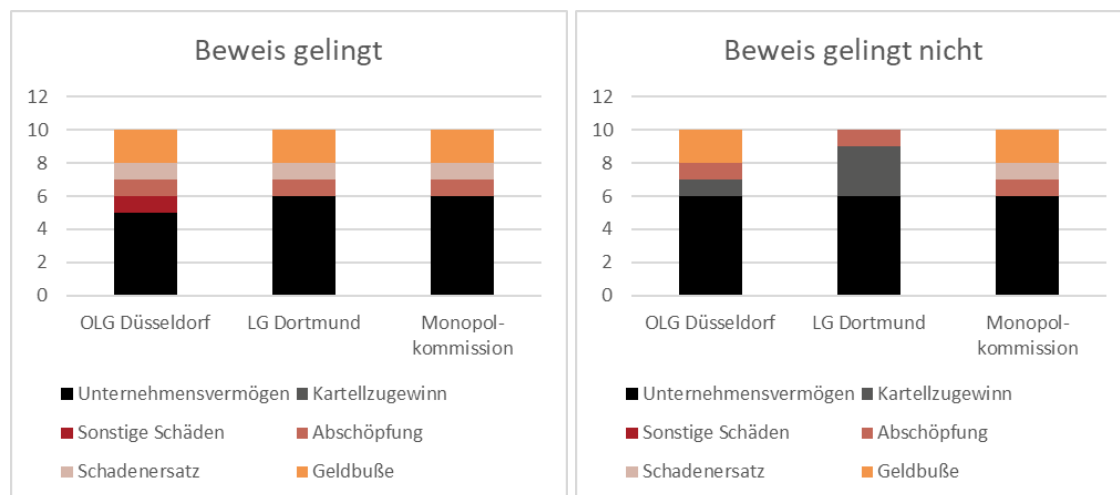


Quelle: Eigene Darstellung

351. Ein Vergleich der Auswirkungen der Auffassungen von OLG Düsseldorf und LG Dortmund mit der hier vertretenen Lösung zeigt Unterschiede in dem der Gesellschaft verbleibenden Vermögen insbesondere in den Fällen, in denen die Höhe des Kartellvorteils nicht bewiesen werden kann. Angewendet auf den Beispielsfall führen die Ansätze der Rechtsprechung dazu, dass in diesem Fall ein Teil des Kartellvorteils beim Unternehmen verbleibt. Sofern der Kartellvorteil

dagegen nachgewiesen werden kann, ist dies nicht der Fall. Nach dem Ansatz des OLG Düsseldorf verbleibt dann sogar ein zusätzlicher Schaden beim Unternehmen, da die Geldbuße beim Vorteilsausgleich nicht mehr zu berücksichtigen ist. Die von der Monopolkommission vorgeschlagene verstärkte Berücksichtigung der Höhe des Kartellvorteils führt dagegen dazu, dass dieser in beiden Fällen nicht beim Unternehmen verbleibt (Abbildung II.7).

Abbildung II.7: Auswirkungen der Organhaftung



Quelle: Eigene Darstellung

Die Anreize der im Unternehmen handelnden natürlichen Personen zu kartellrechtskonformem Verhalten dürften dagegen nach allen drei Ansätzen erhalten bleiben. Die weiter bestehende persönliche Haftung jedenfalls für mögliche Schadensersatzforderungen und andere Nebenforderungen dürfte aus der Ex-ante-Perspektive zu hinreichenden Anreizen zur Vermeidung von Kartellen bzw. zu deren Aufdeckung und Aufklärung führen. Risiken sieht die Monopolkommission vor allem im Hinblick auf die durch das Sanktionensystem ex post angestrebte Vorteilsabschöpfung. Wenn die Kartellbehörde im Rahmen einer Geldbuße – wie üblich – keine Abschöpfung des Kartellgewinns verfolgt, könnte die tatsächliche Abschöpfung durch Kartellschadenersatz im Wege des Organregresses an die verantwortlichen Geschäftsleiterinnen und Geschäftsleiter oder deren D&O-Versicherungen abgewälzt werden. Sofern die durch das Kartell erzielten Gewinne bei der Schadensermittlung nicht angemessen – mittels Beweislastumkehr – berücksichtigt werden, besteht das Risiko, dass die Vorteilsabschöpfung durch die Organhaftung ineffektiver wird.

3 Ex-post-Evaluation der Fusionskontrolle

3.1 Einleitung

352. Eine Wettbewerbsbehörde muss die Auswirkungen eines Zusammenschlussvorhabens vor deren tatsächlicher Durchführung, also ex ante bewerten. Fusionskontrollentscheidungen sind Prognoseentscheidungen und trotz Nutzung aller verfügbaren Informationen und der Verwendung sorgfältig ausgewählter Instrumente in der Prüfungsphase bleiben die Angemessenheit der Entscheidung und die Korrektheit der angewendeten Instrumente zunächst unklar.

Aufgrund dessen ist die Kenntnis der tatsächlichen Auswirkungen von Fusionskontrollentscheidungen unabdingbar, um die Entscheidungspraxis weiterzuentwickeln. Die tatsächlichen Auswirkungen erfährt die Wettbewerbsbehörde durch Ex-post-Evaluationen von getroffenen Entscheidungen. Das grundlegende Ziel solcher Evaluationen besteht darin, aus den getroffenen Entscheidungen zu lernen und Erkenntnisse sowie Verbesserungsvorschläge für zukünftige Fusionskontrollentscheidungen zu gewinnen. Die gewonnenen Erkenntnisse können nicht nur die Anwendungspraxis der Wettbewerbsbehörden verbessern, sondern darüber hinaus in die Gesetzgebung zurückfließen und auf diesem Weg die zukünftige Bewertung von Fusionen beeinflussen.⁴⁷⁸ Neben der Verbesserung der Entscheidungspraxis steigern Ex-post-Evaluationen von Fusionskontrollentscheidungen die Effektivität von Wettbewerbsgesetzen, indem sie die Auswirkungen bestehender Vorschriften vor einer Politikreform untersuchen. Darüber hinaus dienen sie der Analyse zur Auswirkung der Wettbewerbspolitik auf makroökonomischer Ebene. Ex-post-Evaluationen tragen zur Transparenz von Entscheidungen bei, indem sie über deren Gründe und Auswirkungen informieren. Schließlich unterstützen sie Vergleiche der Entscheidungspraktiken von Wettbewerbsbehörden im Laufe der Zeit und zwischen verschiedenen Behörden.⁴⁷⁹

353. Durch Unternehmenszusammenschlüsse steigt die Marktmacht der beteiligten Unternehmen, wodurch sie Preiserhöhungen durchsetzen könnten. Die Auswirkungen der veränderten Wettbewerbsintensität können ferner auch Produktqualität, Produktvielfalt oder das Innovationsverhalten von Unternehmen betreffen. Es können außerdem koordinierte Effekte durch Zusammenschlüsse auftreten, d. h. eine geringere Anzahl von Unternehmen im Markt vereinfacht möglicherweise Absprachen. Unternehmen können jedoch auch Effizienzgewinne erzielen, die kostensenkend wirken.⁴⁸⁰ Neben den fusionierenden Unternehmen können sich Zusammenschlüsse auf die Wettbewerber auswirken. All diese Effekte muss eine Wettbewerbsbehörde im Prüfprozess ex ante bewerten. Die gegenläufigen Wirkungsmechanismen und die Vielzahl betroffener Akteure zeigen die Komplexität der zu treffenden Entscheidung. Gleichzeitig unterstreichen sie die Bedeutung von Ex-post-Evaluationen von Fusionskontrollentscheidungen.

354. Ex-post-Evaluationen werden nicht nur von großen und renommierten Wettbewerbsbehörden wie der Europäischen Kommission, der FTC und der CMA durchgeführt (oder beauftragt), sondern auch von vielen weiteren Wettbewerbsbehörden wie denen in Brasilien, Dänemark, Finnland, Israel, Italien, Japan, Kenia, Mexico, Neuseeland, Niederlande, Norwegen, Österreich, Singapur oder Schweden, jedoch nicht vom Bundeskartellamt.⁴⁸¹ Die breite Anwendung verdeutlicht die universelle Anerkennung der Effektivität solcher Evaluationen bei der

⁴⁷⁸ EU-Kommission, A review of merger decisions in the EU: What can we learn from ex-post evaluations?, 2015, S. 1, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/7c4f0300-f7cc-11e5-b1f9-01aa75ed71a1>, Abruf am 24. Mai 2024.

⁴⁷⁹ OECD, Reference guide on ex-post evaluation of competition agencies' enforcement decisions, 2016, S. 11, <https://www.oecd.org/daf/competition/Ref-guide-expost-evaluation-2016web.pdf>, Abruf am 24. Mai 2024.

⁴⁸⁰ Williamson, O.E., Economics as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs, American Economic Review, 58, 1968, S. 18-36.

⁴⁸¹ International Competition Network, Report on ex post merger evaluation, 2022, https://www.international-competitionnetwork.org/wp-content/uploads/2023/02/MWG_Report-Ex-post-Merger-Evaluation-2022.pdf,

Weiterentwicklung der kartellrechtlichen Entscheidungspraxis. Der Wissenschaftliche Beirat beim BMWK hat zuletzt im Jahr 2019 eine stärkere Evaluationskultur für eine moderne Wirtschaftspolitik gefordert.⁴⁸² In einigen Bereichen der deutschen Wirtschaftspolitik sind Evaluationsstudien bereits Triebfeder der evidenzbasierten Politikgestaltung. Das Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung führt dazu ein Dossier mit mehr als 100 eigenen Evaluationsprojekten und 1.500 Literaturhinweisen.⁴⁸³ Der Sachverständigenrat nutzt regelmäßig Evaluationen, beispielsweise bei der Bewertung der eigenen Inflationsprognosen.⁴⁸⁴ Die Expertenkommission Forschung und Innovation hat in ihrem letzten Hauptgutachten 81 zwischen 2009 und 2023 verfasste Evaluationsstudien aus den Zuständigkeitsbereichen von BMBF und BMWK hinsichtlich den methodischen Anforderungen an eine Kausalanalyse untersucht.⁴⁸⁵

3.2 Ex-post-Evaluation von freigegebenen Fusionskontrollverfahren

3.2.1 Grundlegendes

355. Bei der Ex-post-Evaluation von freigegebenen Fusionskontrollverfahren werden die Auswirkungen von Unternehmenszusammenschlüssen auf verschiedene Unternehmens- und Marktkennzahlen untersucht. Im Fokus der Analyse steht die Wettbewerbsintensität, wobei auch Veränderungen der Marktdynamik nach der Fusion, wie beispielsweise der Eintritt neuer Wettbewerber, analysiert werden. Um die Auswirkungen von Fusionskontrollentscheidungen zu analysieren, werden grundlegende Informationen über sie benötigt. Dazu gehören die Entscheidung der Fusionskontrollprüfung, das Datum der Entscheidung, die betroffenen Produktmärkte und geografischen Regionen. Zusätzlich zu diesen Basisinformationen sind Daten zu den zu analysierenden Variablen, wie z. B. Preise, erforderlich, welche die Auswirkungen des Zusammenschlusses messen. Die relevanten Informationen werden mit einem zeitlichen Abstand nach der Durchführung des Zusammenschlusses benötigt und können je nach Analysemethode entweder quantitativer oder qualitativer Natur sein. Abhängig von der Analysemethode werden die Informationen zu den entsprechenden Variablen auch vor der Fusion benötigt.

Abruf am 3. Juni 2024; LEAR, Mergers in the Dutch grocery sector: an ex-post evaluation, 2015, <https://www.learlab.com/wp-content/uploads/2016/02/lear-mergers-in-the-dutch-grocery-sector-an-ex-post-evaluation-2015-10-14.pdf>, Abruf am 3. Juni 2024.

⁴⁸² BMWK, Moderne Wirtschaftspolitik braucht Evaluierung, https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Wissenschaftlicher-Beirat/brief-moderne-wirtschaftspolitik-braucht-evaluierung.pdf?__blob=publicationFile&v=4, Abruf am 3. Juni 2024.

⁴⁸³ Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung, Evaluation der Arbeitsmarktpolitik, <https://iab.de/dossier/?id=262988>, Abruf am 3. Juni 2024.

⁴⁸⁴ Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Frühjahrsgutachten 2024, Wiesbaden, 2024.

⁴⁸⁵ Expertenkommission Forschung und Innovation, Jahresgutachten zu Forschung, Innovation und technologischer Leistungsfähigkeit Deutschlands 2024, Berlin, 2024.

356. Die Analyse kann den Effekt eines einzelnen Zusammenschlusses⁴⁸⁶ oder den Durchschnittseffekt mehrerer Zusammenschlüsse⁴⁸⁷ umfassen. Die Ermittlung von Durchschnittseffekten mehrerer Fusionen bietet einen Einblick über die Auswirkungen von Fusionskontrollentscheidungen auf breiterer Basis. Die Evaluation einzelner Fusionen hat hingegen Fallstudiencharakter und ermöglicht tiefere Einblicke in einzelne Fälle. Analysen zu besonders kontroversen Fusionskontrollentscheidungen bieten einen potenziell großen Mehrwert, da die Entscheidungen schwierig zu treffen und die Ex-ante-Bewertungen herausfordernd waren.⁴⁸⁸ Fusionskontrollentscheidungen in wirtschaftlich bedeutenden Märkten sind ebenfalls von großem Interesse. Bei der Auswahl der zu analysierenden Zusammenschlüsse sind mögliche methodische Herausforderungen zu berücksichtigen, die sich insbesondere bei der Konstruktion der kontrafaktischen Situation, d.h. der fiktiven Situation ohne Zusammenschluss, ergeben können. Eine weitere Herausforderung ist die Verfügbarkeit von Daten, so können sie in einigen Fällen öffentlich verfügbar sein, müssen in anderen jedoch erworben werden. Die Zeit zwischen Entscheidung und Evaluation beeinflusst ebenfalls die Auswahl. Beispielsweise brauchen Effizienzgewinne durch Fusionen eine gewisse Zeit, bis sie messbar werden. Andererseits können andere Ereignisse die Ergebnisse umso stärker beeinflussen, je größer der zeitliche Abstand zwischen Entscheidung und Evaluation ist, was die Identifizierung kausaler Effekte erschwert.⁴⁸⁹

3.2.2 Methoden

3.2.2.1 Qualitative Methoden

357. Bei der qualitativen Ex-post-Evaluation von freigegebenen Fusionskontrollverfahren kommen Interviews, Befragungen, deskriptive Analysen und Metaanalysen zum Einsatz. Befragungen und Interviews dienen dazu, Informationen von Marktteilnehmern und Branchenexperten darüber zu erhalten, wie sich der betroffene Markt nach der Fusionskontrollentscheidung entwickelt hat. Eine Befragung ist eine Methode zur Datenerhebung, bei der standardisierte Fragen an eine Gruppe von Personen gestellt werden, um repräsentative Informationen zu sammeln. Im Gegensatz dazu sind Interviews persönliche Gespräche zwischen einem Interviewer und einem Interviewpartner. Beide Methoden, Interviews und Befragungen, dienen dazu, die Meinung der Betroffenen zur Entscheidung einzuholen. Dabei können Einblicke gewonnen wer-

⁴⁸⁶ Rickert, D./Schain, J.P./Stiebale, J., Local Market Structure and Consumer Prices: Evidence from a Retail Merger, *The Journal of Industrial Economics*, 69, 2021, S. 692-729; Argentesi, E. u.a., The effect of mergers on variety in grocery retailing, *International Journal of Industrial Economics*, 79, 2021, S. 1-19; Luco, F./Marshall, G., The Competitive Impact of Vertical Integration by Multiproduct Firms, *American Economic Review*, 110, 2020, S. 2041-2064.

⁴⁸⁷ Stiebale, J./Szűcs, F., Mergers and market power: Evidence from rivals' responses in European markets, *RAND Journal of Economics*, 53, 2022, S. 678-702; Gugler, K./Szűcs, F., Merger externalities in oligopolistic markets, *International Journal of Industrial Organization*, 47, 2016, S. 230-254; Duso, T./Gugler, K./Yurtoglu, B.B., How effective is European merger control? *European Economic Review*, 55, 2011, S. 980-1006.

⁴⁸⁸ Hosken, D.S./Miller, N./Weinberg, M., Ex Post Merger Evaluation: How Does it Help Ex Ante, *Journal of Competition Law & Practice*, 8, 2017, S. 41-46.

⁴⁸⁹ OECD, Reference guide on ex-post evaluation of competition agencies' enforcement decisions, a. a. O., vgl. Fn. 479, S. 16 ff.

den, welche Auswirkungen die Entscheidung aus ihrer Sicht hatte und was in alternativen Szenarien hätte passieren können.⁴⁹⁰ Zu den relevanten Marktteilnehmern gehören die fusionierenden Unternehmen, die Abnehmer der betroffenen Waren oder Dienstleistungen, Lieferanten, Vertriebshändler, Wettbewerber und Branchenexperten. Die Auswahl der zu befragenden oder zu interviewenden Gruppen sollte je nach Fall getroffen werden. Beeinflusst wird die Auswahl u.a. von den gewünschten Informationen, der Art der Entscheidung und den Merkmalen des Marktes. Oft ist es ratsam, von den verschiedenen Marktteilnehmern unterschiedliche Informationen anzufordern.⁴⁹¹ Zum Beispiel können Käufer der betroffenen Güter anekdotisch Auskunft über Veränderungen im Produktsortiment geben, während Lieferanten über mögliche Nachfragemachtveränderungen nach der Fusion berichten können.

358. Deskriptive Evidenz bezieht sich auf die systematische Beschreibung und Zusammenfassung von Daten ohne Rückgriff auf kausale Erklärungen. Sie wird verwendet, um den aktuellen Stand eines Phänomens zu dokumentieren und Muster zu erkennen. Vorteile sind die einfache Anwendbarkeit und Verständlichkeit, Nachteile sind die begrenzte Aussagekraft und fehlende Kausalzusammenhänge. Deskriptive Evidenz bietet eine Grundlage für weitere, detailliertere Forschung.

359. Metaanalysen fassen Informationen aus mehreren Studien zu einem Thema zusammen, um ein umfassenderes Bild der Forschungsergebnisse zu erhalten. Sie erhöhen die Aussagekraft, indem sie die Ergebnisse vieler Studien zusammenfassen, auf Konsistenz prüfen und übergreifende Schlussfolgerungen ermöglichen. Entscheidend für die Qualität der Metaanalyse ist die Qualität und Quantität der einbezogenen Studien, wobei sowohl Einzelstudien als auch Studien über mehrere Fusionen berücksichtigt werden können.⁴⁹² Darüber hinaus sind Metaanalysen nützlich, um den Stand der Forschung wiederzugeben und Forschungslücken zu identifizieren.

360. Fusionskontrollentscheidungen können von den beteiligten Parteien vor Gericht angefochten werden. Ob eine Entscheidung vor Gericht bestätigt wird, kann als Hinweis auf die Qualität der getroffenen Entscheidung angesehen werden.⁴⁹³ Auch die von der Monopolkommission im Rahmen des Hauptgutachtens vorgenommene Analyse der kartellrechtlichen Entscheidungspraxis kann in Teilen als qualitative Ex-post-Evaluation verstanden werden.

3.2.2.2 Quantitative Methoden

361. Quantitative Analysen verwenden numerische Informationen, um Zusammenhänge zwischen Variablen zu identifizieren und daraus kausale Schlussfolgerungen zu ziehen. Bei der Ex-post-Evaluation von genehmigten Fusionskontrollentscheidungen wird schwerpunktmäßig

⁴⁹⁰ Ebenda, vgl. Fn. 479, S. 23.

⁴⁹¹ Ebenda, vgl. Fn. 479, S. 58.

⁴⁹² Stöhr, A., Price Effects of Horizontal Mergers: A Retrospective on Retrospectives, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3890264, Abruf am 24. Mai 2024.

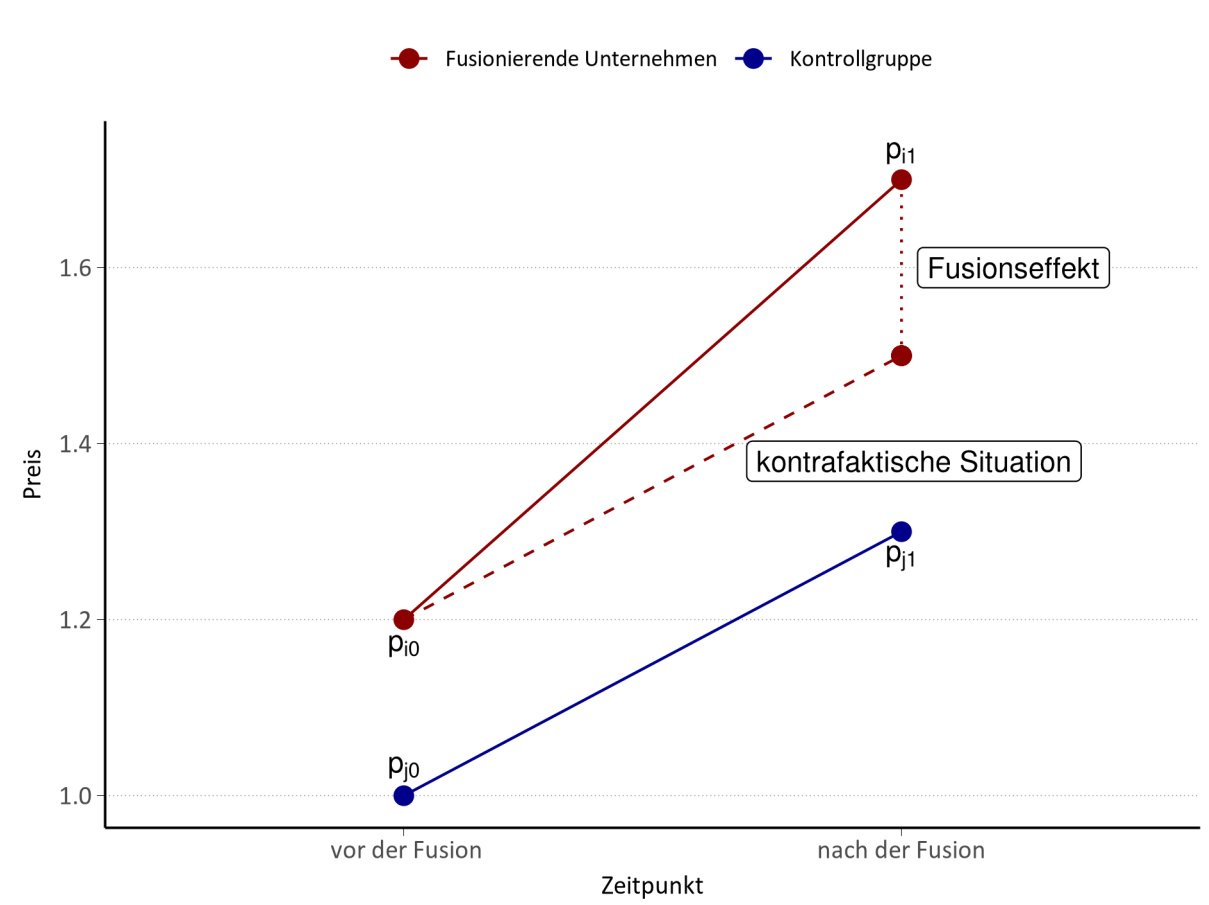
⁴⁹³ EU-Kommission, Ex-post economic evaluation of competition policy enforcement: A review of the literature, 2015, S. 51, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/83da424f-f18d-11e5-8529-01aa75ed71a1>, Abruf am 24. Mai 2024.

analysiert, wie sich Fusionen auf die Verbraucherwohlfahrt auswirken. Diese kann unter anderem durch Preis-, Qualitäts- oder Sortimentsänderungen beeinflusst werden.⁴⁹⁴

362. Die einfachsten quantitativen Ansätze der kausalen Analyse sind Querschnittsvergleiche der Preise sowie temporale Preisvergleiche. Beim Querschnittspreisvergleich werden die Preise nach dem Zusammenschluss in verschiedenen Regionen oder für verschiedene Produkte verglichen, um seinen Effekt zu ermitteln. Beim temporalen Vergleich wird der Preis desselben Produktes vor und nach der Fusion verglichen. Das Problem beider Ansätze besteht darin, dass die einfach geschätzte Differenz durch weitere Effekte kontaminiert sein kann, was zu falschen Ergebnissen führt. Beim Differenz-in-Differenzen-Ansatz wird dies berücksichtigt und der Produktpreis der fusionierenden Unternehmen (*Treatment-Gruppe*) mit dem Produktpreis bei nicht betroffenen Unternehmen (*Kontrollgruppe*) vor und nach der Fusion (*Intervention*) verglichen. Die nicht betroffenen Unternehmen dienen dazu, die Preisentwicklung zu repräsentieren, welche ohne Fusion stattfinden würde (*kontrafaktische Situation*).

364. Abbildung II.8 veranschaulicht die Wirkungsweise des Differenz-in-Differenzen-Ansatzes. Dabei repräsentiert p_{i0} den Produktpreis beim fusionierenden Unternehmen vor der Fusion und p_{i1} den Preis nach der Fusion. Ebenso steht p_{j0} für den durchschnittlichen Preis der Unternehmen der Kontrollgruppe vor der Fusion und p_{j1} nach der Fusion. Vor der Fusion lag der Preis der fusionierenden Unternehmen bei EUR 1,20 und in der Kontrollgruppe bei 1,00 Euro. Nach der Fusion stiegen die Preise auf EUR 1,70 und EUR 1,30. Ein Querschnittsvergleich deutet daraufhin, dass aufgrund der Fusion die Preise um EUR 0,40 steigen (Differenz p_{i1} und p_{j1}). Dabei werden jedoch vor der Fusion existierende Preisunterschiede zwischen den Unternehmen ignoriert. Ein temporaler Vergleich deutet daraufhin, dass aufgrund der Fusion die Preise um EUR 0,50 steigen (Differenz p_{i1} und p_{i0}). Jedoch existiert ein preissteigernder Trend EUR 0,30 auf dem Markt (Differenz p_{j1} und p_{j0}). Um diesen Trend zu berücksichtigen, vergleicht der Differenz-in-Differenzen-Ansatz die Differenz zwischen fusionierenden Unternehmen und Kontrollgruppe in den Unterschieden zwischen Vor- und Nach-Fusionspreisen. Die Differenz-in-Differenzen-Methode identifiziert den Effekt der Fusion, indem sie gemeinsame zeitliche Veränderungen und konstante Unterschiede zwischen den Gruppen herausrechnet. Folglich steigt der Preis aufgrund der Fusion um EUR 0,20, d.h. $(p_{i1} - p_{i0}) - (p_{j1} - p_{j0})$. Der Preis von EUR 1,50 zeigt den Preis, den die fusionierenden Unternehmen fordern würden, wenn die Fusion nicht stattgefunden hätte.

⁴⁹⁴ In diesem Unterkapitel werden ausschließlich Preise zur Veranschaulichung verwendet.

Abbildung II.8: Wirkungsweise der Differenz-in-Differenzen-Methode

Quelle: Eigene Darstellung

365. Entscheidend für die Identifikation des kausalen Effekts ist die Annahme paralleler Trends.⁴⁹⁵ Diese impliziert, dass sich die Preise der fusionierenden Unternehmen wie die Preise der Unternehmen in der Kontrollgruppe entwickelt hätten, wenn es keine Fusion gegeben hätte.⁴⁹⁶ Die Wahl der Kontrollgruppe trägt entscheidend zur Identifikation des kausalen Effektes bei, da sie die natürliche Preisentwicklung ohne Fusion repräsentiert. Die am häufigsten genutzten Kontrollgruppen bei Ex-post-Evaluationen sind nicht betroffene Regionen, Produktmärkte oder Wettbewerber. Bei ersterer besteht die Kontrollgruppe aus Regionen mit ähnlichen Nachfrage- und Kostenänderungen, welche aber geografisch nicht zu nah zum betroffenen Markt liegen, um von der Transaktion betroffen zu sein. Dies basiert im Wesentlichen auf der Annahme, dass die Fusion keine Effekte auf andere geografische (z. B. benachbarte) Märkte

⁴⁹⁵ Die Annahme paralleler Trends kann nicht überprüft werden, da fusionierende Unternehmen nicht in einem Szenario nach der Fusion ohne Fusion beobachtbar werden können. Es kann jedoch getestet werden, ob die Trends von fusionierenden Unternehmen und Unternehmen der Kontrollgruppe vor der Fusion (annähernd) parallel verlaufen. Dafür werden mindestens Daten von zwei Perioden vor der Fusion benötigt. Wenn vor der Fusion keine ähnlichen Trends zwischen beiden Gruppen vorliegen, ist die Annahme der parallelen Trends nicht plausibel.

⁴⁹⁶ OECD, Reference guide on ex-post evaluation of competition agencies' enforcement decisions, a. a. O., vgl. Fn. 479.

hat (*Spillover Effekte*).⁴⁹⁷ Eine mögliche Alternative zu dieser Konzeption besteht darin, einen anderen Produktmarkt als Kontrollmarkt zu verwenden⁴⁹⁸. Dies sollte kein Markt sein, auf dem beide fusionierenden Unternehmen aktiv sind, um zu verhindern, dass dieser von der Fusion beeinflusst wird.⁴⁹⁹ Final können Wettbewerber der fusionierenden Unternehmen als Kontrollgruppe genutzt werden.⁵⁰⁰ Diese Alternative ermöglicht, die Auswirkungen der Fusion von allen Faktoren zu separieren, welche die Nachfrage oder die Kosten beeinflussen, da diese alle Unternehmen im Markt gleichermaßen betreffen. Andererseits kann es Effekte der Fusion auf die Wettbewerber geben (*Spillover Effekte*), wodurch nicht der kausale Effekt der Fusion identifiziert wird, sondern lediglich der unterschiedliche Effekt der Fusion zwischen den fusionierenden Unternehmen und ihren direkten Wettbewerbern.⁵⁰¹

366. In den letzten Jahren wurden fortgeschrittene Methoden zur Auswahl der Kontrollgruppen entwickelt, um mögliche Verzerrungen zu reduzieren. Beim Propensity Score Matching wird jedem fusionierenden Unternehmen ein Unternehmen mit ähnlichen Charakteristika aus der Kontrollgruppe zugeordnet, um eine vergleichbare Kontrollgruppe zu erstellen.⁵⁰² Bei der Methode mit synthetischen Kontrollgruppen wird die Preisentwicklung vor der Fusion der beteiligten Unternehmen nachgebildet.⁵⁰³ Durch die Gewichtung der Kontrollunternehmen entsteht eine Gruppe mit ähnlichen Merkmalen wie die fusionierten Unternehmen. Für eine zuverlässige Schätzung des Effekts ist eine sorgfältige Auswahl und Gewichtung der Kontrolleinheiten nötig.⁵⁰⁴ Beide Verfahren passen die Treatment- und Kontrollgruppe vor der Fusion so an, dass die Kontrollgruppe nach der Fusion eine valide Vergleichsbasis bildet. Beide Methoden können jedoch nur für beobachtbare Merkmale kontrollieren, die erklären, warum bestimmte Unternehmen fusionieren. Wenn die Fusionsentscheidung von unbeobachtbaren Faktoren ab-

⁴⁹⁷ Taylor, C.T./Hosken, D.S., The Economic Effects of the Marathon-Ashland Joint Venture: The Importance of Industry Supply Shocks and Vertical Market Structure, The Journal of Industrial Economics, 55, 2007, S. 419-451.

⁴⁹⁸ Ashenfelter, O.C./Hosken, D.S./Weinberg, M.C., The Price Effects of a Large Merger of Manufacturers: A Case Study of Maytag-Whirlpool, American Economic Journal: Economic Policy, 5, 2013, S. 239-261.

⁴⁹⁹ OECD, Reference guide on ex-post evaluation of competition agencies' enforcement decisions, a. a. O., vgl. Fn. 479, S. 49.

⁵⁰⁰ Ashenfelter, O./Hosken, D.S., The Effect of Mergers on Consumer Prices: Evidence from Five Mergers on the Enforcement Margin. Journal of Law and Economics, 53, 2010, S. 417-466.

⁵⁰¹ OECD, Reference guide on ex-post evaluation of competition agencies' enforcement decisions, a. a. O., vgl. Fn. 479, S. 49.

⁵⁰² Stiebale, J./Szücs, F., Mergers and market power: Evidence from rivals' responses in European markets, a. a. O., vgl. Fn. 487.

⁵⁰³ Abadie, A./Diamond, A./Hainmueller J., Synthetic Control Methods for Comparative Case Studies: Estimating the Effect of California's Tobacco Control Program, Journal of the American Statistical Association, 105, 2010, S. 493-505.

⁵⁰⁴ Gugler, K./Szücs, F., Merger externalities in oligopolistic markets, a. a. O., vgl. Fn. 487.

hängt, können beide Methoden dieses Endogenitätsproblem nicht lösen und den kausalen Effekt der Fusion möglicherweise nicht korrekt identifizieren. Instrumentvariablen können ebenfalls helfen, Identifikationsprobleme bei der Unternehmensentscheidung zu berücksichtigen.⁵⁰⁵

367. Ein grundlegend anderer Ansatz zur Analyse der Auswirkungen von Fusionen sind Simulationen, die auf einem umfassenden Wettbewerbsmodell basieren.⁵⁰⁶ Fusionssimulationen spezifizieren sowohl die Nachfrage- als auch die Angebotsseite des Marktes sowie ein strukturelles Gleichgewichtskonzept. Bei Fusionssimulationen wird oft angenommen, dass die Produkte, die in den relevanten Märkten verkauft werden, differenziert sind. Unter dieser Annahme wird eine mikroökonomisch fundierte Nachfrageseite implementiert. Die strukturelle Nachfrageschätzung ist auch für die Schätzung der Angebotsseite entscheidend, da Eigen- und Kreuzpreiselastizitäten wesentliche Bestandteile jedes Modells unvollkommener Konkurrenz sind. In einem Markt mit differenzierten Gütern hängen die von den Unternehmen gewählten Preisaufschläge entscheidend von den Substitutionsmöglichkeiten der Verbraucherinnen und Verbraucher ab. Daher kann der Effekt einer Fusion am besten durch das Verständnis dieser Substitutionsmuster gemessen werden. Die Angebotsseite wird typischerweise durch statische Modelle des oligopolistischen Wettbewerbs dargestellt, in denen Unternehmen, die mehrere Produkte anbieten, à la Bertrand-Nash in Preisen konkurrieren. Die Logik dieser Modelle besagt, dass, wenn der Preis eines Produktes steigt, die Nachfrage nach allen anderen Produkten steigt, da Verbraucherinnen und Verbraucher das teurere Produkt durch Alternativen substituieren. Auf der Angebotsseite werden die Kostenparameter, z. B. die Grenzkosten, geschätzt. Sobald die strukturellen Parameter des Modells identifiziert und gemessen sind, können sie verwendet werden, um alternative Marktszenarien zu simulieren. Als Alternativszenario zu einer bedingungslos genehmigten Fusion kann die kontrafaktische Situation eines Verbots simuliert werden. Dabei wird das hypothetische Gleichgewicht berechnet, das sich ergeben hätte, wenn die beiden fusionierenden Unternehmen ihre Gewinne einzeln maximiert hätten.⁵⁰⁷

368. Es gibt weitere quantitative Ansätze, die vereinzelt zur Analyse von Fusionen genutzt werden. Beispielsweise verwenden Event-Studien Aktienkurse, um zu ermitteln, welche Unternehmen von den Entscheidungen einer Wettbewerbsbehörde profitieren und welche Unternehmen davon beeinträchtigt werden, und ziehen daraus Schlussfolgerungen über die Auswirkungen dieser Entscheidungen. Die Methode stützt sich auf die Reaktionen des Aktienmarktes zum Zeitpunkt der Entscheidung, um den voraussichtlichen Einfluss auf die Profitabilität der Unternehmen und damit auf die Preise zu rekonstruieren.⁵⁰⁸ Die übliche Identifikationsannahme ist,

⁵⁰⁵ Dafny, L.S., Estimation and Identification of Merger Effects: An Application to Hospital Mergers, *Journal of Law & Economics*, 52, 2009, S. 523–550; Houde, J.-F., Spatial differentiation and vertical mergers in retail markets for gasoline, *American Economic Review*, 102, 2012, S. 2147–2182.

⁵⁰⁶ Während die Differenz-in-Differenzen-Methoden ausschließlich ex-post angewendet werden kann, werden Fusionssimulationen auch ex-ante als Instrument der Fusionskontrolle angewendet.

⁵⁰⁷ OECD, Reference guide on ex-post evaluation of competition agencies' enforcement decisions, a. a. O., vgl. Fn. 479, S. 51 ff.

⁵⁰⁸ Ebenda, vgl. Fn. 479, S. 62 f.; Duso, T./Gugler, K./Yurtoglu, B.B., Is the Event Study Methodology Useful for Merger Analysis? A Comparison of Stock Market and Accounting Data, *International Review of Law and Economics*, 30, 2010, S. 186–192.

dass eine positive abnormale Rendite eines Konkurrenten bei der Ankündigung einer Fusion auf erwartete wettbewerbswidrige Effekte hinweist.⁵⁰⁹

3.2.3 Erkenntnisse aus durchgeführten Ex-post-Evaluationen

3.2.3.1 Einschätzung der Strenge von Fusionskontrollentscheidungen

369. In der Fusionskontrolle können zwei Arten von Fehlentscheidungen unterschieden werden: Wettbewerbsfördernde Fusionen werden fälschlicherweise untersagt (Typ-I-Fehler) oder wettbewerbsschädigende Fusionen werden fälschlicherweise zugelassen (Typ-II-Fehler). Bei Typ-I-Fehlern stellt die Entscheidung einen unnötigen Eingriff in den Wettbewerb dar und verhindert potenzielle Effizienzgewinne. Bei Typ-II-Fehlern versäumt die Fusionskontrolle den Schutz des Wettbewerbs auf den betreffenden Märkten.⁵¹⁰ Mithilfe von Ex-post-Evaluationen lernen Wettbewerbsbehörden die Auswirkungen ihrer Entscheidungspraxis zu verstehen. Zu streng entscheiden sie, wenn sie Fusionen blockieren, die den Wettbewerb fördern, und zu nachlässig, wenn sie Fusionen erlauben, die den Wettbewerb beeinträchtigen. Ohne die Ex-post-Evaluation von Entscheidungen kann die Qualität der Entscheidungspraxis einer Wettbewerbsbehörde kaum beurteilt werden.

370. Der Wettbewerb kann auf verschiedene Weisen beeinträchtigt werden, z. B. durch Erhöhung der Preise, Einschränkung der Produktionsmenge- und/oder -vielfalt, Verschlechterung von Qualität und Service oder Verlangsamung von Innovationen. Dementsprechend gibt es Ex-post-Evaluationen über Preise⁵¹¹, Preisaufschläge⁵¹², Werbung⁵¹³, Produktvielfalt⁵¹⁴, Qualität⁵¹⁵,

⁵⁰⁹ Cichello, M./Lamdin, J.L., Event Studies and the Analysis of Antitrust, *International Journal of the Economics of Business*, 13, 2006, S. 229-245; Stillman, R., Examining antitrust policy towards horizontal mergers, *Journal of Financial Economics*, 11, 1983, S. 225-240; Eckbo, B.E., Horizontal mergers, collusion, and stockholder wealth, *Journal of Financial Economics*, 11, 1983, S. 241-273; Eckbo, B.E./Wier, P., Antimerger policy under the Hart-Scott-Rodino Act: A reexamination of the market power hypothesis, *The Journal of Law and Economics*, 28, 1985, S. 119-149.

⁵¹⁰ Budzinski, O., Impact Evaluation of Merger Control Decisions, *European Competition Journal*, 9, 2013, S. 199-224; Duso, T./Damien J.N./Röller, L.-H., The political economy of European merger control: evidence using stock market data, *The Journal of Law and Economics*, 50, 2007, S. 455-489.

⁵¹¹ Haucap, J./Stiebale, J., Non-price Effects of Mergers and Acquisitions, https://www.dice.hhu.de/fileadmin/redaktion/Fakultaeten/Wirtschaftswissenschaftliche_Fakultaet/DICE/Discussion_Paper/402_Haucap_Stiebale.pdf, Abruf am 24. Mai 2024.

⁵¹² Stiebale, J./Szücs, F., Mergers and market power: Evidence from rivals' responses in European markets, a. a. O., vgl. Fn. 487.

⁵¹³ Chandra, A./Collard-Wexler, A., Mergers in Two-Sided Markets: An Application to the Canadian Newspaper Industry, *Journal of Economics & Management Strategy*, 18, 2009, S. 1045-1070.

⁵¹⁴ Argentesi, E. u. a., The effect of mergers on variety in grocery retailing, a. a. O., vgl. Fn. 486.

⁵¹⁵ Chen Y./Gayle, P.G., Mergers and product quality: Evidence from the airline industry, *International Journal of Industrial Organization*, 62, 2019, S. 96-135.

Kosten⁵¹⁶, Beschäftigungszahlen⁵¹⁷ oder Innovationstätigkeit⁵¹⁸. Eine Vielzahl an Studien analysiert einzelne Fusionen als Fallstudie und nutzt die Preisentwicklung nach der Freigabe als relevantes Kriterium. Die Ergebnisse zeigen, dass nach Fusionen die Preise steigen, sinken oder konstant bleiben können.⁵¹⁹ Die Vielzahl an Analysen in verschiedenen Industrien deutet darauf hin, dass die Auswirkungen von Fusionen unter anderem von den Marktcharakteristika abhängen. So wurden Preisanalysen nach Fusionen beispielsweise im Buchmarkt⁵²⁰, Lebensmitteleinzelhandel⁵²¹, Hypothekenmarkt⁵²², bei Geräteherstellern⁵²³, Brauereien⁵²⁴, Airlines⁵²⁵ oder Zeitungsmarkt⁵²⁶ durchgeführt. Zudem gibt es Analysen für verschiedene Länder in derselben Industrie. Dies deutet darauf hin, dass die Auswirkungen von Fusionen nicht nur vom Produktmarkt, sondern auch von institutionellen Rahmenbedingungen abhängen. So gibt es für den Lebensmitteleinzelhandel Ex-post-Analysen für Deutschland⁵²⁷, Frankreich⁵²⁸, Niederlande⁵²⁹ und die USA.⁵³⁰ Selbst innerhalb eines Landes und in derselben Industrie gibt es unterschiedliche Effekte einer Fusion abhängig von den lokalen Charakteristika wie Marktkonzentration.⁵³¹

⁵¹⁶ Engberg, J. u. a., The effect of mergers on firms' costs: evidence from the HMO industry, *The Quarterly Review of Economics and Finance*, 44, 2004, S. 574-600.

⁵¹⁷ Geurts, K./Van Biesebroeck, J., Employment growth following takeovers, *RAND Journal of Economics*, 50, 2019, S. 916-950.

⁵¹⁸ Ornaghi, C., Mergers and innovation in big pharma, *International Journal of Industrial Organization*, 27, 2009, S. 70-79.

⁵¹⁹ Stöhr, A., Price Effects of Horizontal Mergers: A Retrospective on Retrospectives, a. a. O., vgl. Fn. 492.

⁵²⁰ Aguzzoni, L., u. a., Ex post merger evaluation in the UK retail market for books, *The Journal of Industrial Economics*, 64, 2016, S. 170-200.

⁵²¹ Rickert, D./Schain, J.P./Stiebale, J., Local Market Structure and Consumer Prices: Evidence from a Retail Merger, a. a. O., vgl. Fn. 486.

⁵²² Allen, J./Clark, R./Houde, J.-F., The Effect of Mergers in Search Markets: Evidence from the Canadian Mortgage Industrie, *American Economic Review*, 104, 2013, S. 3365-3396.

⁵²³ Ashenfelter, O.C./Hosken, D.S./Weinberg, M.C., The Price Effects of a Large Merger of Manufacturers: A Case Study of Maytag-Whirlpool, a. a. O., vgl. Fn. 498.

⁵²⁴ Ashenfelter, O.C./Hosken, D.S./Weinberg, M.C., Efficiencies brewed: pricing and consolidation in the US beer industry, *RAND Journal of Economics*, 46, 2015, S. 328-361.

⁵²⁵ Dobson, P.W./Piga, C.A., The Impact of Mergers on Fares Structure: Evidence from European Low-Cost Airlines, *Economic Inquiry*, 51, 2013, S. 1196-1217.

⁵²⁶ Chandra, A./Collard-Wexler, A., Mergers in Two-Sided Markets: An Application to the Canadian Newspaper Industry, a. a. O., vgl. Fn. 513.

⁵²⁷ Rickert, D./Schain, J.P./Stiebale, J., Local Market Structure and Consumer Prices: Evidence from a Retail Merger, a. a. O., vgl. Fn. 486.

⁵²⁸ Allain, M.-L. u. a., Retail Mergers and Food Prices: Evidence from France, *The Journal of Industrial Economics*, 65, 2017, S. 469-509.

⁵²⁹ Argentesi, E. u. a., The effect of mergers on variety in grocery retailing, a. a. O., vgl. Fn. 9.

⁵³⁰ Hosken, D.S./Olson, L.M./Smith, L.K., Do retail mergers affect competition? Evidence from grocery retailing, *Journal of Economics & Management Strategy*, 27, 2018, S. 3-22.

⁵³¹ Ebenda, vgl. Fn. 530.

Abgesehen von Preisentwicklungen zeigt die Literatur zu anderen Variablen ebenfalls heterogene Ergebnisse.⁵³²

371. Weitere Analysen untersuchen entweder die Auswirkungen einer Fusionswelle in einer bestimmten Industrie oder einen Querschnitt von Fusionen in verschiedenen Industrien. Diese Analysen erlauben allgemeinere Schlussfolgerungen über die Entscheidungspraxis von Wettbewerbsbehörden. So kann gezeigt werden, dass über verschiedene Länder und Industrien die Preise nach Fusionen tendenziell steigen, wobei die Preissteigerungen mit der Größe einer Fusion und der Marktkonzentration korrelieren.⁵³³ Für die USA wurde gezeigt, dass die Preise nach Fusionen im Einzelhandel durchschnittlich um 1,5 % steigen.⁵³⁴ Neben Preisen steigen zudem die Preisaufschläge, sowohl bei den fusionierenden Unternehmen als auch bei den Wettbewerbern. Bei den fusionierenden Unternehmen sind die Effekte sowohl auf steigende Marktmacht⁵³⁵ als auch Effizienzgewinne und Qualitätsverbesserungen⁵³⁶ zurückzuführen. Bei den Wettbewerbern steigen die Preisaufschläge besonders, wenn die Marktkonzentration vor der Fusion hoch ist, es wenige Wettbewerber gibt und die relevanten Märkte national sind.⁵³⁷ Neben den Preisaufschlägen steigt auch die Kapitalrendite der Wettbewerber nach Fusionen.⁵³⁸ Für das Innovationsverhalten von Unternehmen gibt es verschiedene Ergebnisse. Für die USA konnte gezeigt werden, dass Fusionen positive Auswirkungen auf Innovationen haben, besonders wenn sich die Technologien der fusionierenden Unternehmen ähneln.⁵³⁹ In einer ähnlichen Studien wurden nach Fusionen in Europa sinkende Investitionen in Forschung und Entwicklung gefunden.⁵⁴⁰ Zudem wurden negative Effekte von Fusionen auf das Innovationsverhalten speziell in der Pharmaindustrie⁵⁴¹ und dem Technologiegiganten-Sektor⁵⁴² festgestellt. Eine Reihe an Event-Studien zeigt direkt, dass die Entscheidungspraxis der Wettbewerbsbehörden der Europäischen Kommission und USA tendenziell zu nachlässig sind, d. h. dass zu

⁵³² Haucap, J./Stiebale, J., Non-price Effects of Mergers and Acquisitions, a. a. O., vgl. Fn. 511.

⁵³³ Stöhr, A., Price Effects of Horizontal Mergers: A Retrospective on Retrospectives, a. a. O., vgl. Fn. 492.

⁵³⁴ Bhattacharya, V./Illanes, G./Stillerman, D., Merger Effects and Antitrust Enforcement: Evidence from US Consumer Packaged Goods, <https://www.nber.org/papers/w31123>, Abruf am 24. Mai 2024.

⁵³⁵ Blonigen, B.A./Pierce, J.R., Evidence for the Effects of Mergers on Market Power and Efficiency, <https://www.nber.org/papers/w22750>, Abruf am 24. Mai 2024.

⁵³⁶ Stiebale, J./Venceppa, D., Acquisitions, Markups, Efficiency and Product Quality: Evidence from India, *Journal of International Economics*, 112, 2018, S. 70-87.

⁵³⁷ Stiebale, J./Szücs, F., Mergers and market power: Evidence from rivals' responses in European markets, a. a. O., vgl. Fn. 487.

⁵³⁸ Gugler, K./Szücs, F., Merger externalities in oligopolistic markets, a. a. O., vgl. Fn. 487.

⁵³⁹ Bena, J./Li, K., Corporate Innovations and Mergers and Acquisitions, *The Journal of Finance*, 69, 2014, S. 1923-1960.

⁵⁴⁰ Szücs, F., M&A and R&D: Asymmetric Effects on acquirers and targets?, *Research Policy*, 43, 2014, S. 1264-1273.

⁵⁴¹ Ornaghi, C., Mergers and innovation in big pharma, a. a. O., vgl. Fn. 518.

⁵⁴² Affeldt, P./Kesler, R., Competitors' Reactions to Big Tech Acquisitions: Evidence from Mobile Apps, https://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw_01.c.831752.de/dp1987.pdf, Abruf am 24. Mai 2024.

viele Fusionen ohne Nebenbedingungen freigegeben werden.⁵⁴³ Es wurde zudem festgestellt, dass die bei vielen Fusionen notwendigen Effizienzgewinne zur Kompensation unilateraler Effekte oft unrealistisch hoch sind.⁵⁴⁴ Jedoch ist die Fusionskontrolle der Europäischen Kommission teilweise wirksam, wenn sie Fusionen untersagt oder mit Nebenbestimmungen freigibt.⁵⁴⁵ Es gibt darüber hinaus Evidenz, dass sich die Fusionskontrolle der Europäischen Kommission nach der Reform 2004 verbessert hat.⁵⁴⁶

372. Ob Wettbewerbsbehörden zu nachlässig, zu streng oder gar überflüssig sind, wird lebhaft diskutiert.⁵⁴⁷ Die dargelegte Literatur legt nahe, dass in der Vergangenheit zu viele wettbewerbsbedenkliche Fusionen (bedingungslos) freigegeben wurden. Basierend auf der aktuellen Literatur lässt sich für Deutschland und die Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes keine Tendenz ableiten. Das Bundeskartellamt hat bislang weder Ex-post-Evaluationen zu einzelnen Fusionen noch Studien auf breiterer Basis veröffentlicht.⁵⁴⁸ In der akademischen Literatur ist lediglich eine Ex-post-Evaluation zu einer einzelnen freigegebenen Fusion in Deutschland bekannt. Diese analysiert eine Fusion aus dem Jahr 2008 im Lebensmitteleinzelhandel.⁵⁴⁹

3.2.3.2 Verbesserung der Ausgestaltung und Umsetzung von Nebenbestimmungen

373. Wettbewerbsbehörden können bedenkliche Fusionsvorhaben entweder verbieten oder, falls möglich, Nebenbestimmungen erlassen, die den Wettbewerb in den betroffenen Märkten aufrechterhalten.⁵⁵⁰ Diese Markteingriffe gehen die durch Fusionen potentiell aufkommenden Marktmachtbedenken an, ohne Effizienzsteigerungen durch Synergien zu zerstören.⁵⁵¹ Die Nebenbestimmungen können entweder verhaltensbezogen oder strukturell sein. Verhaltensbezogene Auflagen beziehen sich auf die Festlegung von Verhaltensregeln für die fusionierenden Unternehmen, um deren zukünftiges Verhalten zu beeinflussen oder zu beschränken. Ein Beispiel für eine Verhaltensauflage ist die Verpflichtung zum Abschluss eines Liefervertrags unter vorher festgelegten Bedingungen. Strukturelle Nebenbestimmungen hingegen wirken sich di-

⁵⁴³ Duso, T./Gugler, K./Yurtoglu, B.B., How effective is European merger control?, a. a. O., vgl. Fn. 487; Klein, T., Event Studies in Merger Analysis: Review and an Application Using U.S. TNIC Data, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3517189, Abruf am 24. Mai 2024.

⁵⁴⁴ Affeldt, P. u. a., Assessing EU Merger Control through Compensating Efficiencies, <https://cepr.org/publications/dp16705>, Abruf am 24. Mai 2024.

⁵⁴⁵ Duso, T./Gugler, K./Yurtoglu, B.B., How effective is European merger control?, a. a. O., vgl. Fn. 487.

⁵⁴⁶ Duso, T./Gugler, K./Szücs, F., An Empirical Assessment of the 2004 EU Merger Policy Reform, *Economic Journal*, 123, 2013, S. 596-619.

⁵⁴⁷ Duso, T./Gugler, K./Yurtoglu, B.B., How effective is European merger control?, a. a. O., vgl. Fn. 487.

⁵⁴⁸ Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 97, Tz. 345.

⁵⁴⁹ Rickert, D./Schain, J.P./Stiebale, J., Local Market Structure and Consumer Prices: Evidence from a Retail Merger, a. a. O., vgl. Fn. 486.

⁵⁵⁰ OECD, Reference guide on ex-post evaluation of competition agencies' enforcement decisions, a. a. O., vgl. Fn. 479, S. 35.

⁵⁵¹ Duso, T./Gugler, K./Yurtoglu, B.B., How effective is European merger control?, a. a. O., vgl. Fn. 487.

rekt auf die Marktstruktur aus, beispielsweise durch die Veräußerung bestimmter Unternehmensteile, z. B. Produktionsstätten oder anderer physischer und nicht-physischer Vermögenswerte.⁵⁵² Der Hauptvorteil struktureller Maßnahmen gegenüber den verhaltensbezogenen Abhilfemaßnahmen besteht darin, dass Wettbewerbsbehörden sie vergleichsweise kostengünstig durchsetzen und überwachen können.⁵⁵³

374. Ex-post-Evaluationen zu Nebenbestimmungen bewerten deren Wirksamkeit, indem sie untersuchen, ob diese ihre beabsichtigten Ziele erreicht haben. Dabei wird analysiert, welche Faktoren den Erfolg bestimmen und ob alternative Nebenbestimmungen effektiver gewesen wären. Diese Analysen konzentrieren sich meist ausschließlich auf die Abhilfemaßnahmen und berücksichtigen nicht die Angemessenheit der Fusionsfreigabe.⁵⁵⁴ Für den schwedischen Biermarkt wurde beispielsweise gezeigt, dass die Veräußerung von Produkten einen wesentlichen Einfluss hatte, um den Preisanstieg, der durch die Fusion verursacht wurde, auszugleichen.⁵⁵⁵ Für den amerikanischen Biermarkt wurden wiederum steigende Preise bei den veräußerten Marken gefunden.⁵⁵⁶ Für den Lebensmitteleinzelhandel gibt es ebenfalls unterschiedliche Effekte der Nebenbestimmungen für unterschiedliche Länder.⁵⁵⁷ Für die Pharmaindustrie konnte gezeigt werden, dass Veräußerungen ihren Zweck erfüllt haben.⁵⁵⁸ Für Tankstellen konnte indes gezeigt werden, dass Veräußerungen wirksam sind, um Wettbewerber innerhalb eines engen Radius zu disziplinieren, dieser Effekt sich jedoch nicht auf die gesamte Größe des relevanten Marktes erstreckt.⁵⁵⁹ Zu dem Design und der Umsetzung von Nebenbestimmungen gibt es Studien, welche von Wettbewerbsbehörden selbstständig durchgeführt bzw. beauftragt wurden. Die CMA beauftragt regelmäßig Studien zur Ex-post-Bewertung von Nebenbestimmungen bei Fusionskontrollentscheidungen. Seit 2007 wurden die Ergebnisse von 23 Fusionen in acht Studien veröffentlicht.⁵⁶⁰ Diese Fallauswahl deckt verschiedene Arten von Nebenbestimmungen ab. Die Ergebnisse dieser Analysen dienen dazu, die Herangehensweise der CMA an Nebenbestimmungen in künftigen Fällen zu verbessern, um die Wirksamkeit der Interventionen im Laufe

⁵⁵² International Competition Network, Merger Remedies Guide, 2016, https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/MWG_RemediesGuide.pdf, Abruf am 28. Mai 2024.

⁵⁵³ Lagos, V., Effectiveness of merger remedies: Evidence from the retail gasoline industry, *The Journal of Industrial Economics*, 66, 2018, S. 942-979.

⁵⁵⁴ OECD, Reference guide on ex-post evaluation of competition agencies' enforcement decisions, a. a. O., vgl. Fn. 479, S. 35 f.

⁵⁵⁵ Friberg, R./Romahn, A., Divestiture requirements as a tool for competition policy: A case from the Swedish beer market, *International Journal of Industrial Organization*, 42, 2015, S. 1-18.

⁵⁵⁶ Wang, X. u. a., Is Divestiture Effective as a Merger Remedy in the U.S. Beer Industry? *Review of Industrial Organization*, 62, 2023, S. 1-18.

⁵⁵⁷ Argentesi, E., u. a., The effect of mergers on variety in grocery retailing, a. a. O., vgl. Fn. 486; Rickert, D./Schain, J.P./Stiebale, J., Local Market Structure and Consumer Prices: Evidence from a Retail Merger, a. a. O., vgl. Fn. 486.

⁵⁵⁸ Tenn, S./Yun, J.M., The success of divestitures in merger enforcement: Evidence from the J&J–Pfizer transaction, *International Journal of Industrial Organization*, 29, 2011, S. 273-282.

⁵⁵⁹ Lagos, V., Effectiveness of merger remedies: Evidence from the retail gasoline industry, a. a. O., vgl. Fn. 553.

⁵⁶⁰ Die Competition Commission (CC), eine Vorgängerorganisation der CMA, veröffentlichte zwischen 2007 und 2012 elf Fallstudien in vier Studien. Die CMA hat seitdem 12 Fallstudien in vier weiteren Studien veröffentlicht.

der Zeit zu steigern.⁵⁶¹ Die australische Wettbewerbsbehörde hat bisher zwei Studien selbstständig durchgeführt, welche unter anderem die Wirksamkeit der Nebenbestimmungen untersuchen.⁵⁶² Die kanadische Wettbewerbsbehörde hat ebenfalls die Nebenbestimmungen mehrerer Fusionen ex post evaluiert.⁵⁶³ Weitere Studien gibt es von der FTC⁵⁶⁴, Europäischen Kommission⁵⁶⁵ und OECD.⁵⁶⁶ Bei einer Befragung der OECD gaben weitere Wettbewerbsbehörden an, dass sie Ex-post-Evaluationen von Nebenbestimmungen bei Fusionen durchführen, darunter Brasilien, Italien und Japan.⁵⁶⁷

3.2.3.3 Weiterentwicklung von Ex-ante-Instrumenten

375. Die Wettbewerbsbehörden verwenden verschiedene Instrumente, um ihre Entscheidungen in der Fusionskontrolle zu treffen. Da diese Instrumente ausschließlich in der Prüfungsphase eingesetzt werden, bleibt eine unvermeidliche Unsicherheit über ihre korrekte Anwendung bestehen. Ein Vergleich zwischen den prognostizierten Entwicklungen und den tatsächlichen Auswirkungen von Zusammenschlüssen kann helfen, die Instrumente zu verbessern und zu ermitteln, welche davon sich als effektiv erwiesen haben. Solche Untersuchungen haben oft eine ähnliche Struktur: Zunächst wird ein Instrument mit Daten aus der Prüfungsphase auf eine Fusion angewendet und die Auswirkungen der Fusion vorhergesagt. Anschließend werden die tatsächlichen Auswirkungen der Fusion analysiert. Dazu wird häufig die Differenz-in-Differenzen-Methode verwendet, deren Ergebnisse als tatsächliche Auswirkungen angesehen werden. Gibt es eine auffällige Diskrepanz zwischen den prognostizierten und den tatsächlichen Auswirkungen, kann dies ein Hinweis darauf sein, dass das ursprünglich verwendete Instrument nicht geeignet war. Diese Erkenntnisse sind wichtig, um zukünftige Entscheidungen noch fundierter treffen zu können.

376. Überprüfung von wichtigen Annahmen: Ex-post-Bewertungen können prüfen, ob wichtige Annahmen über Marktcharakteristika und Entwicklungen, die bei der Durchsetzung von Entscheidungen verwendet wurden, fundiert sind. Dies ermöglicht es, Einschränkungen oder

⁵⁶¹ Competition Market Authority, Merger remedy evaluations, 2023, https://assets.publishing.service.gov.uk/media/6537944c3099f900117f301e/CMA_report_on_case_study_research____.pdf, Abruf am 28. Mai 2024.

⁵⁶² Australian Competition & Consumer Commission, Ex post review of ACCC merger decisions, 2024, <https://www.accc.gov.au/system/files/Ex%20post%20review%20-%20February%202024.pdf>, Abruf am 28. Mai 2024.

⁵⁶³ Competition Bureau Canada, Merger Remedies Study, 2011, <https://competition-bureau.canada.ca/sites/default/files/attachments/2022/cb-merger-remedy-study-summary-e.pdf>, Abruf am 28. Mai 2024.

⁵⁶⁴ Federal Trade Commission, Remedy Study, <https://www.ftc.gov/policy/studies/remedy-study>, Abruf am 28. Mai 2024.

⁵⁶⁵ Europäische Kommission, Merger remedies study, 2006, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/f7587298-1d1f-4396-8cca-4735b7efab97/language-en>, Abruf am 28. Mai 2024

⁵⁶⁶ OECD, Ex-post Assessment of Merger Remedies (OECD Competition Policy Roundtable Background Note), 2023, <https://www.oecd.org/daf/competition/ex-post-assessment-of-merger-remedies-2023.pdf>, Abruf am 28. Mai 2024.

⁵⁶⁷ OECD, Ex-post Assessment of Merger Remedies, 2023, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD\(2023\)46/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD(2023)46/en/pdf), Abruf am 28. Mai 2024.

Fehler in der Analyse, die den Entscheidungen zugrunde liegen, zu identifizieren und den zukünftigen Entscheidungsprozess zu verbessern. Komplexe Fusionskontrollentscheidungen berücksichtigen eine Vielzahl verschiedener Kriterien, wie beispielsweise zukünftige Markteintritte.⁵⁶⁸ Im Auftrag der CMA wurde untersucht, ob die prognostizierten Markteintritte nach einer Fusion tatsächlich erfolgten. Die Ergebnisse zeigen unterschiedliche Erfolge bei der Vorhersage von Eintritten und Expansionen. Außerdem hat die CMA analysiert, welche Faktoren Eintritte und Expansionen beeinflussen könnten und ob ihre Bewertung konsistent war.⁵⁶⁹ Die CC in Neuseeland bewertet in ihren Ex-post-Evaluationen ebenfalls wesentliche Faktoren ihrer Entscheidungen und prüft, ob die Vorhersagen der Wettbewerbsbehörde eingetroffen sind. So zeigten sie beispielsweise, dass Marktteilnehmer in der Prüfungsphase häufig die Wahrscheinlichkeit und das Ausmaß potenzieller Eintritte und Expansionen überschätzen.⁵⁷⁰

377. Überprüfung von Marktabgrenzungen: Als weiteres Element des Prüfverfahrens können Marktabgrenzungen auf ihre Korrektheit überprüft werden. Sowohl die räumliche als auch die sachliche Marktabgrenzung sind für die Prognose der Auswirkungen von Zusammenschlüssen von grundlegender Bedeutung. Bei Krankenhausfusionen in den USA war eine von den Ökonomen Kenneth G. Elzinga und Thomas F. Hogarty entwickelte Methode in der Vergangenheit gängig, um räumliche Märkte für Krankenhäuser zu bestimmen.⁵⁷¹ Diese Methode basiert auf der Annahme, dass ein großer Abfluss oder Zufluss von Patientinnen und Patienten zwischen Regionen auf einen engen Wettbewerb zwischen Krankenhäusern in diesen Regionen hinweist. Wenn fusionierende Krankenhäuser in einer Region, in welcher viele Patientinnen und Patienten auch Krankenhäuser benachbarter Regionen nutzten, versuchten, nach einer Fusion die Preise zu erhöhen, ging man davon aus, dass sie viele Patientinnen und Patienten an konkurrierende Krankenhäuser außerhalb der Region verlieren würden. Dies würde eine Preiserhöhung nach der Fusion unrentabel machen. Bei horizontalen Fusionen konkurrierender Krankenhäuser in ländlichen Gebieten führte die Methode oft zu großen räumlichen Märkten, weil vor der Fusion viele Patientinnen und Patienten, die in einer ländlichen Region lebten, in entfernte städtische Krankenhäuser reisten. Allerdings reisten die meisten von ihnen zu dem entfernten Krankenhaus, weil dies andere Dienstleistungen anbot. Daher bedeutete ein großer Abfluss von Patientinnen und Patienten nicht, dass ländliche und städtische Krankenhäuser Substitute füreinander waren; im Gegenteil, Patientinnen und Patienten reisten weite Strecken zu städtischen Krankenhäusern, weil lokale Dienstleistungen keine engen Substitutionen für städtische waren. Die FTC führte eine Reihe von Ex-post-Analysen nach Krankenhausfusionen durch, um

⁵⁶⁸ OECD, Reference guide on ex-post evaluation of competition agencies' enforcement decisions, a. a. O., vgl. Fn. 479, S. 8.

⁵⁶⁹ KPMG LLP, Entry and expansion in UK merger cases, 2017, <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a82b3b440f0b6230269c40a/entry-and-expansion-in-uk-ex-post-evaluation-kpmg.pdf>, Abruf am 28. Mai 2024.

⁵⁷⁰ Commerce Commission New Zealand, Ex-post merger review report, 2024, https://comcom.govt.nz/__data/assets/pdf_file/0022/344830/Ex-post-merger-review-report-29-February-2024.pdf, Abruf am 28. Mai 2024.

⁵⁷¹ Elzinga, K.G./Hogarty, T.F., The Problem of Geographic Market Delineation in Antimerger Suits, Antitrust Bulletin, 18, 1973, S. 54-81.

die Auswirkungen auf die Märkte zu untersuchen.⁵⁷² Die Studien zeigten, dass Fusionen in Regionen mit hohen Abflüssen von Patientinnen und Patienten zu starken Preiserhöhungen nach der Fusion führten. Diese Ergebnisse wiesen darauf hin, dass die zentrale Annahme der verwendeten Methode zur räumlichen Marktabgrenzung bei Krankenhausfusionen falsch war. Folgerichtig nutzt die FTC diese Methode nicht mehr im Rahmen der Fusionskontrolle bei Krankenhäusern.

378. Überprüfung der Anwendbarkeit von Fusionssimulationen: Fusionssimulationen werden vereinzelt im Prüfverfahren genutzt, um die Auswirkungen eines Zusammenschlusses zu schätzen. Sie geben Antworten auf die zentralen Fragen der Wettbewerbsbehörden: Wie würde sich eine Fusion zweier Unternehmen auf die Preise und den Absatz der betroffenen Produkte auswirken? Die Genauigkeit der Vorhersagen über die Auswirkungen der Fusion auf Marktpreise und Absatz hängt jedoch von wesentlichen Annahmen ab. Sind diese nicht korrekt, können Fusionssimulationen ungenaue Prognosen liefern.⁵⁷³ Eine Reihe von Studien hat getestet, ob Fusionssimulationen in der Prüfungsphase die tatsächlichen Auswirkungen von Fusionen präzise vorhersagen können. Dabei wurde gezeigt, dass die Vorhersagen teilweise ungenau sind⁵⁷⁴ und Abweichungen in beide Richtungen⁵⁷⁵ haben können. Aufgrund der festgestellten Diskrepanz zwischen den Ergebnissen der Fusionssimulationen und den tatsächlichen Effekten ist es ratsam, Simulationen in der Prüfungsphase nur bedacht zu verwenden und zu interpretieren.

379. Zuverlässigkeit von Prüfmethoden: In einer anderen Studie wird die Zuverlässigkeit verschiedener Ex-ante-Prüfmethoden bei Krankenhausfusionen analysiert. Für zahlreiche Krankenhausfusionen ermittelten Expertinnen und Experten Preisvorhersagen nach der jeweiligen Fusion mit verschiedenen Methoden und Daten vor den Fusionen. Anschließend verglichen sie diese Vorhersagen mit den tatsächlichen Preisveränderungen nach den Fusionen. Die Ergebnisse zeigen, dass Methoden, die aus Krankenhaus-Wettbewerbsmodellen abgeleitet sind, präziser sind als traditionelle Methoden, um Preisveränderungen vorherzusagen.⁵⁷⁶

⁵⁷² Haas-Wilson, D./Garmon, C., Hospital Mergers and Competitive Effects: Two Retrospective Analyses, *International Journal of the Economics of Business*, 18, 2011, S. 17-32; Tenn, S., The Price Effects of Hospital Mergers: A Case Study of the Sutter-Summit Transaction, *International Journal of the Economics of Business*, 18, 2011, S. 65-82; Elzinga, K.G./Swisher, A.W., The Limits of the Elzinga-Hogarty Test in Hospital Mergers: The Evanston Case, *International Journal of the Economics of Business*, 18, 2011, S. 133-146.

⁵⁷³ Hosken, D.S./Miller, N./Weinberg, M., Ex Post Merger Evaluation: How Does it Help Ex Ante, a. a. O., vgl. Fn. 488.

⁵⁷⁴ Peters, C., Evaluating the Performance of Merger Simulation: Evidence from the U.S. Airline Industry, *Journal of Law & Economics*, 49, 2006, S. 627-649.

⁵⁷⁵ Weinberg, M.C., More Evidence on the Performance of Merger Simulations, *American Economic Review: Paper & Proceedings*, 101, 2011, S. 51-55; Weinberg, M.C./Hosken, D., Evidence on the Accuracy of Merger Simulations, *The Review of Economics and Statistics*, 95, 2013, S. 1584-1600; Björnerstedt, J./Verboven, F., Does Merger Simulation Work? Evidence from the Swedish Analgesics Market, *American Economic Journal: Applied Economics*, 8, 2016, S. 125-164.

⁵⁷⁶ Garmon, C., The accuracy of hospital merger screening methods, *RAND Journal of Economics*, 48, 2017, S. 1068-1102.

380. Approximation von Fusionseffekten durch andere Wettbewerbsänderungen: In einer anderen Studie wurde analysiert, ob Veränderungen der Wettbewerbsintensität als Indikatoren für die Auswirkungen von horizontalen Fusionen im Lebensmitteleinzelhandel dienen können. Die Analyse beginnt mit der Schätzung, wie sich die Marktpreise nach Markteintritten und -austritten verändern. Anschließend werden diese geschätzten Preiseffekte mit den Effekten horizontaler Fusionen verglichen. Die Ergebnisse deuten indirekt darauf hin, dass Studien zu Markteintritten helfen können, die Auswirkungen von Fusionen im Lebensmitteleinzelhandel besser vorherzusagen.⁵⁷⁷

3.2.4 Mögliche Umsetzung in Deutschland

381. In Deutschland sollten, ähnlich wie in vielen anderen Ländern, regelmäßig die Auswirkungen freigegebener Fusionen evaluiert werden, um zu überprüfen, ob möglicherweise wettbewerbsbeeinträchtigende Fusionen genehmigt werden. Wenn Fusionen mit Nebenbestimmungen freigegeben wurden, deutet dies darauf hin, dass das Bundeskartellamt bereits während des Prüfprozesses Bedenken hatte. Dies ist ein erster Hinweis darauf, ob eine Fusion möglicherweise wettbewerbschädlich sein könnte. Da nicht jede Fusion evaluiert werden kann, bietet es sich an, große Fusionen zu untersuchen, die entweder viele Verbraucherinnen und Verbraucher betreffen oder in der Öffentlichkeit stark diskutiert wurden. Auch wenn die Ergebnisse der einzelnen Fusionen unterschiedlich ausfallen können, geben die Einzelfallevaluationen einen ersten Einblick von der Stringenz der Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes. Freigegebene Zusammenschlüsse sind jedoch nicht nur hinsichtlich der eigentlichen Freigabe-Entscheidung zu bewerten, sondern – soweit sie mit Nebenbestimmungen verbunden wurden – auch im Hinblick auf die Ausgestaltung und Umsetzung der Nebenbestimmungen.

382. Die Strategie, Instrumente auf deren Zuverlässigkeit zu prüfen, hat zahlreiche Vorteile zeigen können. Dadurch kann eine Wettbewerbsbehörde lernen, welche Kriterien sie in verschiedenen Fällen anwenden kann, was die zukünftige Entscheidungspraxis verbessert. Bei Zusammenschlüssen in Deutschland könnte es erfolgsversprechend sein, die vorgenommenen Marktabgrenzungen zu evaluieren. Marktabgrenzungen, seien sie räumlich oder sachlich, haben einen erheblichen Einfluss auf die Marktanteile der fusionierenden Unternehmen sowie deren Wettbewerber. Die Marktabgrenzung ist daher von entscheidender Bedeutung für die Beurteilung der Wettbewerbsentwicklung nach dem Zusammenschluss. Die Erkenntnisse aus solchen Studien tragen dazu bei, die Marktabgrenzung in zukünftigen Fusionskontrollentscheidungen noch fundierter vorzunehmen. Neben der Marktabgrenzung nutzt das Bundeskartellamt regelmäßig weitere Instrumente. Es empfiehlt sich, diese Instrumente auf ihre Verlässlichkeit hin zu evaluieren.

⁵⁷⁷ Hosken, D.S./Olson, L.M./Smith, L.K., Can entry or exit event studies inform horizontal merger analysis? Evidence from grocery retailing, *Economic Inquiry*, 54, 2016, S. 342-360.

3.3 Ex-post-Evaluation der Verfahrenspraxis der Fusionskontrolle

3.3.1 Grundlegendes

383. Bei der Ex-post-Evaluation der Verfahrenspraxis wird analysiert, welche Faktoren die Entscheidungspraxis der Wettbewerbsbehörden beeinflussen. Bei diesen Analysen werden Variablen identifiziert, welche die Interventionswahrscheinlichkeit einer Behörde erklären. Eine Intervention kann die Untersagung einer Fusion, die Zurücknahme einer Fusionsanmeldung und/oder die Fusionsfreigabe mit oder ohne Nebenbestimmungen sein. Dabei können markt-relevante Variablen oder – je nach Ausgestaltung des jeweiligen Kartellrechts - politische Variablen eine Rolle für die Entscheidung spielen. Zudem wird untersucht, wie sich die Entscheidungspraxis nach einer politischen Veränderung, durch Entwicklungen in den Märkten (z. B. steigende Bedeutung des Technologiesektors), in Krisenzeiten oder generell über die Zeit verändert. Dies hilft zu verstehen, ob Reformen ihre Ziele erfüllen und welche Faktoren für die Fusionskontrolle zunehmend an Bedeutung gewinnen. Die Ex-post-Evaluation der Verfahrenspraxis sollte daher ergänzend zur Ex-post-Evaluation freigegebener Fusionen durchgeführt werden.

384. Die Ex-post-Evaluation der Verfahrenspraxis erfordert umfangreiche Informationen zu den Fusionskontrollentscheidungen einer Wettbewerbsbehörde. In der Regel basieren diese Studien auf einer großen Stichprobe⁵⁷⁸ oder der Gesamtheit aller Fusionskontrollentscheidungen einer Behörde.⁵⁷⁹ Zur Analyse der Entscheidungspraxis benötigt man die Fusionskontrollentscheidung und Informationen über die Variablen, die diese beeinflussen bzw. erklären können. Typischerweise handelt es sich dabei um fusions- oder marktspezifische Variablen wie die Marktkonzentration oder die angewandte Schadenstheorie. Auch weitere Variablen wie das Herkunftsland der Unternehmen können einbezogen werden. Die Daten müssen mindestens auf Fusionsebene vorhanden sein. Nützlich sind zusätzliche Informationen, wie der relevante Produktmarkt und der geografische Markt. Dadurch können die Faktoren, die wettbewerbliche Bedenken in einzelnen Teilmärkten auslösen, präziser erfasst und Veränderungen im Zeitverlauf besser nachvollzogen werden.⁵⁸⁰ Im Gegensatz zur Ex-post-Evaluation von freigegebenen Zusammenschlüssen sind keine zusätzlichen Marktdaten erforderlich, ebenso wenig wie Informationen, die erst nach der Entscheidung der Wettbewerbsbehörde erhoben werden können.

385. Zur Schätzung der Interventionswahrscheinlichkeit werden lineare Wahrscheinlichkeitsmodelle, Logit- oder Probitmodelle verwendet. Die Intervention der Wettbewerbsbehörde bildet die abhängige Variable im Regressionsmodell. Erklärende Variablen dienen dazu, die Faktoren zu identifizieren, welche die Wahrscheinlichkeit einer Intervention beeinflussen. Das lineare Wahrscheinlichkeitsmodell schätzt die Wahrscheinlichkeit der Intervention als lineare Funktion dieser Variablen. Logit- und Probitmodelle verwenden nichtlineare Funktionen, um realistischere Wahrscheinlichkeiten zu berechnen. Alle drei Modelle helfen, die Bedeutung und

⁵⁷⁸ Szücs, F., Investigating transatlantic merger policy convergence, *International Journal of Industrial Organization* 30, 2012, S. 654-662.

⁵⁷⁹ Affeldt, P./Duso, T./Szücs, F., Twenty-five Years European Merger Control: The Determinants of the Commission's Decisions, *International Journal of Industrial Organization*, 76, 2021, 102720.

⁵⁸⁰ Ebenda, vgl. Fn. 579.

den Einfluss der verschiedenen erklärenden Variablen auf die Entscheidungsprozesse der Wettbewerbsbehörden zu verstehen. Um beispielsweise den Effekt einer Reform zu analysieren, kann man das Regressionsmodell mit Daten vor und nach der Reform schätzen und analysieren, inwiefern sich die Ergebnisse unterscheiden. Neuere Studien nutzen zudem Techniken des maschinellen Lernens zur Analyse der Verfahrenspraxis.⁵⁸¹

3.3.2 Erkenntnisse aus durchgeführten Ex-post-Evaluationen

386. Einige Studien untersuchen die Entscheidungspraktiken der Europäischen Kommission basierend auf einer Stichprobe von Fusionskontrollentscheidungen. Eine der ersten Studien analysiert 96 angemeldete Zusammenschlüsse bis zum Jahr 2002. Sie zeigt, dass die Wahrscheinlichkeit einer Phase-2-Untersuchung und eines Fusionsverbots mit den Marktanteilen, hohen Markteintrittsbarrieren und erleichterter Kartellbildung nach der Fusion steigt. Politische Variablen wie die Person des Wettbewerbskommissars haben keinen signifikanten Einfluss auf die Entscheidung.⁵⁸² Eine andere Studie zeigt, dass Fusionen, die auf unilaterale Effekte überprüft werden, eher angefochten werden als solche, die auf koordinierte Effekte überprüft werden.⁵⁸³ Nach der Reform der Fusionskontrolle in 2004 sinkt die Wahrscheinlichkeit von Interventionen, was laut der Studie darauf hindeutet, dass die neue Politik weniger aggressiv ist. Marktanteile und Markteintrittsbarrieren beeinflussen die Entscheidungen der Europäischen Kommission auch nach der Reform, jedoch spielen Marktanteile eine geringere Rolle.⁵⁸⁴ Neben dem Einfluss der Reform auf die Entscheidungspraxis wurde auch untersucht, wie sich die Praxis der Europäischen Kommission und der FTC unterscheiden und ob die Reform von 2004 diese Unterschiede beeinflusste.⁵⁸⁵

387. Neuere Studien basieren auf der Gesamtheit aller Fusionskontrollentscheidungen der Europäischen Kommission seit 1990. Eine dieser Studien zeigt, dass das Herkunftsland der Unternehmen die Wahrscheinlichkeit einer Intervention nicht beeinflusst. Die Interventionswahrscheinlichkeit ist höher bei Fusionen mit wertvollen Unternehmen, größerer Marktkonzentration, feindlichen Übernahmen und horizontalen Fusionen. Bei Fusionen mit Finanzinvestoren, in großen Märkten und bei Aktienübernahmen wird seltener interveniert.⁵⁸⁶ Weitere Untersuchungen erweitern die Analyse auf Produkt- und räumliche Märkte. Mit Techniken des maschi-

⁵⁸¹ Ebenda, vgl. Fn. 579; Affeldt, P, EU merger policy predictability using random forests, <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/195910/1/1663498040.pdf>, Abruf am 24. Mai 2024.

⁵⁸² Bergman, M. A./Jakobsson, M./Razo, C., An econometric analysis of the European Commission's merger decisions, *International Journal of Industrial Organization*, 23, 2005, S. 717–737.

⁵⁸³ Mai, A.T.V., Is EU Merger Policy Less Stringent After Its 2004 Reform?, <https://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:900189/FULLTEXT01.pdf>, Abruf am 24. Mai 2024.

⁵⁸⁴ Ebenda, vgl. Fn. 583.

⁵⁸⁵ Bergman, M.A. u.a., Comparing Merger Policies in the European Union and the United States, *Review of Industrial Organization*, 36, 2010, S. 305–331; Bergman, M.A. u.a., Does Merger Policy Converge after the 2004 European Union Reforms?, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2844402, Abruf am 24. Mai 2024; Szücs, F., Investigating transatlantic merger policy convergence, a. a. O., vgl. Fn. 578.

⁵⁸⁶ Bradford, A./R.J. Jackson Jr./Zytnick, J., Is EU Merger Control Used for Protectionism? An Empirical Analysis, https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2093/, Abruf am 24. Mai 2024.

nellen Lernens zeigt eine Studie, dass die Bedeutung von Marktanteilen und Konzentrationsmaßen abgenommen hat, während Markteintrittsbarrieren und das Risiko der Marktabstottung seit der Reform 2004 wichtiger geworden sind.⁵⁸⁷ Eine ähnliche Studie findet vergleichbare Dynamiken in der Entscheidungspraxis.⁵⁸⁸ Eine andere Analyse untersucht die Determinanten von blockierten Fusionskontrollentscheidungen und zurückgezogenen Fusionsvorhaben. Sie zeigt einen Rückgang von Verboten und Rücknahmen seit 2002. Gerichtliche Niederlagen der Europäischen Kommission werden als entscheidende Faktoren genannt. In den Bereichen Information und Kommunikation sowie Transport und Lagerung gibt es eine höhere Wahrscheinlichkeit für Rücknahmen oder Verbote. Netzwerk-Effekte, hohe Marktanteile und das Risiko von Absprachen sind Hauptgründe für Verbotsentscheidungen im Informations- und Kommunikationssektor.⁵⁸⁹ Eine weitere Studie verwendet Textanalysetechniken, um Fusionsentscheidungsdokumente zu analysieren. Sie findet eine zunehmende Nennung von Begriffen mit Bezug zum "More Economic Approach". Das Konzept der Dominanz hat seit 2004 abgenommen, was auf einen Rückgang struktureller Marktparameter bei Fusionsprüfungen hinweist. Die Dauer der Fusionsprüfung hat nach der Reform deutlich zugenommen, während die Wahrscheinlichkeit eines Verbots unverändert blieb.⁵⁹⁰

3.4 Verfahrensdatenbank

3.4.1 Mögliche Ausgestaltung einer Verfahrensdatenbank

388. Voraussetzung für die Durchführung der oben dargestellten Studien ist eine umfangreiche Informationsbasis. Diese sollte als strukturierte Sammlung von systematisch gespeicherten Informationen zu allen angemeldeten Fusionskontrollverfahren dienen. Die Analyse- und Nutzungsmöglichkeiten einer solchen Datenbank hängen primär von der Qualität und Quantität der erfassten Informationen ab. Je umfangreicher und detaillierter die gesammelten Informationen sind, desto mehr Analysemöglichkeiten ergeben sich für die Evaluation der Verfahrenspraxis. Die Daten können zudem als Informationsquelle für die Ex-post-Evaluation von freigegebenen Fusionskontrollverfahren dienen, für die in der Regel weniger fusionsspezifische Informationen benötigt werden. Perspektivisch eröffnet eine umfassende Datenbasis Analysemöglichkeiten für die Anwendung von Techniken des maschinellen Lernens. Eine umfassende Datenbasis bietet darüber hinaus weitere praktische Vorteile für eine Wettbewerbsbehörde. Diese Vorteile hängen eng mit dem Umfang, dem Zeitraum und dem Detaillierungsgrad der gesammelten Informationen zusammen.

⁵⁸⁷ Affeldt, P./Duso, T./Szücs, F., Twenty-five Years European Merger Control: The Determinants of the Commission's Decisions, a. a. O., vgl. Fn. 579.

⁵⁸⁸ Affeldt, P., EU merger policy predictability using random forests, a. a. O., vgl. Fn. 581.

⁵⁸⁹ Bernhard, L., Withdrawn and Prohibited Merger Cases in the EU, *Journal of European Competition Law & Practice*, 13, 2022, S. 296–303.

⁵⁹⁰ Bernhard, L./Dewenter, R., The impact of the more economic approach on EU merger decisions, <https://www.econbiz.de/Record/the-impact-of-the-more-economic-approach-on-eu-merger-decisions-bernhardt-lea/10013380857>, Abruf am 24.05.2024.

389. Die gesammelten Informationen zu Fusionskontrollverfahren sollten drei Kriterien erfüllen, um den größtmöglichen Nutzen für die Wettbewerbsbehörde zu bieten:

- Sie bieten Möglichkeiten zur (Ex-post-) Analyse relevanter Fragestellungen, einschließlich der Bewertung der Verfahrenspraxis und der Evaluation einzelner oder mehrerer freigegebener Fusionen.
- Sie dienen als Informationsquelle für zukünftige Fallbearbeitungen, und sie sind geeignet für den Informationsaustausch zwischen und innerhalb der Beschlussabteilungen.
- Sie sind vergleichbar mit den Informationen, die von anderen Wettbewerbsbehörden gesammelt werden, um die behördliche Zusammenarbeit zu erleichtern.

390. Um die drei genannten Kriterien zu erfüllen, müssen verschiedene Informationen zu den Fusionskontrollverfahren gesammelt werden. Die folgenden Vorschläge orientieren sich an der Konzeption der Datenbank der Europäischen Kommission, die derzeit ebenfalls eine umfangreiche Verfahrensdatenbank aufbaut. Dies unterstreicht die Bedeutung solcher Daten in der Fusionskontrolle. Der genaue Umfang und Detailgrad bedarf weiterer Klärung. Eine erste Übersicht der zu sammelnden Informationen umfasst:

- **Basisinformationen:** Datum der Anmeldung, Verlängerungsfristen, Käufer/Verkäufer, Datum der Entscheidung, Entscheidungsart etc.
- **Juristische Informationen:** Art des Zusammenschlusses, Definition des sachlichen und räumlichen Marktes etc.
- **Schadenstheorien:** unilateral, vertikal etc.
- **Wettbewerbsbewertung:** Marktanteile der betroffenen Unternehmen, Marktkonzentration etc.
- **Testmethoden:** Marktumfragen, Lieferstromanalysen etc.
- **Nebenbestimmungen:** ggf. Informationen zu Nebenbestimmungen.

391. Eine umfassende und vollständige Datenerfassung kann durch Zusammenarbeit zwischen der Monopolkommission und dem Bundeskartellamt etabliert werden. Dazu könnte ein Fragebogen entwickelt werden, den die zuständige Person im Bundeskartellamt nach Abschluss einer Fusionskontrollprüfung automatisch per E-Mail erhält. Die eingetragenen Daten sollten kontinuierlich von einem zuständigen Team auf Vollständigkeit und Plausibilität überprüft werden. Der anfängliche Aufbau des Datensatzes ist zeitintensiv, und der Aufwand für die Informationssammlung variiert je nach Fall. Im Rahmen eines Fallabschlusses ist dieser Aufwand jedoch überschaubar. Eine rückwirkende Datenerhebung könnte deutlich aufwendiger und schwieriger umzusetzen sein, weshalb die Daten eher zukünftig gesammelt werden sollten. Daher sind erste Erkenntnisse aus dem Datensatz erst in einigen Jahren zu erwarten.

3.4.2 Anwendungsfelder einer Verfahrensdatenbank beim Bundeskartellamt

392. Eine Verfahrensdatenbank ermöglicht die Ex-post-Evaluation der Verfahrenspraxis, für welche umfangreiche Informationen zu den Fusionskontrollentscheidungen benötigt werden. Sie dient gleichzeitig als Informationsbasis für die Ex-post-Evaluation von freigegebenen Fusionskontrollentscheidungen. Darüber hinaus bietet sie weitere Anwendungsfelder, welche in strategische und operative Anwendungsfelder gegliedert werden können.

3.4.2.1 Mögliche Anwendungsfelder auf strategischer Ebene

393. Identifikation von wettbewerblichen Trends: Durch die Analyse der Informationen zu angemeldeten Zusammenschlüssen können potenzielle Wettbewerbstrends frühzeitig identifiziert werden. Dies ermöglicht es dem Bundeskartellamt, mögliche Auswirkungen dieser Trends frühzeitig zu analysieren. Die folgenden zwei Beispiele zeigen bundes-, unionsweite und/oder globale wettbewerbliche Trends der vergangenen Jahre inklusive Analysemöglichkeiten:

- **Plattformökonomie und digitale Märkte**⁵⁹¹: Die Entwicklung von Plattformunternehmen in Bereichen wie Online-Marktplätze und soziale Medien hat die Wettbewerbslandschaft verändert. Zusammenschlüsse in diesen Bereichen können den Wettbewerb erheblich beeinflussen, indem sie den Zugang zu Märkten und Daten kontrollieren.
 - Haben vergangene Zusammenschlüsse im Bereich der Online-Marktplätze dazu geführt, dass zukünftige Markteintritte erschwert wurden?
- **Nachhaltigkeit und Umweltbewusstsein**: Verbraucherinnen und Verbraucher sowie Unternehmen legen zunehmend Wert auf Nachhaltigkeit und Umweltfreundlichkeit. Dies hat zu einem verstärkten Wettbewerb um umweltfreundliche Produkte und Dienstleistungen geführt. Folgerichtig können zukünftig Aspekte der Nachhaltigkeit bei der Entscheidung eines Unternehmens für eine Fusion verstärkt von Bedeutung sein.
 - Gibt es verstärkt Zusammenschlüsse mit Beteiligung von Unternehmen, welche umweltfreundliche Produkten oder Dienstleistungen anbieten?

394. Identifikation von Vorschlägen für Gesetzesänderungen: Durch eine systematische Analyse der Verfahrenspraxis können Empfehlungen für Gesetzesänderungen abgeleitet werden. Dabei können beispielsweise die Anforderungen berücksichtigt werden, die an das Bundeskartellamt gestellt werden. Dies könnte die Fristen von Fusionskontrollverfahren betreffen, welche während der Hauptprüfverfahren regelmäßig verlängert werden. Die im Jahr 2018 abgeschlossenen Hauptprüfverfahren wurden beispielsweise im Durchschnitt nach 161 Tagen beendet (d. h. nach 5,75 Monaten). Eine mehrfache Verlängerung der Fristen um jeweils kurze Zeiträume kann die effiziente Einteilung und Nutzung von Zeit, Ressourcen und Prüfungsstrategien verhindern. So werden komplexe Prüfverfahren möglicherweise aufgrund von Zeitmangel zu Beginn eines Fusionskontrollverfahrens ausgeschlossen, obwohl retrospektiv ausreichend Zeit zur Verfügung stand. Dies erschwert die angemessene Planung einzelner Verfahrensanalysen. Mithilfe geeigneter Informationen könnten die aktuellen Regelungen zu Fristen und deren Verlängerungen evaluiert und gegebenenfalls Anpassungen empfohlen werden.

395. Zusammenarbeit mit anderen (Wettbewerbs-) Behörden: Eine Datenbank kann die Zusammenarbeit mit anderen nationalen und internationalen (Wettbewerbs-) Behörden erleichtern. Die Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission führt bereits eine Datenbank über die angemeldeten Fusionskontrollverfahren. Relevante Informationen können, sofern zulässig, effizient und unkompliziert zwischen den Behörden ausgetauscht werden. Zu-

⁵⁹¹ Competition and Markets Authority, Assessment of merger control decisions in digital markets, 2019, <https://www.gov.uk/government/publications/assessment-of-merger-control-decisions-in-digital-markets>, Abruf am 29. Mai, 2024.

sätzlich würde eine ähnliche Erfassung der Daten in weiteren Ländern ermöglichen, wettbewerbliche Trends und Fallbearbeitungstrends in den verschiedenen Ländern zu vergleichen, woraus sich Handlungsempfehlungen ableiten lassen könnten.

396. Ressourcenplanung: Durch eine Analyse der Verfahrensprozesse kann das Bundeskartellamt Einblicke in die interne Auslastung gewinnen, die Ressourcenplanung optimieren und datenbasierte Argumente für die Beantragung neuer Stellen liefern. Basierend auf vergangenen Informationen kann beispielsweise der zukünftige Einsatz personeller Ressourcen datenbasiert geplant und Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter können noch effizienter eingesetzt werden.

397. Schulungsangebot: Durch die Ableitung wettbewerblicher Trends und Fallbearbeitungstrends kann das Bundeskartellamt Schwerpunkte interner Schulungen gezielt an die zeitgemäßen Herausforderungen anpassen. Die Identifikation dieser Trends hilft ebenfalls, die erforderlichen Qualifikationen zukünftiger Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter einzuschätzen.

3.4.2.2 Mögliche Anwendungsfelder auf operativer Ebene

398. Fallbearbeitung: Durch den Zugriff auf eine Datenbank können Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter effizient und unkompliziert auf Informationen zu früheren Fällen zugreifen. Dadurch investieren sie weniger Zeit in die Suche nach benötigten Informationen in Fallakten. Darüber hinaus ist es möglich, artverwandte Fälle effizient zu finden. Dies kann helfen, Lösungsansätze zu identifizieren (z. B. bei den verschiedenen Marktabgrenzungen oder angewandten Schadenstheorien), Probleme schneller zu erkennen und zu lösen und dadurch die Arbeitsbelastung der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter zu verringern. Insbesondere bei komplexen Fällen kann dies eine wertvolle Unterstützung und Ergänzung zum bestehenden Verfahren bieten.

399. Anfragen zu abgeschlossenen Fällen: Mit Zugriff auf eine Datenbank können Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter effizient und unkompliziert auf Informationen zu früheren Fällen zugreifen. Dadurch können sie eigenständig nach Fällen suchen, wodurch Anfragen zwischen den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, aber auch zwischen den Beschlussabteilungen reduziert werden. Trotzdem aufkommende interne (oder externe) Informationsanfragen können mit geringem Arbeitsaufwand schnell beantwortet werden.

400. Wissensmanagement: Eine Datenbank ermöglicht es den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, ihr Wissen über durchgeführte Fusionskontrollverfahren effektiv zu erfassen, zu verwalten und zu teilen. Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Bundeskartellamt verfügen über hohe Expertise in Bezug auf die von ihnen bearbeiteten Fälle, was die effiziente Bearbeitung zukünftiger Fälle erleichtert. Dieses kumulierte Wissen kann durch eine strukturierte Erfassung gezielt an andere Personen in verschiedenen Beschlussabteilungen weitergegeben werden. Dadurch profitieren alle von den bestehenden Erfahrungen. Neue Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter können effizient eingearbeitet werden, indem unkompliziert auf das Wissen erfahrener Kolleginnen und Kollegen zurückgegriffen werden kann. Sie können vorhandene Ressourcen und Informationen nutzen, um sich mit den Arbeitsabläufen vertraut zu machen und ihre Lernkurve zu verkürzen. Dadurch können sie schnell produktiv zum Team beitragen. Des Weiteren geht kein Wissen verloren, wenn Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter die Abteilung wechseln oder das Bundeskartellamt verlassen.

3.5 Wer Ex-post-Evaluationen der Fusionskontrolle durchführen sollte

401. Ex-post-Evaluationen werden von der Wissenschaft und Wettbewerbsbehörden veröffentlicht. In den USA waren bei über 80 % der Ex-post-Evaluationen Mitarbeiterinnen oder Mitarbeiter der FTC, des DOJ oder des Government Accountability Office an der Erstellung beteiligt. Im Vergleich dazu waren in der EU nur bei etwa einem Drittel der durchgeführten Studien Mitarbeiterinnen oder Mitarbeitern der Wettbewerbsbehörden beteiligt.⁵⁹² Die Anzahl von Ex-post-Evaluationen, welche von Wettbewerbsbehörden oder von ihnen beauftragten Expertinnen und Experten durchgeführt werden, nimmt jedoch stetig zu. So gibt es mittlerweile Ex-post-Evaluationen von den Wettbewerbsbehörden in den Niederlanden⁵⁹³, Norwegen⁵⁹⁴ oder Großbritannien⁵⁹⁵, wobei es sich dabei nicht um eine abschließende Liste handelt. Neben nationalen Wettbewerbsbehörden gibt es weitere Autoren von Ex-post-Evaluationen, wie beispielsweise das Gremium europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation.⁵⁹⁶ Vom Bundeskartellamt bzw. dessen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern sind keine Ex-post-Studien für Deutschland bekannt. In der Vergangenheit gab das Bundeskartellamt fehlende personelle Ressourcen als Grund für den Verzicht auf (quantitative) Ex-post Evaluationen an.⁵⁹⁷

402. Die Autorenschaft von Ex-post-Evaluationen beeinflusst maßgeblich deren Qualität, Glaubwürdigkeit und Objektivität. Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter einer Wettbewerbsbehörde haben Zugang zu vertraulichen Informationen und können spezifisches Hintergrundwissen, insbesondere über das Fusionskontrollprüfverfahren liefern, das externen Personen möglicherweise fehlt. Die interne Durchführung der Evaluation bietet auch eine Gelegenheit zur Weiterentwicklung und Kapazitätsbildung für die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Behörde. Es besteht jedoch die Gefahr, dass interne Teams zögern, die Institution oder Kolleginnen und Kollegen zu kritisieren.⁵⁹⁸ Externe Evaluationsteams können dagegen eine objektivere Perspektive einbringen. Aus diesem Grund werden Evaluationen bei der Europäischen Kommission in der Regel ausgelagert.⁵⁹⁹ Externe Personen oder Institutionen verfügen oft über fortgeschrittene methodische Kenntnisse und Erfahrung mit Evaluationsprojekten. Die Auswahl eines externen Teams könnte zudem eine bessere Kontrolle über den Zeitplan und die Verfügbarkeit

⁵⁹² EU-Kommission, A review of merger decisions in the EU: What can we learn from ex-post evaluations?, a. a. O., vgl. Fn 478.

⁵⁹³ LEAR, Mergers in the Dutch grocery sector: an ex-post evaluation, a. a. O., vgl. Fn 481.

⁵⁹⁴ Maier, N. u.a., Ex-post analysis of the Taliasonera-Chess 2005 merger, https://copenhageneconomics.com/wp-content/uploads/2021/12/copenhagen-economics_ex-post-evaluation-of-the-teliasonera-chess-mobile-telecom-merger.pdf, Abruf am 24.05.2024.

⁵⁹⁵ E.CA Economics, Ex-post Evaluation of Vertical Mergers, 2022, <https://www.e-ca.com/wp-content/uploads/2023/04/ex-post-evaluation-of-vertical-mergers.pdf>, Abruf am 24.05.2024.

⁵⁹⁶ BEREC, BEREC Report on Post-Merger Market Developments – Price Effects of Mobile Mergers in Austria, Ireland and Germany, 2018, https://www.berec.europa.eu/sites/default/files/files/document_register_store/2018/6/BoR_%2818%29_119_BEREC_Report_Mergers_Acquisitions.pdf, Abruf am 24.05.2024.

⁵⁹⁷ Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 97, Tz. 345.

⁵⁹⁸ OECD, Reference guide on ex-post evaluation of competition agencies' enforcement decisions, a. a. O., vgl. Fn. 2.

⁵⁹⁹ Ebenda, vgl. Fn. 479.

von Fachwissen ermöglichen. Allerdings könnten externe Teams teurer sein und Schwierigkeiten haben, auf vertrauliche Informationen zuzugreifen. Zudem verfügen sie möglicherweise nicht über das gleiche Hintergrundwissen und spezifische Kenntnisse zum Fall, was die Qualität der Bewertung beeinträchtigen könnte.⁶⁰⁰

403. Bei Evaluationsprojekten in Deutschland empfiehlt die Monopolkommission die Bildung gemeinsamer Teams, bestehend aus Beschäftigten des Bundeskartellamtes sowie externen Expertinnen und Experten. Solch eine gemeinsame Autorenschaft gibt es beispielsweise bei Studien der CMA oder ACM. Wenn ein externes Team eingesetzt wird, sollte sichergestellt werden, dass mindestens eine Person aus dem Bundeskartellamt an der Evaluation beteiligt ist. Dies gewährleistet, dass die Fachkenntnisse des Bundeskartellamtes genutzt werden können und dass die gewonnenen Erkenntnisse in der Behörde verankert werden. Wenn hingegen ein internes Team für die Studie eingesetzt wird, sollte mindestens eine externe Beratungsperson hinzugezogen werden. Dies könnte beispielsweise eine Person aus der Wissenschaft sowie eine Mitarbeiterin oder ein Mitarbeiter der Monopolkommission sein. Die externe Person kann die methodische Qualität der Analyse überprüfen und bei Bedarf verbessern sowie die Objektivität der Studie sicherstellen. Abschließend könnte die externe Person eine unabhängige Einschätzung zur Studie abgeben, die gemeinsam mit der Studie veröffentlicht wird.⁶⁰¹

3.6 Fazit

404. Fusionskontrollentscheidungen sind Prognoseentscheidungen, die häufig komplex sind. Wettbewerbsbehörden nutzen fallabhängig verschiedene Instrumente, um die Auswirkungen von Zusammenschlussvorhaben einzuschätzen. Ex-post-Evaluationen helfen, die tatsächlichen Auswirkungen von Zusammenschlüssen zu verstehen, die Entscheidungspraxis zu bewerten, Nebenbestimmungen zu optimieren und Prüfinstrumente zu verbessern. Dementsprechend sind Ex-post-Evaluationen für Wettbewerbsbehörden nützlich. Sie können teilweise von den Kartellbehörden selbst durchgeführt oder beauftragt werden. Ebenso können bestimmte Evaluationsformen auch von Dritten, wie z. B. der Monopolkommission oder aus dem wissenschaftlichen Bereich erfolgen, wenn die benötigten Daten publiziert und Anreize zu deren Auswertung gesetzt werden. Eine geeignete Verfahrensdatenbank der Kartellbehörde ermöglicht verschiedene Analysen und bietet der Behörde zahlreiche Vorteile, sowohl auf strategischer als auch operativer Ebene, die den Aufwand überkompensieren. Das Bundeskartellamt sollte deshalb mit Unterstützung der Monopolkommission eine solche Datenbank zeitnah aufbauen und langfristig pflegen, um von diesen Vorteilen zu profitieren.

⁶⁰⁰ Ebenda, vgl. Fn. 479.

⁶⁰¹ Dieser Referee-Prozess wird bereits bei akademischen Veröffentlichungen verwendet. Der Referee-Prozess ist ein Qualitätssicherungsverfahren in wissenschaftlichen Zeitschriften, bei dem eingereichte Manuskripte von unabhängigen Fachexpertinnen und -experten, den sogenannten Referees oder Gutachtern, begutachtet werden. Diese Gutachter prüfen das Manuskript auf wissenschaftliche Korrektheit, Originalität, methodische Stärke und Relevanz für das jeweilige Fachgebiet. Basierend auf ihren Bewertungen entscheidet der Herausgeber der Zeitschrift über die Annahme, Ablehnung oder Überarbeitung des Manuskripts für eine mögliche Veröffentlichung. Dies wird bereits bei einzelnen Wettbewerbsbehörden (z. B. bei der Wettbewerbsbehörde Singapurs) so praktiziert. Die Europäische Kommission nutzt ebenfalls häufig externe Gutachter (und auch interne Gutachter aus dem Team des Chefökonom), auch bei Projekten, die von einem externen Team durchgeführt werden.

Kapitel III

Ein ökonomisches Prüfkonzept für digitale Ökosysteme

Kurz gefasst	218
1 Einleitung.....	220
2 Das Phänomen der digitalen Ökosysteme in den Wirtschaftswissenschaften	221
3 Digitale Ökosysteme und § 19a GWB.....	226
4 Ein ökonomisches Prüfkonzept.....	229
5 Zusammenfassung und Empfehlung	231

Kurz gefasst

K17. Digitale Ökosysteme zeichnen sich dadurch aus, dass Akteure/Dienste/Plattformen/Produkte in einem kompatiblen und komplementären Verhältnis zueinanderstehen. Die Akteure sind über die gemeinsame Nutzung bestimmter Standards und gegebenenfalls Datenbestände miteinander verknüpft und können ihr Mehrwertangebot produkte-, dienstleistungs-, märkte- oder sektorübergreifend anbieten. **Digitale Ökosysteme unterscheiden sich konzeptionell von regulären digitalen Plattformen und Netzwerken und sollten deshalb auch mithilfe spezifischer Kriterien identifiziert werden.** Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, wie eine ökonomische Analyse dazu aussehen sollte. **Anhand von drei Prüfschritten wird ein ökonomisches Prüfkonzept für die Identifikation digitaler Ökosysteme vorgeschlagen: 1) Systemische Faktoren untersuchen; 2) Ökosystem-Macht bestimmen und 3) Potenzial für Diskriminierungs- und Hebelpraktiken identifizieren.**

K18. Von digitalen Ökosystemen gehen besondere Gefährdungen für den Wettbewerb aus, die über diejenigen Gefährdungslagen bei einfachen digitalen Plattform- und Netzwerkdiensten weit hinausgehen. **Daher sollte aus Sicht der Monopolkommission § 19a GWB explizit auf digitale Ökosysteme ausgerichtet werden.** Damit die Kriterien des § 19a Abs. 1 GWB in einem erkennbaren Zusammenhang stehen und dem ökonomischen Konzept des digitalen Ökosystems entsprechen können, ist aus Sicht der Monopolkommission zu zeigen, wie ihr Verhältnis zueinander ist und wie sie in Bezug auf die Schaffung und Erweiterung wirtschaftlicher Macht (d. h. Ökosystem-Macht) gemeinsam wirken.

K19. Der Gesetzgeber sollte § 19a Abs. 1 GWB so fassen, dass eine umfassende Analyse der nicht-generischen Komplementaritäten erfolgt. Denn diese führen zu Regelsetzungsmacht für den Orchestrator eines zentralisierten Ökosystems, erzeugen Anreize für Hebelstrategien und Diskriminierungspraktiken, schaffen erhebliche Abhängigkeiten für dritte Unternehmen und machen den wesentlichen Unterschied zwischen dem Phänomen des digitalen Ökosystems und regulären digitalen Diensten, Netzwerken und Plattformen aus ökonomischer Sicht aus.

K20. Die Monopolkommission empfiehlt daher, § 19a (Abs. 1) GWB eindeutig auf den dem wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnisstand entsprechenden Analyserahmen auszurichten, um so in einer Gesamtbetrachtung digitale Ökosysteme und die daraus resultierenden besonderen Gefährdungslagen für den Wettbewerb angemessen identifizieren und adressieren zu können. **Die Monopolkommission schlägt vor, den Kriterienkatalog in § 19a Abs. 1 Satz 2 GWB entsprechend neu zu fassen: „Bei der Feststellung der überragenden marktübergreifenden Bedeutung eines Unternehmens für den Wettbewerb sind insbesondere zu berücksichtigen: 1. die nicht-generischen Komplementaritäten zwischen Akteuren, Daten, Diensten, Plattformen, Produkten des digitalen Ökosystems, 2. das Vorliegen autonomer Akteure mit gemeinsamem Mehrwertangebot für Verbraucher, 3. die Existenz einer modularen Organisationsstruktur mit einem zentralen Ökosystem-Betreiber.“** Durch die drei vorgeschlagenen Kriterien würde das Ökosystem-Konzept in § 19a Abs. 1 GWB verankert. Dies trägt zu einer Konkretisierung der Normadressatenstellung bei und ermöglicht eine präzisere ökonomische Erfassung digitaler Ökosysteme. **Die Monopolkommission ist der Ansicht, dass ein klares Konzept den Fokus auf die tatsächlichen Probleme ermöglicht und unabhängig von der gesetzgeberischen Umsetzung schon jetzt der Spielraum der Norm insbesondere**

auch bei der weiteren Anwendung der Norm einschließlich des § 19a Abs. 2 GWB darauf ausgerichtet werden sollte.

1 Einleitung

405. Die vergangenen Jahre haben eindrücklich gezeigt, wie Unternehmen in der Digitalwirtschaft neben einzelnen Plattformdiensten ganze Ökosysteme entwickelt haben, in denen jedes weitere Angebot an Diensten bzw. Produkten zusätzliche Komplementaritäten innerhalb des digitalen Ökosystems schafft, Lock-in-Effekte für die Nutzerinnen und Nutzer begünstigt und zugleich die Position des Ökosystem-Betreibers stärkt. Damit einhergehende strukturelle ökonomische Effekte, die Marktkonzentrationen begünstigen, bewirken erhebliche Wettbewerbsprobleme, die die Offenheit digitaler Märkte nachhaltig gefährden können.

406. Daher ist es entscheidend, dass Wettbewerbsbehörden diese digitalen Ökosysteme frühzeitig identifizieren können und ihre Funktionsweise verstehen – sowohl im Rahmen der Ex-ante- als auch der Ex-post-Erfassung. Interessanterweise hat das Ökosystem-Konzept jenseits der Frage nach einer spezifischen Schadenstheorie noch keinen Eingang in die wettbewerbsökonomische Literatur gefunden, obwohl es in der wirtschaftswissenschaftlichen Management-Literatur und der Wirtschaftsinformatik bereits etabliert ist. Bemerkenswert ist auch, dass weder das Gesetz über digitale Märkte (Digital Markets Act, DMA)⁶⁰² noch § 19a GWB explizit auf digitale Ökosysteme ausgerichtet sind, sondern im DMA auf einzelne digitale Plattformdienste und in § 19a GWB auf Unternehmen, die marktübergreifend tätig sind, abgestellt wird. Die aktuellen Entwicklungen in digitalen Märkten lassen eine spezifische Adressierung von digitalen Ökosystemen aber zunehmend geboten erscheinen.

407. Normadressaten des DMA sind digitale Plattformen, die als Erbringer von zentralen Plattformdiensten („core platform services“) über eine Gatekeeper-Position verfügen. Der Gatekeeper-Status wird Unternehmen nach Art. 2 Abs. 1 DMA als „Betreiber von zentralen Plattformdiensten“ zugewiesen, die in der Verordnung enumerativ aufgeführt werden (Art. 2 Abs. 2 DMA).⁶⁰³ Die Verordnung definiert „Gatekeeper“⁶⁰⁴ auf der Basis von Art. 3 Abs. 1 DMA, sodass

⁶⁰² Verordnung (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. September 2022 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (Gesetz über digitale Märkte), ABl. L 265 vom 12. Oktober 2022.

⁶⁰³ Demnach sind zentrale Plattformdienste Online-Intermediationsdienste, Online-Suchmaschinen, Soziale-Netzwerke, Videoteilungs-Plattformdienste, nummernunabhängige interpersonelle Telekommunikationsdienste, Betriebssysteme, Cloud-Computingdienste und Werbedienste.

⁶⁰⁴ Die wirtschaftswissenschaftliche Literatur versteht unter einem "Gatekeeper" einen Akteur, der den Informationsfluss und den Zugang zu Informationen und zu den Nutzerinnen und Nutzern kontrolliert und die digitale Umgebung strukturiert. Demnach kann eine digitale Plattform etwa dann ein Gatekeeper-Plattformdienst sein, wenn es ihr gelingt, den Zugang zu den Endnutzerinnen und Endnutzern zu kontrollieren und es dadurch für gewerbliche Nutzer mangels Multihoming- oder Switching-Verhaltens relevanter Gruppen von Endnutzerinnen und Endnutzern (nahezu) alternativlos wird, wenn sie diese Endkundinnen und Endkunden erreichen möchten. Der Grad der Kontrolle hängt somit von den Anreizen und der Fähigkeit der Nutzergruppen (Gewerbliche Nutzer und Endnutzerinnen und Endnutzer des Plattformdienstes) zum Multihoming und zum Wechsel ab und steigt mit dem Anteil der Nutzerinnen und Nutzer, die Singlehoming betreiben. Damit erfordert eine Gatekeeper-Position nicht notwendigerweise einen hohen Marktanteil, sondern lediglich einen hohen Grad der Kontrolle über den Zugang zu einer relevanten Gruppe von Nutzerinnen und Nutzern. Siehe dazu: Lynskey, O., 2017, "Regulating Platform Power" LSE Law, Society and Economy Working Papers 1/2017, S. 9-10, Abruf am 21. Juni 2024; Armstrong, M./Wright, J., 2007, "Two-sided Markets, Competitive Bottlenecks and Exclusive Contracts." *Economic Theory* 32(2), S. 353-380, Abruf am 21. Juni 2024.

dieser a) einen erheblichen Einfluss auf den Binnenmarkt hat, b) einen zentralen Plattformdienst betreibt, der gewerblichen Nutzern als wichtiges Zugangstor zu Endnutzerinnen und Endnutzern dient und c) eine gefestigte und dauerhafte Position innehat oder diese absehbar in naher Zukunft erlangen wird. Dazu müssen bestimmte quantitative Vermutungsschwellen (Art. 3 Abs. 2 DMA) oder qualitative Kriterien (Art. 3 Abs. 8 DMA) erfüllt sein. Dieser Ansatz birgt jedoch das Risiko, zu wenige oder zu viele und dabei gegebenenfalls die falschen Unternehmen auf Basis der Vermutungsschwellenwerte des Art. 3 Abs. 2 DMA zu erfassen, da insoweit nur auf die schiere Größe und Reichweite abgestellt wird.⁶⁰⁵ Hinzu kommt, dass von digitalen Ökosystemen besondere Gefährdungen für den Wettbewerb ausgehen, die über diejenigen Gefährdungslagen bei einfachen digitalen Netzwerk- und Plattformdiensten hinausgehen.

408. Die erst im Rahmen der 10. GWB-Novelle neu geschaffene Norm des § 19a GWB weist Unschärfen hinsichtlich der Frage auf, wer eigentlich Normadressat ist.⁶⁰⁶ Auf Basis der aktuellen Ausgestaltung der Norm können damit Unternehmen erfasst werden, die ein Netzwerk, eine Plattform oder andere Dienste betreiben. Der Gesetzgeber hat mit § 19a GWB eine neue Machtkategorie geschaffen, die jedoch nicht klar von den anderen Machtkategorien des GWB unterscheidbar ist. Die Feststellung von „Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb“ nach § 19a Abs. 1 GWB geht jedoch mit erheblichen Folgen wie einer Beweislastumkehr (§ 19a Abs. 2 Satz 2 und 3 GWB) und potenziell tiefgreifenden Verhaltenspflichten nach § 19a Abs. 2 Satz 1 GWB einher. So stellt sich aus ökonomischer Sicht die Frage nach der sinnvollen Ausrichtung und Anwendung sowie der künftigen Weiterentwicklung einer solchen Norm.

409. Dieses Kapitel geht daher der Frage nach, wie das Phänomen „digitale Ökosysteme“ aus ökonomischer Sicht zu verstehen ist und welche Kriterien der Gesetzgeber für ein Prüfkonzzept dazu festlegen sollte. Dazu wird zunächst das Phänomen „digitale Ökosysteme“ erklärt (Abschnitt 2), um auf dieser Basis die bisherigen Kriterien für die Feststellung von „Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb“ nach § 19a Abs. 1 GWB zu diskutieren (Abschnitt 3). Sodann werden ein ökonomisches Prüfkonzzept für digitale Ökosysteme (Abschnitt 4) und schließlich neue Kriterien für § 19a Abs. 1 GWB vorgeschlagen (Abschnitt 5), um digitale Ökosysteme möglichst präzise und umfassend erfassen zu können.

2 Das Phänomen der digitalen Ökosysteme in den Wirtschaftswissenschaften

410. In den Wirtschaftswissenschaften werden Ökosysteme als Gemeinschaften von zusammenarbeitenden Unternehmen betrachtet, die gemeinsam ein Gut, eine Dienstleistung oder

⁶⁰⁵ Monopolkommission, „Sondergutachten 82: Empfehlungen für einen effektiven und effizienten Digital Markets Act“, Baden-Baden, 2021.

⁶⁰⁶ Monopolkommission, „10. GWB-Novelle – Herausforderungen auf digitalen und regionalen Märkten begegnen!“, Policy Brief Nr. 4, Bonn, 2020.

eine Lösung produzieren und ihre Produkte im Rahmen einer gemeinsamen Vision weiterentwickeln – dabei wird zwischen Produkt-basierten und Akteur-basierten Ökosystemen unterschieden:⁶⁰⁷

- Bei einem „Multi-Produkt-Ökosystem“ wird eine Reihe von miteinander kompatiblen und sich gegenseitig ergänzenden Produkten oder Dienstleistungen angeboten, die zusammen eine neuartige bzw. attraktive Lösung ergeben, z. B. eine Kombination aus Betriebssystem, App-Store, Webbrowser und Sprachassistent.
- Bei einem „Multi-Akteur-Ökosystem“ schafft ein leistungsfähiger Ökosystem-Betreiber (Orchestrator) die Voraussetzungen für eine Reihe von Partnern und Anbietern komplementärer Dienste/Produkte, um einen Mehrwert für Endnutzerinnen und Endnutzer zu erzeugen, z. B. durch den Betrieb eines App-Stores und die Interaktion mit den Entwicklerinnen und Entwicklern von Apps.

411. Ökosystem-Betreiber wie die Big-Tech-Unternehmen kombinieren in der Regel beide Arten von Ökosystemen miteinander. Während es ein Multi-Produkt-Ökosystem ermöglicht, die Endkundinnen und Endkunden an sich zu binden und dadurch die wirtschaftliche Macht eines Ökosystem-Betreibers zu erhöhen, kann wiederum ein Multi-Akteur-Ökosystem genutzt werden, um das Gesamtangebot regelmäßig zu erweitern und in neue Bereiche vorzudringen. So liegen digitalen Ökosystemen oftmals eine oder mehrere zentrale Plattform(en) und ein Beziehungsgeflecht aus sich ergänzenden Unternehmen und/oder Diensten/Produkten zugrunde, z. B. bei Apps im Play-Store von Alphabet (Google) und im App-Store von Apple. Durch einen Orchestrator, also die Instanz, die ein Ökosystem steuert, werden dann die Gemeinschafts- und Monetarisierungsregeln, Entwicklerstandards, Zugangsbedingungen und Durchsetzungssysteme definiert.

412. Grundsätzlich lassen sich digitale Ökosysteme anhand von mehreren zentralen Kriterien identifizieren: Autonome Akteure, modulare Architektur, nicht-generische Komplementaritäten in der Produktion und im Konsum, gemeinsame Wertschöpfung, Daten-Komplementaritäten, zentralisierte Orchestrierung und Governance. Auf diese soll im Folgenden eingegangen werden.

⁶⁰⁷ Jacobides, M.G./Cennamo, C./Gawer, A., 2018, „Towards a theory of ecosystems“, *Strategic Management Journal* 39(8), S. 2255-2276, Abruf am 21. Juni 2024; Jacobides, M.G./Cennamo, C./Gawer, A., 2024, „Externalities and complementarities in platforms and ecosystems: From structural solutions to endogenous failures“, *Research Policy* 53(1), 104906, Abruf am 21. Juni 2024. Grundlegende Arbeiten dazu sind: Iansiti, M./Levien, R., 2004, *The keystone advantage: What the new dynamics of business ecosystems mean for strategy, innovation, and sustainability*, Harvard Business School Press; Moore, J.F., 2006, „Business ecosystems and the view from the firm“, *Antitrust Bulletin*, 51(1), S. 31-75; Kapoor, R./Lee, J.M., 2013, „Coordinating and competing in ecosystems: How organizational forms shape technology investments“, *Strategic Management Journal* 34(3), S. 274-296; Adner, R., 2017, „Ecosystems as structure: An actionable construct for strategy“, *Journal of Management*, 43(1), S. 39-58; Kretschmer, T./Leiponen, A./Schilling, M./Vasudeva, G., 2022, „Platform ecosystems as meta-organizations: Implications for platform strategies“, *Strategic Management Journal*, 43(3), S. 405–424; Baldwin, C.Y., 2024, Chapter 5: Ecosystems and complementarities, in: *Design Rules (Volume 2): How technologies shape organizations*, Ed. Baldwin, C.Y., MIT Press, Abruf am 21. Juni 2024.

413. Autonome Akteure und modulare Architektur: Digitale Ökosysteme bestehen in der Regel aus autonomen Akteuren, die sich gegenseitig ergänzende Beiträge zur Wertschöpfung eines Ökosystems erbringen.⁶⁰⁸ Die Akteure eines Ökosystems sind in Modulen tätig. In den Modulen nehmen sie standardisierte Rollen ein und tragen so in funktional austauschbarer Weise zur Wertschöpfung bei. Die modulare Architektur (Modularität) bedeutet, dass eine Plattform über Schnittstellen (z. B. Application Programming Interfaces, APIs) mit anderen Komponenten (z. B. Akteuren, Anwendungen, Diensten, Plattformen) verknüpft ist und diese technische Architektur Synergien bei der Weiterentwicklung und der Skalierung generiert, welche wiederum den Aufbau und die Erweiterung eines Ökosystems begünstigen, z. B. ein Betriebssystem (Apple MacOS/iOS, Google ChromeOS) mit Webbrowser (Apple Safari, Google Chrome) und integrierter Suchmaschine (Google). Die Modularität beeinflusst die Struktur, indem sie Wertschöpfungsketten mit technischen Schnittstellen aufbricht und es dadurch neuen Unternehmen ermöglicht, sich zu spezialisieren und zu partizipieren. Die Spezialisierung wiederum bewirkt Lock-In-Effekte für die Anbieter komplementärer Dienste.⁶⁰⁹ Der Betrieb eines digitalen Ökosystems in Verbindung mit architektonischer Kontrolle kann daher eine sehr bedeutende Machtquelle sein.

414. Nicht-generische Komplementaritäten und gemeinsame Wertschöpfung: Eine Ökosystemstruktur ermöglicht die Schaffung komplexer, produkt- und dienstübergreifender Nutzungserfahrungen mit einer großen Produktvielfalt. Die verschiedenen Akteure/Dienste/Produkte sind typischerweise durch nicht-generische Komplementaritäten miteinander verbunden.⁶¹⁰ Diese Verbundenheit (Komplementarität) ist dann nicht-generisch, d. h. nicht-standardisiert, wenn dafür spezifische Investitionen in wechselseitige Anpassungen und Koordination sowie für den Beitrag zur Wertschöpfung erforderlich sind. Komplementarität ist gegeben, wenn sich die Funktionen verschiedener Akteure/Dienste/Produkte bei der Herstellung oder Nutzung ergänzen. Dementsprechend bestehen Komplementaritäten sowohl in der Produktion als auch im Konsum. In der Produktion ergänzen sich die Beiträge der verschiedenen Unternehmen gegenseitig. Im Konsum machen die kombinierte Nutzung und die sich daraus ergebenden Synergien die Leistung des Ökosystems für die Endnutzerinnen und Endnutzer attraktiv.⁶¹¹

⁶⁰⁸ Baldwin, C.Y./Bogers, M.L.A.M./Kapoor, R./West, J., 2024, "Focusing the ecosystem lens on innovation studies", *Research Policy* 53(1), 104949, Abruf am 21. Juni 2024.

⁶⁰⁹ Klein, B./Crawford, R.G./Alchian, A.A., 1978, "Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process", *Journal of Law and Economics*, 21(2), S. 297-326, Abruf am 21. Juni 2024. Wenn spezialisierte Akteure sich nur auf ihre eigenen individuellen Komponenten konzentrieren, neigen sie dazu, die Auswirkungen ihrer Entscheidungen auf Komponentenebene auf der Systemebene zu unterschätzen – und daher nicht zu internalisieren –, weil sie multilaterale Interdependenzen vernachlässigen.

⁶¹⁰ Thomas, L.W.D./Ritala, P./Karhu, K./Heiskala, M., 2024, "Vertical and horizontal complementarities in platform ecosystems", *Innovation: Organization & Management*, <https://doi.org/10.1080/14479338.2024.2303593>, Abruf am 21. Juni 2024.

⁶¹¹ Im Allgemeinen bezieht sich *Komplementarität* auf die Beziehung zwischen zwei Entitäten, wobei der Wert der einen Entität durch die Beziehung zur anderen Entität erhöht wird. Während ein bestimmtes Gut oder eine bestimmte Dienstleistung für die Produktion eines komplexen Mehrwertangebotes benötigt wird, kann dieses Gut oder diese Dienstleistung generisch, d. h. standardisiert, genug sein, damit die Unternehmen darauf zurückgreifen können, ohne sich um die Governance-Strukturen oder das Risiko der Zweckentfremdung zu kümmern. Die Verwendung generischer Komplementaritäten ist eine wichtige und gängige Methode zur Erleichterung der Produktion bei gleichzeitiger Absicherung gegen vertragliche Risiken.

Nicht-generische Komplementaritäten erfordern die Schaffung einer spezifischen Struktur von Beziehungen und Ausrichtung zur Wertschöpfung. Die Stärke und Besonderheit von digitalen Ökosystemen besteht darin, dass sie eine Struktur bieten, innerhalb derer Komplementaritäten aller Art ohne die Notwendigkeit einer vertikalen Integration koordiniert werden können. Ökosysteme benötigen dafür ein gewisses Maß an Koordinierung, ohne dass eine hierarchische Steuerung erforderlich ist. Dies ist deshalb der Fall, weil einige Standards bzw. Basisanforderungen verwendet werden können, die es den komplementären Akteuren ermöglichen, ihre eigenen Entscheidungen zu treffen, während sie gleichzeitig die Herstellung eines komplexen, voneinander abhängigen Dienstes/Produktes ermöglichen.⁶¹² Die Ökosystem-Partizipation erfordert in der Regel die Nutzung der Schnittstellen (APIs) und Protokolle des Ökosystem-Betreibers, was bedeutet, dass die sich ergänzenden Akteure insofern an dieses System gebunden sind, als ein Teil ihrer Investitionen nur innerhalb dieses Ökosystems funktioniert. Je spezifischer diese Schnittstellen und Protokolle sind, desto mehr kann ein Orchestrator seine Machtposition missbrauchen.⁶¹³ Ein Ökosystem-Betreiber kann also in einem strategischen Sinne Gebrauch von APIs machen, indem er die Zugangsmodalitäten bestimmt.⁶¹⁴ Komplementaritäten ermöglichen somit die Kontrolle über einen Engpass (Bottleneck), z. B. eine zentrale Plattform, durch den Orchestrator, und schaffen zugleich Abhängigkeiten für die Anbieter komplementärer Dienste. Schließlich generieren Komplementaritäten für den Orchestrator einen Wettbewerbsvorteil durch (exklusive) Informationen über die komplementären Akteure wie auch die Endnutzerinnen und Endnutzer, die durch den Betrieb des digitalen Ökosystems entstehen. Komplementaritäten zwischen den Akteuren/Diensten/Produkten sind für die (Weiter-) Entwicklung von (neuen) Diensten/Produkten wertvoll und erzeugen Anreize für eine Hebelung der wirtschaftlichen Macht in andere Bereiche und damit für eine Erweiterung des Ökosystems (sog. Envelopment).⁶¹⁵ Zugleich steigen damit die Eintrittsbarrieren zu diesen Bereichen für Dritte an. Die Wertschöpfung eines Ökosystems ergibt sich aus den realisierten Komplementaritäten. Die gemeinsame Wertschöpfung sowohl auf der Produktions- als auch der Konsumseite ist für alle Akteure eines digitalen Ökosystems deshalb so attraktiv, weil sie ein überproportional höheres Innovationspotenzial in sich birgt, als wenn jeder Akteur selbstständig tätig wäre, z. B. der Apple App-Store und der Google Play-Store und die Entwicklerinnen und Entwickler von Apps.

415. Daten-Komplementaritäten: Im Ökosystem-Kontext dienen Daten zunächst als Input, wodurch Größenvorteile bei Produktentwicklungen generiert werden. Darüber hinaus können

⁶¹² Jacobides, M.G./Cennamo, C./Gawer A., 2018, "Towards a theory of ecosystems", *Strategic Management Journal* 39(8), S. 2255-2276, Abruf am 21. Juni 2024.

⁶¹³ Schnittstellen (APIs) können beispielsweise durch die Vorgabe der betreffenden Funktionalitäten, Anforderungen an Softwarecode und Datenformate sowie durch Zugangsbeschränkungen spezifisch sein.

⁶¹⁴ So definierte beispielsweise Apple, dass die Near-Field-Communication-(NFC)-Schnittstelle in iPhones nur durch den eigenen Zahlungsdienst Apple Pay genutzt werden kann und schloss damit Anbieter dritter Zahlungsdienste von der Nutzung dieser Schnittstelle aus. Im Rahmen des Gesetzes über digitale Märkte (Digital Markets Act, DMA) verpflichtet eine Verhaltensvorschrift Apple dazu, diese Schnittstelle für Zahlungsdienste dritter Anbieter zu öffnen.

⁶¹⁵ Eisenmann, T./Parker, G./Van Alstyne, M., 2011, "Platform Envelopment", *Strategic Management Journal* 32(12), S. 1270-1285, Abruf am 21. Juni 2024.

Komplementaritäten in Daten durch die Sammlung, Kombination und Rekombination von Datensets auf unterschiedliche Art und Weise und über verschiedene Akteure des Ökosystems hinweg entstehen. Dies kann dazu beitragen, das Mehrwertangebot zu verbessern, zu erweitern und die Wirkung von datengetriebenen Netzwerkeffekten zu erhöhen.⁶¹⁶ Schließlich eröffnet dies fortlaufend weitere Diversifizierungs- und Expansionsmöglichkeiten.

416. Zentralisierte Orchestrierung und Governance: In der Regel setzt ein zentraler Orchestrator (Ökosystem-Betreiber)⁶¹⁷ die Standards der Zusammenarbeit mit komplementären Akteuren, indem er die erforderlichen technischen Kompatibilitäten schafft und diejenigen komplementären Kombinationen identifiziert, die zu einem Mehrwertangebot führen. Ein Orchestrator steuert ein Ökosystem und entscheidet über die Rollenzuweisungen und Teilnahmebedingungen. Ein Orchestrator hat dann eine zentrale Position, wenn er die Kontrolle über den Zugang zu Informationen, Inhalten, Produkten, Dienstleistungen, Inputs, Vermögenswerten sowie über Funktionalität und Positionierung innehat. Orchestratoren sind in der Regel Eigentümer von zentralen Plattformen. Eine Plattform hat dann eine zentrale Bedeutung innerhalb eines digitalen Ökosystems, wenn sie eine hohe Anzahl an Nutzerinnen und Nutzern in allen Nutzergruppen sowie eine beständige Intermediationsmacht aufweist und eine relevante Gruppe von Nutzerinnen und Nutzern aufgrund von Singlehoming-Verhalten nur über diesen zentralen Plattformdienst erreicht werden kann.⁶¹⁸ Ökonomische Komplementaritäten und technische Abhängigkeiten zwischen den unterschiedlichen Akteuren, die innerhalb des Ökosystems agieren, verleihen einem zentralen Orchestrator erhebliche Regelsetzungsmacht. Durch den Einsatz von Verhaltensregeln und von Schnittstellen als Kontrollpunkten zwischen den Modulen kann das Ökosystem gesteuert werden (Governance). Die Governance legt fest, wer innerhalb eines Ökosystems konkurrieren darf, unter welchen Bedingungen und wie Streitigkeiten beigelegt werden. So muss eine anreizkompatible Struktur geschaffen werden, um wertvolle Beiträge zum Ökosystem zu fördern und schädliches Verhalten zu sanktionieren. Die Governance-Mechanismen determinieren also, ob der Orchestrator die Fähigkeit hat, seinen Willen durchzusetzen. Oftmals handelt es sich um Plattform-vermittelte Ökosysteme, in denen die Koordination und Kontrolle mittels einer oder mehrerer zentraler Plattform(en) erfolgt.

417. Zur Rolle des Wettbewerbs: Digitale Ökosysteme stehen im Wettbewerb durch Substituierbarkeit zwischen Multi-Produkt-Ökosystemen auf Endkundenebene; durch horizontalen Wettbewerb zwischen Unternehmen, die rivalisierende Angebote innerhalb eines Multi-Akteur-Ökosystems bereitstellen; und durch vertikalen Wettbewerb, der sich auf den Mehrwert bezieht, der durch die Zusammenarbeit zwischen den komplementären Akteuren und mit dem Orchestrator entsteht. Die Akteure konkurrieren um die Partizipation an einzelnen Transaktionen innerhalb des Ökosystems und müssen sich innerhalb eines Moduls mit ihren Beiträgen

⁶¹⁶ Prüfer, J./Schottmüller, C., 2021, "Competing with Big Data", *Journal of Industrial Economics*, 69(4), S. 967-1008, Abruf am 21. Juni 2024; Ritala, P./Karhu, K., 2023, "Capturing value from data complementarities: A multi-level framework", in Cennamo, C./Dagnino, G.B./Zhu, F. (Eds.), *Research Handbook on Digital Strategy*, S. 273-288, Edward Elgar Publishing, Abruf am 21. Juni 2024.

⁶¹⁷ Die Organisation eines Ökosystems kann prinzipiell dezentral oder zentral, kollektiv oder unilateral, Bottom-Up oder Top-Down erfolgen.

⁶¹⁸ Armstrong, M./Wright, J., 2007, "Two-sided Markets, Competitive Bottlenecks and Exclusive Contracts." *Economic Theory* 32(2), S. 353-380, Abruf am 21. Juni 2024.

gegenüber den anderen Akteuren des Moduls durchsetzen, indem sie die Gunst der Endnutzerinnen und Endnutzer gewinnen. So stehen sich die Interessen der Unternehmen gegenüber, wenn es um die Aufteilung der gemeinsamen Einnahmen oder die Organisation des Ökosystems geht. Wirksamer Wettbewerb in den Modulen erschwert es für den Betreiber/Orchestrator des Ökosystems, seine Machtposition zu festigen. Die Interaktion zwischen den Unternehmen eines Ökosystems ist typischerweise durch eine Mischung aus Kooperation und Konkurrenz (sog. Koopetition) gekennzeichnet. Bei Koopetition werden die verschiedenen Teile der Geschäftsbeziehung auf verschiedene Aktivitäten aufgeteilt. Typischerweise kooperieren die Unternehmen in endkundenfernen Bereichen, während sie in endkundennahen Bereichen konkurrieren. Orchestratoren können ihre Macht über einen zentralen Plattformdienst nutzen, um ihre Position in einem angeschlossenen Modul auszubauen. So können sie beispielsweise den Wettbewerb für andere Unternehmen in dem Modul erschweren und gleichzeitig für ihre eigenen Dienste/Produkte erleichtern.⁶¹⁹ Wettbewerb zwischen digitalen Ökosystemen basiert auf der Differenzierung der Kernfunktionalitäten zentraler Dienste/Plattformen/Produkte und des Kundenerlebnisses, also der unterschiedlichen Art und Weise, wie ein Ökosystem orchestriert wird. Dabei leitet der Betreiber/Orchestrator eines zentralisierten Ökosystems seinen Wettbewerbsvorteil aus der Art und Weise ab, wie die Akteure/Dienste/Plattformen/Produkte interagieren und wie die anfallenden und zusammengeführten Daten kombiniert werden, was es ihm ermöglicht, durch „Lock-in“-Effekte die Nutzerinnen und Nutzer sowie die Anbieter komplementärer Dienste zu binden. Wirksamer Wettbewerb zwischen Ökosystemen führt dazu, dass der Wettbewerb in den Modulen durch den Betreiber/Orchestrator eines Ökosystems weniger gefährdet ist.

3 Digitale Ökosysteme und § 19a GWB

418. Die Modernisierung der Missbrauchsaufsicht im Rahmen der 10. GWB-Novelle (GWB-Digitalisierungsgesetz) basierte maßgeblich auf der Schaffung einer neuen Machtkategorie: „Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb“. Mit § 19a GWB sollen mögliche wettbewerbschädliche Wirkungen und besondere Gefährdungspotenziale infolge verstärkter Möglichkeiten der Ausnutzung wirtschaftlicher Macht erfasst werden. Die Eingriffsschwelle für die neue Ermächtigungsgrundlage wird – anders als in den übrigen Vorschriften der Missbrauchskontrolle – durch eine marktübergreifende Betrachtung bestimmt. So soll eine Gesamtwürdigung aller im Einzelfall relevanten Umstände erfolgen (§ 19a Abs. 1 GWB), um schließlich missbräuchliche Hebelstrategien in den Fokus zu rücken (§ 19a Abs. 2 GWB). Die Anwendung von § 19a GWB soll mit dem Ziel erfolgen, den Wettbewerbsprozess im Hinblick auf noch nicht beherrschte Märkte zu schützen und potenziell irreversible Effekte für den Wettbewerb zu verhindern.⁶²⁰

⁶¹⁹ Grundsätzlich gilt jedoch, dass der Orchestrator das Ökosystem im Interesse der teilnehmenden Akteure gestalten kann und einen angemessenen Anteil an den gemeinsamen Gewinnen des Ökosystems einräumen muss.

⁶²⁰ 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), 19. Oktober 2020, BT-Drs. 19/23492, S. 73, <https://dserver.bundestag.de/btd/19/234/1923492.pdf>, Abruf am 21. Juni 2024.

419. Einerseits hat der Begriff „digitale Ökosysteme“ im Gesetzgebungsverfahren zu § 19a GWB eine Rolle gespielt.⁶²¹ Andererseits gab es eine relativ fest umrissene Gruppe von einigen wenigen potenziellen Normadressaten. Auch die wirtschaftswissenschaftliche Literatur hatte noch nicht den fortgeschrittenen Erkenntnisstand von heute. Daneben stand der Aspekt der Verfahrensbeschleunigung bei § 19a GWB und nicht die Voraussetzungen für eine Adressatenstellung als digitale Ökosysteme im Vordergrund. Hierfür spricht, dass die Kriterien des § 19a Abs. 1 Satz 2 GWB zu einem Großteil den allgemeinen Marktmachtkriterien aus § 18 Abs. 3 bis 3b GWB ähneln. Die Schaffung einer neuen Machtkategorie, die für die Normadressaten unter anderem eine Beweislastumkehr zur Folge hat, erfordert jedoch auch aus ökonomischer Sicht eine fundierte Rechtfertigungsgrundlage.

420. Die Stellung nach § 19a Abs. 1 GWB setzt voraus, dass das Bundeskartellamt für das untersuchte Unternehmen bereits eine Tätigkeit in erheblichem Umfang auf Märkten im Sinne des § 18 Abs. 3a GWB festgestellt hat. Dadurch werden Geschäftsmodelle vorausgesetzt, die auf Plattformen und/oder Netzwerken in digitalen Märkten basieren und dort ihren Schwerpunkt haben. Für die Feststellung einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb nach § 19a Abs. 1 GWB kommt sodann der folgende, ungewichtete, nicht abschließende und nicht kumulativ zu erfüllende Kriterienkatalog zur Anwendung:⁶²² 1) Marktherrschende Stellung auf einem oder mehreren Märkten, 2) Finanzkraft oder Zugang zu sonstigen Ressourcen, 3) Tätigkeit des Unternehmens auf mehreren Märkten bzw. in mehreren Bereichen und ihre Verbundenheit, 4) Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten und 5) Bedeutung der Tätigkeit des Unternehmens für Marktzugänge sowie ein damit verbundener Einfluss auf die Geschäftstätigkeiten Dritter.

421. In den bisherigen Verfahren nach § 19a Abs. 1 GWB prüfte das Bundeskartellamt immer alle fünf Kriterien ab und stellte fest, dass alle auch erfüllt seien.⁶²³ Aus ökonomischer Perspektive fehlen bei den in § 19a Abs. 1 GWB genannten Kriterien jedoch wesentliche Kriterien, die die Erfassung von digitalen Ökosystemen fundiert ermöglichen würden. Rechtssicherheit sowie eine effektive und effiziente Erfassung eines Falles, die mögliche wettbewerbschädliche Wirkungen und besondere Gefährdungspotenziale infolge verstärkter Möglichkeiten der Ausnutzung wirtschaftlicher Macht adressieren soll, sprechen jedoch dafür, dass der Gesetzgeber Kriterien aufstellt, anhand derer eine ökonomisch fundierte Feststellung eines Ökosystem-Betreibers vorzunehmen ist. Dies würde die Schaffung dieser neuen Machtkategorie und die damit

⁶²¹ Auch wenn das Konzept der „überragenden marktübergreifenden Bedeutung“ des § 19a GWB im Gesetzestext digitale Ökosysteme nicht explizit benennt, so ist doch davon auszugehen, dass insbesondere wettbewerbliche Gefährdungslagen ausgehend von Ökosystemen erfasst werden sollen, siehe BT-Drs. 19/23492, S. 73; sowie Deutscher Bundestag – Wissenschaftliche Dienste, Sachstand: Die Anwendbarkeit von § 19a GWB im Lichte des europäischen Gesetzgebungsverfahrens zum „Digital Markets Act“, WD 7- 3000- 114/21; PE 6- 3000- 067/21 vom 07. Januar 2022; und Käseberg, T./Brenner, T./Fülling, D., 2021, „Das GWB-Digitalisierungsgesetz im Überblick“, *Wirtschaft & Wettbewerb*, Heft 05, S. 269-275, Abruf am 21. Juni 2024.

⁶²² 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), 19. Oktober 2020, BT-Drs. 19/23492, S. 73, <https://dserver.bundestag.de/btd/19/234/1923492.pdf>, Abruf am 21. Juni 2024.

⁶²³ BKartA, B7-61/21 – Alphabet, Beschluss vom 30. Dezember 2021; B6-27/21 – Meta, Beschluss vom 02. Mai 2022; B2-55/21 – Amazon, Beschluss vom 05. Juli 2022; B9-67/21 – Apple, Beschluss vom 03. April 2023.

einhergehenden verfahrensvereinfachenden Elemente wie die Beweislastumkehr nachvollziehbarer machen und zugleich besser rechtfertigen.

422. Bereits das erste Kriterium „marktbeherrschende Stellung auf einem oder mehreren Märkten“ ist kritisch zu sehen, da die wettbewerbsökonomische Analyse in der Regel auf einem Substituierbarkeitsansatz basiert, bei dem ein relevanter Markt anhand der Austauschbarkeit der Produkte aus der Perspektive der Nachfrage und der Angebotsumstellungsflexibilität aus der Perspektive des Angebotes definiert wird. Digitale Ökosysteme, verstanden als "eine Gruppe von Akteuren mit einem unterschiedlichen Grad an multilateralen, nicht-generischen Komplementaritäten, die nicht vollständig hierarchisch kontrolliert werden"⁶²⁴, machen diesen Ansatz nicht hinreichend zielgenau, weil diese Komplementaritäten zwischen Unternehmen, die auf verschiedenen Märkten tätig sind, gegenseitige Abhängigkeiten schaffen, die bei der Analyse der Wettbewerbsdynamik berücksichtigt werden müssen. Zudem können aktive und potenzielle Wettbewerber und Kooperationspartner außerhalb des relevanten Marktes existieren. Daher sollte der Fokus der wettbewerbsökonomischen Analyse entsprechend von der Substituierbarkeit auf die Komplementaritäten zwischen Produkten/Diensten/Akteuren ausgerichtet werden. Eine isolierte Betrachtung von einzelnen Märkten verkennt diese Zusammenhänge. Eine ökosystemische Sicht auf digitale Märkte trägt dazu bei, die systemische Macht (d. h. Ökosystem-Macht) basierend auf ökonomischen Effekten und Mechanismen sowie rechtlichen, technischen und ökonomischen Kontrollmöglichkeiten der Ökosystempartizipation und des Zuges erfassen zu können.

423. Auch das zweite Kriterium „Finanzkraft oder Zugang zu sonstigen Ressourcen“ ist nur eingeschränkt geeignet, die wirtschaftliche Macht des Orchestrators aufzuzeigen. So besteht kein kausaler Zusammenhang zwischen der Finanzkraft und der Marktposition bzw. der Auswirkung auf den Wettbewerb. Der Einsatz von erheblichen Finanzmitteln führt nicht zwingend zu unternehmerischem Erfolg, sondern kann auch zu Fehlinvestitionen führen. Jedoch kann die Finanzkraft dazu beitragen, längere defizitäre Phasen beispielsweise bei der Etablierung eines (zentralen) Plattformdienstes durchzuhalten und den Wettbewerb durch Verdrängungsstrategien zu beschränken.

424. Das dritte Kriterium „Tätigkeit des Unternehmens auf mehreren Märkten bzw. in mehreren Bereichen und ihre Verbundenheit“ ist hingegen eher geeignet, den Bezug zu digitalen Ökosystemen herzustellen. Allerdings können verschiedene Märkte auf unterschiedliche Art und Weise miteinander verbunden sein, z. B. durch ein vertikales oder konglomerates Verhältnis. Ein ökosystemspezifischer Fokus der Analyse sollte jedoch auf die nicht-generischen Komplementaritäten zwischen den Diensten/Produkten/Akteuren gerichtet werden. Denn diese Komplementaritäten machen den wesentlichen Unterschied zwischen Plattformen/Netzwerken und Ökosystemen aus und können so einen nachvollziehbaren Erklärungsbeitrag für die Marktposition des Unternehmens und die Wettbewerbswirkung leisten.

⁶²⁴ Jacobides, M.G./Cennamo, C./Gawer, A., 2018, "Towards a theory of ecosystems", *Strategic Management Journal* 39(8), S. 2255-2276, Abruf am 21. Juni 2024.

425. Das vierte Kriterium „Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten“ und das dahinterstehende Konzept der Datenmacht ist nur bedingt geeignet. Daten weisen ökonomische Eigenschaften wie z. B. Nicht-Rivalität in der Nutzung auf, die nicht per se darauf hindeuten, dass große Datenmengen und die Fähigkeit, mit diesen wertschöpfend umzugehen, zwingend zu einer unbestreitbaren Position führen.⁶²⁵ Jedoch kann ein exklusiver Datenzugang in Verbindung mit datengetriebenen Netzwerkeffekten und Komplementaritäten bei der Sammlung, Kombination und Rekombination von Daten durchaus zu einer marktstarken Position beitragen.

426. Schließlich ist das fünfte Kriterium „Bedeutung der Tätigkeit des Unternehmens für Marktzugänge sowie ein damit verbundener Einfluss auf die Geschäftstätigkeiten Dritter“ geeignet, den Bezug zu einem digitalen Ökosystem herzustellen. Denn es erfasst die Regelsetzungsmacht eines zentralen Orchestrators oder Plattformbetreibers und die Abhängigkeiten für Dritte – jedoch nicht notwendigerweise aufgrund nicht-generischer Komplementaritäten zwischen Diensten/Produkten/Akteuren. Diese können jedoch erhebliche Wettbewerbsprobleme im Ökosystem-Kontext verursachen.

427. Im Folgenden soll daher ein ökonomisches Prüfkonzep zur Erfassung von digitalen Ökosystemen vorgeschlagen werden, das zentrale Merkmale digitaler Ökosysteme beinhaltet und damit zu einer ökonomisch fundierteren Erfassung beitragen kann.

4 Ein ökonomisches Prüfkonzep

428. In digitalen Ökosystemen, die typischerweise eine modulare Architektur haben, stehen Akteure/Dienste/Plattformen/Produkte in einem kompatiblen und komplementären Verhältnis zueinander. Die Akteure sind über die gemeinsame Nutzung bestimmter Standards (und gegebenenfalls Datenbestände) miteinander verknüpft und können ihr Mehrwertangebot produkte-, dienstleistungs-, märkte- oder sektorübergreifend anbieten. Wie oben dargelegt, können digitale Ökosysteme anhand von mehreren zentralen Kriterien identifiziert werden: Autonome Akteure, modulare Architektur, nicht-generische Komplementaritäten in der Produktion und im Konsum, gemeinsame Wertschöpfung, Daten-Komplementaritäten, zentralisierte Orchestrierung und Governance. Vor diesem Hintergrund sollte eine ökonomische Untersuchung anhand der folgenden drei Prüfschritte erfolgen, um möglichst präzise und umfassend digitale Ökosysteme erfassen zu können, die eine systemische wirtschaftliche Macht erlangt haben und dadurch mit besonderen Gefährdungslagen für den Wettbewerb und die Offenheit digitaler Märkte einhergehen können.

429. 1. Prüfschritt – Systemische Faktoren untersuchen: Zuerst ist zu prüfen, ob es einen zentralen Orchestrator gibt, der autonome Akteure über eine modulare Architektur durch Schnittstellen (APIs) einbindet. Des Weiteren sollte das Vorliegen von direkten und indirekten Netzwerkeffekten, Größen- und Verbundvorteilen, das Singlehoming-/Multihoming-Verhalten der Nutzergruppen und mögliche Wechselkosten sowohl auf Seiten der Anbieter komplementärer Dienste als auch der Endnutzerinnen und Endnutzer untersucht werden.⁶²⁶ Darüber

⁶²⁵ Vgl. Kapitel IV „Datenzugang aus wettbewerbspolitischer Sicht“ in diesem Hauptgutachten.

⁶²⁶ Diese Faktoren sind durch § 18 Abs. 3a GWB erfasst. Sie beziehen sich dort aber auf eine Plattform oder ein Netzwerk, jedoch nicht notwendigerweise auf ein dahinterstehendes Ökosystem.

hinaus sollten mögliche Barrieren für den Ökosystem-Zutritt sowie für eine Expansion geprüft werden. Wenn beispielsweise für einen Plattformdienst relevante Substitute fehlen, dann sollte die potenzielle Kontrolle über einen Engpass überprüft werden. Ebenfalls relevant – insbesondere in datengetriebenen Märkten – sind die Wirkungen datengetriebener Effekte wie Rückkopplungsschleifen auf die Produktqualität. Schließlich sollten die ökosystemspezifischen Komplementaritäten im Konsum und in der Produktion zwischen den Daten/Diensten/Produkten des Betreibers/Orchestrators (Multi-Produkt-Ökosystem) und/oder zwischen den Akteuren (Multi-Akteur-Ökosystem) aufgezeigt werden. Dies sollte insbesondere durch eine Prüfung von verwendeten Standards und Basisanforderungen erfolgen, die ein gewisses Maß an Koordination ermöglichen, ohne dass dies eine hierarchische Steuerung erfordert. Dazu zählen die Gemeinschafts- und Monetarisierungsregeln, Entwicklerstandards, Zugangsbedingungen und Durchsetzungssysteme.

430. 2. Prüfschritt – Ökosystem-Macht bestimmen: Deutet die Untersuchung der systemischen Faktoren auf das Vorliegen eines digitalen Ökosystems hin, so sollte die wirtschaftliche Macht des Ökosystem-Betreibers ermittelt werden. Dazu sollte geprüft werden, ob es einen zentralen Orchestrator gibt, der den Zugang zu Endkundinnen und Endkunden für Wettbewerber und Anbieter komplementärer Dienste kontrolliert, die diesen benötigen, um in einem wichtigen Bereich konkurrieren zu können. Sodann ist zu analysieren, ob dieser zentrale Orchestrator einen erheblichen Verhaltensspielraum hinsichtlich der Kooperationstechnologien und der Nutzungsbedingungen gegenüber den Akteuren, Geschäfts- und Endkunden besitzt. Im Anschluss folgt die Frage, ob dieser zentrale Orchestrator durch hohe Zutritts- und/oder Expansionsbarrieren geschützt ist. Schließlich sollten die Vorteile und Möglichkeiten für den Orchestrator durch Komplementaritäten in der Produktion, im Konsum und in den Daten abgeschätzt werden. In einer Gesamtbetrachtung zeigt sich, inwiefern der Orchestrator auch eine signifikante Ökosystem-Macht innehat und wie er diese märkteübergreifend einsetzen kann. Die wirtschaftliche Macht innerhalb eines digitalen Ökosystems ist abhängig von: 1) der Zentralität des Orchestrators, 2) den technologischen Vorteilen, 3) den Kontrollpunkten, z. B. Schlüsselkomponenten wie APIs und 4) dem Zugang zu wesentlichen Ressourcen, z. B. Daten. Das Zusammenspiel dieser Faktoren kann die wirtschaftliche Macht eines zentralen Orchestrators schnell erhöhen und das Ökosystem schnell skalieren lassen. Aus den Merkmalen der Ökosystem-Struktur lässt sich ableiten, wo im Ökosystem Marktbeziehungen und Wettbewerb entstehen, wo sie besonders gefährdet sind und wo Wettbewerb erforderlich ist, damit ein Ökosystem spürbare Vorteile generieren kann.

431. 3. Prüfschritt – Potenzial für Diskriminierungs- und Hebelpraktiken identifizieren: Der Orchestrator hat beständige wirtschaftliche Macht in einem wichtigen Bereich des Ökosystems – oftmals einer zentralen Plattform, die er Endnutzerinnen und Endnutzern bereitstellt und dabei die Fähigkeit besitzt, die eigenen Kernkompetenzen in andere Bereiche zu hebeln und Diskriminierungspraktiken vorzunehmen. Hebelstrategien auf der Basis von nicht-generischen Komplementaritäten sind besonders anreizkompatibel im Ökosystem-Kontext und finden dabei oftmals durch Restriktionen beim Zugang und durch Beschränkungen der Alternativen statt. So sollten beispielsweise potenzielle Selbstbevorzugungs-, Bündelungs- und Kopplungspraktiken, Datenzugangsrestriktionen sowie Voreinstellungen umfassend untersucht und aufgezeigt werden.

432. Alle drei Prüfschritte zusammengekommen stellen einen Analyserahmen für digitale Ökosysteme bereit, der es erlaubt, eine ökonomisch fundiertere Erfassung von digitalen Ökosystemen vorzunehmen. Die potenziell problematischen Ökosysteme sind diejenigen, die von einem zentralen Betreiber orchestriert werden. Das vorgeschlagene Prüfkonzept ermöglicht es, wettbewerbsschädliche Wirkungen und besondere Gefährdungspotenziale infolge verstärkter Möglichkeiten der Ausnutzung wirtschaftlicher Macht herauszukristallisieren.

5 Zusammenfassung und Empfehlung

433. Digitale Ökosysteme zeichnen sich dadurch aus, dass Akteure/Dienste/Plattformen/Produkte in einem kompatiblen und komplementären Verhältnis zueinanderstehen. Die Akteure sind über die gemeinsame Nutzung bestimmter Standards und gegebenenfalls Datenbestände miteinander verknüpft und können ihr Mehrwertangebot produkte-, dienstleistungs-, märkte- oder sektorübergreifend anbieten. Digitale Ökosysteme unterscheiden sich konzeptionell von regulären digitalen Plattformen und Netzwerken und sollten deshalb auch mithilfe spezifischer Kriterien identifiziert werden. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, wie ein stimmiges ökonomisches Konzept und ein entsprechendes Prüfungsschema für die Feststellung der digitalen Ökosysteme aussehen sollten. Anhand von drei Prüfschritten wurde dazu ein ökonomisches Prüfkonzept für die Identifikation digitaler Ökosysteme vorgeschlagen: 1) Systemische Faktoren untersuchen; 2) Ökosystem-Macht bestimmen und 3) Potenzial für Diskriminierungs- und Hebelpraktiken identifizieren.

434. Von digitalen Ökosystemen gehen besondere Gefährdungen für den Wettbewerb aus, die über diejenigen Gefährdungslagen bei einfachen digitalen Plattformdiensten weit hinausgehen. Daher sollte aus Sicht der Monopolkommission § 19a GWB explizit auf digitale Ökosysteme ausgerichtet werden. Damit die Kriterien des § 19a Abs. 1 GWB in einem erkennbaren Zusammenhang stehen und dem ökonomischen Konzept des digitalen Ökosystems entsprechen können, ist aus Sicht der Monopolkommission zu zeigen, wie ihr Verhältnis zueinander ist und wie sie in Bezug auf die Schaffung und Erweiterung wirtschaftlicher Macht (Ökosystem-Macht) gemeinsam wirken.

435. Der Gesetzgeber sollte § 19a Abs. 1 GWB dergestalt fassen, dass eine umfassende Analyse der nicht-generischen Komplementaritäten erfolgt. Denn diese generieren Regelsetzungsmacht für den Orchestrator eines zentralisierten Ökosystems, erzeugen Anreize für Hebelstrategien und Diskriminierungspraktiken, schaffen erhebliche Abhängigkeiten für dritte Unternehmen und machen den wesentlichen Unterschied zwischen dem Phänomen des digitalen Ökosystems und regulären digitalen Diensten, Netzwerken und Plattformen aus ökonomischer Sicht aus.

436. Die Monopolkommission empfiehlt daher, § 19a (Abs. 1) GWB auf den dem wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnisstand entsprechenden Analyserahmen auszurichten, um so in einer Gesamtbetrachtung⁶²⁷ digitale Ökosysteme und die daraus resultierenden besonderen Gefährdungslagen für den Wettbewerb angemessen identifizieren und adressieren zu können. Die

⁶²⁷ Eine isolierte Betrachtung einzelner Kriterien erkennt, dass digitale Ökosysteme ihre besondere wettbewerbliche Bedeutung erst durch das Zusammenwirken mehrerer Faktoren entfalten.

Monopolkommission schlägt deshalb vor, den Kriterienkatalog in § 19a Abs. 1 Satz 2 GWB entsprechend neu zu fassen:

„Bei der Feststellung der überragenden marktübergreifenden Bedeutung eines Unternehmens für den Wettbewerb sind insbesondere zu berücksichtigen:

- 1. die nicht-generischen Komplementaritäten zwischen Akteuren, Daten, Diensten, Plattformen, Produkten des digitalen Ökosystems,*
- 2. das Vorliegen autonomer Akteure mit gemeinsamem Mehrwertangebot für Verbraucher,*
- 3. die Existenz einer modularen Organisationsstruktur mit einem zentralen Ökosystem-Betreiber.“*

Durch die drei vorgeschlagenen Kriterien würde das Ökosystem-Konzept in § 19a Abs. 1 GWB verankert.⁶²⁸ Dies trägt zu einer Konkretisierung der Normadressatenstellung bei und ermöglicht zugleich eine präzisere ökonomische Erfassung digitaler Ökosysteme.⁶²⁹ Die Monopolkommission ist der Ansicht, dass ein klares Konzept den Fokus auf die tatsächlichen Probleme ermöglicht und unabhängig von der gesetzgeberischen Umsetzung schon jetzt der Spielraum der Norm insbesondere auch bei ihrer künftigen Anwendung einschließlich des § 19a Abs. 2 GWB darauf ausgerichtet werden sollte.

437. Eine solche ökonomische Fundierung trägt auch zu mehr Rechtssicherheit bei. Zwar hat das Bundeskartellamt die Kriterien aus § 19a Abs. 1 Satz 2 GWB bereits in vier Beschlüssen ausgelegt und angewandt. Hinzu kommt, dass hierzu nunmehr auch eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs vorliegt, wodurch die Anwendung der bestehenden Fassung der Vorschrift mittels der Rechtsprechung konkretisiert wird.⁶³⁰ Dennoch überwiegt aus Sicht der Monopolkommission das Interesse an einer Neufassung der Vorschrift, die dadurch deutlich an Klarheit und Zielgenauigkeit gewinnen würde. Sie sollte dazu insbesondere konsequent auf digitale Ökosysteme ausgerichtet werden. Mit Blick auf die bereits ergangenen behördlichen Verfügungen und

⁶²⁸ Unter Abwägung der Tatsache, dass es bereits eine kartellbehördliche Praxis und Rechtsprechung zu § 19a (Abs. 1) GWB gibt, ist es für die Monopolkommission auch denkbar, den bestehenden Kriterienkatalog in § 19a Abs. 1 Satz 2 GWB um die folgenden Kriterien zu ergänzen: *„Bei der Feststellung der überragenden marktübergreifenden Bedeutung eines Unternehmens für den Wettbewerb sind insbesondere zu berücksichtigen: (...) 6. die nicht-generischen Komplementaritäten zwischen Akteuren, Daten, Diensten, Plattformen, Produkten des digitalen Ökosystems, 7. das Vorliegen autonomer Akteure mit gemeinsamem Mehrwertangebot für Verbraucher, 8. die Existenz einer modularen Organisationsstruktur mit einem zentralen Ökosystem-Betreiber.“* Durch die Aufnahme der drei vorgeschlagenen zusätzlichen Kriterien würde das Ökosystem-Konzept in § 19a Abs. 1 GWB betont. Darüber hinaus sollte erwogen werden, inwiefern das erste Kriterium „Marktbeherrschende Stellung auf einem oder mehreren Märkten“ entfallen sollte. Einerseits hätte dies eine De-facto-Verfahrensvereinfachung zur Folge, da nicht mehr mit viel Aufwand eine Marktabgrenzung und Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung erfolgen würde, die aber de jure bereits nicht erforderlich ist. Wie oben dargelegt wurde, sind diese im Ökosystem-Kontext ohnehin nur begrenzt zielführend. Andererseits kann aus Gründen der „Gerichtsfestigkeit“ die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung sowie die marktbasierende Erfassung einer zentralen Plattform innerhalb eines digitalen Ökosystems zielführend sein, wenn von dieser eine Regelsetzungsmacht und erhebliche Abhängigkeit Dritter ausgeht – wenn auch aus anderen Gründen.

⁶²⁹ Insbesondere, weil die Kriterien des § 19a Abs. 1 Satz 2 GWB zu einem Großteil den allgemeinen Marktmachtkriterien aus § 18 Abs. 3 bis 3b GWB ähneln; dazu bereits Tz. 419.

⁶³⁰ BGH, KVB 56/22, 23. April 2024, Amazon (Entscheidungsgründe noch nicht veröffentlicht); vgl. Pressemitteilung Nr. 097/2024, 23. April 2024.

deren jeweilige Befristung auf fünf Jahre ab Eintritt der Bestandskraft (vgl. § 19a Abs. 1 Satz 3 GWB) könnte eine Regelung zum intertemporalen Recht aufgenommen werden, wonach die – neu gefasste – Vorschrift erst für künftige Feststellungsentscheidungen gilt.

Kapitel IV

Datenzugang aus wettbewerbspolitischer Sicht

Kurz gefasst	236
1 Einleitung.....	237
2 Bestehende Datenzugangsregelungen	237
2.1 Sektorübergreifende Regeln im Rahmen der EU-Datenstrategie	238
2.2 Datenzugangsregelungen hinsichtlich digitaler Plattformen	243
2.3 Allgemeines Wettbewerbsrecht	246
2.4 Rechtliche Grenzen des Datenzugangs	251
2.5 Zwischenfazit	254
3 Datenökonomie und Datenzugang	255
3.1 Ökonomische Eigenschaften von Daten.....	255
3.2 Ausgestaltung von Datenzugängen	258
3.3 Daten(zugang) als Grundlage von Marktmacht	259
3.4 Wettbewerbliche Relevanz von Datenzugängen	259
4 Datenzugang in der Fusionskontrolle.....	264
4.1 Bestehende und potenzielle Datenzugänge bei Zusammenschlussparteien ermitteln	265
4.2 Erwartbare wettbewerbsrelevante Veränderungen bei Datenzugängen beurteilen..	267
4.3 Wirkrichtung des wettbewerbslichen Einflusses der relevanten Datenzugänge ermitteln	271
4.4 Zwischenfazit	273
5 Datenzugang in der Missbrauchskontrolle	274
5.1 Missbrauchsrechtliche Datenzugangsansprüche.....	274
5.2 Behinderungs- und Ausbeutungsmissbrauch mit Datenzugangsbezug	276
5.3 Mögliches Prüfschema für Missbrauchsverfahren	278
5.4 Zwischenfazit	281

6	Gesamtfazit.....	282

Kurz gefasst

K21. Die **Kontrolle über Daten als Wettbewerbsfaktor** gewinnt nicht nur in digitalen, sondern auch in klassischen Märkten an Bedeutung. Den Zugang von Unternehmen zu Daten anderer Unternehmen zu erleichtern, kann daher wettbewerbspolitisch gewünscht sein. Das Ziel dieses Kapitels ist es, mehr konzeptionelle Klarheit bei der Prüfung von Datenzugangsansprüchen zu schaffen, um relevante Probleme und mögliche Lösungen identifizieren zu können – analog zum vorherigen Kapitel über ein ökonomisches Prüfkonzept für digitale Ökosysteme.

K22. **Es gibt bereits einige gesetzliche Regelungen, die sich mit Datenzugang befassen.** Ein Anspruch auf Datenzugang kann sich z. B. aus den Vorgaben des allgemeinen Wettbewerbsrechts ergeben. Daneben wurden unter anderem bezüglich digitaler Plattformen speziellere Daten Zugangsregelungen geschaffen und der Data Act enthält sektorübergreifende Datenzugangsregelungen für vernetzte Produkte und damit verbundene Dienste. Bei der Anwendung gilt erstens, dass speziellere Normen vorrangig sind und zweitens der Grundsatz der Normenhierarchie, d. h. insbesondere der Anwendungsvorrang des Unionsrechts vor nationalem Recht. Zugleich ordnen sektorspezifische Regelungen in der Regel ausdrücklich an, dass allgemeine Regelungen wie das Wettbewerbsrecht unberührt bleiben. **Da viele Normen die Voraussetzungen eines Datenzugangs nicht ausdrücklich selbst regeln, sondern nur als einen möglichen Anwendungsfall miteinfassen, ist in der Praxis oft noch unklar, wie sie genau anzuwenden sind.** Zu diesem Zweck werden im vorliegenden Kapitel **Prüfungsschemata für die Fusions- und Missbrauchskontrolle erarbeitet**, die eine erste Basis für zukünftige verfeinerte Schemata bilden sollen.

K23. Bei **Zusammenschlussverfahren** empfiehlt die Monopolkommission (1), **bei jeder Zusammenschlusspartei die wettbewerbslich relevanten Daten zu ermitteln**, zu denen Dritten bereits Zugang gewährt wird, zu denen Dritten bisher kein Zugang gewährt wurde, obwohl sie bereits erfasst werden, und zu denen Zugang gewährt werden könnte, wenn sie erfasst würden. Als folgenden Schritt empfiehlt die Monopolkommission (2), für jeden der identifizierten (potenziellen) Datenzugänge zu klären, **ob durch den Zusammenschluss Änderungen zu erwarten sind, die sich erheblich auf die Wettbewerbssituation auswirken**. Schließlich empfiehlt die Monopolkommission (3) zu prüfen, **ob die zu erwartenden Änderungen negativ oder positiv auf die Wettbewerbssituation wirken**. Daten, die als Input in Dienstleistungen oder Produkte einfließen, könnten die Wettbewerbsintensität sowohl stärken als auch vermindern. Daten, die das Marktgeschehen betreffen, könnten von den Unternehmen für eine wettbewerbschädliche Koordinierung z. B. von Preisen oder Qualität genutzt werden.

K24. Bei **Missbrauchsverfahren** sollte nach Ansicht der Monopolkommission die **Leitfrage** sein, **ob ein besonderer Datenzugang existiert**, durch den sich das marktstarke Unternehmen dem Wettbewerbsdruck entziehen kann. Sie empfiehlt dazu eine Prüfung relevanter Kriterien in Bezug auf Datenzugänge anhand von sechs Schritten: **(1) eine Analyse der Ausgangssituation, (2) die Ermittlung kontextspezifischer Faktoren, (3) die Beurteilung der Auswirkungen auf die Marktstruktur und den Wettbewerbsprozess, (4) die Abwägung von Interessen bei der Entscheidung über Datenzugangsansprüche, (5) die Ermittlung eines angemessenen Entgelts und (6) die Festlegung der technischen Ausgestaltung des Datenzugangs.**

1 Einleitung

438. Die zunehmende Digitalisierung der Wirtschaft führt dazu, dass in immer mehr Unternehmen Daten anfallen. Zugleich werden Systeme, wie Sprachassistenten, die Prozesse von Firmen mittels Künstlicher Intelligenz (KI) unterstützen können, anwendungsfreundlicher und zugänglicher. Unter anderem für das Training von KI-Systemen werden große Mengen an Daten benötigt. Für die regulatorische Begleitung von KI-Systemen ist der Zugang zu Daten damit ein wesentlicher Aspekt. Die faktische Kontrolle über Daten als Wettbewerbsfaktor wird zukünftig jedoch nicht nur in digitalen, sondern auch in klassischen Märkten weiter an Bedeutung gewinnen. Die Bedeutung von Daten und der Zugang zu ihnen für die Wirtschaft kann also kaum überschätzt werden. Dies zeigt sich in zahlreichen gesetzlichen Regelungen zu Datenzugängen und kartellbehördlichen Verfahren, die sich damit befassen. Für einzelne Wirtschaftsbereiche (z. B. digitale Plattformen) wurden bereits teils sehr spezifische Datenzugangsregelungen geschaffen. Darüber hinaus verfolgt die Europäische Kommission mit ihrer Datenstrategie aus dem Jahr 2020 einen sektorübergreifenden Ansatz, um die Zugänglichkeit von Daten zu verbessern und teilweise auch zu erzwingen. Daneben können Datenzugangsansprüche aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht abgeleitet werden.

439. Diese Fülle an Rechtsnormen und auch die sehr unterschiedlichen denkbaren Szenarien, in denen der Zugang zu Daten relevant ist, stellen die Praxis vor große Herausforderungen. Im vorliegenden Kapitel werden daher für die kartellrechtlichen Bereiche Fusionskontrolle und Missbrauchskontrolle erste Handlungsanleitungen entwickelt, die Grundlage für eine systematische Herangehensweise an die komplexen Fragestellungen sein und in der Praxis weiterentwickelt werden können. Die Entwicklung einer vergleichbaren Handlungsanleitung im Bereich des Kartellverbots behält sich die Monopolkommission für die Zukunft vor. Das Ziel dieses Kapitels ist es, mehr konzeptionelle Klarheit bei der Prüfung von Datenzugangsansprüchen zu schaffen, um relevante Probleme und mögliche Lösungen identifizieren zu können – analog zum vorherigen Kapitel über ein ökonomisches Prüfkonzept für digitale Ökosysteme. In einem ersten Schritt werden in Abschnitt 2 die bereits bestehenden gesetzlichen Datenzugangsregelungen systematisiert und ihr jeweiliger Anwendungsbereich insbesondere mit Blick auf die Gesetzeskonkurrenzen geklärt. Aufbauend darauf werden in Abschnitt 3 die ökonomischen und technischen Grundlagen für das Verständnis von Daten und Datenzugang eingeführt, um dann in den Abschnitten 4 und 5 auf die Bereiche der Fusions- und Missbrauchskontrolle vertiefend einzugehen. Diese Abschnitte enthalten Schemata, die die Prüfung eines potenziellen Datenzugangserfordernisses systematisieren und erleichtern sollen.

2 Bestehende Datenzugangsregelungen

440. Für den Überblick über die Regelungen des Wirtschaftsrechts, die einen Zugang zu Daten explizit oder implizit (mit-)erfassen soll zunächst mit den derzeit bestehenden Bestrebungen der Europäischen Union, einen sektorübergreifenden Data-Governance-Rahmen zu schaffen, begonnen werden (dazu Abschnitt 2.1). Damit soll der Kontext der derzeit stattfindenden Diskussion aufgezeigt werden. Ausgehend von diesen sehr aktuellen und auf breiter Ebene stattfindenden Entwicklungen soll auf die bereits seit einiger Zeit geltenden Datenzugangsregelungen bezüglich digitaler Plattformen eingegangen werden (dazu Abschnitt 2.2), die auch im

Lichte dieser Debatte gesehen werden müssen. In einem weiteren Schritt sollen die Vorschriften des allgemeinen Wettbewerbsrechts beleuchtet werden (dazu Abschnitt 2.3). Dieser Abschnitt bietet einerseits einen Überblick über den Rechtsrahmen des allgemeinen Wettbewerbsrechts hinsichtlich Datenzugangsansprüchen. Gleichzeitig leitet er über zum Kern der vorliegenden Untersuchung und den speziellen Fragen, wie die Möglichkeit eines Datenzugangs in der Fusions- und Missbrauchskontrolle durch die Kartellbehörden systematisch beurteilt werden kann (dazu Abschnitte 4 und 5). Der juristische Überblick wird durch eine Darstellung der Grenzen eines Datenzugangs abgerundet, die sich insbesondere aus dem Kartellverbot ergeben können (dazu Abschnitt 2.4). Abschließend soll ein Fazit zur Systematik der dargestellten Rechtsnormen und ihrem Verhältnis zueinander gezogen werden (dazu Abschnitt 2.5).

2.1 Sektorübergreifende Regeln im Rahmen der EU-Datenstrategie

441. Die Europäische Kommission hat in ihrer Datenstrategie im Jahr 2020 dargelegt, welche Maßnahmen sie vorschlägt, um die führende Position der Europäischen Union in der Datenwirtschaft zu behaupten. Zugleich will sie die europäischen Grundwerte wahren und fördern.⁶³¹ Zu den vorgeschlagenen Maßnahmen zählt insbesondere die Schaffung eines sektorübergreifenden Governance-Rahmens für Datenzugang und Datennutzung. Besonders relevant sind in diesem Kontext der Data Governance Act (DGA)⁶³² und der Data Act (DA),⁶³³ die zusammen den Kern des EU-Datenrechts bilden. Dabei schafft der Data Governance Act die Prozesse und Strukturen für die Bereitstellung und den Austausch von Daten, insbesondere der Weiterverwendung von Daten im Besitz öffentlicher Stellen, und der Data Act regelt insbesondere, wer unter welchen Bedingungen Daten nutzen können soll, die von vernetzten Produkten (z. B. Smartwatches, aber auch Industrieanlagen)⁶³⁴ generiert werden.⁶³⁵ Sowohl beim DGA als auch beim DA handelt es sich um horizontale, vollharmonisierende Verordnungen, die durch sektorspezifische Regelungen ergänzt werden können.⁶³⁶ Die beiden Regelungskomplexe sollen aufgrund ihrer zentralen Bedeutung für das Daten(zugangs)recht im Folgenden überblicksartig dargestellt werden.

⁶³¹ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Eine europäische Datenstrategie, COM(2020) 66 final, Brüssel, 2020, S. 2. Siehe zu dieser Strategie etwa Schreiber, K./Pommerening, P./Schoel, P., Das neue Recht der Daten-Governance: Data Governance Act (DGA), Baden-Baden, 2023, S. 34–37.

⁶³² Verordnung (EU) 2022/868 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2022 über europäische Daten-Governance und zur Änderung der Verordnung (EU) 2018/1724 (Daten-Governance-Rechtsakt) vom 30. Mai 2022, ABl L 152 vom 3. Juni 2022, 1.

⁶³³ Verordnung (EU) 2023/2854 des Europäischen Parlaments und des Rates über harmonisierte Vorschriften für einen fairen Datenzugang und eine faire Datennutzung sowie zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie (EU) 2020/1828 (Datenverordnung) vom 13. Dezember 2023, ABl L vom 22. Dezember 2023, 1.

⁶³⁴ S. o. zum Begriff der vernetzten Produkte Art. 2 Nr. 5 DA sowie unten Tz. 447.

⁶³⁵ Bundesregierung, Fortschritt durch Datennutzung, Strategie für mehr und bessere Daten für neue, effektive und zukunftsweisende Datennutzung, Berlin, 2023, S. 16.

⁶³⁶ Specht-Riemenschneider, L., Der Entwurf des Data Act, MMR, 2022, S. 809–826, S. 810.

2.1.1 Erleichterung des freiwilligen Datenteilens durch den Data Governance Act

442. Der Data Governance Act wurde am 2. Juni 2022 im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht. Die wesentlichen Zielsetzungen und Elemente des Data Governance Act wurden bereits in der EU-Datenstrategie umrissen.⁶³⁷ Der Data Governance Act enthält in seinen Kapiteln II bis IV drei Regelungsbereiche, die allesamt einer Förderung der gemeinsamen Datennutzung dienen.⁶³⁸

443. Kapitel II enthält Vorgaben für die Weiterverwendung bestimmter Kategorien geschützter Daten im Besitz öffentlicher Stellen. Insofern ergänzt Kapitel II des Data Governance Act die Richtlinie 2019/1024 der EU, die bereits Regelungen zur Weiterverwendung nicht geschützter („offener“) Daten im Besitz öffentlicher Stellen enthält.⁶³⁹ Der Data Governance Act erfasst geschützte Daten, sodass sich beide Rechtsakte ergänzen. Der für die Einstufung erforderliche „Schutz“ kann sich dabei aus Geschäftsgeheimnissen, statistischer Geheimhaltung, Schutz geistigen Eigentums sowie Datenschutz ergeben (vgl. Art. 3 DGA). Beiden Rechtsakten liegt gemäß Erwägungsgrund 6 DGA zugrunde, dass die mithilfe öffentlicher Mittel generierten Daten der Gesellschaft zugutekommen sollen. Weder die Richtlinie 2019/1024 noch der Data Governance Act schaffen indes einen Zugangsanspruch. Sie setzen diesen vielmehr voraus.⁶⁴⁰ Die Frage des Anwendungsvorrangs⁶⁴¹ in Bezug auf speziellere Normen oder Normen des Wettbewerbsrechts dürfte hinsichtlich des Datenzugangs keine Probleme ergeben, da der Data Governance Act selbst keine Ansprüche begründet. Er lässt zudem besondere Bestimmungen des Unionsrechts oder des nationalen Rechts über den Zugang zu bestimmten Kategorien von Daten unberührt (Art. 1 Abs. 2 DGA). Hinsichtlich des Wettbewerbsrechts betont Art. 1 Abs. 4 DGA ausdrücklich, dass dieses vom Data Governance Act unberührt bleibt.

444. Der Data Governance Act ist jedoch nicht auf Daten im Besitz öffentlicher Stellen beschränkt. Kapitel III enthält Regelungen zu Anforderungen an sog. Datenvermittlungsdienste. Dies sind gemäß Art. 2 Nr. 11 DGA grundsätzlich⁶⁴² Dienste, mit denen Geschäftsbeziehungen

⁶³⁷ EU-Datenstrategie, a. a. O., vgl. Fn. 631, S. 14–15.

⁶³⁸ Hennemann, M./Specht-Riemenschneider, L., in: Specht-Riemenschneider, L./Hennemann, M. (Hrsg.), Data Governance Act, 2023, Einleitung Rn. 41.

⁶³⁹ Richtlinie (EU) 2019/1024 des Europäischen Parlaments und des Rates über offene Daten und die Weiterverwendung von Informationen des öffentlichen Sektors (Neufassung) vom 20. Juni 2019, ABl L 172 vom 26. Juni 2016, 56. Diese Richtlinie wurde in Deutschland durch das Datennutzungsgesetz umgesetzt, Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des E-Government-Gesetzes und zur Einführung des Gesetzes für die Nutzung von Daten des öffentlichen Sektors, BT-Drs. 19/27442 vom 9. März 2021, S. 2.

⁶⁴⁰ Art. 1 Abs. 2 DGA, Art. 1 Abs. 3 RL 2019/1024, dazu Tolks, D., Die finale Fassung des Data Governance Act, MMR, 2022, S. 444–449, S. 445.

⁶⁴¹ Siehe zum Verhältnis des Data Governance Acts zu anderen Rechtsakten und -gebieten Hennemann/Specht-Riemenschneider, in: Data Gov. Act, a. a. O., vgl. Fn. 638, Einleitung Rn. 76 ff.

⁶⁴² In Art. 2 Nr. 11 Halbs. 2 DGA sind Ausnahmen von dieser Definition normiert.

zwischen betroffenen Personen⁶⁴³ oder Dateninhabern⁶⁴⁴ einerseits und Datennutzern⁶⁴⁵ andererseits hergestellt werden sollen, um die gemeinsame Datennutzung zu ermöglichen. Um die Nutzung von Datenvermittlungsdiensten zu fördern, soll das Vertrauen in sie gestärkt werden, indem harmonisierte Anforderungen festgelegt und von den nationalen Behörden durchgesetzt werden (Erwägungsgrund 32 DGA).

445. Kapitel IV enthält Regelungen für Datenaltruismus. Dies ist nach Art. 2 Nr. 16 DGA die freiwillige gemeinsame Nutzung von Daten auf der Grundlage der Einwilligung betroffener Personen bzw. einer Erlaubnis von Dateninhabern zur Nutzung ihrer nicht personenbezogenen Daten, ohne Entgelt für Ziele von allgemeinem Interesse, wie z. B. die Gesundheitsversorgung, die Bekämpfung des Klimawandels, die Verbesserung der Mobilität usw. Der Data Governance Act bezweckt mit seinen Regelungen, solche Formen des Datenteilens zu fördern und zur Entstehung von „ausreichend großen Datenbeständen“ beizutragen (Erwägungsgrund 45 DGA).

2.1.2 Datenzugangsbestimmungen des Data Act

446. Der Data Act verfolgt gemäß Art. 1 Abs. 1 DA sowie Erwägungsgrund 5 DA mehrere Zwecke: Erstens soll sichergestellt werden, dass Nutzer von vernetzten Produkten oder verbundenen Diensten zu fairen, angemessenen und nichtdiskriminierenden Bedingungen Zugriff auf die mit dem Produkt generierten Daten erhalten und an Dritte ihrer Wahl weitergeben können (Kapitel II-IV DA). Daneben enthält der Data Act unter anderem zweitens Bestimmungen zur Bereitstellung von Daten für öffentliche Stellen („B2G“) bei außergewöhnlichen Ereignissen (Kapitel V DA), drittens zum Wechsel zwischen Datenverarbeitungsdiensten (Kapitel VI DA) und viertens zur Verbesserung der Interoperabilität von Daten sowie der Datenweitergabe (Kapitel VIII DA). Die Regelungskomplexe zum Datenzugang in den Kapiteln II bis IV Data Act sowie zur Verbesserung der Interoperabilität erscheinen für die vorliegende Untersuchung als am relevantesten und sollen daher knapp skizziert werden.

447. Der Data Act erfasst in seinem Kapitel II grundsätzlich vor allem vernetzte Produkte (und mit ihnen verbundene Dienste⁶⁴⁶) im Sinne des Art. 2 Nr. 5 DA, d. h. Gegenstände, die Daten über ihre Nutzung oder Umgebung erlangen, generieren oder erheben und die Produktdaten⁶⁴⁷

⁶⁴³ Dies sind gemäß Art. 2 Nr. 7 DGA betroffene Personen im Sinne von Art. 4 Nr. 1 der DS-GVO, d. h. die Person, die von den infrage stehenden Daten identifizierbar ist.

⁶⁴⁴ Dateninhaber ist gemäß Art. 2 Nr. 8 DGA eine juristische oder natürliche Person, die in Bezug auf die betreffenden Daten keine betroffene Person ist, welche berechtigt ist, Zugang zu bestimmten Daten zu gewähren.

⁶⁴⁵ Datennutzer ist gemäß Art. 2 Nr. 9 DGA eine Person, die rechtmäßig Zugang zu bestimmten Daten hat und im Fall personenbezogener Daten berechtigt ist, diese zu nutzen.

⁶⁴⁶ Verbundene Dienste sind gem. Art. 2 Nr. 6 DA digitale Dienste, bei denen es sich nicht um elektronische Kommunikationsdienste handelt, die zum Zeitpunkt des Kaufs, der Miete oder des Leasings so mit dem Produkt verbunden sind, dass es ohne sie eine oder mehrere ihrer Funktionen nicht ausführen könnte oder die anschließend vom Hersteller oder einem Dritten mit dem Produkt verbunden werden, um die Funktionen des vernetzten Produkts zu ergänzen, zu aktualisieren oder anzupassen.

⁶⁴⁷ Produktdaten sind gemäß Art. 2 Nr. 15 DA Daten, die durch die Nutzung eines vernetzten Produkts generiert werden und die der Hersteller so konzipiert hat, dass sie über einen elektronischen Kommunikationsdienst, eine physische Verbindung oder einen geräteinternen Zugang von einem Nutzer, Dateninhaber oder Dritten – gegebenenfalls einschließlich des Herstellers – abgerufen werden können.

übermitteln können. Der Begriff ist weit zu verstehen. Er erfasst, wie Erwägungsgrund 14 aufzählt, Produkte in allen Bereichen der Wirtschaft und Gesellschaft, in Fahrzeugen, medizinischer Ausrüstung, Lifestyle-Ausrüstung, Haushaltsgeräten und industriellen Maschinen und Anlagen. Angesichts der Weite der erfassten Produkte und Dienste kann von einer „sektorübergreifenden Konzeption“ des Data Acts gesprochen werden, die zu einer Überschneidung mit zahlreichen sektorspezifischen Regelungen führt.⁶⁴⁸ Abgrenzungsregelungen zu anderen Rechtsbereichen sind im Wesentlichen in Art. 1 und Art. 44 Data Act enthalten und befassen sich zum einen mit dem Datenschutzrecht und zum anderen mit sektorspezifischen Datenzugangsregelungen.⁶⁴⁹ Danach gilt der Data Act unbeschadet des Datenschutzrechts auf nationaler und unionaler Ebene, das im Falle eines Widerspruchs vorrangig ist (Art. 1 Abs. 5 Data Act). Sektorspezifische Datenzugangsregelungen auf EU-Ebene bleiben gemäß Art. 44 Data Act, der in Erwägungsgrund 115 näher erläutert wird, ebenfalls unberührt. Eher deklaratorisch wird in Erwägungsgrund 116 klargestellt, dass der Data Act die Anwendung des AEUV und insbesondere die Art. 101 f. AEUV unberührt lässt.

448. Im Wesentlichen wird in den Kapiteln II bis IV des Data Act das Verhältnis zwischen Nutzern, Dateninhabern und Datenempfängern geregelt. Nutzer sind gemäß Art. 2 Nr. 12 DA natürliche oder juristische Personen, die vernetzte Produkte besitzen oder denen vertraglich zeitweilige Rechte für die Nutzung der vernetzten Produkte übertragen wurden oder die die verbundenen Dienste in Anspruch nehmen. Damit sind nicht nur Verbraucherinnen und Verbraucher (vgl. Art. 2 Nr. 23 DA) als Nutzer erfasst, sondern auch Unternehmen. Dateninhaber sind gemäß Art. 2 Nr. 13 DA natürliche oder juristische Person, die berechtigt oder verpflichtet sind,⁶⁵⁰ Daten zu nutzen und bereitzustellen, die sie während der Erbringung eines verbundenen Dienstes abgerufen oder generiert haben. Im Ergebnis kommt es für die Einstufung als Dateninhaber darauf an, wer die Datengenerierung faktisch kontrolliert.⁶⁵¹ Datenempfänger sind gemäß Art. 2 Nr. 14 DA natürliche oder juristische Personen, die zu Zwecken innerhalb ihrer gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit handeln, ohne Nutzer eines vernetzten Produktes oder verbundenen Dienstes zu sein, und denen vom Dateninhaber Daten bereitgestellt werden. Als zugangsberechtigte Datenempfänger nicht in Betracht

⁶⁴⁸ Wiedemann, N. T./Conrad, T./Salemi, S., Bereitstellung von Daten nach dem Data Act- offene Fragen und verbleibende Probleme, K&R, 2024, S. 157–163, S. 157.

⁶⁴⁹ Siehe dazu Schmidt-Kessel, M., Einordnung des Data Act in das Mehrebenensystem des Unionsprivatrechts, MMR, 2024, S. 122-128 (Beilage 1); Wiedemann u. a., Bereitstellung von Daten nach dem Data Act- offene Fragen und verbleibende Probleme, a. a. O., vgl. Fn. 648, S. 157–159.

⁶⁵⁰ Die Definition ist damit teilweise zirkelschlüssig, da Verpflichtungen des Data Act vielfach gerade erst an die Dateninhabereigenschaft anknüpfen, siehe dazu bereits Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Informationsrecht, den Ausschuss Geistiges Eigentum und den Ausschuss Europa zum Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rats über harmonisierte Vorschriften für einen fairen Datenzugang und eine faire Datennutzung (Datengesetz) vom 23. Februar 2022, COM(2022) 68 final (im Folgenden „Entwurf“), Stellungnahme Nr. 40/2022, S. 13.

⁶⁵¹ Heinzke, P./Herbers, B./Kraus, M., Datenzugangsansprüche nach dem Data Act, Betriebs-Berater, 2024, S. 649-655, S. 649.

kommen die „Torwächter“, die von der Europäischen Kommission im Rahmen des Digital Markets Act (DMA)⁶⁵² benannt wurden (Art. 5 Abs. 3, Art. 6 Abs. 2 lit. d DA).⁶⁵³ Insgesamt verfolgt der Data Act ein strikt nutzerzentriertes Modell mit zwingenden Datenzugangs-, Nutzungs- und Weitergaberechten des Nutzers, die grundsätzlich sowohl im B2C- als auch im B2B-Bereich gelten.⁶⁵⁴ Dieses nutzerzentrierte Modell zeigt sich darin, dass der Dateninhaber selbst die generierten nicht-personenbezogenen Daten gemäß Art. 4 Abs. 13 DA nur auf Grundlage eines Vertrags mit dem Nutzer nutzen darf.⁶⁵⁵ Im Folgenden wird ein Überblick über die wesentlichen Bestimmungen dieses Ansatzes gegeben.

449. Kapitel II des Data Acts regelt ausweislich seiner Überschrift die Datenweitergabe von Unternehmen an Verbraucherinnen und Verbraucher und zwischen Unternehmen.⁶⁵⁶ Zunächst ordnet Art. 3 DA an, dass vernetzte Produkte und verbundene Dienste so zu konzipieren und herzustellen sind, dass die Produkt- bzw. Dienstdaten standardmäßig für den Nutzer einfach, sicher, unentgeltlich in einem umfassenden, strukturierten, gängigen und maschinenlesbaren Format und, soweit relevant und technisch durchführbar, direkt zugänglich sind. Diese Pflicht richtet sich an den Hersteller bzw. Entwickler vernetzter Produkte bzw. verbundener Dienste, der oftmals mit dem Dateninhaber identisch sein wird.⁶⁵⁷ Subsidiär zum direkten Datenzugang des Nutzers gemäß Art. 3 DA sieht Art. 4 DA einen Anspruch des Nutzers vor, dass der Dateninhaber grundsätzlich ohne Weiteres verfügbare Daten⁶⁵⁸ kontinuierlich und in Echtzeit bereitstellt. Art. 5 DA räumt den Nutzern darüber hinaus ein Recht ein, die Daten an Dritte weiterzugeben. Dazu hat der Dateninhaber auf Verlangen des Nutzers einem Dritten die Daten bereitzustellen (Abs. 1).

450. In seinem Kapitel III enthält der Data Act Bestimmungen für den B2B-Bereich über die Bedingungen der Datenbereitstellung an Dritte inklusive einer Vergütung (Art. 8 ff. Data Act).⁶⁵⁹

⁶⁵² Verordnung (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (Gesetz über digitale Märkte) vom 14. September 2022, L 265 vom 12. Oktober 2022, 1.

⁶⁵³ Heinzke u.a., Datenzugangsansprüche nach dem Data Act, a. a. O., vgl. Fn. 651, S. 650.

⁶⁵⁴ Antoine, L., Datenzugangsrechte im finalen Data Act – Fortschritt, Rückschritt, neue Fragen? — Schlüssel zur Förderung datengetriebener Geschäftsmodelle?, CR, 40, 2024, S. 1–8, S. 2. Gegen diesen nutzerzentrierten Ansatz etwa Funk, A., Das Prinzip der Nutzerzentriertheit des Data Act – ein gravierender Strukturfehler – Untersuchung und Bewertung der zentralen Rolle des Nutzers in der Datenökonomie nach der Konzeption des Data Act, CR, 2023, S. 421–427.

⁶⁵⁵ Antoine, Datenzugangsrechte im finalen Data Act – Fortschritt, Rückschritt, neue Fragen? — Schlüssel zur Förderung datengetriebener Geschäftsmodelle?, a. a. O., vgl. Fn. 654, S. 6.

⁶⁵⁶ Ausführlich zu Kapitel II auch Schmidt-Kessel, M., Heraus- und Weitergabe von IoT-Gerätedaten, MMR, 2024, S. 75–82 (Beilage 1).

⁶⁵⁷ Heinzke u.a., Datenzugangsansprüche nach dem Data Act, a. a. O., vgl. Fn. 651, S. 651.

⁶⁵⁸ Dieser Begriff ist in Art. 2 Nr. 17 DA legaldefiniert und bezeichnet Produktdaten und verbundene Dienstdaten, die ein Dateninhaber ohne unverhältnismäßigen Aufwand rechtmäßig von dem vernetzten Produkt oder verbundenen Dienst erhält oder erhalten kann, wobei über eine einfache Bearbeitung hinausgegangen wird.

⁶⁵⁹ Antoine, Datenzugangsrechte im finalen Data Act – Fortschritt, Rückschritt, neue Fragen? — Schlüssel zur Förderung datengetriebener Geschäftsmodelle?, a. a. O., vgl. Fn. 654, S. 2. Ausführlich zu den Vorgaben der Art. 8 f. DA. Louven, S., Vorschriften im Data Act zur Ausgestaltung und Kompensation von Datenbereitstellungspflichten, MMR, 2024, S. 82–86 (Beilage 1).

Dabei ist bemerkenswert, dass die den Dateninhabern in den Kapiteln III und IV auferlegten Pflichten bzw. Klauselverbote gemäß Art. 8 Abs. 1 DA nicht nur für die Pflicht nach Art. 5 DA gelten, sondern für sämtliche Datenbereitstellungspflichten nach Unionsrecht oder im Einklang mit Unionsrecht erlassenen nationalem Recht. Damit handelt es sich bei den Art. 8-13 DA um eine Art allgemeines Schuldrecht für Datenzugangs- und Datendrittzugangsansprüche.⁶⁶⁰ Dies gilt gemäß Art. 50 Abs. 4 DA jedoch nur für gesetzliche Datenbereitstellungspflichten, die nach dem 12. September 2025 in Kraft treten. Art. 8 DA gestaltet den vorausgesetzten Kontrahierungszwang hin zu FRAND-Bedingungen⁶⁶¹ weiter aus und enthält ein bereichsspezifisches Diskriminierungsverbot mit Beweislastumkehr.⁶⁶²

451. Kapitel IV des Data Acts besteht nur aus einem einzigen Artikel. Dieser Art. 13 DA enthält Regelungen zur Verhinderung missbräuchlicher Vertragsgestaltungen in Bezug auf den Datenzugang und die Datennutzung zwischen Unternehmen.⁶⁶³ Die Norm ähnelt stark der aus dem allgemeinen Schuldrecht bekannten AGB-Kontrolle (§§ 305 ff. BGB). Als Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Klauseln sieht Art. 13 Abs. 1 DA vor, dass diese einseitig als nicht bindend anzusehen sind.

452. Kapitel VIII enthält schließlich mit seinen Art. 33-36 DA Vorschriften zur Interoperabilität⁶⁶⁴ und bildet somit das „regulatorische Herzstück“ zur Schaffung eines Datenbinnenmarkts auf tatsächlicher Ebene.⁶⁶⁵

2.2 Daten Zugangsregelungen hinsichtlich digitaler Plattformen

453. Der Digital Markets Act gilt gemäß Art. 1 Abs. 2 DMA für zentrale Plattformdienste, die Torwächter für Nutzer in der Union bereitstellen oder anbieten. Der Anwendungsbereich des DMA ist damit auf zentrale Plattformdienste beschränkt, die in Art. 2 Nr. 2 DMA abschließend⁶⁶⁶ genannt sind. Ein Unternehmen wird dann als Torwächter eingestuft, wenn es erheblichen Einfluss auf den Binnenmarkt hat, einen zentralen Plattformdienst bereitstellt, der gewerblichen Nutzern als wichtiges Zugangstor zu Endnutzern dient, und hinsichtlich seiner Tätigkeiten eine gefestigte und dauerhafte Position innehat oder absehbar ist, dass es eine solche

⁶⁶⁰ Schmidt-Kessel, Heraus- und Weitergabe von IoT-Gerätedaten, a. a. O., vgl. Fn. 656, S. 76.

⁶⁶¹ Der Begriff FRAND steht für Fair, Reasonable and Non-Discriminatory. Hinsichtlich der „Fairness“ der vereinbarten Bedingungen dürfte im Wesentlichen die Klauselkontrolle nach Art. 13 DA maßgeblich sein, vgl. Erwägungsgrund 44 DA.

⁶⁶² Louven, Vorschriften im Data Act zur Ausgestaltung und Kompensation von Datenbereitstellungspflichten, a. a. O., vgl. Fn. 659, S. 83–84.

⁶⁶³ Siehe dazu Schwamberger, S., Die Klauselkontrolle in Art. 13 Data Act, MMR, 2024, S. 96-101 (Beilage 1).

⁶⁶⁴ Diese ist in Art. 2 Nr. 40 DA legaldefiniert als Fähigkeit von zwei oder mehr Datenräumen oder Kommunikationsnetzen, Systemen, vernetzten Produkten, Anwendungen, Datenverarbeitungsdiensten oder Komponenten, Daten auszutauschen und zu nutzen, um ihre Funktionen auszuführen.

⁶⁶⁵ Siglmüller, J., Standardisierungsbestrebungen für das Rückgrat der europäischen Digitalwirtschaft, MMR, 2024, S. 112-116 (Beilage 1), S. 112 m. w. N.

⁶⁶⁶ König, M., in: Säcker, F. J. u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Europäisches Wettbewerbsrecht, Band 1/1, 4. Auflage 2023, Art. 2 DMA Rn. 10.

Position in naher Zukunft erlangen wird (Art. 3 Abs. 1 DMA). Art. 3 DMA gibt dazu einige quantitative Schwellenwerte und weitere qualitative Kriterien vor.⁶⁶⁷

454. Der Digital Markets Act, dessen Pflichtenkatalog teilweise auf der Fallpraxis der Europäischen Kommission beruht⁶⁶⁸, enthält hinsichtlich der Nutzung von Daten zwei Ansatzpunkte: Erstens darf der Torwächter gemäß Art. 5 Abs. 2, Art. 6 Abs. 2 und Art. 7 Abs. 8 DMA bestimmte (personenbezogene) Daten nicht verwenden. Dies dient insbesondere zum einen dazu, es dem Torwächter zu erschweren, Verbundvorteile zu generieren, die Markteintrittsschranken zu erhöhen sowie so die Bestreitbarkeit eines Marktes zu gefährden, und zum anderen dazu, der Ausbeutung von Nutzerinnen und Nutzern vorzubeugen.⁶⁶⁹ Diese Erwägungen dürften auch der Grund gewesen sein, Torwächter von Datenzugangsansprüchen des Data Acts auszunehmen (siehe dazu oben, Tz. 448). Zweitens sieht der Digital Markets Act in Art. 6 Abs. 8-11 Datenzugangsansprüche vor. Diese sind teilweise recht speziell: Dies betrifft etwa ein Zugangsrecht für Werbetreibende sowie Herausgeber, d. h. Anbieter von Online-Inhalten, für welche der Torwächter im Rahmen eines werbefinanzierten Geschäftsmodells Werbedienstleistungen erbringt und Anzeigen schaltet.⁶⁷⁰ Diese Kunden des Torwächters sollen Zugang zu seinen Instrumenten zur Leistungsmessung erhalten sowie zu den Daten, die erforderlich sind, um eine unabhängige Überprüfung des Werbeinventars⁶⁷¹ vornehmen zu können (Abs. 8). Damit sollen die Kunden der Torwächter in die Lage versetzt werden, die Leistung der von den Torwächtern bereitgestellten zentralen Plattformdienste zu bewerten. Speziell für Anbieter von konkurrierenden Online-Suchmaschinen enthält Abs. 11 ein Zugangsrecht gegenüber Torwächtern, die Online-Suchmaschinen betreiben. Das Recht umfasst den Zugang zu Ranking-, Anfrage-, Klick- und Ansichtsdaten zu fairen, zumutbaren und diskriminierungsfreien Bedingungen zum Zweck der Optimierung der eigenen Suchmaschine.⁶⁷² Abs. 10 räumt Endnutzerinnen und Endnutzern, d. h. nicht-gewerblichen Nutzerinnen und Nutzern zentraler Plattformdienste (Art. 2 Nr. 20 DMA), ein Recht auf Datenportabilität ein, das an das Portabilitätsrecht aus Art. 20 DSGVO angelehnt ist und dieses ergänzt.⁶⁷³

455. Die für die vorliegende Untersuchung bedeutsamste Norm ist Art. 6 Abs. 10 DMA. Gemäß dieser Norm hat der Torwächter gewerblichen Nutzern kostenlos einen effektiven, hochwertigen und permanenten Echtzeitzugang zu aggregierten und nichtaggregierten Daten zu gewähren, die im Zusammenhang mit der Nutzung der betreffenden zentralen Plattformdienste durch

⁶⁶⁷ Zu den bislang benannten Torwächtern und zentralen Plattformdiensten vgl. bereits Kapitel II Tz. 178 ff.

⁶⁶⁸ König, M., in: Säcker, F. J. u. a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Europäisches Wettbewerbsrecht, Band 1/1, 4. Auflage 2023, Einl. DMA Rn. 19, 27.

⁶⁶⁹ Bueren, E./Weck, T., in: Säcker, F. J. u. a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Europäisches Wettbewerbsrecht, Band 1/1, 4. Auflage 2023, Art. 5 DMA Rn. 55.

⁶⁷⁰ Bueren, E./Weck, T., in: Säcker, F. J. u. a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Europäisches Wettbewerbsrecht, Band 1/1, 4. Auflage 2023, Art. 6 DMA Rn. 194.

⁶⁷¹ Das Werbeinventar bezeichnet die Anzahl der Anzeigenplätze, die ein Herausgeber zur Verfügung hat, um sie an Werbetreibende zu verkaufen, Ebenda Rn. 198.

⁶⁷² Siehe dazu Erwägungsgrund 61 DMA.

⁶⁷³ Siehe zum Normzweck und zum Verhältnis des Art. 6 Abs. 9 DMA zu Art. 20 DSGVO Bueren/Weck, in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Europäisches Wettbewerbsrecht Band 1/1, a. a. O., vgl. Fn. 670, Art. 6 DMA Rn. 201, 206.

diese gewerblichen Nutzer und dessen Endnutzerinnen und Endnutzer bereitgestellt oder generiert werden. Sofern davon personenbezogene Daten betroffen sind, gilt dies nur unter weiteren Voraussetzungen, insbesondere einer Einwilligung der betroffenen Endnutzerinnen und Endnutzer. Der Grundgedanke dieser Norm entspricht damit der Erwägung des Data Acts: Da die gewerblichen Nutzer sowie die Endnutzerinnen und Endnutzer letztlich große Datenmengen bereitstellen und generieren, sollen auch sie Zugang zu diesen Daten erhalten.⁶⁷⁴ Insofern überschneiden sich Data Act und Digital Markets Act. Die Regelungskomplexe dürften nebeneinander anwendbar sein, da Art. 44 Abs. 1 Data Act besondere unionsrechtliche Datenbereitstellungspflichten, die bis zum 11. Januar 2024 in Kraft getreten sind, unberührt lässt. Der Digital Markets Act selbst lässt im Übrigen die Regelungen des allgemeinen Wettbewerbsrechts unberührt, Art. 1 Abs. 6 DMA.

456. Auf nationaler Ebene existiert seit der 10. GWB-Novelle mit § 19a GWB ebenfalls eine Rechtsgrundlage, die sich mit digitalen Plattformen befasst. Sie gibt dem Bundeskartellamt die Möglichkeit, Unternehmen, denen eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb zukommt, besondere Pflichten nach § 19 Abs. 2 GWB aufzuerlegen. Das Bundeskartellamt kann gemäß § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 GWB Unternehmen untersagen, die Interoperabilität von Produkten oder Leistungen oder die Portabilität von Daten zu verweigern oder zu erschweren und damit den Wettbewerb zu behindern. Im Ergebnis formuliert diese Norm zwar keinen eigenständigen Zugangsanspruch, sondern fordert eine Portabilität von Daten. Diese ist jedoch zwingende Voraussetzung für den Datenabruf.⁶⁷⁵ In umgekehrter Hinsicht, d. h. zur Unterbindung vertraglich eingeräumter Zugangsansprüche hat das Bundeskartellamt in einer vorläufigen Beurteilung § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 lit. a GWB herangezogen, um Verhaltensweisen zu unterbinden, die zu einer Einräumung von weitreichenden Datennutzungsrechten durch marktmächtige Unternehmen geführt haben.⁶⁷⁶ § 19a GWB lässt gemäß seines Absatzes 3 die Missbrauchsaufsicht gemäß den §§ 19, 20 GWB unberührt. Hinsichtlich der Normen des Unionsrechts ist der Anwendungsvorrang des Unionsrechts zu beachten, soweit nicht ausdrücklich in den jeweiligen Rechtsakten eine Fortgeltung auch der nationalen Vorschriften angeordnet ist. Gemäß Art. 3 Abs. 2 Satz 2 VO 1/2003 können die Mitgliedstaaten strengere innerstaatliche Vorschriften zur Missbrauchskontrolle erlassen, sodass die §§ 19, 19a, 20, GWB anwendbar bleiben. Hinsichtlich des Verhältnisses des § 19a GWB zum Digital Markets Act ist schließlich auf Art. 1 Abs. 6 lit. b DMA hinzuweisen. Danach lässt der Digital Markets Act die Anwendung nationaler Wettbewerbsvorschriften unberührt, mit denen andere Formen einseitiger Verhaltensweisen verboten werden, soweit sie auf andere Unternehmen als Torwächter angewandt werden oder Torwächtern damit weitere Verpflichtungen auferlegt werden.⁶⁷⁷ Danach kann das Bundeskartellamt gegen Unternehmen, die noch nicht als Torwächter eingestuft wurden, unbeschränkt auf der Grundlage von § 19a GWB vorgehen, bei einer Einstufung als Torwächter

⁶⁷⁴ Vgl. Erwägungsgrund 60 DMA.

⁶⁷⁵ Wagner, C./Oehm, T., in: Jaeger, W. u. a. (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Band VII, Sonderbereich Audiovisuelle Medien Rn. 240.

⁶⁷⁶ BKartA, B7-70/21, 5. Oktober 2023, Google Datenverarbeitung. Siehe dazu Tz. 469 sowie Kapitel II Tz. 206 ff.

⁶⁷⁷ Siehe hierzu auch Kapitel II Tz. 210.

hingegen nur über die Verpflichtungen der Art. 5-7 DMA hinausgehende Maßnahme ergreifen.⁶⁷⁸

2.3 Allgemeines Wettbewerbsrecht

457. Ein Anspruch auf Datenzugang kann sich ferner aus jeder der drei „Säulen“ des Wettbewerbsrechts ergeben: Er kann aus dem Missbrauchsverbot (§§ 19, 20 GWB, Art. 102 AEUV) folgen, wenn sich die Weigerung, einen Datenzugang zu gewähren, als Missbrauch einer marktstarken Stellung erweist (siehe dazu sogleich Abschnitt 2.3.1). Zudem kann sich dies auch im Rahmen des Kartellverbots (§ 1 GWB, Art. 101 AEUV) sowie der Fusionskontrolle ergeben (siehe dazu Abschnitt 2.3.2). Bei einer erheblichen und fortwährenden Störung des Wettbewerbs kommt auch die Anordnung eines Datenzugangs nach § 32f GWB in Betracht (siehe Abschnitt 2.3.3). In allen Fällen erscheint aufgrund der noch darzustellenden⁶⁷⁹ komplexen Gemengelage der Einstieg des Rechtsanwenders in die Untersuchung der Problemstellungen schwierig. Daher sollen – im vorliegenden Gutachten in einem ersten Schritt – in den Abschnitten 4 und 5 Prüfungsschemata für die Fusions- und die Missbrauchskontrolle entwickelt werden, um eine Bearbeitung der Fälle zu erleichtern. Diese Hinweise sind jedoch keineswegs als abschließend zu verstehen, sondern müssen vielmehr künftig weiter fortentwickelt werden. Sie sind ein Anstoß, um die Fallbearbeitung stärker zu systematisieren. Auch für die Behandlung des Kartellverbots ist die Entwicklung eines Schemas angezeigt. Die Monopolkommission plant, sich hiermit in künftigen Gutachten zu befassen.

2.3.1 Verweigerung des Datenzugangs als Missbrauch einer marktstarken Stellung

458. Dem allgemeinen Wettbewerbsrecht lassen sich im Rahmen der Missbrauchsaufsicht verschiedene Rechtsgrundlagen entnehmen, aus denen Unternehmen einen Anspruch auf Datenzugang ableiten können. Dieser kann sich insbesondere aus dem Behinderungs- und Diskriminierungsverbot gemäß § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB (ggf. i. V. m. § 20 Abs. 1, 1a GWB) bzw. Art. 102 AEUV ergeben (dazu sogleich 2.3.1.1). Zudem kann das in § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB bzw. Art. 102 AEUV verankerte Konzept der wesentlichen Einrichtung („essential facilities doctrine“) einschlägig sein (dazu 2.3.1.2). In den folgenden Abschnitten sollen überblicksartig die Rechtsgrundlagen dargestellt werden, aus denen ein Anspruch auf Datenzugang folgen kann. In Abschnitt 5 wird darauf aufbauend ein Prüfschema vorgeschlagen, mit dessen Hilfe der Datenzugang in der Missbrauchskontrolle geprüft werden kann.

2.3.1.1 Verweigerung des Datenzugangs als Verstoß gegen das Behinderungs- und das Diskriminierungsverbot

459. Die Verweigerung eines Zugangs zu Daten durch ein marktbeherrschendes Unternehmen kann einen Behinderungs- und Diskriminierungsmissbrauch gemäß § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB darstellen. Dies gilt etwa dann, wenn der Dateninhaber einzelne Anbieter diskriminiert. Als Fallbeispiel kann hierfür etwa die Entscheidung des Bundeskartellamts vom 26. Juni 2023

⁶⁷⁸ König, M., in: Säcker, F. J. u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Europäisches Wettbewerbsrecht, Band 1/1, 4. Auflage 2023, Art. 1 DMA Rn. 43.

⁶⁷⁹ Siehe dazu insbesondere Abschnitt 3.

gegenüber der Deutsche Bahn AG genannt werden, dass die Weigerung, bestimmte Daten zur Verfügung zu stellen, den Tatbestand der missbräuchlichen Behinderung und der Diskriminierung nach § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 und 2 GWB erfüllt.⁶⁸⁰ Die Weigerung, Datenzugang zu gewähren, kann sich auch als missbräuchlich im Sinne des Art. 102 AEUV erweisen. Insofern bestehen keine Unterschiede zwischen herkömmlichen Ressourcen und Daten.⁶⁸¹ Hinsichtlich der Prognosedaten, die die Deutsche Bahn AG einzelnen Unternehmen vorenthält, hat das Bundeskartellamt auch einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot aus Art. 102 AEUV angenommen.⁶⁸² Abseits dieses hier genannten Beispiels sind noch viele weitere Fallkonstellationen denkbar, unter denen sich die Verweigerung, Datenzugang zu gewähren, als missbräuchlich darstellen kann (siehe dazu auch Abschnitt 5).

460. Das GWB benennt darüber hinaus auch einige Fälle ausdrücklich, in denen die Verweigerung des Zugangs zu Daten missbräuchlich im Sinne des § 19 Abs. 1, Abs. 2 GWB sein kann. Erstens ist ein Zugang zu Daten seit der 10. GWB-Novelle nun ausdrücklich im Kontext des Konzepts der wesentlichen Einrichtungen in § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB normiert (siehe dazu unten, Kapitel 2.3.1.2). Zweitens kann gemäß § 20 Abs. 1a GWB die Verweigerung des Zugangs zu Daten gegen ein angemessenes Entgelt eine unbillige Behinderung nach § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB darstellen. Auch § 20 Abs. 1a GWB wurde im Zuge der 10. GWB-Novelle eingefügt. Damit wollte der Gesetzgeber einen kartellrechtlichen Anspruch auf Datenzugang für die Fälle gesetzlich regeln, in denen dem Zugang zu Daten aus wettbewerbllicher Sicht eine besondere Bedeutung zukommt.⁶⁸³ Bei dieser Einfügung handelt es sich nach Auffassung des Gesetzgebers um eine Klarstellung vor dem Hintergrund, dass es bisher an einer belastbaren und ausdifferenzierten Rechtsprechung mit Blick auf datenspezifische Konstellationen fehlt.⁶⁸⁴ Gemäß § 20 Abs. 1 GWB gilt das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot aus § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB auch für relativ marktmächtige Unternehmen, d. h. wenn zwischen Anbieter und Nachfrager ein Abhängigkeitsverhältnis besteht. Abs. 1a stellt nun klar, dass sich ein solches Abhängigkeitsverhältnis auch daraus ergeben kann, dass ein Unternehmen auf den Zugang zu Daten angewiesen ist. Unter diesen Voraussetzungen kann die Verweigerung des Datenzugangs gegen angemessenes Entgelt eine unbillige Behinderung sein (§ 20 Abs. 1a S. 2 GWB), sofern im Einzelfall keine sachliche Rechtfertigung vorliegt. Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn Datenschutzverstöße

⁶⁸⁰ BKartA, B9-144/19, 26. Juni 2023, Deutsche Bahn, Rn. 710. Siehe zu diesem Verfahren auch den Fallüberblick unter Kapitel II Tz. 202 sowie zur Bedeutung dieses Datenzugangs und dem Vorliegen der Tatbestandsmerkmale des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB Monopolkommission, 9. Sektorgutachten Bahn (2023): Time to GO: Endlich qualitätswirksam in den Wettbewerb!, Baden-Baden, 2023, Tz. 117 ff.

⁶⁸¹ Schmidt, S., Zugang zu Daten nach europäischem Kartellrecht, Tübingen, 2020, S. 390 m. W. N.

⁶⁸² BKartA, B9-144/19, Deutsche Bahn, a. a. O., vgl. Fn. 680, Rn. 917 ff.

⁶⁸³ 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. 56.

⁶⁸⁴ Ebenda, S. 80.

drohen. In diesem Fall kann der grundsätzlich bestehende Zugangsanspruch jedoch dazu führen, dass der Dateninhaber im Einzelfall dazu verpflichtet ist, an der Herstellung der notwendigen Datenschutzkonformität mitzuwirken.⁶⁸⁵

461. In der Gesetzesbegründung der Bundesregierung werden zwei Konstellationen genannt, die bei der Erstellung des Gesetzes als relevant angesehen wurden:⁶⁸⁶ erstens Vertragsverhältnisse innerhalb von Wertschöpfungsnetzwerken, wie etwa im Bereich des Internet of Things (IoT).⁶⁸⁷ Sofern im Rahmen von Wertschöpfungsnetzwerken gemeinsame Wertschöpfungsbeiträge erbracht werden, sollen die im Rahmen des entsprechenden Vertragsverhältnisses erzeugten Daten grundsätzlich gemeinsam genutzt werden können. Der Gesetzgeber ist hier der Auffassung, dass dies ohnehin häufig im beiderseitigen Interesse der Vertragspartner liegen dürfte, etwa durch eine Verbesserung der jeweiligen Wertschöpfungsbeiträge. Als zweite Konstellation hatte der Gesetzgeber die Fälle vor Augen, in denen ein Dritter Datenzugang begehrt, der Dienste auf einem vor- oder nachgelagerten Markt anbieten möchte.⁶⁸⁸ Über die bestehende Rechtslage wohl hinausgehend, ordnet § 20 Abs. 1a Satz 3 GWB ausdrücklich an, dass auch die erstmalige Belieferung von Dritten erfasst sein soll, da die bisherige Rechtsprechung diesbezüglich unklar erschien.⁶⁸⁹ Diese Fallkonstellation entspricht der des Missbrauchsverfahrens gegenüber der Deutsche Bahn AG bezüglich der Verweigerung des Zugangs zu Prognosedaten. Das Bundeskartellamt hat seine Missbrauchsverfügung gegenüber der Deutsche Bahn AG daher auch auf diesen Tatbestand gestützt.⁶⁹⁰

462. Gleichmaßen wie im GWB kann die Weigerung, Datenzugang zu gewähren, auch einen Behinderungsmissbrauch gemäß Art. 102 AEUV darstellen.⁶⁹¹ Das Bundeskartellamt hat in seiner Entscheidung gegenüber der Deutsche Bahn AG aber offengelassen, ob auch dieser Tatbestand erfüllt ist.⁶⁹²

⁶⁸⁵ LG Berlin, 16 O 49/23 Kart, 7. September 2023, Ride-Hailing-Apps, Rn. 78.

⁶⁸⁶ Bundesregierung, BT-Drs. 19/23492, a. a. O., vgl. Fn. 683, S. 80.

⁶⁸⁷ Diese Konstellation ähnelt dem Szenario, mit dem sich der Data Act (siehe dazu oben, Abschnitt 2.1.2) befasst: Bei der Verwendung von vernetzten Produkten („Internet of Things“, IoT) und Diensten tragen sowohl der Nutzer des Geräts als auch derjenige, der den Zugang zu den vom Gerät generierten Daten kontrolliert, zur Schöpfung der Daten bei (sog. Wertschöpfungsnetzwerke). Der Data Act löst dieses Spannungsverhältnis mit einem nutzerzentrierten Ansatz zugunsten des Nutzers auf (vgl. Art. 4 Abs. 13 DA). Fraglich ist, inwiefern im IoT-Bereich der Data Act vorrangig ist und eine abschließende Sonderregelung bildet. Das Verhältnis des Data Act zu anderen Normen ist in den Art. 1 und 44 Data Act geregelt, die sich hierzu aber nicht ausdrücklich äußern (siehe dazu oben, Tz. 447). Für eine zumindest subsidiär bestehende Anwendbarkeit des GWB spricht indes Erwägungsgrund 116 Data Act, gemäß dem die Anwendung der Wettbewerbsvorschriften unberührt bleiben sollen, auch wenn nur die Art. 101 f. AEUV ausdrücklich erwähnt werden.

⁶⁸⁸ Bundesregierung, BT-Drs. 19/23492, a. a. O., vgl. Fn. 683, S. 81.

⁶⁸⁹ Ebenda, S. 81.

⁶⁹⁰ BKartA, B9-144/19, Deutsche Bahn, a. a. O., vgl. Fn. 680, Rn. 900 ff. Siehe dazu auch Monopolkommission, 9. Sektorgutachten Bahn, a. a. O., vgl. Fn. 680, Tz. 169 ff.

⁶⁹¹ Siehe dazu ausführlich Schmidt, Zugang zu Daten nach europäischem Kartellrecht, a. a. O., vgl. Fn. 681, S. 381 ff.

⁶⁹² BKartA, B9-144/19, Deutsche Bahn, a. a. O., vgl. Fn. 680, Rn. 921 f.

2.3.1.2 Datenzugang als wesentliche Einrichtung

463. In § 19 GWB wurde im Zuge der 10. GWB-Novelle hinsichtlich des in § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB normierten Konzepts⁶⁹³ der wesentlichen Einrichtung („essential facilities doctrine“) nunmehr ausdrücklich die Verweigerung des Zugangs zu Daten als möglicher Missbrauch aufgezählt. Dabei sollte es sich lediglich um eine Klarstellung handeln, dass insbesondere auch die Verweigerung des Zugangs zu wettbewerbsrelevanten Daten den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung begründen kann.⁶⁹⁴ Im Vergleich zu § 20 Abs. 1a GWB sind die Voraussetzungen für § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB strenger gefasst: Bei § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB ist es erstens erforderlich, dass der Zugang zu Daten objektiv notwendig ist, um auf dem Markt tätig zu sein. Zweitens muss durch die Zugangsverweigerung die Ausschaltung des wirksamen Wettbewerbs auf diesem Markt drohen. § 20 Abs. 1a GWB hingegen setzt für eine (mögliche) datenbedingte Abhängigkeit lediglich voraus, dass ein Unternehmen auf den Datenzugang „angewiesen“ ist.⁶⁹⁵ Nach Auffassung des Bundeskartellamts ist dieses Tatbestandsmerkmal bereits dann erfüllt, wenn das zugangsbegehrende Unternehmen den Zugang für die Verbesserung eigener Leistungen benötigt, auch wenn die Leistungen grundsätzlich auch ohne den Datenzugang angeboten werden könnten.⁶⁹⁶ Auch im Rahmen des § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB kommt im Einzelfall eine sachliche Rechtfertigung in Betracht, etwa im Fall von Datenschutzverstößen, die wettbewerbliche Auswirkungen haben.⁶⁹⁷

464. Auch bei der Anwendung von Art. 102 AEUV ist das Konzept der wesentlichen Einrichtungen als ein Grundtyp missbräuchlicher Geschäftsverweigerung anerkannt.⁶⁹⁸ Zu wesentlichen Einrichtungen können grundsätzlich auch Informationen zählen.⁶⁹⁹ Hinsichtlich urheberrechtlich geschützten Gütern hatte der EuGH in dem Fall „IMS Health“ entschieden, dass das ausschließliche Recht der Vervielfältigung zu den Vorrechten des Inhabers eines Immaterialgüterrechts gehört und folglich die Ausübung dieses Rechts (nur) unter außergewöhnlichen Umständen ein missbräuchliches Verhalten darstellen kann, etwa wenn der Zugang unentbehrlich ist.⁷⁰⁰ Letzteres ist dann der Fall, wenn die Weigerung das Auftreten neuer bzw. innovativerer Erzeugnisse verhindert, nach denen eine potenzielle Nachfrage der Verbraucher besteht, sie nicht gerechtfertigt ist und sie geeignet ist, jeglichen Wettbewerb auf einem abgeleiteten

⁶⁹³ Zu Art. 102 AEUV siehe sogleich Tz. 464.

⁶⁹⁴ Bundesregierung, BT-Drs. 19/23492, a. a. O., vgl. Fn. 683, S. 72.

⁶⁹⁵ BKartA, B9-144/19, Deutsche Bahn, a. a. O., vgl. Fn. 680, Rn. 906. Siehe dazu auch Monopolkommission, 9. Sektorgutachten Bahn, a. a. O., vgl. Fn. 680, Tz. 169.

⁶⁹⁶ BKartA, B9-144/19, Deutsche Bahn, a. a. O., vgl. Fn. 680, Rn. 906. Siehe zu den Konstellationen, die der Gesetzgeber bei Schaffung der Norm vor Augen hatte bereits oben, Tz. 461.

⁶⁹⁷ LG Berlin, 16 O 49/23 Kart, Ride-Hailing-Apps, a. a. O., vgl. Fn. 685, Rn. 78.

⁶⁹⁸ EuGH, C-7/97, 26. November 1998, Bronner. Siehe zu der EuGH-Rechtsprechung Bien, F., in: Säcker, F. J. u. a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Europäisches Wettbewerbsrecht, Band 1/1, 4. Auflage 2023, Art. 102 AEUV Rn. 488.

⁶⁹⁹ Bien, in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Europäisches Wettbewerbsrecht Band 11, a. a. O., vgl. Fn. 698, Art. 102 AEUV Rn. 495.

⁷⁰⁰ EuGH, C-418/01, 29. April 2004, IMS Health. Siehe dazu auch Dreher, M./Kulka, M., Wettbewerbs- und Kartellrecht: eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Rechts, 11. Auflage, Heidelberg, 2021, Rn. 1233.

Markt auszuschließen.⁷⁰¹ Wann diese Kriterien erfüllt sind, kann letztlich nur im Einzelfall beurteilt werden.⁷⁰² In Abschnitt 5 wird weitergehend auf das Konzept der „Wesentlichen Einrichtung“ eingegangen werden.

2.3.2 Relevanz von Datenzugang im Rahmen des Kartellverbots und der Fusionskontrolle

465. Auch das Kartellverbot aus § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV kann hinsichtlich eines Zugangs zu Daten relevant sein: Einerseits sind Rechtsverstöße dahingehend denkbar, dass Absprachen hinsichtlich Datenpreisen stattfinden⁷⁰³ oder sonstige Vereinbarungen getroffen werden, die Dritten Zugang zu Daten erschweren, etwa Ausschließlichkeitsvereinbarungen⁷⁰⁴. Andererseits kann das Kartellverbot einem Zugang zu Daten auch entgegenstehen, etwa wenn sich dies als unzulässiger Informationsaustausch zwischen Unternehmen erweist (siehe dazu unten Abschnitt 2.4). Dieser letztgenannte Aspekt könnte künftig erheblich an Bedeutung gewinnen. Anwendungsfälle sind etwa Datenpools,⁷⁰⁵ in die zwei oder mehr Unternehmen ähnliche Daten einspeisen, die jeweils bei ihnen anfallen. Auch für derartige Konstellationen sollte daher künftig ein Prüfschema entwickelt werden.

466. Zudem kann im Rahmen der Fusionskontrolle⁷⁰⁶ geprüft werden, über welche Daten die Zusammenschlussparteien verfügen bzw. verfügen könnten, und ob sich der Zusammenschluss darauf auswirkt, ob oder wie diese Daten anderen Unternehmen zur Verfügung gestellt werden. In Kapitel 4 wird ein Prüfschema skizziert werden, mittels dessen der Datenzugang systematisch bei Zusammenschlussvorhaben geprüft werden kann. Auch im Wege der Fusionskontrolle kann Dritten ein Anspruch auf den Zugang zu Daten erwachsen. Ein Beispiel hierfür ist das Fusionskontrollverfahren Google/Fitbit.⁷⁰⁷ Fitbit entwickelte und verkaufte insbesondere Fitnesstracker und Smartwatches, die Gesundheits- und Aktivitätsdaten (z. B. Herzfrequenz, tägliche Schrittzahl, Sauerstoffsättigung, zurückgelegte Strecke) sammeln.⁷⁰⁸ Diese Geräte

⁷⁰¹ Zusammenfassend Dreher/Kulka, Wettbewerbs- und Kartellrecht, a. a. O., vgl. Fn. 700, Rn. 1234.

⁷⁰² Ausführlich zu den Voraussetzungen von Ansprüchen auf Datenzugang aus Art. 102 AEUV Schmidt, Zugang zu Daten nach europäischem Kartellrecht, a. a. O., vgl. Fn. 681, S. 381 ff.

⁷⁰³ Dewenter, R./Louven, S., Plattformwettbewerb, Wert von Daten und Schadensschätzung, Wirtschaft und Wettbewerb, 2023, S. 197–203, S. 198.

⁷⁰⁴ Kemper, R., EU-Data Governance Act (DGA) und EU-Data Act (DA) im Kontext der EU-Strategie für digitale Daten, juris GmbH, AnwZert ITR 5/2022 Anm 2, 2022. Siehe auch Nr. 382 Horizontalleitlinien, Leitlinien zur Anwendbarkeit des Artikels 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit vom 1. Juni 2023, C 259 vom 21. Juli 2023, 1.

⁷⁰⁵ Ausführlich dazu Schäfer, L., Datenkooperation durch Datenpooling: eine rechtstatsächliche, rechtsökonomische, kartell- und datenregulierungsrechtliche Untersuchung, Baden-Baden, 2023.

⁷⁰⁶ Siehe zur Fusionskontrolle bezüglich Datenkooperationen durch Datenpooling Ebenda, S. 429 ff.

⁷⁰⁷ Siehe dazu bereits Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten: Wettbewerb 2022, Baden-Baden, 2022, Tz. 201.

⁷⁰⁸ EU-Kommission, M.9660, 17. Dezember 2020, Google/Fitbit, C(2020) 9105 final, Rn. 28.

können entweder mit der herstellereigenen App oder einer App eines Drittherstellers verbunden werden, die über eine Schnittstelle die generierten Daten erhält.⁷⁰⁹ Die Europäische Kommission hatte im Fusionskontrollverfahren Bedenken, dass nach der Fusion der bestehende Zugang konkurrierender Gesundheitsdienstleister eingeschränkt werden könnte.⁷¹⁰ Um diesen Bedenken zu begegnen, hat sich Google im weiteren Verfahren durch eine Verpflichtungszusage unter anderem dazu verpflichtet, den Zugang Dritter mittels einer Webschnittstelle für den Zeitraum von zehn Jahren weiterhin zu gewährleisten.⁷¹¹

2.3.3 Anordnung von Datenzugang im Anschluss an eine Sektoruntersuchung des Bundeskartellamts

467. Eine weitere Norm, die sich explizit mit Datenzugang befasst, ist § 32f Abs. 3 Satz 7 Nr. 1 i. V. m. Satz 6 GWB. Sie enthält Abhilfemaßnahmen, die im Anschluss an eine Sektoruntersuchung nach § 32e GWB ergriffen werden können. Stellt das Bundeskartellamt im Rahmen der Sektoruntersuchung fest, dass eine erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs vorliegt und die Anwendung der sonstigen Befugnisse nach Teil 1 des GWB voraussichtlich nicht ausreichend erscheint, um die Störung des Wettbewerbs wirksam und dauerhaft zu beseitigen, kann das Bundeskartellamt insbesondere die in Satz 7 genannten Abhilfemaßnahmen ergreifen. § 32f GWB wurde im Zuge der 11. GWB-Novelle eingefügt.⁷¹² Das Bundeskartellamt kann als Abhilfemaßnahme insbesondere die Gewährung des Zugangs zu Daten, Schnittstellen, Netzen oder sonstigen Einrichtungen anordnen. Als ultima ratio ist in § 32f Abs. 4 GWB auch eine eigentumsrechtliche Entflechtung vorgesehen. Eine solche eigentumsrechtliche Entflechtung hatte auch die Europäische Kommission gegenüber Google im Missbrauchsverfahren „Adtech“ angedroht.⁷¹³ Mit der Schärfung des Instrumentes der Sektoruntersuchung wollte der Gesetzgeber das Aufgreifen von Störungen des Wettbewerbs ermöglichen, die bislang weder im Rahmen der Fusionskontrolle geprüft noch als wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen bzw. abgestimmte Verhaltensweisen oder Marktmachtmissbrauch unterbunden werden konnten.⁷¹⁴

2.4 Rechtliche Grenzen des Datenzugangs

468. Datenzugänge können aus rechtlichen Gründen eingeschränkt sein. Dies gilt erstens in der Hinsicht, dass Unternehmen einen Datenzugang vereinbart haben, dies jedoch aus rechtlichen Gründen unzulässig ist (dazu sogleich Tz. 469 f.). Zweitens sind auch dem Gesetzgeber – insbesondere aus den Grundrechten – Grenzen dabei gesetzt, Daten Zugangsregelungen zu schaffen (dazu Tz. 471 f.).

⁷⁰⁹ Ebenda, Rn. 41.

⁷¹⁰ Ebenda, Rn. 503 ff.

⁷¹¹ Ebenda, Rn. 898 ff.

⁷¹² Siehe dazu Kapitel II Tz. 157 ff.

⁷¹³ EU-Kommission, Kommission übermittelt Google Mitteilung der Beschwerdepunkte wegen missbräuchlicher Praktiken im Bereich der Online-Werbetechnologie, Pressemitteilung, 14. Juni 2023.

⁷¹⁴ Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und anderer Gesetze, BT-Drs.20/6824 vom 16. Mai 2023, S. 27.

469. Vereinbarungen, die einen Datenzugang vorsehen, können sich erstens aus dem Blick der Missbrauchskontrolle als unzulässig darstellen. Das gilt etwa dann, wenn sich marktmächtige Unternehmen weitreichende Datenzugangs- oder -nutzungsrechte einräumen lassen, damit Nutzer bestimmte Dienste des Unternehmens in Anspruch nehmen können. In einer derartigen Konstellation hatte etwa Google in einem Verfahren wegen eines möglichen Verstoßes gegen § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 lit. a GWB gegenüber dem Bundeskartellamt eine Verpflichtungszusage abgegeben, den Nutzerinnen und Nutzern ausreichende Wahlmöglichkeiten zu geben, eine Datenverarbeitung ablehnen zu können.⁷¹⁵ Konkret hat sich Google in dem Verfahren unter anderem dazu verpflichtet, keine Datenverarbeitungskonditionen mehr zu verwenden, welche für Google die Möglichkeit vorsehen, personenbezogene Daten aus einem von den Verpflichtungszusagen erfassten Dienst mit personenbezogenen Daten aus anderen Diensten von Google zusammenzuführen.⁷¹⁶ Gegenüber Amazon hat die Europäische Kommission im Jahr 2022 Verpflichtungszusagen erwirkt, die eine Nutzung von Daten von Dritthändlern zur Optimierung der Geschäfte von Amazon als Onlinehändler unterbindet.⁷¹⁷ Auch Datenschutzverstöße können grundsätzlich im Rahmen der Missbrauchsaufsicht unterbunden werden, wenn sie Ausdruck des Missbrauchs einer marktstarken Stellung sind.⁷¹⁸ Exemplarisch hierfür kann die Missbrauchsentscheidung des Bundeskartellamts gegenüber dem Mutterunternehmen von Facebook, Meta, genannt werden.⁷¹⁹ Nach den Feststellungen des Bundeskartellamts ist Facebook bzw. Meta auf dem Markt für soziale Netzwerke für private Nutzer in Deutschland marktbeherrschend und nutzte diese Stellung missbräuchlich aus, indem es die Nutzung von Facebook davon abhängig machte, dass die bei der Verwendung von konzerneigenen Diensten und Diensten von Drittunternehmen erhobenen personenbezogenen Daten ohne wirksame Einwilligung mit den Daten des Facebook-Kontos verknüpft und verarbeitet wurden.⁷²⁰

470. Die Vereinbarung, Datenzugang zu gewähren, kann sich zweitens auch als Verstoß gegen das Kartellverbot aus § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV erweisen.⁷²¹ Zur Beurteilung, wie eine horizontale Zusammenarbeit, die insbesondere darin besteht, Daten auszutauschen, vor dem Hintergrund von Art. 101 AEUV zu bewerten ist, gibt die Europäische Kommission in Tz. 366 ff. der Horizontalleitlinien⁷²² Hinweise. Problematisch kann ein Datenaustausch etwa sein, wenn der Austausch (sensibler) Geschäftsinformationen, z. B. über die Preisgestaltung, die Transparenz

⁷¹⁵ Siehe dazu Kapitel II Tz. 206 ff.

⁷¹⁶ BKartA, B7-70/21, Google Datenverarbeitung, a. a. O., vgl. Fn. 676, Rn. 62.

⁷¹⁷ EU-Kommission, C (2022) 9442 final, 20. Dezember 2022, Amazon Marketplace (AT.40462) und Amazon Buy Box (AT.40703). Siehe dazu oben, Abschnitt 3.4.3.

⁷¹⁸ Dazu ausführlich Barth, J., Datenschutzrechtsverstöße als kartellrechtlicher Konditionenmissbrauch: der Fall Facebook vor dem Bundeskartellamt, Baden-Baden, 2020.

⁷¹⁹ BKartA, B6-22/16, 6. Februar 2019, Facebook (Meta).

⁷²⁰ Siehe zur Entscheidung des Bundeskartellamts Monopolkommission, XXIII. Hauptgutachten: Wettbewerb 2020, 2020, Tz. 341. Zur Entscheidung des EuGH in diesem Verfahren siehe Kapitel II Tz. 217.

⁷²¹ Siehe zur kartellrechtlichen Zulässigkeit von Datenkooperation durch Datenpooling Schäfer, Datenkooperation durch Datenpooling, a. a. O., vgl. Fn. 705, S. 239 ff.

⁷²² Leitlinien zur Anwendbarkeit des Artikels 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, a. a. O., vgl. Fn. 704.

zwischen den Wettbewerbern künstlich erhöht, die Koordinierung des Verhaltens der Unternehmen erleichtert, was mithin zu Wettbewerbsbeschränkungen führt (Tz. 377 Horizontalleitlinien). Insbesondere ist die Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auch nicht eingeschränkt, wenn im Rahmen von Regulierungsentscheidungen betroffenen Unternehmen Ermessensspielräume verbleiben (Tz. 372 Horizontalleitlinien).

471. Ferner kann ein hoheitlich ausgeübter Zwang, Datenzugang zu gewähren, grundrechtlich geschützte Positionen tangieren und unter Umständen unzulässig sein. Dies betrifft die berufliche Betätigungsfreiheit der Unternehmen. Auf nationaler Ebene ist bei Anordnungen der Exekutive, etwa in Missbrauchsverfahren, und bei der Schaffung von Gesetzen die Berufsfreiheit aus Art. 12 GG bzw. subsidiär die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG zu berücksichtigen. Sofern Eingriffe seitens der Europäischen Union erfolgen, sind insbesondere die Grundrechte aus Art. 15 und Art. 16 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh) zu beachten. Weniger steuerungsrelevant dürfte hingegen die Eigentumsfreiheit aus Art. 14 GG bzw. Art. 17 GRCh sein. Inwieweit Daten überhaupt einem absoluten Schutz im Sinne eines „Dateneigentums“ genießen können, dürfte im Ergebnis weitgehend der Entscheidung des Gesetzgebers überlassen sein.⁷²³ Bisweilen ist ein Grundrechtsschutz zwar anerkannt, dies jedoch hinsichtlich spezieller Rechtspositionen (z. B. Kundenstamm und Geschäftsverbindungen im Rahmen des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs, urheberrechtliche und sonst immaterialgüterrechtlich geschützte Positionen usw.).⁷²⁴ Sofern es sich bei den Daten um Berufs- und Geschäftsgeheimnisse handelt, unterfallen sie der unionsrechtlichen Eigentumsgarantie und der Berufsfreiheit sowie der Berufsfreiheit nach Art. 12 GG und der Eigentumsgarantie nach Art. 14 GG, auch wenn das Bundesverfassungsgericht letzteres bislang offengelassen hat.⁷²⁵

472. Noch bedeutsamer für den Zugang zu Daten ist das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG bzw. auf Unionsebene Art. 16 AEUV bzw. Art. 8 GRCh. Bei Zugang zu personenbezogenen Daten ist stets das Datenschutzrecht und insbesondere die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) zu berücksichtigen. Dementsprechend wird in den Vorschriften zum Datenzugang regelmäßig betont, dass das Datenschutzrecht unberührt bleibt und Vorrang genießt (z. B. Art. 1 Abs. 5 DA, Art. 1 Abs. 3 DGA).⁷²⁶ Im Einzelfall kann daher die Verweigerung, Datenzugang zu gewähren, im Rahmen der Missbrauchskontrolle als sachlich gerechtfertigt anzusehen sein, etwa wenn Datenschutzverstöße drohen.⁷²⁷

⁷²³ Haustein, B., Möglichkeiten und Grenzen von Dateneigentum, Baden-Baden, 2021, S. 125. Ob etwa durch den Data Act den Nutzern absolute und damit letztlich eigentumsähnliche Rechte zuweist, wird etwa in der Literatur diskutiert und zu Recht abgelehnt, Schmidt-Kessel, Heraus- und Weitergabe von IoT-Gerätedaten, a. a. O., vgl. Fn. 656, S. 78.

⁷²⁴ Haustein, Möglichkeiten und Grenzen von Dateneigentum, a. a. O., vgl. Fn. 723, S. 125 f.

⁷²⁵ Gurlit, E., in: Säcker, F. J./Körber, T. (Hrsg.), TKG, TTDSG, Kommentar, 4. Auflage 2023, § 216 TKG Rn. 11.

⁷²⁶ Siehe zum Verhältnis des Data Act zum Datenschutzrecht etwa Wiedemann u. a., Bereitstellung von Daten nach dem Data Act- offene Fragen und verbleibende Probleme, a. a. O., vgl. Fn. 648, S. 157 ff.

⁷²⁷ LG Berlin, 16 O 49/23 Kart, Ride-Hailing-Apps, a. a. O., vgl. Fn. 685, Rn. 78.

2.5 Zwischenfazit

473. Ein Anspruch auf Datenzugang kann sich aus den Vorgaben des allgemeinen Wettbewerbsrechts ergeben, insbesondere im Rahmen der Missbrauchs- und Fusionskontrolle. Daneben wurden in einzelnen Wirtschaftsbereichen, beispielsweise für digitale Plattformen, teilweise sehr spezielle Regelungen zum Datenzugang geschaffen. Über diese spezifischen Daten Zugangsregelungen hinausgehend wird im Rahmen der EU-Datenstrategie seit einigen Jahren ein sektorübergreifender Ansatz zum Datenzugang verfolgt. Der in diesem Rahmen geschaffene Data Governance Act soll das freiwillige Teilen von Daten fördern und der Data Act führt sektorübergreifende Daten Zugangsregelungen für vernetzte Produkte und verbundene Dienste sowie einen Rahmen für Datenbereitstellung und Interoperabilität ein. Die genannten Rechtsgrundlagen überschneiden sich teilweise, sind teilweise aber auch als komplementär zueinander anzusehen. Daher ist es vielfach nicht ohne weiteres ersichtlich, welche Norm Anwendung findet. Grundsätzlich gilt, dass die speziellere Norm vorrangig ist. Als am allgemeinsten können grundsätzlich die Regelungen des allgemeinen Wettbewerbsrechts (§§ 19, 20 GWB, Art. 101, 102 AEUV) angesehen werden. Als spezieller sind Regelungen anzusehen, die explizit Zugangsansprüche zu Daten und Einzelheiten dazu regeln, sich jedoch nicht auf einen besonderen Wirtschaftszweig fixieren (z. B. Data Act⁷²⁸). Noch spezieller sind Normen, die ebenfalls ausdrücklich den Datenzugang als solchen regeln, sich dabei an einzelne Wirtschaftsbereiche richten. Dazu zählen insbesondere die sektorspezifischen Vorschriften zu digitalen Plattformen (§ 19a GWB und Digital Markets Act).⁷²⁹ Darüber hinaus existieren zahlreiche weitere Normen, die sich mit dem Zugang zu Daten befassen (z. B. für den Personennahverkehr,⁷³⁰ bezüglich Energieversorger⁷³¹ usw.), was vorliegend allerdings lediglich angedeutet werden kann. Ein Anwendungsvorrang kann sich jedoch nicht nur aus dem Spezialitätsgrundsatz, sondern auch der Normenhierarchie und insbesondere dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts vor nationalem Recht ergeben. Zudem wird in den entsprechenden Gesetzen in der Regel ausdrücklich angeordnet, dass allgemeine Regelungen unberührt bleiben, mithin subsidiär Anwendung finden können.

474. Im Ergebnis bleibt das allgemeine Wettbewerbsrecht zumindest subsidiär anwendbar. Da es jedoch einen sehr breiten Anwendungsbereich hat und kaum ausdrückliche Regelungen zum Datenzugang enthält, ist es vergleichsweise schwierig, Sachverhalte mit Bezug zum Datenzugang darunter zu subsumieren. Aus diesem Grund soll in den Abschnitten 4 und 5 jeweils ein Prüfschema entwickelt werden, dass Handlungsanleitungen für die Praxis entwickelt, um eine systematische Vorgehensweise zu erleichtern. Bevor in diese Arbeitsschritte eingestiegen werden kann, sollen zunächst in Abschnitt 3 wichtige ökonomische Konzepte des Datenzugangs geklärt werden, die sowohl für die Fusions- als auch die Missbrauchskontrolle gleichermaßen relevant sind.

⁷²⁸ Vgl. dazu die Spezialitätsregel in Art. 44 Data Act.

⁷²⁹ Siehe dazu Abschnitt 2.2.

⁷³⁰ Siehe dazu § 3a Personenbeförderungsgesetz.

⁷³¹ Vgl. Art. 20 lit. a der Richtlinie 2019/944 zu intelligenten Messsystemen, die den tatsächlichen Energieverbrauch genau messen und in der Lage sein sollen, den Endkundinnen und Endkunden Informationen über die tatsächlichen Nutzungszeiten zu liefern.

3 Datenökonomie und Datenzugang

475. Die besondere Aufmerksamkeit, die Daten und Datenzugängen in der Fusions- und Missbrauchskontrolle zuteilwerden sollte, basiert auf einer Reihe von Eigenschaften, die Daten von anderen Gütern unterscheidet und damit auch die Zugangsfragen bei Daten spezieller gegenüber Zugangsfragen zu anderen Ressourcen macht. In diesem Abschnitt werden daher zunächst besondere ökonomische Eigenschaften von Daten benannt (Abschnitt 3.1), anschließend werden wesentliche Ausgestaltungsformen von Datenzugängen vorgestellt (Abschnitt 3.2), nachfolgend wird das Zusammenspiel von Daten(zugang) und Marktmacht beleuchtet (Abschnitt 3.3) und schließlich werden auf Basis der vorangegangenen Abschnitte wichtige Aspekte beschrieben, die bei der ökonomischen Betrachtung von Datenzugängen zu beachten sind (Abschnitt 3.4).

3.1 Ökonomische Eigenschaften von Daten

476. Der Digitalisierung sämtlicher Lebensbereiche ist gemein, dass Daten erhoben, gespeichert, ausgewertet und gegebenenfalls wirtschaftlich verwertet werden. Was unter dem Begriff „Daten“ zu verstehen ist, wird in unterschiedlichen Forschungsgebieten unterschiedlich definiert.⁷³² Oftmals werden Daten mit Informationen gleichgesetzt. Auch wenn die Begriffe miteinander verbunden sind, sind sie nicht deckungsgleich.⁷³³ Daten sind Informationsträger, die jede beliebige Information abbilden können und eine Verarbeitung, Speicherung und Weiterleitung von Informationen ermöglichen. Als Zugangsobjekt sollen „Daten“ in diesem Kapitel als maschinenlesbare digitale Informationen mit Bedeutungsgehalt verstanden werden.⁷³⁴

477. Die ökonomischen Eigenschaften von digital vorliegenden Daten sind vielfältig. Daten können wichtige Inputfaktoren für Geschäftsmodelle sein, z. B. werbefinanzierte oder abonnementbasierte Geschäftsmodelle. Daten sind grundsätzlich beliebig oft verwertbar und für verschiedene Zwecke zeitgleich oder zu unterschiedlichen Zeitpunkten ohne weitere Kosten nutzbar. Daher besteht die ökonomische Eigenschaft der „Nicht-Rivalität“ in der Nutzung von Daten.⁷³⁵ Eine weitere Eigenschaft ist, dass Akteure von der Nutzung ausgeschlossen werden können. So können Unternehmen durch ihre Dateninhaberschaft und der damit verbundenen Geheimhaltungsmöglichkeit von ihrer faktischen Kontrolle über die Daten Gebrauch machen und dadurch einen Wettbewerbsvorteil gegenüber Konkurrenten erzielen. Denn nur in Ausnahmefällen dürfte ein Schutzrecht des Dateninhabers bestehen, z. B. geistiges Eigentum, Patente.

⁷³² Dasselbe gilt für den Begriff der „Information“.

⁷³³ Floridi, L., 2010, *Information: A short introduction*, Oxford University Press, Abruf am 21. Juni 2024.

⁷³⁴ Eine Kategorisierung von Daten kann beispielsweise erfolgen: a) nach der Art der Erhebung: Es lassen sich maschinengenerierte Daten von nutzergenerierten Daten unterscheiden – auch können freiwillig zugänglich gemachte, beobachtete und abgeleitete Daten voneinander unterschieden werden; b) nach dem Bezugszeitpunkt der codierten Information: Es lassen sich personenbezogene Daten, auf ein Geschäftsgeheimnis bezogene Daten, Unternehmensdaten und sachbezogene Daten unterscheiden; c) nach der Aktualität, d. h. Echtzeit, nahezu Echtzeit, historische Daten; d) nach der Aggregation in Abhängigkeit vom Verarbeitungsziel, z. B. Nutzerebene, Unternehmensebene, Marktebene; e) nach dem Datenformat, d. h. strukturierte, semi-strukturierte und unstrukturierte Daten.

⁷³⁵ Jones, C.I./Tonetti, C., 2020, *Nonrivalry and the Economics of Data*, *American Economic Review*, 110(9), S. 2819-2858, Abruf am 21. Juni 2024.

Eine hinreichende Kontrollposition bei diesem Unternehmen kann daher eine Exklusivität von Daten ermöglichen, die zur Grundlage eigener Wertschöpfung gemacht wird und Anreize für Investitionen und Innovationen schafft.

478. Weitere besondere Eigenschaften von Daten sind ihre Heterogenität und Kontextabhängigkeit. So gibt es beispielsweise für Daten über das personenbezogene Einkommen gänzlich andere Verwendungsmöglichkeiten als für Standortdaten einer Person. Mit Blick auf gezielte Werbung sind auch Daten über das Suchverhalten nur teilweise substituierbar mit konkreten Daten zum tatsächlichen Kaufverhalten.⁷³⁶ Dies zeigt den oftmals komplementären Charakter von unterschiedlichen Arten von Daten.⁷³⁷ Die Sammlung, Kombination und Rekombination von unterschiedlichen Daten kann eine sich ergänzende Wirkung und damit neue Wertschöpfungsmöglichkeiten entfalten.⁷³⁸

479. Auch mit Blick auf die zeitliche Dimension haben Daten besondere Eigenschaften. Ihr Wert kann im Zeitverlauf unterschiedlich stark sinken. Wetterdaten sind beispielsweise, wenn sie den aktuellen Zeitpunkt betreffen, sehr relevant. Historische Wetterdaten sind weniger wertvoll. Aktuelle Einkommensinformationen z. B. der letzten drei Monate, sind deutlich wertvoller, als die von vor vielen Jahren. Dennoch können in Abhängigkeit vom Geschäftsmodell auch historische Daten einen erheblichen Wert haben. In den meisten Fällen nimmt der Wert jedoch schnell ab.⁷³⁹ Dies bedeutet auch, dass sehr große Datenmengen nach sehr kurzer Zeit wertlos sein können.

480. Digitale Daten von Dritten sind ein wichtiger Bestandteil verschiedener Geschäftsmodelle, insbesondere in digitalen Märkten, und sie sind besondere Wirtschaftsgüter, weil ihnen kein konkreter wirtschaftlicher Wert unmittelbar zu eigen ist. Der wirtschaftliche Wert von Daten ist kontextabhängig und ergibt sich erst aus der Information eines Datums und dem Verwendungszweck. Entsprechend schwierig ist es, die wirtschaftliche Bedeutung einzelner Datensätze zu bestimmen. Beobachtungen von Märkten, auf denen Daten gesammelt oder gehandelt werden, haben Indizien ergeben, die auf einen hohen wirtschaftlichen Wert hinweisen können.

⁷³⁶ Sie bilden unterschiedliche Zeitpunkte in einem Kaufprozess ab.

⁷³⁷ Aufgrund einer sich ergänzenden Wirkung von unterschiedlichen Datensätzen sind Unternehmensfusionen, die ein Zusammenführen von Datenbanken ermöglichen, sehr attraktiv. Dies zeigt beispielsweise die Übernahme von LinkedIn durch Microsoft für USD 26,2 Mrd. im Jahr 2016, <http://news.microsoft.com/2016/06/13/microsoft-to-acquire-linkedin/#sm.000cssj9f18xif3lyzs2658617kl0>, Abruf am 21. Juni 2024.

⁷³⁸ Ritala, P./Karhu, K., 2023, Capturing value from data complementarities: A multi-level framework, in Cennamo, C./Dagnino, G.B./Zhu, F. (Eds.), Research Handbook on Digital Strategy, S. 273–288, Edward Elgar Publishing, Abruf am 21. Juni 2024.

⁷³⁹ Feijóo, C./Gómez-Barroso, J.-L./Aggarwal, S., 2016, Economics of big data, in: Handbook on the Economics of the Internet, Ch. 25, Edward Elgar, Abruf am 21. Juni 2024.

Dazu zählen unter anderem Informationen zu Verkauf, Standort oder Marketing sowie Geschäftsdaten von spezifischen Unternehmen.⁷⁴⁰ Zu den wertbildenden Faktoren zählen insbesondere die Aktualität, Genauigkeit/Datenverarbeitungsstufe, Vollständigkeit, Kohärenz und Zugänglichkeit/Strukturiertheit der Daten.⁷⁴¹ Auch die Menge der Datensätze kann eine wichtige Rolle spielen,⁷⁴² z. B. je größer die Anzahl der erfassten Individuen oder Firmen ist, umso größer ist tendenziell der Wert des Datenbestandes, d. h. der Gesamtheit sämtlicher vorhandener Datensätze.⁷⁴³ Das bedeutet, dass mehr Datensätze mit bestimmten Eigenschaften wertvoller als weniger Datensätze mit diesen Eigenschaften sein können. Mehr Daten sind jedoch nicht zwangsläufig wertvoller als weniger Daten.

481. Ebenfalls relevant ist, dass die Fähigkeit von Unternehmen, aus Daten relevante Informationen, Muster, Strukturen sowie Trends und damit schließlich wesentliche Erkenntnisse für die eigenen Dienste/Produkte/Inhalte zu gewinnen, unterschiedlich ausgeprägt sein kann.⁷⁴⁴ Insbesondere bei datenbasierten Geschäftsmodellen fallen typischerweise nur geringe variable Kosten für die Erhebung, die Speicherung und die Nutzung von Daten an. Demgegenüber stehen vergleichsweise hohe Fixkosten für eine Infrastruktur, die für große Datenmengen geeignet ist. Diese Fixkosten können nur teilweise in variable Kosten transformiert werden, beispielsweise indem geeignete Cloud-Computing-Dienste genutzt werden. Denn auch Cloud-Computing-Dienste verlangen in der Regel eine Pauschale, z. B. für Speicherplatz, Rechenkapazität etc. Die Kombination aus geringen variablen Kosten und hohen Fixkosten führt zu fallenden Durchschnittskosten und begünstigt damit das Entstehen von konzentrierten Märkten mit wenigen Wettbewerbern.

482. Daten haben auch im Hinblick auf Märkte eine besondere Rolle. Ein Markt entsteht, wenn ein Angebot auf eine Nachfrage trifft. Über multilaterale Kontakte zwischen Angebot und Nachfrage bildet sich dann in der Regel ein Marktgleichgewicht, z. B. in Form eines Marktpreises. Eine Grundvoraussetzung hierfür ist, dass die Eigentums- und Verfügungsrechte eindeutig definiert sind. Wenn Daten als Nebenprodukt beispielsweise beim Aufeinandertreffen eines Anbieters und eines Nachfragers auf einem digitalen Marktplatz entstehen, stellt sich die Frage, wem die Verfügungsrechte an den Daten zufallen. Die ökonomische Theorie besagt, dass es

⁷⁴⁰ Azcoitia, S.A./Iordanou, C./Laoutaris, N., 2021, What is the price of data? A measurement study of commercial data marketplaces, <https://arxiv.org/abs/2111.04427>, Abruf am 21. Juni 2024, S. 8; Tang, L.C./Zhao, Y./Austin, S./Darlington, M./Culley, S., 2008, A characteristic based information evaluation model, Proceedings of the 2nd ACM workshop on Information credibility on the web, S. 89-92, Abruf am 21. Juni 2024, S. 91.

⁷⁴¹ Wang, R.Y./Strong, D.M., 1996, Beyond accuracy: What data quality means to data consumers, Journal of Management Information Systems 12(4), S. 5-33, Abruf am 21. Juni 2024; Cichy C./Rass S., 2019, An Overview of Data Quality Frameworks, IEEE Access 7: 24634-24648, Abruf am 21. Juni 2024.

⁷⁴² Azcoitia, S.A./Iordanou, C./Laoutaris, N., 2023, Understanding the Price of Data in Commercial Data Marketplaces, IEEE 39th International Conference on Data Engineering (ICDE), S. 3718-3728, Abruf am 21. Juni 2024.

⁷⁴³ Der zusätzliche Wert, den ein zusätzliches Datum generiert, ist in der Regel abnehmend, d. h. abnehmender Grenzertrag. Ab einer gewissen Größe des Datenbestands generieren zusätzliche Daten keinen relevanten zusätzlichen Wert mehr. Dies ist jedoch nicht selten erst bei extrem großen Datenbeständen der Fall.

⁷⁴⁴ Dhar, V., 2013, Data science and prediction, Communications of the ACM, 56(12), S. 64–73, Abruf am 21. Juni 2024; Schepp, N.-P./Wambach, A., 2016, On Big Data and its relevance for market power assessment, Journal of European Competition Law & Practice, 7(2), S. 120-124, Abruf am 21. Juni 2024.

nicht relevant ist, wer diese Rechte besitzt, aber dass sie zugeordnet sein müssen.⁷⁴⁵ Wenn die Zuordnung dieser Rechte nicht ohne weiteres möglich ist bzw. Eigentums- oder Verfügungsrechte fehlen oder ungeklärt sind, führt dies möglicherweise dazu, dass Unternehmen bezüglich einer Teilung von Daten oder eines Handels mit Daten zurückhaltend sind. Es kommt kein Markt zustande. Dies entspricht einem Marktversagen.

3.2 Ausgestaltung von Datenzugängen

483. Für den Zugang zu Daten eines Unternehmens durch andere Unternehmen sind nicht nur die Daten selbst, sondern auch die technische Ausgestaltung des Zugangs und der Datenübertragung ein wichtiger Faktor. Die wohl einfachste Form ist eine E-Mail, z. B. mit Daten in einer Excel-Tabelle, die vom Datenzugangsgeber zum Datenzugangsnehmer geschickt wird. Sobald die Zahl der Empfänger oder die Datenmenge groß ist oder die Daten häufig aktualisiert werden müssen, kommt ein solches Vorgehen nicht mehr infrage. Die Daten werden dann über Protokolle und Schnittstellen, zumeist Programmierschnittstellen (APIs), vom Datenzugangsgeber bereitgestellt und vom Datenzugangsnehmer genutzt. Die Ausgestaltung dieser Protokolle und Schnittstellen bestimmt die Zugänglichkeit von Daten. Die Kontrolle über die Protokolle und Schnittstellen ist daher ein wesentlicher Faktor für die faktische Kontrolle über Daten.

484. Die Kontrolle liegt in den meisten Fällen beim Datenzugangsgeber. Er bestimmt damit, welche Daten für wen und in welcher Form zugänglich sind. Während bei der Datenportabilität⁷⁴⁶ die Extraktion des (personenbezogenen) Datensatzes aus Dienst A und die Implementierung dieses Datensatzes in Dienst B erfolgt, also ein einmaliger und unidirektionaler Datentransfer stattfindet, ermöglicht die Interoperabilität, Daten über Systeme, Anwendungen oder Komponenten hinweg kontinuierlich und bidirektional zwischen Dienst A und Dienst B zu übertragen.⁷⁴⁷ Daher handelt es sich bei der Datenportabilität um ein statisches Konzept, wohingegen die Interoperabilität ein dynamisches Konzept der Datenübertragung darstellt. Daneben gibt es weitere Formen des Datenzugangs. So kann ein sog. Datentreuhänder eine Plattform zur Verfügung stellen, auf der die Datenzugangsgeber Daten bereitstellen und Datenzugangsnehmer Daten oder auf Daten basierende Analysen abrufen können. Die Datenzugangsgeber geben in diesem Modell ihre Kontrolle an den Datentreuhänder ab, der wiederum verschiedenen Akteuren einen unterschiedlich weitgehenden Zugang zu Daten ermöglichen kann. Ebenso relevant sind kollaborative Modelle, bei denen sich mehrere Akteure auf die Ausgestaltung einer Schnittstelle, z. B. in Form eines Standards oder einer Norm, einigen. So können auch sog. Datenpools, d. h. Plattformen, auf denen viele Akteure Daten sowohl hoch- als auch herunterladen, einen Datenzugang ermöglichen.

⁷⁴⁵ Coase, R., 1960, The problem of social cost, Journal of Law and Economics, 3, S. 1-44, Abruf am 21. Juni 2024.

⁷⁴⁶ Datenportabilität hilft den Endnutzerinnen und Endnutzern, die Kontrolle über ihre Daten zu behalten. Derzeit fehlen jedoch technische Vorschriften, die jeden Diensteanbieter dazu verpflichten, die gleichen, einheitlich angewandten Datenformate und Verarbeitungsprotokolle (Standards) zu verwenden.

⁷⁴⁷ Gasser, U./Palfrey J., 2007, Breaking Down Digital Barriers – When and How ICT Interoperability Drives Innovation, Berkman Klein Center for Internet & Society Research Publication No. 2007-8, Harvard University, Abruf am 21. Juni 2024.

3.3 Daten(zugang) als Grundlage von Marktmacht

485. Daten sind in vielen Märkten derart wichtig geworden, dass sich unter bestimmten Umständen durch Daten Marktmacht erreichen oder aufrechterhalten lässt.⁷⁴⁸ So kann eine Datenexklusivität Ergebnis einer Innovation oder auch einer zu schützenden, privaten Ressource sein, etwa wenn Schutzrechte daran bestehen. Des Weiteren können Größen- und Verbundvorteile, fehlendes Switching/Multihomingverhalten und Lock-In-Effekte die Entstehung eines marktmächtigen Unternehmens begünstigen. Dann können Daten zu einem entscheidenden Faktor werden, um effektiv konkurrieren zu können, sodass ein fehlender Datenzugang eine Markteintrittsbarriere darstellt und zu Abhängigkeiten dritter Unternehmen führt. Dies wiederum reduziert die Bestreitbarkeit eines Marktes und kann schließlich zu einem Marktversagen führen.

486. Die Zusammenführung von Daten aus unterschiedlichen Quellen kann einen besonderen Datenbestand und in Verbindung mit der faktischen Kontrolle über eine exklusive Datenquelle eine marktstarke Position ermöglichen. Auch kann eine mindestoptimale Datenmenge, die ein Geschäftsmodell erst tragfähig macht, eine erhebliche Hürde darstellen, wenn sie besonders hoch liegt, z. B. für auf künstlicher Intelligenz basierende Geschäftsmodelle. Schließlich können Daten(zugänge) auf Märkten, die durch starke direkte und indirekte Netzwerkeffekte gekennzeichnet sind, welche eine Marktposition nur schwer angreifbar machen, eine Marktmachtquelle sein, da sie diese Netzwerkeffekte verstärken. Unternehmen können sich nämlich zwei Arten von Feedbackschleifen (sog. Rückkopplungseffekte) zunutze machen.⁷⁴⁹ Aufgrund der Nutzer-Feedbackschleife ist ein Anbieter mit einer großen Nutzerbasis in der Lage, noch mehr Daten zu sammeln, um beispielsweise bessere Algorithmen zu entwickeln, die die Qualität seines Dienstes verbessern und somit neue Nutzerinnen und Nutzer anzieht. Bei der Monetarisierungs-Feedbackschleife kann ein Anbieter die gesammelten Nutzerdaten analysieren und beispielsweise durch zielgerichtete Werbung monetarisieren, wodurch neue Mittel für Investitionen zur Verfügung stehen, die eine Verbesserung der Qualität des Dienstes ermöglichen, welche wiederum noch mehr (datengenerierende) Nutzerinnen und Nutzer anzieht. Marktmacht kann nun dadurch entstehen, dass diese Interaktionsspirale zu erheblichen Qualitätsunterschieden führt, die es neuen Unternehmen sehr schwer macht, im Wettbewerb mit dem etablierten Anbieter zu bestehen. Die Qualitätsunterschiede können so erheblich werden, dass die resultierende Qualitätslücke zwischen konkurrierenden Diensten deutlich spürbar für die Nutzerinnen und Nutzer wird und sich immer mehr für den „besseren“, etablierten Dienst entscheiden, sodass es zu einem Kippen des Marktes kommen kann, an dessen Ende ein Monopol stehen kann.

3.4 Wettbewerbliche Relevanz von Datenzugängen

487. Aus den besonderen Eigenschaften von Daten (Abschnitt 3.1), den verschiedenen Ausgestaltungformen von Datenzugängen (Abschnitt 3.2) und dem spezifischen Zusammenspiel von

⁷⁴⁸ Schepp, N.-P./Wambach, A., 2016, On Big Data and its relevance for market power assessment, *Journal of European Competition Law & Practice*, 7(2), S. 120-124, Abruf am 21. Juni 2024.

⁷⁴⁹ Prüfer, J./Schottmüller, C., 2021, Competing with Big Data, *Journal of Industrial Economics*, 69(4), S. 967-1008, Abruf am 21. Juni 2024.

Daten(zugang) und Marktmacht (Abschnitt 3.3) ergeben sich verschiedene Aspekte, deren Verständnis wichtig ist, um im Einzelfall die wettbewerbliche Relevanz von Datenzugängen zu verstehen. In den nachfolgenden Abschnitten wird auf dieser Basis unterschieden zwischen Datenzugangskonstellationen, die heterogen oder homogen sind, Datenzugängen, deren Daten als Inputfaktor bei der Wertschöpfung oder als Informationsquelle über Marktstrukturen dienen sowie Datenzugängen, welche die Wettbewerbsintensität verstärken oder abmildern.

3.4.1 Bei Datenzugängen ist zwischen heterogenen und homogenen Konstellationen zu unterscheiden

488. Bei Datenzugängen zwischen Unternehmen sind ganz grundsätzlich zwei Konstellationen zu unterscheiden. Erstens, heterogene Konstellationen, bei denen die Unternehmen in einem klaren Verhältnis als Datenanbieter und Datennachfrager zueinander stehen.⁷⁵⁰ Zweitens, homogene Konstellationen, bei denen die Unternehmen ähnliche Daten erfassen oder zumindest erfassen könnten und sich Zugang zu diesen Daten gewähren, um Größenvorteile in Bezug auf den Wert von Datensätzen oder die Kosten der Erfassung zu heben.

489. Ein Beispiel einer heterogenen Konstellation ist, wenn ein Unternehmen ein Datenblatt für ein von ihm produziertes technisches Produkt herausgibt. Solche Datenblätter enthalten Informationen über die Produktspezifikationen und sind faktisch ein Teil des Produktes. Sie werden vom Produzenten an Händler und von diesen an Endkundinnen und Endkunden weitergereicht. Weder Händler noch Endkundinnen und Endkunden können das Datenblatt in vergleichbarer Authentizität selbst erzeugen, wenn der Produzent die Herausgabe verweigern würde. Solche heterogenen Konstellationen des Datenzugangs sind in einem Mindestmaß zwangsläufig Teil jeder kaufmännischen Transaktion. Grundlegende Informationen, wie Produktdaten und Lieferdaten, müssen an Endkundinnen und Endkunden übermittelt werden. Darüber hinaus können in heterogenen Konstellationen auch die Daten selbst der primäre Gegenstand der kaufmännischen Transaktion sein, wenn ein Unternehmen von einem anderen Unternehmen einen Zugang zu bestimmten Daten erwirbt.

490. Homogene Datenzugangskonstellationen bilden derzeit noch eher die Ausnahme. Denkbar sind hier beispielsweise sog. Datenpools, in die zwei oder mehr Unternehmen ähnliche Daten einspeisen, die jeweils bei ihnen anfallen. Dies kann z. B. für einen Datenbestand notwendig sein, der ausreichend groß sein soll, um auf künstlicher Intelligenz basierende Systeme zu trainieren. Unternehmen, bei denen ähnliche Daten anfallen, stehen jedoch nicht selten in direkter wettbewerblicher Konkurrenz zueinander, sodass fraglich ist, wie häufig es zu solchen Kooperationen kommt. Zum einen werden die Unternehmen das Risiko minimieren wollen, dass ihr Konkurrent mithilfe der von ihnen zur Verfügung gestellten Daten Wettbewerbsvorteile generiert.⁷⁵¹ Zum anderen sind, wie bereits in Abschnitt 2.4 erläutert, kartellrechtliche Risiken zu

⁷⁵⁰ Dabei kann es sich z. B. um vertikale Verhältnisse im Sinne des § 20 Abs. 1a GWB handeln. Für Details zu dieser Regelung siehe Tz. 460 f.

⁷⁵¹ Krämer, Stüdlein, Zierke (2021) zeigen, dass es auch in Konkurrenzsituationen zu einem gewissen Grad die Bereitschaft gibt, Daten auszutauschen. Direkte bilaterale Beziehungen sind dabei ergiebiger als Datenpools. Krämer, J., Stüdlein, N., Zierke, O., Data as a public good: experimental insights on the optimal design of B2B data sharing platforms, 2021, SSRN 3970821, Abruf am 21. Juni 2024. Für weitere Hürden beim Datenaustausch zwischen Firmen siehe Fassnacht, M.; Benz, C.; Heinz, D.; Leimstoll, J.; Satzger, G., Barriers to Data Sharing

beachten. Es besteht die Gefahr, dass der Datenaustausch unter das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen nach § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV fällt.

3.4.2 Daten als Inputfaktor bei der Wertschöpfung

491. Sowohl in homogenen wie auch in heterogenen Konstellationen können Datenzugänge erheblichen Einfluss auf die Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen in einem Markt haben. Fließen zugänglich gemachte Daten in die Produkte oder Dienstleistungen eines Unternehmens ein, kann der Datenzugang für das Unternehmen bedeutend oder sogar essenziell sein. Sofern das Unternehmen die notwendigen Daten aus mehreren Quellen beziehen kann, werden sich in der Regel keine Probleme ergeben. Verliert es den Datenzugang bei einem Zugangsgeber, z. B. aufgrund gescheiterter Preisverhandlungen, kann es auf einen anderen – möglicherweise günstigeren – Zugangsgeber ausweichen. Verfügt der Zugangsgeber hingegen exklusiv über geeignete Daten, gibt ihm dies eine Verhandlungsmacht, die er potenziell missbräuchlich gegenüber Zugangsnehmern einsetzen kann.⁷⁵² In dieser Hinsicht unterscheiden sich Daten nicht von anderen Inputfaktoren, die ein Unternehmen von dritten Unternehmen bezieht. Auch hier können vor allem Konstellationen problematisch sein, bei denen ein Unternehmen in hohem Maße von einem bestimmten Lieferanten oder Dienstleister abhängig ist.

492. Von anderen Inputfaktoren, die in die Wertschöpfung eines Unternehmens einfließen können, unterscheiden sich Daten insbesondere dahingehend, dass sie bei Unternehmen oft als „Nebenprodukt“ anfallen. Insbesondere die Menge der Daten, die in einem bestimmten Unternehmen anfällt, ist dabei in der Regel proportional zu seiner Größe. Je größer ein Unternehmen ist, an umso mehr Transaktionen wie z. B. Käufen ist es in der Regel beteiligt. Dies gilt sowohl für Unternehmen, die innerhalb eines bestimmten Marktes verhältnismäßig groß sind, als auch für Konzerne, die marktübergreifend in viele Transaktionen involviert sind. Hinzu kommt, dass Konzerne, die marktübergreifend tätig sind, auf verschiedenen Märkten Berührungspunkte mit denselben Kundinnen und Kunden haben können. Wenn diese Konzerne Informationen aus verschiedenen Märkten verknüpfen, können ihre Daten z. B. einen höheren Detailgrad oder eine geringere Fehlerquote, d. h. eine höhere Qualität, erreichen. Dass große Unternehmen tendenziell über mehr und hochwertigere Daten verfügen, führt dazu, dass sie tendenziell weniger abhängig von Datenzugängen sind. Vielmehr wächst ihre Attraktivität als Datenzugangsgeber mit zunehmender Größe. Das gilt insbesondere für Konzerne, die im digitalen Raum als Vermittler zwischen den Akteuren verschiedener Marktseiten tätig sind, in ihrem Bereich über hohe Marktanteile verfügen und daher eine große Zahl von Transaktionen abwickeln. Beispiele hierfür sind digitale Marktplätze (Amazon Marketplace), Suchmaschinen (Google), Vertriebsplattformen für Anwendungssoftware (App Store, Google Play Store) oder soziale Netzwerke (Facebook, LinkedIn). Sie können auf besonders reichhaltige Datenbestände auf Basis vieler Transaktionen zurückgreifen und dementsprechend auch besonders reichhaltige Datenzugänge anbieten, die in Umfang und Qualität oft konkurrenzlos sind. Wenn kein konkurrierendes Angebot für einen Datenzugang besteht und die Daten aus diesem Zugang von

among Private Sector Organizations, 2023, Proceedings of the Hawaii International Conference on Systems Sciences (HICSS-56), Abruf am 21. Juni 2024.

⁷⁵² Siehe hierzu Abschnitt 2.3.1.

Unternehmen als bedeutender Inputfaktor für Produkte und Dienstleistungen genutzt werden, können wettbewerbliche Probleme entstehen. Die Probleme entsprechen im Wesentlichen denen auf klassischen Märkten. Ein marktmächtiger Zugangsgeber kann den Datenzugang durch hohe Preise einschränken, um hohe Renditen zu erzielen. Er kann außerdem durch Zugangsbeschränkungen in einschlägigen Märkten eigenen Geschäftsaktivitäten bzw. Geschäftsaktivitäten verbundener Unternehmen einen Vorteil gegenüber den Konkurrenten verschaffen. Ein aktuelles Beispiel für einen Großkonzern, der seine marktbeherrschende Position auf diese Weise nutzt, ist die Deutsche Bahn AG.⁷⁵³ Es handelt sich zwar nicht um ein ausschließlich in digitalen Märkten agierendes Unternehmen, jedoch ist es nicht nur auf mehreren Märkten marktbeherrschend, sondern verfügt über exklusive Daten zu Ereignissen auf seiner Schieneninfrastruktur. Laut einem Beschluss des Bundeskartellamtes, der im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes vom OLG Düsseldorf insofern bestätigt wurde,⁷⁵⁴ hat die Deutsche Bahn AG diese Position ausgenutzt und rechtswidrig den Zugang zu Prognosedaten des inländischen Schienenpersonenverkehrs zu angemessenen Bedingungen verweigert.⁷⁵⁵

3.4.3 Datenzugänge als Informationsquelle für das Marktgeschehen

493. Daten können nicht nur als Inputfaktor für ein Produkt oder eine Dienstleistung dienen. Sie können auch Informationen über Marktakteure oder einen Markt insgesamt enthalten. In diesem Sinne kann ein Datenzugang beispielsweise der Koordination zwischen Unternehmen dienen.⁷⁵⁶ Die über den Zugang übertragenen Daten enthalten dann Informationen, die das Verhalten des Austauschpartners verändern. Kündigt etwa ein Produzent Produktionsmengenanpassungen im Rahmen eines regelmäßigen Datenaustausches gegenüber Händlern an, können diese ihre Vertriebsaktivitäten anpassen, z. B. durch eine prominenterer oder weniger prominente Produktplatzierung. Umgekehrt können Daten, die Händler an Produzenten weitergeben, diesem bei der Planung von nachfragegerechten Produktionsmengenanpassungen helfen.

494. Solche Daten fallen vermehrt in Konzernen an, die sowohl über hohe Marktanteile innerhalb bestimmter Märkte als auch in gewissem Ausmaß marktübergreifend tätig sind. Sie können das Geschehen in einem oder mehreren Sektoren umfassend überblicken. Dies gilt insbesondere für digitale Plattformen, die bei Transaktionen als Vermittler agieren. Amazon hat bei-

⁷⁵³ Die Monopolkommission hat sich in ihrem Sektorgutachten Bahn 2023 ausführlich mit dem Thema Datenzugang im Bahnsektor auseinandergesetzt. Monopolkommission, 9. Sektorgutachten Bahn (2023): Mehr Qualität und Wettbewerb auf die Schiene, Baden-Baden, 2023, Tz. 117 ff. Siehe dazu auch unten, Tz. 459 ff. sowie Kapitel II Tz. 202.

⁷⁵⁴ OLG Düsseldorf, Kart 9/23 (V), VI-Kart 9/23 (V), 8. März 2024, Mobilitätsdienstleistungen.

⁷⁵⁵ Das Bundeskartellamt hat in einem Beschluss vom 26.06.2023 festgestellt, dass die Deutsche Bahn AG rechtswidrig und zum Nachteil konkurrierender Anbieter integrierter Mobilitätsdienstleistungen fortlaufenden Zugang zu Prognosedaten des inländischen Schienenpersonenverkehrs verweigert hat. BKartA, Integrierte Mobilitätsdienstleistungen, Prognosedaten des Schienenpersonenverkehrs, B9-144-18, Rn. 11. Siehe dazu auch Kapitel II Tz. 202.

⁷⁵⁶ Dies kann im Rahmen des Kartellverbots problematisch sein, siehe dazu oben, Abschnitt 2.4.

spielsweise eine marktbeherrschende Stellung auf dem deutschen Markt für Online-Marktplatzdienstleistungen für gewerbliche Händler.⁷⁵⁷ Onlinehändler teilen bei Nutzung des digitalen Marktplatzes von Amazon zwangsläufig Vertriebsdaten, während Amazon dort auch selbst als Onlinehändler aktiv ist und in dieser Rolle im Wettbewerb mit anderen Onlinehändlern steht.⁷⁵⁸ Laut Europäischer Kommission hat Amazon nicht-öffentliche Daten der Händler auf seinem Marktplatz genutzt, um seinen eigenen Onlinehandel zu stärken.⁷⁵⁹ Mit Hilfe der Daten sei es Amazon möglich gewesen, sich gezielter als andere Händler auf die meistverkauften Produkte in verschiedenen Produktkategorien zu konzentrieren.⁷⁶⁰ Im Rahmen eines Verfahrens hat die Europäische Kommission im Jahr 2022 Verpflichtungszusagen von Amazon erwirkt. Diese beinhalten, dass Amazon die betreffenden Daten nicht länger für die Optimierung seiner Geschäfte als Onlinehändler nutzen darf.⁷⁶¹

3.4.4 Datenzugänge und Wettbewerbsintensität

495. Die Motivation von Unternehmen, über Datenzugänge auf Daten zuzugreifen, kann beispielsweise in kostensenkenden Prozessoptimierungen, Qualitätsverbesserungen und nachfragegerechten Anpassungen von Produkten liegen. Denkbar ist aber auch, dass Endkundinnen und Endkunden mithilfe solcher Daten effektiver bei der Preissetzung diskriminiert, gezielter mit Werbung angesprochen oder durch effektiveres Nudging⁷⁶² häufiger zu einem Kauf bewegt werden sollen. Schließlich kann auch die verbesserte Koordination mit Partnerunternehmen ein Motiv für einen Datenaustausch sein.

496. Entsprechend der großen Bandbreite an möglichen Verwendungsszenarien von Daten aus Datenzugängen ist auch die Wirkung auf den Wettbewerb zwischen Unternehmen vielfältig. Ein zentraler Aspekt ist, wie eine höhere Menge oder eine höhere Qualität an zur Verfügung stehenden Daten auf die Intensität des Wettbewerbs wirkt. Wettbewerbsintensität kann als Grad bezeichnet werden, zu dem ein Unternehmen bemüht ist, die Kundinnen und Kunden

⁷⁵⁷ Bundesgerichtshof, Bundesgerichtshof bestätigt Amazons überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb, Pressemitteilung Nr. 097/2024, 2024, <https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2024/2024097.html>, Abruf am 24. April 2024.

⁷⁵⁸ Siehe zu möglichen Grenzen, sich Datenzugang einräumen zu lassen auch oben, Abschnitt 2.4.

⁷⁵⁹ EU-Kommission, Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Amazon for the use of non-public independent seller data and opens second investigation into its e-commerce business practices, 2020, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2077, Abruf am 27. Februar 2024.

⁷⁶⁰ Ebenda.

⁷⁶¹ EU-Kommission, Kartellrecht: Kommission akzeptiert Verpflichtungsangebote von Amazon, 2022, https://germany.representation.ec.europa.eu/news/kartellrecht-kommission-akzeptiert-verpflichtungsangebote-von-amazon-2022-12-20_de, Abruf am 27. Februar 2024.

⁷⁶² Beim Nudging werden die Bedingungen, unter denen eine (Kauf-)Entscheidung getroffen wird, so arrangiert, dass die gewünschte Entscheidung häufiger getroffen wird. Thaler, R., Sunstein, C, NUDGE: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness, Penguin Books, London, UK, 2009. Sehr effektiv ist es z. B., wenn eine bestimmte Produktvariante als Standard vorgegeben wird. Hummel, D., & Maedche, A., How effective is nudging? A quantitative review on the effect sizes and limits of empirical nudging studies. *Journal of Behavioral and Experimental Economics* (80), 2019, 47-58.

eines Konkurrenten abzuwerben. Legt man diese Definition zugrunde, ist nicht für jeden Einzelfall klar, ob die Wettbewerbsintensität steigt oder sinkt, wenn einzelne oder alle Unternehmen auf einem Markt Zugang zu zusätzlichen Daten erhalten.

497. Der Regelfall ist, dass die Wettbewerbsintensität steigt, weil ein Unternehmen die Daten nutzt, um zusätzliche Kundinnen und Kunden von der Konkurrenz abzuwerben.⁷⁶³ Wie es dies macht, hängt von der Art der Nutzung der Daten ab. Sind die Daten z. B. für eine kostensenkende Prozessoptimierung geeignet, können zusätzliche Kundinnen und Kunden über günstigere Preise gewonnen werden. Werden die Daten für eine Qualitätsverbesserung genutzt, wird auch dies weitere Kundinnen und Kunden anziehen. Das Unternehmen generiert über die zusätzlichen Kunden zusätzliche Gewinne.

498. Denkbar ist jedoch auch der Fall, dass ein Unternehmen die Daten aus einem Datenzugang in erster Linie nutzt, um mehr Gewinn je Kundin und Kunde zu erzielen. Wenn ein Unternehmen beispielsweise auf Basis detaillierterer Daten über Verbraucherinnen und Verbraucher in seinem Onlineshop individuell angepasste Werbung ausspielt, wird dies wahrscheinlich die Verkäufe und daher den Umsatz je Kundin und Kunde steigern.⁷⁶⁴ Einzelne der bisherigen Kundinnen und Kunden können die individuell angepasste Werbung jedoch als aufdringlich empfinden und aus diesem Grund zur Konkurrenz abwandern.⁷⁶⁵ Nimmt das Unternehmen den Verlust einiger Kundinnen und Kunden an die Konkurrenz in Kauf, entspricht dies einer Verringerung der Wettbewerbsintensität.⁷⁶⁶ Die Umsatzsteigerung pro Kundin und Kunde kompensiert den Verlust der Anzahl an Kundinnen und Kunden. Ähnliche Effekte können auftreten, wenn Daten zur Diskriminierung bei Preisen genutzt werden.⁷⁶⁷ Auch zusätzliche oder hochwertigere Daten über das Marktgeschehen können in Einzelfällen die Wettbewerbsintensität senken z. B. wenn in Märkten mit schwankender Nachfrage drohende Produktionsüberschüsse von Unternehmen besser prognostiziert und daher saisonale Preiskämpfe vermieden werden können.

4 Datenzugang in der Fusionskontrolle

499. Wie bereits in Abschnitt 2 dargelegt, bestehen in einigen Bereichen teilweise sehr spezielle Daten Zugangsregelungen. Dennoch bleiben insbesondere die Vorschriften zur Fusionskontrolle stets anwendbar. Da diese einen sehr breiten Anwendungsbereich haben und kaum ausdrückliche Regelungen zum Datenzugang enthalten, ist es vergleichsweise schwierig, die Relevanz etwaiger Datenzugänge richtig zu beurteilen. Im vorliegenden Abschnitt skizziert die Mo-

⁷⁶³ de Cornière, A., Taylor, G, Data and competition: A simple framework, 2023, https://www.tse-fr.eu/sites/default/files/TSE/documents/doc/wp/2023/wp_tse_1404.pdf, Abruf am 4. März 2024, S. 7 f.

⁷⁶⁴ Ebenda, S. 13 ff.

⁷⁶⁵ Van Doorn, J., Hoekstra, J. C., Customization of online advertising: The role of intrusiveness, *Marketing Letters* (24), 2013, 339-351.

⁷⁶⁶ de Cornière, A., Taylor, G, Data and competition: A simple framework, 2023, https://www.tse-fr.eu/sites/default/files/TSE/documents/doc/wp/2023/wp_tse_1404.pdf, Abruf am 4. März 2024, S. 7 f.

⁷⁶⁷ Ebenda, S. 12 f. Ein spezieller theoretischer Fall von Preisdiskriminierung, bei dem Onlineplattformen die Preise für datenbasierte gezielte Werbung auf Nischenmärkten hochtreiben, um die Anbieterzahl auf diesen Märkten zu reduzieren und Monopolrenten von den verbleibenden Anbietern abzuschöpfen, wird beschrieben in Prat, A., Valletti, T., Attention oligopoly, *American Economic Journal: Microeconomics*, 14(3), 2022, 530-557.

nopolkommission ein Prüfschema, das eine systematische Vorgehensweise der Kartellbehörden bei der Prüfung von Zusammenschlussvorhaben erleichtern soll. Das Prüfschema ist dabei als erste Grundlage zu verstehen und sollte in der Praxis entsprechend weiterentwickelt werden.

500. Auch wenn jeder Zusammenschluss einzelfallspezifisch zu prüfen ist, empfiehlt es sich, stets zu untersuchen, über welche Daten die Zusammenschlussparteien verfügen bzw. verfügen könnten, wie Änderungen in der Verfügbarkeit die von den Parteien ausgehende Wettbewerbsintensität beeinflussen und ob sich der Zusammenschluss darauf auswirkt, ob oder wie diese Daten anderen Unternehmen zur Verfügung gestellt werden. Das Prüfschema in diesem Abschnitt umfasst drei Schritte. In einem ersten Schritt werden die zu betrachtenden Datenzugänge identifiziert (hierzu Abschnitt 4.1), in einem zweiten Schritt wird evaluiert, ob sich Änderungen bei diesen Zugängen mit Wirkung auf die Wettbewerbssituation ergeben (hierzu Abschnitt 4.2) und in einem letzten Schritt wird die Wirkrichtung des Einflusses auf den Wettbewerb bestimmt (hierzu Abschnitt 4.3).

4.1 Bestehende und potenzielle Datenzugänge bei Zusammenschlussparteien ermitteln

501. Eine der größten Herausforderungen bei der Berücksichtigung von Datenzugängen in der Fusionskontrolle ist es zu ermitteln, welche der Daten, die bei den am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen anfallen, für die Wettbewerbssituation von Bedeutung sind. Vergleichsweise einfach gestaltet sich dies im Hinblick auf Daten, die von diesen Unternehmen bereits einander oder dritten Unternehmen zur Verfügung gestellt werden. Hier muss geprüft werden, welche Auswirkungen der Zusammenschluss auf die allgemeine Verfügbarkeit von Daten in den betroffenen Märkten hat. Bereits herausfordernd ist die Betrachtung von Daten, die zwar von einzelnen oder von allen am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen erfasst, aber bisher nicht an Dritte herausgegeben werden.⁷⁶⁸ Noch schwieriger ist die Betrachtung von Daten, die von einer oder allen Zusammenschlusspartei(en) bisher nicht erfasst wurden, aber potenziell erfasst und anderen zur Verfügung gestellt werden könnten. Weil Daten oft als „Nebenprodukt“ des Kerngeschäftes anfallen, kann aus einer bisher nicht vorhandenen wirtschaftlichen Verwertung nicht auf eine Irrelevanz geschlossen werden. Allein das Potenzial, dass Daten erfasst und zur Verfügung gestellt werden können, kann im Sinne eines Wettbewerbs um den Markt bereits die Wettbewerbssituation beeinflussen.

502. Ein prominentes Beispiel, das dies verdeutlicht, ist der Zusammenschluss von Facebook und WhatsApp im Jahr 2014.⁷⁶⁹ Zum damaligen Zeitpunkt erfasste WhatsApp keine demografischen Daten seiner Nutzerinnen und Nutzer und verkaufte auch keine Daten an dritte Unternehmen.⁷⁷⁰ Facebook hingegen erfasste demografische Daten von den Nutzerinnen und Nutzern seines sozialen Netzwerkes und stellte diese Werbetreibenden zur Verfügung, um gezielt

⁷⁶⁸ Modrall, J., Big data and merger control in the EU, *Journal of European Competition Law & Practice*, 9(9), 2018, 569-578, S. 577.

⁷⁶⁹ EU-Kommission, Facebook / WhatsApp, Case M.7217.

⁷⁷⁰ EU-Kommission, Facebook / WhatsApp, C(2014) 7239 final, Rn. 71.

Werbung auszuspielen.⁷⁷¹ Der Zusammenschluss wurde von der Europäischen Kommission untersucht und freigegeben. Nicht vertieft untersucht wurde, ob WhatsApp zum damaligen Zeitpunkt potenziell in der Lage gewesen wäre, vergleichbare Daten wie Facebook zu erfassen und Werbetreibenden für die Ausspielung gezielter Werbung zur Verfügung zu stellen.⁷⁷² Die Europäische Kommission stellte zwar fest, dass es erhebliche Überschneidungen bei der Nutzer-schaft von WhatsApp und dem sozialen Netzwerk Facebook gab.⁷⁷³ Sie zog hieraus jedoch nicht den Schluss, dass die Existenz von WhatsApp als eigenständiges Unternehmen und potenzieller neuer Kanal für gezielte datengestützte Werbung Relevanz haben könnte. Vieles spricht dafür, dass Facebook mit WhatsApp einen potenziellen Konkurrenten aufgekauft hat, der fähig gewesen wäre, wie Facebook gezielt auf Basis demografischer Daten Onlinewerbung auszuspielen. Anhand dieses Beispiels wird deutlich, wie wichtig es ist, dass Kartellbehörden bei der Prüfung von Zusammenschlüssen nicht nur bestehende Datenzugänge in eine Untersuchung miteinbeziehen, sondern auch solche Daten zu berücksichtigen, die von den Zusammenschlussparteien erfasst, aber zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses (noch) nicht an Dritte weitergegeben werden, sowie solche, die von den Parteien erfasst werden könnten.

503. Bei der Untersuchung eines Zusammenschlusses ist es daher empfehlenswert, dass (1) jene Zugänge zu Daten identifiziert werden, die einzelne oder alle Zusammenschlussparteien zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses zur Verfügung stellen. Dies betrifft sowohl Datenzugänge, welche die Zusammenschlussparteien sich untereinander gewähren, d. h. intern, als auch Datenzugänge, die nicht an dem Zusammenschluss beteiligten Dritten, d. h. extern, gewährt werden.

504. Darüber hinaus sollten (2) sowohl Kunden- als auch Lieferantengruppen identifiziert werden, zu denen Daten bei den einzelnen Zusammenschlussparteien erfasst werden, auch wenn diese bisher nicht weitergegeben werden. Bezüglich dieser Daten ist es wichtig zu prüfen, ob sie im Rahmen eines Datenzugangs für Externe wirtschaftlich verwertbar sind. Ein Indiz hierfür könnte sein, dass Unternehmen außerhalb des Zusammenschlusses existieren, die solche Daten vertreiben. In diesem Fall existiert ein Markt, den es bei der Prüfung des Zusammenschlussvorhabens zu beachten gilt. Denkbar ist jedoch auch, dass für bestimmte Daten bisher kein Markt existiert, obwohl ein wirtschaftliches Interesse seitens der Unternehmen besteht, diese zu erwerben.⁷⁷⁴ Wie in Tz. 480 bereits erwähnt, gibt es Indizien, die auf einen hohen wirtschaftlichen Wert hinweisen können. Hierzu gehören die Menge der Datensätze, dass die Daten die Themenfelder Verkauf, Standort oder Marketing betreffen, dass Geschäftsdaten von spezifischen Unternehmen enthalten sind, dass die Daten besonders aktuell sind, dass sie täglich aktualisiert werden und dass sie weitestgehend fehlerfrei sowie zugänglich strukturiert sind. Gründe dafür, dass bisher keine wirtschaftliche Verwertung stattfindet, können z. B. gesetzliche

⁷⁷¹ EU-Kommission, Facebook / WhatsApp, C(2014) 7239 final, Rn. 70.

⁷⁷² Ebenda, Rn. 72.

⁷⁷³ Ebenda, Rn. 140.

⁷⁷⁴ Siehe hierzu auch Schmidt, S. A., Zugang zu Daten nach europäischem Kartellrecht, Tübingen 2020, S. 401 ff.

Regelungen⁷⁷⁵ oder strategische Bedenken sein. Mit Blick auf solche Fälle ist zu berücksichtigen, dass durch Zusammenschlüsse der Zugang auf Daten innerhalb der entstehenden Entität erleichtert wird. Zusammenschlüsse sind in diesem Sinne ein Weg, Zugang zu Daten zu erlangen.⁷⁷⁶ Hieraus können sich insbesondere bei wertschöpfungsstufen- und marktübergreifenden Zusammenschlüssen Wettbewerbsvorteile gegenüber dritten Unternehmen ergeben, die auch weiterhin keinen Zugang zu vergleichbaren Daten der vor- oder nachgelagerten Wertschöpfungsstufe bzw. benachbarten Märkten haben. Daher gilt es, auch Daten zu berücksichtigen, die wahrscheinlich innerhalb des Zusammenschlusses wertschöpfungsstufen- und marktübergreifend ausgetauscht werden.⁷⁷⁷

505. Schließlich empfiehlt es sich (3), auch solche Daten zu berücksichtigen, die potenziell von den Zusammenschlussparteien mit plausiblen Aufwand erfasst werden könnten. Auch für diese Daten ist eine Prüfung sinnvoll, ob sie im Rahmen eines Datenzugangs wirtschaftlich verwertbar sind. Als Indiz kann auch hier insbesondere herangezogen werden, ob Unternehmen außerhalb des Zusammenschlusses existieren, die solche Daten bereits vertreiben. Denkbar ist jedoch auch in diesem Fall, dass Daten aufgrund gewisser Hürden bisher nicht vertrieben werden und dass der Zusammenschluss die exklusive Gelegenheit beinhaltet, Zugang zu diesen Daten zu erhalten und datengetriebene Wettbewerbsvorteile gegenüber jenen Unternehmen zu realisieren, welche auch weiterhin keinen Zugang zu vergleichbaren Daten haben.

506. Insgesamt ist insbesondere das Erkennen potenzieller Datenquellen eine anspruchsvolle Aufgabe für die Kartellbehörden. Vor allem dritte Unternehmen können den Kartellbehörden helfen, diese Herausforderung zu bewältigen, indem sie einen Beitrag bei der Identifikation von Daten leisten, deren Zugänglichkeit im Fusionskontrollverfahren Relevanz haben könnte. Im Rahmen der Konsultation von Marktteilnehmern sollte dem Thema Datenzugang daher künftig ein besonderes Gewicht beigemessen werden. Darüber hinaus können die Kunden- und Lieferantengruppen der Zusammenschlussparteien erste Orientierungspunkte sein. Wenn dritte Unternehmen existieren, deren Kunden- oder Lieferantengruppen weitgehend deckungsgleich sind bzw. deren Kunden- oder Lieferantengruppen im Datenbestand der Zusammenschlussparteien identifizierbar sind, liegt es nahe, dass ein wirtschaftliches Interesse am Zugang zu Daten existiert.

4.2 Erwartbare wettbewerbsrelevante Veränderungen bei Datenzugängen beurteilen

507. Sind die zu untersuchenden, bestehenden und potenziellen Datenzugänge der Zusammenschlussparteien identifiziert, kann in einem nächsten Schritt für jeden dieser Zugänge beurteilt werden, inwieweit durch den Zusammenschluss erhebliche Änderungen zu erwarten

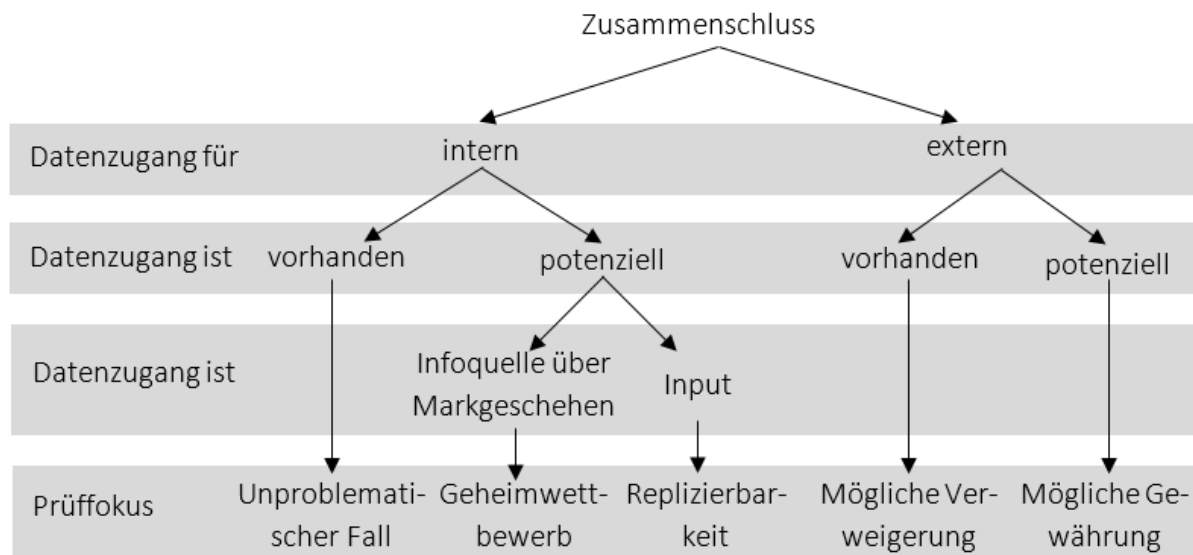
⁷⁷⁵ Z. B. Datenschutzbedenken, siehe zu rechtlichen Grenzen des Datenzugangs überblicksartig Abschnitt 2.4.

⁷⁷⁶ Lasserre, B., Mundt, A., Competition law and big data: The enforcers' view, *Antitrust & Public Policies*, 4(1), 2017, S. 92.

⁷⁷⁷ So auch EU-Kommission, Non-Price Competition: EU Merger Control Framework and Case Practice, Competition Policy Brief No 1/2024, 2024, https://content.mlex.com/Attachments/2024-04-17_E18GB8EIOAT4A4R9%2fApril+2024+_merger_policy_brief_non-price_merger-control_pharma.pdf, Abruf am 17. April 2024, S. 12.

sind, welche für die Struktur einzelner Märkte Relevanz haben. Abbildung IV.1 illustriert verschiedene Situationen und den daraus resultierenden Prüffokus. In allen Fällen ist es empfehlenswert, sich zunächst auf die Frage zu konzentrieren, ob eine erhebliche Änderung zu erwarten ist. Für die Frage, ob aus dieser erheblichen Änderung eine erhebliche Behinderung des Wettbewerbs resultiert, empfiehlt sich hingegen ein gesonderter Prüfschritt (siehe Abschnitt 4.3).

Abbildung IV.1: Zusammenschlüsse mit Auswirkung auf den Wettbewerb identifizieren



Quelle: Eigene Darstellung.

508. Zunächst ist es für die Analyse hilfreich, Datenzugänge zwischen den Zusammenschlussparteien (intern) und Datenzugangsvereinbarungen mit dritten Unternehmen (extern) klar zu trennen. In der Realität wird häufig der Fall auftreten, dass – technisch gesehen – derselbe Datenzugang sowohl intern als auch extern genutzt wird. Dennoch sollten auch in solch einem Fall die interne und externe Zugangsgewährung getrennt betrachtet werden.

509. Der Abbildung IV.1 ist bereits zu entnehmen, dass es als unproblematisch zu werten ist, wenn zwischen den Zusammenschlussparteien vor dem Zusammenschluss bereits ein Datenzugang existiert hat. Wird dieser Zugang auch nach dem Zusammenschluss zu gleichen Konditionen gewährt, ergeben sich keine zusammenschlusspezifischen Änderungen, die auf den Wettbewerb wirken können. Dies kann z. B. der Fall sein, wenn die betreffenden Daten der anderen Partei bereits vor dem Zusammenschluss kostenlos zur Verfügung gestellt wurden. Dabei sind jedoch die Details zu beachten. In der Regel ist zu erwarten, dass sich durch den Zusammenschluss wesentliche Charakteristika wie die Kosten des Datenzugriffs oder der Detailgrad der Daten ändern. Dann kann in der Analyse nicht mehr die Annahme zugrunde gelegt werden, dass dieser Datenzugang vor dem Zusammenschluss bereits in dieser Form vorhanden ist. Einer Analyse muss dann vielmehr die Annahme zugrunde liegen, dass es sich faktisch um einen neuen Zugang handelt, der potenziell im Rahmen des Zusammenschlusses zwischen den Parteien, d. h. intern, realisiert würde.

510. Solche internen Zugänge, die potenziell als Folge des Zusammenschlusses gewährt werden, sind mit einem unterschiedlichen Fokus zu prüfen, je nachdem, ob die betroffenen Daten als Input genutzt werden oder über das Marktgeschehen Auskunft geben.⁷⁷⁸ Wie Abbildung IV.1 zu entnehmen ist, sollte bei Daten über das Marktgeschehen vor allem geprüft werden, ob der gemeinsame Datenbestand der Zusammenschlussparteien so breit ist, dass der Geheimwettbewerb im Verhältnis zu verbleibenden Wettbewerbern in einzelnen Märkten gefährdet sein könnte.⁷⁷⁹ Möglicherweise verfügen die Zusammenschlussparteien gemeinsam über einen umfassenden Überblick über einen oder mehrere Märkte, auf denen sie tätig sind.⁷⁸⁰ Schließen sich beispielsweise ein Produzent und ein Händler zusammen, sind in der Regel beide auf dem Großhandelsmarkt aktiv. Bei beiden Zusammenschlussparteien fallen Daten über diesen Markt als „Nebenprodukt“ an. Dies kann z. B. Preisdaten einschließen. Teilen die Zusammenschlussparteien diese Daten, können sie möglicherweise einen umfangreicheren Überblick über die Verkaufspreise konkurrierender Produzenten bzw. die Einkaufspreise konkurrierender Händler erlangen.⁷⁸¹ Ein solcher Überblick kann sowohl das Verhalten der Zusammenschlussparteien als auch das Verhalten dritter Unternehmen gegenüber den Zusammenschlussparteien erheblich beeinflussen. Wenn die Zusammenschlussparteien etwa schneller auf Preissenkungen oder Produktinnovationen der Wettbewerber reagieren können, sinkt der Anreiz der Wettbewerber Preissenkungen und Produktinnovationen zu vollziehen. Ein potenzieller Einfluss sollte jedoch nicht nur bei homogenen Datenzugangskonstellationen geprüft werden, wenn beide Parteien (potenziell), wie im Beispiel beschrieben, ähnliche Daten in den Zusammenschluss einbringen (können).⁷⁸² Auch bei heterogenen Konstellationen ist eine Prüfung wichtig, insbesondere, wenn ein marktmächtiges Unternehmen ein Unternehmen in einem vor- oder nachgelagerten Markt aufkauft und fortan auf dieser vor- bzw. nachgelagerten Wertschöpfungsstufe aktiv ist.⁷⁸³

⁷⁷⁸ Hinsichtlich der Unterscheidung zwischen Marktstrukturdaten und Daten als Input siehe Abschnitt 3.4.1.

⁷⁷⁹ So auch EU-Kommission, Non-Price Competition: EU Merger Control Framework and Case Practice, Competition Policy Brief No 1/2024, 2024, https://content.mlex.com/Attachments/2024-04-17_E18GB8EI0AT4A4R9%2fApril+2024+_merger_policy_brief_non-price_merger-control_pharma.pdf, Abruf am 17. April 2024, S. 12.

⁷⁸⁰ Können sich die nach einem Zusammenschluss am Markt verbleibenden Unternehmen hinreichend überwachen, ist eines von drei Kriterien erfüllt, bei denen der EuGH eine kollektive Marktbeherrschung für wahrscheinlich hält. Die weiteren Kriterien – die Existenz einer Art von Abschreckungsmechanismus, der zur Disziplinierung dient und die Nicht-Existenz von an der Koordinierung unbeteiligten Marktakteuren, die durch ihre Reaktionen den Effekt der Koordinierung infrage stellen – sind gesondert zu prüfen. Siehe dazu Tz. 519.

⁷⁸¹ Amtsblatt der Europäischen Union, Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, 2008/C 265/07, 2008, Rn. 78.

⁷⁸² Ein Beispiel für eine homogene Datenzugangskonstellation, deren wettbewerbliche Relevanz zu vermuten gewesen wäre, ist der bereits erwähnte Zusammenschluss von WhatsApp und Facebook. Weitere Beispiele sind der Zusammenschluss von Google und DoubleClick sowie der Zusammenschluss von Apple und Shazam.

⁷⁸³ Ein Beispiel für eine heterogene Datenzugangskonstellation, deren wettbewerbliche Relevanz zu vermuten gewesen wäre, ist der Zusammenschluss von Meta und Kustomer. Durch den Zusammenschluss hat Meta Zugang zu den CRM-Daten von Kustomer erlangt, die mindestens potenziell auch Nutzungsdaten von X (ehemals Twitter) umfassen, das im Bereich B2C-Kommunikation mit Meta in Konkurrenz steht. EU-Kommission, Meta (formerly Facebook) / Kustomer, C (2022) 409 final, 2022, Rn. 48 und 260 f.

511. Wie in Abbildung IV.1 zu sehen ist, sollte der Schwerpunkt einer Prüfung anders gesetzt werden, wenn potenziell zwischen den Zusammenschlussparteien nach dem Zusammenschluss Daten ausgetauscht werden, die in die Erbringung von Dienstleistungen oder die Herstellung von Produkten einfließen. Bei solchen potenziellen internen Datenzugängen gilt es zu klären, ob der durch den Zusammenschluss erleichterte Datenaustausch erhebliche Wettbewerbsvorteile schafft, die von dritten Unternehmen nicht repliziert werden können. Ist dies mit Bezug auf einzelne oder mehrere Märkte der Fall, dann ist ein Einfluss auf den Wettbewerb anzunehmen. Bei homogenen Konstellationen kann dies z. B. der Fall sein, wenn die Zusammenschlussparteien gemeinsam eine mindestoptimale Menge an Daten erreichen, die für den Einsatz von auf künstlicher Intelligenz basierenden Algorithmen erforderlich ist. Wettbewerber verfügen möglicherweise nicht über die erforderliche Unternehmensgröße, um diese mindestoptimale Menge ebenfalls zu erreichen. Bei heterogenen Konstellationen können die für einen Teil der Zusammenschlussparteien neu verfügbar werdenden Daten möglicherweise zur Verbesserung der Produktqualität beitragen und zu einer deutlichen Überlegenheit gegenüber den Konkurrenzprodukten führen.⁷⁸⁴

512. Hinsichtlich externer Datenzugänge ist vor allem zu untersuchen, ob durch den Zusammenschluss strategische Gründe für die Zusammenschlussparteien entstehen, die zu einer Änderung der Datenzugangsgewährung für andere Unternehmen führt. Für bereits bestehende Datenzugänge wäre daher zu prüfen, ob diese möglicherweise nach einem Zusammenschluss nicht länger gewährt werden würden.⁷⁸⁵ Mit Blick auf homogene Zugangskonstellationen kann dies z. B. der Fall sein, wenn die Zusammenschlussparteien für sich bereits ausreichend Datensätze für bestimmte Anwendungen generieren und daher nicht länger auf eine Kooperation mit anderen Unternehmen angewiesen sind. Mit Blick auf heterogene Zugangskonstellationen wird dies vor allem dann der Fall sein, wenn von einem bestehenden Zugang auch Unternehmen profitieren, die mit einer der am Zusammenschluss beteiligten Parteien im Wettbewerb stehen. In allen Fällen gilt, dass ein wettbewerbblicher Einfluss nur zu erwarten ist, wenn der von den Zusammenschlussparteien gewährte Datenzugang nicht oder nur eingeschränkt substituierbar ist. Anderenfalls ist davon auszugehen, dass externe Unternehmen ohne Schaden zu konkurrierenden Anbietern von Daten wechseln.

513. Umgekehrt ist ebenso denkbar, dass durch den Zusammenschluss mehr oder hochwertigere Daten an externe Unternehmen bereitgestellt werden. Beispielsweise könnten erst durch die Kombinationen der Daten der Zusammenschlussparteien Datensätze erstellt werden, die für bestimmte dritte Unternehmen interessant sind. Auch in diesem Fall ist die Substituierbarkeit zu berücksichtigen. Existieren mehrere vergleichbare Datenzugänge bereits außerhalb des

⁷⁸⁴ Bei der Übernahme von Fitbit durch Google wurde etwa diskutiert, inwieweit Google die Daten von Fitbit zur Verbesserung seiner Dienstleistungen in anderen Geschäftsbereichen des Konzerns nutzen könnte. Spangnolo, G., u. a., Google/Fitbit will monetise health data and harm consumers, 2020, <https://cepr.org/voxeu/columns/googlefitbit-will-monetise-health-data-and-harm-consumers>, Abruf am 3. April 2024.

⁷⁸⁵ Es könnte eine Abschottung vorliegen. Amtsblatt der Europäischen Union, Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, 2008/C 265/07, 2008, Rn. 29 ff.

zusammengeschlossenen Unternehmens, wird der wettbewerbliche Einfluss in der Regel gering sein und es bedarf keiner weitergehenden Prüfung.

514. In der Summe zeigt sich auch auf dieser Stufe der Analyse, welche großen Herausforderungen das Thema Datenzugang für die Fusionskontrolle mit sich bringt. Es gilt abzuschätzen, ob die Zusammenschlussparteien die bei ihnen anfallenden Daten im Wettbewerb so einsetzen können, dass sie den Wettbewerb insgesamt beeinflussen. Angesichts einer Vielzahl theoretischer Szenarien wird auch hier die Konsultation von Marktteilnehmern eine bedeutende Rolle einnehmen, um zielgerichtete Hinweise zu erhalten und Einflüsse auf den Wettbewerb identifizieren zu können.

4.3 Wirkrichtung des wettbewerbslichen Einflusses der relevanten Datenzugänge ermitteln

515. Wurden die Datenzugänge identifiziert, deren zu erwartende Anpassungen im Rahmen des Zusammenschlusses voraussichtlich Einfluss auf den Wettbewerb haben werden, ist in einem letzten Schritt festzustellen, ob dieser Einfluss eine erhebliche Behinderung des Wettbewerbs im Sinne des Art. 2 Abs. 2 der EU-Fusionskontrollverordnung (FKVO) 139/2004 bzw. des § 36 GWB beinhaltet.

516. Stehen Daten im Fokus der Untersuchung, die als Input für Produkte oder Dienstleistungen verwendet werden, ist die Wirkrichtung des wettbewerbslichen Einflusses zu klären. Wie in Abschnitt 3.4.4 erläutert, können mehr oder hochwertigere Daten, die einem Unternehmen zur Verfügung stehen, die Wettbewerbsintensität sowohl steigern als auch senken. In der Regel wird eine erhöhte Verfügbarkeit von Daten die Wettbewerbsintensität steigern, weil die Zusammenschlussparteien den leichteren Zugang zu Daten für Verbesserungen ihrer Produkte und Dienstleistungen oder ähnliches einsetzen.⁷⁸⁶ In vielen Fällen dürfte eine solche Intensivierung des Wettbewerbs erwünscht sein und z. B. zu niedrigeren Preisen führen. Bei Daten, die als Input dienen und die Wettbewerbsintensität erhöhen, ist es daher aus wettbewerbspolitischer Sicht in der Regel positiv zu bewerten, wenn Unternehmen insgesamt Zugang zu mehr Daten erhalten, und negativ, wenn Unternehmen insgesamt Zugang zu weniger Daten erhalten.

517. In Ausnahmefällen ist jedoch zu beachten, dass es zu einem Kippen des Marktes kommen kann, wenn nur ausgewählte Unternehmen Zugriff auf deutlich mehr oder hochwertigere Daten erhalten. Es ist denkbar, dass die Zusammenschlussparteien von einem Datenzugang profitieren, nicht aber die Mehrheit der am Wettbewerb teilnehmenden Unternehmen. Dann können diese Wettbewerber keine vergleichbaren Verbesserungen o. ä. erzielen. Ist der Wettbewerbsvorteil durch den Datenzugang sehr groß, können Konkurrenten möglicherweise nicht mehr am Markt bestehen.⁷⁸⁷ Kurzfristige Preisvorteile für Kundinnen und Kunden würden dann, möglicherweise langfristig, durch eine Monopolisierung des Marktes, entfallen. In diesem Fall

⁷⁸⁶ Dies entspricht einem Ergebnis des Modells in de Cornière, A., Taylor, G., Data-Driven Mergers. Management Science forthcoming, 2024, <https://doi.org/10.1287/mnsc.2023.04104>, Abruf am 18. April 2024, S 4.

⁷⁸⁷ Einen solchen Fall beschreibt das Modell in Chen, Z., Choe, C., Cong, J., Matsushima, N., Data-driven mergers and personalization, The RAND Journal of Economics, 53(1), 2022, 3-31, S. 14 f.

wäre der Zusammenschluss zu untersagen, falls nicht Abhilfe durch geeignete Nebenbestimmungen geschaffen werden kann.⁷⁸⁸

518. In einigen gesondert zu betrachtenden Fällen führt die vermehrte Nutzung von Daten durch ein Unternehmen zwar dazu, dass sein Umsatz pro Kundin und Kunde steigt, aber seine Produkte oder Dienstleistungen für Kundinnen und Kunden insgesamt unattraktiver werden.⁷⁸⁹ Durch mehr verfügbare Daten nimmt der von diesem Unternehmen ausgehende Wettbewerbsdruck ab, z. B. weil, wie in Abschnitt 3.4.4 bereits beschrieben, auf diesen Daten basierende individuell angepasste Werbung von einem Teil der bisherigen Kundinnen und Kunden als aufdringlich empfunden wird. Ein Datenzugang, der vor dem Zusammenschluss noch nicht bestand, aber nach dem Zusammenschluss voraussichtlich gewährt wird, würde folglich dazu führen, dass die Wettbewerbsintensität abnimmt. Dies entspricht in der Regel einer Verschlechterung der Wettbewerbssituation auf dem betrachteten Markt. Der Zusammenschluss kann dann dazu führen, dass der Preiswettbewerb erlahmt und die Preise steigen.⁷⁹⁰ Umgekehrt wäre ein bestehender Datenzugang, der nach dem Zusammenschluss nicht mehr gewährt wird, in einem solchen Fall dann in der Regel positiv zu sehen.

519. Eine geringere Wettbewerbsintensität ist jedoch nicht in jedem Fall negativ zu bewerten. Ist es ein marktbeherrschendes Unternehmen, von dem nach dem Zusammenschluss ein geringerer Wettbewerbsdruck ausgeht, können sich langfristig positive Effekte auf die Marktstruktur ergeben, indem die kleineren Konkurrenten Marktanteile gewinnen. Mit WhatsApp konkurrierende Anbieter von Messengerdiensten haben z. B. – zumindest zeitweise – Marktanteile auf dem Endkundenmarkt gewonnen, als Facebook ankündigte, Daten aus WhatsApp auch für seine anderen Dienste zu nutzen.⁷⁹¹ Auch wenn es in diesem Fall nicht zu einem nachhaltigen Wegfall der dominanten Marktposition von WhatsApp kam, wäre ein positiver Effekt auf die Marktstruktur in anderen Fällen denkbar. Neben der kurzfristigen Wirkung auf die Wettbewerbsintensität ist also auch die mittelfristige Wirkung auf die Marktstruktur zu berücksichtigen.

⁷⁸⁸ Gemäß Art. 2 Abs. 1 lit. b FKVO sind die Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts bei der Beurteilung eines Zusammenschlusses nur zu berücksichtigen, sofern diese dem Verbraucher dienen und den Wettbewerb nicht behindern. Eine Behinderung des Wettbewerbs würde in einem Fall drohender Monopolisierung jedoch vorliegen. Siehe zur Anwendung von Art. 2 Abs. 1 lit. b FKVO auch Körber, in: Immenga/Mestmäker, Wettbewerbsrecht, Bd. 3, 6. Aufl., München 2020, Art. 2 FKVO Rn. 353.

⁷⁸⁹ Siehe Abschnitt 3.4.4, Tz. 498.

⁷⁹⁰ In Esteves, R.B., & Vasconcelos, H. (2015). Price discrimination under customer recognition and mergers. *Journal of Economics & Management Strategy*, 24(3), 523-549, S. 539 wird mittels eines modelltheoretischen Ansatzes außerdem der Fall beschrieben, dass ein aus einem Zusammenschluss entstehendes Unternehmen jene Konsumenten besser identifizieren kann, die nicht bereit sind, zu einem Konkurrenten zu wechseln. Ein solches Unternehmen kann solche Informationen möglicherweise nutzen, um gezielt die Preise für diese Konsumenten zu erhöhen. Auch hier nehmen die Konsumenten Schaden, der Wettbewerbsdruck auf konkurrierende Unternehmen bleibt jedoch möglicherweise unverändert.

⁷⁹¹ Golem.de, Facebook. WhatsApp stellt Nutzern ein Ultimatum, 2021, <https://www.golem.de/news/facebook-whatsapp-stellt-nutzern-ein-ultimatum-2101-153215.html>, Abruf am 11 April 2024; Golem.de, Weg von WhatsApp. Signal verfünffacht Nutzerzahl in kürzester Zeit, 2021, <https://www.golem.de/news/weg-von-whatsapp-signal-verfuenfacht-nutzer-in-kuerzester-zeit-2101-153403.html>, Abruf am 11 April 2024.

520. Mit Blick auf das Marktgeschehen betreffende Daten ist die Analyse insofern einfacher, als hier in den allermeisten Fällen eine negative Wirkung zu erwarten ist.⁷⁹² Ein umfassenderer Überblick über das Marktgeschehen kann Basis für eine Einzelmarktbeherrschung, eine kollektive Marktbeherrschung sowie unilaterale Effekte unterhalb der Schwelle der Marktbeherrschung sein. Im ökonomischen Sinne ist die zu klärende Fragestellung, inwieweit eine stillschweigende Koordinierung der nach dem Zusammenschluss verbleibenden Marktteilnehmer bei Preisen, Qualität o. ä. wahrscheinlich ist.⁷⁹³ Für den Fall einer kollektiven Marktbeherrschung hat der EuGH Kriterien entwickelt. Gemäß dem EuGH ist eine kollektive Marktbeherrschung wahrscheinlich, wenn die am Markt verbleibenden Unternehmen sich hinreichend überwachen können, es eine Art Abschreckungsmechanismus zur Disziplinierung gibt und an der Koordinierung nicht beteiligte Marktakteure den Koordinierungseffekt nicht infrage stellen.⁷⁹⁴ Eine hinreichende Überwachung zwischen den am Markt verbleibenden Unternehmen kann durch die veränderte Verfügbarkeit von Marktdaten möglich werden. Damit ist die Wahrscheinlichkeit erhöht, dass das erste der drei Kriterien erfüllt ist. In ähnlicher Weise kann durch eine verbesserte Überwachung mittels Marktdaten auch eine Einzelmarktbeherrschung entstehen. Kann das aus dem Zusammenschluss resultierende Unternehmen die verbleibenden Wettbewerber hinreichend überwachen, um sie im Falle unerwünschten Verhaltens durch Abschreckungsmechanismen zu disziplinieren, dann könnte von einer Einzelmarktbeherrschung dieses Unternehmens auszugehen sein. Schließlich ist es auch denkbar, dass durch zusätzlich verfügbare Marktdaten unilaterale Effekte unterhalb der Schwelle der Marktbeherrschung auftreten. So kann etwa die Rolle eines Unternehmens als „wichtige Wettbewerbskraft“⁷⁹⁵ infrage stehen, wenn ein Konkurrent nach einem Zusammenschluss über Marktdaten verfügt, die es ihm erlauben, schneller z. B. auf Rabattaktionen oder Produktinnovationen zu reagieren. Rabattaktionen oder Produktinnovationen lohnen sich für das Unternehmen, das eine wichtige Wettbewerbskraft ist, möglicherweise nur, wenn das zusammengeschlossene Unternehmen auf Basis der ihm zur Verfügung stehenden Daten über das Marktgeschehen nicht zu schnell mit eigenen Rabattaktionen und Produktinnovationen reagiert. In allen genannten Fällen kann eine erhebliche Behinderung des Wettbewerbs vorliegen, sodass der Zusammenschluss zu untersagen wäre, falls keine Abhilfe durch geeignete Nebenbestimmungen geschaffen werden kann.

4.4 Zwischenfazit

521. Die wettbewerbliche Wirkung von Datenzugängen in Fusionskontrollverfahren zu berücksichtigen, wird umso wichtiger, je bedeutsamer Daten zukünftig für Unternehmen sein werden.

⁷⁹² Theoretisch wären Effizienzeinreden denkbar. Z. B., dass Marktdaten dazu genutzt werden können, Marktnischen zu bedienen, die sonst nicht identifiziert werden können. In der Praxis dürfte es den Zusammenschlussparteien schwerfallen, vor dem Zusammenschluss der Wettbewerbsbehörde die Existenz solcher Marktnischen glaubhaft zu machen, die sie erst nach dem Zusammenschluss identifizieren können.

⁷⁹³ Lasserre, B., Mundt, A., Competition law and big data: The enforcers' view, *Antitrust & Public Policies*, 4(1), 2017, S. 91 f.

⁷⁹⁴ EuGH, C-413/06, 10. Juli 2008, Bertelsmann und Sony Corporation of America/Impala, ECLI:EU:C:2008:392, Rz. 123.

⁷⁹⁵ 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.

Die Analyse solcher Fälle ist komplex. Die Monopolkommission empfiehlt daher, die Analyse in drei Prüfschritte zu unterteilen.

522. Erstens sollte für jede Zusammenschlusspartei geklärt werden, über welche Daten sie verfügt, die wirtschaftlich durch andere Zusammenschlussparteien oder für externe Unternehmen verwertbar sind. Dies umfasst Daten, zu denen bereits Zugang gewährt wird, Daten, die zwar erfasst, zu denen jedoch bisher kein Zugang gewährt wurde und Daten, die potenziell erfasst und zu denen Zugang gewährt werden könnte.

523. Zweitens sollte für jeden der identifizierten (potenziellen) Datenzugänge geklärt werden, ob durch den Zusammenschluss Änderungen zu erwarten sind, die auf die Wettbewerbssituation wirken. Durch Datenzugänge, die sich die Zusammenschlussparteien bereits vor dem Zusammenschluss gewähren, ist keine Wirkung zu erwarten. Bei Datenzugängen, die vor dem Zusammenschluss noch nicht bestanden haben, und bei Datenzugängen, die dritten Unternehmen gewährt werden, kann es hingegen zu wettbewerbsrelevanten Änderungen kommen.

524. Drittens sollte geprüft werden, ob die zu erwartenden Änderungen negativ oder positiv auf die Wettbewerbssituation wirken. Bei Daten, welche das Marktgeschehen betreffen, sollte geprüft werden, ob eine Koordinierung z. B. von Preisen oder Qualität zwischen den verbleibenden Unternehmen möglich wird. Bei Daten, die als Input in Dienstleistungen oder Produkte einfließen, kann eine erhöhte Verfügbarkeit den Wettbewerbsdruck sowohl erhöhen als auch schmälern. Eine Erhöhung des Wettbewerbsdrucks ist in der Regel positiv, eine Schmälerung in der Regel negativ zu werten. Ausgenommen sind Fälle, in denen der Wettbewerbsdruck vermindert wird, der von einem bereits marktbeherrschenden Unternehmen ausgeht. Hier kann eine verminderter Wettbewerbsdruck Raum für Wettbewerb schaffen.

525. Dieses von der Monopolkommission entwickelte Prüfschema soll eine erste Grundlage darstellen. Es kann den Kartellbehörden als Basis dienen und von ihnen sukzessive um Erfahrungen aus der Praxis ergänzt werden.

5 Datenzugang in der Missbrauchskontrolle

526. Auch im Rahmen der Missbrauchskontrolle erscheint es als große Herausforderung zu beurteilen, wann die Verweigerung eines Datenzugangs bzw. der Datenzugang selbst als Marktmachtmissbrauch zu werten ist. Aus diesem Grund soll im folgenden Abschnitt auch für die Missbrauchskontrolle ein mögliches Prüfschema entwickelt werden, das Orientierungshilfe für die Praxis bietet, um eine systematische Vorgehensweise in der Missbrauchskontrolle zu erleichtern.

5.1 Missbrauchsrechtliche Datenzugangsansprüche

527. Die 10. GWB-Novelle ist mit der Einführung von zwei neuen Datenzugangsansprüchen, § 19 Abs. 2 Nr. 4 sowie § 20 Abs. 1a GWB, einhergegangen.⁷⁹⁶ Auch wenn diese Neuerungen teilweise nur einen klarstellenden Charakter haben, d. h. einen bereits bestehenden Datenzugangsanspruch betonen, so reflektieren sie dennoch die gestiegene Relevanz des Themas des

⁷⁹⁶ Siehe dazu bereits oben, Abschnitt 2.3.1.

Datenzugangs im Rahmen der Missbrauchskontrolle. Ein Marktmachtmissbrauch liegt dann vor, wenn Verhaltensweisen von marktbeherrschenden bzw. marktmächtigen Unternehmen andere Unternehmen oder auch Verbraucherinnen und Verbraucher unangemessen benachteiligen und der Aufrechterhaltung eines unverfälschten Wettbewerbs entgegenstehen (Art. 102 AEUV, §§ 19, 20 GWB).

528. Märkte, die die Sammlung von Daten ermöglichen, werden als Datenprimärmärkte bezeichnet. Sie sind zu unterscheiden von Datensekundärmärkten, auf denen gesammelte Daten gehandelt werden. Datenprimärmärkte können aufgrund von Größen- und Verbundvorteilen, Netzwerkeffekten und Lock-In-Effekten Konzentrationstendenzen aufweisen, die den Markteintritt für dritte Unternehmen erschweren. Datensekundärmärkte existieren derzeit nur im Einzelfall.⁷⁹⁷ Im Rahmen der Missbrauchskontrolle kann sich ein Anlass für eine datenzugangsspezifische, missbrauchsrechtliche Prüfung ergeben, wenn ein konzentrierter Datenprimärmarkt vorliegt⁷⁹⁸ und wenn Datensekundärmärkte nicht existieren, d. h. wenn es keine verfügbare, alternative Datenbezugsquelle gibt.⁷⁹⁹

529. Für kartellrechtliche Missbrauchsverfahren bestehen oftmals hohe Anforderungen, beispielsweise bezüglich der Tatbestandsvoraussetzungen und teilweise auch für die Nachweise. So müssen bei einem Preis- oder Konditionenmissbrauch (Art. 102 S. 2 lit. a AEUV bzw. § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 3 GWB) genauso wie bei einer Behinderung des Marktzuganges/Innovationsverhaltens der Wettbewerber (Art. 102 S. 2 lit. b AEUV bzw. § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, 2 GWB) oder bei einer Diskriminierung/Wesentlichen Einrichtung (Art. 102 S. 2 lit. c AEUV bzw. § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, 3, 4 GWB) sowohl eine Datenexklusivität als auch ein konzentrierter Datenprimärmarkt vorliegen und damit eine Marktbeherrschung. Unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle, bei relativer Marktmacht (§ 20 Abs. 1, Abs. 1a GWB), ist ein bilaterales Machtgefälle und eine Datenabhängigkeit erforderlich. Daneben sieht das Wettbewerbsrecht besondere Regelungen für Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb vor (§ 19a Abs. 1 GWB). Die faktische Kontrolle über wettbewerbsrelevante Daten kann Ausdruck einer solchen Position sein und eröffnet ein besonderes Missbrauchspotenzial. In der Folge kann solchen Unternehmen untersagt werden, die Interoperabilität von Produkten oder Leistungen oder die Portabilität von Daten zu verweigern (§ 19a Abs. 2 Nr. 5 GWB).

530. Die Missbrauchskontrolle leidet insbesondere im Bereich digitaler Märkte unter verschiedenen Durchsetzungsdefiziten wie langen Verfahrensdauern und (noch) fehlenden Leitlinien zur Auslegung der Voraussetzungen, wann ein Datenzugang zu gewähren ist. Im Zusammen-

⁷⁹⁷ Aus ökonomischer Sicht können Daten als Marktgüter, als Gegenleistung für die Inanspruchnahme einer Leistung und als Ressource (z. B. um Innovationen zu ermöglichen) zu betrachten sein.

⁷⁹⁸ Es kann sein, dass nicht nur ein Markt für Daten existiert, sondern dass in Abhängigkeit von Kontext und Geschäftsmodell sowie dem Verwendungszweck sehr unterschiedliche Märkte sowie Teilmärkte für Daten existieren können. Datenmärkte und vorgelagerte beziehungsweise nachgelagerte Märkte können sich durch unterschiedliche Faktoren voneinander unterscheiden, u.a.: Inhalt, Wertschöpfungsstufe (d. h. Vor-/Endprodukt), Detailgrad/Granularität, Aktualität, Umfang, Verfügbarkeit, Verwendungszweck, etc.

⁷⁹⁹ In den Fällen, in denen eine Orientierung an den tatsächlichen Marktgegebenheiten nicht möglich ist, muss gegebenenfalls die Abgrenzung hypothetischer Datenmärkte erfolgen, welche allerdings auf Annahmen in Bezug auf die vermeintliche Marktstruktur beruht.

hang mit der Prüfung eines möglichen Datenzugangsanspruchs können sich zudem Herausforderungen ergeben, z. B. hinsichtlich der Entgeltermittlungen trotz fehlender Vergleichsmärkte oder der technischen Ausgestaltung eines Datenzugangs. Daher geht dieser Abschnitt der Frage nach, wie systematisch und zielgerichtet im Rahmen eines Missbrauchsverfahrens geprüft werden kann, ob ein Datenzugangserfordernis besteht. Dazu sollen Fallkonstellationen des Behinderungs- und Ausbeutungsmissbrauchs, bei denen ein Datenzugang als Abhilfemaßnahme geeignet sein kann, betrachtet werden (dazu Abschnitt 5.2). Im Anschluss wird ein mögliches Schema mit relevanten Kriterien zur Prüfung potenzieller Datenzugangsansprüche vorgeschlagen (dazu Abschnitt 5.3). Danach schließt der Abschnitt mit einem Fazit (dazu Abschnitt 5.4).

5.2 Behinderungs- und Ausbeutungsmissbrauch mit Datenzugsbezug

531. Die Verweigerung des Zugangs zu Daten (im Sinne der Geschäftsverweigerung) kann wettbewerbswidrig sein, wenn die Daten eine „wesentliche Einrichtung“ für die Tätigkeit des Unternehmens, das den Zugang begehrt, sind. Dies ist dann der Fall, wenn die Verweigerung ein Tätigwerden auf einem vor- oder nachgelagerten Markt verhindert.⁸⁰⁰ Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat für den Zugang zu wesentlichen Einrichtungen hohe Hürden gesetzt.⁸⁰¹ Ein Unternehmen kann gemäß der Entscheidung in der Rechtssache „Bronner“ den Zugang zu einer Einrichtung verlangen, wenn die Verweigerung des Zugangs durch den etablierten Betreiber ein Produkt betrifft, welches für die Ausübung der betreffenden Tätigkeit unerlässlich ist, wenn die Verweigerung die Entstehung eines neuen Produkts verhindert, für das eine potenzielle Verbrauchernachfrage besteht, wenn sie nicht durch objektive Erwägungen gerechtfertigt ist und wenn sie geeignet ist, jeglichen Wettbewerb auf dem Sekundärmarkt auszuschließen. Darüber hinaus hat der EuGH in dieser Rechtssache entschieden, dass ein Produkt oder eine Dienstleistung nur dann unerlässlich ist, wenn es keine alternativen Produkte oder Dienstleistungen gibt und technische, rechtliche oder wirtschaftliche Hindernisse bestehen, die es jedem Unternehmen, das auf dem nachgelagerten Markt tätig werden will, unmöglich machen oder unangemessen erschweren, Produkte oder Dienstleistungen zu entwickeln.⁸⁰² Diese Anforderungen sind nur dann erfüllt,⁸⁰³ wenn nachgewiesen wird, dass die Daten, die sich im Besitz des etablierten Unternehmens befinden, wirklich einzigartig sind, und dass es keine Möglichkeit für die Wettbewerber gibt, diese Daten zu nutzen.

⁸⁰⁰ Motta, M., 2023, Self-preferencing and foreclosure in digital markets: Theories of harm for abuse cases, *International Journal of Industrial Organization*, 90, Article 102974, Abruf am 21. Juni 2024. Dies gilt auch, wenn ein nachgelagerter Markt noch nicht existiert.

⁸⁰¹ EuGH, C-7/97, Bronner, a. a. O., vgl. Fn. 698, Rn. 41.

⁸⁰² Ebenda, Rn. 41 ff. Das Konzept der wesentlichen Einrichtung setzt mindestens einen vorgelagerten Inputmarkt und einen nachgelagerten Outputmarkt (Endkundenmarkt) voraus. In Konstellationen, in denen eine Verweigerung des Datenzuganges eine Monopolisierung eines horizontal benachbarten Marktes für komplementäre Produkte/Leistungen für die Nutzer eines Hauptproduktes bzw. einer Hauptleistung bewirken würde, können auch drei Märkte relevant sein: 1) Der Markt für die Hauptleistung, 2) der Markt für den notwendigen Input (Daten) für die Komplementärleistung, und 3) der Markt für das Komplementärprodukt selbst. Dabei ist die notwendige Voraussetzung eine Beherrschung des Inputmarktes.

⁸⁰³ Das Urteil des EuGH in der Rechtssache „Bronner“ hatte keinen Bezug zu Daten oder Datenzugang.

532. Neben dem Konzept der wesentlichen Einrichtung kann die Verweigerung des Zugangs zu Daten auch als wettbewerbswidrig angesehen werden, wenn sie diskriminierend ist.⁸⁰⁴ Eine vertikale Integration kann einen diskriminierenden Zugang zu strategischen Informationen mit sich bringen, der den Wettbewerb verzerrt. So können beispielsweise Marktplatzbetreiber, die auch als Einzelhändler tätig sind (sog. Doppelrolle), Zugang zu Informationen über ihre Wettbewerber (die auf diesem Marktplatz verkaufen) und über das Verhalten der Verbraucherinnen und Verbraucher erlangen. Umgekehrt könnte ein solcher Marktplatzbetreiber die Informationen auch einschränken, die seine auf dem Marktplatz tätigen Konkurrenten über die von ihnen getätigten Transaktionen erhalten. Derartige Informationsübertragungen und -beschränkungen können den Betreiber einer integrierten Plattform überproportional wettbewerbsfähiger machen als seine auf dem Marktplatz tätigen Konkurrenten.⁸⁰⁵

533. Die auf einem bestimmten Markt gesammelten Daten können von einem Unternehmen auch genutzt werden, um seine Marktmacht auf einem anderen Markt in wettbewerbswidriger Weise auszubauen oder zu vergrößern, d. h. Marktmachttransfer bzw. -ausdehnung. So können beispielsweise Kopplungspraktiken existieren, bei denen ein Unternehmen, das einen wertvollen Datenbestand besitzt, den Zugang zu diesem an die Nutzung seiner eigenen Datenanalyse-dienste bindet. Solche Kopplungspraktiken können zwar unter bestimmten Umständen die Effizienz steigern, sie können aber auch den Wettbewerb einschränken, indem sie das Unternehmen, das den Datensatz besitzt, gegenüber seinen Konkurrenten auf dem Markt für Datenanalysen begünstigt. Wettbewerbsbeschränkende Praktiken können aber auch vorliegen, wenn ein marktstarkes Unternehmen seinen Konkurrenten durch Exklusivitätsbestimmungen den Zugang zu Daten verwehrt oder ihnen die Möglichkeit nimmt, ähnliche Daten zu beschaffen. Exklusivverträge können Konkurrenten ausschließen, insbesondere wenn sie von marktbeherrschenden Unternehmen geschlossen werden.⁸⁰⁶

534. Daten können auch als Mittel zur Preisdifferenzierung genutzt werden. Ein Unternehmen erhält durch die Erhebung von Daten über seine Kundinnen und Kunden bessere Informationen über deren Kaufgewohnheiten und ist in der Lage, deren Zahlungsbereitschaft für eine bestimmte Ware oder Dienstleistung besser einzuschätzen. Sofern das Unternehmen über Marktmacht verfügt, könnte es diese Informationen nutzen, um in zeitlicher oder sachlicher Hinsicht für die verschiedenen Kundengruppen, die es dank der gesammelten Daten ermittelt hat, unterschiedliche Preise festzusetzen. Preisdifferenzierung kann dem Unternehmen helfen, die Preise entsprechend der individuellen Zahlungsbereitschaft der Verbraucherinnen und Verbraucher festzulegen, sodass es sich den größten Teil der Konsumentenrente aneignen kann. Eine preisliche Ungleichbehandlung kann gerechtfertigt oder auch potenziell missbräuchlich

⁸⁰⁴ Siehe dazu auch das Verfahren des Bundeskartellamts gegen die Deutsche Bahn oben, Abschnitt 2.3.1 sowie BKartA, B9-144/19, Deutsche Bahn, a. a. O., vgl. Fn. 680.

⁸⁰⁵ Zhu, F./Liu, Q., 2018, Competing with complementors: An empirical look at Amazon.com. *Strategic Management Journal*, 39(10), S. 2618-2642, Abruf am 21. Juni 2024.

⁸⁰⁶ Motta, M., 2023, Self-preferencing and foreclosure in digital markets: Theories of harm for abuse cases, *International Journal of Industrial Organization*, 90, Article 102974, Abruf am 21. Juni 2024; Schaefer, M./Sapi, G., 2023, Complementarities in learning from data: Insights from general search, *Information Economics and Policy*, 65, Article 101063, Abruf am 21. Juni 2024.

sein, beispielsweise bei einem Einsatz von personenbezogenen (Nutzer-) Daten zur Personalisierung eines Produktes bzw. Dienstes⁸⁰⁷ oder bei einem Einsatz der Daten für eine verhaltenssteuernde Diskriminierung durch Algorithmen.⁸⁰⁸

535. Auch die Einschränkung der Privatsphäre kann Gegenstand der Missbrauchskontrolle werden, etwa wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen Daten unter eindeutiger Verletzung des Datenschutzrechts erhebt und eine starke Wechselwirkung zwischen der Datenerhebung und der Marktstellung des Unternehmens besteht.⁸⁰⁹ Exzessive Geschäftsbedingungen (Konditionenmissbrauch), die den Verbraucherinnen und Verbrauchern für die Nutzung einer Dienstleistung oder eines Produkts auferlegt werden, können beispielsweise anhand von Datenschutzbestimmungen als Maßstab für die Bewertung eines ausbeuterischen Verhaltens geprüft werden, insbesondere wenn die Geschäftsbedingungen und Datenschutzrichtlinien der verschiedenen Unternehmen nicht gelesen werden. Eine Unausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung, da z. B. eine unangemessene Benachteiligung nach AGB-Recht oder ein Verstoß gegen Datenschutzrecht vorliegt, kann daher die Anwendung des Vergleichsmarktkonzepts erforderlich machen, um das Ausmaß der Benachteiligung ermessen zu können. Wenn ein exklusiver Datenzugang mit überhöhten Preisen einhergeht, kann dies ebenfalls missbräuchlich sein (Preismissbrauch). Im Rahmen eines Missbrauchsverfahrens kann dann jedoch die Suche nach einem vergleichbaren Markt oder eine Annäherung an den hypothetischen Wettbewerbspreis durch komplexe kostenbasierte Preisvergleiche oder die Ermittlung von Benchmark-Preisen oder eine aufwendige auf Externalitäten basierende Datenwertermittlung erforderlich werden.

5.3 Mögliches Prüfschema für Missbrauchsverfahren

536. Wie die oben beschriebenen unterschiedlichen Missbrauchsfallgruppen mit Datenzugsbezug bereits verdeutlichen, ist jeder potenzielle Marktmachtmissbrauch einzelfallspezifisch zu prüfen. Die Leitfrage im Hinblick auf ein potenzielles Datenzugangserfordernis im Rahmen eines Missbrauchsverfahrens sollte aus ökonomischer Sicht jedoch stets dieselbe sein: *„Existiert ein besonderer Datenzugang, durch den sich das marktstarke Unternehmen dem Wettbewerbsdruck entziehen kann?“*. Einerseits ist die Prüfung unterschiedlicher missbräuchlicher Verhaltensweisen und Schadenstheorien erforderlich,⁸¹⁰ andererseits gilt es, wesentliche Kriterien im Hinblick auf das Erfordernis eines Datenzugangs systematisch zu untersuchen. In Tabelle IV.1 wird daher ein Schema bestehend aus sechs Schritten beschrieben, die bei der Identifikation eines Datenzugangsanspruchs im Rahmen von Missbrauchsverfahren hilfreich sein können. Die Schritte werden anschließend im Text erläutert. Wie beim Schema für die Fusionskontrolle handelt es sich auch hier um eine Grundlage, die in der Praxis von den Kartellbehörden weiter zu entwickeln wäre.

⁸⁰⁷ Esteves, R-B./Carballo-Cruz, 2023, Can data openness unlock competition when an incumbent has exclusive data access for personalized pricing?, Information Economics and Policy, 64, Article 101046, Abruf am 21. Juni 2024.

⁸⁰⁸ Ezrachi, A./Stucke, M.E., 2016, Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy, Cambridge, MA and London, England: Harvard University Press, Abruf am 21. Juni 2024.

⁸⁰⁹ EuGH, C-252/21, 04. Juli 2023, Meta Platforms.

⁸¹⁰ OECD, 2020, Abuse of Dominance in Digital Markets, S. 24-25, Abruf am 21. Juni 2024.

Tabelle IV.1: Mögliches Schema zur Prüfung potenzieller Datenzugangsansprüche

Schritt	Fokus	Kriterien
1	Ausgangssituation	• Preiswettbewerb/Innovationswettbewerb • Wettbewerb mit Daten/Wettbewerb um Daten • Konzentration Datenprimärmarkt/Existenz Datensekundärmärkte
2	Kontextspezifische Faktoren	• Zwecke der Datensammlung • Bedeutung personenbezogener Daten • Relevanz der Daten im Kontext des Geschäftsmodells • Big-Data-Fähigkeit der Unternehmen • Funktionsweise/Leistungsfähigkeit der Algorithmen/Technologien • Eignung des Datenbestandes für Datenhandel
3	Auswirkungen auf Marktstruktur und Wettbewerbsprozess	• Datengetriebene Netzwerkeffekte, Größen-/Verbundvorteile • Wechsel-/Parallelnutzungsverhalten • Datengenerierungsanteil/Wertschöpfungsbeitrag des Petenten • Quellenübergreifende Datenzusammenführung und Datenkomplementaritäten • Einholbarkeit eines Datenvorsprungs • Replizierbarkeit und Substituierbarkeit der Daten • Grad der Exklusivität des Datenzugangs • Einzigartigkeit der begehrten Daten • Standardsetzung Datenzugriff/-verarbeitung/-formate • Grad der Abhängigkeit von Datenzugang für Innovation • Verhaltensänderungen hinsichtlich Datenzugang • Wirkungszusammenhang zwischen Daten- und Marktmachtakкумуляtion • Marktzutrittsschranke/Kippen des Marktes
4	Interessenabwägung und Entscheidung über Datenzugangsanspruch	• Rolle von Eigentumsrechten, Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, Datenschutz, Immaterialgüterrechten, vertraglichen Vereinbarungen vs. Investitions- und Innovationsanreize vs. Schutz des Wettbewerbsprozesses/Restwettbewerbs • Falls Datenzugangsanspruch: Definition der Daten
5	Angemessenes Entgelt für Datenzugang	• Datenwertermittlung: Vergleichsmarktkonzept/Kostenermittlung
6	Ausgestaltung des Datenzugangsregimes	• Datenportabilität • Interoperabilität • FRAND-Datenzugang • Datentreuhänder

537. Prüfschritt 1 – Ausgangssituation: Zunächst ist ein Verständnis der Wettbewerbssituation erforderlich, d. h. ist der jeweilige Markt primär von statischem Preiswettbewerb oder dynamischem Innovationswettbewerb geprägt und handelt es sich um einen „Wettbewerb mit Daten“ oder einen „Wettbewerb um Daten“. Zudem ist zu prüfen, inwiefern es einen konzentrierten Datenprimärmarkt gibt und ob Datensekundärmärkte, d. h. alternative Datenzugangsquellen, existieren.

538. Prüfschritt 2 – Kontextspezifische Faktoren: Nachdem der wettbewerbliche Rahmen erfasst ist, ist zu klären, zu welchen Zwecken eine Datensammlung erfolgt. Zu klären sind die Bedeutung von personenbezogenen Daten, die Relevanz der begehrten Daten im Kontext des Geschäftsmodells und ob die Daten zur Wertschöpfung beitragen. Darüber hinaus sollte eine Einschätzung der Fähigkeit der Unternehmen, mit Big Data umzugehen, erfolgen, d. h. gegebenenfalls aus in nahezu Echtzeit anfallenden großen Datenmengen relevante Informationen, Muster, Strukturen oder Trends zu gewinnen. In diesem Zusammenhang sollte auch die Funktionsweise und Leistungsfähigkeit der eingesetzten Algorithmen bzw. Technologien sowie die Eignung des Datenbestands für einen Datenhandel beurteilt werden.

539. Prüfschritt 3 – Auswirkungen auf Marktstruktur und Wettbewerbsprozess: Wenn diese Kontexterfassung erfolgt ist, stellen sich eine Reihe von ökonomischen Fragen. So ist es von Interesse, ob datengetriebene Netzwerkeffekte (Feedbackschleifen) sowie Größen- und Verbundvorteile vorliegen und ob es ein Wechsel- und Parallelnutzungsverhalten gibt. Auch sollte untersucht werden, ob der Datenzugangsnachfrager einen Anteil an der Datengenerierung hat und einen Beitrag zur Wertschöpfung leistet. Eine mögliche quellenübergreifende Datenzusammenführung, welche mit Datenkomplementaritäten einhergeht, sowie die Einholbarkeit eines etwaigen „Datenvorsprungs“ sollten ebenfalls überprüft werden. Daneben sollte beurteilt werden, ob die begehrten Daten replizierbar oder (näherungsweise) substituierbar sind, und wie hoch der Grad der Exklusivität des Datenzugangs und die Einzigartigkeit der Daten einzuordnen ist. Ein marktstarkes Unternehmen könnte auch eine (de facto) Standardsetzung vornehmen, um den Datenzugriff (z. B. über Schnittstellen, Protokolle und Datenformate) und die Datenverarbeitung einzuschränken, was entsprechend analysiert werden sollte. In diesem Zusammenhang sollten auch der Innovationsdruck und die Abhängigkeit der Unternehmen von einem Datenzugang hinsichtlich ihrer Wettbewerbsfähigkeit insgesamt eingeschätzt werden. Auch können Verhaltensänderungen des marktbeherrschenden Unternehmens hinsichtlich eines Datenzugangs (z. B. während des Verfahrens) vorkommen, die erfasst und eingeordnet werden sollten. Schließlich sollte der Wirkungszusammenhang zwischen Daten- und Markt-machtakkumulation ermittelt und abgeschätzt werden, ob der Datenbestand zu einer Marktzutrittschranke und zum Kippen eines Marktes beitragen kann.

540. Prüfschritt 4 – Interessenabwägung und Entscheidung über Datenzugangsanspruch: Wenn das Verständnis über die ökonomischen Zusammenhänge und Auswirkungen vorliegt, muss eine Abwägung der Interessen des Dateninhabers und des Petenten folgen. Die Interessenabwägung liegt grundsätzlich im Spannungsverhältnis zwischen 1) der Rolle von Eigentumsrechten, Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, Datenschutz, Immaterialgüterrechten, vertraglichen Vereinbarungen über Zugangs-, Nutzungs- oder Verwertungsrechte Dritter, 2) Investi-

ons- und Innovationsanreizen und 3) dem Schutz des Wettbewerbsprozesses (Restwettbewerbs). Sofern das Ergebnis der Interessenabwägung ist, dass ein Datenzugangsanspruch zu gewähren ist, so sind die Daten zu definieren, die zur Verfügung gestellt werden müssen.

541. Prüfschritt 5 – Angemessenes Entgelt: Wenn die Entscheidung zugunsten einer Datenzugangsgewährung ausfällt, stellt sich bei einem Behinderungsmissbrauch zudem die Frage nach einem angemessenen Entgelt für den Datenzugang.⁸¹¹ Für die Ermittlung eines solchen Entgelts kann das Vergleichsmarktkonzept und/oder eine Kostenermittlung Anwendung finden. Dazu sollten die Kosten der Datenerhebung wie auch die Kosten der Bereitstellung (Untergrenze) erhoben werden. Darüber hinaus können im Einzelfall jedoch neue Ansätze, die noch weiterer Forschung bedürfen, erforderlich werden.

542. Prüfschritt 6 – Ausgestaltung des Datenzugangsregimes: Schließlich muss auch die technische Ausgestaltung des Datenzuganges spezifiziert werden.⁸¹² Anderenfalls besteht die Gefahr, dass das verpflichtete Unternehmen technische Hürden errichtet, z. B. im Hinblick auf Schnittstellen und Protokolle. Bei der Ausgestaltung können unterschiedliche Formen in Betracht kommen: 1) statische Datenportabilität, die einen einmaligen und unidirektionalen Datentransfer ermöglicht; 2) dynamische Interoperabilität, die es ermöglicht, Daten kontinuierlich und bidirektional zu übertragen; 3) Vereinbarung von fairen, angemessenen und nicht-diskriminierenden Zugangsbedingungen (FRAND); 4) Ein Datentreuhänder, welcher verschiedenen Akteuren einen unterschiedlich weitgehenden Zugang zu Daten ermöglicht.

5.4 Zwischenfazit

543. Jeder potenzielle Marktmachtmissbrauch erfordert eine Einzelfalluntersuchung. Das gilt auch im Hinblick auf ein mögliches Datenzugangserfordernis. Die Leitfrage in solchen Fällen sollte stets sein, ob ein besonderer Datenzugang existiert, durch den sich das marktstarke Unternehmen dem Wettbewerbsdruck entziehen kann. Daher empfiehlt die Monopolkommission den Wettbewerbsbehörden, sich bei der Entscheidung über einen potenziellen Datenzugangsanspruch im Rahmen der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle an dem vorgeschlagenen Prüfschema zu orientieren. Das Prüfschema hilft dabei, anhand der Ausgangssituation, der kontextspezifischen Faktoren, der Auswirkungen auf die Marktstruktur und den Wettbewerbsprozess, der Interessenabwägung, der Entgeltermittlung für einen Datenzugang im Behinderungsmissbrauchsfall und der Ausgestaltung des Datenzugangsregimes, zielgerichtet relevante Kriterien im Hinblick auf ein mögliches Datenzugangserfordernis systematisch zu untersuchen.⁸¹³ Es bildet eine Grundlage und kann in der Praxis durch die Kartellbehörden weiterentwickelt werden.

⁸¹¹ Für den Fall eines Ausbeutungsmissbrauchs entfällt der Schritt der Entgeltermittlung.

⁸¹² Graef, I./Prüfer, J., 2021, Governance of data sharing: A law and economics proposal, Research Policy, 50(9), Article 104330, Abruf am 21. Juni 2024.

⁸¹³ Dennoch können dabei im Einzelfall praktische Probleme und Abwägungserfordernisse verbleiben, etwa bei der Festlegung eines angemessenen Entgeltes, die die Aufmerksamkeit weiterer Forschung verdienen.

6 Gesamtfazit

544. Die Bedeutung digitaler Daten nimmt in der Gesellschaft insgesamt und für Unternehmen im Besonderen zu. Der Zugang zu Daten ist zu einem wichtigen Faktor des Wettbewerbs auf verschiedenen Märkten geworden. Neben den bestehenden gesetzlichen Bestimmungen wie dem allgemeinen Wettbewerbsrecht wurden auf nationaler und europäischer Ebene daher eine ganze Reihe von spezifischen Bestimmungen zum Datenzugang ergänzt. Zu diesen gehören der Data Governance Act, welcher das freiwillige Teilen von Daten zwischen Unternehmen fördern soll, und der Data Act, der sektorübergreifend für vernetzte Produkte Datenzugangsregelungen trifft. Hinzu kommen spezielle Normen, die den Datenzugang in einzelnen Wirtschaftsbereichen regeln. Dazu zählen insbesondere sektorspezifische Vorschriften zu digitalen Plattformen (§ 19a GWB und Digital Markets Act).

545. Trotz der Existenz erprobter allgemeiner und neuer spezifischer gesetzlicher Regelungen besteht das Risiko, dass die Wettbewerbsbehörden bei der Rechtsanwendung im Einzelfall die Bedeutung von Datenzugängen übersehen oder falsch einschätzen. Daten haben eine Reihe spezieller Eigenschaften, die sie von anderen Gütern unterscheiden. Auf Basis dieser Eigenschaften hat die Monopolkommission jeweils ein spezielles Prüfschema für Zusammenschlussverfahren sowie für Missbrauchsverfahren entwickelt, das als Grundlage für eine Weiterentwicklung durch die Wettbewerbsbehörden in der Praxis dienen kann.

546. Bei Zusammenschlussverfahren empfiehlt die Monopolkommission (1) bei jeder Zusammenschlusspartei die wettbewerbslich relevanten Daten zu ermitteln, zu denen Dritten bereits Zugang gewährt wird, zu denen Dritten bisher kein Zugang gewährt wurde, obwohl sie bereits erfasst werden, und zu denen Zugang gewährt werden könnte, wenn sie erfasst würden. Als folgenden Schritt empfiehlt die Monopolkommission (2) für jeden der identifizierten (potenziellen) Datenzugänge zu klären, ob durch den Zusammenschluss Änderungen zu erwarten sind, die sich erheblich auf die Wettbewerbssituation auswirken. Schließlich empfiehlt die Monopolkommission (3) zu prüfen, ob die zu erwartenden Änderungen negativ oder positiv auf die Wettbewerbssituation wirken. Daten, die als Input in Dienstleistungen oder Produkte einfließen, könnten die Wettbewerbsintensität sowohl stärken als auch vermindern. Daten, die das Marktgeschehen betreffen, könnten von den Unternehmen für eine wettbewerbschädliche Koordinierung z. B. von Preisen oder Qualität genutzt werden.

547. Bei Missbrauchsverfahren sollte nach Ansicht der Monopolkommission die Leitfrage sein, ob ein besonderer Datenzugang existiert, durch den sich das marktstarke Unternehmen dem Wettbewerbsdruck entziehen kann. Sie empfiehlt dazu eine Prüfung relevanter Kriterien anhand von sechs Schritten: (1) eine Analyse der Ausgangssituation, (2) die Ermittlung kontextspezifischer Faktoren, (3) die Beurteilung der Auswirkungen auf die Marktstruktur und den Wettbewerbsprozess, (4) die Abwägung von Interessen bei der Entscheidung über Datenzugangsansprüche, (5) die Ermittlung eines angemessenen Entgelts, und (6) die Festlegung der technischen Ausgestaltung des Datenzugangs.

Kapitel V

Wettbewerb im Fernwärmemarkt

Kurz gefasst	284
1 Wettbewerbliche Herausforderungen für die Fernwärmemärkte	286
1.1 Dekarbonisierung des Fernwärmemarktes	287
1.2 Wettbewerbliche Rahmenbedingungen	288
2 Der Fernwärmemarkt.....	291
2.1 Allgemeines.....	291
2.2 Quantitative Untersuchungen	294
3 Neustrukturierung des Marktes durch die Wärmewende.....	302
3.1 Anschlussverpflichtungen	302
3.2 Regulatorische Anforderungen an Heizungstechnologien.....	304
3.3 Bedeutung der Wärmeplanung	309
3.4 Auswirkungen von Heizungsregulierung und Wärmeplanung.....	313
3.5 Fazit: Einschränkung des Systemwettbewerbs	317
4 Gegenwärtig unzureichender Regulierungsrahmen.....	319
4.1 Kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht.....	319
4.2 Begrenzung von Preisänderungen durch die AVBFernwärmeV.....	324
4.3 Bewertung: Unzureichender Regulierungsrahmen	327
5 Konzept der Monopolkommission für eine wettbewerbsadäquate Weiterentwicklung der Fernwärmemärkte	332
5.1 Kurzfristige Lösungsansätze	333
5.2 Langfristige Lösung: Wettbewerbliches Marktdesign	344
6 Zusammenfassung der Ergebnisse und Empfehlungen	348

Kurz gefasst

K25. Der Fernwärmemarkt befindet sich im Umbruch: Einerseits sollen die bestehenden Fernwärmenetze bis spätestens 2045 vollständig **dekarbonisiert** werden, andererseits gilt Fernwärme als wichtige Technologie für die Wärmewende und soll noch weiter **ausgebaut** werden. Die Monopolkommission empfiehlt eindringlich, bei diesen Transformationsanstrengungen entweder einen **funktionierenden Wettbewerb** sicherzustellen oder – wo dies nicht möglich ist – einen entsprechenden **Regulierungsrahmen als kontrollierenden „Als-ob-Wettbewerb“** zu implementieren. Wettbewerb kann im Rahmen der Wärmewende gewährleisten, dass bei der Gebäudeheizung die effizientesten Technologien eingesetzt werden. Er bewirkt auf diesem Wege niedrige Wärmepreise und schafft die dringend benötigte Akzeptanz für die Transformationsanstrengungen in der Bevölkerung.

K26. Fernwärmenetze sind allerdings vollständig **vertikal integrierte natürliche Monopole**. Ein Wettbewerb zwischen verschiedenen Fernwärmeanbietern findet nicht statt. Ein Systemwettbewerb mit anderen Heiztechnologien kann vor der Entscheidung von Hauseigentümerinnen und Hauseigentümern über den Einbau eines Heizungssystems bestehen. In vielen Fällen existiert aufgrund technischer oder baulicher Einschränkungen jedoch keine wirtschaftlich vertretbare Alternative zum Anschluss an ein Fernwärmenetz. Im Anschluss an die Systementscheidung sind Hauseigentümerinnen und Hauseigentümer aufgrund von Lock-in-Effekten weitgehend an ihre Heizungswahl gebunden.

K27. Die Monopolkommission hat erstmals **empirische Untersuchungen** des Fernwärmemarktes durchgeführt. Dazu wurden Preisdaten aus 251 Fernwärmegebieten gesammelt, die ca. 85 Prozent der Fernwärmekundinnen und -kunden in Deutschland repräsentieren. Dabei zeigt sich, dass die Preise in den einzelnen Tarifgebieten signifikant mit den Preisen in benachbarten Regionen korreliert sind. Außerdem ist erkennbar, dass die Preisunterschiede zwischen den Tarifgebieten bei Fernwärme deutlich größer sind als bei anderen Energieträgern. Dies kann auf einen verminderten Wettbewerb im Vergleich zu Gas und Wärmepumpenstrom hinweisen. Zudem existiert kein statistisch signifikanter Zusammenhang zwischen Fernwärme- und Gaspreisen in einer Region, was auf einen gering ausgeprägten Systemwettbewerb hindeuten kann.

K28. Der Systemwettbewerb wird durch die **Begrenzung zulässiger Heiztechnologien** weiter eingeschränkt werden. Öl- und Gasheizungen als relevanteste Faktoren werden mittelfristig weitgehend aus dem Markt verschwinden. Als Alternative zur Fernwärme wird im Wesentlichen die Nutzung von Wärmepumpen verbleiben. Verstärkt wird diese Entwicklung noch durch die Aufteilung der Gemeindegebiete durch die kommunale **Wärmeplanung**. Die Monopolkommission hat Bedenken, dass die **Marktposition der Fernwärmeunternehmen** auch im Wettbewerb mit anderen Heizsystemen durch diese Entwicklungen noch erheblich verstärkt wird.

K29. Der **bestehende Regulierungsrahmen** wird diesen Wettbewerbsmängeln nicht mehr gerecht. Effektiv findet nur eine Regulierung der Preisentwicklung durch Preisgleitklauseln statt. Die Monopolkommission schlägt daher vor, weitere Regulierungsmaßnahmen zu implementieren. So könnte eine **zentrale Transparenzplattform** zur Vergleichbarkeit der Preise verschiedener Fernwärmeunternehmen beitragen und die Informationsasymmetrie zwischen Fernwär-

meunternehmen und Nutzerinnen und Nutzern abbauen. Zudem sollte der Regulierungsrahmen weiterentwickelt werden. Dazu kann das **Marktelement der Preisgleitklauseln** stärker betont werden, um eine bessere Berücksichtigung der Wettbewerbssituation im Wärmesektor zu erreichen. Ferner ist die Einführung einer **vereinfachten Price-Cap-Regulierung** möglich, um ungerechtfertigt hohe Fernwärmepreise effektiv nach oben zu begrenzen.

K30. Neben diesen kurzfristig zu implementierenden Regulierungsmaßnahmen empfiehlt die Monopolkommission, im nächsten Schritt auch die Möglichkeit **wettbewerbsstruktureller Eingriffe ins Marktdesign** zu prüfen. Insbesondere bei großen Netzen könnte eine Auflösung des Verbundes zwischen natürlichem Netzmonopol und Wärmeproduktion und Vertrieb für Wettbewerb sorgen, der regulatorische Eingriffe auf der Endkundenebene unnötig macht. Auch eine möglichst schlank gestaltete **Zugangsregulierung** ist denkbar, um den Zugang von Erzeugern über den bislang möglichen verhandelten Netzzugang hinaus zu eröffnen.

1 Wettbewerbliche Herausforderungen für die Fernwärmemärkte

548. Der Wärmesektor in Deutschland ist Gegenstand kontroverser und weitreichender politischer und ökonomischer Debatten. Zum einen ist Heizen ein elementares Grundbedürfnis, das allen Menschen in Deutschland zugänglich sein muss. Gleichzeitig setzt die Erreichung der deutschen und europäischen Klimaziele tiefgreifende Veränderungen im Wärmesektor voraus. Der Wärmesektor ist verantwortlich für rund ein Fünftel der CO₂-Emissionen in Deutschland. Im Jahr 2022 wurden in Deutschland fast 75 Prozent aller Wohnungen mit Gas (49,3 Prozent) oder Öl (24,7 Prozent) beheizt. Um auch in diesem Bereich das Ziel der Klimaneutralität bis 2045 zu erreichen, muss der Anteil der erneuerbaren Energien am Heizenergieverbrauch daher in den nächsten Jahren und Jahrzehnten deutlich ansteigen und der Anteil von fossilem Gas und Öl im Heizungsmarkt mittelfristig auf Null zurückgehen. Dies muss nicht nur technisch geplant und umgesetzt, sondern auch regulatorisch und ökonomisch sinnvoll begleitet werden.

549. Dem Fernwärmesektor wird im Rahmen der Planungen eine entscheidende Rolle zuteil. Dezentrale Lösungen wie Wärmepumpen werden alleine den zukünftigen Heizungsbedarf insbesondere bei größeren Mehrfamilien- und Mietshäusern nicht abdecken können. Daher scheint ein genauer Blick auf die gegenwärtigen Markt- und Regulierungsstrukturen sinnvoll, um einen möglichen Reformbedarf frühzeitig zu erkennen. Die zentrale Heizenergieversorgung durch Fernwärme – derzeit mit 14,2 Prozent auf dem dritten Rang der Heiztechnologien – rückt gegenwärtig verstärkt in den Fokus politischer Planungen der sogenannten „Wärmewende“.

550. Fernwärmenetze sind grundsätzlich vertikal integrierte natürliche Monopole. Anders als bei Strom und Gas wurden die Fernwärmenetze in Deutschland allerdings weder entflochten noch findet eine allgemeine Preis- oder Zugangsregulierung statt. Lediglich der Änderung der Preise werden durch die AVBFernwärmeV⁸¹⁴ gewisse Grenzen gesetzt. Die absolute Preishöhe der von Fernwärmekundinnen und -kunden zu entrichtenden Preise ist dagegen nicht begrenzt. In Anbetracht dieser Situation und der gravierenden Veränderungen, die dem Fernwärmesektor bevorstehen, ist eine nähere Betrachtung des Sektors angebracht. Dieses Kapitel verfolgt daher mehrere Ziele:

- Zunächst soll die gegenwärtige Marktsituation im Fernwärmesektor dargestellt werden. Dabei werden auch empirische Analysen durchgeführt, die bisher aufgrund der schwierigen Datenlage für den deutschen Markt kaum stattgefunden haben (siehe unter 2).
- Weiterhin soll der Einfluss der Umsetzung der Wärmewende auf den Fernwärmemarkt kritisch analysiert werden. Einen besonderen Schwerpunkt bilden dabei die durch die neu eingeführte Heizungsregulierung und die Wärmeplanung mittel- und langfristig zu erwartenden Veränderungen im Markt (unter 3).
- Basierend hierauf wird der gegenwärtige Regulierungsrahmen für Fernwärme kritisch untersucht (unter 4) und konkrete Maßnahmen zur Lösung der aus Sicht der Monopolkommission bestehenden Wettbewerbsprobleme im Fernwärmesektor aufgezeigt. Diese beziehen sich insbesondere auf die Aspekte der Preistransparenz sowie der Preis- und Zugangsregulierung (unter 5).

⁸¹⁴ Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme vom 20.06.1980 (BGBl. I S. 742), die zuletzt durch Art. 1 der Verordnung vom 13.07.2022 (BGBl. I S. 1134) geändert worden ist.

1.1 Dekarbonisierung des Fernwärmemarktes

551. Aus der dargestellten Ausgangssituation ergeben sich für die Zukunft der Fernwärme zwei zentrale Herausforderungen: Erstens ist gesetzlich vorgegeben, dass die Erzeugung von Fernwärme bis 2045 schrittweise vollständig dekarbonisiert wird. Ab 2024 neu errichtete Wärmenetze müssen zudem bereits ab 2025 zu 65 Prozent mit Wärme aus erneuerbaren Energien gespeist werden. Eine Ausnahme gilt bei der Beheizung von Wärmenetzen durch Kraft-Wärme-Kopplungs-Anlagen (KWK). Diese dürfen bis 2034 in dem Umfang mit fossil erzeugter Wärme gespeist werden, der der gemäß dem Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz⁸¹⁵ geförderten Strommenge der Anlage entspricht. Die übrige Wärme im Netz muss allerdings durch erneuerbare Energien erzeugt werden.

552. Im Jahr 2021 stammten etwa 30 Prozent der in Deutschland erzeugten Fernwärme aus erneuerbaren Quellen (inklusive Abwärme und biogene Abfälle). Etwa 70 Prozent der Fernwärme wurden dagegen bisher noch aus fossilen Quellen erzeugt, insbesondere Erdgas (49 Prozent) und Kohle (21 Prozent).⁸¹⁶ Hier sind in den nächsten Jahren und Jahrzehnten also noch erhebliche Anstrengungen notwendig, um die Dekarbonisierungsvorgaben umzusetzen. Die Bundesregierung schätzt den Aufwand hierfür bis 2030 jährlich auf insgesamt EUR 415 Mio., ab 2031 auf jährlich rund 770 Mio., insgesamt also rund EUR 14,5 Mrd.⁸¹⁷ Insbesondere müssen zentrale KWK-Anlagen entweder auf erneuerbare Brennstoffe umgestellt werden oder durch alternative Wärmequellen wie Großwärmepumpen, Solarthermie oder Tiefengeothermie ergänzt oder ersetzt werden. Auch die Nutzung von industrieller Abwärme und Biomasse kann zur Dekarbonisierung der Wärmeerzeugung beitragen. Das Potenzial zur Erzeugung von Biomasse in Deutschland ist jedoch begrenzt, was zu Importabhängigkeiten führen kann. Insgesamt ist zukünftig von einer stärker dezentralisierten Versorgung der Wärmenetze als bisher auszugehen. Durch diese Veränderungen der Erzeugungsstruktur dürfte die Wärmelieferung durch Dritte, d. h. durch Erzeuger, die nicht gleichzeitig Wärmenetzbetreiber sind, an Bedeutung zunehmen.

553. Um signifikante Mengen erneuerbarer Energiequellen wie z. B. Solarthermie oder Abwärme einzuspeisen, ist zudem technisch eine Umstellung der bestehenden Netze notwendig. Anstelle der bisher häufig verwendeten Vorlauftemperaturen von 105 °C müssen die Netze dafür in Niedrigtemperaturnetze (auch Low-Ex-Netze genannt) transformiert werden, die mit Vorlauftemperaturen von ca. 60 °C arbeiten. Die Investitionskosten für diese Umstellung werden auf etwa EUR 13 Mrd. geschätzt. Für mehr als 90 Prozent aller bestehenden Netze wird eine solche Umstellung jedoch als wirtschaftlich nicht rentabel eingeschätzt, da die Effizienzgewinne

⁸¹⁵ Gesetz für die Erhaltung, die Modernisierung und den Ausbau der Kraft-Wärme-Kopplung, (BGBl. I S. 2498), das zuletzt durch Artikel 9 des Gesetzes vom 20. Dezember 2022 (BGBl. I S. 2512) geändert worden ist.

⁸¹⁶ AGFW, AGFW Hauptbericht 2022, 2022.

⁸¹⁷ Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes für die Wärmeplanung und zur Dekarbonisierung der Wärmenetze, BT-Drs. 20/8654, S. 5, 69.

gering sind und der Mehrwert hauptsächlich in der Dekarbonisierung zu sehen ist.⁸¹⁸ Die Transformation der Netze auf niedrigere Temperaturen wäre also zum größten Teil von Fördermitteln abhängig.

554. Zweitens soll die Fernwärmeversorgung massiv ausgebaut werden. Um den avisierten Rückgang von Gas- und Ölheizungen auszugleichen, müssen in Zukunft deutlich mehr Haushalte über Fernwärmenetze versorgt werden. Gemäß einer gemeinsamen Absichtserklärung verschiedener Stakeholder aus Politik und Wirtschaft im Rahmen eines Fernwärmegipfels vom 12. Juni 2023 soll sich die Anzahl der angeschlossenen Gebäude bis 2045 gegenüber heute verdreifachen. Um dieses Ziel zu erreichen, müssen zukünftig durchschnittlich etwa 100.000 Gebäude pro Jahr an Wärmenetze angeschlossen werden.⁸¹⁹

555. Auf nationaler Ebene weist dementsprechend das novellierte Gebäudeenergiegesetz⁸²⁰ („Heizungsgesetz“, GEG) der Versorgung durch Fernwärmenetze eine bedeutende Rolle zu. Auch die Wärmeplanung nach dem neuen Wärmeplanungsgesetz (WPG)⁸²¹ bezieht sich in erster Linie auf die leitungsgebundene Wärmeversorgung über Wärmenetze. Auf Unions-Ebene finden sich in der neuen Energieeffizienzrichtlinie⁸²² sowie der jüngst novellierten Erneuerbare-Energien-Richtlinie⁸²³ überarbeitete Anforderungen an den Anteil erneuerbarer Energien in Fernwärmenetzen. Zudem weist die Überarbeitung der Richtlinie zur Gesamtenergieeffizienz⁸²⁴ von Gebäuden der Fernwärme eine noch prominentere Stellung zu.

1.2 Wettbewerbliche Rahmenbedingungen

556. Aus wettbewerbspolitischer Perspektive ist der besondere Fokus auf Fernwärme eine Herausforderung: Fernwärmenetze sind grundsätzlich natürliche Monopole und werden regelmäßig durch vertikal integrierte Unternehmen bereitgestellt, die Erzeugung, Verteilung und Vertrieb in einer Hand konzentrieren (siehe Abbildung V.1). Der natürliche Monopolcharakter resultiert dabei aus der Verteilungsebene, die die Bereitstellung einer entsprechenden Netzin-

⁸¹⁸ Blesl, M./Burkhardt, A./Wendel, F., Transformation und Rolle der Wärmenetze, 2023.

⁸¹⁹ Wärmenetze klimaneutral um- und ausbauen, 12. Juni 2023.

⁸²⁰ Gesetz zur Einsparung von Energie und zur Nutzung erneuerbarer Energien zur Wärme- und Kälteerzeugung in Gebäuden vom 8. August 2020 (BGBl. I S. 1728), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 16. Oktober 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 280) geändert worden ist.

⁸²¹ Gesetz für die Wärmeplanung und zur Dekarbonisierung der Wärmenetze vom 20. Dezember 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 394).

⁸²² Richtlinie (EU) 2023/1791 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. September 2023 zur Energieeffizienz und zur Änderung der Verordnung (EU) 2023/955, Abl. L 231 vom 20. September 2023, S. 1-111.

⁸²³ Richtlinie (EU) 2018/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen, Abl. L 328 vom 21. Dezember 2018, S. 82-209.

⁸²⁴ Richtlinie (EU) 2024/1275 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. April 2024 über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden, Abl. L 2024/1275 vom 8. Mai 2024.

frastruktur voraussetzt. Dies führt dazu, dass sich diese Unternehmen nur bei der initialen Systementscheidung⁸²⁵ der Nachfragerinnen und Nachfrager grundsätzlich – zumindest mancherorts – einem Wettbewerb mit alternativen (dezentralen) Heiztechnologien (z. B. Gas- und Ölheizungen⁸²⁶, Wärmepumpen) stellen müssen.

557. Dieser Systemwettbewerb besteht aber bereits jetzt nicht überall mit derselben Intensität. Da die Gasnetze in Deutschland nicht flächendeckend ausgebaut sind, können beispielsweise nicht überall Gasheizungen verwendet werden. Zudem sind nicht alle Gebäude technisch für den Einbau von Öl- und Gasheizungen geeignet, z. B. weil es an den entsprechenden Kaminanlagen fehlt. Gleiches gilt für die Nutzung von Wärmepumpen, die nicht in allen Bestandsgebäuden verwendet werden können, weil die Heizkörper nicht auf die niedrigeren Vorlauftemperaturen ausgelegt sind oder weil es an dem notwendigen Platz im Außenbereich fehlt. Diese Hindernisse lassen sich – sofern überhaupt – oft nur zu sehr hohen Kosten überwinden. Vor allem in städtischen Gebieten sind dezentrale Heiztechnologien daher schon teilweise heute und erst recht in naher Zukunft keine technische und wirtschaftlich vertretbare Alternative zu einem Anschluss an ein Fernwärmenetz. In diesen Fällen besteht kein oder nur ein eingeschränkter Systemwettbewerb und das jeweilige Fernwärmeunternehmen verfügt bereits bei der Systementscheidung über große Marktmacht oder ist sogar der einzig relevante Anbieter.

558. Jedenfalls nach der Systementscheidung stehen die Fernwärmeunternehmen den Heizenergienachfragerinnen und -nachfragern aufgrund von Lock-In-Effekten als Monopolist gegenüber.⁸²⁷ Da Wärme nicht über lange Strecken transportiert werden kann, ist das Abdeckungsgebiet von Fernwärmenetzen zudem häufig lokal oder regional beschränkt. Es findet keine Zusammenschaltung mit anderen Netzen statt. Anders als bei Strom gibt es also kein deutschland- oder europaweites Fernwärmenetz. Insbesondere in kleineren Netzen ist häufig ein zentrales Kraftwerk die einzige Erzeugungsquelle, von der die Netze ausgehen.

Abbildung V.1: Schematische Darstellung der Fernwärmeversorgung



Quelle: Eigene Darstellung

⁸²⁵ D. h. der Entscheidung über den Einbau einer bestimmten Heiztechnologie.

⁸²⁶ Zur weiteren Einschränkung des durch Gas- und Ölheizungen verursachten Wettbewerbsdrucks noch unten, 3.2.

⁸²⁷ Nach der ursprünglichen Systementscheidung ist ein Wechsel des Heizungssystems nur noch mit hohem technischen Aufwand sowie hohen Kosten möglich.

559. Besonders herausfordernd für den Wettbewerb gestaltet sich die Situation, wenn Gemeinden für bestimmte Gebiete einen sog. Anschluss- und Benutzungszwang für Fernwärme anordnen. Diese Möglichkeit ist in allen Gemeinde- bzw. Kommunalordnungen der Bundesländer verankert. Ähnlich wie bei anderen öffentlichen Aufgaben wie der Wasserversorgung werden dabei die im betroffenen Gebiet wohnhaften Haushalte verpflichtet, ihren Wärmebedarf durch Fernwärme zu decken. Ein Wettbewerb um das effizienteste Heizungssystem kann dann nicht mehr stattfinden.

560. Aufgrund dieser Marktstruktur sind die von den Fernwärmeanbietern erhobenen Endkundenpreise wiederholt in den Fokus kartellbehördlicher und politischer Maßnahmen geraten. Das Bundeskartellamt hat im Anschluss an eine im Jahr 2012 abgeschlossene Sektoruntersuchung mehrere Missbrauchsverfahren gegen Fernwärmeanbieter geführt. Neue Relevanz erhält die Thematik durch die in diesem Jahr angestoßene Untersuchung missbräuchlicher Preisänderungsklauseln von Fernwärmeunternehmen durch das Bundeskartellamt sowie Missbrauchsverfahren gegen Fernwärmeanbieter im Zusammenhang mit der Energiepreisbremse. Jüngst hat zudem der Verbraucherzentrale Bundesverband Sammelklagen wegen überhöhter Fernwärmepreise erhoben.⁸²⁸

561. Ein häufig geäußerter Kritikpunkt an der Tarifgestaltung vieler Fernwärmeanbieter ist die mangelnde Transparenz. Dadurch fällt es Verbraucherinnen und Verbrauchern schwer, die Preise ihres Fernwärmeanbieters mit denen anderer Anbieter sowie mit den Preisen für andere Energieträger zu vergleichen. Auf den ersten Blick scheint Preistransparenz im Fernwärmesektor von untergeordneter Bedeutung zu sein, da auch bei als zu hoch empfundenen Preisen ein Wechsel für Verbraucherinnen und Verbraucher aufgrund der Monopolstruktur nicht möglich ist. Dennoch kann Preistransparenz für einen funktionierenden Wettbewerb eine wichtige Rolle spielen. Soweit potenzielle Kundinnen und Kunden zwischen verschiedenen Energieträgern wählen können, die jeweilige Wohnlage also alternative Heizungstechnologien überhaupt realistisch zulässt, ist hierfür eine umfassende Information über Preise und Kosten von Bedeutung.

562. Der deutsche Gesetzgeber hat diesen Faden bisher nur durch eine kartellrechtliche Sondervorschrift aufgenommen: 2022 wurde der Anwendungsbereich des § 29 GWB übergangsweise auf Fernwärme ausgedehnt, um Zeit für die Entwicklung eines allgemeinen Rechtsrahmens für Fernwärmenetze zu gewinnen. Für 2024 ist außerdem eine Überarbeitung der AVB-FernwärmeV geplant.⁸²⁹ Die Monopolkommission hat sich in der Vergangenheit ebenfalls mit

⁸²⁸ vzbv, Pressemitteilung vom 20. November 2023, Fernwärmepreise: vzbv verklagt E:ON und Hansewerk Natur, <https://www.vzbv.de/pressemitteilungen/fernwaermepreise-vzbv-verklagt-eon-und-hansewerk-natur>, Abruf am 21. Juni 2024.

⁸²⁹ Vgl. insoweit den 2023 veröffentlichten Referentenentwurf, https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Publikationen/Energie/verordnung-zur-anderung-der-verordnung-uber-allgemeine-bedingungen-fur-die-versorgung-mit-fernwaerme.pdf?__blob=publicationFile&v=6, Abruf am 31. Mai 2024.

Wettbewerbsfragen des Fernwärmesektors befasst. Dabei wurden insbesondere die kartellrechtliche Preisaufsicht und die Ausweitung des § 29 GWB kritisch bewertet und die Einführung eines einheitlicheren (entgelt-)regulatorischen Ansatzes vorgeschlagen.⁸³⁰

563. Die Schaffung von Rahmenbedingungen für die Fernwärmeversorgung, die entweder im Fernwärmemarkt einen funktionierenden Wettbewerb ermöglichen oder regulatorisch die Verhaltensspielräume der Fernwärmeunternehmen auf wettbewerbsanaloges Verhalten begrenzen, ist aus mehreren Gründen bedeutsam: Erstens ist Wettbewerb auch im Fernwärmesektor das wirksamste Instrument, um überhöhte Preise zulasten der Verbraucherinnen und Verbraucher zu verhindern. Zweitens steht der Fernwärmesektor vor erheblichen Transformationsaufgaben im Rahmen der angestrebten Dekarbonisierung der Wärmeversorgung. Diese können nur dann mit der nötigen Rechtssicherheit angegangen werden, wenn ein verlässlicher, langfristig ausgerichteter Rechtsrahmen besteht. Drittens gewährleistet Wettbewerb oder ein entsprechender Regulierungsrahmen, dass sich bei ebendieser Transformation im gesamtwirtschaftlichen Interesse und im Interesse der Endkundinnen und -kunden die jeweils effizienteste Technologie durchsetzt.

564. Die Monopolkommission empfiehlt daher, die Wärmewende – ebenso wie alle anderen Bestandteile der Energiewende – so zu gestalten, dass durch wettbewerbliche Instrumente Anreize zur Verwendung der effizientesten erneuerbaren Technologien geschaffen werden. Auf diese Weise kann sichergestellt werden, dass die Kosten der Transformation und damit die Endkundenpreise so niedrig wie möglich gehalten werden. Nur so kann die dringend benötigte Akzeptanz für die Wärmewende geschaffen werden. Für den Fernwärmesektor bedeutet dies, dass grundsätzlich ein wettbewerbles Marktdesign anzustreben ist. Wo dies nicht zu realisieren ist, sollte ein Regulierungsrahmen im Sinne eines „Als-ob-Wettbewerbes“ geschaffen werden, der die Ausnutzung von Wettbewerbsmängeln verhindert.

2 Der Fernwärmemarkt

2.1 Allgemeines

565. Aus technischer Sicht bezeichnet man als Fernwärme die Bereitstellung von Wärme über längere Entfernungen, über meist erdgebundene Leitungen an die Endverbraucherinnen und -verbraucher, um dort Raumwärme und Warmwasser zu erzeugen. In modernen Fernwärmesystemen wird Wärme dabei in der Regel über Heißwasser transportiert, während in der Vergangenheit häufig auch Wasserdampf genutzt wurde. Die Wärmeerzeugung kann dabei aus verschiedenen Quellen wie z. B. Erdgas, Kohle, Biomasse oder Geothermie erfolgen. Auch Abwärme, z. B. aus Industrieprozessen oder von Rechenzentren, kann zur Wärmeerzeugung genutzt werden. Zum Transport der erzeugten Wärme zum Verbrauchsort ist ein eigenes Leitungsnetz erforderlich.

⁸³⁰ Vgl. u. a. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten: Stärkung des Wettbewerbs bei Handel und Dienstleistungen, 2010/2011, Baden-Baden 2012, Tz. 169; Sondergutachten 63: Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht, Baden-Baden 2012, Tz. 106-113.

566. Lieferverträge für Fernwärme zwischen Fernwärmeunternehmen einerseits und Verbraucherinnen und Verbrauchern andererseits werden üblicherweise über einen langen Vertragszeitraum geschlossen, um die anfänglichen Anschlusskosten zu rechtfertigen und Investitionssicherheit zu schaffen. Zulässig sind Verträge mit einer anfänglichen Laufzeit von bis zu zehn Jahren, die sich ohne Kündigung jeweils um bis zu fünf Jahre verlängern dürfen.⁸³¹ Die beiden wesentlichen Preisbestandteile solcher Verträge sind zum einen ein verbrauchsabhängiger Arbeitspreis⁸³² (Preis je verbrauchter Einheit an Wärmeenergie) sowie zum anderen ein pauschaler Grundpreis (entweder als jährliche Grundgebühr und/oder in Abhängigkeit von der installierten Anschlussleistung).⁸³³ Das Verhältnis zwischen Arbeits- und Grundpreis in den Gesamtkosten eines Haushalts hängt von der verbrauchten Menge ab. Üblicherweise entfällt jedoch der deutlich größere Teil der Kosten auf die verbrauchsabhängige Komponente, d. h. auf den Arbeitspreis.⁸³⁴ Neben diesen beiden Preisbestandteilen fallen für Haushalte typischerweise noch weitere (unregelmäßige) Kosten an, z. B. Kosten für den anfänglichen Netzanschluss, Messgebühren oder Portokosten. Dabei handelt es sich jedoch im Regelfall um einmalige oder fixe Kostenpunkte, die stark von den individuellen Gegebenheiten abhängen. Dieses Kapitel konzentriert sich daher auf den Arbeits- und Grundpreis. Preiserhöhungen beider Preisbestandteile erfolgen dabei gemäß vorab vereinbarter Preisgleitklauseln (siehe dazu Abschnitt 4.2).

567. Der Fernwärmemarkt in Deutschland ist durch eine große Heterogenität der Netz- und Eigentumsstrukturen einzelner Versorger gekennzeichnet. Die durchschnittliche Netzlänge beträgt zwischen 0,6 km für Landgemeinden mit weniger als 5.000 Einwohnerinnen und Einwohnern und 141,9 km in Großstädten mit mehr als 100.000 Einwohnerinnen und Einwohnern.⁸³⁵ Insgesamt existierten im Jahr 2021 4.088 Wärmenetze mit einer Gesamtlänge von 34.160 km.⁸³⁶

568. Auch der Anteil der Fernwärme an der Heizenergieversorgung ist in Deutschland regional stark unterschiedlich. Abbildung V.2 zeigt den Anteil der Fernwärme an der Heizenergieversorgung bei Wohngebäuden in den einzelnen Gebietskörperschaften in Deutschland. Für 10.918 der 10.981 Gebietskörperschaften in Deutschland wurden die Anteile der Heiztechnologien im Wohngebäudebestand ermittelt. Den geringsten Fernwärmeanteil auf Bundeslandebene hat dabei mit ca. 3,4 Prozent Rheinland-Pfalz, der höchste Anteil unter den Flächenstaaten ist mit ca. 12,4 Prozent in Mecklenburg-Vorpommern zu finden.

⁸³¹ § 32 Abs. 1 AVBFernwärmeV.

⁸³² Der Arbeitspreis beinhaltet auch etwaige weitergegebene Emissionszertifikatpreise sowie Gasspeicherumlagen. Diese werden teils explizit ausgewiesen.

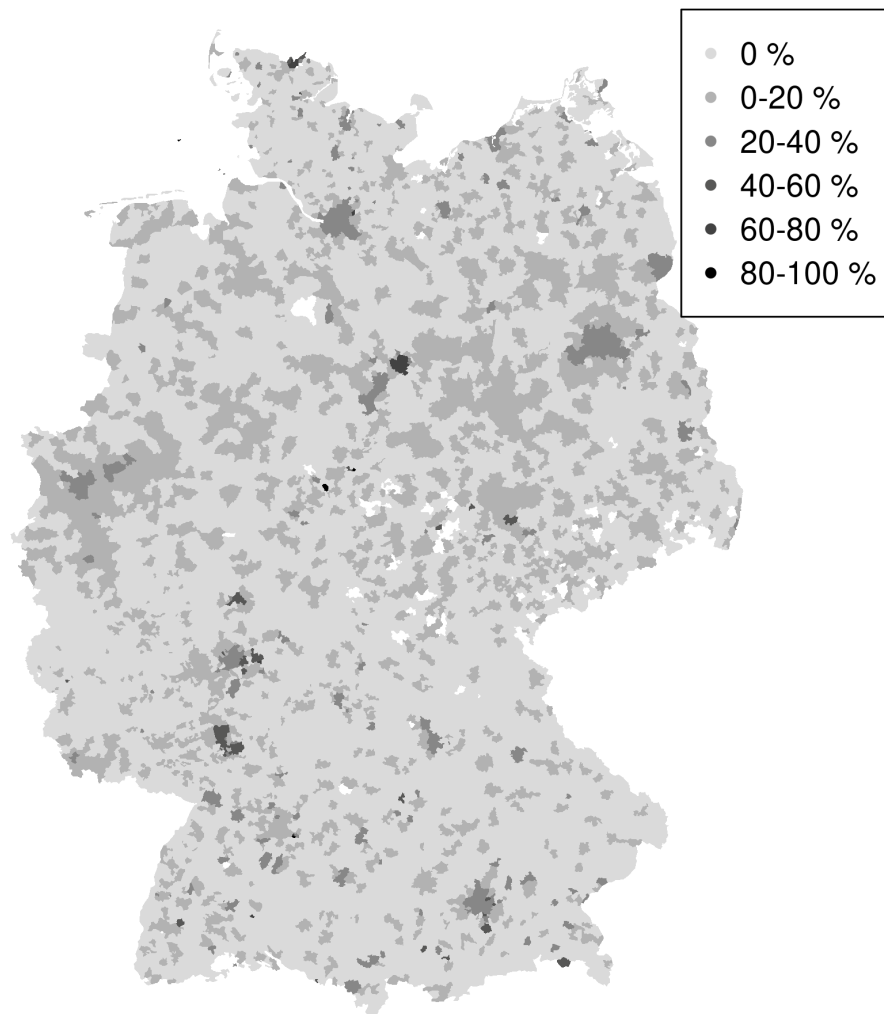
⁸³³ Der Grundpreis wird auch als „Leistungspreis“ bezeichnet. In seltenen Fällen hängt der Grundpreis auch von der Wohn- bzw. Nutzfläche von Immobilien oder der Anzahl der Wohneinheiten in Mehrfamilienhäusern ab. Im Folgenden wird der Begriff Grundpreis verwendet.

⁸³⁴ Eine grobe Schätzung mit angenommenen, typischen Verbrauchswerten ergibt mit den vorliegenden Preisdaten einen Anteil des Arbeitspreises an den Gesamtkosten von etwa 80 Prozent.

⁸³⁵ Blesl u. a., Transformation und Rolle der Wärmenetze, a. a. O., vgl. Fn. 818.

⁸³⁶ AGFW, Hauptbericht 2022, a. a. O., vgl. Fn. 816.

Abbildung V.2: Anteil der Fernwärme an der Heizenergieversorgung im Wohngebäudebereich



Anm.: Für weiß markierte Gebietskörperschaften liegen keine Daten vor.

Quelle: Eigene Darstellung auf Basis der E.ON Wärmekarte, Abruf am 27. März 2024

569. Tabelle V.1 gibt weitere Informationen über die regionale Verteilung der Fernwärme in Deutschland. In 9.394 Gebietskörperschaften in Deutschland ist der Anteil der Fernwärme zurzeit gleich Null. Dies entspricht 86 Prozent aller hier untersuchten Gebietskörperschaften. Somit leben etwa 38 Prozent der Menschen in Deutschland in Gebieten, in denen derzeit keine Fernwärmeversorgung existiert.

Tabelle V.1: Gebietskörperschaften in Deutschland nach Fernwärmeanteil

Anteil Fernwärme in %	Anzahl Gebietskörperschaften	Bevölkerung	Bevölkerungsdichte in Personen/km ²
0	9.394	31.659.841	123,3
0,1 – 20	1.348	37.296.699	427,0
20 – 40	137	13.813.853	1557,2
40 – 60	29	1.032.611	1002,0
Mehr als 60	10	244.850	741,6
Insgesamt	10.918	84.047.854	235,9

Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten des Statistisches Bundesamts sowie der E.ON Wärmekarte

570. Tabelle V.1 zeigt auch, dass vor allem Gebiete mit höherer Bevölkerungsdichte höhere Fernwärmeanteile aufweisen. Hier ist von Kostenvorteilen auszugehen, da der Netzausbau aus technischer Sicht in dicht besiedelten Gebieten im Regelfall deutlich kostengünstiger ist. Zudem sind in dichter besiedelten Gebieten häufiger größere Mehrfamilienhäuser zu finden, für die andere Heizungstechnologien wie z. B. Wärmepumpen häufig keine geeignete Alternative darstellen.

571. Diese Daten geben auch Aufschluss über den nötigen Ausbau der Fernwärme im Einklang mit den Zielen der Bundesregierung. Wenn der Fernwärmeanteil in allen bereits erschlossenen Gebieten auf 40 Prozent gesteigert werden könnte, würden etwa 25,8 Prozent der Bevölkerung mit Fernwärme versorgt. Ein Fernwärmeanteil von 40 Prozent oder mehr wird allerdings derzeit nur in 39 Gebietskörperschaften erreicht. Dieses Rechenbeispiel zeigt, dass ein Ausbau der bestehenden Netze, z. B. im Rahmen der sog. Nachverdichtung, nicht ausreichen wird, um den Anteil der Fernwärme an der Heizenergieversorgung signifikant zu erhöhen. Stattdessen müssen auch bisher nicht versorgte Gebiete mit neuen Fernwärmenetzen erschlossen werden.

2.2 Quantitative Untersuchungen

572. Für den Fernwärmemarkt in Deutschland existiert bisher keine ausgeprägte und differenzierte Datenbasis, z. B. in Bezug auf Preise, Verbreitung und Verbrauch. Diese fehlenden Daten stellen sowohl Regulierungsbehörden als auch Endkundinnen und -kunden vor Herausforderungen. Kartellbehörden müssen unter hohem Aufwand Daten erheben, wenn sie mögliche Missbrauchsfälle aufklären. Verbraucherinnen und Verbraucher haben keine einfache Möglichkeit, die Preise ihres Versorgers in Relation zu anderen Fernwärmeunternehmen zu setzen. Auch für die Politik macht die fehlende Datenbasis Entscheidungen schwierig. Ebenso fällt es Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern schwer, die Marktsituation als Ganzes sowie die Wirkung einzelner Politikmaßnahmen empirisch robust zu evaluieren.

573. In Anbetracht dieser Hürden wurden für die empirischen Analysen im Rahmen dieses Kapitels durch die Monopolkommission selbst Preisdaten von 385 Tarifen aus 251 Fernwärmegebieten gesammelt. Gemeinsam repräsentieren diese ca. 85 Prozent der Fernwärmekundinnen

und -kunden in Deutschland. Die Daten basieren auf den Tarifangaben der Versorger auf deren jeweiligen Webseiten. Dabei sind bei einigen Versorgern die Preisdaten nur schwer oder nicht einsehbar. Diese konnten daher in der vorliegenden Untersuchung nicht berücksichtigt werden. Ein Ziel der vorliegenden empirischen Untersuchung ist ein besseres Verständnis für die Preisbildung und die regionalen Wechselwirkungen der Fernwärmepreise sowie für das Verhältnis zwischen Fernwärme- und anderen Heizpreisen.

574. Die räumliche Korrelation zwischen Preisen hat möglicherweise hohe ökonomische und politische Signifikanz. International gibt es unter anderem in Schweden empirische Evidenz dafür, dass die Fernwärmeversorger ihre Preise an den Preisen benachbarter Versorger ausrichten.⁸³⁷ Eine mögliche Erklärung dafür sind die Präferenzen von Haushalten hinsichtlich der Fairness der Preissetzung. Preise, die deutlich über denen in umliegenden Regionen liegen, werden dabei als unfair wahrgenommen, auch wenn diese Preise für den eigenen Konsum keine Relevanz haben. Dabei wird angenommen, dass Verbraucherinnen und Verbraucher über die Preise in der Umgebung ihres Wohnortes besser informiert sind als in weiter entfernten Gebieten und daher diese Preise als Benchmark verwenden, beispielsweise mit Hilfe der Lokalpresse oder durch soziale Kontakte in der Nähe.⁸³⁸ Auch wenn es im Monopolfall keine Ausweichmöglichkeit gibt, kann ein als unfair empfundener Preis abschreckend wirken. Dies gilt insbesondere für potenzielle Kundinnen und Kunden, die noch vor der Technologieentscheidung für ihr Heizungssystem stehen. Auch kann ein als zu hoch bewerteter Preis zu Beschwerden bei Versorgern, Regulierern oder Verbraucherschutzorganisationen führen. Da hierdurch Imagenachteile sowie schärfere Regulierungsmaßnahmen drohen können, kann dieser Mechanismus auch ohne explizite Regulierung preisdisciplinierend wirken.⁸³⁹

575. Inwiefern dieser Mechanismus auch in Deutschland wirksam ist, kann mit den vorliegenden Daten nicht methodisch robust untersucht werden. Allerdings lässt sich für Deutschland ermitteln, inwiefern Fernwärmepreise regional miteinander korreliert sind. Der zuvor genannte Fairness-Aspekt ist dann eine mögliche Ursache für eine solche Korrelation, jedoch sind auch andere Erklärungen möglich. So können benachbarte Regionen vergleichbare Kostenstrukturen für Wärmeerzeugung und Netz aufweisen, da die geographischen Voraussetzungen möglicherweise ähnlich sind. Eine ähnliche Korrelation könnte auch beim Lohnniveau auftreten, sodass die Lohnkosten in benachbarten Regionen ebenfalls vergleichbar wären.

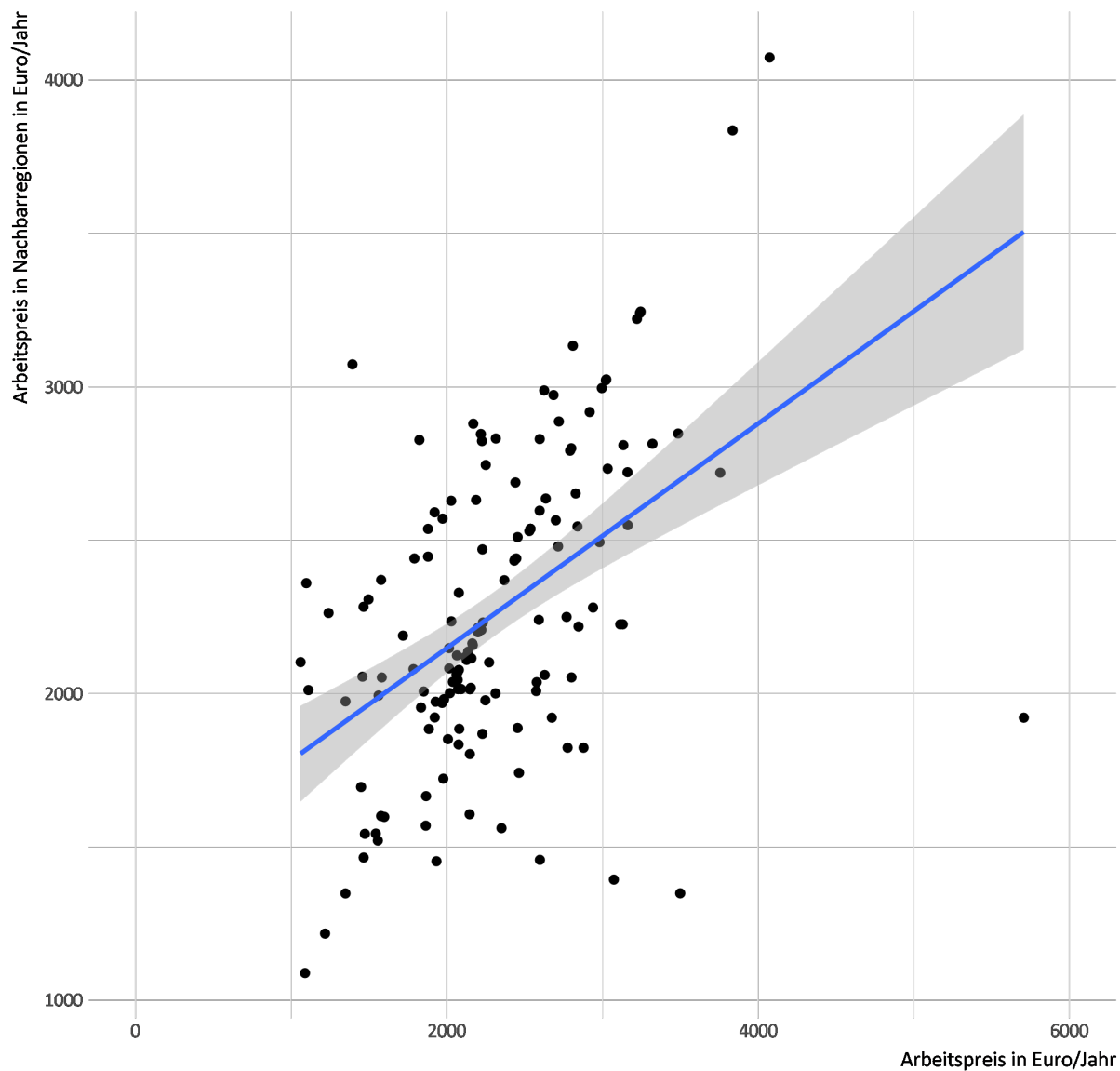
⁸³⁷ Bonev, P./Glachant, M./Söderberg, M., Implicit yardstick competition between heating monopolies in urban areas: Theory and evidence from Sweden, *Energy Economics*, 109, 2022, S. 105927.

⁸³⁸ Ebenda.

⁸³⁹ Bonev, P./Glachant, M./Söderberg, M., Testing the regulatory threat hypothesis: Evidence from Sweden, *Resource and Energy Economics*, 62, 2020, S. 101182.

Abbildung V.3: Regionale Korrelation der Arbeitspreise für Fernwärme

Korrelation zwischen Arbeitspreisen in benachbarten Regionen



Anm.: Berücksichtigt sind nur Marktgebiete mit mindestens einem angrenzenden Fernwärmegebiet. Bei mehreren Tarifen in einem Marktgebiet wurde der jeweilige Durchschnittswert ermittelt, da eine genaue Zuordnung der Haushalte zu den Tarifen nicht möglich ist. Die Preise werden beispielhaft für einen Jahresverbrauch von 18 MWh („Beispiel Einfamilienhaus“) dargestellt. Die blaue Trendlinie wird aus einem Regressionsmodell zwischen Preis und benachbartem Preis gebildet. Die 95%-Konfidenzintervalle sind durch die graue Fläche gekennzeichnet.

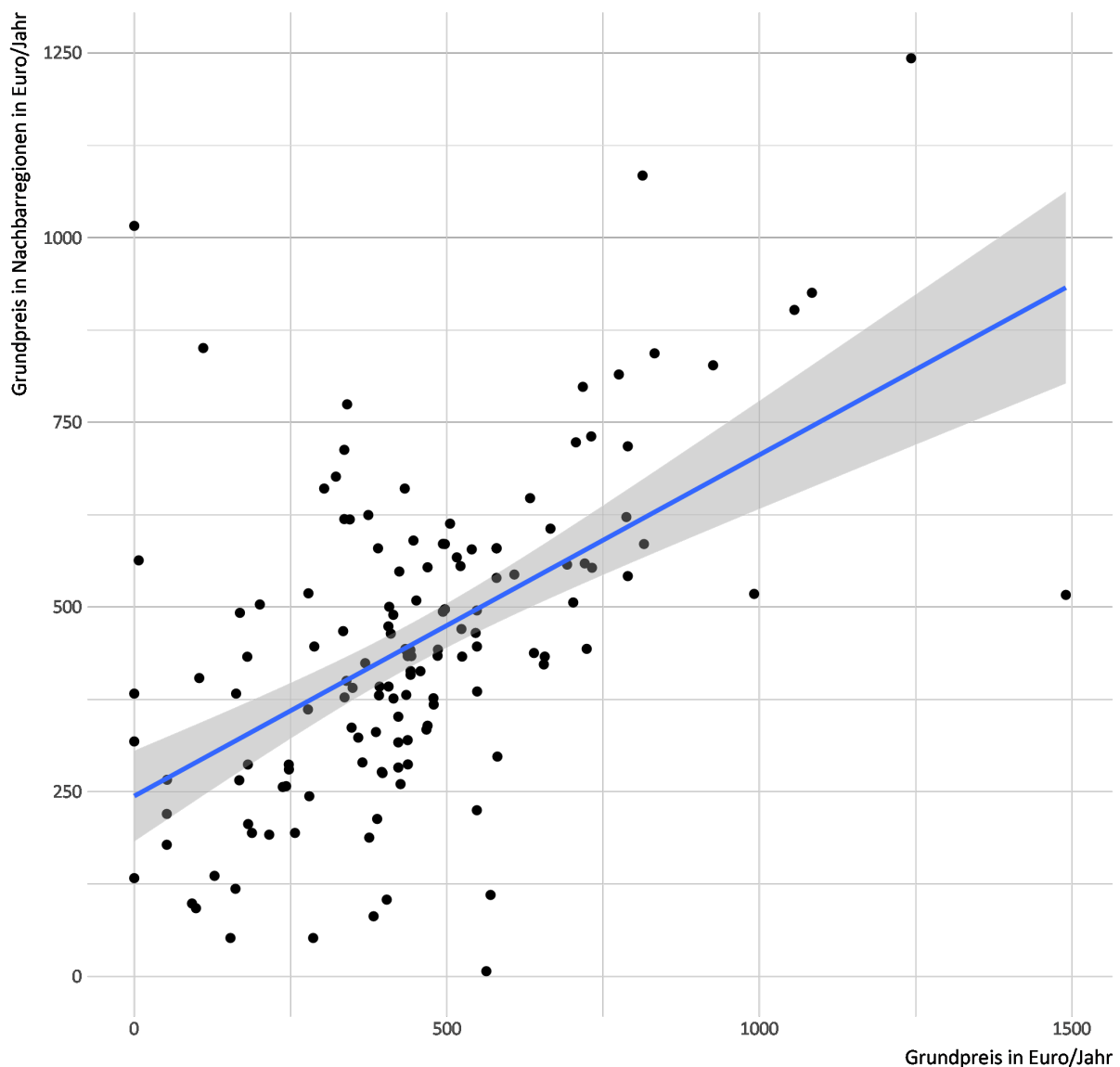
Quelle: Eigene Berechnungen

576. Abbildung V.3 zeigt die Arbeitspreise in den untersuchten Regionen im Verhältnis zu den durchschnittlichen Arbeitspreisen der jeweils benachbarten Regionen. Als benachbart gelten dabei alle Regionen mit einer gemeinsamen Grenze. Dabei werden nur angrenzende Regionen berücksichtigt, in denen eine Fernwärmeversorgung stattfindet, da in Regionen ohne diese Versorgung kein Fernwärmepreis existiert, der herangezogen werden könnte. Der Arbeitspreis in Euro pro Jahr bezieht sich dabei auf einen repräsentativen Haushalt mit einem Verbrauch von

18 MWh pro Jahr. Wie in Abbildung V.3 zu sehen ist, ergeben die Daten eine statistisch signifikante räumliche Korrelation zwischen benachbarten Regionen. Eine Regression mit dem Arbeitspreis und den durchschnittlichen benachbarten Arbeitspreisen ergibt einen statistisch signifikanten Koeffizienten von 0,6279. Damit ist der Arbeitspreis in einer Region im Mittel etwa EUR 0,63 höher, wenn der durchschnittliche Arbeitspreis in den Nachbarregionen um EUR 1 höher liegt. Die genauen Gründe dafür sind mit den vorliegenden Daten nicht eindeutig ermittelbar, es sind jedoch verschiedene Mechanismen vorstellbar. So werden teilweise mehrere Gemeinden vom gleichen Versorger beliefert. Falls dieser gemeindeübergreifend einheitliche oder zumindest ähnliche Preise verlangt, führt dies zu einer preislichen Korrelation. Außerdem könnten benachbarte Regionen sowohl hinsichtlich der Wärmeherzeugung als auch der Lohnkosten ähnliche Kostenstrukturen aufweisen. Möglich ist jedoch auch die in Textziffer 574 genannte Erklärung: Demnach würden Versorger ihre Preise aus Gründen des Wettbewerbs im Sinne einer impliziten Yardstick-Regelung an die Preise in benachbarten Regionen anpassen.

Abbildung V.4: Regionale Korrelation der Grundpreise für Fernwärme

Korrelation zwischen Grundpreisen in benachbarten Regionen



Anm.: Berücksichtigt sind nur Markgebiete mit mindestens einem angrenzenden Fernwärmegebiet. Bei mehreren Tarifen in einem Marktgebiet wurde der jeweilige Durchschnittswert ermittelt, da eine genaue Zuordnung der Haushalte zu den Tarifen nicht möglich ist. Die Preise werden beispielhaft für eine Anschlussleistung von 10 kW bzw. eine Wohnfläche von 150 qm Wohnfläche dargestellt („Beispiel Einfamilienhaus“). Die blaue Trendlinie wird aus einem Regressionsmodell zwischen Preis und benachbartem Preis gebildet. Die 95%-Konfidenzintervalle sind durch die graue Fläche gekennzeichnet.

Quelle: Eigene Berechnungen

577. Abbildung V.4 zeigt analog die Korrelation der Grundpreise in den jeweiligen Regionen. Üblicherweise deckt der Arbeitspreis die Erzeugungskosten, während die Kosten für den Netzausbau und -unterhalt durch den Grundpreis getragen werden. Die Korrelation ist dabei beim Grundpreis ähnlich stark wie beim Arbeitspreis. Für die entsprechende Regression ergibt sich ein statistisch signifikanter Koeffizient von 0,6442. Dies deutet darauf hin, dass auch die Fixkosten, die in der Regel durch den Grundpreis gedeckt werden, zwischen benachbarten Regionen ähnlich sind, z. B. aufgrund von vergleichbaren geologischen Bedingungen für den Netzausbau.

Tabelle V.2: Preisunterschiede bei Fernwärme, Gas und Wärmepumpenstrom, Durchschnittspreise in Euro/Jahr (Beispiel 1: Einfamilienhaus)

Beispiel 1: Einfamilienhaus	Fernwärme	Gas (günstigster Tarif)	Wärmepumpenstrom (günstigster Tarif)
Arithmetisches Mittel	2794	1452	1321
Median	2801	1423	1310
Standardabweichung	688,50	113,42	111,54
Minimum	1170	1279	1032
Maximum	5995	1923	1790
Preisspanne	4825	644	758
Anzahl Observationen	344	343	344

Anm.: Den Werten liegt eine beispielhafte Berechnung für ein Einfamilienhaus mit einer Wohnfläche von 150 qm, einem jährlichen Wärmebedarf von 18 MWh und einer Anschlussleistung von 10 kW zugrunde. Es werden die anfallenden Grund- und Arbeitspreise berücksichtigt, nicht jedoch anfängliche Installationskosten sowie Wartungs- und Reparaturkosten. Für Gas- und Wärmepumpenstrompreise wurden die jeweils nach Preisvergleich günstigsten Konditionen in der jeweiligen Kommune angesetzt. Für die Ermittlung des Gaspreises wird für die Verwendung einer Brennwertheizung mit Wirkungsgrad 98 Prozent angenommen, für Wärmepumpenstrom die Verwendung einer Luft-Wasser-Wärmepumpe mit separatem Stromzähler und einer Jahresarbeitszahl von 2,8. Preisspanne bezeichnet die Differenz zwischen dem höchsten und niedrigsten Preis. Fernwärmepreise wurden mit Stand April 2024 angesetzt, die Preise für Gas und Wärmepumpenstrom wurden zwischen dem 23. und 28. April 2024 via das Vergleichsportal verivox.de ermittelt.

Quelle: Eigene Berechnungen.

Tabelle V.3: Preisunterschiede bei Fernwärme, Gas und Wärmepumpenstrom, Durchschnittspreise in Euro/Jahr (Beispiel 2: Sechsparteienhaus)

Beispiel 2: Sechsparteienhaus	Fernwärme	Gas (günstigster Tarif)	Wärmepumpenstrom (günstigster Tarif)
Arithmetisches Mittel	6124	3004	2888
Median	6156	2939	2852
Standardabweichung	1522,46	258,34	247,21
Minimum	2595	2616	2250
Maximum	13642	4049	3904
Preisspanne	11046	1433	1654
Anzahl Observationen	344	343	344

Anm.: Den Werten liegt eine beispielhafte Berechnung für ein Mehrfamilienhaus mit sechs Wohneinheiten, einer Gesamtwohnfläche von 500 qm, einem jährlichen Wärmebedarf von 40 MWh und einer Anschlussleistung von 22 kW zugrunde. Es werden die anfallenden Grund- und Arbeitspreise berücksichtigt, nicht jedoch anfängliche Installationskosten sowie Wartungs- und Reparaturkosten. Für Gas- und Wärmepumpenstrompreise wurden die jeweils nach Preisvergleich günstigsten Konditionen in der jeweiligen Kommune angesetzt. Für die Ermittlung des Gaspreises wird für die Verwendung einer Brennwertheizung mit Wirkungsgrad 98 Prozent angenommen, für Wärmepumpenstrom die Verwendung einer Luft-Wasser-Wärmepumpe mit einer Jahresarbeitszahl von 2,8. Preisspanne bezeichnet die Differenz zwischen dem höchsten und niedrigsten Preis. Fernwärmepreise wurden mit Stand April 2024 angesetzt, die Preise für Gas und Wärmepumpenstrom wurden zwischen dem 23. und 28. April 2024 via das Vergleichsportal verivox.de ermittelt.

Quelle: Eigene Berechnungen

578. Tabelle V.2 und Tabelle V.3 zeigen aggregierte Kennzahlen für den Fernwärmepreis sowie die Preise für Gas und Wärmepumpenstrom. Zu Vergleichszwecken wird dabei beim Gaspreis sowie beim Preis für Wärmepumpenstrom der jeweils günstigste Tarif in einem Marktgebiet berücksichtigt. Zu beachten ist, dass lediglich Arbeits- und Grundpreise berücksichtigt werden, nicht jedoch anfängliche Investitionskosten, die z. B. im Falle eines Fernwärmeanschlusses typischerweise deutlich günstiger sind als bei Gas. Die verschiedenen Technologien können daher aufgrund der vorliegenden Daten nicht im Sinne einer Vollkostenanalyse miteinander verglichen werden. Auffällig ist insbesondere die deutlich größere Streuung der Preise im Fernwärmebereich. Dies kann durch die individuell sehr verschiedenen Kostenstrukturen in den einzelnen Netzen begründet sein. Sowohl die Art der Erzeugung als auch die Netzstrukturen unterscheiden sich teilweise erheblich zwischen einzelnen Tarifgebieten. Es kann jedoch auch auf fehlenden Wettbewerbsdruck hindeuten, der die Anreize zu einer kompetitiven Preissetzung verringert. Ein Indiz für die letztere Erklärung ist, dass auch bei den Gaspreisen die Streuung im Grundversorgungsbereich deutlich höher ist als beim jeweils günstigsten Versorger. Auch hier scheint der Wettbewerbsdruck entsprechend geringer zu sein.

579. Eine weitere bisher wenig erforschte Frage ist, welche Faktoren mit den Fernwärmepreisen korrelieren und wie stark diese Korrelation jeweils ist. Hierzu wurden Regressionsanalysen

auf Basis der gesammelten Preisdaten und weiteren Variablen durchgeführt. Die Ergebnisse der Regressionen auf Basis der Kleinstquadrat-Methode sind in Tabelle V.4 zu sehen. Die einzige statistisch signifikante Variable ist der Preis in den benachbarten Regionen. Verschiedene andere betrachtete Faktoren können den Fernwärmepreis hingegen nicht erklären. Hierunter ist die Bevölkerungsdichte in einigen Modellspezifikationen zumindest schwach signifikant, d. h. in dichter besiedelten Gebieten ist der Fernwärmepreis tendenziell geringer. Weder der Gaspreis noch der Preis für Wärmepumpenstrom weisen einen signifikanten Zusammenhang mit den Fernwärmepreisen auf. Dies deutet darauf hin, dass der Systemwettbewerb zwischen den Technologien nur schwach ausgeprägt ist. Bei einem starken Systemwettbewerb wäre zu erwarten, dass z. B. in Gebieten mit geringen Gaspreisen auch die Fernwärme- und Strompreise geringer sind. Schließlich ist noch zu beachten, dass einige weitere Variablen, die mutmaßlich den Preis beeinflussen, nicht öffentlich zugänglich sind. Dies gilt z. B. insbesondere für Variablen hinsichtlich der Kostenstrukturen der Versorger. Daher kann mit den vorliegenden Daten nur ein relativ geringer Teil der Preisvariation erklärt werden.

Tabelle V.4: Regression zur Erklärung der Fernwärmepreise

	Modell 1	Modell 2
Variable	Koeffizient	Koeffizient
Intercept	910,21 (-1044,98; 2865,40)	2732,26** (1089,29; 4375,23)
Bevölkerungsdichte	-0,06 (-0,19; 0,07)	-0,06 (-0,19; 0,06)
Gaspreis	-0,26 (-1,21; 0,70)	-0,34 (-1,18; 0,51)
Preis für Wärmepumpenstrom	0,25 (-0,08; 0,59)	0,17 (-0,15; 0,48)
Stadtwerk (1 = ja)	-6,94 (-221,81; 207,92)	-67,30 (-260,82; 126,22)
Fernwärmeanteil in %	127,34 (-576,45; 831,13)	16,37 (-663,54; 696,29)
Benachbarte Preise	0,58*** (0,37; 0,79)	
Anzahl Beobachtungen	138	203
Angepasstes Bestimmtheitsmaß (R^2)	0,1557	-0,0113

Anm.: Die abhängige Variable der Regression sind die jährlichen Heizkosten für ein beispielhaftes Einfamilienhaus mit einer Wohnfläche von 150 qm, einem Jahresverbrauch von 18 MWh und einer Anschlussleistung von 10 kW. Es werden zwei Spezifikationen präsentiert. Die erste enthält als Kontrollvariable den Preis in benachbarten Regionen. Da dieser nur beobachtet wird, wenn die angrenzenden Regionen auch über ein Fernwärmenetz verfügen, schränkt diese Spezifikation die Anzahl der Beobachtungen ein. Um zu überprüfen, ob diese begrenzte Stichprobe die Korrelationen zwischen den Fernwärmepreisen und den anderen Faktoren verzerrt, wird eine zweite Spezifikation präsentiert, in der nicht für die Fernwärmepreise kontrolliert wird. Die dafür verwendete Stichprobe ist wesentlich größer, die qualitativen Ergebnisse bleiben jedoch unverändert. *** und ** gibt die statistische Signifikanz auf dem 0,1%- bzw. dem 1%-Niveau an. Variablen ohne * sind nicht statistisch signifikant von Null verschieden. Die Konfidenzintervalle der jeweiligen Koeffizienten sind in Klammern angegeben.

Quelle: Eigene Berechnungen.

3 Neustrukturierung des Marktes durch die Wärmewende

580. Der durch alternative Heiztechnologien ausgeübte Wettbewerbsdruck auf die Preisgestaltung der Fernwärmeunternehmen, der bereits gegenwärtig nicht überall besteht,⁸⁴⁰ wird sich jedenfalls perspektivisch in den nächsten Jahrzehnten entscheidend weiter verändern. Grund hierfür sind die Regeln der angestrebten Wärmewende, bei der die Fernwärme eine besondere Rolle spielen soll. Der angestrebte Ausbau der Fernwärmenetze hat einerseits zur Folge, dass bekannte Instrumente zur Absicherung der Marktposition von Fernwärmeunternehmen wie Verbrennungsverbote in Bebauungsplänen oder der Anschluss- und Benutzungszwang eine Renaissance erleben könnten (dazu 3.1). Andererseits wurde im Jahr 2023 eine umfassende Reform des Planungs- und Regulierungsrahmens für Fernwärme und andere Heiztechnologien vorgenommen, die erheblichen Einfluss auf den Wettbewerb zwischen verschiedenen Heizungstechnologien haben dürfte (3.2 bis 3.5).

3.1 Anschlussverpflichtungen

581. Der Systemwettbewerb, der bei der Auswahl eines bestimmten Heizsystems grundsätzlich bestehen kann, kann in der Praxis durch verschiedene rechtliche Maßnahmen wieder reduziert werden, indem die Nutzbarkeit alternativer Heiztechnologien rechtlich eingeschränkt oder sogar ganz aufgehoben wird. Das verbreitetste Instrument ist die Möglichkeit der Kommunen, durch einen Anschluss- und Benutzungszwang die Nutzung von Fernwärme zwingend vorzuschreiben. Dies ist nach den Gemeindeordnungen aller Bundesländer bei öffentlichen Bedürfnissen der örtlichen Gemeinschaft vorgesehen. Seit 2008 können diese Ermächtigungen auch allgemein im Interesse des (globalen) Klimaschutzes angewandt werden.⁸⁴¹ Voraussetzung hierfür ist lediglich, dass das Fernwärmenetz die jeweils geltenden Anforderungen an die Verwendung erneuerbarer Energien erfüllt. In diesem Fall wird unwiderleglich vermutet, dass der Anschluss an ein solches Netz im Interesse des lokalen oder globalen Klimaschutzes ist.⁸⁴² Ab 2024 kann ein Anschluss- und Benutzungszwang daher immer dann festgelegt werden, wenn das jeweilige Fernwärmenetz die neu gefassten Dekarbonisierungsanforderungen des Wärmeplanungsgesetzes erfüllt.⁸⁴³

582. Ein Anschluss- und Benutzungszwang verpflichtet Grundstückseigentümerinnen und -eigentümer, den Anschluss an das jeweilige Fernwärmenetz herzustellen und die darüber gelieferte Fernwärme zur Heizung zu nutzen. Andere Heiztechnologien dürfen grundsätzlich nicht mehr verwendet werden. Im Einzelfall sind allerdings Ausnahmen für Heizungen zu machen, die erneuerbare Energien verwenden. Ähnliche Auswirkungen haben in Bebauungsplänen vor-

⁸⁴⁰ Vgl. oben, Tz. 556 f.

⁸⁴¹ § 109 GEG.

⁸⁴² BVerwG, 10 CN 1/15, 8. September 2016, BVerwGE 156, 102, Tz. 16-20 (juris) zu den alten Vorschriften in § 16 und Anhang VIII EEWärmeG.

⁸⁴³ Hiervon geht jedenfalls der Gesetzgeber aus, vgl. insoweit Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gebäudeenergiegesetzes, zur Änderung der Heizkostenverordnung und zur Änderung der Kehr- und Überprüfungsordnung, BT-Drs. 20/6875 vom 17. Mai 2023, S. 113 sowie Bundesregierung, Gesetzesbegründung zum WPG, a. a. O., vgl. Fn. 817, BT-Drs. 20/8654, S. 110.

genommene Einschränkungen der in Heizungen zulässigen Brennstoffe (sogenannte „Verbrennungsverbote“).⁸⁴⁴ Vereinzelt verpflichten Kommunen bei der Veräußerung kommunaler Grundstücke die jeweiligen Käufer auch vertraglich oder über Grunddienstbarkeiten zur Nutzung von Fernwärme.

583. Die Möglichkeiten, Hauseigentümerinnen und Hauseigentümer zur Nutzung von Fernwärmen zu verpflichten, sind nicht neu und wurden in der Vergangenheit bereits verschiedentlich von den Kommunen genutzt. Das Bundeskartellamt stellte in seiner Sektoruntersuchung 2012 fest, dass 65 Prozent der betrachteten Wärmelieferungen ohne Abnahmeverpflichtung erfolgten. In 29 Prozent der Fälle lag eine teilweise Verpflichtung vor, lediglich 6 Prozent entfielen auf Netzgebiete mit umfassender Abnahmeverpflichtung.⁸⁴⁵ Ob die Nutzung dieser Instrumente im Rahmen der Wärmewende und des angestrebten Ausbaus der Wärmenetze weiter ansteigen wird, ist bisher unklar. Die Monopolkommission konnte bisher keine auffälligen Entwicklungen beobachten. Zudem gibt es auch vonseiten der Fernwärmeunternehmen Stimmen, die sich gegen die Anwendung von Anschlussverpflichtungen aussprechen.⁸⁴⁶ In der politischen Debatte spielt der Anschluss- und Benutzungszwang als Instrument zur Förderung des Ausbaus von Wärmenetzen und zur Umsetzung der kommunalen Wärmeplanung (dazu noch unten, 3.3) allerdings wieder eine verstärkte Rolle.⁸⁴⁷

584. Die Monopolkommission empfiehlt, Instrumente zur lokalen Einschränkung des Systemwettbewerbs zwischen Fernwärme und anderen Heiztechnologien nur sehr zurückhaltend einzusetzen. Der lokal begrenzte Ausschluss bestimmter Heiztechnologien führt zu einer Einschränkung bis hin zu einem vollständigen Entfall des Systemwettbewerbs. Das Fernwärmeunternehmen wird also nicht nur nach der Systementscheidung aufgrund von Lock-in-Effekten zum Monopolist gegenüber dem jeweiligen Hauseigentümerinnen und Hauseigentümern, son-

⁸⁴⁴ Vgl. § 9 Abs. 1 Nr. 23 lit. a des Baugesetzbuches.

⁸⁴⁵ BKartA, Abschlussbericht Sektoruntersuchung, 2013, Tz. 112, https://www.bundeskartellamt.de/Shared-Docs/Publikation/DE/Sektoruntersuchungen/Sektoruntersuchung%20Fernwaerme%20-%20Abschlussbericht.pdf?__blob=publicationFile&v=3, Abruf am 12. April 2024; die Landeskartellbehörde Schleswig-Holstein stellte im Jahr 2016 fest, dass das Instrument in Schleswig-Holstein relativ gering verbreitet ist, vgl. Landeskartellbehörde für Energie, Strukturen der Fernwärmeversorgung in Schleswig-Holstein, 2016, S. 31, https://schleswig-holstein.de/DE/fachinhalte/E/energiewirtschaft/Downloads/fernwaermebericht.pdf?__blob=publicationFile&v=1, Abruf am 24. Mai 2024.

⁸⁴⁶ Vgl. <https://www.zfk.de/energie/waerme/mit-dem-anschlusszwang-schafft-man-keine-zufriedenen-kunden>, Abruf am 24. Mai 2024.

⁸⁴⁷ So hat beispielsweise die baden-württembergische Landesenergieagentur KEA-BW den Kommunen zu diesem Zweck eine Mustersatzung zur Verfügung gestellt, vgl. <https://www.kea-bw.de/waermewende/wissensportal/kommunale-waermeplanung/haeufige-fragen-und-antworten#c8624-content-11>, Abruf am 24. Mai 2024; vgl. auch Lippert, M., Der Anschluss- und Benutzungszwang für Fernwärme als Instrument einer kommunalen Wärmewende im Dienst von Klima- und Ressourcenschutz, RdE 2021, S. 457-520; Rath, T./Ekardt, F., Kommunale Wärmewende: Bau- und kommunalrechtliche Handlungsoptionen, ZNER 2021, 12-22, 19 f.; Balling, V. u. a., Kommunale Wärmeleitplanung – Rechtliche Grundlagen und neue Rechtsansätze zur Aufstellung und Umsetzung kommunaler Wärmepläne, 17. Juli 2023, S. 105-107, https://stiftung-umweltenergierecht.de/wp-content/uploads/2023/07/Stiftung_Umweltenergierecht_WueStudien_30_Kommunale-Waermeleitplanung.pdf, Abruf am 2. April 2024.

den bereits bei der Auswahlentscheidung. Der Wettbewerbsdruck durch andere Heizungssysteme – soweit er überhaupt besteht – entfällt dann vollständig, ohne dass dieser Marktmacht des Fernwärmeunternehmens ein entsprechender Regulierungsrahmen gegenübersteht.

3.2 Regulatorische Anforderungen an Heizungstechnologien

585. Um die Einsparungsziele an CO₂-Emissionen im Wärmesektor zu erreichen, wurde in Deutschland seit 2024 durch eine Novelle des Gebäudeenergiegesetzes die Verwendung von Heiztechnologien, die mit Fernwärme im Systemwettbewerb stehen, teilweise eingeschränkt (dazu 3.2.1). Gleichzeitig wird die Nutzung leitungsgebundener Wärmeversorgung – insbesondere durch Wärmenetze – erheblich privilegiert (3.2.2). Die neuen Regelungen streben im Zusammenspiel mit der neu eingeführten kommunalen Wärmeplanung eine teilweise Aufteilung des Wärmemarktes an und dürften zu einer erheblichen Bedeutungssteigerung der Fernwärme bei gleichzeitig empfindlicher Einschränkung des Systemwettbewerbs führen (3.3 und 3.4).

3.2.1 Einschränkungen dezentraler Wärmeversorgung

586. Kern der durch die Novelle des Gebäudeenergiegesetzes neu eingeführten Anforderungen an Heizungssysteme ist die Vorgabe, dass Heizungsanlagen nur noch eingebaut werden dürfen, wenn sie mindestens 65 Prozent der Wärme mit erneuerbaren Energien oder unvermeidbarer Abwärme erzeugen. Die Umsetzung dieser Verpflichtung ist grundsätzlich technologie-neutral möglich.⁸⁴⁸ Gebäudeeigentümer können beim Einbau einer Heizungsanlage also frei aus den am Markt vorhandenen Heizungssystemen wählen, müssen dann aber – durch die Inspektion einer fachkundigen Person – selbst nachweisen, dass die Anforderungen erfüllt sind.⁸⁴⁹ Dieser Nachweis entfällt, wenn eine der im Gebäudeenergiegesetz enumerativ aufgeführten standardisierten Lösungen gewählt wird.⁸⁵⁰ Aus diesem Katalog sollen nach Vorstellung des Gesetzgebers zukünftig vor allem die Verwendung einer Wärmepumpe und der Anschluss an ein Wärmenetz Bedeutung erlangen.⁸⁵¹ Abhängig vom Fortschritt der Transformation der Gasnetze könnten diese Technologien durch Biogas- und Wasserstoffheizungen ergänzt werden. Die übrigen im Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Heiztechnologien⁸⁵² dürften dagegen nur in geringem Umfang zum Einsatz kommen.

587. Die Anforderungen des Gebäudeenergiegesetzes gelten zunächst (ab 2024) nur für Neubauten in Neubaugebieten. Bei Bestandsbauten und Neubauten zur Schließung von Baulücken richtet sich die Anwendbarkeit nach dem Zeitpunkt, zu dem nach dem Wärmeplanungsgesetz in den Gemeinden eine Wärmeplanung vorliegen soll (dazu noch unten, 3.3). Für Gemeinden mit mehr als 100.000 Einwohnerinnen und Einwohnern entfaltet die Regelung daher ab Mitte

⁸⁴⁸ § 71 Abs. 1 GEG.

⁸⁴⁹ § 71 Abs. 2 GEG.

⁸⁵⁰ §§ 71b-71h GEG.

⁸⁵¹ Vgl. z. B. Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des GEG, a. a. O., vgl. Fn. 843, BT-Drs. 20/6875, S. 46.

⁸⁵² Solarthermische Anlagen (§ 71e GEG) und die Nutzung fester Biomasse (§ 71g GEG).

2026 Wirkung, in kleineren Gemeinden zwei Jahre später.⁸⁵³ Bis dahin können noch Heizungen, die nicht der 65 Prozent-Anforderung entsprechen, eingebaut werden. Sofern es sich hierbei um Öl- oder Gasheizungen handelt, hat der Betreiber allerdings sicherzustellen, dass besondere, zeitlich gestaffelte Dekarbonisierungsziele erreicht werden.⁸⁵⁴ Ein graphischer Überblick über die zeitliche Staffelung verschiedener Dekarbonisierungsziele findet sich in Abbildung V.5.

588. Der Einbau von Anlagen, die diese Anforderungen nicht erfüllen, ist nicht mehr zulässig. Insbesondere ermöglicht das Gebäudeenergiegesetz nicht mehr den Ausgleich des Einbaus (rein) fossil betriebener Anlagen durch Ersatzmaßnahmen.⁸⁵⁵ Für Bestandsanlagen gelten die Anforderungen allerdings grundsätzlich nicht. Ein Betriebsverbot auch für bereits eingebaute Heizungen sieht das Gesetz nur für bestimmte Heizkessel vor, die nicht mehr dem Stand der Technik entsprechen und entweder vor 1991 eingebaut wurden oder mindestens 30 Jahre alt sind.⁸⁵⁶ Bei sehr kleinen selbst genutzten Gebäuden gilt dies allerdings erst bei einem Eigentümerwechsel.⁸⁵⁷ Ansonsten müssen Hauseigentümerinnen und Hauseigentümer die Anforderungen nur erfüllen, wenn sie eine neue Heizung einbauen. Selbst für diesen Fall enthält das Gesetz eine Übergangsvorschrift, wonach für fünf Jahre nach dem Heizungstausch eine Heizung betrieben werden kann, die nicht den Anforderungen des Gebäudeenergiegesetzes entspricht.⁸⁵⁸ Daneben bestehen – teilweise äußerst großzügige – Übergangsfristen bei dem geplanten Anschluss an ein neu zu errichtendes Wärmenetz oder Wasserstoffgasnetz sowie im Fall von Etagen- und Hallenheizungen.⁸⁵⁹ Ab dem Jahr 2045 müssen allerdings sämtliche Heizungen, die Wärme durch Verbrennung erzeugen, ohne Rückgriff auf fossile Brennstoffe betrieben werden.⁸⁶⁰

589. Die neuen Anforderungen an dezentrale Heizsysteme schränken perspektivisch insbesondere die Nutzung von Öl- und Gasheizungen ein. Diese waren bisher allerdings wesentlich für den Wettbewerbsdruck auf Fernwärmenetze verantwortlich. Zunächst dürfte das Betriebsver-

⁸⁵³ § 71 Abs. 8 S. 1, 2, Abs. 10 GEG.

⁸⁵⁴ § 71 Abs. 9 GEG erfordert die Verwendung von wenigstens 15 Prozent Biomasse oder blauem oder grünem Wasserstoff ab 2029. Die Quote steigert sich schrittweise bis auf 60 Prozent ab 2040.

⁸⁵⁵ Hierauf verweist die Gesetzesbegründung ausdrücklich, vgl. Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des GEG, a. a. O., vgl. Fn. 843, BT-Drs. 20/6875, S. 107.

⁸⁵⁶ § 72 Abs. 1-3 GEG.

⁸⁵⁷ § 73 GEG.

⁸⁵⁸ § 71i GEG; aus welchem Grund die Heizung getauscht wird, ist dabei irrelevant, vgl. insoweit Ausschuss für Klimaschutz und Energie, Beschlussempfehlung und Bericht zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gebäudeenergiegesetzes, zur Änderung der Heizkostenverordnung und zur Änderung der Kehr- und Überprüfungsordnung u. a., BT-Drs. 20/7619, vom 5. Mai 2023, S. 92; dem Gesetzgeber schwebte hierbei die vorübergehende Nutzung gebrauchter oder geliehener Heizungsanlagen vor, vgl. hierzu Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des GEG, a. a. O., vgl. Fn. 843, BT-Drs. 20/6875, S. 119; daneben ergibt sich aber auch ein Szenario im Einbau neuer Heizungen, die, neben fossilen, auch mit klimaneutralen Brennstoffen betrieben werden können, was aber unter Ausnutzung der Ausnahmegesetzgebung zunächst – für bis zu fünf Jahre – nicht umgesetzt wird.

⁸⁵⁹ §§ 71j-71m GEG.

⁸⁶⁰ § 72 Abs. 4 GEG; bei sehr kleinen Gebäuden sind die Anforderungen allerdings erst nach einem Eigentümerwechsel zu erfüllen (§ 73 GEG).

bot alter Heizkessel dazu führen, dass ein nicht unerheblicher Teil der Heizungen in Deutschland in den nächsten Jahren ausgetauscht und durch neue Heizungen ersetzt wird. 2023 waren Ölheizungen in Deutschland im Durchschnitt 17,7 Jahre alt⁸⁶¹, ein Drittel aller Heizungen ist sogar älter als 20 Jahre.⁸⁶² Hinzu kommen Erneuerungen von Heizsystemen, die aus anderen Gründen vorgenommen werden, beispielsweise bei einem Defekt der Bestandsheizung, anlässlich einer Gebäudesanierung oder aus finanziellen Gründen. Bei einem Austausch der Heizung hat die jeweilige Hauseigentümerin oder der Hauseigentümer dann die Dekarbonisierungsanforderungen des Gebäudeenergiegesetzes zu beachten. Sofern der Austausch vor dem Ablauf der Frist zur Wärmeplanung erfolgt, sind die bis dahin geltenden, besonderen Dekarbonisierungsziele zu beachten. Bei einem späteren Austausch müssen sofort 65 Prozent der Wärme aus erneuerbaren Energien erzeugt werden. Ab 2045 müssen dann alle Heizungen vollständig mit erneuerbaren Energien betrieben werden.

590. Zwar verbietet das Gebäudeenergiegesetz nicht den Einbau neuer Öl- und Gasheizungen, allerdings trägt der jeweilige Gebäudeeigentümer – bußgeldbewehrt⁸⁶³ – die Verantwortung dafür, dass seine neue Heizung die Dekarbonisierungsanforderungen erfüllt. Eine Ölheizung muss also mit einem entsprechenden Anteil von Heizöl aus regenerativen Quellen betrieben werden. Hierbei stehen Hauseigentümerinnen und Hauseigentümer vor der Herausforderung, auch langfristig entsprechendes „Bioöl“ zu beschaffen. Als schwierig erweisen wird sich dabei, dass bisher nur Heizölsorten mit einem Bioöl-Anteil von 10 Prozent am Markt verfügbar sind. Technisch möglich sind gegenwärtig Bioöl-Anteile von bis zu 20 Prozent. Erforderlich wären aber deutlich höhere Anteile erneuerbarer Energien im Heizöl, deren Verfügbarkeit und Kosten bestenfalls unklar sind. Die Installation einer neuen Ölheizung ist für Hauseigentümerinnen und Hauseigentümer daher mit erheblichen Unsicherheiten und Risiken in Bezug auf zukünftig zu erwartende Heizkosten verbunden. Im Fall des Einbaus einer neuen Gasheizung gelten grundsätzlich die gleichen Anforderungen. Allerdings muss im Fall einer an das öffentliche Gasnetz angeschlossenen Heizung nicht unmittelbar die Verwendung von Biogas sichergestellt werden. Ausreichend ist, wenn an anderer Stelle eine entsprechende Menge Biomethan in das Netz eingespeist wird.⁸⁶⁴ Erste entsprechende „Gebäudeenergiegesetz-Tarife“ der Gasanbieter sind bereits am Markt verfügbar. Aber auch hier wird sich auf lange Sicht die Frage der Brennstoffverfügbarkeit stellen: Das Einspeisevolumen von Biogas in das deutsche Gasnetz stagniert seit 2018 bei ca. 10 Mrd. kWh.⁸⁶⁵ Der Großteil der deutschen Biogaserzeugung (ca. 44 TWh) wird

⁸⁶¹ BDEW, Wie heizt Deutschland 2023, 2023, <https://www.bdew.de/energie/neue-bdew-studie-wie-heizt-deutschland--2023/>, Abruf am 7. Mai 2024.

⁸⁶² a. a. O.

⁸⁶³ § 108 Abs. 1 Nr. 12, 13 GEG.

⁸⁶⁴ § 71f Abs. 3 S. 1 i. V. m. § 22 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 lit. d GEG.

⁸⁶⁵ Statista, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/269761/umfrage/einspeisevolumen-von-biogas-in-das-gasnetz-in-deutschland/>, Abruf am 24. Mai 2024.

zur Erzeugung von Elektrizität aus erneuerbaren Energien verwendet.⁸⁶⁶ Bei einem gegenwärtigen Verbrauch von ca. 278 TWh Erdgas allein durch Privathaushalte⁸⁶⁷ fehlt es also auch hier noch erheblich an der Verfügbarkeit des entsprechenden Heizmittels. Zudem schränkt der Gesetzgeber die Verwendung von Biogasen zur Heizung aufgrund der damit einhergehenden potenziellen Ressourcenkonflikte bereits jetzt ein.⁸⁶⁸ Diese Entwicklung dürfte sich in Zukunft eher verschärfen. Im Gegensatz zur Verwendung von Ölheizungen können Gasheizungen allerdings ohne Einschränkungen weiterbetrieben werden, wenn sie technisch auf die Nutzung von Wasserstoff umgestellt werden können und für das relevante Gasnetz eine Umstellung auf (grünen) Wasserstoff verbindlich vorgesehen ist.⁸⁶⁹ Auch die Perspektive, mit grünem Wasserstoff heizen zu können, geht allerdings mit entsprechenden Unsicherheiten einher (dazu noch unten, Tz. 600). In allen anderen Fällen und insbesondere beim Einbau neuer Ölheizungen muss die Hauseigentümerin oder der Hauseigentümer dagegen das damit einhergehende Risiko der Verfügbarkeit und Preissteigerungen von Heizöl oder Gas mit entsprechendem Anteil erneuerbarer Energien unmittelbar selbst tragen.

591. Nach Vorstellung des Gesetzgebers sollen vor allem elektrisch betriebene Wärmepumpen die dezentrale Ersatztechnologie für Öl- und Gasheizungen darstellen. Anforderungen an die Nutzung dieser Technologie bestehen nicht, sofern die Wärmepumpe geeignet ist, den Wärmebedarf des jeweiligen Gebäudes zu decken.⁸⁷⁰ Insbesondere muss die Hauseigentümerin oder der Hauseigentümer nicht selbst sicherstellen, dass die zum Heizen verwendete elektrische Energie aus erneuerbaren Quellen stammt oder zumindest eine entsprechende Menge an Elektrizität aus erneuerbaren Energien eingespeist wird. Bei der Nutzung einer Wärmepumpe wird vielmehr angenommen, dass perspektivisch durch die Dekarbonisierung des deutschen Kraftwerksparks Klimaneutralität erreicht wird, ohne dass der individuelle Heizungsbetreiber hierfür verantwortlich sein soll.⁸⁷¹

⁸⁶⁶ Statista, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/251214/umfrage/anteil-der-biomasse-an-der-stromerzeugung-in-deutschland/>, Abruf am 24. Mai 2024.

⁸⁶⁷ Statista, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/37985/umfrage/verbrauch-von-erdgas-in-deutschland-nach-abnehmergruppen-2009/>, Abruf am 24. Mai 2024.

⁸⁶⁸ Vgl. z. B. § 71f Abs. 4 GEG in Bezug auf Gebäudeheizungen sowie § 30 Abs. 2 WPG in Bezug auf Wärmenetze; der Gesetzesentwurf hatte sogar noch ein Verbot des Einbaus von Biomasseheizungen in Neubauten enthalten, dies wurde im Gesetzgebungsverfahren jedoch wieder gestrichen.

⁸⁶⁹ § 71k GEG.

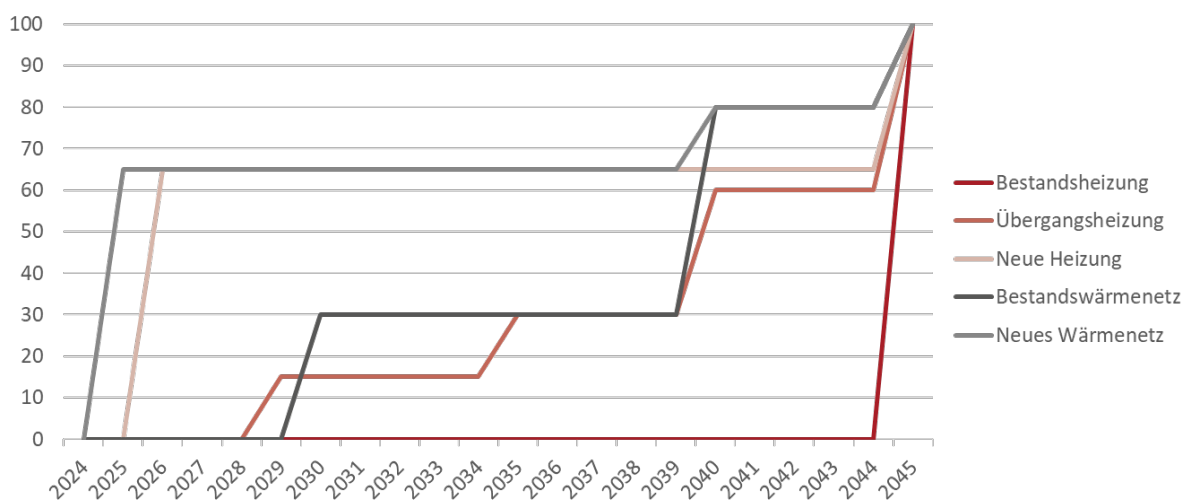
⁸⁷⁰ § 71c GEG.

⁸⁷¹ Deswegen gilt auch die Warmwasserbereitung mit Strom (z. B. durch Durchlauferhitzer) ohne weiteres als zulässig (§ 71 Abs. 5 GEG); für Stromdirektheizungen gelten zum Schutz von Mietern angesichts des hohen Stromverbrauchs besondere Anforderungen an die Gebäudedämmung (§ 71d GEG); vgl. zum mieterschützenden Zweck dieser Vorschrift Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des GEG, a. a. O., vgl. Fn. 843, BT-Drs. 20/6875, S. 115; vgl. zur Kombination einer Wärmepumpe mit anderen Anlagen allerdings die §§ 71 Abs. 4, 71h GEG.

3.2.2 Privilegierung von Wärmenetzen

592. Eine ähnliche Privilegierung besteht auch beim Anschluss an ein Wärmenetz, das die Dekarbonisierungsanforderungen erfüllt.⁸⁷² Die 65 Prozent-Grenze gilt in diesem Fall als eingehalten, obwohl die Dekarbonisierungsanforderungen für bestehende Wärmenetze teilweise niedriger sind als für neu eingebaute Heizungen (Abbildung V.5).⁸⁷³ Hauseigentümerinnen oder Hauseigentümer müssen selbst lediglich eine Bescheinigung des Netzbetreibers vorweisen, die die Einhaltung der gesetzlichen Anforderungen bestätigt.⁸⁷⁴ Sofern die Bescheinigung falsch ist, drohen nur dem Wärmenetzbetreiber, nicht jedoch der Hauseigentümerin oder dem Hauseigentümer Konsequenzen in Form eines Bußgeldes.⁸⁷⁵ Hauseigentümerinnen und Hauseigentümer haben gegenüber Wärmenetzbetreibern, die die Dekarbonisierungsanforderungen nicht erfüllen, zudem ein besonderes Kündigungsrecht und können auch bei laufenden Verträgen auf eine andere Heiztechnologie umsteigen.⁸⁷⁶

Abbildung V.5: Dekarbonisierungsanforderungen nach Gebäudeenergiegesetz und Wärmeplanungsgesetz



Quelle: Eigene Darstellung

593. Zwar müssen die Anforderungen an Wärmenetze auch aus Sicht der Hauseigentümerin oder des Hauseigentümers objektiv erfüllt sein,⁸⁷⁷ die weitgehende Übertragung der Verantwortung zur Dekarbonisierung der Wärmeherzeugung auf den Betreiber des Wärmenetzes führt aber zu einer erheblichen Entlastung der Gebäudeeigentümer, die ansonsten nur bei der In-

⁸⁷² § 71b GEG.

⁸⁷³ Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des GEG, a. a. O., vgl. Fn. 843, BT-Drs. 20/6875, S. 114.

⁸⁷⁴ § 71b Abs. 1 S. 3, Abs. 2 S. 2 GEG i. V. m. § 29 Abs. 7 S. 1 WPG.

⁸⁷⁵ § 108 Abs. 1 Nr. 15 GEG; ausdrücklich auch Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des GEG, a. a. O., vgl. Fn. 843, BT-Drs. 20/6875, S. 114.

⁸⁷⁶ Dies gilt allerdings nicht, sofern ein Anschluss- und Benutzungszwang besteht, vgl. § 29 Abs. 7 S. 2, S. 4 WPG.

⁸⁷⁷ Ausdrücklich auch Ausschuss für Klimaschutz und Energie des Deutschen Bundestages, Beschlussempfehlung zum Entwurf GEG, a. a. O, vgl. Fn. 858, BT-Drs. 20/7619, S. 92.

stallation einer Wärmepumpe gilt. Hieraus dürften sich erhebliche Anreize für Hauseigentümerinnen und Hauseigentümer ergeben, sich bei der Entscheidung über eine neue Heiztechnologie für den Anschluss an ein Wärmenetz zu entscheiden. Gerechtfertigt wird diese Privilegierung einerseits mit den besonderen Dekarbonisierungsanforderungen des Wärmeplanungsgesetzes.⁸⁷⁸ Andererseits ist der hierdurch entstehende Anreiz zum Anschluss an ein Wärmenetz auch keine bloße Nebenfolge der Regelung, sondern vom Gesetzgeber der Novelle des Gebäudeenergiegesetzes ausdrücklich erwünscht. Zweck der Privilegierung soll nämlich auch sein, möglichst viele Gebäude an Wärmenetze anzuschließen, um die Wirtschaftlichkeit von Investitionen in deren Ausbau und Dekarbonisierung sicherzustellen.⁸⁷⁹ Noch deutlicher wird die Privilegierung durch die großzügige Übergangsfrist für den Anschluss an ein Fernwärmenetz. Sie ermöglicht Hauseigentümerinnen und Hauseigentümern, einen Vertrag mit einem Wärmenetzbetreiber über den Anschluss des Hauses binnen der nächsten zehn Jahre abzuschließen. Bis dahin können neue Heizungen eingebaut werden, die nicht die Anforderungen des Gebäudeenergiegesetzes erfüllen müssen.⁸⁸⁰ Voraussetzung ist lediglich, dass der Wärmenetzbetreiber einen Wärmenetzausbau- und Dekarbonisierungsplan zur Erschließung des jeweiligen Gebietes mit einem Wärmenetz binnen höchstens zehn Jahren vorgelegt hat. Damit soll der Anschluss an ein Wärmenetz auch dann als Erfüllungsoption offengehalten werden, wenn bei der Entscheidung über den Einbau einer neuen Heizung das Grundstück noch nicht an ein Wärmenetz angeschlossen werden kann, der Anschluss aber später erfolgen soll.⁸⁸¹ In diesem Fall werden Hauseigentümerinnen und Hauseigentümer bei der Entscheidung über den (zukünftig zu realisierenden) Anschluss an ein Fernwärmenetz erheblich privilegiert. Sie können bis zum Anschluss an das Wärmenetz frei Heizungen einbauen und nutzen, ohne Dekarbonisierungsanforderungen erfüllen zu müssen. Lediglich wenn behördlich festgestellt wird, dass der Anschluss nicht zu realisieren ist oder eine Wärmeversorgung mit 65 Prozent erneuerbarer Wärme nach Ablauf der Planfristen durch das Wärmenetz nicht realisiert wird, müssen die Hauseigentümerinnen oder der Hauseigentümer binnen einer Übergangsfrist von einem bzw. drei Jahren sicherstellen, dass sie die Dekarbonisierungsanforderungen des Gebäudeenergiegesetzes selbst erfüllen. In diesem Fall besteht allerdings ein Kostenerstattungsanspruch gegenüber dem Wärmenetzbetreiber.⁸⁸²

3.3 Bedeutung der Wärmeplanung

594. Eng verzahnt ist die Zulässigkeit des Einbaus von Heizungssystemen mit der neu eingeführten kommunalen Wärmeplanung.⁸⁸³ Durch das 2023 in Kraft getretene neue Wärmepla-

⁸⁷⁸ Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des GEG, a. a. O., vgl. Fn. 843, BT-Drs. 20/6875, S. 113.

⁸⁷⁹ Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des GEG, a. a. O., vgl. Fn. 843, BT-Drs. 20/6875, S. 113.

⁸⁸⁰ § 71j GEG.

⁸⁸¹ Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des GEG, a. a. O., vgl. Fn. 843, BT-Drs. 20/6875, S. 120 f.

⁸⁸² § 71j Abs. 4 GEG.

⁸⁸³ Die enge Verzahnung war im Gesetzesentwurf der Bundesregierung noch nicht vorgesehen und wurde erst im Gesetzgebungsverfahren durch erhebliche Änderungen am GEG implementiert, vgl. insoweit Ausschuss für

nungsgesetz werden erstmals alle Bundesländer flächendeckend verpflichtet, die Durchführung einer besonderen Fachplanung zur Wärmeversorgung durchzuführen.⁸⁸⁴ Es ist zu erwarten, dass die Bundesländer diese Aufgabe angesichts der lokalen Bedeutung von Wärmeproduktion, -transport und -verbrauch an die Kommunen übertragen werden.⁸⁸⁵ Durchzuführen ist die Wärmeplanung in Gemeinden mit mehr als 100.000 Einwohnern bis zum 30.06.2026, in kleineren Gemeinden bis zum 30.06.2028. Die Wärmeplanung zielt darauf ab, für das Gebiet der jeweiligen Gemeinde darzustellen, wie die lokalen Klimaziele im Wärmesektor durch die Umstellung der Wärmeversorgung auf Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien erreicht werden können.⁸⁸⁶ Hierfür wird im Rahmen einer Bestandsanalyse zunächst der derzeitige Wärmebedarf und -verbrauch, der Bestand an Heizungen, anderen Wärmeerzeugungsanlagen und sonstiger Infrastrukturen ermittelt.⁸⁸⁷ Dazu zählen auch die Abdeckungsgebiete von Wärme- und Gasnetzen, vorhandene Wärmeerzeuger und -speicher im Gemeindegebiet, der Sanierungszustand der Gebäude und der Verbrauch von Heizenergie und Warmwasser.⁸⁸⁸ Zudem sind quantitativ und räumlich differenziert die im Gemeindegebiet vorhandenen Potenziale zur Erzeugung von Wärme aus erneuerbaren Energien und unvermeidbarer Abwärme zu ermitteln.⁸⁸⁹ Diese Informationen dienen als Grundlage für ein Zielszenario, mit dem die Kommune die Entwicklung der Wärmeversorgung als Ganzes beschreibt und ihr Gemeindegebiet prognostisch⁸⁹⁰ in drei Arten voraussichtlicher Wärmeversorgungsgebiete aufteilt: Wärmenetzgebiete, Wasserstoffnetzgebiete und Gebiete für die dezentrale Wärmeversorgung. In Bezug

Klimaschutz und Energie, Beschlussempfehlung zum Entwurf des GEG, a. a. O., vgl. Fn. 858, BT-Drs. 20/7619, S. 81 f., 89.

⁸⁸⁴ § 4 WPG; eine Wärmeplanung war bisher nur in einzelnen Landesgesetzen vorgesehen, vgl. hierzu den Überblick bei Balling, V. u. a., Kommunale Wärmeleitplanung – Rechtliche Grundlagen und neue Rechtsansätze zur Aufstellung und Umsetzung kommunaler Wärmepläne, a. a. O., vgl. Fn. 847, S. 16-27; zudem konnten die Vorgaben der Bauleitplanung für eine Planung der Wärmeversorgung genutzt werden, vgl. hierzu Rath, T./Ekardt, F., Kommunale Wärmewende: Bau- und kommunalrechtliche Handlungsoptionen, a. a. O., vgl. Fn. 847; Winkler, D./Zeccola, M./Tejkl, J., Die Wärmeplanung als rechtlicher Flickenteppich, EnWZ 2022, 339-346, 341 ff.; eine bundeseinheitliche Regelung einer ausschließlich auf die Wärmeversorgung ausgerichteten Fachplanung bestand bisher allerdings nicht.

⁸⁸⁵ BMWK, Diskussionspapier: Konzept für die Umsetzung einer flächendeckenden kommunalen Wärmeplanung als zentrales Koordinierungsinstrument für lokale, effiziente Wärmenutzung, 28. Juli 2022, S. 3, 7, 10, https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Energie/diskussionspapier-waermeplanung.pdf?__blob=publicationFile&v=1, Abruf am 8. April 2024.

⁸⁸⁶ Spieler, M./Muffler, L., Zur Bedeutung der GEG-Novelle für die kommunale Wärmeplanung, jurisPR-UmwR 9/2023 Anm. 2.

⁸⁸⁷ § 15 WPG.

⁸⁸⁸ Riechel, R./Walter, J., Kurzgutachten Kommunale Wärmeplanung, 12/2022, S. 69, https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/479/publikationen/texte_12-2022_kurzgutachten_kommunale_waermeplanung.pdf, Abruf am 2. April 2024.

⁸⁸⁹ § 16 WPG; unvermeidbare Abwärme wird im GEG und WPG Wärme aus erneuerbaren Energien weitgehend gleichgestellt.

⁸⁹⁰ Bezogen auf die Jahre 2030, 2035, 2040 und 2045.

auf das „Zieljahr“ 2045, in dem die vollständige Dekarbonisierung der Wärmeversorgung erreicht werden soll, ist zudem kleinteilig die Wahrscheinlichkeit der jeweils verfügbaren Wärmeversorgung darzustellen.⁸⁹¹

595. Die Informationen der Wärmeplanung sollen Hauseigentümerinnen und Hauseigentümern sowie Bauherrinnen und Bauherren als Grundlage für die in den nächsten Jahren und Jahrzehnten anstehenden Entscheidungen über die Auswahl neuer Heizungssysteme dienen und ihnen Sicherheit und Orientierung über den geplanten Ausbau leitungsgebundener Wärmeversorgung verschaffen.⁸⁹² Außerdem wird durch die Identifizierung von erneuerbaren Wärmequellen und Dekarbonisierungspotenzialen im Gemeindegebiet sowie der Erhebung von strukturellen Daten und Informationen hinsichtlich der Nutzung verschiedener Heizungstechnologien ein Rahmen für den angestrebten Ausbau ebendieser Netze geschaffen.⁸⁹³ Die Betreiber bestehender und zukünftiger Wärme- und Energieversorgungsnetze können bei ihren Investitionsentscheidungen auf die Informationen in den Wärmeplänen zurückgreifen, um Erlösmöglichkeiten zu kalkulieren und Fehlinvestitionen zu vermeiden.⁸⁹⁴ Die Vorgaben zur Wärmeplanung beschränken sich allerdings nicht auf die Bereitstellung dieser Informationen. Den Kommunen soll auch bei der Umsetzung der notwendigen Investitionen in die verschiedenen Wärmeversorgungsgebiete eine zentrale Rolle zukommen.

596. Die in den Wärmeplänen getroffenen Aussagen sind eng verzahnt mit der bestehenden Abdeckung der Gemeinde mit Wärme-, Gasversorgungs- und Elektrizitätsversorgungsnetzen und den Plänen der Netzbetreiber, diese Netze zukünftig auszubauen und zu modernisieren. Formal zeigt sich dies darin, dass sowohl Betreiber bestehender Netze als auch Unternehmen, die als zukünftige Betreiber eines solchen Netzes in Betracht kommen, bei der Wärmeplanung aktiv mit einzubeziehen sind.⁸⁹⁵ Sie sollen bei der Durchführung der Wärmeplanung durch die Erteilung von Informationen – insbesondere über ihre Ausbaupläne – mitwirken.⁸⁹⁶ Außerdem ist angestrebt, dass sie, vermittelt durch die Koordination der Gemeinde, auch untereinander in Austausch treten.⁸⁹⁷

597. Aufbauend auf diesen Informationen kann die Gemeinde ihre Wärmeplanung durchführen. Diese wird auch inhaltlich durch bestehende oder geplante Wärmenetze stark vorgeprägt. Ein Gebiet ist insbesondere dann als Wärmenetzgebiet geeignet, wenn bereits ein Wärmenetz

⁸⁹¹ §§ 17-19 WPG.

⁸⁹² Ausschuss für Klimaschutz und Energie, Beschlussempfehlung zum Entwurf des GEG, a. a. O., vgl. Fn. 858, BT-Drs. 20/7619, S. 90.

⁸⁹³ Bundesregierung, Gesetzesbegründung zum WPG, a. a. O., vgl. Fn. 817, BT-Drs. 20/8654, S. 48.

⁸⁹⁴ BMWK, Diskussionspapier, a. a. O., vgl. Fn. 885, S. 4; ähnlich auch Balling, V. u. a., Kommunale Wärmeleitplanung – Rechtliche Grundlagen und neue Rechtsansätze zur Aufstellung und Umsetzung kommunaler Wärmepläne, a. a. O., vgl. Fn. 847, S. 30; Braunger, I. u. a., Wärmewende: Bundesregierung sollte Kommunen bei der Silllegung der Erdgasnetze unterstützen, DIW Wochenbericht 13+14/2024, S. 216-222, 219

⁸⁹⁵ § 7 Abs. 2 Nr. 1-3 WPG; die Norm spricht insoweit nur von der Beteiligung der Betreiber von Wärme- und Energieversorgungsnetzen. Letzterer Begriff ist im WPG nicht definiert, sodass auf die Definition in § 3 Nr. 4 EnWG zurückzugreifen ist. Diese umfasst Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetze.

⁸⁹⁶ § 7 Abs. 4, § 8 Abs. 1 WPG.

⁸⁹⁷ § 7 Abs. 5 S. 1 WPG.

besteht oder zumindest abzusehen ist, dass ein solches – aufgrund der Siedlungsstruktur und / oder bestehender Wärmequellen – wirtschaftlich zu betreiben ist.⁸⁹⁸ Insbesondere bestehende Wärmenetze spielen daher eine zentrale Rolle bei der Wärmeplanung.⁸⁹⁹ Sie dürften regelmäßig dazu führen, dass die Gemeinde ein Gebiet als Wärmenetzgebiet definiert. Angesichts des zukunftsbezogenen und prognostischen Charakters der Wärmeplanung spielen aber auch zukünftig erst noch zu errichtende Netze bei der Festlegung der Wärmeversorgungsgebiete eine bedeutende Rolle. Dabei kann die Gemeinde nicht nur die allgemeine Geeignetheit eines Gebietes zur Versorgung über ein Wärmenetz berücksichtigen, sondern basierend auf dem im Rahmen der Wärmeplanung geführten Austausch auch die Planungen der Wärmenetzbetreiber in ihre Prognose miteinbeziehen. Sofern diese Planungen in Form eines Wärmenetzausbau- und -dekarbonisierungsfahrplans oder einer im Rahmen der Bundesförderung für effiziente Wärmenetze geförderten Machbarkeitsstudie oder eines Transformationsplanes bereits formalisiert wurden, sieht das Gesetz eine Berücksichtigung dieser Pläne bei der Wärmeplanung sogar ausdrücklich vor.⁹⁰⁰ Ähnliche Voraussetzungen bestehen für die Festsetzungen eines Wasserstoffnetzgebietes. Ein solches wird grundsätzlich dann festgesetzt, wenn zum Planungshorizont voraussichtlich eine hohe Anzahl der Letztverbraucherinnen und Letztverbraucher in dem betreffenden Gebiet mit einem Wasserstoffnetz versorgt werden kann.⁹⁰¹ Sofern die Gemeinde zu dem Schluss kommt, dass eine netzgebundene Wärmeversorgung nicht oder nur zu einem geringen Anteil möglich ist, setzt sie ein Gebiet für die dezentrale Wärmeversorgung fest. Die kommunale Wärmeplanung ist damit gerade auch die Planung der leitungsgebundenen Wärmeversorgung im Gemeindegebiet.⁹⁰² Sie hängt ganz wesentlich von bereits bestehenden und noch zu errichtenden Wärme- oder Wasserstoffnetzen ab. Umgekehrt sind die Netzbetreiber wiederum bei ihren Ausbauplanungen verpflichtet, die Festsetzungen der Kommunen zu berücksichtigen.⁹⁰³

598. Unmittelbaren Einfluss auf die Zulässigkeit der Installation bestimmter Heizungssysteme hat die Wärmeplanung nicht. Das Wärmeplanungsgesetz legt ausdrücklich fest, dass mit der Wärmeplanung keine Pflicht zur Nutzung bestimmter Heizungsformen einhergeht.⁹⁰⁴ Auch eine Verpflichtung zum Ausbau von Wärme- oder Energieversorgungsnetzen ergibt sich aus der Wärmeplanung nicht.⁹⁰⁵ Sofern in einem Wärmenetzgebiet bereits ein Wärmenetz besteht, können Hauseigentümerinnen und Hauseigentümer durch den Anschluss an dieses Netz die Anforderungen des Gebäudeenergiegesetzes ohne weiteres erfüllen. Sofern der Ausbau eines solchen Netzes erst geplant ist, können sie durch die Vereinbarung eines zukünftigen Anschlusses die großzügig bemessene Übergangsfrist aktivieren. In diesem Fall kann die Kommune das

⁸⁹⁸ § 14 Abs. 2 WPG.

⁸⁹⁹ Bundesregierung, Gesetzesbegründung zum WPG, a. a. O., vgl. Fn. 817, BT-Drs. 20/8654, S. 80.

⁹⁰⁰ § 9 Abs. 2 WPG.

⁹⁰¹ Bundesregierung, Gesetzesbegründung zum WPG, a. a. O., vgl. Fn. 817, BT-Drs. 20/8654, S. 80.

⁹⁰² Vgl. insoweit auch die Begriffsbestimmung in § 3 Nr. 20 lit. a WPG.

⁹⁰³ §§ 8 Abs. 2, 32 Abs. 5 WPG.

⁹⁰⁴ § 18 Abs. 2 S. 2 WPG.

⁹⁰⁵ Ausdrücklich Riechel, R./Walter, J., Kurzgutachten Kommunale Wärmeplanung, a. a. O., vgl. Fn. 888, S. 31.

Gebiet zudem als „Gebiet zum Neu- oder Ausbau von Wärmenetzen“ ausweisen.⁹⁰⁶ Die Entscheidung baut auf der Wärmeplanung auf, hat anders als diese aber eine konkrete rechtliche Auswirkung: Sie verlegt den Zeitpunkt, zu dem die Hauseigentümerinnen und Hauseigentümer die 65 Prozent-Grenze des Gebäudeenergiegesetzes erfüllen müssen, auf einen Monat nach dieser Entscheidung vor. Die Kommunen werden diese Entscheidung ähnlich einem Anschluss- und Benutzungszwang regelmäßig treffen, um die Wirtschaftlichkeit geplanter Netze zu erhöhen, indem durch sie die Anschlussanreize des Gebäudeenergiegesetzes aktiviert werden. Ähnliche Einflussmöglichkeiten der Gemeinde bestehen (zukünftig) in einem Wasserstoffnetzgebiet. Sofern das Netz ausgebaut ist und mit grünem Wasserstoff oder gleichgestellten Gasen beschickt wird, erfüllt der Anschluss an eine Gasheizung ohne Weiteres die Anforderungen des Gebäudeenergiegesetzes. Sofern ein solches Wasserstoffnetz nur geplant ist und die Transformation im Rahmen eines verbindlichen, von der Bundesnetzagentur genehmigten, Fahrplans festgelegt ist, kann die Kommune dieses als Gebiet zum Ausbau eines Wasserstoffnetzes ausweisen. Dann dürfen bis zur Transformation Gasheizungen, die auf die Verbrennung von Wasserstoff umgerüstet werden können, weiter betrieben werden.

3.4 Auswirkungen von Heizungsregulierung und Wärmeplanung

599. In Fernwärmenetzgebieten und Wasserstoffnetzgebieten ist zwar weiterhin die Nutzung anderer mit dem Gebäudeenergiegesetz in Einklang stehender Heizungsformen – insbesondere von Wärmepumpen – zulässig. Tatsächlich wird durch die enge Verzahnung der Festsetzung der Wärmeversorgungsgebiete mit bestehenden Wärme- und Gasversorgungsnetzen sowie den Ausbauplänen der Netzbetreiber aber eine bedeutende Signalwirkung sowohl für Hauseigentümerinnen und Hauseigentümer als auch für Netzbetreiber einhergehen. Hauseigentümerinnen und Hauseigentümer können aus einer Festlegung als Wärmenetzgebiet – sofern nicht bereits ein solches Netz besteht – entnehmen, dass ein solches Netz aus Sicht der Gemeinde vorgesehen, wenn nicht sogar konkret geplant ist. Zur Umsetzung der im Wärmeplan vorgesehenen Wärmeversorgung kann die Kommune nämlich nicht nur auf die ihr selbst zur Verfügung stehenden (bauleit-)planerischen Instrumente zurückgreifen.⁹⁰⁷ Sie kann vielmehr auch mit den an der Wärmeplanung beteiligten Unternehmen konkrete Umsetzungsstrategien entwickeln und Vereinbarungen zum Ausbau der Netze schließen.⁹⁰⁸ Im – aus Sicht der Wärmeplanung – besten Fall erstellen Wärmenetzbetreiber parallel zu oder aufbauend auf der Wärmeplanung einen verbindlichen Wärmenetzausbau- und Transformationsfahrplan, der den Ausbau eines Wärmenetzes gerade in den durch die Gemeinde als Wärmenetzgebiet identifizierten Gemeindeteilen vorsieht. Das Bundeswirtschaftsministerium schlug noch in der Konzeptionsphase des Wärmepflanzungsgesetzes hierfür eine „[enge] und [frühzeitige] Abstimmung zwischen den [...] Kommunen und den Betreibern von Wärme-, Gas- und Stromnetzen“ vor, um den bedarfsgerechten Ausbau der Netze sicherzustellen.⁹⁰⁹ Der Leitfaden zur kommunalen

⁹⁰⁶ § 26 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 WPG i. V. m. § 71 Abs. 8 S. 3 GEG.

⁹⁰⁷ § 20 Abs. 1 WPG; diese spielen bei der Umsetzung der Wärmepläne allerdings eine wichtige Rolle, da die Wärmeerzeugung, der Wärmetransport und -verbrauch im Regelfall mit einer bauplanungsrechtlich relevanten Bodennutzung einhergehen.

⁹⁰⁸ § 20 Abs. 2 GEG.

⁹⁰⁹ BMWK, Diskussionspapier, a. a. O., vgl. Fn. 885, S. 15.

Wärmeplanung nach den Vorgaben des Baden-Württembergischen Klimagesetzes sieht sogar vor, dass die Kommunen die Planung des Ausbaus der Wärmenetze weitgehend selbst in die Hand nehmen.⁹¹⁰ Angesichts knapp bemessener Zeit- und Investitionsbudgets dürfte im Regelfall nicht davon auszugehen sein, dass die Kommunen auf diesem Wege den parallelen Ausbau konkurrierender Wärme-, Gas- und Stromnetze planen. Der Leitfaden zur Baden-Württembergischen Wärmeleitplanung sieht beispielsweise vielmehr vor, in Gebieten mit paralleler Gas- und Wärmenetzversorgung mittelfristig die Anschlussdichte an die Wärmenetze zu erhöhen.⁹¹¹

600. Die Gasnetze sollen dagegen bei der Versorgung mit Wärmeenergie eine deutlich untergeordnete Rolle spielen. Voraussichtlich werden weder die zur Zeit verfügbaren biogenen Gase noch die zukünftig an Bedeutung gewinnende Versorgung mit synthetischem Methan oder Wasserstoff in ausreichendem Umfang zur Verfügung stehen, um eine flächendeckende Versorgung mit Heizgas gewährleisten zu können. Insbesondere die nationale Wasserstoffstrategie der Bundesregierung sieht die Nutzung von Wasserstoff zur Heizung von Wohngebäuden nur im Einzelfall vor.⁹¹² Der mit der Wärmeplanung angestrebten Transformation der Wärmeplanung liegt deswegen auch die Annahme eines erheblichen Bedeutungsverlustes der Gasnetze zur Beheizung einzelner Wohngebäude zugrunde.⁹¹³

601. Der aufbauend auf dieser Annahme notwendige Rückbau der Gasnetze soll ebenfalls durch die kommunale Wärmeplanung begleitet und organisiert werden. Insbesondere der Leitfaden zur Baden-Württembergischen Wärmeplanung sieht ausdrücklich vor, auch die Entscheidungen zur Sanierung oder Stilllegung von Gasnetzen als Teil der Umsetzung des Wärmeplans zu begreifen.⁹¹⁴ Auch die Nationale Wasserstoffstrategie verweist als Grundlage für die Entscheidung der Nutzung von Wasserstoffnetzen zur Wohnheizung auf die kommunale Wärmeplanung.⁹¹⁵ Instrumentell können die Kommunen zur Umsetzung der Planung dabei auf ihre Hoheit über die Wegenutzungsverträge zurückgreifen.⁹¹⁶ Angesichts der langen Laufzeiten bestehender Konzessionen⁹¹⁷ wird jedoch auch hier eine Koordination der kommunalen Wärmeplanung mit den Rückbau- und Sanierungsplänen der Gasnetzbetreiber erfolgen. Dabei ist nicht zu erwarten, dass die Gasnetze – wo sie überhaupt zur Versorgung mit Heizenergie erhalten

⁹¹⁰ KEA Klimaschutz- und Energieagentur Baden-Württemberg GmbH, Leitfaden Kommunale Wärmeplanung, 12/2021, S. 78-82, https://um.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/m-um/intern/Dateien/Dokumente/2_Presse_und_Service/Publikationen/Energie/Leitfaden-Kommunale-Waermeplanung-barriere-frei.pdf, Abruf am 8. April 2024.

⁹¹¹ a. a. O., S. 78.

⁹¹² BMWK, Fortschreibung der Nationalen Wasserstoffstrategie, 2023, S. 25, https://www.bmbf.de/Shared-Docs/Downloads/de/2023/230726-fortschreibung-nws.pdf?__blob=publicationFile&v=1, Abruf am 7. Mai 2024.

⁹¹³ BMWK, Diskussionspapier, a. a. O., vgl. Fn. 885, S. 18; Bundesregierung, Gesetzesbegründung zum WPG, a. a. O., vgl. Fn. 817, BT-Drs. 20/8654, S. 159 f.

⁹¹⁴ KEA, Leitfaden Kommunale Wärmeplanung, a. a. O., vgl. Fn. 910, S. 76.

⁹¹⁵ BMWK, Fortschreibung der Nationalen Wasserstoffstrategie, a. a. O., vgl. Fn. 912, S. 25.

⁹¹⁶ Balling u.a., Kommunale Wärmeleitplanung, a. a. O., vgl. Fn. 847, S. 52; Braunger u.a., Wärmewende, a. a. O., vgl. Fn. 894, S. 4

⁹¹⁷ Auf hierdurch möglicherweise entstehende Konflikte verweisen auch Balling u.a., Kommunale Wärmeleitplanung, a. a. O., vgl. Fn. 847, S. 108 f.

werden – entgegen der Wärmeplanung der Gemeinde in Konkurrenz zu bestehenden oder geplanten Wärmenetzen auf Wasserstoff oder andere klimaneutrale Gase umgestellt werden. Die Kommunen werden vielmehr anstreben, eine Doppelschließung zu vermeiden und eine flächendeckende Wärmeversorgung mit erneuerbaren Energien zu erreichen.⁹¹⁸ Wenn überhaupt, ist eine Versorgung mit Gasnetzen daher nur noch in den in der Wärmeplanung als Wasserstoffnetzgebieten ausgewiesenen Gemeindegebieten zu erwarten. Parallel oder konkurrierend zu Wärmenetzen ist dies jedoch nicht zu erwarten. Insgesamt sehen die Planungen einen Bedeutungsverlust und Rückbau der Gasnetze vor, der lokal durch die Wärmeplanung organisiert werden soll.

602. Zuletzt wird zukünftig auch der Einsatz von Wärmepumpen als einzige relevant verbleibende dezentrale Heiztechnologie von den Entscheidungen der Gemeinde im Rahmen der Wärmeplanung beeinflusst. Der flächendeckende Einsatz von Wärmepumpen geht im Vergleich zur bisher dominierenden Wärmeerzeugung mittels fossiler Kraftstoffe mit einem erheblich erhöhten Verbrauch elektrischer Energie einher. Dies dürfte regelmäßig Investitionen in die Modernisierung der Elektrizitätsverteilnetze notwendig machen. Diese sollen nach der Vorstellung des Gesetzgebers ebenfalls nicht parallel zu bestehenden oder geplanten Wärme- oder Wasserstoffnetzen durchgeführt werden, sondern zumindest zunächst in den von der Gemeinde festgesetzten Gebieten zur dezentralen Wärmeversorgung.⁹¹⁹ Die Wärmeplanung soll auch für die Ausbauplanung der Elektrizitätsnetzbetreiber im Zusammenhang mit der Elektrifizierung der Wärmeversorgung die Grundlage für notwendige Investitionsentscheidungen liefern.⁹²⁰

603. Auch wenn die Wärmeplanung keine rechtliche Außenwirkung entfaltet, dürften die mit ihr einhergehenden langfristigen Auswirkungen auf den Wettbewerb zwischen verschiedenen Heiztechnologien dennoch erheblich sein. Die wärmeplanerisch vorgenommene Aufteilung des Gemeindegebietes in Wärmenetzgebiete, Wasserstoffnetzgebiete und Gebiete zur dezentralen Wärmeversorgung wirkt für die Betreiber der Wärme-, Gas-, und Elektrizitätsnetze als Orientierung für den Netzausbau und dürfte daher auch Auswirkungen auf deren Planungen haben. Bei begrenzten Investitionsbudgets dürften Anreize bestehen, die Netze – zumindest zunächst – in den von der Kommune vorgesehenen Gebieten zu errichten, auszubauen oder zu modernisieren. Aufgrund der durch das Gebäudeenergiegesetz gesetzten Anreize für Verbraucherinnen und Verbraucher, die in dem jeweiligen Gebiet vorgesehene Netzinfrastruktur auch zu nutzen, können Netzbetreiber bei einem zur Wärmeplanung „passenden“ Ausbau von einer höheren Take-up-Rate ausgehen. Verstärkt wird diese Wirkung noch, wenn die Bundesregierung – wie ursprünglich vorgesehen – im Rahmen der Bundesförderung effiziente Gebäudeheizung Boni für Heizsysteme, die der Wärmeplanung entsprechen, einführt.⁹²¹ Gleichzeitig kann

⁹¹⁸ Riechel, R./Walter, J., Kurzgutachten Kommunale Wärmeplanung, a. a. O., vgl. Fn. 888, S. 18 f.

⁹¹⁹ Stellungnahme des Bundesrates zum Gesetzentwurf des WPG, dokumentiert bei Bundesregierung, Gesetzesbegründung zum WPG, a. a. O., vgl. Fn. 817, BT-Drs. 20/8654, S. 152.

⁹²⁰ BMWK, Diskussionspapier, a. a. O., vgl. Fn. 885, S. 4.

⁹²¹ BMWK, Diskussionspapier, a. a. O., vgl. Fn. 885, S. 5, 17 f.; zu rechtlichen Anforderungen an die Verknüpfung von Förderregime und Wärmeplänen vgl. Balling, V. u. a., Kommunale Wärmeplanung, a. a. O., vgl. Fn. 847, S. 111-117.

ein Netzbetreiber bei einer dem Wärmeplan entsprechenden Investition in den Netzausbau mit weniger Wettbewerb durch konkurrierende Infrastrukturen rechnen, da andere Netzbetreiber vergleichbare Entscheidungen treffen dürften. Deutlich verstärkt werden dürfte diese Koordinierungswirkung der Wärmeplanung noch, wenn die Kommune sich selbst im Rahmen der Umsetzung der Wärmeplanung engagiert und die Netzbetreiber in dem von ihr zu gestaltenden Austausch oder die Umsetzungsstrategie mit einbindet oder den notwendigen Netzausbau sogar selbst vornimmt (z. B. über ein Stadtwerk). In diesen Fällen kann aus Sicht der Kommunen auch vieles dafür sprechen, den angestrebten Ausbau durch einen Anschluss- und Benutzungszwang oder ein vergleichbares Instrument abzusichern, wodurch der Systemwettbewerb noch weiter eingeschränkt wird.⁹²²

604. Angesichts begrenzter Investitionsbudgets und dem hohen Zeitdruck, der mit den im Gebäudeenergiegesetz und im Wärmeplanungsgesetz angelegten Transformationsplänen einhergeht, ist zu erwarten, dass die Wärme-, Strom- und Gasnetzbetreiber ihre Netze zunächst in den ihnen durch die Wärmeplanung „zugewiesenen“ Gebieten ausbauen werden. Wärmenetzbetreiber werden ihre – regelmäßig in Wärmenetzgebieten liegenden – Bestandsnetze verdichten und dekarbonisieren und in bisher nicht ausgebauten, aber als Wärmenetzgebiet deklarierten Stadtteilen neue Netze errichten. Gasnetze werden in geringerem Umfang dort auf die Nutzung von grünem Wasserstoff und Äquivalenten umgestellt werden, wo die Gemeinde ein Wasserstoffnetzgebiet ausgewiesen hat. Im Übrigen ist ein Rückbau der Netze zu erwarten. Stromnetzbetreiber werden die für den flächendeckenden Einsatz von Wärmepumpen notwendige Modernisierung zunächst dort vornehmen, wo durch die Festsetzung eines Gebietes zur dezentralen Wärmeversorgung ein flächendeckender Einsatz von Wärmepumpen zu erwarten ist. Die Wärmeplanung setzt also letztendlich den Rahmen für die Energieversorgung von Heizungen über drei verschiedene Netzstrukturen, die konzeptionell in getrennten Gebieten errichtet oder weiterentwickelt werden sollen.

605. Diese Koordination des Netzausbaus durch die Wärmeplanung bildet ein einheitliches System mit den Regelungen des Gebäudeenergiegesetzes betreffend die Zulässigkeit des Einbaus neuer Heizsysteme: Gemeinsam führen sie dazu, dass Öl- und Gasheizungen als Wettbewerbsfaktor für Wärmenetze weitgehend entfallen. Neu eingebaute Ölheizungen, die den Dekarbonisierungsanforderungen des Gebäudeenergiegesetzes unterliegen, sind kaum noch zu verlässlich angemessenen Kosten zu betreiben. Gasheizungen dürfen in ausgewiesenen Wasserstoffnetzgebieten zwar ohne Einschränkungen weiterbetrieben werden. Außerhalb dieser Gebiete dürfte ein Einbau jedoch wegen des angestrebten Rückbaus der Gasnetze und der mit den Dekarbonisierungsanforderungen einhergehenden Kostenrisiken kaum darstellbar sein. Damit werden die beiden bisher dominierenden Heizsysteme aus dem Markt gedrängt bzw. – im Fall von Gasheizungen – auf die Wasserstoffnetzgebiete beschränkt. Dies geht einher mit der Koordinierung des Ausbaus und der Transformation von Wärme-, Gas- und Stromverteilnetzen durch die Wärmeplanung der Kommunen. Gasnetze, die mittelfristig ohnehin nur noch im Ausnahmefall Heizenergie liefern sollen, werden im Regelfall nicht parallel zu bestehenden

⁹²² Vgl. hierzu bereits oben, 3.1.

oder geplanten Wärmenetzen zu Wasserstoffnetzen transformiert werden. Ähnliches gilt zumindest zunächst für die Modernisierung der Stromnetze zum Einsatz von Wärmepumpen.

3.5 Fazit: Einschränkung des Systemwettbewerbs

606. Die regulatorischen Anforderungen des Gebäudeenergiegesetzes haben daher gemeinsam mit der starken koordinativen Wirkung der Wärmeplanung das Potenzial zu einer De-facto-Aufteilung des Gemeindegebietes zwischen den Netzbetreibern entlang der in der Wärmeplanung festgesetzten Wärmeversorgungsgebiete. In den Wärmenetzgebieten weist der regulatorische und planerische Rahmen von Gebäudeenergiegesetz und Wärmeplanungsgesetz den Fernwärmenetzen eine deutlich verstärkte Marktstellung zu. Wettbewerb durch Ölheizungen und Gasheizungen wird dort regulatorisch weitgehend ausgeschlossen. Als Alternative zum Anschluss an ein Fernwärmenetz verbleibt im Wesentlichen der Einsatz von Wärmepumpen. Dieser ist jedoch nicht in allen Gebäuden möglich und stellt zudem – bei einem flächendeckenden Einsatz – erhöhte Anforderungen an die Stromnetze, die insbesondere in den Wärmenetzgebieten nicht überall zeitnah vorliegen werden. Wo aufgrund technischer Einschränkungen der Einsatz von Wärmepumpen wirtschaftlich ausscheidet, besteht für Hauseigentümerinnen und Hauseigentümer keine Alternative mehr zum Anschluss an ein Wärmenetz. Es existiert dann kein Wettbewerb mehr, das Fernwärmeunternehmen dominiert den Markt nicht nur nach dem Netzanschluss, sondern bereits zuvor bei der Systementscheidung.

607. Bauherrinnen und Bauherren, die in den nächsten Jahren und Jahrzehnten Neubauten errichten und Hauseigentümerinnen und Hauseigentümer, die ihre Heizungen austauschen, haben gemäß dem technologieneutralen Ansatz des Gebäudeenergiegesetzes in den Wärmenetzgebieten daher häufig nur formal die freie Wahl zwischen verschiedenen Heiztechnologien. In der Praxis wird neben dem Anschluss an das Wärmenetz häufig keine wirtschaftlich vertretbare Alternative bestehen. In diesem Fall wird der bisherige Marktanteil fossiler Heizungen sukzessive auf das Fernwärmeunternehmen übergehen. Doch auch sofern technisch und wirtschaftlich Alternativen (im Wesentlichen Wärmepumpen) verfügbar sind, wird zumindest ein Teil der bisher Öl- und Gasheizung nutzenden Hauseigentümerinnen und Hauseigentümer zur Fernwärme wechseln. Dies wird zu einem Zuwachs der Marktanteile führen. Hinzu kommt, dass der Anschluss an ein Wärmenetz, selbst wenn dieses noch nicht errichtet ist, durch das Gebäudeenergiegesetz stark privilegiert wird und weitgehend als Erfüllung der Dekarbonisierungsanforderungen gilt, ohne dass die jeweilige Hauseigentümerin oder der Hauseigentümer hierfür selbst verantwortlich ist. Dies gilt sogar dann, wenn die Errichtung des und der Anschluss an das Wärmenetz erst in der Zukunft erfolgen.

608. Die dadurch übergangsweise noch bestehenden (sinkenden) Marktanteile von Öl- und Gasheizungen können die Marktmacht der Fernwärmenetzbetreiber bereits jetzt nicht mehr effektiv begrenzen. Für Hauseigentümerinnen und Hauseigentümer, die über Austausch oder Neueinbau ihres Heizsystems entscheiden müssen, stellen sie angesichts der regulatorischen Anforderungen keine realistische Auswahl mehr dar. Die Entscheidung muss aufgrund der hohen Lebenserwartung der meisten Heizsysteme bereits jetzt unter Berücksichtigung der teilweise erst zukünftig geltenden verschiedenen Dekarbonisierungsanforderungen getroffen werden. In vielen Fällen bleibt dabei bereits jetzt nur der Anschluss an ein Fernwärmenetz.

609. Hinzu kommt, dass die Entscheidung über den Einbau einer bestimmten Heizungsanlage in vielen Fällen nicht von der Person getroffen werden kann, die die Kosten für die Fernwärmee-nutzung wirtschaftlich tragen muss.⁹²³ Dies kann beispielsweise der Fall sein, wenn eine angehende Hauseigentümerin oder ein Hauseigentümer ein Gebäude erwirbt, das bereits an ein Fernwärmenetz angeschlossen ist. In diesem Fall treten die Lock-in-Effekte der Investitionsent-scheidung mit dem Hauskauf ein, ohne dass die neue Hauseigentümerin oder der Hauseigen-tümer überhaupt die Möglichkeit hatte, die Systementscheidung selbst zu treffen.

610. In einer ähnlichen Situation sind Mieterinnen und Mieter, die im Regelfall die Heizungs-wahl der Vermieterin oder des Vermieters akzeptieren müssen. Üblicherweise schließt diese oder dieser einen Vertrag mit dem Fernwärmeunternehmen ab und legt die Kosten anteilig auf die Mieterinnen und Mieter um. Es besteht zwar auch die Möglichkeit von Direktverträgen zwis-chen Fernwärmeunternehmen und Mieterinnen und Mietern⁹²⁴, aber auch in diesen Fällen sind letztere regelmäßig an die Heizungsentscheidung der Hauseigentümerin oder des Hausei-gentümers gebunden. Diese haben aber – sofern das Gebäude nicht selbst bewohnt wird – nicht zwingend Interesse an der Auswahl einer Heizung mit möglichst geringen Verbrauchskosten, sondern könnten bei der Entscheidung die fixen Kosten als selbst zu tragendem Aufwand tendenziell übergewichten.⁹²⁵

611. Die Regelungen zur Umlagefähigkeit von (zusätzlichen) Heizkosten, die durch Fernwärme verursacht werden, können diese Problematik nur unvollständig lösen. Bei der Umstellung von Eigenversorgung auf Wärmelieferung sind Vermieterinnen und Vermieter zwar daran gehin-dert, die laufenden Kosten vollständig als Betriebskosten auf die Mieterinnen und Mieter um-zulegen, wenn sie die Kosten der Eigenversorgung übersteigen.⁹²⁶ Allerdings können sie unter Umständen die Investitionskosten als Mieterhöhung auf die Mieterinnen und Mieter umle-gen.⁹²⁷ Unabhängig von diesen teilweise gegenläufigen Auswirkungen, sind die Regelungen je-denfalls nicht in der Lage, die Problematik insgesamt aufzulösen. Sie finden nur im laufenden Mietverhältnis Anwendung. Für neu abgeschlossene Mietverträge bei bestehender Fernwär-meversorgung gelten sie dagegen nicht.

612. In beiden Fällen bestehen daher Zweifel, ob die laufenden Kosten bei der Entscheidung über den Einbau einer (neuen) Heizung angemessen berücksichtigt werden. Dies dürfte die durch Heizungsregulierung und Wärmeplanung verursachten Anreize zum Anschluss an ein Wärmenetz noch verstärken. Jedenfalls in Wärmenetzgebieten stellt Fernwärme für die zum Zeitpunkt des Anschlusses zuständige Hauseigentümerin oder den Hauseigentümer die ein-fachste und verlässlichste Möglichkeit zur Erfüllung der Dekarbonisierungsvorgaben dar. Wenn

⁹²³ Monopolkommission, 21. Sondergutachten (1991): Die Mißbrauchsaufsicht über Gas- und Fernwärmeunter-nehmen, Baden-Baden 1991, Tz. 38.

⁹²⁴ Vgl. § 1 Abs. 3 HeizkostenV.

⁹²⁵ Monopolkommission, XX. Hauptgutachten (2012/2013): Eine Wettbewerbsordnung für die Finanzmärkte, Baden-Baden 2014, Tz. 807.

⁹²⁶ § 556c BGB; vgl. zur Berechnung die §§ 9 f. WärmelV.

⁹²⁷ Vgl. §§ 559, 559e BGB.

in die Entscheidung die zukünftig zu tragenden laufenden Kosten nicht mit einfließen, dürfte es keine Veranlassung geben, einen Anschluss an das Fernwärmenetz nicht vorzunehmen.

4 Gegenwärtig unzureichender Regulierungsrahmen

613. Die starke und zukünftig weiter an Bedeutung gewinnende Marktposition der Fernwärmebetreiber wirft die Frage nach der Reaktion des Rechtsrahmens auf, um die entstehenden Verhaltensspielräume der Fernwärmeunternehmen wieder zu begrenzen. Eine Regulierung der Vorleistungsmärkte wie sie aus anderen Netzwirtschaften (z. B. Gas oder Elektrizität) bekannt ist, besteht im Fernwärmesektor bisher allerdings nicht und sähe sich auch strukturellen und technischen Schwierigkeiten gegenüber (dazu noch unten, 5.2).

614. Ansätze zur Eingrenzung der Verhaltensspielräume monopolistischer Fernwärmeunternehmen beschränken sich gegenwärtig im Wesentlichen auf die Regulierung der Endkundenpreise. Auch hierbei ist keine hoheitliche Preisregulierung vorgesehen, sondern es wird ein zivilrechtlicher Ansatz verfolgt. Dazu sind in der AVBFernwärmeV sektorspezifische Bestimmungen zur Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen vorgesehen, die bei Abschluss eines Fernwärmevertrages Teil dieses Vertrages werden.⁹²⁸ Besonders bedeutsam sind die Regelungen zu Preisveränderungen bei laufenden Verträgen (dazu 4.2). Regelungen zur absoluten Preishöhe sind dagegen nicht vorgesehen. Sie ist ausschließlich kartellrechtlich begrenzbare, sofern die Voraussetzungen des Verbotes des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung vorliegen (4.1). Neben diesen Ansätzen zur Preisregulierung bestehen noch einige rudimentäre Transparenzregeln (4.2).

4.1 Kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht

615. Die Rechtsprechung grenzt die Versorgung mit Fernwärme als separaten kartellrechtlichen Markt ab. Nach der Systementscheidung von Hauseigentümerinnen und -eigentümern für ein bestimmtes Heizsystem soll kein einheitlicher Markt für die Versorgung mit Wärmeenergie bestehen, da eine Austauschbarkeit nach dem Bedarfsmarktkonzept zwischen verschiedenen Formen von Wärmeenergie (z. B. Fernwärme, Öl, Gas) nicht mehr gegeben sei. Heizsysteme könnten regelmäßig nur eine Form von Wärmeenergie verarbeiten und ein Wechsel zwischen Heizsystemen sei mit technischen Hürden verbunden und jedenfalls unwirtschaftlich. Vor der Systementscheidung soll dagegen ein einheitlicher Markt für Heizsysteme bestehen, in den alle Heiztechnologien mit einzubeziehen seien.⁹²⁹ Da die Ausdehnung von Fernwärmenetzen lokal begrenzt ist und sie auch nicht zusammengeschaltet sind, besteht zudem zwischen verschiedenen Netzen keine Austauschbarkeit, sodass der Markt räumlich durch das jeweilige Versorgungsgebiet bestimmt wird.⁹³⁰ Auf diesem Markt ist das jeweilige Fernwärmeunternehmen

⁹²⁸ § 1 Abs. 1 S. 2 AVBFernwärmeV.

⁹²⁹ Grundsätzlich BGH, KZR 30/00, 9. Juli 2002, BGHZ 151, 274-286, Fernwärme für Boernsen, Tz. 29 (juris); ebenso in Bezug auf Gasverteilnetze BGH, KZR 2/07, 29. April 2008, BGHZ 176, 244-255, Erdgassondervertrag, Tz. 12 (juris), BGH, KVR 2/08, 10. Dezember 2008, Stadtwerke Uelzen, Rz. 8; implizit auch bereits BGH, KVR 13/83, 6. November 1984, Favorit (Fernwärme), Tz. 28.

⁹³⁰ BGH KVR, 2/08, 10. Dezember 2008, Stadtwerke Uelzen, Tz. 13 (juris) in Bezug auf ein Gasverteilnetz.

marktherrschend. Das OLG Düsseldorf hat die Fernwärmemärkte daher als „idealtypische Monopolmärkte“ bezeichnet.⁹³¹

616. Das Bundeskartellamt sowie die Landeskartellbehörden folgen dieser Marktabgrenzung und legen sie in ihren Verfahren zugrunde. Sie behandeln Unternehmen, die Fernwärmenetze betreiben und darüber Endverbraucherinnen und Endverbraucher mit Wärme beliefern, grundsätzlich als marktherrschende Unternehmen und unterwerfen sie den entsprechenden kartellrechtlichen Verpflichtungen.⁹³² Das Bundeskartellamt erwägt auf Kundenseite lediglich eine weitere Ausdifferenzierung der Märkte zwischen (i) Haushalts- und Gewerbekunden sowie Wohnungsbaugesellschaften, (ii) Groß- und Industriekunden und (iii) Weiterverteilern, die Kunden auf eigene Rechnung beliefern (sog. Contractoren).⁹³³ Zudem wird ein von diesen Märkten abzugrenzender Vorleistungsmarkt für die Belieferung von Fernwärmeunternehmen mit Wärme (z. B. mit industrieller Abwärme) anerkannt.⁹³⁴

617. Diese Marktabgrenzung ist wiederholt kritisiert worden⁹³⁵, auch die Monopolkommission hat sich in der Vergangenheit mit ihr bereits kritisch auseinandergesetzt und auf offene Fragen hingewiesen:⁹³⁶ Der qualitative Ansatz vermag es beispielsweise nicht abzuschätzen, ob durch Kundengruppen, die trotz der Lock-in-Effekte Wechselbereitschaft zeigen, eine disziplinierende Wirkung auf die Preisgestaltung der Fernwärmeunternehmen eintreten könnte. Ebenso berücksichtigt sie Unterschiede des Wettbewerbsdrucks durch regional abweichende Verfügbarkeiten alternativer Heiztechnologien (beispielsweise durch nicht flächendeckend vorhandene Gasnetze) nicht. Gleiches gilt für die Vielzahl institutioneller Wirkungen (z. B. die Preisregulierung der AVBFernwärmeV oder die Weitergabe von Heizkosten von Vermieterinnen und Vermietern an deren Mieterinnen und Mieter). Die Monopolkommission hat daher bereits in der Vergangenheit eine empirische Fundierung der Marktabgrenzung angemahnt.⁹³⁷

⁹³¹ OLG Düsseldorf, 4. August 2010, VI-2 Kart 8/09 (V), Tz. 31 (juris).

⁹³² Grundsätzlich BKartA, Abschlussbericht Sektoruntersuchung, a. a. O., vgl. Fn. 845, Rn. 173-177; BKartA, Tätigkeitsbericht 2013/14, BT-Drs. 18/5210, S. 108 f.; BKartA, B8-30/13, 13. Februar 2017, innogy SE, Rz. 17-27; Landeskartellbehörde NRW, Sektoruntersuchung Fernwärme, 2020, S. 7-11; https://www.wirtschaft.nrw/sites/default/files/documents/sektoruntersuchung_fernwaerme_2020.pdf, Abruf am 7. Mai 2024; Landeskartellbehörde Hessen, Sektoruntersuchung „Fernwärmemarkt Hessen“, 2021, S. 2 f., https://wirtschaft.hessen.de/sites/wirtschaft.hessen.de/files/2021-12/abschlussbericht_sektoruntersuchung_fernwaerme.pdf, Abruf am 7. Mai 2024.

⁹³³ BKartA, Abschlussbericht Sektoruntersuchung, a. a. O., vgl. Fn. 845, Rz. 178, 187.

⁹³⁴ BKartA, Abschlussbericht Sektoruntersuchung, a. a. O., vgl. Fn. 845, Rz. 178.

⁹³⁵ Vgl. grundlegend Büdenbender, Die kartellrechtliche Kontrolle der Fernwärmepreise, Essen 2011, S. 17-40; in jüngerer Zeit Lange, Sachliche Marktabgrenzung bei der Versorgung mit Fernwärme, NZKart 2019, 583-587, 584 f.

⁹³⁶ Monopolkommission, 21. Sondergutachten a. a. O., vgl. Fn. 923, Tz. 51 ff.; dies, XVII. Hauptgutachten (2006/2007): Weniger Staat, mehr Wettbewerb, Baden-Baden 2008, Tz. 558; sowie insbesondere zuletzt: dies, XX. Hauptgutachten (2012/2013), a. a. O., vgl. Fn. 925 Tz. 801-808.

⁹³⁷ Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 925, Tz. 807 f.

618. Die in diesem Gutachten erstmals durchgeführten Analysen der Monopolkommission deuten nun an, dass der Systemwettbewerb zwischen Fernwärme und alternativen Heiztechnologien gering ausgeprägt ist.⁹³⁸ Dies stützt die Annahme der fehlenden Austauschbarkeit und eines separaten kartellrechtlichen Marktes für Fernwärme nach der Systementscheidung. Kartellbehörden sollten darüber hinaus bei der Marktabgrenzung entsprechend den oben angestellten Erwägungen⁹³⁹ auch untersuchen, ob bereits vor der Systementscheidung keine vollständige Austauschbarkeit zwischen den verschiedenen Heiztechnologien mehr besteht. Sofern im Einzelfall kein Systemwettbewerb besteht, wäre nicht nur nach der Systementscheidung ein separater Markt für Fernwärme abzugrenzen, sondern bereits zuvor ein Markt für Fernwärme als separate Heiztechnologie, auf dem das jeweilige Fernwärmeunternehmen ebenfalls eine marktbeherrschende Stellung innehaben könnte.

619. Unabhängig von methodischer und inhaltlicher Kritik ist festzuhalten, dass die von Rechtsprechung und Kartellbehörden zugrunde gelegte Abgrenzung eines reinen Fernwärmemarktes jedenfalls dazu führt, dass Fernwärmeunternehmen den kartellrechtlichen Beschränkungen marktbeherrschender Unternehmen unterfallen und den Kartellbehörden die Möglichkeit einer kartellrechtlichen Verhaltenskontrolle eröffnet wird.

620. Auf Fernwärmeunternehmen findet damit grundsätzlich das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung Anwendung (§ 19 Abs. 1 GWB). In der Praxis wird insbesondere die Höhe der Preise daran gemessen, ob Fernwärmeunternehmen sie auch in wirksamem Wettbewerb durchsetzen könnten. Ist dies nicht der Fall, gilt das Einfordern entsprechender Preise als missbräuchlich (sog. Ausbeutungsmissbrauch, § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB). Ob die Preisgestaltung eines Fernwärmeunternehmens in diesem Sinne missbräuchlich überhöht ist, kann durch den Ex-post-Vergleich mit der Preisgestaltung anderer Unternehmen ermittelt werden. Um eine kartellrechtliche Missbrauchskontrolle nach diesem sog. Vergleichsmarktkonzept durchzuführen, ist ein Vergleich der Preise oder Erlöse des betreffenden Fernwärmeunternehmens mit einer Gruppe vergleichbarer Anbieter durchzuführen. Angesichts der erheblichen strukturellen Unterschiede teilen die Kartellbehörden die Fernwärmenetze dazu bisher in verschiedene Gruppen („Cluster“) ein, um die Vergleichbarkeit sicherzustellen. So hat die Kartellbehörde Nordrhein-Westfalen in ihrer 2020 veröffentlichten Sektoruntersuchung beispielsweise eine Clusterbildung anhand von Netzlänge, Kraftwerksform und verwendeter Primärenergie vorgenommen, um eine Vergleichbarkeit der Kosten der jeweiligen Fernwärmeproduktion zu gewährleisten.⁹⁴⁰ Ein Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung liegt nahe, wenn die Preise eines Fernwärmeunternehmens erheblich über diejenigen der Vergleichsgruppe liegen. Auch in diesem Fall kann die Preisgestaltung angesichts besonderer Kostenstrukturen allerdings gerechtfertigt sein.

621. Bei monopolistisch geprägten Vergleichsmärkten wie der Fernwärmeversorgung stößt das Vergleichsmarktkonzept allerdings an seine Grenzen. Vorgesehen ist durch die rechtliche Grundlage eigentlich, die Verhaltensweisen von „*Unternehmen auf vergleichbaren Märkten mit*

⁹³⁸ Oben, Tz. 578 f.

⁹³⁹ Oben, Tz. 557.

⁹⁴⁰ Landeskartellbehörde NRW, Sektoruntersuchung Fernwärme, a. a. O., vgl. Fn. 932, S. 15 f.

wirksamem Wettbewerb zu berücksichtigen⁹⁴¹, um einen wettbewerbsanalogen Preis als Maßstab zu ermitteln. Ein Vergleich der Preise mehrerer Fernwärmeunternehmen untereinander ermöglicht dies gerade nicht, sondern kann – worauf auch der Bundesgerichtshof ausdrücklich hingewiesen hat – nur das Überschreiten des günstigsten Monopolpreises verhindern.⁹⁴²

622. Seit 2022 kommt im Fernwärmesektor zudem die Vorschrift des § 29 Nr. 1 GWB zur Anwendung, die es einem Fernwärmeunternehmen verbietet, eine marktbeherrschende Stellung missbräuchlich auszunutzen, indem es Entgelte fordert, die höher sind als diejenigen anderer Versorgungsunternehmen. Das Besondere an dieser Norm im Vergleich zum Ausbeutungsmissbrauch nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB ist, dass das Fernwärmeunternehmen die sachliche Rechtfertigung einer nach dem Vergleichsmarktkonzept festgestellten Abweichung nachweisen muss. Diese Beweislastumkehr gilt allerdings nur im Verfahren vor den Kartellbehörden, nicht bei der zivilrechtlichen Durchsetzung der Kartellvorschriften. Die Vorschrift galt zunächst nur für Anbieter von Elektrizität und leitungsgebundenem Gas und wurde erst 2022 auf Fernwärmeanbieter ausgeweitet, um dem Missbrauchspotenzial regionaler Monopolstellungen der Fernwärmeunternehmen effektiver entgegenwirken zu können. Die Vorschrift ist gegenwärtig bis zum 31. Dezember 2027 befristet und soll nach Auffassung des Gesetzgebers eine Übergangsvorschrift bis zur Entscheidung über einen künftigen Rechtsrahmen für Fernwärme darstellen.⁹⁴³

623. Neben dem Vergleichsmarktkonzept kann ein Ausbeutungsmissbrauch auch durch einen Vergleich der Preise mit den zugrunde liegenden Kosten gezeigt werden. Auch hierauf hat der Bundesgerichtshof angesichts der Grenzen des Vergleichsmarktkonzeptes ausdrücklich hingewiesen.⁹⁴⁴ Dieser Ansatz stößt bei Fernwärmenetzen allerdings ebenfalls auf erhebliche Schwierigkeiten. Fernwärmenetze unterliegen keiner einheitlichen Architektur, sie sind nicht miteinander verbunden und die Wärmeproduktion unterscheidet sich teilweise erheblich. Die Kosten müssten daher für jedes Netz einzeln ermittelt werden. Hinzu kommt, dass die Kosteninformationen nur dem jeweiligen Unternehmen, nicht jedoch der Kartellbehörde, vorliegen. Sie müssen daher jeweils erst erhoben werden. Insbesondere bei sehr kleinen Netzen stellt dies einen unverhältnismäßigen Aufwand dar. In der Praxis ist eine Kontrolle von Fernwärmepreisen anhand der Kosten daher bisher kaum zur Anwendung gekommen.

624. Durchgesetzt werden können die kartellrechtlichen Anforderungen zum einen hoheitlich durch die Kartellbehörden, daneben – zumindest theoretisch – auch individuell durch Betroffene vor den Zivilgerichten. Erste behördliche Verfahren wurden bereits in den 1980er Jahren durchgeführt.⁹⁴⁵ Insbesondere seit den 2010er Jahren ist die Fernwärme verstärkt in den

⁹⁴¹ § 19 Abs. 2 Nr. 2 Hs. 2 GWB, Hervorhebung nur hier.

⁹⁴² BGH, KZR 110/18, 9.07.2019, Rz. 17 (juris).

⁹⁴³ Vgl. Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Energiewirtschaftsrechts im Zusammenhang mit dem Klimaschutz-Sofortprogramm und zu Anpassungen im Recht der Endkundenbelieferung, BT-Drs. 20/1599 vom 2. Mai 2022, S. 63.

⁹⁴⁴ BGH, KZR 110/18, 9.07.2019, Rz. 20 (juris).

⁹⁴⁵ Vgl. insoweit beispielhaft die Beschlüsse des BGH, KVR 13/83, 6. November 1984, Favorit (Fernwärme) und KVR 7/85, 21. Oktober 1986, Glockenheide (Fernwärme).

Fokus der Missbrauchsaufsicht sowohl des Bundeskartellamtes als auch der Landeskartellbehörden geraten. Sowohl das Bundeskartellamt als auch mehrere Landeskartellbehörden führten – teilweise wiederholt – Sektoruntersuchungen durch, mit denen Marktstrukturen und Preisgestaltungen der Fernwärmeunternehmen untersucht wurden. Den Startschuss gab das Bundeskartellamt mit seiner 2012 veröffentlichten Sektoruntersuchung Fernwärme.⁹⁴⁶ Mehrere Landeskartellbehörden ließen dem eigene Untersuchungen folgen. An die Sektoruntersuchung des Bundeskartellamtes schlossen sich mehrere Verfahren wegen des Verdachts eines Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung in Form eines Ausbeutungsmissbrauchs nach § 19 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Nr. 2 GWB gegen einzelne Fernwärmeunternehmen an. Methodisch wandte die Behörde sowohl in der Sektoruntersuchung als auch in den darauffolgenden Verfahren eine Vergleichsmarktbetrachtung abgabenbereinigter Nettodurchschnittserlöse (Erlöse pro abgegebener kWh Wärme) verschiedener Fernwärmeunternehmen an.

625. Obwohl das Amt bei drei Unternehmen und in Bezug auf 25 verschiedene Fernwärmenetze danach den Verdacht als erhärtet ansah, sah es von einer einseitigen Entscheidung ab, sondern einigte sich mit den Unternehmen angesichts komplexer Rechts- und Tatsachenfragen im Rahmen von Zusagenentscheidungen auf die Rückzahlung überhöhter Entgelte der Vergangenheit⁹⁴⁷ sowie – in einem Fall – auf eine Preissenkung für Neu- und Bestandskunden in der Zukunft.⁹⁴⁸ In weiteren Fällen stellte es das Verfahren ein, entweder wegen mittlerweile vorgenommener Preissenkungen oder weil sich der Verdacht des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung nicht erhärten ließ.⁹⁴⁹ Als Hintergrund dieser kooperativen Verfahrensbeendigungen anstelle ebenfalls möglicher hoheitlicher Entscheidungen führte die Behörde die rechtliche und tatsächliche Komplexität der Vergleichsmarktbetrachtung an. Insbesondere die vertikale Integration der Fernwärmeunternehmen und die dominierende Kuppelproduktion von Strom und Wärme in KWK-Kraftwerken wurden als schwierig eingeschätzt.⁹⁵⁰ Auf diese Schwierigkeiten hat auch die Monopolkommission in der Vergangenheit bereits hingewiesen.⁹⁵¹ Ebenso wie das Bundeskartellamt verzichten die Landeskartellbehörden regelmäßig auf hoheitliche Anordnungen, sondern wirken formell oder informell auf Preissenkungen bei Fernwärmeunternehmen hin, deren Entgeltstruktur sie als überhöht einschätzen. Aus dem Fehlen kartellbehördlicher Entscheidungen, die einen konkreten Preishöhenmissbrauch feststellen, kann daher nicht der Schluss gezogen werden, dass im Fernwärmemarkt keine oder nur wenige kartellrechtliche Probleme bestünden. Es liegt vielmehr nahe, dass angesichts der methodischen Schwächen ein Vollzugsdefizit vorliegt.

⁹⁴⁶ BKartA, Abschlussbericht Sektoruntersuchung, a. a. O., vgl. Fn. 845.

⁹⁴⁷ BKartA, B8-30/13, 13. Februar 2017, innogy SE; BKartA, B8-31/13, 13. Februar 2017, Danpower GmbH.

⁹⁴⁸ BKartA, B8-34/13, 15. Oktober 2015, Stadtwerke Leipzig.

⁹⁴⁹ BKartA, Verfahren gegen Fernwärmeversorger abgeschlossen, 14. Februar 2017, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2017/14_02_2017_Fernwaerme.html, Abruf am 7. Mai 2024.

⁹⁵⁰ BKartA, B8-30/13, a. a. O., vgl. Fn. 947, Tz. 9.

⁹⁵¹ Monopolkommission, 63. Sondergutachten, a. a. O., vgl. Fn. 830, Tz. 110; dies., XX. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 925, Tz. 811 ff.

626. In Einzelfällen ist es auch schon zu Versuchen zivilrechtlicher Durchsetzung der kartellrechtlichen Grenzen überhöhter Preise bei Fernwärmeunternehmen gekommen.⁹⁵² Die ganz überwiegende Zahl der zivilrechtlichen Verfahren bezieht sich jedoch auf die Ausgestaltung der Preisgleitklauseln (dazu noch unten, Tz. 644). Auch die seit 2023 beim Bundeskartellamt laufenden Missbrauchsverfahren beziehen sich nicht auf die Preishöhe, sondern auf die Vereinbarkeit der durch Fernwärmeunternehmen angewendeten Preisgleitklauseln mit der AVBFernwärmeV.⁹⁵³ Neben die allgemeine kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht tritt für den Zeitraum der sogenannten „Energiepreisbremsen“ zudem die daran anknüpfende besondere Missbrauchsaufsicht des Bundeskartellamtes. Diese zielt allerdings nicht auf die Begrenzung missbräuchlich überhöhter Preise, sondern auf die Vermeidung von Schäden zulasten des Bundeshaushaltes ab. Zudem ist sie naturgemäß zeitlich auf den Zeitraum der Geltung der Energiepreisbremsen begrenzt.

4.2 Begrenzung von Preisänderungen durch die AVBFernwärmeV

627. Spezifisch auf die Fernwärmepreise zugeschnittene Regelungen finden sich nur in der AVBFernwärmeV. Sie adressiert unter anderem das Bedürfnis der Fernwärmeunternehmen, aufgrund der langen Laufzeit der Verträge, der Volatilität der Energiekosten sowie der hohen Investitionskosten, die im Fernwärmesektor anfallen, die Preise bei Preissteigerungen oder anderen Kostenänderungen entsprechend anzupassen. Sie haben jedoch kein Recht, die Preise einseitig zu ändern, sondern können Preissteigerungen nur anhand vertraglicher Vereinbarungen zur Preisanpassung (sog. Preisgleitklauseln) vornehmen.⁹⁵⁴ Dies gilt sowohl für die Preisgestaltung des Arbeitspreises als auch die des Grundpreises. Preisgleitklauseln regeln auf Grundlage von zu Vertragsabschluss definierten Basispreisen alle zukünftigen Preisentwicklungen. Die Ausgestaltung der Preisgleitklauseln ist durch § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV geregelt:

„Preisänderungsklauseln dürfen nur so ausgestaltet sein, daß sie sowohl die Kostenentwicklung bei Erzeugung und Bereitstellung der Fernwärme durch das Unternehmen als auch die jeweiligen Verhältnisse auf dem Wärmemarkt angemessen berücksichtigen. [...]“

628. Die Umsetzung dieser Vorgaben erfolgt in der Praxis durch im Vertrag enthaltene Formeln, die die Preisentwicklung verschiedener öffentlich zugänglicher Indizes gewichten und daran die Entwicklung des Fernwärmepreises anknüpfen. Der Preis kann also nach Vertragsabschluss nicht mehr durch eine Entscheidung des Unternehmens geändert werden, sondern entwickelt sich rein abhängig von den verwendeten Indizes. Oft werden öffentlich zugänglich Indexpreisentwicklungen aus verschiedenen Bereichen mit unterschiedlichen Gewichtungen für die Preisentwicklung genutzt. Typische Bestandteile sind Preisentwicklungen verschiedener

⁹⁵² Vgl. z. B. das Urteil BGH, KZR 110/18, 9. Juli 2019 (juris).

⁹⁵³ BKartA, Bundeskartellamt prüft Preisanpassungsklauseln bei Fernwärme, 16. Februar 2023, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2023/16_11_2023_Einleitung_Fernwaerme.html, Abruf am 7. Mai 2024.

⁹⁵⁴ BGH VIII ZR 175/19, 26. Januar 2022, Tz. 31-45 (juris).

Rohstoffe (Gas, leichtes Heizöl, Holz), sowie allgemeine Preisentwicklungen (Verbraucherpreisindex, Wärmepreisindex, Strom, Lohnindizes).

629. Die für den Arbeitspreis verwendeten Indizes müssen nach § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV zwei Bestandteile repräsentieren: Das Marktelement und das Kostenelement. Ziel dieser Kombination ist einerseits, eine Orientierung der Preise an den Kosten zu erreichen, die sich aber nicht völlig losgelöst vom übrigen Wärmemarkt entwickeln sollen.⁹⁵⁵ Beide Elemente sind grundsätzlich gleichrangig zu gewichten. Abweichungen hiervon kann der Fernwärmeanbieter im Rahmen seines Ausgestaltungsspielraumes vornehmen, sofern sie angemessen sind.⁹⁵⁶ Diese Vorgabe gilt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes dagegen nicht für Preisänderungsklauseln für die Änderung des Grundpreises. Diese müssen kein Marktelement enthalten, da sie lediglich die Investitions- und Vorhaltekosten des Energieversorgers abbilden soll. Diese entwickeln sich unabhängig vom allgemeinen Wärmemarkt.⁹⁵⁷

630. Das Kostenelement der Preisgleitklauseln soll die Kostenentwicklung der Fernwärmeerzeugung berücksichtigen. In Bezug auf den Arbeitspreis muss der gewählte Index oder die Kombination der Indizes sich daher an den (variablen) Kosten orientieren, die tatsächlich zur Bereitstellung von Wärme anfallen. Sofern die Wärme durch das Fernwärmeunternehmen selbst hergestellt wird, ist regelmäßig ein Index zu wählen, der die eigenen Brennstoffkosten abbildet.⁹⁵⁸ Wird diese beispielsweise durch ein Gaskraftwerk zur Verfügung gestellt, kann im Kostenelement ein Gaspreisindex verwendet werden. Wenn die Wärme nicht selbst erzeugt wird, sondern „fertig“ von Dritten bezogen wird, muss das Kostenelement die Bezugskosten abbilden.⁹⁵⁹ Auch dies kann über die Verwendung passender Indizes geschehen. Die Preisgleitklausel für den Grundpreis muss dagegen die Investitions- und Vorhaltekosten des Fernwärmeerzeugers abbilden. Sie kann hierzu an die allgemeine Material- und Lohnkostenentwicklung anknüpfen. Diese können beispielsweise durch den Erzeugerpreisindex gewerblicher Produkte („Investitionsgüterindex“) und den Lohnkostenindex für den Wirtschaftszweig Energieversorgung abgebildet werden.⁹⁶⁰

631. Das Marktelement der Preisgleitklauseln soll dagegen die allgemeine Preisentwicklung auf dem Wärmemarkt abbilden. Es orientiert sich damit an den allgemeinen Kostenentwicklungen im Wärmemarkt und berücksichtigt Kostentrends, denen Verbraucherinnen und Verbraucher auch bei der Wahl konkurrierender Wärmetechnologien ausgesetzt wären. Es muss deshalb an einen funktionierenden Markt anknüpfen. Dies kann beispielsweise durch die Verwendung eines allgemeinen Wärmepreisindex erreicht werden, der verschiedene Brennstoffe und damit die durchschnittlichen Wärmekosten für Haushalte über alle verfügbaren Technologien

⁹⁵⁵ BR-Drs. 90/80, S. 56; so auch die ständige Rechtsprechung des BGH, vgl. u.a. BGH, VIII ZR 268/15, 19. Juli 2015, Tz. 26 f. (juris); BGH VIII ZR 91/21, 28. September 2022, Tz. 44, BGH, VIII ZR 295/20, 6. April 2022, Tz. 27 (juris); BGH VIII ZR 249/22, 27. September 2023, Tz. 28 (juris).

⁹⁵⁶ BGH, VIII ZR 268/15, 19. Juli 2015, Tz. 27 (juris); BGH VIII ZR 249/22, 27. September 2023, Tz. 28 (juris).

⁹⁵⁷ BGH, VIII ZR 295/20, 6. April 2022, Tz. 30 (juris).

⁹⁵⁸ BGH, VIII ZR 268/15, 19. Juli 2015, Tz. 34 (juris); BGH, VIII ZR 295/20, 6. April 2022, Tz. 33 (juris).

⁹⁵⁹ BGH, VIII ZR 268/15, 19. Juli 2015, Tz. 33 (juris); BGH VIII ZR 249/22, 27. September 2023, Tz. 34 (juris).

⁹⁶⁰ BGH VIII ZR 339/10, 13. Juli 2011, Tz. 32; BGH, VIII ZR 295/20, 6. April 2022, Tz. 34 (juris).

hinweg abbildet.⁹⁶¹ Die Verwendung von Indizes, die als Marktelement nur einen einzelnen Brennstoff abbilden, wird von der Rechtsprechung dagegen kritisch gesehen.⁹⁶²

632. Eine Preisgleitklausel, die die Anforderungen von § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV nicht erfüllt, ist unwirksam. Der Fernwärmeanbieter ist dann nicht zu Preisänderungen berechtigt. Dies gilt auch, wenn sich die Kosten der Fernwärmelieferung oder die Verhältnisse auf dem Wärmemarkt verändern und eine – bisher gültige – Preisgleitklausel dadurch nicht mehr an den Kosten oder den Entwicklungen auf dem Wärmemarkt orientiert ist. Eine solche Klausel wird durch die Änderung mit Wirkung für die Zukunft unwirksam.⁹⁶³ Als Schulbeispiel für eine solche Änderung wird meist die Umstellung der Wärmeerzeugung von Kohle auf Gas angeführt.⁹⁶⁴ Eine Preisgleitklausel, deren Kostenelement in einem solchen Fall einen Kohleindex verwendet, wird mit der Umstellung unwirksam, weil das Kostenelement nicht mehr an die tatsächlichen Kosten der Wärmeerzeugung anknüpft. Das Unternehmen wäre daher zunächst nicht mehr zu einer Preiserhöhung berechtigt.

633. Preisgleitklauseln können eigentlich nicht durch das Fernwärmeunternehmen geändert werden.⁹⁶⁵ Kundinnen und Kunden eines Fernwärmeunternehmens, das dennoch einseitige Änderungen durchzusetzen versucht, können den betroffenen Rechnungen widersprechen und gerichtlich gegen die Änderung vorgehen. Die von der Monopolkommission vorgenommene Auswertung der Rechtsprechung des BGH indiziert, dass in diesem Bereich effektiver Rechtsschutz durch die Zivilgerichte besteht.⁹⁶⁶

634. Bei einer unwirksamen oder unwirksam gewordenen Preisgleitklausel macht der BGH in seiner jüngsten Rechtsprechung allerdings eine Ausnahme. In diesem Fall ist das Fernwärmeunternehmen berechtigt und verpflichtet, die Preisänderungsklausel wieder den Vorgaben der AVBFernwärmeV anzupassen.⁹⁶⁷ An dieser Rechtsprechung sind drei Dinge bedeutsam:

- Eine Änderung der Preisgleitklausel ist nur mit Wirkung für die Zukunft möglich. Es sind also nur Preisänderungen in der Zukunft von der Anpassung der Klausel betroffen. Dies bedeutet insbesondere auch, dass das Unternehmen auf diesem Wege nicht den Preis an sich ändern darf.⁹⁶⁸ Wenn also eine Änderung des verwendeten Brennstoffes nicht

⁹⁶¹ So zum Wärmepreisindex des statistischen Bundesamtes, BGH VIII ZR 249/22, 27. September 2023, Tz. 32 (juris).

⁹⁶² BGH, VIII ZR 268/15, 19. Juli 2015, Tz. 55 (juris) zur Verwendung eines HEL (Heizöl extra leichtflüssig)-Indexes als Marktelement.

⁹⁶³ BGH VIII ZR 175/19, 26. Januar 2022, Tz. 58 ff.

⁹⁶⁴ Fricke, N./Rauch, K., Fernwärme-Preisänderungsklauseln im Brennglas der Rechtsprechung: Ein Überblick über die Entscheidungen des BGH aus dem Jahre 2022, RdE 2023, 257-267, 258.

⁹⁶⁵ § 24 Abs. 4 S. 4 AVBFernwärmeV.

⁹⁶⁶ Dazu noch unten, 4.3.

⁹⁶⁷ BGH VIII ZR 175/19, 26. Januar 2022, Tz. 45-79 (juris); BGH VIII ZR 91/21, 28. September 2022, Tz. 31 f.; BGH VIII ZR 77/22, 15. März 2023, Tz. 21 f. (juris); BGH VIII ZR 249/22, 27. September 2023, Tz. 22 (juris).

⁹⁶⁸ Es besteht allerdings ein gewisser Ausgestaltungsspielraum bei der Auswahl des neuen Basispreises.

nur die zukünftige Kostenentwicklung, sondern auch die absolute Höhe der Kosten ändert, gibt das dem Fernwärmeanbieter nicht das Recht, den Preis einmalig zu erhöhen oder zu senken, um ihn an die neue Kostenstruktur anzupassen.⁹⁶⁹

- Mit dem Recht, eine Preisgleitklausel zu ändern, korrespondiert auch eine entsprechende Pflicht. Wenn sich also die Kosten der Wärmeerzeugung oder die Verhältnisse auf dem Wärmemarkt ändern, muss das Fernwärmeunternehmen auch seine Preisgleitklausel entsprechend anpassen. Dies gilt auch zugunsten der Kundinnen und Kunden.
- Das Änderungsrecht gilt ausdrücklich nur, soweit eine unwirksame Klausel dadurch wieder an die Vorgaben der AVBFernwärmeV angepasst wird. Dem Fernwärmeunternehmen steht kein Recht zu, eine wirksame Klausel einseitig zu ändern.

635. Die Durchsetzung der Regelungen zu Preisgleitklauseln erfolgt rein zivilrechtlich. Eine behördliche Durchsetzung – abgesehen von den Missbrauchsverfahren des Bundeskartellamtes – erfolgt nicht. In der Praxis kann die Wirksamkeit von Preisgleitklauseln entweder in Gerichtsverfahren überprüft werden, mit denen die Fernwärmeunternehmen ihre Entgeltforderungen durchsetzen wollen oder in solchen, mit denen sich Endkundinnen und –kunden gegen – aus ihrer Sicht – überhöhte Preiserhöhungen wehren. Solche Verfahren sind zunächst individuell und nur im Verhältnis der an dem jeweiligen Rechtsstreit Beteiligten von Bedeutung. Daneben könnten zukünftig aber auch Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes relevanter werden. Insbesondere die 2023 neu eingeführte Abhilfeklage⁹⁷⁰ könnte den Rechtsschutz gegen unwirksame Preisgleitklauseln noch einmal erweitern. Mit diesem Instrument können Verbraucherverbände eine Vielzahl gleichartiger Sachverhalte gebündelt geltend machen und unmittelbar auf Zahlung an die sich der Klage anschließenden Verbraucherinnen und Verbraucher klagen. Ansprüche vieler Fernwärmekundinnen und -kunden, die sich auf die Unwirksamkeit derselben Preiserhöhungen beziehen, könnten auf diesem Weg zukünftig effektiver gebündelt geltend gemacht werden. Der Verbraucherzentrale Bundesverband (vzbv) hat bereits die ersten beiden Abhilfeklagen gegen zwei Fernwärmeanbieter eingereicht.⁹⁷¹

4.3 Bewertung: Unzureichender Regulierungsrahmen

636. Die Preisregeln für Fernwärme folgen weiterhin der grundsätzlichen Annahme, dass die Entscheidung über den Einbau einer Heizung im Systemwettbewerb verschiedener Heiztechnologien erfolge. Aus diesem Grund findet – mit Ausnahme des Wettbewerbsrechts – keine Begrenzung der absoluten Höhe der Fernwärmepreise statt. Angenommen wird, dass diese bei der Systementscheidung im Wettbewerb mit anderen Heiztechnologien festgelegt wird und dabei keine besonderen Preissetzungsspielräume des Fernwärmeunternehmens bestehen. Nach dieser Entscheidung wird aufgrund von Lock-in-Effekten eine weitgehende Bindung an

⁹⁶⁹ Dies ist bisher von der Rechtsprechung nicht ausdrücklich entschieden worden, vgl. zum Meinungsstand in der juristischen Literatur Thomale, H.-C., Anforderungen an Wärmepreisysteme und deren Änderung im Rahmen der Wärmewende, RdE 2023, 357-365, 362; der Bundesgerichtshof scheint aber gegen ein einseitiges Preisänderungsrecht zu tendieren, vgl. BGH VIII ZR 175/19, 26. Januar 2022, Tz. 31-45 (juris).

⁹⁷⁰ Vgl. dazu bereits Tz. XX (Kapitel II, legislative Entwicklungen)

⁹⁷¹ vzbv, Fernwärmepreise: vzbv verklagt E.ON und Hansewerk Natur, 20. November 2023, <https://www.vzbv.de/pressemitteilungen/fernwaermepreise-vzbv-verklagt-eon-und-hansewerk-natur>, Abruf am 7. Mai 2024.

den monopolistischen Fernwärmeanbieter gesehen. Deswegen sieht die AVBFernwärmeV nur eine Begrenzung der Spielräume bei späteren Preisänderungen vor.

637. Diese Grundannahme kann allerdings nicht ohne Weiteres aufrechterhalten werden. Aus Sicht der Monopolkommission bestehen erhebliche Zweifel, ob nur die Begrenzung der Preisentwicklung durch Preisgleitklauseln weiterhin ausreicht, um Preissetzungsspielräume der Fernwärmeunternehmen effektiv zu begrenzen. Durch die regulatorischen und planerischen Maßnahmen der Wärmewende wird die Marktposition bestehender und neuer Fernwärmenetze umfassend gestärkt werden. Der Wettbewerbsdruck durch andere Technologien wird abnehmen und insbesondere im Footprint der Wärmenetze weit zurückgedrängt. Zudem ist wahrscheinlich, dass im Rahmen der Wärmewende Instrumente wie der Anschluss- und Benutzungszwang und Verbrennungsverbote wieder an Bedeutung zunehmen, um die angestrebten hohen Investitionen in den Aus- und Neubau der Wärmenetze abzusichern.

638. Die dadurch nur noch eingeschränkt mögliche Systementscheidung und das natürliche Monopol der vertikal integrierten Fernwärmeunternehmen birgt das Risiko strukturell abgesicherter Marktmacht der Fernwärmeunternehmen gegenüber ihren Kundinnen und Kunden. Aus Sicht der Monopolkommission ist es daher erforderlich, die dadurch möglichen Preissetzungsspielräume flächendeckend und verbindlich einzuschränken. Es bestehen jedoch Zweifel, ob dies durch die gegenwärtig geltenden Regeln gewährleistet ist.

639. Dies liegt zum einen daran, dass durch die Preisgleitklauseln keine Kontrolle der absoluten Preishöhe möglich ist. Die Einschränkungen des Systemwettbewerbs dürften dazu führen, dass viele Endkundinnen und Endkunden keine oder nur noch eine erheblich eingeschränkte Auswahl zwischen dem Anschluss an ein Fernwärmenetz und anderen Heiztechnologien haben. Marktmacht besteht daher nicht mehr nur nach dem Netzanschluss, sondern auch schon zuvor bei der Systementscheidung. Es dürften daher auch Preissetzungsspielräume in Bezug auf die Preishöhe und nicht nur auf spätere Preisänderungen bestehen.

640. Die Preishöhe wird auch durch kartellrechtliche Instrumente nicht hinreichend eingeschränkt. Das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung ermöglicht zwar eine Begrenzung der Preise auch der Höhe nach und kann insoweit auch über den Einzelfall hinaus regulierungsähnlich wirken.⁹⁷² Die dafür zur Anwendung kommenden methodischen Ansätze des Preis-, Erlös- oder Kostenvergleichs sind im Fernwärmesektor jedoch mit erheblichen praktischen Schwierigkeiten behaftet. Die Kartellbehörden haben in Sektoruntersuchungen und Missbrauchsverfahren zwar schon Vergleichsmarktbetrachtungen durchgeführt. Die Verfahren wurden bisher allerdings nur konsensual durch Zusagenentscheidungen oder Verfahrenseinstellungen beigelegt. Sie konnten daher nicht zu einer Entwicklung klarer Kriterien beitragen, die Fernwärmeunternehmen bei ihrer Preisgestaltung flächendeckend anwenden könnten. Die Monopolkommission hat deswegen bereits in der Vergangenheit mehrfach Zweifel an der Effektivität der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht im Fernwärmesektor geäußert

⁹⁷² Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 830, Tz. 581; dies. XX. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 925, Tz. 810.

und die Notwendigkeit einer echten regulatorischen Begrenzung der Fernwärmepreise betont.⁹⁷³

641. Auch in Bezug auf die Begrenzung der Preisänderungen durch Preisgleitklauseln bestehen Zweifel, ob diese ausreichend ist. Die Vorgaben in § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV verpflichten nur zu einer Orientierung der Preisänderungen an den Kosten der Wärmeherzeugung und der Preisentwicklung auf dem Wärmemarkt. Sofern sich die Kostenstruktur ändert, kann die Preisgleitklausel an die neue Kostenentwicklung angepasst werden. Insbesondere eine Überprüfung, ob die weitergegebenen Kostensteigerungen effizient sind, findet durch die Vorgaben allerdings kaum statt. Der Bundesgerichtshof hat zwar in mehreren Entscheidungen anklagen lassen, dass Kosten, die ein betriebswirtschaftlich handelndes Unternehmen nicht akzeptieren würde, nicht über Preisgleitklauseln weitergegeben werden dürften.⁹⁷⁴ Insgesamt erfolgt im Rahmen von § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV aber nur eine Prüfung der Orientierung an den tatsächlichen Kosten. Effizienzanreize werden dagegen nur durch das Marktelement geschaffen, das dafür sorgen soll, dass Fernwärmeversorger sich dem Vergleich mit anderen Energieträgern stellen müssen.

642. Besonders problematisch kann sich diese Ausgestaltung bei einem Drittbezug der Fernwärme von anderen Gesellschaften des gleichen Konzerns erweisen. Denn Preissteigerungen des Wärmelieferanten können als Teil des Kostenelements grundsätzlich an die Endkundinnen und -kunden weitergegeben werden. Hierdurch können überhöhte Kostenentwicklungen an andere Konzerngesellschaften ausgelagert werden und auf diesem Weg an die Endnutzerinnen und -nutzer weitergegeben werden.

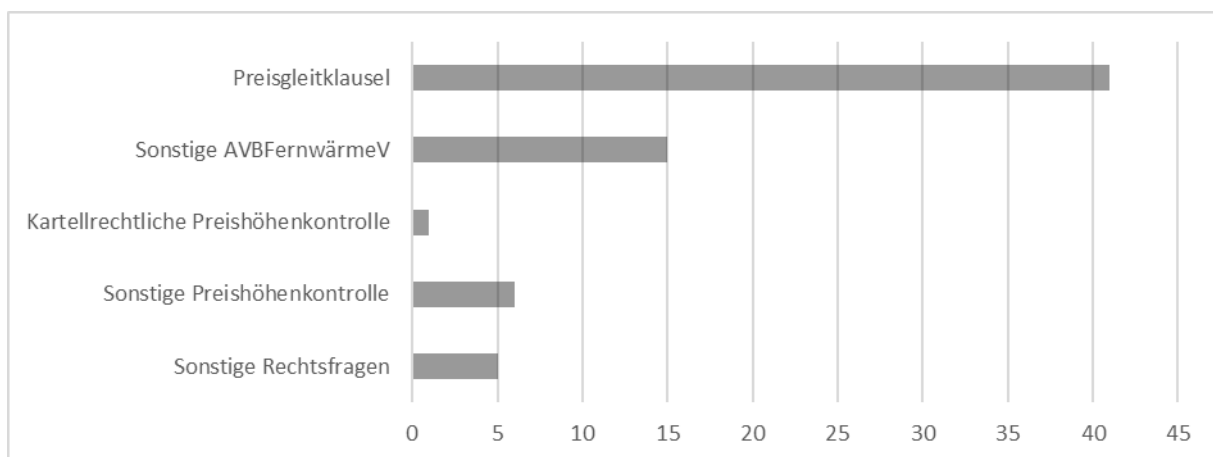
643. Zuletzt bestehen auch Zweifel, ob die gegenwärtig bestehenden Möglichkeit zur Durchsetzung der Regelungen ausreichend sind. Die kartellrechtliche Begrenzung der Preise wird naturgemäß primär durch die Kartellbehörden durchgesetzt, deren Verfahren vor den bereits dargestellten Schwierigkeiten stehen und außerdem immer nur Einzelfälle betreffen können. Die zivilrechtliche Durchsetzung der kartellrechtlichen Preiskontrolle von Fernwärmenetzen stellt private Klägerinnen und Kläger sogar vor noch größere Schwierigkeiten. Die für die Durchführung eines Preis- oder Erlösvergleichs oder einer Kostenkontrolle erforderlichen Kosten- und Preisinformationen sind im Markt nicht flächendeckend transparent verfügbar. Sie müssen auch für die Verfahren der Kartellbehörden immer erst erhoben werden. Privaten Fernwärme Kundinnen und -kunden stehen sie überhaupt nicht zur Verfügung. Zivilrechtliche Klagen können daher nur aufbauend auf vorher geltend gemachten Informationsansprüchen erhoben werden. Da sowohl deren Erfolg als auch der Inhalt der erlangten Informationen ex ante unklar ist, ist diese Vorgehensweise für private Endkundinnen und -kunden kaum mit vertretbarem Prozess- und Kostenrisiko durchzuführen. Im Fall eines Erlösvergleichs ist dieser Ansatz sogar völlig unmöglich, da über einen Informationsanspruch nur Erlösinformationen des beklagten Unternehmens herausverlangt werden können, nicht jedoch die anderer Unternehmen, die zum Vergleich herangezogen werden sollen.

⁹⁷³ Monopolkommission, 63. Sondergutachten, a. a. O., vgl. Fn. 830, Tz. 108-113; dies, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 972, Tz. 169; dies, XX. Hauptgutachten, a. a. O., vgl. Fn. 925, Tz. 814.

⁹⁷⁴ BGH VIII ZR 268/15, 19. Juli 2015, Tz. 47 (juris); BGH VIII ZR 249/22, 27.09.2023, Tz. 36 (juris).

644. Ein Indiz für diese Mängel des Rechtsschutzes bei der zivilrechtlichen Durchsetzung absoluter Preisobergrenzen für Fernwärmeunternehmen findet sich auch in einer von der Monopolkommission vorgenommenen Auswertung der Rechtsprechung. Grundlage hierfür waren alle veröffentlichten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs, die eine Auseinandersetzung zwischen Fernwärmeunternehmen und -kundinnen oder -kunden um Vertragsinhalte zum Gegenstand hatten.⁹⁷⁵ Dabei zeigt sich, dass Gegenstand dieser Entscheidungen ganz überwiegend Fragen der Zulässigkeit von Preisgleitklauseln oder andere Rechtsfragen der AVBFernwärmeV sind. Kartellrechtliche und andere Maßstäbe, die eine Kontrolle der absoluten Preishöhe erlauben würden, sind dagegen in den wenigsten Fällen Gegenstand der Entscheidungen des obersten deutschen Zivilgerichtes (vgl. Abbildung V.6). Legt man die Annahme zugrunde, dass die vom Bundesgerichtshof als Revisionsinstanz verhandelten Verfahren zumindest zu einem gewissen Grad repräsentativ auch für den durch Eingangs- und Instanzgerichte gewährten Rechtsschutz sind, spricht dies dafür, dass die insbesondere durch das Kartellrecht vorgesehene absolute Begrenzung der Preishöhe von Fernwärmennutzerinnen und -nutzern offenbar kaum zivilrechtlich durchgesetzt wird. Angesichts der signifikanten Preisunterschiede im Fernwärmebereich (vgl. Tabelle V.3) dürfte dies jedoch nicht daran liegen, dass keine entsprechenden Verfahren angestrengt werden. Hiergegen spricht auch die erhebliche Zahl der von Kundinnen und Kunden angestrebten Verfahren betreffend anderer Rechtsfragen im Fernwärmebereich (insbesondere der Wirksamkeit von Preisgleitklauseln). Es spricht vielmehr einiges dafür, dass effektiver Rechtsschutz nur im Hinblick auf die Regeln betreffend Preisänderungen besteht, nicht jedoch im Hinblick auf absolute Preisgrenzen zur Begrenzung ungerechtfertigt überhöhter Preise.

Abbildung V.6: Gegenstand der BGH-Rechtsprechung zu Fernwärmeverträgen



Quelle: Eigene Darstellung auf Basis der bis zum 11. Juni 2024 in der Datenbank „juris“ dokumentierten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes

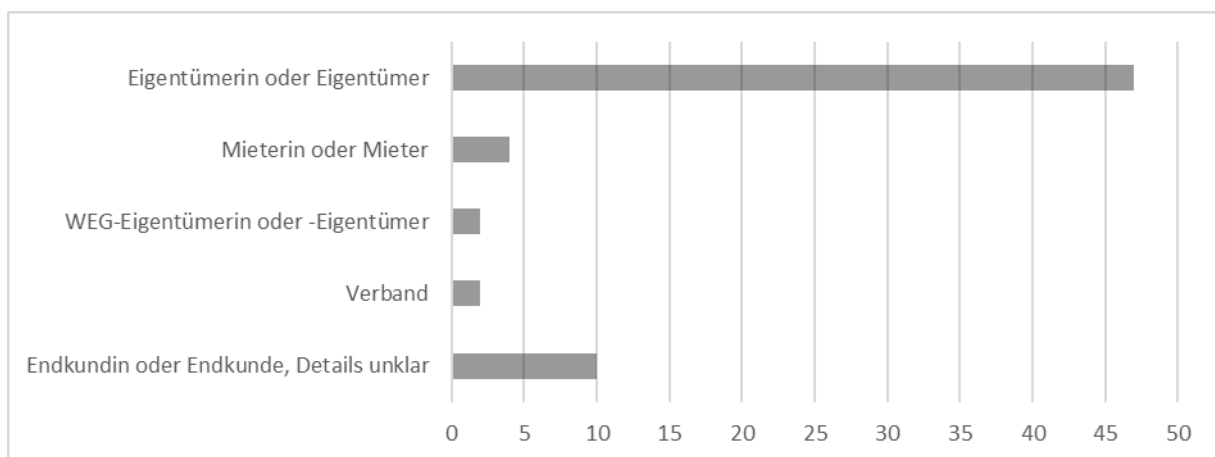
645. Die Informationsasymmetrie zwischen Fernwärmeunternehmen und -kundinnen oder -kunden erschwert aber auch die effektive zivilrechtliche Durchsetzung der AVBFernwärmeV.

⁹⁷⁵ Es wurden diejenigen Entscheidungen des BGH in die Auswertung mit einbezogen, die in der Datenbank „juris“ unter den Suchbegriffen „Fernwärme“ und „AVBFernwärmeV“ zu finden sind (www.juris.de, Abruf am 11. Juni 2024).

Beispielsweise haben Fernwärmeunternehmen nicht nur das Recht, unwirksame Preisgleitklauseln zu ändern, sondern auch eine entsprechende Pflicht. Diese kann auch zugunsten der Kundinnen und Kunden wirken, wenn sich die Kostenstruktur der Wärmeerzeugung so geändert hat, dass zukünftig geringere Preissteigerungen zu erwarten sind. Zu einer Durchsetzung dieser Pflicht benötigen die Fernwärmekundinnen und -kunden allerdings wenigstens grundlegende Informationen zur Kostenstruktur des Unternehmens. Diese stehen ihnen im Regelfall nicht zur Verfügung.

646. Auch im Übrigen bestehen angesichts der erheblichen Marktmacht der Fernwärmeunternehmen Zweifel, ob die zivilrechtliche Durchsetzung der AVBFernwärmeV ausreichend ist. Zwar zeigt die große Menge an Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu diesem Thema, dass die zivilrechtliche Rechtsdurchsetzung zumindest eine Rolle bei der Regeldurchsetzung spielt.⁹⁷⁶ Die Auswertung dieser Rechtsprechung zeigt allerdings auch, dass von ihr vor allem bestimmte Nutzergruppen profitieren: An den Verfahren sind ganz überwiegend die Eigentümerinnen und Eigentümer der betroffenen Gebäude beteiligt. Dabei handelt es sich meist um private Selbstnutzerinnen oder -nutzer sowie in wenigen Fällen um Wohnungseigentümergeinschaften (WEG) oder gewerbliche Nutzerinnen und Nutzer. Die wenigen Fälle, in denen sich Vermieterinnen oder Vermieter gegen aus ihrer Sicht rechtswidrige Vereinbarungen in Fernwärmeverträgen wenden, betreffen Sachverhalte, in denen diese ausnahmsweise selbst die Kosten der Wärmeversorgung tragen mussten. Verfahren, in denen sich Hauseigentümerinnen oder Hauseigentümer gegen Fernwärmepreise wenden, obwohl sie die Kosten der Wärmeversorgung auf ihre Mieterinnen und Mieter umlegen können, finden sich in den Entscheidungen des Bundesgerichtshofes bisher nicht. Auch Fälle, in denen Mieterinnen und Mieter oder Wohnungseigentümerinnen und -eigentümer selbst gegen Fernwärmepreise vorgehen, sind bisher die Ausnahme geblieben (Abbildung V.7).

Abbildung V.7: Beteiligte der BGH-Verfahren zu Fernwärmeverträgen



Quelle: Eigene Darstellung auf Basis der bis zum 11. Juni 2024 in der Datenbank juris dokumentierten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes

⁹⁷⁶ Allein im Zeitraum zwischen der Veröffentlichung dieses und des letzten Hauptgutachtens der Monopolkommission ergingen 25 Entscheidungen des Bundesgerichtshofes. In die Auswertung der Monopolkommission mit wurden insgesamt 66 Entscheidungen miteinbezogen.

647. Die Effektivität zivilrechtlicher Rechtsdurchsetzung hat zudem immer auch allgemeine Grenzen. Urteile wirken immer nur zwischen den an einem Prozess beteiligten Parteien. Sofern ein Gericht also die Unwirksamkeit einer Preisgleitklausel feststellt, profitiert davon zunächst einmal nur die Klägerin oder der Kläger des jeweiligen Verfahrens. Insbesondere bei einer rechtskräftigen Feststellung der Unwirksamkeit einer Preisgleitklausel passen Fernwärmeunternehmen diese regelmäßig mit Wirkung für die Zukunft an. Angesichts der teilweise nur sehr kleinen Differenzbeträge werden viele Fernwärmekundinnen und -kunden durch ihr rationales Desinteresse allerdings davon abgehalten werden, unwirksame Preiserhöhungen gerichtlich geltend zu machen.

648. Hinzu kommt, dass die Unwirksamkeit von Preiserhöhungen wegen der Unwirksamkeit von Preisgleitklauseln nach der Rechtsprechung des BGH nur geltend gemacht werden kann, wenn innerhalb von drei Jahren die Jahresrechnung, in der die Preisklausel erstmals verwendet wurde, beanstandet wurde.⁹⁷⁷ Dies mag aus Gründen der Rechtssicherheit ein sinnvoller Ansatz sein. Beides zusammen führt aber dazu, dass Fernwärmeunternehmen, die – gegebenenfalls unerkant – über eine längere Zeit unwirksame Preisgleitklauseln einsetzen, Teile der überhöhten Entgelte behalten dürfen. Es verdeutlicht, dass eine rein individuelle zivilrechtliche Rechtsdurchsetzung nicht ausreicht, um der flächendeckenden Marktmacht von Fernwärmeunternehmen entgegen zu treten.

649. Diesen Befund ändert auch nicht die 2023 neu eingeführte Abhilfeklage nach dem VDuG. Sie ermöglicht zwar als Instrument kollektiven Rechtsschutzes eine Überwindung des rationalen Desinteresses, das bei Fernwärmekundinnen und -kunden die gerichtliche Geltendmachung von Rückforderungsansprüchen verhindern kann. Die grundlegenden Hindernisse, die einer effektiven Begrenzung der Preissetzungsspielräume durch zivilrechtliche Ansprüche der Kundinnen und Kunden entgegenstehen – insbesondere die Informationsasymmetrie – beseitigt sie dagegen nicht.

5 Konzept der Monopolkommission für eine wettbewerbsadäquate Weiterentwicklung der Fernwärmemärkte

650. Im heutigen Marktdesign werden Fernwärmenetze im Regelfall durch vertikal integrierte, natürliche Monopole betrieben, die in ihrem jeweiligen Versorgungsgebiet als einzig möglicher Versorger mit Fernwärme auftreten. Dabei bezieht sich der natürliche Monopolcharakter der Unternehmen, ähnlich wie im Strom- oder Gasmarkt, jedoch lediglich auf die Durchleitungsebene, also den Netzbetrieb an sich. Sowohl die Erzeugungs- als auch Versorgungsebene der Fernwärme weisen keine Merkmale natürlicher Monopole auf; hier wäre somit Wettbewerb zwischen verschiedenen Erzeugern bzw. Versorgern aus ökonomischer Sicht möglich und wünschenswert, um die Markt- und Preisgestaltungsmacht bestehender Anbieter aufzubrechen.

651. Ökonomisch naheliegend wäre daher eine Trennung zwischen dem Betrieb des Fernwärmenetzes einerseits und der Erzeugung von bzw. Versorgung mit Fernwärme andererseits. Regulierungsvorgaben müssten dann nur noch für die Netzbetreiber erfolgen. Im Erzeugungs- und

⁹⁷⁷ BGH, VIII ZR 209/18, 18. Dezember 2019, Tz. 40 (juris); BGH VIII ZR 28/21, 6. Juli 2022, Tz. 42 ff.; VIII ZR 91/21, 28. September 2022, Tz. 52-56; BGH VIII ZR 77/22, 1. März 2023, Tz. 36 (juris); BGH VIII ZR 249/22, 27. September 2023, Tz. 48.

Versorgungsmarkt mit Fernwärme könnte bei wettbewerblicher Ausgestaltung auf entsprechende Regulierungsvorgaben verzichtet werden. Auch vertikale Integrationen von Unternehmen im Sinne einer Aktivität dieser Unternehmen sowohl auf Erzeugungs- als auch Versorgungsebene wäre aus wettbewerblicher Sicht unproblematisch, solange die Durchleitung durch das Fernwärmenetz klar davon abgegrenzt ist. Solche Maßnahmen würden jedoch einen erheblichen Eingriff in das gegenwärtige Marktdesign bedeuten und den Fernwärmemarkt von Grund auf verändern, was einen vermutlich langwierigen Planungs- und Transformationsprozess bedeutet.

652. Es wird daher empfohlen, zunächst kurzfristig geeignete Instrumente zu implementieren, die in der gegenwärtigen Situation fehlender wettbewerblicher Anreize für eine möglichst effiziente Preisbildung sorgen, gleichzeitig aber ohne unverhältnismäßigen Regulierungsaufwand und langwierige Transformationsprozesse auskommen. So sollte dringend die Markttransparenz erhöht werden, um etwaiges missbräuchliches Verhalten überhaupt erkennen zu können (vgl. Abschnitt 5.1.1). Darüber hinaus kann eine Weiterentwicklung der bestehenden Preisgleitklauseln (vgl. Abschnitt 5.1.2) dafür sorgen, dass sich die Preisentwicklung zukünftig stärker am allgemeinen Wärmemarkt orientiert. Insbesondere für den Fall, dass die anderen Maßnahmen zur Preisbegrenzung keine ausreichende Wirkung entfalten, sollte der Einsatz einer vereinfachten Price-Cap-Regulierung (vgl. Abschnitt 5.1.3) geprüft werden.

653. Mit Blick auf einen langfristigen Zeithorizont (z. B. mit Blick auf das Jahr 2045, in dem die Wärmewende abgeschlossen sein soll) wäre auch auf struktureller Ebene eine möglichst wettbewerbliche Ausgestaltung der Fernwärmenetze zu prüfen. Zumindest größere Fernwärmenetze könnten zu Handelsplattformen weiterentwickelt werden, auf denen Erzeugung und Versorgung mit Fernwärme wettbewerblich organisiert sind und sich Regulierungsvorgaben lediglich auf den Betrieb der Durchleitungsnetze konzentrieren müssen (vgl. Abschnitt 5.2). Insbesondere für kleinere Netze müssen allerdings auch langfristig Regulierungsvorgaben bestehen bleiben, falls sich ein solcher Wettbewerb nicht einstellt. Besonders kleine Netze werden häufig aus einem einzigen Kraftwerk mit Wärme versorgt, sodass in diesen Fällen möglicherweise die Erzeugungsebene weiterhin in einer Hand läge. Die in Abschnitt 5.1 diskutierten kurzfristigen Lösungsansätze bleiben somit auch langfristig relevant.

5.1 Kurzfristige Lösungsansätze

5.1.1 Transparenz: Schaffung einer Vergleichsplattform

654. Bereits heute sind durch die AVBFernwärmeV Regelungen zur Transparenz der Vertragsbedingungen vorgesehen. Diese müssen in jeweils aktueller Fassung leicht zugänglich und allgemein verständlich im Internet veröffentlicht werden.⁹⁷⁸ Um diese Verständlichkeit zu gewährleisten, müssen Preisgleitklauseln beispielsweise die maßgeblichen Berechnungsfaktoren vollständig ausweisen und eindeutige Verweise auf die verwendeten Indizes enthalten. Kundinnen und Kunden müssen den Umfang der auf sie zukommenden Preissteigerung unmittelbar

⁹⁷⁸ § 1a Abs. 1 AVBFernwärmeV.

aus der Formulierung der Klausel erkennen und die Berechtigung der vorgenommenen Preisänderung selbst messen können.⁹⁷⁹ Nicht erforderlich ist dagegen eine Erläuterung, welchen Zweck die jeweils einzelnen Bestandteile einer Preisanpassungsklausel haben. Erforderlich ist nur, dass die Fernwärmenutzerinnen und –nutzer nachvollziehen können, wie eine Preisänderung zustande kommt, nicht, ob die verwendeten Indizes auch gerechtfertigt sind.

655. Trotz geltender Veröffentlichungspflichten werden entsprechende Informationen nach Erfahrungen der Monopolkommission aktuell in vielen Fällen nur teilweise oder gar nicht allgemein zur Verfügung gestellt. Insbesondere kleinere Fernwärmeanbieter haben oft gar keinen eigenen Webauftritt. Aber auch viele Anbieter mit eigener Homepage weisen genutzte Preisgleitklauseln nicht aus, teils werden selbst die aktuell geltenden Preise nicht genannt. In einzelnen Fällen wird der Zugang zu diesen Informationen z. B. durch ein vorgelagertes (telefonisches) Beratungsgespräch deutlich erschwert, was wiederum die Schaffung eines Marktüberblicks deutlich erschwert. Auch die kürzlich von Fachverbänden gestartete Preistransparenzplattform (siehe Textziffer 659) für Fernwärmeanbieter weist (noch) nicht alle notwendigen Informationen aus und erfasst ebenfalls nur einen Teil der Fernwärmenetze in Deutschland.

656. Zusätzlich scheint es, anders als bei anderen Energieträgern wie Strom und Gas, im Fernwärmesektor kein tragfähiges Geschäftsmodell für privatwirtschaftlich betriebene Vergleichsportale zu geben. Diese Vergleichsportale finanzieren sich in der Regel aus Provisionen von Versorgern. Sie werden für Wechsel gezahlt, die von Kundinnen und Kunden über das Portal vermittelt vorgenommen werden. Da es bei der Fernwärme strukturell bedingt keinen Anbieterwechsel geben kann, entfällt diese Einnahmequelle und somit auch die Geschäftsgrundlage für privat betriebenen Vergleichsportale für Fernwärme.

657. Insgesamt führt die mangelhafte Informationslage zu einer großen Informationsasymmetrie im Fernwärmemarkt. So ist ein Erlösvergleich für Abnehmerinnen und Abnehmer von Fernwärme kaum darstellbar, wodurch ein eventueller Missbrauch nicht festgestellt werden kann. Selbst das Bundeskartellamt hält sich unter anderem aufgrund der hohen Komplexität der Vergleichsmarktbetrachtung mit hoheitlichen Anordnungen in Bezug auf eventuelles missbräuchliches Verhalten zurück (siehe dazu 4.1). Diese Form der Informationsasymmetrie kann die Marktmacht der Fernwärmeanbieter im Verhältnis zu ihren Verbraucherinnen und Verbrauchern noch erheblich verstärken.

658. Andererseits stellt eine Beseitigung solcher Informationsasymmetrien auch keinen alleinigen Lösungsansatz dar, um die Situation im Fernwärmemarkt grundlegend zu verbessern. Da es sich bei Fernwärmeanbietern um geographisch abgegrenzte natürliche Monopole handelt, ist ein Wechsel in ein anderes Fernwärmenetz für Verbraucherinnen und Verbraucher auch bei vollständiger Transparenz nicht möglich. Eine Vergleichbarkeit kann den öffentlichen Druck erhöhen und missbräuchliches Verhalten erkennbarer machen, jedoch keine unmittelbare Wettbewerbssituation zwischen verschiedenen Fernwärmeanbietern herstellen. Auch eine Intensivierung des Systemwettbewerbs mit konkurrierenden Wärmetechnologien hängt davon ab, ob diese weiterhin installiert werden dürfen und ob sie im individuellen Fall überhaupt eine sinn-

⁹⁷⁹ BGH VIII ZR 249/22, 27.09.2023, Tz. 63 (juris) m. w. N.

volle Alternative darstellen. Insofern ist davon auszugehen, dass auch nach einer Implementierung entsprechender Transparenzmaßnahmen Fernwärmeanbieter über Marktmacht verfügen und gegebenenfalls suprakompetitive Preise durchsetzen können. Allerdings stellen Transparenzmaßnahmen eine vergleichsweise schnell und leicht zu implementierende Maßnahme dar, die jedoch als komplementär und unterstützend zu weiteren Maßnahmen (siehe 5.1.2 und 5.1.3) verstanden werden sollten.

659. Um die Informationslage im Fernwärmemarkt zu verbessern, haben die Arbeitsgemeinschaft Fernwärme (AGFW), der Verband kommunaler Unternehmen (VKU), sowie der Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft (BDEW) im Mai 2024 die erste Version einer Preistransparenzplattform veröffentlicht (waermepreise.info). Diese stellt eine zentrale Anlaufstelle für einen Preisvergleich von Fernwärmeanbietern dar. Die Plattform deckt aktuell etwa 70 Prozent des Fernwärmemarktes in Deutschland ab und weist für die erfassten Netze Durchschnittspreise (in Cent/kWh) aus Grund- und Arbeitspreis für drei vordefinierte Verbrauchsprofile (Einfamilienhaus, Mehrfamilienhaus, Industrie) aus.

660. Die Monopolkommission begrüßt die Initiative, eine solche zentrale Preistransparenzplattform zu schaffen und damit die Transparenz im Fernwärmemarkt zu erhöhen. Jedoch sollte dieser Ansatz konsequent weiterentwickelt werden, um einen tatsächlichen Mehrwert im Sinne von geeigneten Vergleichsmöglichkeiten zu bieten. So könnte die anstehende Reform der AVBFernwärmeV genutzt werden, um Anbieter von Fernwärme dazu zu verpflichten, wesentliche Kennzahlen und Preisanpassungen an eine Transparenzstelle zu melden. Diese sollten auf der Transparenzplattform unmittelbar für die Öffentlichkeit zugänglich sein, nicht bloß in Form bestimmter Verbrauchsprofile. Zu den wesentlichen Kennzahlen gehören unter anderem die aktuellen Preisbestandteile, Zusammensetzung genutzter Preisgleitklauseln, Primärenergiefaktor (Emissionsfaktor), Anteile genutzter Energiequellen für die Wärmeerzeugung, die Länge des Fernwärmenetzes sowie die jährlich verkauften Einheiten an Fernwärme und die daraus erzielten Erlöse.

661. Eine Untersuchung eventuell missbräuchlichen Verhaltens könnte dann in erster Linie auf einem Erlösvergleich (erzielter Erlös pro verkaufter Menge Fernwärme, also Gesamterlös in Euro/Anzahl verkaufter Fernwärmeeinheiten in MWh) basieren. Ein Erlösvergleich bietet gegenüber einem reinen Preisvergleich den Vorteil, dass der vom jeweiligen Anbieter tatsächlich erzielte Durchschnittspreis pro verkaufter Wärmeeinheit dargestellt wird. Ein Preisvergleich würde lediglich die Preise einzelner Vertragskonstrukte miteinander vergleichen, ohne eine Information darüber zu geben, wie häufig diese Konditionen tatsächlich zum Einsatz kommen. Dadurch würde die Darstellung insofern verzerrt, dass Unternehmen unterschiedliche Konditionen mit einer mehr oder weniger ausdifferenzierten Preisgestaltungen anbieten.⁹⁸⁰ Ein Erlösvergleich würde all diese unterschiedlichen Preise zumindest in aggregierter Form berücksichtigen, denn sie würden gewichtet um ihren Anteil am Verkauf in den Durchschnittserlös einfließen. Dieser sollte zusätzlich auch im Verhältnis zur Netzlänge dargestellt werden (erzielter Erlös pro Kilometer Fernwärmenetz, also Gesamterlös in Euro/Länge des Fernwärmenetzes in Kilo-

⁹⁸⁰ Unterschiedliche Preise kommen z. B. in Form von Mengenrabatten oder Rabatten im Austausch für längere Vertragslaufzeiten zum Einsatz.

meter), um einen Anhaltspunkt zu bieten, ob die Erlösunterschiede auf unterschiedliche Infrastrukturkosten zurückzuführen sind. Die notwendigen Informationen für einen entsprechenden Vergleich lägen bei Übermittlung der oben genannten, wesentlichen Kennzahlen unmittelbar vor. Eine einfache Möglichkeit eines Erlösvergleichs auf Grundlage einer Preistransparenzplattform würde die Identifizierung unangemessen hoher Preise deutlich vereinfachen, wodurch ein solches Preissetzungsverhalten idealerweise von vornherein unterbunden würde.

662. Bei der Einrichtung einer Transparenzplattform sollte der damit verbundene (bürokratische) Aufwand minimiert werden. So sollte sich die Abfrage bei Unternehmen auf wesentliche Standardzahlen konzentrieren, die diese heute bereits ohnehin (im Rahmen ihrer Veröffentlichungspflichten bzw. Bilanzen) ausweisen müssen und somit intern leicht zugänglich sind. Eine Übermittlung von Echtzeitinformationen und die Einrichtung entsprechender Zugänge sind zudem nicht notwendig. Einmal eingerichtet, müssten bestimmte Informationen wie Erlöse und Anzahl verkaufter Wärmeeinheiten lediglich einmal jährlich übermittelt werden. Weitere Informationen wie die Netzlänge, Veränderung der Preisgleitklauseln oder Primärenergiefaktor müssten lediglich im Falle von Änderungen aktualisiert werden, vermutlich also maximal alle paar Jahre. Die aktuell geltenden Preise müssten mit jeder Preisanpassung aktualisiert werden, was typischerweise alle drei bis zwölf Monate geschieht.⁹⁸¹ Der Betrieb einer Transparenzplattform kann grundsätzlich entweder durch eine staatliche Institution, einen öffentlich beauftragten privaten Anbieter oder durch Selbstorganisation der Branche (wie im aktuellen Fall durch AGFW, VKU und BDEW) nach klaren gesetzlichen Vorgaben erfolgen.

663. Eine Transparenzstelle kann sicherstellen, dass Anbieter von Fernwärme ihren Informations- und Veröffentlichungspflichten nachkommen. Erfolgt eine Meldung an eine Transparenzstelle, könnten alle weiteren Vorgaben zu Veröffentlichungspflichten für Anbieter von Fernwärme (über die eigene Homepage) entfallen. Im Idealfall würde sich somit die Einhaltung von Veröffentlichungsvorgaben für Fernwärmeanbieter vereinfachen. Insbesondere für kleine Anbieter, die teilweise keine eigene Homepage betreiben, würde außerdem die Rechtssicherheit dahingehend erhöht, dass sie ihren Veröffentlichungspflichten ordnungsgemäß nachgekommen sind.

664. Für Verbraucherinnen und Verbraucher würde hingegen die Transparenz im Hinblick auf Fernwärmeverträge deutlich erhöht. Zum einen können Preisbestandteile und Preisanpassungsklauseln übersichtlich und einheitlich dargestellt werden, was das Verständnis für die wesentlichen Vertragsbestandteile und Preisveränderungen erhöhen sollte. Ein besserer Kosten- und Preisüberblick über Fernwärme sollte somit zu informierteren Systementscheidungen führen, und die verbesserte Vergleichbarkeit mit alternativen Heiztechnologien den Systemwettbewerb intensivieren.⁹⁸² Zum anderen ist eine einfache Vergleichbarkeit, beispielsweise mit den Konditionen in benachbarten Fernwärmenetzen, gegeben. Zwar ist ein Wechsel in ein anderes Fernwärmenetz technisch nicht möglich, jedoch kann eine bessere Vergleichbarkeit den

⁹⁸¹ Bei entsprechender Implementierung der genutzten Preisgleitklauseln können Preisänderungen aber prinzipiell auch automatisch berechnet werden, sodass es grundsätzlich möglich wäre, die Zahl an Datenübermittlungen für Fernwärmeanbieter auf einmal im Jahr zu begrenzen.

⁹⁸² Ein Mehrwert ergibt sich hieraus jedoch nur, wenn ein funktionierender Systemwettbewerb überhaupt erhalten bleibt.

Rechtfertigungsdruck für besonders teure Versorger erhöhen, deren möglicherweise überhöhte Erlöse ohne diese Transparenz unerkannt bleiben würden. Dieser öffentliche Druck kann somit eine disziplinierende Wirkung auf Fernwärmeanbieter haben, nicht unverhältnismäßig hohe Preise anzusetzen. Zuletzt kann eine flächendeckende Verfügbarkeit von Preis- und Erlösinformationen auch dazu führen, dass bestehende Regeln durch die Verbraucherinnen und Verbraucher einfacher (gerichtlich) durchgesetzt werden können.

665. Die einheitliche Darstellung der eingesetzten Energieträger sowie der Emissionsintensität könnte zudem dazu beitragen, dass Haushalte auch klimaschutzrelevante Kriterien stärker bei der Wahl ihrer Wärmetechnologie berücksichtigen. Eine vergleichsweise klimafreundliche Wärmeerzeugung könnte sich so leichter in Form eines Wettbewerbsvorteils gegenüber anderen Energieträgern entfalten und gegebenenfalls sogar höhere Arbeitspreise rechtfertigen. Andererseits könnte eine besonders hohe Emissionsintensität eine abschreckende Wirkung auf Haushalte entfalten und somit den Investitionsanreiz in klimafreundlichere Erzeugungstechnologien zusätzlich verstärken.

666. Zuletzt bietet eine Transparenzstelle auch für Wissenschaft und Politik deutlich bessere Einblicke in den Fernwärmemarkt und den Wärmemarkt im Allgemeinen. Die Transformation im Wärmemarkt kann so besser nachvollzogen und die Auswirkungen politischer Maßnahmen besser prognostiziert und evaluiert werden.

667. Als Argument gegen mehr Transparenz insbesondere in Oligopolmärkten wird häufig genannt, dass dies kollusives Verhalten der Oligopolisten fördern könnte.⁹⁸³ Allerdings besteht diese Gefahr im Fernwärmemarkt nicht, da es sich hier nicht um oligopolistische, sondern um monopolistische Märkte handelt.

668. Als Orientierung können bereits etablierte Transparenzmaßnahmen in Schweden und Österreich dienen: In Schweden verfügen nahezu alle Städte über ein Fernwärmenetz, wobei sich die Infrastruktur auf dichter besiedelte Gegenden konzentriert und Preise liberalisiert sind.⁹⁸⁴ Allerdings werden Preisverhandlungen zwischen Versorgern sowie Kundinnen und Kunden über die Fernwärmebehörde, eine Abteilung der schwedischen Energieagentur, koordiniert.⁹⁸⁵ Fernwärmeversorger sind zudem verpflichtet, bei einer Behörde Jahresberichte mit Preisübersichten einzureichen, sodass Preise von Kundinnen und Kunden verglichen werden können. Außerdem müssen Versorger im Einklang mit Preistransparenzregeln Informationen zu Preisen und Preissetzungsmechanismen veröffentlichen. In Österreich wird die Entwicklung von Fernwärmepreisen, ähnlich wie in Deutschland, oft (jedoch nicht immer) an Preisindizes gekoppelt. Wesentliche Kennzahlen müssen nach § 89 Erneuerbaren-Ausbau-Gesetz (EAG) jährlich oder bei Anpassung elektronisch an die Transparenzplattform gemeldet werden. Die gemeldeten Informationen werden sowohl in aufbereiteter Form (z. B. anhand von Beispielrechnungen)

⁹⁸³ Overgaard, P.B./Møllgaard, H.P., Information Exchange, Market Transparency and Dynamic Oligopoly, SSRN Electronic Journal, 2008.

⁹⁸⁴ IEA (2019), Sweden review.

⁹⁸⁵ Werner (2017): District heating and cooling in Sweden, S.426.

veranschaulicht, auch die Rohdaten sind jedoch leicht öffentlich zugänglich. Eine wichtige Erweiterung dieser Plattformen wäre wie bereits beschrieben die zusätzliche Darstellung von Erlöskennzahlen.

5.1.2 Weiterentwicklung der Preisgleitklauseln: Stärkere Betonung des Marktelements

669. Grundsätzlich sollen Preisgleitklauseln sowohl kostenbasierte Komponenten wie relevante Indizes genutzter Energieträger (Kostenelement) als auch nachfrageseitige, wettbewerbliche Komponenten wie die Wärmepreisentwicklung im Allgemeinen (Marktelement) beinhalten. Die Gewichtung zwischen beiden Elementen könnte klarer definiert und neu beurteilt werden. Alternativ wäre auch eine grundsätzliche Umgestaltung der Preisgleitklauseln hin zu einer Price-Cap-Regulierung möglich (siehe 5.1.3).

670. Die genutzten Indizes und deren Gewichtung im Rahmen des Kostenelements von Preisgleitklauseln sind stark vom individuellen Fernwärmenetz und insbesondere von ihren zur Bereitstellung von Wärme eingesetzten Technologien abhängig. Für Fernwärmebetreiber entsteht dadurch eine Absicherung gegen unerwartete Preisentwicklungen bei den eingesetzten Energieträgern und somit eine hohe Planungssicherheit in Bezug auf Renditeerwartungen, was das betriebswirtschaftliche Risiko für den Betrieb von Fernwärmenetzen senkt. Dies kann die Anreize für einen Netzausbau sowie Investitionen in klimafreundlichere Technologien im Rahmen der Dekarbonisierung erhöhen.

671. Andererseits kann eine starke Fokussierung auf das Kostenelement zu Ineffizienzen im Hinblick auf eingesetzte Energieträger führen. Normalerweise werden bei Vertragsabschluss Preisgleitklauseln über viele Jahre hinweg an Preisindizes geknüpft, um (im Rahmen des Kostenelements) die gegenwärtige Kostenstruktur abzubilden. Gleichzeitig besteht für einen Großteil der Fernwärmenetze in den kommenden Jahren ein Investitionsbedarf in die Umstellung auf klimafreundlichere Energieträger. Eine Umstellung der genutzten Energieträger würde jedoch eine Neugestaltung des Kostenelements und der berücksichtigten Indizes verlangen, insbesondere auch für bereits bestehende Verträge. Zum einen ergibt sich daher eine Unsicherheit für Verbraucherinnen und Verbraucher, deren Verträge gegebenenfalls im Laufe der Vertragslaufzeit umgestellt werden, auch wenn dies zu einer ungünstigeren Preisentwicklung führt. Zum anderen wird durch die (teilweise) Weitergabe von Kosten der Anreiz für Fernwärmeanbieter abgeschwächt, Fernwärme kosteneffizient zu erzeugen. Dabei werden nicht nur Investitionen in potenziell kostengünstigere Energieträger gehemmt. Da auch Kosten für klimaschädliche Emissionen weitergegeben werden können, die beispielsweise im Rahmen von Emissionszertifikaten anfallen, wird auch der marktbasierte Anreiz für eine Umstellung auf klimafreundlichere Technologien gehemmt.

672. Das Marktelement in Preisgleitklauseln orientiert sich dagegen idealerweise stark an der Wettbewerbssituation im Wärmesektor und den Opportunitätskosten für Verbraucherinnen und Verbraucher, die sich für Fernwärme anstelle einer alternativen Wärmetechnologie entscheiden. Eine stärkere Fokussierung auf das Marktelement verringert das Risiko für Verbraucherinnen und Verbraucher (auch im Rahmen langer Vertragslaufzeiten), dass sich Fernwärme-

preise deutlich anders entwickeln als die Wärmepreise alternativer Technologien. Fernwärmeanbieter haben durch vergleichsweise technologieunabhängige Vergütungsentwicklungen einen starken Anreiz zu einem effizienten Einsatz von Technologien und Ressourcen.

673. Gleichzeitig verlangt ein höherer Anteil des Marktelements Fernwärmeanbietern eine höhere Übernahme von Risiken im Hinblick auf Kostenentwicklungen ab. Dadurch können sich Investitionsrisiken und Finanzierungskosten erhöhen, wodurch die Investitionsbereitschaft gehemmt werden kann. Dies ist insbesondere problematisch, da entsprechende Investitionen in die Dekarbonisierung sowie die Erweiterung bzw. den Neubau von Netzen im Sinne einer Wärmewende notwendig sind.

674. Vor dem Hintergrund einer zunehmenden Ausschaltung des Systemwettbewerbs, die Segmentierung des Wärmemarktes in Monopolgebiete und die damit extrem hohe Abhängigkeit von Verbraucherinnen und Verbrauchern von einem einzigen Wärmelieferanten, schlägt die Monopolkommission zukünftig eine stärkere Gewichtung des Marktelements vor. Da das Marktelement stark von der allgemeinen Entwicklung und weniger von den individuellen Gegebenheiten abhängt, ist es geeigneter als das Kostenelement, eine Ausnutzung der Monopolstellung eines Fernwärmeanbieters zu unterbinden. Effizienzanreize und Anreize zur Vermeidung unnötiger Kosten bleiben stärker erhalten als in einem Regime mit einer starken Betonung des Kostenelements. Dies ist insbesondere in Märkten mit marktmächtigen Anbietern entscheidend.

675. Auch unter Berücksichtigung eines vergleichsweise intransparenten Marktes bietet eine stärkere Betonung des Marktelements Vorteile: Da das Marktelement unabhängig von den tatsächlichen (Kosten-)Strukturen eines Fernwärmeanbieters ausgestaltet werden soll, bietet diese Komponente große Potenziale für eine stärkere Standardisierung. So könnte beispielsweise ein deutschlandweit einheitlicher Index (oder eine Auswahl aus wenigen Indizes) vorgegeben werden, der als Marktelement genutzt werden muss. Damit würde die Preisgestaltung vereinheitlicht und dieser Bestandteil der Preisgleitklauseln vereinfacht.

676. Gleichzeitig scheint aktuell noch kein geeigneter Index zu existieren, der Preisentwicklungen im Wärmemarkt in allen Aspekten abbilden und somit als alleiniges Marktelement genutzt werden kann. Insbesondere Veränderungen im Technologiemarkt sowie die Abbildung der Kosten erneuerbarer Erzeugungsformen (mit typischerweise hohen anfänglichen Installations-, aber geringen variablen Kosten im Betrieb) können durch existierende Indizes oft nicht angemessen abgebildet werden. Eine Entwicklung und Bereitstellung eines geeigneten Indizes durch das Statistische Bundesamt könnte einen hohen Mehrwert bieten, da er weitgehende Standardisierungen und Vereinfachungen des Marktelements ermöglichen würde.

677. Um starke marktbasierte Anreizwirkungen zu gewährleisten, wäre es empfehlenswert, wenn das Marktelement deutlich mehr als 50 Prozent der gesamten Preisentwicklung ausmacht. Soll eine gewisse Kostenerstattung im Rahmen des Kostenelements auch weiterhin gewährleistet werden, wäre ein denkbarer Ansatz, die Entwicklung der Arbeitspreise zu 100 Prozent vom Marktelement, die Entwicklung des Grundpreises dagegen weiterhin vollständig vom Kostenelement abhängig zu machen. Damit würde eine Refinanzierung der Infrastruktur (Leitungsnetz und Anschluss von Haushalten) gewährleistet, da diese ohnehin über den Grundpreis

als fixer Preiskomponente refinanziert werden sollten.⁹⁸⁶ Über die Betonung des Marktelements im Arbeitspreis bliebe weiterhin der marktbasierter Anreiz erhalten, Wärme kosteneffizient zu erzeugen sowie auf eine marktbasierter Emissionsbepreisung zu reagieren.

678. Allerdings nehmen Preisgleitklauseln, unabhängig von ihrer Ausgestaltung, keinen Einfluss auf die ursprünglich vereinbarten Basispreise⁹⁸⁷. Da Preisgleitklauseln immer für Preisanpassungen in Relation zum ursprünglichen Basispreis sorgen, kann ein überhöhter Grundpreis dafür sorgen, dass ein über alle Preisanpassungen hinweg erhöhtes Preisniveau gesichert wird. Da der Basispreis zu Vertragsabschluss festgelegt wird, stehen Fernwärmeanbieter prinzipiell mit ihrem angebotenen Basispreis immer im Systemwettbewerb zu anderen Heizungstechnologien. Ein funktionierender Systemwettbewerb reicht somit aus, dass Fernwärmeanbieter über ihre Basispreise keine Marktmacht ausüben und somit keine erhöhten Basispreise verlangen können. Ist der Systemwettbewerb dagegen eingeschränkt, z. B. aufgrund eines Anschluss- und Benutzungszwangs oder weil alternative Wärmetechnologien nicht genutzt werden können oder dürfen, entsteht ein hoher Anreiz für Fernwärmeanbieter, über erhöhte Basispreise Marktmacht auszuüben und sich langfristig zuverlässige Mehreinnahmen zu sichern. Es ist davon auszugehen, dass der Preissetzungsspielraum in Bezug auf Basispreise aufgrund abnehmenden Systemwettbewerbs zukünftig eher größer als kleiner wird. Mittelfristig müsste ein solches Regulierungsregime somit vermutlich zumindest um eine Komponente für den Basispreis ergänzt werden.

5.1.3 Vereinfachte Price-Cap-Regulierung

679. Schließlich könnte auch die Einführung einer stark vereinfachten Price-Cap-Regulierung die Fernwärmepreise auf einem wettbewerbskonformen Niveau halten. Dabei würde Fernwärmeanbietern lediglich eine Preisobergrenze (z. B. auf Grundlage eines Indizes) vorgegeben, die einen hypothetischen Wettbewerb repräsentiert. Der von Fernwärmeanbietern verlangte Gesamtpreis dürfte dann maximal dieser Preisobergrenze entsprechen. Davon abgesehen würden für Fernwärmeanbieter keine spezifischen Zusatzregelungen in Bezug auf Preisgestaltung und Preisanpassungen gelten⁹⁸⁸. Durch die möglichst simple und einheitliche Ausgestaltung der Price-Cap-Regulierung soll der Regulierungsaufwand sowohl für Unternehmen als auch für Regulierungsbehörden möglichst gering gehalten werden, sodass die zu erwartenden Effizienzvorteile den Aufwand der Maßnahme klar überwiegen.

680. Der Vorteil einer solchen Price-Cap Regulierung bestünde darin, dass die preisdisziplinierende Wirkung konkurrierender Wärmetechnologien erhalten bleibt, auch wenn diese im konkreten Fall möglicherweise gar nicht eingesetzt werden können. So stellt beispielsweise die Wärmepumpe einen Systemwettbewerber dar, der im urbanen Raum in vielen Fällen aus Platz-

⁹⁸⁶ Somit also unabhängig von den variablen Verbrauchskosten in Form des Arbeitspreises, der verbrauchsabhängig und somit weniger geeignet zur Refinanzierung einmaliger Investitionskosten ist.

⁹⁸⁷ Als Basispreis wird der bei Vertragsabschluss vereinbarte Preis bezeichnet, der als Grundlage für auf Preisgleitklauseln beruhenden Preisveränderungen gilt.

⁹⁸⁸ Hiervon unberührt bleiben allgemeingültige Bestimmungen zur Vertragsgestaltung.

gründen nicht eingesetzt werden kann, wodurch eventuell Fernwärme als einzige Wärmetechnologie übrigbleibt. Verglichen mit einer Weiterentwicklung der Preisgleitklauseln fällt zudem die Problematik eventuell überhöhter Basispreise weg.

681. In den Niederlanden werden die Fernwärmepreise für Verbraucherinnen und Verbraucher bereits durch das nationale Wärmegesetz im Sinne eines solchen Price-Cap-Ansatzes reguliert.⁹⁸⁹ Ähnlich wie in Deutschland konzentrieren sich die wichtigsten Fernwärmenetze eher auf städtische Ballungsräume. Jedes Jahr bestimmt die niederländische Wettbewerbsbehörde (Autoriteit Consument en Markt, ACM) einen maximal zulässigen Fernwärmetarif, der sich am aktuellen Gaspreis orientiert.⁹⁹⁰ Seit dem 2020 überarbeiteten Wärmegesetz wird die Preisobergrenze temperaturabhängig für Wärmelieferungen bestimmt. Zudem gilt eine Preisobergrenze für Netzanschluss und -abkoppelung. 2020 wurde außerdem eine Experimentierklausel eingeführt, nach der es Ausnahmen für die Preisobergrenze geben kann, wenn die Fernwärme aus erneuerbaren Energiequellen stammt.⁹⁹¹

682. Das in Dänemark angewandte Wärmeversorgungsgesetz folgt einem eher kostenbasierten Regulierungsansatz, indem es Preise für die Wärmeversorgung, Erzeugung, Übertragung und den Verkauf sowie die Verkaufsbedingungen regelt. Fernwärme ist die überwiegende Wärmequelle für Haushalte, wobei Fernwärmenetze vor allem in städtischen Ballungsräumen vertreten sind, in denen es in der Regel einen Fernwärmeversorger gibt.⁹⁹² Preise für Fernwärme dürfen nur die "notwendigen Kosten" decken und bis auf wenige Ausnahmen keinen Profit bringen.⁹⁹³ Dies wird von der Energieregulierungsbehörde kontrolliert. Außerdem veröffentlicht die Behörde einmal im Jahr eine repräsentative Statistik mit Fernwärmepreisen.⁹⁹⁴ Dieser Ansatz soll Wärmekundinnen und -kunden vor dem Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung des Wärmeversorgungsunternehmens schützen.

683. Um marktbasierende Anreize zu erhalten und die Regulierungsvorgaben möglichst einfach und allgemein zu halten, scheint eine Price-Cap-Regulierung nach niederländischem Vorbild geeigneter als ein kostenbasierter Ansatz vergleichbar mit dem dänischen System. Zwar kann ein kostenbasierter Ansatz im Einzelfall übermäßige Preisaufschläge tendenziell zuverlässiger vermeiden, jedoch sollte gerade im Hinblick auf die vielen kleinen Fernwärmenetze in Deutschland der unverhältnismäßig hohe Aufwand einer Einzelfallermittlung von Kosten vermieden werden (siehe 4.1). Zudem verleitet eine kostenbasierte Regulierung Anbieter von Fernwärme eher zu unnötig hohen Kosten.

⁹⁸⁹ Niessink und Rösler (2015).

⁹⁹⁰ ACM (2024): <https://www.acm.nl/en/publications/revised-dutch-heat-act-effect>, Abruf am 21. Juni 2024.

⁹⁹¹ European Commission (2022), District heating and cooling in the European Union: overview of markets and regulatory frameworks under the revised Renewable Energy Directive, S.99.

⁹⁹² IEA (2023), Denmark review, S.114.

⁹⁹³ Euroheat & Power, Country by Country Report 2019.

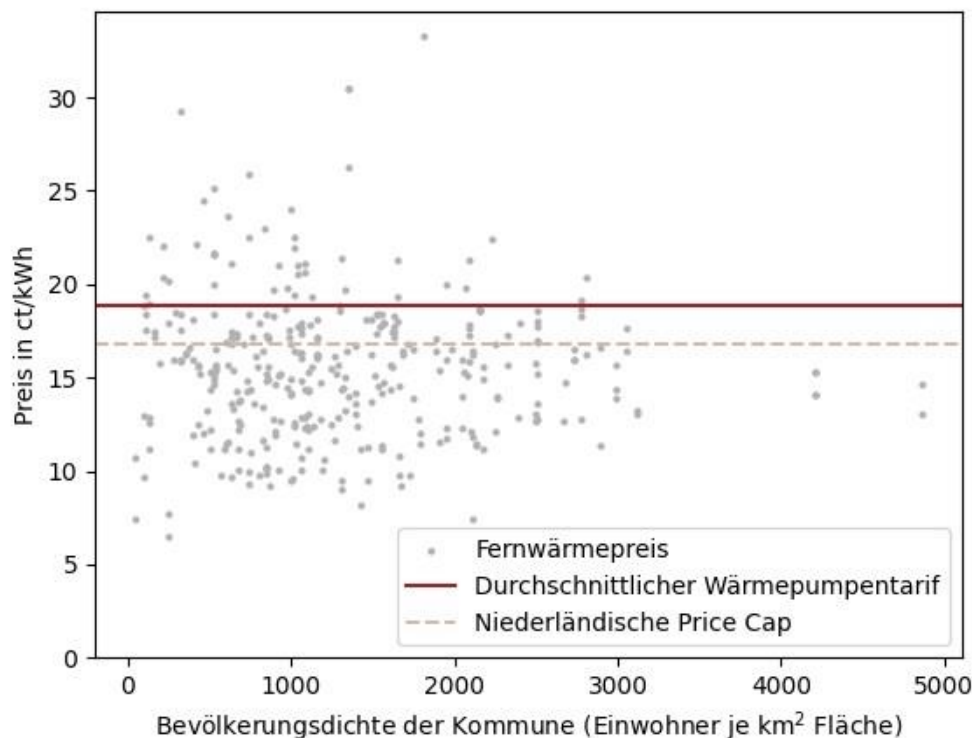
⁹⁹⁴ European Commission (2022), District heating and cooling in the European Union: overview of markets and regulatory frameworks under the revised Renewable Energy Directive, S.98.

684. Eine Price-Cap-Regulierung kann dagegen relativ losgelöst von den individuellen Gegebenheiten ausgestaltet werden. Eine naheliegende Option wäre, einen deutschlandweit einheitlichen Index bereitzustellen, der Preisentwicklungen im Wärmemarkt akkurat abbildet (siehe Textziffer 676 in Kapitel 5.1.2).⁹⁹⁵ Alternativ kann ein Index genutzt werden, der die Kosten der Wärmeerzeugung durch eine Wärmepumpe repräsentiert und somit gewissermaßen die Wärmepumpe deutschlandweit als hypothetischen Wettbewerber der Fernwärme erhält.⁹⁹⁶ Ein einheitlicher Index als Grundlage einer Price-Cap-Regulierung hat in jedem Fall den Vorteil, dass die Regulierungsvorgabe sehr einfach, allgemein gültig und verständlich und ihre Einhaltung leicht zu überprüfen ist.

685. Für einen großen Teil der Fernwärmenetze sollte ein solcher Regulierungsansatz auch aus unternehmerischer Sicht vertretbar sein. Abbildung V.8 zeigt exemplarisch, wie sich eine Price-Cap-Regulierung bei gegenwärtiger Preisgestaltung von Fernwärmeanbietern auswirken würde. Sofern ein deutschlandweit durchschnittlicher Wärmepumpentarif als Preisobergrenze für Fernwärme angesetzt würde (hierfür werden exemplarisch 18,86 Cent pro Kilowattstunde angesetzt, die sich aus den in Tabelle V.2 dargestellten Durchschnittspreisen für Wärmepumpenstrom zuzüglich Kosten für Anschaffung, Installation, Reparatur und Wartung ergeben) lägen lediglich 44 von 344 beobachteten Fernwärmeariften oberhalb dieser Grenze. Diese stammen überwiegend aus eher weniger dicht besiedelten Regionen. Eine solche Price Cap würde somit kaum die Profitabilität von Fernwärmeanbietern flächendeckend gefährden. Ist ein kostendeckender Betrieb einzelner Fernwärmenetze unter diesem Regime nicht möglich, stellt sich ohnehin die Frage, ob andere Wärmequellen (z. B. Wärmepumpen) in diesem Fall nicht die sinnvollere Alternative sind. In sehr dicht besiedelten Regionen, in denen der Einsatz von Wärmepumpen kaum möglich ist, hat Fernwärme zudem den strukturellen Vorteil, dass vergleichsweise viele Haushalte im Verhältnis zur Netzlänge angeschlossen werden können, was Kostenvorteile mit sich bringt. Dementsprechend liegen in den besonders dicht besiedelten Gebieten fast alle beobachteten Fernwärmearife unterhalb des durchschnittlichen Wärmepumpentarifs. Würde statt des Wärmepumpentarifs eine Price Cap in Höhe der aktuell in den Niederlanden geltenden (auf dem Gaspreis basierenden) Preisbegrenzung eingeführt (16,81 Cent pro Kilowattstunde für das Jahr 2024), wären mit 116 Tarifen bereits deutlich mehr Fernwärmeanbieter unmittelbar betroffen. Darunter lägen dann auch mehr Tarife aus dichter besiedelten Gebieten.

⁹⁹⁵ Gegebenenfalls ergänzt um eine regionale Komponente, falls geografische Unterschiede zu stark unterschiedlichen Kostenstrukturen führen.

⁹⁹⁶ Während Gas zur Wärmeerzeugung langfristig verdrängt werden soll, bietet ein Index auf Wärmepumpenstrom den Vorteil, dass diese Technologie sehr wahrscheinlich auch langfristig eine wichtige Rolle in der Wärmeerzeugung spielen wird.

Abbildung V.8: Price-Cap-Regulierung bei gegenwärtigen Fernwärmepreisen

Anm.: Dargestellt werden die Preise des Einfamilienhaus-Szenarios (18 MWh Verbrauch, 10 kW Anschlussleistung, 150 qm Wohnfläche). Die Preise für Fernwärme und Wärmepumpenstrom beinhalten die für dieses Verbrauchsprofil anfallenden Arbeits- und Grundpreis pro Kilowattstunde. Für die exemplarische Berechnung des durchschnittlichen Wärmepumpentarifs wurden zusätzlich einmalige Mehrkosten von EUR 25.000 für Anschaffung, Installation und Materialkosten für Peripherie, sowie jährliche Mehrkosten von EUR 400 für Wartung und Reparatur veranschlagt. Dabei wird vom Einsatz einer Luft-Wasser-Wärmepumpe mit einer Jahresarbeitszahl von 2,8 ausgegangen, die einmaligen Kosten werden gleichmäßig über 15 Jahre verteilt.

Quelle: Eigene Berechnungen; Niederländische Price Cap: Dutch Authority for Consumers and Markets (2023): <https://www.acm.nl/en/publications/maximum-heat-tariffs-2024-are-slightly-below-current-price-cap>, Abruf am 22. Mai 2024

686. Zuletzt kann es Gebiete geben, in denen ein Fernwärmenetz zwar für die Wärmelieferung notwendig ist (z. B. weil andere Technologien wie Wärmepumpen nicht flächendeckend betrieben werden können), aber im Rahmen der angewendeten Price-Cap-Regulierung nicht wirtschaftlich betrieben werden kann. Für solche Fälle sollte die Möglichkeit geschaffen werden, aufgrund einer sachlichen Rechtfertigung von den Price-Cap-Vorgaben abzuweichen und höhere Preise zu verlangen. Die Beweislast dafür kann dann beim Netzbetreiber liegen. Für diese Fälle wäre eine Einzelfallbetrachtung auf Kostenbasis notwendig. Möglich wäre in diesem Zusammenhang, einen relativen Aufschlag auf die Price-Cap zu gewähren, sodass sich die Preise auch in diesen Fällen abhängig von den vorgegebenen Indizes entwickeln. Bei geeigneter Wahl einer Price-Cap (z. B. Index auf Wärmepumpenstrom) sollte eine solche Einzelfallbetrachtung jedoch nur vereinzelt auftreten, um den Regulierungsaufwand auf ein Minimum zu beschränken.

5.2 Langfristige Lösung: Wettbewerbliches Marktdesign

687. Im Fernwärmesektor besteht in den meisten europäischen Ländern, wie in Deutschland, keine Marktöffnung wie bei Gas und Strom: Wärmeproduktion, Netzbetrieb- und Wärmevertrieb werden in der Regel von nur einem vollständig vertikal integrierten Unternehmen betrieben. Während das Fernwärmenetz ein natürliches Monopol darstellt, gilt dies allerdings nicht für Wärmeproduktion und Vertrieb, die grundsätzlich wettbewerblich ausgestaltet werden könnten. Eine Möglichkeit der wettbewerblichen Ausgestaltung wäre die Etablierung einer Drittzugangsregulierung. In der politischen Debatte um die Zukunft der Fernwärmenetze findet der Zugang dritter Wärmeproduzenten bisher allerdings hauptsächlich im Zusammenhang mit der Integration erneuerbarer Energien in die Netze Erwähnung.⁹⁹⁷ Die Monopolkommission hält es darüber hinaus auch für relevant, Drittzugang im Fernwärmesektor aus einer wettbewerblichen Perspektive zu diskutieren.

5.2.1 Wettbewerbliche Ausgestaltung einer Drittzugangsregulierung notwendig

688. Die Schaffung eines Zugangs für Drittanbieter ist gleichbedeutend mit einer Schwächung der Marktposition des bisherigen Fernwärmeanbieters, der im Regelfall ein vertikal integriertes Monopol innehat. Erhalten weitere Anbieter Zugang zum Fernwärmenetz, sind eventuelle Monopolpreise nicht mehr realisierbar, was den Gewinn des bisherigen Monopolisten reduziert. Es ist nicht zu erwarten, dass vertikal integrierte Betreiber von Fernwärme aus wettbewerblichen Gründen einen Anreiz dazu haben, Drittanbietern den Zugang zum eigenen Netz zu ermöglichen, auch wenn dies technisch möglich wäre. Gleichzeitig kann ein solcher Zugang in vielen Fällen aber gesamtwirtschaftlich wünschenswert sein, da der resultierende Wettbewerb die Marktmacht einzelner Anbieter beschränkt, was zu einer Reduzierung der Fernwärmepreise und einer Steigerung der Wohlfahrt führt. Die erfolgreiche Gewährung eines Zugangs für Drittanbieter zum Fernwärmenetz kann daher nur durch entsprechende rechtliche Vorgaben erfolgen.

689. Die tatsächlichen Auswirkungen auf den Wettbewerb hängen allerdings von Art und Ausgestaltung der Zugangsregulierung ab.⁹⁹⁸ Gleichzeitig führt die Struktur der Wärmenetze dazu, dass nicht alle denkbaren Zugangsmaßnahmen technisch und wirtschaftlich umgesetzt werden können. Ein Drittzugang kann sich beispielsweise auf die Erzeugungsebene beschränken, indem Wärmeproduzenten ein Recht auf Einspeisung ihrer Wärme in Fernwärmenetze eingeräumt wird.⁹⁹⁹ Allerdings verbleibt in diesem Fall das Monopol auf der Netzebene, ebenso wie das im Vertrieb. Effizienzgewinne könnten also nur bei der wettbewerblich organisierten Wärmeproduktion realisiert werden. Allerdings könnten Fernwärmeunternehmen bereits jetzt trotz ihres Netzmonopols Anreize zur möglichst effizienten Wärmeproduktion haben. Es wäre daher – abhängig von der jeweiligen Ausgestaltung – unter Umständen fraglich, ob sich durch den Wett-

⁹⁹⁷ Siehe dena, Regulatorische Modelle für eine klimaneutrale Fernwärme in Deutschland, 2023, <https://www.dena.de/newsroom/publikationsdetailansicht/pub/studie-regulatorische-modelle-fuer-eine-klimaneutrale-fernwaeirme-in-deutschland/>, Abruf am 21. Juni 2024.

⁹⁹⁸ Vgl. zu verschiedenen denkbaren Modelle noch unten, 5.2.2.

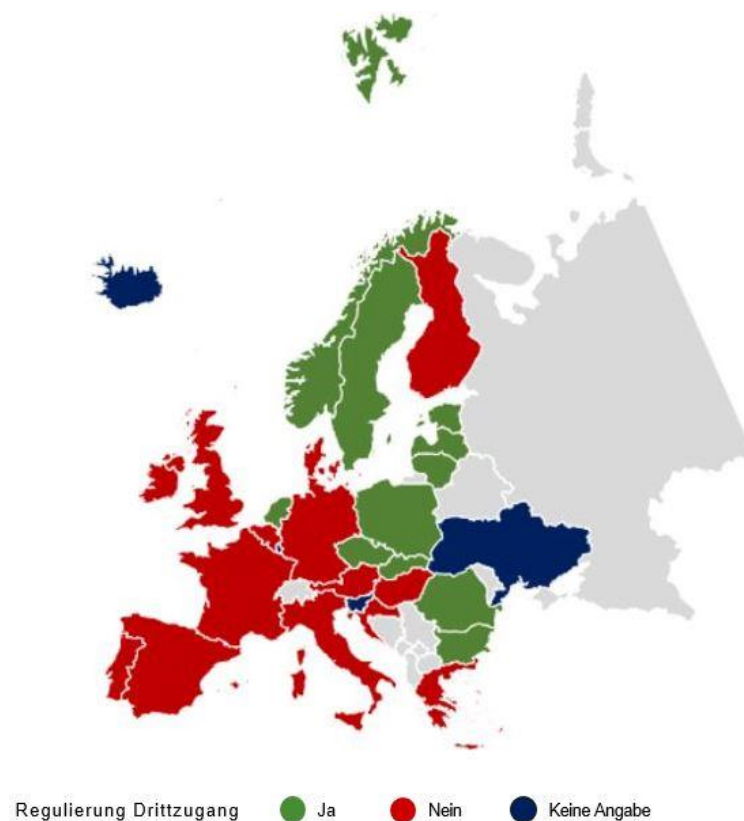
⁹⁹⁹ Auch hierbei sind allerdings wieder verschiedene Ausgestaltungen denkbar.

bewerb auf dieser Ebene überhaupt Effizienzgewinne realisieren ließen. Das konzeptionelle Gegenstück hierzu wäre ein vollständiger Zugang zum Netz: Wärmeproduzenten dürften nicht nur ihre Wärme ins Netz einspeisen, sondern auch über das Netz an Kundinnen und Kunden vermarkten und an diese durchleiten. Dies hätte den Vorteil, dass neben der Vorleistungsebene auch Wettbewerb auf der Vertriebssebene entstehen würde. Die Kundinnen und Kunden könnten dann zwischen verschiedenen konkurrierenden Fernwärmeanbietern auswählen, es bestünde echter Wettbewerb auf der Endkundenebene. Voraussetzung hierfür wäre allerdings ein relativ aufwendig zu implementierendes Zugangs- und Entgeltregulierungssystem, mit dem der Netzzugang realisiert würde. Wirtschaftlich realisierbar wäre ein solcher Ansatz vermutlich nur in sehr großen Netzen mit vielen Kundinnen und Kunden. In den allermeisten Netzen dürfte er zudem auf erhebliche technische Hürden stoßen.

690. Nach der 2023 reformierten Erneuerbaren-Energien-Richtlinie (Renewable Energy Directive II, RED II)¹⁰⁰⁰ sind Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, im Fernwärmesektor den Anteil erneuerbarer Energien auszubauen, indem entweder Maßnahmen umgesetzt werden, die den Anteil erneuerbarer Energien in Wärme- (und Kälte-)Netzen um ein Prozent pro Jahr erhöhen, oder Drittanbietern von Wärme aus erneuerbaren Quellen Netzzugang zu gewähren. Trotz der RED II gibt es in weiten Teilen Europas aber noch keine explizite Regulierung für den Zugang Dritter zu Fernwärmenetzen. Abbildung V.9 unterstreicht, dass dies vor allem für Westeuropa gilt.

¹⁰⁰⁰ Richtlinie (EU) 2023/2413 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Oktober 2023 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2018/2001, der Verordnung (EU) 2018/1999 und der Richtlinie 98/70/EG im Hinblick auf die Förderung von Energie aus erneuerbaren Quellen und zur Aufhebung der Richtlinie (EU) 2015/652 des Rates, ABl. L, 2023/2413, 31. Oktober 2023.

Abbildung V.9: Aktueller Stand zu Drittzugangsregulierungen im Fernwärmesektor in Europa



Quelle: Befragung von Fernwärmeunternehmen und -Stakeholdern durch die EU-Kommission im Rahmen der Studie „District heating and cooling in the European Union: overview of markets and regulatory frameworks under the revised Renewable Energy Directive“, Abruf am 21. Juni 2024

691. Daher ist die Frage, wie der Drittzugang zu Fernwärmenetzen wettbewerblich etabliert werden kann, aktuell von besonders hoher Relevanz. Dies gilt im internationalen Vergleich auch für Deutschland, da es hier bisher keine explizite Regulierung für den Zugang Dritter zu Wärmenetzen gibt. Drittzugang muss somit mit dem monopolistischen Netzbetreiber bilateral verhandelt werden (sog. „verhandelter Zugang“). Ein Zustandekommen hängt stark vom Interesse des etablierten Fernwärmeanbieters ab. Ein solcher Drittzugang kommt daher nicht in allen Fällen, in denen er wirtschaftlich zu realisieren wäre, zur Anwendung. Die Einführung einer Regulierung für den Drittzugang zu Fernwärmenetzen birgt demnach grundsätzlich das Potenzial, zukünftig Abhängigkeiten und rechtliche Unsicherheiten zu reduzieren und erfolgreich den Wettbewerb im Fernwärmesektor zu stärken.

5.2.2 Modelle zur wettbewerblichen Ausgestaltung einer Drittzugangsregulierung

692. Es gibt verschiedene Möglichkeiten, Drittzugang im Fernwärmesektor herzustellen. Basierend auf einem internationalen europäischen Vergleich von Regulierungen zum Fernwärmenetz-Drittzugang in der Europäischen Union, sowie unter Einbezug bestehender wissenschaftlicher Literatur hat die Europäische Kommission kürzlich eine Übersicht über mögliche Regulierungsregimes erstellt, die als Orientierung für die wettbewerbliche Regulierungsausgestaltung

dienen kann.¹⁰⁰¹ Die verschiedenen Optionen für die Regulierung der Lieferkette von Fernwärme sind in der folgenden Abbildung aufgeführt.

Abbildung V.10: Regulierungsmodelle für den Drittzugang zu Fernwärmenetzen in der EU



Quelle: Darstellung der Regulierungsalternativen für Drittzugang zu Fernwärmenetzen in ausgewählten EU-Staaten durch die EU-Kommission (2022) basierend auf wissenschaftlicher Literatur und dem Vergleich nationaler Regulierungen in Europa

693. Die in Abbildung V.10 dargestellten Regulierungsoptionen für den Drittzugang sind wie folgt zu verstehen. Zunächst nimmt die Wettbewerbsintensität von oben nach unten entlang der sechs aufgeführten Modelle tendenziell zu, wobei die erste Darstellung eine voll vertikal integrierte Lieferkette zeigt, bei der Wärmeproduktion, Netzbetrieb und Vertrieb von einem Monopolisten gehandhabt werden und es keine Option für Drittzugang gibt. In der zweiten Regulierungsoption, die die aktuelle Situation in Deutschland widerspiegelt, liegt zwar ebenfalls

¹⁰⁰¹ European Commission (2022): District heating and cooling in the European Union: overview of markets and regulatory frameworks under the revised Renewable Energy Directive, S. 109, https://energy.ec.europa.eu/publications/district-heating-and-cooling-european-union_en, Abruf am 21. Juni 2024.

eine vollständige vertikale Integration vor. Es gibt zwar rechtlichen Spielraum für den Drittzugang auf Produktionsebene, der auf freiwilliger Basis zwischen dem etablierten Monopolisten und anderen Wärmeproduzenten ausgehandelt werden kann. In der Regel sind hier aber die rechtlichen Unsicherheiten so groß, dass es in der Praxis nicht immer zu Drittzugang kommt, wo dies möglich wäre. Das dritte und vierte aufgeführte Regulierungsmodell zeigen ebenfalls eine vollständige vertikale Integration der Lieferkette. Der Drittzugang von Wärmeproduzenten ist hier aber reguliert. Die strukturellen Unterschiede bestehen darin, dass das dritte Modell den Drittzugang von Produzenten auf Fälle begrenzt, in denen der etablierte Monopolist beispielsweise zusätzliche Versorgungskapazität benötigt. Es besteht also keine Regelmäßigkeit. Im vierten Modell gibt es hingegen eine Regelmäßigkeit, z. B. durch langfristige Verträge zur Wärmeeinspeisung dritter Produzenten oder in regelmäßigen Abständen festgelegte Auktionen. Das vorletzte Regulierungsmodell beschreibt die vollständige Entkoppelung von Wärmeproduktion und Netzbetrieb, in der die Netzinfrastruktur allen Wärmeerzeugern zu gleichen Bedingungen zugänglich ist. Allerdings besteht kein Wettbewerb im Vertrieb. Im Gegensatz hierzu führt die letzte Regulierungsoption die vollständige Separierung von Wärmeproduktion, Netzbetrieb und Vertrieb („full unbundling“) auf. Wie zuvor ist in diesem Fall die Netzinfrastruktur den Wärmeerzeugern zu gleichen Bedingungen zugänglich. Zusätzlich konkurrieren aber verschiedene Unternehmen auf der Vertriebsseite um die Belieferung von Kundinnen und Kunden.

694. Insgesamt zeigen die beschriebenen Modelle basierend auf bisheriger wissenschaftlicher Literatur und etablierten nationalen Regulierungsregimen verschiedene Möglichkeiten auf, um langfristig über die Einführung einer Drittzugangsregulierung für mehr Wettbewerb im Fernwärmesektor zu sorgen. In der konkreten Ausgestaltung einer wettbewerblich motivierten Drittzugangsregulierung sieht die Monopolkommission eine nachhaltig relevante Möglichkeit, Wettbewerb im Fernwärmesektor voranzutreiben. Ein Regulierungsansatz, der einen Fokus auf den Zugang zu natürlichen Netzmonopolen setzt, hätte das Potenzial, vor allem in großen Fernwärmenetzen dynamischeren Wettbewerb zu ermöglichen, sofern sich mehrere Anbieter auf Erzeugungs- und Versorgungsebene etablieren und um Verbraucherinnen und Verbraucher konkurrieren. Optimaler Weise könnte in diesen Fällen langfristig auf tiefgreifende preisregulatorische Maßnahmen verzichtet werden.¹⁰⁰² Die Monopolkommission empfiehlt daher, bei der politischen Diskussion um die Perspektive des Fernwärmesektors strukturelle Lösungen wie eine Zugangsregulierung in Betracht zu ziehen und zu prüfen, welche Ausgestaltungsform zu einer tatsächlichen Verbesserung der Wettbewerbssituation führen kann.

6 Zusammenfassung der Ergebnisse und Empfehlungen

695. Die Monopolkommission empfiehlt, auch bei den Transformationsanstrengungen der Wärmewende die Rolle des Wettbewerbs nicht aus den Augen zu verlieren. Nur ein funktionierender Wettbewerb – hilfsweise ein regulierungsinduzierter „Als-ob-Wettbewerb“ – auf den Wärmemärkten sorgt dafür, dass sich die effizientesten Technologien durchsetzen und sichert

¹⁰⁰² Hiervon ausgenommen bleibt die Verteilungsebene (Betrieb der Netzinfrastruktur), für die auch bei wettbewerblicher Ausgestaltung der anderen Produktionsebenen aufgrund ihres natürlichen Monopolcharakters spezifische Regulierungsvorgaben notwendig sind. Langfristig wäre jedoch auch denkbar, dass der Netzbetrieb selbst stärker wettbewerblich organisiert wird, z. B. über Ausschreibungen.

dadurch niedrige Preise für die Endkundinnen und Endkunden. Dies schafft die dringend benötigte Akzeptanz für die Wärmewende.

696. Die besondere Rolle, die Fernwärme bei der Dekarbonisierung der Gebäudeheizung spielen soll, stellt insofern eine Herausforderung dar. Fernwärmenetze sind grundsätzlich natürliche Monopole und werden im Regelfall von vertikal integrierten Unternehmen betrieben, die Produktion, Verteilung und Vertrieb in einer Hand konzentrieren, ohne sich dem Wettbewerb mit anderen Fernwärmeunternehmen stellen zu müssen. Bei der Entscheidung von Hauseigentümerinnen und Hauseigentümern bei der Wahl einer Heiztechnologie steht Fernwärme zwar grundsätzlich im Wettbewerb mit anderen Technologien. Insbesondere in urbanen Regionen ist dieser jedoch häufig eingeschränkt, weil die technischen, baulichen oder wirtschaftlichen Voraussetzungen für deren Einsatz fehlen.

697. Die Monopolkommission hat zur Vorbereitung dieses Gutachtens erstmals empirische Untersuchungen des Fernwärmemarktes durchgeführt, die bestätigen, dass sich Fernwärmeunternehmen zumindest teilweise nur einem unvollständigen Wettbewerbsdruck ausgesetzt sehen. Beispielsweise weisen die Preise für Fernwärme eine erheblich größere Streuung als die Preise für Gas und Wärmepumpenstrom auf. Gleichzeitig korrelieren diese Preise nicht signifikant mit dem Fernwärmepreis. Beides lässt sich als Indiz für einen schwach ausgeprägten Wettbewerb deuten, auch wenn es andere Erklärungsansätze gibt.

698. Verschärft wird diese Problematik noch durch die neuen Regelungen zur Regulierung von Heiztechnologien für die Wärmewende und der kommunalen Wärmeplanung. Damit die Wärmewende gelingen kann, sollen Öl- und Gasheizungen hierdurch unattraktiv werden. Sie werden damit zugleich als Wettbewerbsfaktor entfallen. Es verbleibt als Alternative vor allem die Nutzung von Wärmepumpen, die aber nicht überall einsetzbar sind. Durch die mit der Wärmeplanung intendierte Aufteilung von Gemeindegebieten und die damit einhergehende Koordination des Netzausbaus wird in den Fernwärmegebieten der Wettbewerbsdruck durch alternative Heiztechnologien weiter zurückgehen.

699. Der bestehende Regulierungsrahmen ist angesichts dieser Wettbewerbsmängel nicht ausreichend. Die Regelungen der AVBFernwärmeV betreffend Preisgleitklauseln vermögen die absolute Preishöhe der Fernwärmeunternehmen nicht zu beschränken. Dies kann nur durch das kartellrechtliche Missbrauchsverbot erreicht werden. Dessen Durchsetzung durch die Kartellbehörden hat angesichts methodischer Schwierigkeiten bisher jedoch nicht zu klaren Kriterien geführt, an denen sich Fernwärmeunternehmen und Kundinnen oder Kunden orientieren können. Zudem ist eine privatrechtliche Rechtsdurchsetzung wegen Informationsasymmetrien zwischen Fernwärmeunternehmen und Kundinnen sowie Kunden nur sehr schwer möglich.

700. Die Monopolkommission schlägt daher drei kurzfristig umsetzbare Regulierungsmaßnahmen auf dem Fernwärmemarkt vor, die trotz fehlender wettbewerblicher Anreize eine effizientere Preisgestaltung sichern sollen, ohne dabei einen unverhältnismäßigen Regulierungsaufwand zu benötigen.

- Schaffung einer Vergleichsplattform: Eine Plattform, die Preis- und Erlösdaten sowie Informationen zu den eingesetzten Brennstoffen bereitstellt, könnte die erhebliche Informationsasymmetrie zwischen Fernwärmeunternehmen und Kundinnen sowie Kunden

verringern. Diese hätten dadurch bessere Möglichkeiten, ihre Rechte selbst durchzusetzen. Zudem erhöht ein Preisvergleich trotz fehlender Wechselmöglichkeiten den öffentlichen Rechtfertigungsdruck auf Fernwärmeunternehmen mit besonders hohen Preisen.

- **Stärkung des Marktelements gegenüber dem Kostenelement in den Preisgleitklauseln:** Eine stärkere Orientierung der Preisänderungen von Fernwärmeunternehmen am allgemeinen Wärmemarkt anstelle der eigenen Produktionskosten verringert das Risiko, dass sich die Fernwärmepreise in erheblichem Umfang anders entwickeln als der allgemeine Wärmemarkt. Außerdem werden auf diesem Wege stärkere Anreize zur Vermeidung unnötiger Kosten geschaffen. Das Marktelement sollte sich insbesondere auf die Entwicklung der Arbeitspreise auswirken.
- **Einführung einer vereinfachten Price-Cap-Regulierung:** Eine Preisobergrenze, die Fernwärmepreise (Gesamtpreis pro MWh Verbrauch) nach oben begrenzt und gemäß einem Index jährlich anpasst wird, kann den Preissetzungsspielraum effektiv begrenzen. Als Grundlage für Preisanpassungen kann ein neu aufzusetzender Index oder ein vergleichbarer, durchschnittlicher Strompreis für Wärmepumpen (im Sinne eines „hypothetischen Systemwettbewerbs“) genutzt werden.

701. Langfristig sollte zudem erwogen werden, auch im Fernwärmemarkt ein wettbewerbliches Marktdesign zu entwickeln. Das natürliche Monopol der Fernwärme besteht nur auf der Verteilungsebene – also dem Netz. Wärmeproduktion und -vertrieb könnten dagegen auch im Wettbewerb organisiert werden. Erforderlich wäre hierfür ein Zugangsrecht von Wärmeproduzenten zu den Fernwärmenetzen. Dieses kann auf unterschiedliche Weise ausgestaltet werden und hat dementsprechend unterschiedliche Auswirkungen auf den Wettbewerb. Vorbild hierfür können verschiedene Systeme der Zugangsregulierung sein, die in anderen europäischen Staaten bereits umgesetzt wurden. Die möglichen Vorteile und Probleme solcher Zugangsmodelle sollten in Zukunft vor dem Hintergrund einer strukturellen Weiterentwicklung des Fernwärmemarktes vertieft untersucht werden.

Kapitel VI

Wettbewerbsadäquate Steuerung der DB InfraGO AG

Kurz gefasst	352
1 Einleitung.....	354
2 Bisherige Steuerungsinstrumente blieben weitgehend wirkungslos	355
3 Vergleich mit Steuerungsinstrumenten in Nachbarländern hilfreich.....	358
3.1 Österreich.....	358
3.2 Schweiz.....	361
4 Eisenbahnpolitische Ziele des Bundes durch den Gesetzgeber festlegen	363
5 Infraplan wirksam aufstellen	365
5.1 Nutzerorientierte Kennzahlen und Leistungsvorgaben implementieren	367
5.2 Ambitionierte, aber realisierbare Zielwerte setzen	369
5.3 Zielerreichung wirksam durchsetzen.....	370
5.4 Finanzierung langfristig sicherstellen	371
6 Anreizregulierung als paralleles Steuerungsinstrument weiter stärken	373
7 Managementvergütung stärker an Zielerreichung der Kennzahlen knüpfen	376
8 Unabhängigkeit der DB InfraGO AG sicherstellen.....	378
9 Zusammenfassung und Empfehlungen	379

Kurz gefasst

K31. Ende des Jahres 2023 ist die **DB InfraGO AG aus der Verschmelzung der beiden Infrastruktursparten DB Netz AG und DB Station&Service AG** hervorgegangen. Die Eisenbahninfrastruktur soll sich zukünftig weniger an betriebswirtschaftlichen Interessen und **stärker als bisher am Gemeinwohl** orientierten. Damit das gelingt, setzt der Bund auf eine stärkere politische Steuerung der Eisenbahninfrastruktur und entwickelt entsprechende Steuerungsinstrumente. Die Monopolkommission bezieht in diesem Gutachten hierzu Stellung und macht Vorschläge für eine wettbewerbsadäquate Steuerung der DB InfraGO AG.

K32. Der derzeitige schlechte Zustand des Eisenbahnnetzes und die Negativrekorde bei der Pünktlichkeit und der Kundenzufriedenheit zeigen deutlich, dass die **bisherigen Steuerungs- und Regulierungsinstrumente nicht ausreichend** sind, um für einen qualitativ hochwertigen und verlässlichen Zugverkehr zugunsten der Reisenden und Verlader zu sorgen. Die zukünftige Steuerung der DB InfraGO AG wie auch des gesamten DB-Konzerns muss nun in **erster Linie auf die Kundenzufriedenheit ausgerichtet werden**. Das ist zwingende Voraussetzung dafür, die klimapolitisch notwendige Verkehrsverlagerung auf die Schiene endlich voranzubringen.

K33. Das Ziel der Kundenzufriedenheit und andere **eisenbahnpolitische Ziele** müssen nach Auffassung der Monopolkommission nun **gesetzlich definiert werden**, etwa im Deutsche Bahn Gründungsgesetz, damit klar wird, auf welche Ziele die Steuerung der DB InfraGO AG ausgerichtet werden soll. **Eine Definition des Gemeinwohls darf nicht wie bisher dem Aufsichtsrat der DB AG überlassen werden**. Das ist Aufgabe von Bundestag und Bundesrat als gesetzgebende Organe.

K34. Zur Operationalisierung der Gemeinwohlziele soll im sog. Infraplan ein konkretes Arbeitsprogramm für die DB InfraGO AG mit einem Zeithorizont von fünf Jahren entwickelt werden. Entsprechende gesetzliche Regelungen in den Nachbarländern Österreich und Schweiz können dabei vorbildhaft sein. Die Monopolkommission empfiehlt, den **Infraplan, wie in den Nachbarländern, gesetzlich zu verankern**. Davon verspricht sie sich eine **höhere Verbindlichkeit**, an denen es den bisherigen Plänen in Deutschland mangelt.

K35. Der Bund beabsichtigt, die Umsetzung der **Vorgaben des Infraplans** mittels noch zu entwickelnder Kennzahlen zu messen. Die Monopolkommission schlägt vor, hierbei auch auf **nutzerorientierte Kennzahlen, vor allem Pünktlichkeitsziele**, zu setzen. Die Zielwerte sollten sukzessive erhöht werden und der DB InfraGO AG zugleich der erforderliche Freiraum gelassen werden, wie sie die Ziele erreichen möchte.

K36. Um die Zielerreichung wirksamer als bislang durchzusetzen, sollte der Infraplan mit bestehenden Steuerungsinstrumenten, vor allem der Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung (LuFV) und der Anreizregulierung, harmonisiert werden. Die bisherigen Instrumente sind nach Auffassung der Monopolkommission zu wenig aufeinander abgestimmt und entfalten somit nur eine unzureichende Wirksamkeit. **Insbesondere haben die Qualitätsvorgaben der LuFV keine Qualitätsverbesserung erreicht**.

K37. Die Monopolkommission schlägt daher vor, **Qualitätsziele der DB InfraGO AG in der Anreizregulierung der Trassenentgelte zu verankern** und die Anreizregulierung um eine Qualitätskomponente zu erweitern. Die Preisobergrenze der Trassenpreise sollte hierbei vor allem von den durch die Infrastruktur verursachten Verspätungsminuten abhängen und Verfehlungen der Zielwerte entsprechend zu Abschlägen bei den Trassenentgelten führen. Dadurch wird ein Anreiz für die DB InfraGO AG gesetzt, die infrastrukturbedingten Verspätungsminuten zu reduzieren, was derzeit in der LuFV nicht ausreichend der Fall ist.

K38. Sodann sollte auch die **Managementvergütung deutlich stärker als bisher an die Erreichung von Qualitätskennzahlen gekoppelt werden**. Marktüblich ist die Gewährung einer Kombination aus kurz- und langfristigen variablen Vergütungen. Für die Bestimmung der **kurzfristigen Boni** sollte die Erreichung der **Pünktlichkeitsziele** maßgeblich sein. Die **langfristigen Boni** (über drei bis fünf Jahre laufend) sollten sich nach der **Erreichung der Ausbau- und Instandhaltungsziele des Infraplanes und der Einhaltung der Kostenpläne** bestimmen.

K39. Die Monopolkommission erachtet weiterhin dringend eine möglichst **weitgehende organisatorische Unabhängigkeit der DB InfraGO AG von den restlichen Konzerngesellschaften der DB AG** als notwendig. Bei einer Beibehaltung der bestehenden Konzernstrukturen der DB AG besteht die Gefahr, dass die Ausrichtung der DB InfraGO AG eher auf das Konzernwohl als auf das Gemeinwohl erfolgt. Erst durch eine eigentumsrechtliche Trennung der Eisenbahninfrastruktur kann gewährleistet werden, dass die DB InfraGO AG nachhaltig auf das Gemeinwohl ausgerichtet wird. Sollte das derzeit politisch nicht umsetzbar sein, **empfiehlt die Monopolkommission dringend eine stärkere personelle Entflechtung der Führungspositionen der DB InfraGO AG zu den restlichen Konzerngesellschaften**.

1 Einleitung

702. Das Schienennetz der Deutsche Bahn AG (DB AG) befindet sich in einem schlechten Zustand. Das macht der aktuelle InfraGO-Zustandsbericht deutlich.¹⁰⁰³ Die Folge sind Negativrekorde bei Verspätungen und Zugausfälle zulasten Reisender und Verlader.¹⁰⁰⁴ Das wird seitens der DB AG hauptsächlich mit einer Unterfinanzierung der Eisenbahninfrastruktur begründet.¹⁰⁰⁵ Entsprechend hat sich die Ampelregierung darauf verständigt, bis 2029 weitere EUR 31,5 Mrd. in das Bestandsnetz zu investieren.¹⁰⁰⁶

703. Allerdings greift es nach Auffassung der Monopolkommission deutlich zu kurz, die Probleme der Eisenbahninfrastruktur allein auf eine Unterfinanzierung zurückzuführen. Vielmehr zeigt sich, dass die bisherigen Regulierungsinstrumente und Anreizmechanismen nicht ausreichen, um für eine qualitativ hochwertige Infrastruktur und damit auch für einen leistungsfähigen und zuverlässigen Zugverkehr zu sorgen. Eine leistungsfähige, qualitativ hochwertige und gut ausgebaute Schieneninfrastruktur ist jedoch für die gesamte Wirtschaft und für die ökologisch erforderliche Verkehrswende und die Erreichung der Klimaschutzziele im Verkehrssektor von großer Bedeutung.

704. Die Monopolkommission empfiehlt in diesem Gutachten daher, die Regulierungs- und Steuerungsinstrumente der Eisenbahninfrastruktur klar an der Kundenzufriedenheit auszurichten, und zwar an jener der Eisenbahnverkehrsunternehmen (EVU) als direkte Kunden und an jener der Reisenden als indirekte Kunden. Es muss sichergestellt werden, dass die Milliardenbeträge des Bundes klar auf dieses Ziel ausgerichtet werden. Dazu bedarf es insbesondere der Transparenz der Mittelverwendung. Diese trägt auch zu einem effizienten Umgang mit den öffentlichen Mitteln des Bundes bei.

705. Die Bundesregierung hat sich im Koalitionsvertrag eine stärkere politische Steuerung der Eisenbahninfrastruktur zum Ziel gesetzt.¹⁰⁰⁷ Zum einen soll die Eisenbahninfrastruktur zukünftig als Wirtschaftsunternehmen unter besonderer Berücksichtigung gemeinwohlorientierter Ziele betrieben werden.¹⁰⁰⁸ Zum anderen plant der Bund ein umfassendes Modernisierungsprogramm in die Eisenbahninfrastruktur und möchte hierzu durch eine Reform des Bundes-schienenwegeausbaugesetzes auch neue Förderungsmöglichkeiten durch den Bund schaffen.

706. Zur Ausrichtung der Eisenbahninfrastruktur auf das Gemeinwohl hat der Aufsichtsrat der DB AG am 27. September 2023 beschlossen, die beiden Infrastruktursparten DB Netz AG und

¹⁰⁰³ DB InfraGO AG, InfraGO-Zustandsbericht Netz und Personenbahnhöfe 2023, 2024.

¹⁰⁰⁴ Im November 2023 erreicht die DB AG mit einer betrieblichen Pünktlichkeit im Fernverkehr von nur noch 52 Prozent den tiefsten Wert seit Jahren; https://www.deutschebahn.com/de/konzern/konzernprofil/zahlen_fakten/puenktlichkeitswerte-6878476, Abruf am 29. Mai 2024.

¹⁰⁰⁵ DB InfraGO AG, InfraGO-Zustandsbericht Netz und Personenbahnhöfe 2023, a. a. O., S. 4.

¹⁰⁰⁶ <https://bmdv.bund.de/SharedDocs/DE/RedenUndInterviews/2024/wissing-funke-02-04-2024.html>, Abruf am 11. Juni 2024.

¹⁰⁰⁷ Mehr Fortschritt wagen: Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, Koalitionsvertrag 2021-2025, a. a. O., S. 49; Bundesregierung, Klimaschutzprogramm 2030 der Bundesregierung zur Umsetzung des Klimaschutzplans 2050, 2019, S. 66.

¹⁰⁰⁸ Satzung der DB InfraGO AG Art. 1 (1) und Art. 1 (6).

DB Stationen&Service AG zu einer Gesellschaft zu verschmelzen. Die neue Gesellschaft firmiert als DB InfraGO AG und ist als Teil des DB Konzerns am 27. Dezember 2023 durch Eintrag in das Handelsregister gegründet worden.

707. Die Ziele des Unternehmens sind in der Satzung der DB InfraGO AG formuliert. Hierzu zählen unter anderem die „Steigerung des Anteils des schienengebundenen Personen- und Güterverkehrs am gesamten Verkehrsaufkommen, [...] die Schaffung einer bedarfsgerechten, leistungsfähigen und effizienten Eisenbahninfrastruktur mit hoher Kapazität, Qualität und Resilienz [...] [und] die Ermöglichung eines diskriminierungsfreien Wettbewerbs.“¹⁰⁰⁹ Gegenstand der DB InfraGO AG ist vor allem der Aus- und Neubau, die Instandhaltung und der Betrieb der Eisenbahninfrastruktur.¹⁰¹⁰

708. Mit der Aufstellung der DB InfraGO AG plant der Bund nach Angaben des Bundesverkehrsministeriums zugleich eine stärkere politische Steuerung der Infrastruktur. Ein wesentliches Steuerungsinstrument soll der Infraplan sein, der ein konkretes Arbeitsprogramm für die DB InfraGO AG mit einem Zeithorizont von fünf Jahren darstellen soll.¹⁰¹¹ Die Zielerreichung soll anhand von Kennzahlen überprüft und die Ziele jährlich angepasst und fortgeschrieben werden. Die Bundesregierung sieht dabei das Jahr 2024 als Übergangsjahr, in dem die grundlegenden Funktionen und Kennzahlen des Infraplans erstellt werden und Steuerungsinstrumente für die DB InfraGO AG entwickelt werden.¹⁰¹²

709. Es müssen also noch Instrumente entwickelt werden, mit denen die DB InfraGO AG auch langfristig darauf ausgerichtet wird, beständig in die Qualität der Infrastruktur zu investieren. Denn die DB InfraGO AG betreibt auch weiterhin ein natürliches Monopol. Sie sieht sich nicht dem gleichen Wettbewerbsdruck ausgesetzt wie andere Unternehmen, die ständig die Qualität ihrer Leistungen verbessern und ihre wirtschaftliche Effizienz steigern müssen, um im Wettbewerb zu bestehen.

710. Die Monopolkommission äußert sich daher in diesem Hauptgutachten zu diesen Themen und macht Vorschläge zur wettbewerbsadäquaten Steuerung der DB InfraGO AG. Sie weist zunächst auf bestehende Steuerungsdefizite hin und leitet daraus Verbesserungsvorschläge ab. Insbesondere sollten die politischen Ziele der Steuerung zunächst klar und verständlich gefasst werden. Anschließend sollten die bestehenden Steuerungsinstrumente kohärenter auf die Qualitätsziele ausgerichtet werden.

2 Bisherige Steuerungsinstrumente blieben weitgehend wirkungslos

711. Zunächst ist festzustellen, dass es unter anderem mit dem Bundesverkehrswegeplan, dem Fünf-Jahres-Plänen des Bundesschienenwegeausbaugesetzes, dem Masterplan Schienenverkehr und dem Zielfahrplan Deutschlandtakt an Plänen im Eisenbahnsektor nicht mangelt.

¹⁰⁰⁹ Satzung der DB InfraGO AG Art. 2.

¹⁰¹⁰ Ebenda.

¹⁰¹¹ BMDV, DB InfraGO startet pünktlich zum Jahreswechsel, <https://bmdv.bund.de/SharedDocs/DE/Artikel/K/db-infrago-startet-zum-jahreswechsel.html>, Abruf am 29. Mai 2024.

¹⁰¹² Deutscher Bundestag, Grundlage der Vorstandsvergütung bei der DB InfraGO, <https://www.bundestag.de/presse/hib/kurzmeldungen-988320>, Abruf am 29. Mai 2024.

Auch eine kennzahlenbasierte Steuerung ist bereits in der Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung (LuFV)¹⁰¹³ angelegt.

712. Als Gegenleistung für die im Rahmen der LuFV gezahlten Infrastrukturbeiträge des Bundes verpflichten sich die Eisenbahninfrastrukturunternehmen (EIU), die Schienenwege in einem qualitativ hochwertigen Zustand zu erhalten und zu verbessern. Dazu enthält die LuFV Qualitätskennzahlen wie z. B. der theoretische Fahrtzeitverlust, die Anzahl der Infrastrukturmängel und das Alter der Gleise, die den Infrastrukturstand widerspiegeln sollen. Für diese Kennzahlen enthält die Vereinbarung jährliche Zielvorgaben. So soll beispielsweise der theoretische Fahrtzeitverlust im Jahr 2024 gegenüber dem Vorjahr um 11 Prozent verringert werden. Werden die in der LuFV vertraglich vereinbarten Ziele verfehlt, kann der Bund seinen Infrastrukturbeitrag ganz oder teilweise zurückfordern. Dadurch sollen Anreize für Qualitätsverbesserungen gesetzt werden.

713. Unter den bestehenden Strukturen ist es jedoch fraglich, ob dadurch tatsächlich hinreichende Anreize gesetzt werden. Werden Sanktionen aufgrund der Verfehlung der Qualitätskennzahlen ausgesprochen, sanktioniert sich der Bund in gewisser Weise selbst, da der DB Konzern weniger Gewinn an den Bund abführt und der Bund somit gegebenenfalls seine finanziellen Zuwendungen erhöhen muss. Ist das der Fall, wirken jedwede Sanktionen für den DB Konzern neutral und entfalten entsprechend keine Anreize zur Qualitätsverbesserung. Daher schlägt die Monopolkommission vor, die Qualitätsziele stärker in der Anreizregulierung und der Managementvergütung zu verankern, worauf in den Abschnitten 6 und 7 eingegangen wird.

714. Zudem ist festzustellen, dass sowohl die oben genannten Pläne als auch die kennzahlenbasierte Qualitätssteuerung bisher keine Verbesserungen hinsichtlich der Netzqualität bewirkt haben. Das machen die Netzzustandsberichte der DB InfraGO AG deutlich. Mehr als die Hälfte der untersuchten Strecken befindet sich im Berichtszeitraum 2023 in einem mittelmäßigen, schlechten oder mangelhaften Zustand und sind damit mindestens instandsetzungsbedürftig. Die gesamthafte Zustandsnote verschlechterte sich im Jahr 2023 weiter und erreicht nunmehr eine Schulnote von 3,03.¹⁰¹⁴ Im Vorjahr war der Wert mit 3,01 nur etwas besser.¹⁰¹⁵

715. Ein Defizit der Qualitätskontrolle in der LuFV ist, dass diese anhand wenig aussagekräftiger Qualitätskennzahlen erfolgt, wie etwa dem theoretischen Fahrtzeitverlust. Diese umfassen nur wenige Bereiche der Eisenbahninfrastruktur und dementsprechend ist die Aussagekraft der Kennzahlen in Bezug auf die Gesamtqualität der Infrastruktur stark gemindert, worauf die Monopolkommission bereits in der Vergangenheit hingewiesen hat.¹⁰¹⁶ Somit attestierten die seit dem Jahr 2008 jährlich von der DB AG auf Basis der Qualitätskennzahlen der LuFV erstellten Infrastrukturzustands- und -entwicklungsberichte der Eisenbahninfrastruktur (IZB) eine solide Qualität – trotz offensichtlich fortschreitenden Verfalls. Dieses Narrativ wurde erst mit dem seit

¹⁰¹³ EBA, LuFV - Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung, https://www.eba.bund.de/DE/Themen/Finanzierung/LuFV/lufv_node.html, Abruf am 29. Mai 2024.

¹⁰¹⁴ DB InfraGO AG, InfraGO-Zustandsbericht Netz und Personenbahnhöfe 2023, a. a. O., S. 28.

¹⁰¹⁵ DB InfraGO AG, Netzzustandsbericht Fahrweg 2022 der DB InfraGO AG, 2024, S. 3.

¹⁰¹⁶ Monopolkommission, 9. Sektorgutachten Bahn: Time to GO: Endlich qualitätswirksam in den Wettbewerb!, Baden-Baden, 2023, Tz. 97 ff.

2023 veröffentlichten Netzzustandsbericht der DB InfraGO AG aufgegeben. Andernfalls ließen sich die öffentlich bereitgestellten Milliardenbeträge für die Generalsanierung des Schienennetzes wohl auch nicht rechtfertigen.

716. Bei Verfehlung der vereinbarten Ziele hat der Bund zwar einen Anspruch, die Bundesmittel teilweise zurückzufordern. Das gilt jedoch nur für sog. sanktionsbewehrte Qualitätskennzahlen. Für die Kundinnen und Kunden wesentliche Kennzahlen wie die Störungen des Netzes und die Netzverfügbarkeit sind hiervon ausgenommen und „nicht sanktionsbewehrt“.¹⁰¹⁷ Doch sind auch die Sanktionen der sanktionsbewehrten Qualitätskennzahlen im Vergleich zu den Bundesmitteln (im Zeitraum 2019-2021 waren das EUR 9,3 Mrd.)¹⁰¹⁸ sehr gering. So ist der maximale Rückforderungsbetrag bei der Verfehlung von bis zu drei sanktionsbewehrten Kennziffern auf EUR 20 Mio. pro Kennziffer begrenzt. Es ist davon auszugehen, dass davon keine hinreichenden Anreize für Qualitätsverbesserungen ausgehen.

717. Neben den Qualitätszielen in der LuFV existiert eine Reihe von weiteren vereinzelten Maßnahmen, die den Infrastrukturbetreiber zur Förderung und Sicherstellung der Qualität im Eisenbahnsektor anreizen sollen. Hierzu zählt das in § 39 Abs. 2 ERegG verankerte System für gegenseitige Ausgleichszahlungen zwischen Infrastrukturbetreiber und Verkehrsunternehmen für jeweils verursachte Verspätungen. Darüber hinaus gibt es im Hinblick auf das Baustellenmanagement verschiedene gesetzliche Vorschriften sowie qualitätsfördernde Maßnahmen, die baustellenbedingte Kapazitätseinschränkungen minimieren und eine stabile Durchführung von Bauvorhaben gewährleisten sollen.

718. Diese kleinteiligen Einzelmaßnahmen sind jedoch wenig aufeinander abgestimmt und bilden keinen kohärenten Rahmen, hinreichende Anreize für Qualitätssteigerungen für die DB InfraGO AG zu setzen, wie die Monopolkommission bereits in der Vergangenheit betont hat.¹⁰¹⁹ Aus ihrer Sicht sollten die Anreizmechanismen besser aufeinander abgestimmt werden, um beständige und systematische Anreize für Qualitätsverbesserungen zu setzen. Die Monopolkommission hat hierzu unter anderem bereits im Sektorgutachten Bahn 2023 empfohlen, die Qualitätsregulierung in der Anreizregulierung der Trassenpreise zu verankern und auch die Anreizregulierung zu einem zentralen Steuerungsinstrument zu entwickeln.¹⁰²⁰ Hierauf wird in Abschnitt 6 eingegangen.

719. Daher sind allein von der Entwicklung eines weiteren Plans und weiterer Qualitätskennzahlen keine Verbesserungen zu erwarten. Entscheidend wird sein, die bestehenden Steuerungsdefizite zu beheben. Zudem sollte die Transparenz in der Berichterstattung des DB-Konzerns deutlich erhöht werden, damit der Bund bei Qualitätsdefiziten gegensteuern und seiner Rolle als Eigentümer gerecht werden kann. Hierauf wird in Abschnitt 4 eingegangen.

¹⁰¹⁷ Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung III (LuFV III), § 13.4.

¹⁰¹⁸ Bundesrechnungshof, Bericht nach § 99 BHO zur Dauerkrise der Deutschen Bahn AG- Hinweise für eine strukturelle Weiterentwicklung, Bonn, 2023, S. 16.

¹⁰¹⁹ Monopolkommission, 9. Sektorgutachten Bahn: Time to GO: Endlich qualitätswirksam in den Wettbewerb!, a. a. O., Tz. 113 ff.

¹⁰²⁰ Ebenda, Tz. 105 ff.

3 Vergleich mit Steuerungsinstrumenten in Nachbarländern hilfreich

720. Um Lösungsansätze für die bestehenden Steuerungsdefizite zu entwickeln, können die Steuerungsinstrumente in den Nachbarländern Österreich und Schweiz herangezogen werden, bei denen regelmäßig Spitzenwerte bei der Pünktlichkeit im Personenverkehr erreicht werden. So erzielte die ÖBB im Personenfernverkehr im Mai 2024 eine Pünktlichkeit von 80,2 Prozent¹⁰²¹, die SBB kam von Januar bis Mai 2024 auf eine Pünktlichkeit von 91,8 Prozent.¹⁰²² Die DB weist für Mai 2024 63,1 Prozent pünktlicher Züge im Personenfernverkehr aus.¹⁰²³

721. Wenngleich aufgrund unterschiedlicher Strukturen und unterschiedlicher Rechtsformen die Modelle in Österreich und der Schweiz nicht direkt übertragbar sind, könnten einzelne Regelungselemente vorbildhaft sein. Hierzu zählt insbesondere, dass die eisenbahnpolitischen Ziele in den Nachbarländern klarer definiert sind als in Deutschland und die dortigen Pläne, die als Vorbild für den Infraplan dienen sollen, gesetzlich verankert sind, wie der folgende Vergleich zeigt.

3.1 Österreich

722. Das österreichische Schienennetz hat eine Länge von 5611 km und wird von insgesamt 19 EIU betrieben, wovon neun Unternehmen eine nicht vernetzte Infrastruktur betreiben, die häufig rein touristischen Verkehren dient.¹⁰²⁴ Das größte EIU ist die ÖBB Infrastruktur AG, die 92 Prozent des Schienennetzes in Österreich betreibt¹⁰²⁵ und sich vollständig im Eigentum des ÖBB-Konzerns befindet. Die Anteile werden zu 100 Prozent von der Republik Österreich gehalten.

723. Die Grundlage für die Investitionsentscheidungen in die Infrastruktur bildet das „Zielnetz“ als langfristige Strategie des Bundes zum Ausbau des Bahnnetzes in Österreich.¹⁰²⁶ Es soll die Investitionen enthalten, die in einem Zeitrahmen von 15 bis 20 Jahren umzusetzen

¹⁰²¹ OEGB, Pünktlichkeitswerte Österreich, <https://www.oebb.at/de/rechtliches/puenktlichkeit/oesterreich>, Abruf am 29. Mai 2024.

¹⁰²² SBB, SBB Statistikportal, <https://reporting.sbb.ch/puenktlichkeit?=&years=1,4,5,6,7&scroll=600&highlighted=>, Abruf am 29. Mai 2024. In der Schweiz gilt ein Zug als pünktlich, wenn er weniger als drei Minuten Verspätung hat. Zudem werden im Gegensatz zu Deutschland kurzfristig ausgefallene Züge als unpünktlich gewertet.

¹⁰²³ Deutsche Bahn, Erläuterung Pünktlichkeitswerte für den Mai 2024, https://www.deutschebahn.com/de/konzern/konzernprofil/zahlen_fakten/puenktlichkeitswerte-6878476, Abruf am 29. Mai 2024.

¹⁰²⁴ Schienen Control, Jahresbericht 2022: Ihr Recht am Zug, https://www.schienencontrol.gv.at/epaper/sc_jb_2022/pdf/apfJahresbericht2022.pdf, Abruf am 29. Mai 2024. Zum Vergleich sind in Deutschland über 180 Schienenwegebetreiber auf einem Schienennetz von ca. 39.200 km tätig. Der größte Netzbetreiber ist die DB InfraGO AG mit ca. 33.400 km, siehe EbA, Eisenbahnunternehmen, https://www.eba.bund.de/DE/Themen/Eisenbahnunternehmen/eisenbahnunternehmen_node.html, Abruf am 25. Juni 2024. Die nicht bundeseigenen Eisenbahninfrastrukturunternehmen (EIU) befinden sich in öffentlichem (Kommunen, andere Gebietskörperschaften) oder privaten Eigentum. Zu den größten nicht bundeseigenen EIU zählen bspw. die RegioInfra Gesellschaft mbH oder die Eisenbahnen und Verkehrsbetriebe Elbe-Weser GmbH.

¹⁰²⁵ Schienen Control, Jahresbericht 2022: Ihr Recht am Zug, https://www.schienencontrol.gv.at/epaper/sc_jb_2022/pdf/apfJahresbericht2022.pdf, S. 94, Abruf am 29. Mai 2024.

¹⁰²⁶ § 42 Bundesbahngesetz. Grob vergleichbar mit dem Zielnetz ist in Deutschland etwa der Bundesverkehrswegeplan, der allerdings neben Schienenwegen auch Straßen und Wasserwege umfasst.

sind. Das derzeit gültige Zielnetz 2025+ wurde Anfang 2012 von der damaligen Bundesregierung beschlossen und soll bis 2030 umgesetzt sein. Darin sind unter anderem die Schaffung von Voraussetzungen für kürzere Reisezeiten und besseren Umsteigemöglichkeiten sowie die Modernisierung von Bahnhöfen und Terminals prioritär vorgesehen.¹⁰²⁷ Das Bundesministerium für Klimaschutz, Umwelt, Energie, Mobilität, Innovationen und Technologie (BMK) entwickelt derzeit das Zielnetz 2040. Es wird in Abstimmung mit der ÖBB-Infrastruktur AG und der Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH (SCHIG mbH)¹⁰²⁸ erarbeitet. Eine Beschlussfassung wird im Laufe dieses Jahres angestrebt.

724. Umgesetzt wird das Zielnetz schrittweise über den jeweils für einen sechsjährigen Zeitraum zu erstellenden ÖBB-Rahmenplan für das Netz der ÖBB-Infrastruktur AG (§ 42 Bundesbahngesetz). Der Rahmenplan wird jährlich um ein Jahr ergänzt und auf den neuen Zeitraum angepasst. Darin werden der Ausbau, der Substanzerhalt und die Finanzierung der ÖBB-Infrastruktur festgelegt. Der Rahmenplan kann daher als Vorbild für den Infraplan gesehen werden. Allerdings hat der Rahmenplan Gesetzeskraft und hinterlegt die geplanten Projekte mit einer Finanzierung. Beides ist für den Infraplan derzeit nicht der Fall.

725. Nach § 42 Abs. 1 Bundesbahngesetz hat die ÖBB-Infrastruktur AG die Kosten für die Erfüllung ihrer Aufgaben selbst zu tragen. Darüber hinaus kann der Bund Zuschüsse an die ÖBB Infrastruktur AG gewähren, die in weiterer Folge vertraglich vereinbart werden (Zuschussverträge). Zudem kann das BMK über das Mittelfristige Investitionsprogramm auch Finanzierungsbeiträge für Infrastrukturinvestitionen und -erhaltungsmaßnahmen für die anderen Privatbahnen gewähren.¹⁰²⁹

726. Die rechtliche Grundlage des Rahmenplans bildet das Bundesbahngesetz. Die Bundesregierung beschließt gemeinsam mit dem Rahmenplan, der dem Parlament als Bericht zu übermitteln ist, den Entwurf eines Bundesgesetzes, das die Finanzierung der Zuschüsse an die ÖBB-Infrastruktur AG regelt (Vorbelastungsgesetz).¹⁰³⁰ Danach kann der Zuschussvertrag zum jeweiligen Rahmenplan zwischen dem Bund und der ÖBB-Infrastruktur AG abgeschlossen werden, welcher die vertragliche Grundlage zur Umsetzung der Investitionen darstellt. Im aktuellen Rahmenplan 2024-2029 sind Investitionen von EUR 21,1 Mrd. vorgesehen, davon EUR 4,7 Mrd. für Instandhaltungsmaßnahmen.

727. Die ÖBB-Infrastruktur AG ist verpflichtet, die vom Bund gewährten Zuschüsse in sparsamer, wirtschaftlicher und zweckmäßiger Weise einzusetzen. Zur Überwachung und Kontrolle dieser vertraglichen Verpflichtung hat der Bund nach § 45 Bundesbahngesetz die SCHIG mbH

¹⁰²⁷ OEÖBB, Zielnetz 2040 – Das Bahnnetz der Zukunft, <https://infrastruktur.oebb.at/de/unternehmen/fuer-oesterreich/zukunft-bahn-zielnetz>, Abruf am 29. Mai 2024.

¹⁰²⁸ Die SCHIG mbH ist ein Unternehmen im Eigentum der Republik Österreich, deren Eigentümerrechte von der Bundesministerin für Klimaschutz, Umwelt, Energie, Mobilität, Innovation und Technologie ausgeübt werden. Ihr obliegt unter anderem die Mitwirkung bei der Vorbereitung und Durchführung von Zuschussverträgen gemäß § 42 Bundesbahngesetz, § 3 Schieneninfrastrukturfinanzierungsgesetz.

¹⁰²⁹ BMK, Privatbahnen, <https://www.bmk.gv.at/themen/verkehr/eisenbahn/foerderungen/privatbahnen.html>, Abruf am 29. Mai 2024.

¹⁰³⁰ Ebenda.

mit der laufenden Durchführung der Überwachung der Einhaltung des Zuschussvertrages beauftragt.¹⁰³¹ Hierzu werden in den Zuschussverträgen Ziele, Qualitätskriterien und Kennzahlen vereinbart. Mit Hilfe der Zielwerte für diese Kennzahlen werden der ÖBB-Infrastruktur AG Leistungsvorgaben in Form von Indikatoren und Qualitätskriterien gegeben, die die ÖBB-Infrastruktur AG erreichen soll.

728. Diese Kennzahlen orientieren sich an den Bestimmungen des § 55b Eisenbahngesetz i. V. m. Anhang V der Richtlinie 2012/34/EU. Hierzu zählen insbesondere nutzerorientierte Leistungsvorgaben wie die Zuverlässigkeit des Zugbetriebs und die Kundenzufriedenheit. Für die Zuverlässigkeit des Netzbetriebs ist die tatsächliche Verfügbarkeit des Kernnetzes maßgeblich, die im Vertragszeitraum bis 2027 mindestens 97 Prozent betragen soll. Die Kundenzufriedenheit wiederum bestimmt sich nach den Kennziffern Pünktlichkeit und Barrierefreiheit. Im Personenverkehr soll die ÖBB-Infrastruktur AG im Jahr 2024 eine Pünktlichkeit von 95,8 Prozent erreichen, die bis 2027 auf 96,1 Prozent gesteigert werden soll. Bis 2027 sollen 90 Prozent der Verkehrsstationen barrierefrei sein.¹⁰³² Entsprechende Vorgaben zur Kundenzufriedenheit gibt es derzeit in der LuFV in Deutschland nicht.

729. Im Rahmen der Überwachung der Einhaltung der Zuschussverträge nach § 42 Abs. 2 Bundesbahngesetz hat die SCHIG mbH durch einen Vergleich der Ist- mit den Planwerten und durch eine entsprechende Abweichungsanalyse die Ergebnisse der Kontrolle der Umsetzung des Rahmenplans nachvollziehbar darzustellen. Die ÖBB-Infrastruktur AG hat jährlich dem Bund und der SCHIG mbH einen Bericht über die Umsetzung des Rahmenplans vorzulegen.

730. Eisenbahnverkehrsunternehmen, die Fahrwegkapazität auf der vom Vertragsinhalt erfassten Eisenbahninfrastruktur nutzen oder nutzen werden, haben die Möglichkeit, sich vor Vertragsabschluss über den vorgesehenen Vertragsinhalt zu informieren und zu äußern. Zudem muss die ÖBB-Infrastruktur AG dem BMK und dem Bundesministerium für Finanzen einen jährlichen Rationalisierungs- und Einsparungsplan mit einer halbjährlichen Vorschaurechnung vorlegen. Darüber hinaus ist die ÖBB-Infrastruktur AG verpflichtet, auf ihrer Website eine Aufstellung über die Zielerreichung der Kennzahlen frei zugänglich zur Verfügung zu stellen. Diese Aufstellung ist mindestens einmal jährlich zu aktualisieren.

731. Wird ein für das jeweilige Geschäftsjahr vereinbarter Zielwert durch die ÖBB-Infrastruktur AG nicht erreicht, ist von dieser an den Bund eine Ausgleichszahlung zu entrichten. Die Höhe der von der ÖBB-Infrastruktur AG zu entrichtenden Ausgleichszahlung ist von der Abweichung der Kennzahl vom Zielwert abhängig und ist vertraglich geregelt. Demnach beträgt die Ausgleichszahlung für eine Verschlechterung von Kennzahlen gegenüber dem Zielwert von 15,0 Prozent oder mehr derzeit maximal EUR 2,0 Mio. je Kennzahl. Daher ist die Höhe der maximalen Ausgleichszahlungen für Verfehlungen der Kennzahlen als ähnlich gering zu bewerten, wie es in Deutschland der Fall ist. Das heißt, allein von den Ausgleichszahlungen bzw. Sanktionen sind auch in Österreich eher geringe Anreizwirkungen für Qualitätsverbesserungen zu erwarten.

¹⁰³¹ In Deutschland erfolgt eine Prüfung der vereinbarten Zielvorgaben nach der Vorlage des Infrastrukturzustands- und -entwicklungsberichts seitens der Deutsche Bahn AG durch das Eisenbahn-Bundesamt, Staebe, in Staebe Hrsg., ERegG – Eisenbahnregulierungsgesetz, Kommentar, München, 2018, §§ 29, 30 Rn. 24.

¹⁰³² Anlage 1 Zuschussvertrag gemäß § 42 Abs. 2 Bundesbahngesetz.

Größere Wirkungen scheinen von der rechtlichen Verankerung des Rahmenplans und von der gesicherteren Finanzierung durch die Zuschussverträge auszugehen.

732. Ist eine Verschlechterung von Kennzahlen von jeweils 15 Prozent gegenüber dem Zielwert absehbar, sind der Bund und die SCHIG mbH umgehend von der ÖBB-Infrastruktur AG zu informieren und Gespräche über Gegenmaßnahmen einzuleiten. Die SCHIG mbH stellt in ihren jährlichen Berichten über die Einhaltung der vertraglichen Verpflichtungen gemäß § 42 Abs. 1 Bundesbahngesetz die Erreichung der Kennzahlen dar. Etwaige Ausgleichszahlungen verrechnet das BMK mit der ÖBB-Infrastruktur AG. Beispielsweise in Bezug auf die Pünktlichkeit unterschritt die ÖBB-Infrastruktur AG den Grenzwert von 96 Prozent im Jahr 2019 um einen Prozentpunkt. Die SCHIG mbH errechnete für das Unterschreiten des Zielwerts eine Ausgleichszahlung in Höhe von EUR 133.333,33.¹⁰³³

3.2 Schweiz

733. Das Eisenbahnnetz in der Schweiz hat eine Gesamtlänge von 5317 km. Dort sind über 35 Infrastrukturbetreiber tätig, die mehrheitlich in öffentlicher Hand sind. Ein großer Teil der Bahngesellschaften ist sowohl Infrastrukturbetreiber als auch EVU. Der größte Infrastrukturbetreiber ist die Schweizer Bundesbahn (SBB), die etwa 60 Prozent des Schienennetzes betreibt.¹⁰³⁴ Der Bund ist Alleinaktionär der SBB AG und nimmt seine Interessen durch den Bundesrat wahr. Dieser vergibt Konzessionen an die Infrastrukturbetreiber, das Bundesamt für Verkehr (BAV) erneuert diese.¹⁰³⁵ Die Finanzierung der Infrastrukturbetreiber erfolgt über Leistungsvereinbarungen.

734. Die langfristige Planung des Ausbaus des Schienennetzes erfolgt in Ausbausritten des strategischen Entwicklungsprogramm Bahninfrastruktur (STEP). Die Bahnen, der Bund und die Regionen können ihre Ausbauwünsche äußern. Die Ausbauwünsche werden vom BAV gesammelt, nach volkswirtschaftlichen Kriterien bewertet und priorisiert und schließlich in Ausbauprogramme überführt. Das schweizerische Bahnsystem wird damit im Sinne einer rollierenden Planung schrittweise ausgebaut.

735. Der Bundesrat und das Parlament beschließen die jeweiligen Ausbausritte und die finanziellen Mittel für den Ausbau. Zu jedem Ausbausritt wird gleichzeitig jeweils ein Netznutzungskonzept publiziert, zu dessen Entwurf vorab Stellung genommen werden kann. Dadurch soll sichergestellt werden, dass künftige Bedürfnisse von Personen- und Güterverkehr erfüllt werden können. Im aktuellen „Ausbausritt 2035“ (STEP AS 2035) hat das Parlament im Jahr 2019 Investitionen von ca. sFr. 13 Mrd. bewilligt. Damit soll das Angebot sowohl im Fern- wie

¹⁰³³ Bericht des Rechnungshofes, Zuschussverträge zur Finanzierung der Schieneninfrastruktur der ÖBB, 2021, S. 65.

¹⁰³⁴ BFS, Infrastruktur und Streckenlänge, <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/mobilitaet-verkehr/verkehrsinfrastruktur-fahrzeuge/streckenlaenge.html>, Abruf am 29. Mai 2024.

¹⁰³⁵ Eine Konzession wird unter Beteiligung der jeweiligen Kantone für höchstens 50 Jahre erteilt. Sie kann geändert und erneuert werden; Art. 6 Eisenbahngesetz.

auch im S-Bahn-Verkehr weiter verdichtet und an die steigende Nachfrage angepasst werden.¹⁰³⁶

736. Grundlage für die Steuerung der SBB ist das SBB-Gesetz. Der Bundesrat legt für jeweils vier Jahre fest, welche strategischen Ziele der Bund als Eigner der SBB erreichen will. Diese Definition der eisenbahnpolitischen Ziele des Eigentümers fehlt derzeit in Deutschland. Für die jeweiligen Divisionen Personen- und Güterverkehr und Infrastruktur der SBB werden separate Ziele formuliert. Bezüglich der Infrastruktur formuliert der Bund in den strategischen Zielen von 2024 bis 2027, dass die SBB „den Zustand ihrer Netze und Anlagen durch adäquate Investitionen langfristig auf einem qualitativ hohen Niveau [hält] und für eine effiziente Nutzung der Netzkapazitäten [sorgt]“. ¹⁰³⁷ Der Verwaltungsrat der SBB sorgt für die Umsetzung der strategischen Ziele. Er erstattet dem Bundesrat jährlich Bericht über die Zielerreichung und stellt die notwendigen Informationen für deren Überprüfung zur Verfügung. ¹⁰³⁸ Die Ziele und die Zielerreichung werden transparent publiziert. Der Bundesrat erwartet zudem, dass die SBB mindestens vierteljährlich mit Vertreterinnen und Vertretern des Bundes einen Informationsaustausch pflegt. Eine entsprechende Transparenz der Ziele und Zielerreichung ist im deutschen Eisenbahnsystem nicht zu beobachten.

737. Der Bund finanziert Betrieb, Substanzerhalt sowie Ausbau der Eisenbahninfrastruktur über den Bahninfrastrukturfonds (BIF), der sich aus verschiedenen Quellen speist, unter anderem aus dem allgemeinen Bundeshaushalt, Kantonsbeiträgen, Steuereinnahmen und einer Schwerkverkehrsabgabe. ¹⁰³⁹ Der Bund ist dabei nicht nur für die Finanzierung der nationalen Infrastruktur (vor allem der SBB), sondern auch für die Infrastruktur der Privatbahnen ¹⁰⁴⁰ verantwortlich, wobei die Kantone einen Beitrag leisten müssen. Somit ist der Bund für die Finanzierung der Bahninfrastruktur zuständig und schließt auch die entsprechenden Vereinbarungen mit den Infrastrukturbetreibern ab. Hierbei kommt dem Bundesamt für Verkehr eine zentrale Rolle zu.

738. Insbesondere hat das BAV den Auftrag, den Substanzerhalt und den Ausbau des Schienennetzes zu begleiten und zu planen. Für den Substanzerhalt schließt der Bund mit den Infrastrukturbetreibern vierjährige Leistungsvereinbarungen ab und vereinbart mit ihnen Ziele für die Infrastruktur. Zu diesen Zielen gehören unter anderem die Gewährleistung der Verfügbarkeit, Resilienz und Qualität des Netzes sowie der langfristige Werterhalt. ¹⁰⁴¹ Ein entsprechender Zahlungsrahmen für den Betrag aller Leistungsvereinbarungen im jeweiligen Zeitraum (in der

¹⁰³⁶ BAV, Ausbauschrift 2035, <https://www.bav.admin.ch/bav/de/home/verkehrsmittel/eisenbahn/bahninfrastruktur/ausbauprogramme/ausbauschrift-2035.html>, Abruf am 29. Mai 2024.

¹⁰³⁷ UVEK, Strategische Ziele für die SBB, <https://www.uvek.admin.ch/uvek/de/home/uvek/bundesnahe-betriebe/sbb/strategische-ziele.html>, Abruf am 29. Mai 2024.

¹⁰³⁸ SBB Gesetz Art. 8.

¹⁰³⁹ BAV, Der Bahninfrastrukturfonds BIF, <https://www.bav.admin.ch/bav/de/home/verkehrsmittel/eisenbahn/bahninfrastruktur/bahninfrastrukturfonds.html>, Abruf am 29. Mai 2024.

¹⁰⁴⁰ Bei den sog. Privatbahnen handelt es sich in der Regel um Eisenbahnunternehmen, die zwar privatrechtlich organisiert aber ganz oder mehrheitlich in öffentlicher Hand sind.

¹⁰⁴¹ BAV, Leistungsvereinbarungen: Ziele und Kennzahlen <https://www.bav.admin.ch/bav/de/home/verkehrsmittel/eisenbahn/bahninfrastruktur/substanzerhalt-und-betrieb/lv-kennzahlen.html>, Abruf am 29. Mai 2024. Kennzahlen für den langfristigen Werterhalt sind bspw. die Erneuerungsrate der Gleise und Weichen.

Regel vier Jahre) wird vom Parlament verabschiedet. Die Leistungsvereinbarungen werden durch das BAV publiziert. Das BAV überprüft die Zielerreichung und kann Empfehlungen für Anpassungen abgeben und gegebenenfalls Korrekturmaßnahmen festlegen. Aus den strategischen Zielen werden Kennzahlen abgeleitet, die unter Beteiligung des Verbands öffentlicher Verkehr (VÖV) festgelegt werden.¹⁰⁴² So ist auch ein Benchmarking der Infrastrukturbetreiber untereinander möglich.

4 Eisenbahnpolitische Ziele des Bundes durch den Gesetzgeber festlegen

739. Voraussetzung einer Steuerung der DB AG und der DB InfraGO AG ist, dass der Bund festlegt, auf welche Ziele die Steuerung ausgerichtet sein soll. Dieses war und ist für den Gesamtkonzern bislang nicht der Fall. Die eisenbahnpolitischen Ziele des Bundes sind inhaltlich nicht klar definiert. „Dem Bund fehlt nach wie vor eine überzeugende Eigentümerstrategie. Es gelingt ihm nicht, die Geschäftstätigkeiten der DB AG auf die Interessen des Bundes auszurichten,“ so auch der Bundesrechnungshof.¹⁰⁴³ Nach Angaben der Bundesregierung wird die Eigentümerstrategie zur Beteiligung des Bundes an der DB AG und deren Führungsgesellschaften derzeit innerhalb der Bundesregierung abgestimmt. Näheres ist zum Zeitpunkt der Veröffentlichung dieses Gutachtens nicht bekannt.¹⁰⁴⁴ Die DB InfraGO AG soll sodann durch die Verankerung der gemeinwohlorientierten Ziele in ihrer Satzung (dazu sogleich) und über den Infraplan (siehe dazu unten) sowie einer künftigen Leistungsvereinbarung (LV) InfraGO an den eisenbahnpolitischen Zielen des Bundes ausgerichtet werden.¹⁰⁴⁵

740. Die Eisenbahninfrastruktur soll sich nach Maßgabe des Koalitionsvertrages am Gemeinwohl orientieren. Die Definition der Gemeinwohlziele wurden bislang dem Aufsichtsrat und dem BMDV überlassen. Es kann jedoch nicht die Aufgabe des Aufsichtsrats sein, Gemeinwohlziele zu definieren. Die Aufgabe eines Aufsichtsrats ist es, die Interessen der Aktionärinnen und Aktionäre und der Gesellschafterinnen und Gesellschafter zu vertreten. Dementsprechend ergeben sich Interessenskonflikte im Aufsichtsrat der DB InfraGO AG, wenn er Gemeinwohlziele gegen Konzernziele abzuwägen hat.

741. Aufgrund der derzeit geltenden Regelung hat der Aufsichtsrat „gemeinwohlorientierte Ziele“ des Unternehmens in § 2 der neuen Satzung der DB InfraGO AG formuliert. Hierzu zählen unter anderem die „Steigerung des Anteils des schienengebundenen Personen- und Güterverkehrs am gesamten Verkehrsaufkommen, [...] die Schaffung einer bedarfsgerechten, leistungsfähigen und effizienten Eisenbahninfrastruktur mit hoher Kapazität, Qualität und Resilienz [...] [und] die Ermöglichung eines diskriminierungsfreien Wettbewerbs.“¹⁰⁴⁶

¹⁰⁴² VÖV, Finanzielle Führung und Controlling Leistungsvereinbarung Empfehlungen (Branchenstandard).

¹⁰⁴³ BRH, Deutsche Bahn: Grundsätzlich reformieren und Dauerkrise beenden!, <https://www.bundesrechnungshof.de/SharedDocs/Kurzmeldungen/DE/2023/db-dauerkrise/db-dauerkrise.html>, Abruf am 29. Mai 2024.

¹⁰⁴⁴ Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Fraktion der CDU/CSU – Drucksache 20/7048 – Aktueller Stand zur geplanten „Gemeinwohlorientierten Infrastruktursparte“ der Deutschen Bahn AG, BT-Drs. Drucksache 20/7487.

¹⁰⁴⁵ Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der Fraktion der CDU/CSU, BT-Drs. 20/10284, S. 4.

¹⁰⁴⁶ Satzung der DB InfraGO AG, Art. 2.

742. Die in der Satzung der DB InfraGO AG festgehaltenen Gemeinwohlziele bleiben sehr allgemein. Eine grundsätzliche Gemeinwohlorientierung der Eisenbahninfrastruktur dürfte sich bereits aus dem verfassungsrechtlichen Gewährleistungsauftrag des Artikels 87e Absatz 4 Satz 1 des Grundgesetzes ableiten lassen, auch wenn dieser unmittelbar nur den Bund und nicht direkt das Privatunternehmen bindet.¹⁰⁴⁷ Auch das Eisenbahnregulierungsgesetz formuliert ähnliche Ziele wie die Satzung der DB InfraGO AG, z. B. „die Steigerung des Anteils des schieneengebundenen Personen- und Güterverkehrs am gesamten Verkehrsaufkommen“ und „die Förderung und Sicherstellung eines wirksamen Wettbewerbs in den Eisenbahnmärkten sowie die Wahrung der Interessen der Verbraucher“,¹⁰⁴⁸ sodass fraglich ist, inwieweit nun grundsätzlich andere Gemeinwohlziele verfolgt werden sollen als bisher. Weiterhin sollten Ziele in der Satzung der DB InfraGO AG wie z. B. „die Erfüllung der gesetzlichen Anforderungen an Transparenz [...]“ eine Selbstverständlichkeit sein.

743. Zudem sind die Zielhierarchie und die Lösung von etwaigen Zielkonflikten ungeklärt. Die Ampelkoalition hat sich im Koalitionsvertrag zum Ziel gesetzt, den Marktanteil im Güterverkehr bis 2030 auf 25 Prozent zu erhöhen, die Verkehrsleistung im Personenverkehr soll sich verdoppeln.¹⁰⁴⁹ Nicht bestimmt ist, unter welchen Voraussetzungen diese Ziele erreicht werden sollen. Derzeit besteht vor allem ein Zielkonflikt zwischen den Auslastungszielen und der Pünktlichkeit und Zuverlässigkeit des Zugbetriebes. Etwa zehn Prozent des Netzes gelten laut dem Netzzustandsbericht 2022 der DB InfraGO AG als hoch ausgelastet,¹⁰⁵⁰ und diesem Netzsegment wird mit einer Schulnote von 3,15 von allen Netzsegmenten die schlechteste Zustandsnote attestiert. Die Folge sind immer häufiger auftretende Verspätungen und Zugausfälle. Die anvisierte Steigerung des Schienenverkehrs auf ein bereits heute zu volles und marodes Netz dürfte diese Probleme noch verschärfen.

744. In der Schweiz fällt diese Abwägung zugunsten der Pünktlichkeit und Kundenzufriedenheit aus. In den Strategischen Zielen des Bundesrates für die SBB AG 2024-2027 heißt es: „Die SBB entwickelt und bietet attraktive, sichere, pünktliche und qualitativ hochwertige Mobilitätslösungen und wirkt als integrierte Bahn auf einen einfachen und kundenfreundlichen öffentlichen Verkehr hin.“ Nach Auffassung der Monopolkommission sollte das auch vorbildhaft für die DB AG sein, da ein pünktlicher und zuverlässiger Zugbetrieb die Grundvoraussetzung für die Steigerung des Verkehrsaufkommens auf die Schiene bildet. Der Bund sollte in seiner Eigentümerstrategie beantworten, wie die Abwägung dieser konfligierenden Ziele erfolgen soll.

745. Eine gesetzliche Fixierung der Ziele scheint allerdings nicht vorgesehen zu sein. Die Monopolkommission empfiehlt jedoch dringend eine gesetzliche Verankerung der Gemeinwohlziele im Rahmen der Aufstellung der Eigentümerstrategie des Bundes. Dieses trüge zum einen der Tragweite der Ziele Rechnung. Denn der Eisenbahnsektor ist ein zentraler Bestandteil der klimapolitisch notwendigen Verkehrswende und somit erachtet die Monopolkommission die

¹⁰⁴⁷ Hömig, in: Hömig/Wolff, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden, 11. Auflage 2016, Art. 87e Rn. 9.

¹⁰⁴⁸ ERegG, Art. 3.

¹⁰⁴⁹ Mehr Fortschritt wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit. Koalitionsvertrag 2021–2025 zwischen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP, S. 39.

¹⁰⁵⁰ DB InfraGO AG, Netzzustandsbericht Fahrweg 2022 der DB InfraGO AG, a. a. O., S. 5.

Ausformulierung der Gemeinwohlziele als gesellschaftliche Aufgabe und regt hierbei die Beteiligung von Bundestag und Bundesrat als gesetzgebende Organe an, wie es auch in den Nachbarländern der Fall ist. Zudem geht mit einer gesetzlichen Verankerung der Gemeinwohlziele eine deutlich größere Verbindlichkeit einher, an der es den bisherigen Steuerungsinstrumenten fehlt.

746. Der Bund sollte somit die volkswirtschaftlichen und verkehrspolitischen Ziele in seiner Eigentümerstrategie festlegen. Das ist notwendige Voraussetzung, damit die Steuerung der DB InfraGO AG letztlich auf klare Ziele ausgerichtet wird. Zudem schafft eine Zielformulierung oberhalb der Unternehmensebene eine langfristige Selbstverpflichtung der Politik, auf die Erreichung der Ziele hinzuwirken. Eine gesetzliche Fixierung könnte etwa in einem erweiterten Bundesschienenwegeausbaugesetz erfolgen, das bislang die praktische Umsetzung der Gewährleistungsverantwortung des Bundes aus Art. 87e Abs. 4 GG darstellt.¹⁰⁵¹ Vorzugswürdig erscheint es jedoch, § 3 des Deutsche Bahn Gründungsgesetz (DBGrG),¹⁰⁵² der – vergleichbar mit der Satzung der DB InfraGO AG den Gegenstand des Unternehmens regelt – um Zielbestimmungen zu ergänzen. Die Ergänzung von Zielen könnte im Zuge des von der Beschleunigungskommission Schiene vorgeschlagenem und von der Bundesregierung derzeit erarbeiteten Moderne-Schiene-Gesetz vorgenommen werden.¹⁰⁵³ Die Beschleunigungskommission Schiene hatte hier etwa vorgesehen, im Gesetz als volkswirtschaftliche und verkehrspolitische Zielvorgabe die vollständige Digitalisierung des deutschen Eisenbahnnetzes innerhalb der nächsten 20 Jahre und eine weitgehende Elektrifizierung zu nennen.¹⁰⁵⁴

747. Schließlich ist zu betonen, dass angesichts der gesellschaftspolitischen Relevanz bei der Festlegung der Ziele eine größtmögliche Transparenz des Entscheidungsprozesses notwendig ist. Dies ist wichtig, da Gemeinwohlziele in einer gesamtgesellschaftlichen Debatte unter Beteiligung aller Interessensvertreter (Unternehmen, Wettbewerber, Fahrgastverbände, usw.) festgelegt werden sollten. Es ist daher kritisch zu sehen, dass bisher über die Erstellung des Infraplan kaum öffentlich verfügbare Informationen vorliegen.

5 Infraplan wirksam aufstellen

748. Die übergeordneten Gemeinwohlziele sollten sodann in konkretere und operationalisierbare Ziele unterteilt werden. Dieses soll der Infraplan leisten, der als Scharnier zwischen den – noch zu definierenden – politischen Zielen und den konkreten Maßnahmen dienen soll.¹⁰⁵⁵ Er soll ähnlich den Rahmenplänen in Österreich und den Etappierungen der Ausbauprogramme in

¹⁰⁵¹ Kühling/Weinbeck in Kühling/Otte (Hrsg.), AEG/ERegG, Kommentar, München, 2020, Einführung Rn. 93.

¹⁰⁵² Deutsche Bahn Gründungsgesetz vom 27. Dezember 1993, BGBl. I S. 2378, 2386; 1994 I S. 2439, zuletzt geändert durch Art. 21 des Gesetzes vom 9. Juni 2021, BGBl. I S. 1614.

¹⁰⁵³ Siehe dazu Bundesministerium für Digitales und Verkehr, Beschleunigungskommission Schiene – Abschlussbericht, S. 88 ff. sowie Entschließung des Bundestags, BT-Drs. 20/10414, S. 7.

¹⁰⁵⁴ Ebenda.

¹⁰⁵⁵ Deutscher Bundestag, Grundlage der Vorstandsvergütung bei der DB InfraGO, <https://www.bundestag.de/presse/hib/kurzmeldungen-988320>, Abruf am 29. Mai 2024.

der Schweiz eine Art Arbeitsprogramm der DB InfraGO AG für die nächsten fünf Jahre darstellen. Kernstück der Steuerung sei ein integriertes Kennzahlensystem, anhand dessen die Ziele des Infraplans überprüft werden sollen, so die Bundesregierung.¹⁰⁵⁶

749. Der Infraplan soll innerhalb des BMDV federführend durch die Steuerungsgruppe Transformation DB AG unter Beteiligung des Verkehrsausschusses und des Haushaltsausschusses des Deutschen Bundestages ausgearbeitet werden.¹⁰⁵⁷ Zudem soll die Eisenbahnbranche über den neuen Sektorbeirat, der die bisherigen Gremien Netzbeirat und Stationsbeirat ablöst, bei der Erstellung des Plans miteinbezogen werden. Er soll einen Fachaustausch mit der DB InfraGO AG zu eisenbahntechnischen und eisenbahnverkehrlichen Themen sowie den Tätigkeiten der DB InfraGO AG aus Sicht des Stakeholder ermöglichen.¹⁰⁵⁸

750. Die Bundesregierung beabsichtigt, für den Infraplan auf rechtlich bereits bestehende Instrumente zurückzugreifen, d. h. insbesondere den Bedarfsplan des Bundesschienenwegeausbaugesetzes und die Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung. Eine darüber hinausgehende gesetzliche Verankerung ist derzeit nicht vorgesehen, soll aber bei einer Evaluierung geprüft werden.¹⁰⁵⁹ Das ist unbefriedigend. Für eine gesetzliche Verankerung des Infraplans spricht, dass dadurch eine breite gesellschaftliche Debatte mit hoher Transparenz möglich wird. Zwar scheint dies durch die Bundesregierung mittels einer Beteiligung des Verkehrs- und des Haushaltsausschusses sowie des Sektorbeirats grundsätzlich vorgesehen zu sein. Wie weit diese Beteiligung jedoch reicht, ist derzeit noch unklar.

751. Jedenfalls nach der „Pilotphase“ im Jahr 2024, in dem erstmals ein Infraplan erstellt wird, sollte künftig in einem Gesetz zumindest klar geregelt werden, in welchem Verfahren dieser erstellt wird und wer auf welche Art und Weise daran beteiligt wird. Von einer solchen gesetzlichen Verankerung der Pläne wie in den Nachbarländern geht nach Überzeugung der Monopolkommission eine deutlich stärkere Verbindlichkeit der Erreichung der Qualitätsziele aus, als es derzeit in Deutschland der Fall ist. Zudem trägt eine gesetzliche Verankerung dazu bei, die Zielhierarchie klarer zu fassen und etwaige Zielkonflikte zu lösen. Ein solcher Zielkonflikt besteht derzeit zwischen den Pünktlichkeitszielen und den Auslastungszielen. Nach jüngsten Äußerungen der DB AG steht die Einhaltung des Fahrplans für die DB AG derzeit nicht über allem.¹⁰⁶⁰ Sofern ein Vorrang der Pünktlichkeit jedoch aus Sicht des Gemeinwohls, wie in der Schweiz,¹⁰⁶¹ wünschenswert ist, könnte das durch eine gesetzliche Verankerung klargestellt werden und entsprechende Anreizmechanismen entwickelt werden, dieses durchzusetzen. Konkret schlägt die Monopolkommission hierzu vor, die Pünktlichkeit in der Anreizregulierung zu verankern, worauf in Abschnitt 6 eingegangen wird.

¹⁰⁵⁶ Ebenda.

¹⁰⁵⁷ Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der Fraktion der CDU/CSU, BT-Drs. 20/10284, S. 5.

¹⁰⁵⁸ Ebenda.

¹⁰⁵⁹ Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der Fraktion der CDU/CSU, BT-Drs. 20/10158, S. 5.

¹⁰⁶⁰ faz.net, „Die Fahrgäste regen sich nicht über fünf oder sechs Minuten Verspätung auf“, <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/auto-verkehr/bahn-chef-richard-lutz-mehr-zuege-auch-auf-kosten-der-puenktlichkeit-19695065.html>, Abruf am 29. Mai 2024.

¹⁰⁶¹ Siehe Tz. 744.

752. Es spricht nach Auffassung der Monopolkommission also viel dafür, den Infraplan durch einen Parlamentsbeschluss unter weitreichender Beteiligung der Stakeholder festzulegen, um eine möglichst breite gesellschaftliche Diskussion und eine starke Legitimation zu erreichen. In der jetzigen Form fehlen dem Infraplan die Durchsetzungsinstrumente, um für eine bessere, qualitätsorientierte Steuerung der Infrastruktur zu sorgen. Aus Sicht der Monopolkommission sind mehrere Aspekte entscheidend, um die gesteckten Qualitätsziele zu erreichen. Diese Weichstellungen werden im Folgenden erläutert.

5.1 Nutzerorientierte Kennzahlen und Leistungsvorgaben implementieren

753. Ähnlich der LuFV soll auch der Infraplan seine Steuerungswirkung im Wesentlichen dadurch entfalten, dass er bestimmte (Ausbau-)ziele für die nächsten Jahre vorgibt und die Zielerreichung anhand von Kennzahlen kontrolliert. Eine qualitätswirksame Steuerungswirkung hat die LuFV jedoch nicht hinreichend erzielt, wie bereits oben dargestellt wurde.¹⁰⁶²

754. Daher sollte der Infraplan die Steuerungsdefizite der LuFV abstellen. Hierzu gehören in erster Linie die zu kleinteiligen und wenig aussagekräftigen Kennziffern. Die Monopolkommission hat zuletzt im Sektorgutachten Bahn 2023 darauf hingewiesen, dass die Qualitätskennzahlen in der LuFV den qualitativen Zustand der Schieneninfrastruktur nur unzureichend abbilden. Das hatte zur Folge, dass in früheren Netzzustandsberichten das Schienennetz trotz fortschreitendem Verschleiß noch als überwiegend mängelfrei bezeichnet und ein langfristiger Verbesserungstrend attestiert wurde.¹⁰⁶³

755. Die Kennzahlen und Leistungsvorgaben der Zuschussverträge in Österreich könnten dabei beispielhaft sein. Dort sind nutzerorientierte Kennzahlen und Leistungsvorgaben gemäß § 55b Eisenbahngesetz i. V. m. Anhang V der Richtlinie 2012/34/EU maßgeblich. Hierzu zählen insbesondere Vorgaben zur tatsächlichen Verfügbarkeit des Netzes und der Kundenzufriedenheit, die in Österreich durch die Pünktlichkeit und die Barrierefreiheit bestimmt sind. Das heißt, hier wird nicht allein auf infrastrukturbezogene Kennziffern wie in der LuFV abgestellt. Die für Nutzende und Reisende wesentlichen Kennzahlen zur Kundenzufriedenheit sollten auch im Infraplan im Vordergrund stehen. Denn nach Einschätzungen der DB AG selbst gehen etwa 80 Prozent der Unpünktlichkeit im Schienenverkehr auf das Konto maroder Fahrwege und Leittechnik.¹⁰⁶⁴ Das heißt, die Qualität der Schieneninfrastruktur hat unmittelbaren Einfluss auf die Pünktlichkeitswerte und somit auch auf die Kundenzufriedenheit. Insofern sollten diese Parameter auch zentral für die Steuerung der DB InfraGO AG sein.

756. Alternativ könnte auch die Anzahl der Störungen der Infrastruktur maßgeblich sein, die zu Unpünktlichkeiten im Eisenbahnsystem führen. Die Erfassung erscheint weniger aufwändig,

¹⁰⁶² Siehe Tz. 715 ff.

¹⁰⁶³ Siehe Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung, Infrastrukturzustands- und -entwicklungsbericht 2017, DB AG, April 2018, S. 10 f.

¹⁰⁶⁴ faz.net, Endstation Bahnhof, <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unpuenktlichkeit-der-deutschen-bahn-wo-es-besonders-viele-probleme-gibt-19066079.html> und Deutsche Bahn AG, Was bedeutet die Neuordnung der DB AG-Infrastruktursparte für die Branche?, <https://www.vdv.de/vortrag-dr-joerg-sandvoss-deutsche-bahn-ag-was-bedeutet-die-neuordnung-der-db-ag-infrastruktursparte-fuer-die-branche-pdf.pdf>, Abruf am 29. Mai 2024.

allerdings bleiben die Folgen der Störungen, also die dadurch verursachten Verspätungen, unberücksichtigt. Deshalb erachtet die Monopolkommission die Implementierung von Pünktlichkeit als maßgeblicher Kennzahl als vorzugswürdig.

757. Die Kennzahl der Pünktlichkeit betrifft EVU als direkte Kunden der Infrastruktur gleichermaßen wie die Reisenden als indirekte Kunden der DB InfraGO AG. Seit Januar 2024 veröffentlicht die DB AG erstmals monatlich die sog. Reisendenpünktlichkeit, die auch berücksichtigt, wann die einzelnen Fahrgäste am Ziel ankamen. Sie berücksichtigt also auch Zugausfälle oder Ersatzverkehre. Als verspätet gelten Reisende, wenn sie mindestens 15 Minuten später am Ziel ankamen, als es der Fahrplan vorsah. Die Kennzahl der Reisendenpünktlichkeit dürfte mehr über das Ausmaß der Betroffenheit der Reisenden aussagen als die anderen Kennziffern, die vor allem Zugausfälle nicht berücksichtigen. Daher sollte erwogen werden, diese Reisendenpünktlichkeit im Infraplan zu verankern und entsprechende Zielwerte klar zu definieren und sukzessive zu erhöhen.

758. Weiterhin ist zu empfehlen, auch die Qualität der Bahnhöfe im Kennzahlensystem zu verankern. Zu relevanten Qualitätskriterien zählen vor allem die Barrierefreiheit, die Sicherheit und Sauberkeit und die Qualität der Fahrgastinformationen. Die Verbraucherzentrale Bundesverband e. V. macht hierzu in einem aktuellen Gutachten konkrete Vorschläge, wie die Kennziffern erfasst und bewertet werden können.¹⁰⁶⁵ Die Qualität der Bahnhöfe sollte nach anerkannten Kriterien erfasst werden. Bei der Definition der Barrierefreiheit könnten etwa die Vorgaben der EU-Verordnung TSI PRM¹⁰⁶⁶ und des Behindertengleichstellungsgesetzes des Bundes (BGG) maßgeblich sein. Barrierefrei sind bauliche und sonstige Anlagen und Verkehrsmittel demnach, wenn sie für Menschen mit Behinderungen in der allgemein üblichen Weise, ohne besondere Erschwernis und grundsätzlich ohne fremde Hilfe auffindbar, zugänglich und nutzbar sind.¹⁰⁶⁷

759. Die Monopolkommission empfiehlt ferner, ähnlich der Schweiz, die Branche in die Entwicklung der Kennzahlen und Zielwerte mit einzubeziehen. Denn die Nutzer der Eisenbahninfrastruktur können am besten einschätzen, welche Kennzahlen für sie maßgeblich sind. Für den Personenverkehr erscheint die Pünktlichkeit sehr relevant, für den Güterverkehr die Zuverlässigkeit und Netzverfügbarkeit.

760. Die Konzentration auf wesentliche, nutzerorientierte Kennzahlen sollte der DB InfraGO AG hinreichenden Freiraum für eigene Entscheidungen lassen, wie sie die Kennzahlen erreichen möchte. Es wird in aller Regel nicht möglich und im Übrigen auch nicht sinnvoll sein, den Weg zur Zielerreichung im Vorfeld detailliert zu planen. Daher sollten der DB InfraGO AG hier nicht zu kleinteilige Vorgaben gemacht werden. Denn das Management eines Unternehmens hat in

¹⁰⁶⁵ infas, ÖV-Qualitätsmonitoring, https://www.vzbv.de/sites/default/files/2024-03/23-11-23_infas_Gutachten_vzbv.pdf, Abruf am 29. Mai 2024.

¹⁰⁶⁶ Verordnung (EU) Nr. 1300/2014 der Kommission über die technischen Spezifikationen für die Interoperabilität bezüglich der Zugänglichkeit des Eisenbahnsystems der Union für Menschen mit Behinderungen und Menschen mit eingeschränkter Mobilität.

¹⁰⁶⁷ § 4 Gesetz zur Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz, BGG).

aller Regel bessere Informationen und besseres Wissen darüber, wie bestimmte Ziele effizient erreicht werden. Dieses wird durch die ökonomische Literatur gestützt.¹⁰⁶⁸

5.2 Ambitionierte, aber realisierbare Zielwerte setzen

761. Für die Kennzahlen sollten ambitionierte, aber auch realisierbare und nachvollziehbare Zielwerte vereinbart werden. Sind die Vorgaben einerseits zu wenig ambitioniert, so besteht wenig Anreiz, die Zielerreichung zu verbessern. Die ökonomische Literatur zeigt jedoch, dass auch zu ambitionierte Ziele nicht sinnvoll sind, da unter anderem auch dann Anstrengungen unterbleiben oder ineffizient hohe Ressourcen in die Zielerreichung gesteckt werden.¹⁰⁶⁹

762. Daher sollten sich die Zielwerte der Kennziffern des Infraplans zunächst an den Istwerten orientieren und die Zielvorgaben dann schrittweise erhöht werden. Das spiegelt sich auch in den Zielwerten in Österreich und der Schweiz wieder. Die ÖBB-Infrastruktur AG erreichte beispielsweise im Jahr 2022 eine Pünktlichkeit im Personenverkehr von 95,5 Prozent.¹⁰⁷⁰ Die Zielvorgabe für 2023 ist 95,8 Prozent und wird bis 2027 auf 96,1 Prozent erhöht, welches ambitionierte, aber – zumindest für die dortigen Betreiber – realisierbare Ziele zu sein scheinen.

763. Vergleichbar könnten auf Basis einer mehrjährigen Durchschnittsbetrachtung Pünktlichkeitsziele im Personenverkehr und der Netzkapazität für den Güterverkehr für die DB InfraGO AG festgesetzt werden, die dann rollierend erhöht werden. Angebracht erscheint hier ein Zeitraum von drei Jahren. Die DB AG weist für den gesamten Personenverkehr im Mai 2024 eine Pünktlichkeit von 90,2 Prozent aus, für den Personenfernverkehr jedoch nur eine betriebliche Pünktlichkeit von 63,1 Prozent und eine Reisendenpünktlichkeit von 68,1 Prozent.¹⁰⁷¹ Wie bereits oben erwähnt, empfiehlt die Monopolkommission, die Reisendenpünktlichkeit als maßgeblich Kennziffer zu verankern und die Zielvorgaben, ausgehend von dem Istwert, rollierend zu erhöhen. Gerade im Personenfern- und Güterverkehr dürften die Korridorsanierungen größeren Einfluss auf die Zielwerte haben, welches entsprechend bei der Formulierung und der Messung der Zielvorgaben berücksichtigt werden sollte.

764. In Bezug auf die Barrierefreiheit und andere Qualitätsparameter an Bahnhöfen sollten der DB InfraGO AG Vorgaben gemacht werden, die Anzahl der Bahnhöfe, die die zuvor festgelegten und anerkannten Kriterien erfüllen, schrittweise zu erhöhen. Die DB AG baut nach eigenen Angaben bereits jetzt pro Jahr ca. 100 Bahnhöfe barrierefrei um¹⁰⁷², was die Monopolkommission sehr begrüßt.

¹⁰⁶⁸ Meggison, W. L., Netter, J. M. From state to market: A survey of empirical studies on privatization, *Journal of Economic Literature* (2)392, 2001, 321

¹⁰⁶⁹ Ordóñez, L. D., Schweitzer, M. E., Galinsky, A. D., Bazerman, M. H., Goals Gone Wild: The Systematic Side Effects of Overprescribing Goal Setting, *Academy of Management Perspectives* (1)23, 2009, 6-16.

¹⁰⁷⁰ ÖBB in Zahlen 2022.

¹⁰⁷¹ Deutsche Bahn AG, Erläuterung Pünktlichkeitswerte für den Mai 2024, https://www.deutschebahn.com/de/konzern/konzernprofil/zahlen_fakten/puenktlichkeitswerte-6878476, Abruf am 29. Mai 2024.

¹⁰⁷² DBInfraGo, Barrierefreie Bahnhöfe, <https://www.dbinfrago.com/web/bahnhoeefe/bahnhofs-und-stadtentwicklung/Barrierefreie-Bahnhoeefe-11120282>, Abruf am 29. Mai 2024.

765. Zur Überprüfung der Zielerreichung sollte ein unabhängiges Monitoring-System eingeführt werden, welches die Angaben überprüft und die Erreichung der Kennziffern wirksam überwacht. Dieses System sollte beim Eisenbahn-Bundesamt als Aufsichtsbehörde angesiedelt werden. Das Eisenbahn-Bundesamt überprüft bereits den IZB der DB AG, dessen Grundlage die LuFV-Kennzahlen bilden, sodass hier bereits entsprechende Kompetenzen vorhanden sind.

5.3 Zielerreichung wirksam durchsetzen

766. Entscheidend ist ferner, dass wirksame Anreize gesetzt werden, die Ziele zu erreichen. Das geschieht in der bisherigen kennzahlenbasierten Steuerung in der LuFV nur unzureichend.¹⁰⁷³ Zum einen sind nur einige Qualitätskennzahlen sanktionsbewehrt, d. h., dort ist der Bund berechtigt, seinen jährlichen Infrastrukturbeitrag ganz oder teilweise zurückzufordern, wenn die vertraglich vereinbarten Ziele verfehlt werden. Bei den nicht sanktionsbewehrten Qualitätskennzahlen hat die Nichterreichung von Zielwerten keine Folgen, sodass auch keine Anreize für Verbesserungen gesetzt werden.

767. Doch auch bei den sanktionsbewehrten Qualitätskennzahlen ist es fraglich, ob bei einer Nichterfüllung der Maßgaben der Qualitätskennzahlen die Sanktionen ihre gewünschte Anreizwirkung entfalten. So kritisiert der Bundesrechnungshof, dass die Sanktionen im Verhältnis zu den Bundesmitteln zu gering sowie eher symbolischer Natur seien und somit ihre beabsichtigte Wirkung verfehlten.¹⁰⁷⁴

768. Gesprächen der Monopolkommission mit dem BMDV zufolge ist derzeit nicht vorgesehen, Verfehlungen der Kennziffern des Infraplans zu sanktionieren. Daher wird hiervon kein finanzieller Anreiz zur Qualitätsverbesserung ausgehen. Die Anreize zur Qualitätsverbesserung im Infraplan sollen sich im Wesentlichen auf einen Rechtfertigungsdruck gegenüber der Politik beschränken. Die Erfahrungen in Österreich und der Schweiz zeigen, dass das durchaus Anreize setzen kann, die gesteckten Ziele zu erreichen, da andernfalls die Verfehlungen öffentlich diskutiert werden und sich das Management entsprechend in der Öffentlichkeit und vor der Politik rechtfertigen muss. Jedoch sind die Pläne dort zum einen gesetzlich verankert. Zum anderen hat die Eisenbahnpolitik nach Auffassung von Expertinnen und Experten ein höheres Gewicht in der gesamten Verkehrspolitik, was insbesondere die drei- bis vierfachen Pro-Kopf-Investitionen in die Schienennetze zeigen.¹⁰⁷⁵

769. Daher ist zu befürchten, dass allein von einer transparenten Veröffentlichung der Erreichung der Ziele des Infraplans in Deutschland eine schwächere Anreizwirkung ausgeht, als es in den Nachbarländern der Fall ist. Es ist also umso wichtiger, hierzulande auch die anderen Steuerungsmechanismen zu stärken. Dazu sollten die Kennzahlen des Infraplans auch in der Anreizregulierung und Managementvergütung verankert werden. Das schafft systematischere

¹⁰⁷³ Monopolkommission, 9. Sektorgutachten Bahn: Time to GO: Endlich qualitätswirksam in den Wettbewerb!, a. a. O., Tz. 59 ff.

¹⁰⁷⁴ Bundesrechnungshof, Bericht nach § 99 BHO zur Dauerkrise der Deutschen Bahn AG- Hinweise für eine strukturelle Weiterentwicklung, a. a. O. Zudem sind Pönalen bei mehrfacher Verfehlung auf einen Höchstbetrag begrenzt.

¹⁰⁷⁵ Allianz pro Schiene, Deutschland – bahnpolitisch ein Entwicklungsland, <https://www.allianz-pro-schiene.de/themen/aktuell/deutschland-bahnpolitisch-ein-entwicklungsland/>, Abruf am 29. Mai 2024.

Anreize zur Qualitätsverbesserung der Eisenbahninfrastruktur, wie nachfolgend noch vertieft wird. Das führt darüber hinaus zu einer verbesserten Kohärenz der Anreizsysteme, was die Wirksamkeit insgesamt erhöht.

770. Insbesondere erlaubt eine monetäre Bewertung der Kennzahlen des Infraplan bzw. deren Verfehlungen, diese anhand eines einheitlichen Maßstabes (dem monetären Wert) zu vergleichen und somit besser untereinander abzuwägen. Wie bereits oben angeführt, besteht derzeit ein Zielkonflikt zwischen der Pünktlichkeit und der Auslastung der Infrastruktur. Eine höher ausgelastete Infrastruktur führt zu höheren Trasseneinnahmen für die DB InfraGO AG, geht aber zulasten der Pünktlichkeit. Wird die Pünktlichkeit monetär nur schwach bis gar nicht bewertet, wird die DB AG das Ziel der Pünktlichkeit hintenanstellen.¹⁰⁷⁶ Das geht zulasten der Reisenden. Daher sollten die Qualitätsziele des Infraplans, vor allem die Pünktlichkeit, monetär erfasst werden, um gegen andere Ziele des Eisenbahnsystems abgewogen zu werden. Diese monetäre Bewertung kann die Anreizregulierung leisten und daher empfiehlt die Monopolkommission, die Pünktlichkeitsziele dort zu verankern, worauf in Abschnitt 6 eingegangen wird.

5.4 Finanzierung langfristig sicherstellen

771. Zuletzt sollte eine Finanzierungsarchitektur entwickelt werden, die die Finanzierung der Projekte des Infraplans sicherstellt. Darin unterscheidet sich das deutsche System von den Systemen in den Nachbarländern. Dort werden die Ausbau- und Instandhaltungsziele der Infrastruktur bereits bei der Entwicklung mit einer verbindlichen Finanzierung hinterlegt.

772. Die Finanzierung der Schieneninfrastruktur in Deutschland ist komplex. Sie speist sich derzeit aus über 180 Töpfen, besteht aus unterschiedlichen Haushaltstiteln, Programmen und Vereinbarungen. Zudem ist eine überjährige Finanzierung in Deutschland nicht garantiert, was die Planungssicherheit erheblich beeinträchtigt. Insbesondere erschwert das die Planung über die Vorhaltung von Kapazitäten für die Bauindustrie und verhindert zum Teil sinnvolle Bündelungen von Baumaßnahmen, um die Belastung der Reisenden zu vermindern. Zu begrüßen ist, dass diese Finanzierung laut Branchenkreisen nun vereinfacht werden soll.¹⁰⁷⁷ Nähere Details hierzu sind zum Zeitpunkt der Veröffentlichung des Gutachtens jedoch nicht bekannt. In der Politik wird eine Fondslösung, die finanzielle Mittel für Schienen, Straßen und Wasserwege für mehrere Jahre bündelt und auch private Mittel enthalten können soll, diskutiert.¹⁰⁷⁸

773. Die Beschleunigungskommission Schiene empfiehlt in diesem Zusammenhang eine mehrjährige Planbarkeit der Mittelverfügbarkeit. Analog zur Finanzierung in der Schweiz schlägt sie zwei Fonds vor. Aus dem Fonds für die Modernisierung des Bestandsnetzes sollen die Instandhaltung, der Ersatz und die Modernisierung der Bestandsinfrastruktur finanziert werden. Aus

¹⁰⁷⁶ faz.net, „Die Fahrgäste regen sich nicht über fünf oder sechs Minuten Verspätung auf“, <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/auto-verkehr/bahn-chef-richard-lutz-mehr-zuege-auch-auf-kosten-der-puenktlichkeit-19695065.html>, Abruf am 29. Mai 2024.

¹⁰⁷⁷ DB-WATCH.de, Dialog mit Branchenverbänden, <https://db-watch.de/dialog-mit-branchenverbaenden/>, Abruf am 29. Mai 2024.

¹⁰⁷⁸ sueddeutsche.de, So will Wissing die deutsche Infrastruktur retten, <https://www.sueddeutsche.de/politik/bahn-fonds-strasse-wissing-verkehr-lindner-1.6479094>, Abruf am 29. Mai 2024.

dem Fonds zur Erweiterung des Bestandsnetzes würden die Mittel für den kapazitätserweiternde Aus- und Neubau der Schieneninfrastruktur kommen.¹⁰⁷⁹

774. Die Monopolkommission hält diese Fondslösung für erwägenswert. Dies erscheint grundsätzlich auch als verfassungskonform umsetzbar.¹⁰⁸⁰ Das Grundgesetz sieht die Möglichkeit der Einrichtung von Sondervermögen grundsätzlich vor¹⁰⁸¹ und für Teile des Haushaltsplanes kann gemäß Art. 110 Abs. 2 Satz 2 GG vorgesehen werden, dass sie für unterschiedliche Zeiträume (auch für mehrere Jahre, siehe Satz 1), nach Rechnungsjahren getrennt, gelten. Auch der Wissenschaftliche Dienst des Bundestags geht davon aus, dass selbst das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 15. November 2023 zur Schuldenbremse des Grundgesetzes der Errichtung eines Infrastrukturfonds zur Finanzierung des Neu- und Ausbaus der Schieneninfrastruktur nicht grundsätzlich entgegensteht.¹⁰⁸² Bei der konkreten Ausgestaltung einer Fondslösung wird dann jedoch insbesondere darauf zu achten sein, dass durch den Fonds nicht faktisch die Regelungen der Schuldenbremse oder sonstige verfassungsrechtlich abgestützte Haushaltsgrundsätze ausgehebelt werden, was unzulässig wäre.¹⁰⁸³ Eine abschließende Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit einer Fondslösung ist jedoch nur anhand eines konkreten Vorschlags leistbar.

775. Die Beschleunigungskommission Schiene empfiehlt hierzu eine Mittelzuführung der Fonds aus unterschiedlichen Quellen, unter anderem aus den Erlösen der Trassenpreise.¹⁰⁸⁴ Unabhängig von der konkreten Ausgestaltung erachtet es die Monopolkommission als wichtig, dass die Gewinne der DB InfraGO AG für Investitionen in die Infrastruktur verwendet werden. Dazu ist von zentraler Bedeutung, dass die DB InfraGO AG nach wie vor hinreichende Anreize besitzt, Gewinne zu erzielen, worauf in Abschnitt 6 eingegangen wird.

776. Die Mittelverwendung für die Infrastruktur kann unter den bestehenden Ergebnisabführungsverträgen aufgrund der Intransparenz der Finanzflüsse innerhalb des DB Konzerns und zwischen der DB AG und dem Bund nicht vollumfänglich sichergestellt werden, wie die Monopolkommission bereits im Sektorgutachten Bahn 2021 dargestellt hat.¹⁰⁸⁵ Sie empfiehlt daher eine Nachjustierung des Finanzkreislaufs Schiene. Die Nachsteuerergebnisse der DB InfraGO AG sollten direkt und transparent an den Bund abgeführt werden und nicht erst an die DB AG. Inwiefern dies bereits durch die Gründung der DB InfraGO auf transparente Art und Weise sichergestellt wird, ist zum Zeitpunkt der Erstellung dieses Gutachtens noch nicht völlig klar.¹⁰⁸⁶

¹⁰⁷⁹ Beschleunigungskommission Schiene, Abschlussbericht, Bonn, 2022, S. 8.

¹⁰⁸⁰ So auch Joachim Wieland im Gespräch mit dem Geschäftsführer der Allianz pro Schiene, Verfassungsrechtler zu Schienenfonds: „Eine Gesetzesänderung genügt“, <https://www.allianz-pro-schiene.de/themen/aktuell/verfassungsrechtler-zu-schienefonds-eine-gesetzesänderung-genuegt/>, Abruf am 29. Mai 2024.

¹⁰⁸¹ Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Finanzierung des Neu- und Ausbaus der Schieneninfrastruktur, WD 4 – 3000 – 006/24, S. 5 f.

¹⁰⁸² Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Finanzierung des Neu- und Ausbaus der Schieneninfrastruktur, WD 4 – 3000 – 006/24, S. 12 f.

¹⁰⁸³ Ebenda.

¹⁰⁸⁴ Beschleunigungskommission Schiene, Abschlussbericht, a. a. O., S. 8.

¹⁰⁸⁵ Monopolkommission, 8. Sektorgutachten Bahn: Wettbewerb in den Takt, Baden-Baden, 2021, Tz. 99.

¹⁰⁸⁶ Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der Fraktion der CDU/CSU, BT-Drs. 20/10158, S. 7.

Das hätte den Vorteil, dass der Finanzierungskreislauf Schiene im Grundsatz erhalten bleibt und würde die Transparenz der Gewinne und Mittelverwendung der DB InfraGO AG deutlich erhöhen, wie es sich die DB InfraGO AG in der Satzung selbst zum Ziel gesetzt hat.

777. Die Monopolkommission begrüßt in diesem Zusammenhang ausdrücklich, dass sich Bundestag und Bundesrat am 12. Juni 2024 im Vermittlungsausschuss auf die Novelle des Bundes-schienenwegeausbaugesetzes verständigt haben. Demnach darf sich der Bund zukünftig auch an den Kosten der Unterhaltung und Instandhaltung des Schienennetzes beteiligen können, was die Monopolkommission bereits seit Langem empfohlen hat.¹⁰⁸⁷ Zudem darf er auch den Erhalt von Bahnhöfen und die Ausrüstung von Schienenfahrzeugen mit Komponenten für die digitale Zugsteuerung ETCS finanziell unterstützen. Bestehende Fehlanreize zur Vernachlässigung von Instandhaltungsinvestitionen aus Eigenmitteln der DB AG können dadurch gemindert werden. Die o. g. Nachjustierung des Finanzkreislaufs Schiene kann dazu beitragen, dass dem Bund dadurch weiterhin Mittel für seine erweiterte Finanzierungsverantwortung zur Verfügung stehen.

6 Anreizregulierung als paralleles Steuerungsinstrument weiter stärken

778. Neben der Steuerung der DB InfraGO AG über den Infraplan hält die Monopolkommission es weiterhin für notwendig, die Anreizregulierung der §§ 25 ff. ERegG als paralleles Steuerungsinstrument zu stärken. Demnach werden Preisobergrenzen für die Trassenentgelte in den jeweiligen Netzfahrplanjahren und für eine Regulierungsperiode von fünf Jahren festgelegt. Dadurch sollen dem Betreiber der Schienenwege Anreize zur Kostensenkung gesetzt werden. Entsprechen die Trassenerlöse der festgelegten Obergrenze, ist es dem Betreiber der Schienenwege gestattet, den bei einer Kostensenkung resultierenden Gewinn vollständig einzubehalten. Der Gewinn ist demnach umso höher, je effizienter und kostensparender der Schienenwegbetreiber wirtschaftet.

779. Die Gemeinwohlziele sind nach § 2 Abs. 2 Satz 1 der Satzung der DB InfraGO AG unter Berücksichtigung der Wirtschaftlichkeit zu verfolgen. Die Anreizregulierung soll genau diese Wirtschaftlichkeit sicherstellen. Jedwede Anreizregulierung kann jedoch nur eine Wirkung entfalten, wenn die DB InfraGO AG hinreichende Anreize besitzt, Gewinne zu erzielen. Das ist das Wesen einer Anreizregulierung. Die Gewinnerzielungsabsicht der DB InfraGO AG ist auch in mehrerlei Hinsicht konform mit der Gemeinwohlorientierung der DB InfraGO AG.

780. Erstens, ist die Gewinnorientierung, wie dargestellt, notwendige Voraussetzung für ein wirtschaftliches Handeln der DB InfraGO AG. Die Kosteneffizienz ist dabei Bestandteil der Gemeinwohlorientierung, da es im Interesse der Allgemeinheit liegen sollte, dass die DB InfraGO AG effizient mit den öffentlichen Mitteln des Bundes wirtschaftet. Die Mittel der öffentlichen Hand machten im Zeitraum 2019 bis 2021 mit EUR 9,3 Mrd. nach Angaben des Bundesrechnungshofes bisher etwa 70 Prozent der Geldflüsse der Eisenbahninfrastruktur aus.¹⁰⁸⁸

¹⁰⁸⁷ Monopolkommission, 7. Sektorgutachten Bahn: Mehr Qualität und Wettbewerb auf die Schiene, Baden-Baden, 2019, Tz. 48 ff.

¹⁰⁸⁸ BRH, Bericht nach § 99 BHO zur Dauerkrise der Deutschen Bahn AG- Hinweise für eine strukturelle Weiterentwicklung, a. a. O., S. 16.

781. Zweitens tragen die Gewinne aus der Infrastruktur mit dem restlichen Anteil von etwa 30 Prozent zu einem erheblichen Teil zur Finanzierung bei. Andernfalls müsste der Bund mehr öffentliche Mittel bereitstellen, die entweder an anderen Stellen eingespart oder durch zusätzliche Belastungen der Steuerzahlerinnen und Steuerzahler finanziert werden müssten. Wichtig ist also sicherzustellen, dass die Gewinne der DB InfraGO AG auch für Investitionen in die Infrastruktur verwendet werden.

782. Und drittens kann eine Anreizregulierung prinzipiell auch eine hohe Qualität im Betrieb der Eisenbahninfrastruktur sicherstellen, wie es die Satzung der DB InfraGO AG als Gemeinwohlziel formuliert. Die Monopolkommission hat hierzu im Sektorgutachten Bahn 2023 vorgeschlagen, die Qualitätssicherung im Rahmen der Entgeltregulierung der Trassenentgelte zu verankern, wie es bereits in anderen Netzsektoren der Fall ist. Konkret sollten die wesentlichen Qualitätskennzahlen, allen voran die Pünktlichkeit, maßgeblich sein. Abhängig von den Verspätungsminuten wird dann ein Abschlag auf die Preisobergrenze der Trassenpreise gesetzt, die die DB InfraGO AG von den EVU erhebt.

783. Im Rahmen der Überprüfung der Ziele der LuFV werden bereits jetzt kodierte Verspätungsminuten (cVmin) erfasst. Dabei werden die Verspätungen den jeweiligen Verursachern (Netz, EVU, Übrige) zugeordnet. Dort sind die Verspätungsminuten allerdings nicht sanktionsbewehrt und werden im IZB nur nachrichtlich ausgewiesen. Somit gehen durch die LuFV keine hinreichenden Anreize aus, die Verspätungsminuten zu reduzieren. Auch im Rahmen des Systems gegenseitiger Ausgleichzahlungen nach den Vorgaben der Anlage 7 ERegG zu § 39 ERegG zwischen Infrastrukturbetreiber und EVU werden cVmin erfasst und pönalisiert. Dadurch sollen bei allen Beteiligten Anreize entstehen, die Ursachen von Verspätungen zu vermeiden. Allerdings haben die Monopolkommission und Marktteilnehmer bereits in der Vergangenheit darauf hingewiesen, dass die Anreizwirkung dieses Ausgleichsystems nur schwach ist, da insbesondere die wirtschaftlichen Folgen der Pönale gering sind. Der administrative Aufwand ist im Gegensatz jedoch vergleichsweise hoch.¹⁰⁸⁹

784. Die Monopolkommission erhofft sich von einer Implementierung der Verspätungsminuten in der Anreizregulierung stärkere Anreizwirkungen als bisher, weil damit beständige Anreize gesetzt werden, Verspätungen zu vermeiden. Konkret schlägt sie vor, die vom Infrastrukturbetreiber verantworteten cVmin in einer zusätzlichen Qualitätskomponente in der Preisobergrenze der Trassenentgelte zu verankern. Eine Verfehlung von Zielvorgaben führt dann entsprechend zu einer Reduktion der Trassenentgelte für alle EVU und nicht, wie im Anreizsystem gegenseitiger Ausgleichzahlungen, zu einer Pönale im Einzelfall. Da die Verspätungsminuten bereits im Rahmen der Überprüfung der LuFV erfasst werden, geht hiervon kein wesentlicher zusätzlicher Regulierungsaufwand aus.

785. Hierbei ist zu beachten, dass ein Teil der Verspätungsminuten auch von den EVU zu verantworten ist, z. B. wenn Triebfahrzeuge defekt sind oder Personal verspätet bereitgestellt wird. Der aktuelle IZB der DB AG weist einen Anteil der EVU von über 50 Prozent an den gesamten kodierten Zusatzverspätungsminuten (cVmin) im Jahr 2023 aus. Nur ca. 10 Prozent sind

¹⁰⁸⁹ Monopolkommission, 9. Sektorgutachten Bahn: Time to GO: Endlich qualitätswirksam in den Wettbewerb!, a. a. O., Tz. 76 ff.

dem IZB zufolge auf Netzursachen zurückzuführen.¹⁰⁹⁰ Das steht im eklatanten Gegensatz zu Feststellungen der DB AG, dass die Verschlechterung der Pünktlichkeit zu etwa 80 Prozent auf die Infrastruktur zurückgeführt werden könne.¹⁰⁹¹ Wenn nun weder der DB AG noch den politischen Entscheidungsträgerinnen und Entscheidungsträgern klar ist, worin die Ursachen der Verspätungen bestehen, kann auch nur schwerlich gegengesteuert werden. Die DB AG muss hier nun für eine vollständige Transparenz sorgen.

786. Ein Teil der Diskrepanz mag durch unterschiedliche Messmethoden erklärt werden, da die cVmin nur Primärverspätungen erfassen und Sekundärverspätungen entsprechend als neutral gewertet werden. Das hat etwa zur Folge, dass ein Rückstau von Zügen, ausgelöst durch einen Infrastrukturmangel oder durch eine Baustelle, im System der cVmin als neutral gewertet und damit nicht dem Infrastrukturbetreiber zugerechnet wird. Dabei machen Sekundärverspätungen in der Praxis einen erheblichen Anteil an Verspätungsminuten aus. Nach Angaben des DB-Konzerns ist rund ein Drittel aller anreizrelevanten Verspätungsminuten auf sekundäre Ursachen zurückzuführen.¹⁰⁹² Ein größerer Teil der Diskrepanz lässt sich vermutlich dadurch erklären, dass die DB AG nun eher einen Anreiz hat, die Verspätungen dem Netz anzulasten, um entsprechende öffentliche Mittel für die Infrastrukturinvestitionen zu erhalten.

787. Unabhängig vom exakten Anteil der Infrastruktur an den Verspätungen im Bahnsystem sollten die Verspätungsminuten in einer Qualitätskomponente der Anreizregulierung in der Tendenz verursachungsgerecht zugeordnet werden.¹⁰⁹³ Bei einer nicht-verursachungsgerechten Zuordnung besteht die Gefahr von Fehlanreizen sowohl aufseiten des Infrastrukturbetreibers als auch aufseiten der EVU. Der Infrastrukturbetreiber hat im bestehenden Anreizsystem Fehlanreize, die Verspätungen auf andere Ursachen zu kodieren, um Zahlungen zu vermeiden. Denn derzeit erfolgt die Kodierung von cVmin allein durch den Infrastrukturbetreiber.¹⁰⁹⁴ Die EVU könnten hingegen bei einer nicht-verursachungsgerechten Zuordnung der Verspätungen im Rahmen der Trassenpreisregulierung von selbst verantworteten Verspätungen profitieren, wenn ihre selbst verursachten Verspätungen die Trassenpreise senken. Das kann die Anreize bei den EVU schmälern, in Maßnahmen zur Steigerung der Pünktlichkeit zu investieren, z. B. mehr Personal vorzuhalten. Zur Gewährleistung einer möglichst verursachungsgerechten Zuordnung von Verspätungsminuten hat die Monopolkommission daher bereits die Einrichtung einer neutralen Stelle empfohlen, die beispielsweise bei der Bundesnetzagentur oder beim Eisenbahn-Bundesamt angesiedelt sein könnte.¹⁰⁹⁵

¹⁰⁹⁰ Deutsche Bahn AG, Infrastrukturzustands- und -entwicklungsbericht 2023, April 2024, S. 112.

¹⁰⁹¹ Deutsche Bahn AG, Was bedeutet die Neuordnung der DB AG-Infrastruktursparte für die Branche?, <https://www.vdv.de/vortrag-dr-joerg-sandvoss-deutsche-bahn-ag-was-bedeutet-die-neuordnung-der-db-ag-infrastruktursparte-fuer-die-branche-pdf.pdf>, S. 5, Abruf am 29. Mai 2024.

¹⁰⁹² Monopolkommission, 9. Sektorgutachten Bahn: Time to GO: Endlich qualitätswirksam in den Wettbewerb!, a. a. O., Tz. 72.

¹⁰⁹³ Die Monopolkommission hat bereits in der Vergangenheit darauf hingewiesen, dass das derzeitige Kodierungssystem Schwächen, vor allem hinsichtlich der verursachungsgerechten Zuweisung von Verspätungsminuten, aufweist, siehe Ebenda, Tz. 71 ff.

¹⁰⁹⁴ Ebenda, Tz. 75.

¹⁰⁹⁵ Ebenda, Tz. 75.

788. Wie bereits oben dargestellt, sollten auch in der Anreizregulierung ambitionierte, aber realistische Zielvorgaben gemacht werden.¹⁰⁹⁶ Ausgangspunkt könnten die bisherigen Pünktlichkeitswerte der cVmin sein. Auch wenn diese, wie oben angeführt, einer gewissen Verzerrung unterliegen können, kommt es hinsichtlich der Anreizwirkung nicht so sehr auf die exakte Höhe, sondern auf die Grenzverbesserung an, die von etwaigen Messfehlern nicht beeinflusst werden sollte. Die Anreizregulierung sollte also Vorgaben machen, die infrastrukturbasierten Verspätungsminuten sukzessive in jeder Regulierungsperiode zu reduzieren. Auf die Betriebsleistung umgerechnet ergeben sich demnach für das Jahr 2023 18,3 cVmin/1000 km durch Netzsachen.¹⁰⁹⁷ Der DB InfraGO AG könnten im Rahmen der Qualitätskomponente in der Anreizregulierung Vorgaben gemacht werden, diese cVmin beständig um zuvor festgelegte Prozentsätze pro Jahr, anfangs beispielsweise um fünf Prozent pro Jahr, zu verringern. Somit können die Anreizsysteme besser harmonisiert werden, was auch zu einer deutlich stärkeren Kohärenz beitragen würde, als es bisher der Fall ist.

789. Dadurch wird zum einen die Anreizregulierung in ihrer Rolle der Simulation von „Als-ob-Wettbewerb“ gestärkt. Denn im Wettbewerb werden Unternehmen mit geringerer Qualität auch nur geringere Preise als ihre Wettbewerber setzen können. Dieser Wettbewerbsdruck fehlt naturgemäß im natürlichen Monopol der Eisenbahninfrastruktur und sollte daher exogen durch die Regulierung simuliert werden. Dass die Kennzahlen erst nachlaufend erhoben werden und somit erst Auswirkungen auf folgende Regulierungsperioden haben, schmälert nach Auffassung der Monopolkommission die Anreizwirkung nicht, wenn der zeitliche Abstand hinreichend klein ist. Da Qualitätskennzahlen zudem bereits im Zuge der Überprüfung der Zielerreichung des Infraplans erhoben werden, entsteht hier kein nennenswerter zusätzlicher Regulierungsaufwand.

7 Managementvergütung stärker an Zielerreichung der Kennzahlen knüpfen

790. Entscheidend für den Erfolg jedweder Steuerung der DB InfraGO AG ist letztlich, dass die DB InfraGO AG auch auf die gesetzten finanziellen Anreize – sei es durch diskretionäre Sanktionen der LuFV, etwaige Anreize durch den Infraplan oder beständige Anreize der Anreizregulierung – reagiert. Es ist jedoch generell zu hinterfragen, inwieweit das für ein Unternehmen im Alleineigentum des Bundes der Fall ist. Werden Sanktionen aufgrund der Verfehlung von Qualitätskennzahlen ausgesprochen und verringert sich dadurch die Preisobergrenze in der folgenden Regulierungsperiode, sanktioniert sich der Bund in gewisser Weise selbst, da der DB Konzern weniger Gewinn an den Bund abführt und der Bund somit gegebenenfalls seine finanziellen Zuwendungen erhöhen muss. Ist das der Fall, wirken jedwede Sanktionen für den DB Konzern neutral und entfalten entsprechend keine Anreize zur Verbesserung.

791. Daher hat die Monopolkommission bereits im Sektorgutachten Bahn 2023 empfohlen, die Vorstandsvergütung an die Zielerreichung von wesentlichen Kennzahlen der Nutzerzufriedenheit, insbesondere der Pünktlichkeit, zu verknüpfen. Dies kann gewährleisten, dass auch

¹⁰⁹⁶ Siehe Tz. 761 ff.

¹⁰⁹⁷ Deutsche Bahn AG, Infrastrukturzustands- und -entwicklungsbericht 2023, a. a. O., S. 112.

auf operativer Ebene finanzielle Anreize gesetzt werden, die gesteckten Ziele zu erreichen. Die Vorstandsvergütung ist somit ein weiteres, wichtiges Steuerungsinstrument.

792. Nach Angaben der Bundesregierung ist geplant, dass das Kennzahlensystem des Infraplans eine Grundlage für die künftige Vergütung des Vorstandes der DB InfraGO AG bilden soll.¹⁰⁹⁸ Schon bisher waren die Bonuszahlungen der Vorstandsmitglieder der DB AG und ihrer Konzerntöchter an die Pünktlichkeit der Züge im Fernverkehr gekoppelt. Allerdings waren die im Rahmen der Vergütungszahlung vereinbarten Pünktlichkeitsziele nach Auffassung des Bundesrechnungshofs zu wenig ambitioniert, um tatsächliche Anreize für eine verbesserte Pünktlichkeit zu setzen. Zudem wurden in der Vergangenheit Verfehlungen der externen Kennzahlen, insbesondere der Pünktlichkeitsziele, durch Erreichen interner Kennzahlen, z. B. Frauen in Führungspositionen, überkompensiert.¹⁰⁹⁹

793. Das sollte nach Auffassung der Monopolkommission in Zukunft nicht mehr möglich sein. Die für Reisende und EVU zentralen Kennziffern der Pünktlichkeit sollten maßgeblich über die Höhe der Boni bestimmen. Marktüblich ist die Gewährung einer Kombination aus kurz- und langfristigen variablen Vergütungen. Gemäß den Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex soll die Vergütungsstruktur der Vorstandsmitglieder bei börsennotierten Gesellschaften zur Förderung der Geschäftsstrategie und zur langfristigen Entwicklung der Gesellschaft beitragen.¹¹⁰⁰ Auch aus diesem Grund erachtet es die Monopolkommission als notwendig, dass die Politik definiert, welche langfristigen Ziele sie in ihrer Eigentümerstrategie für die DB AG und die DB InfraGO AG anstrebt. Aus Sicht der Monopolkommission sollten langfristige Ziele die Gewährung eines zuverlässigen und pünktlichen Zugbetriebes sein. Daher empfiehlt sie, diese Kennziffern auch als langfristige Ziele in der Vorstandsvergütung zu verankern und entsprechende Zielwerte festzusetzen.

794. Die Monopolkommission empfiehlt, dass für die kurzfristigen Boni drei bis vier aussagekräftige Kennziffern maßgeblich sind. Eine dieser Kennziffern mit der höchsten Gewichtung sollte die Reisendenpünktlichkeit sein. Die diesbezüglichen Zielvorgaben sollten analog zu den Zielvorgaben des Infraplans erfolgen, was zu einer weiteren Kohärenz der Anreizsysteme führen würde. Das heißt, es sollten, wie bereits erläutert, die Zielwerte für die Reisendenpünktlichkeit ausgehend von den bisherigen mehrjährigen Durchschnittswerten, sukzessive gesteigert werden.¹¹⁰¹ Ein weiteres Ziel könnte die Barrierefreiheit der Anlagen sein.

795. Um die Anreize zur Erreichung der Pünktlichkeitsziele zu erhöhen, erachtet es die Monopolkommission als notwendig, dass eine Verfehlung der Pünktlichkeitsziele eine Bonuszahlung für die anderen kurzfristigen Ziele verhindert. Zumindest sollte eine Überkompensierung der Pünktlichkeitsziele durch andere kurzfristige Ziele vermieden werden. Auf der anderen Seite

¹⁰⁹⁸ Deutscher Bundestag, Grundlage der Vorstandsvergütung bei der DB InfraGO <https://www.bundestag.de/presse/hib/kurzmeldungen-988320>, Abruf am 29. Mai 2024.

¹⁰⁹⁹ tagesschau.de, Weitere Millionen für die Bahnchefs, <https://www.tagesschau.de/investigativ/ndr-wdr/bahn-vorstand-bonus-100.html>, Abruf am 29. Mai 2024.

¹¹⁰⁰ BdJ, Bekanntmachung des „Deutschen Corporate Governance Kodex“, 2022, S. 8.

¹¹⁰¹ Siehe Tz. 761 ff.

sollte eine Übererfüllung von Kennzahlen auch entsprechend belohnt werden. Auch aus diesem Grund erscheint es wichtig, hier ambitionierte, aber auch realisierbare Zielvorgaben zu setzen.

796. Die langfristigen Boni (über drei bis fünf Jahre laufend) sollten nach Auffassung der Monopolkommission anhand der Erreichung der Ausbau- und Instandhaltungsziele des Infraplans bestimmt werden. Denkbar wäre, die Ziele nach Neu- und Ausbau, Instandhaltung der Strecken und Renovierung und Modernisierung der Bahnhöfe zu differenzieren und die Erreichung der Ausbauziele rollierend, über jeweils einen Zeitraum von drei bis fünf Jahren, in den langfristigen Boni zu berücksichtigen. Insbesondere sollte auch die Einhaltung der geplanten Kosten ein wesentliches Ziel im langfristigen Vergütungsschema sein. Um die Qualitätsziele auch möglichst kosteneffizient zu verfolgen, erscheint es zudem notwendig, der DB InfraGO AG ein Ergebnisziel im Rahmen der Vorstandsvergütung vorzugeben. Die Anreizregulierung des ERegG gestattet der DB InfraGO AG eine kapitalmarktübliche Verzinsung des eingesetzten Kapitals.¹¹⁰² Um die Anreizregulierung zu stärken und Kosteneffizienz zu erreichen, erscheint es sinnvoll, die Erreichung der Refinanzierungskosten des eingesetzten Kapitals auch als Zielwert in der Vergütung zu verankern.

797. Ferner erachtet es die Monopolkommission als erwägenswert, diese Vergütungssystematik auch auf die oberen Führungsebenen des DB-Konzerns und der Konzerntöchter auszuweiten, um alle Bereiche des DB-Konzerns auf die nutzerorientierten Ziele der Kundenzufriedenheit und Netzverfügbarkeit auszurichten.

8 Unabhängigkeit der DB InfraGO AG sicherstellen

798. Um die DB InfraGO AG nachhaltig auf die Erreichung der Gemeinwohlziele auszurichten, erachtet es die Monopolkommission weiterhin als notwendig, diese organisatorisch und personell möglichst weitgehend unabhängig von den restlichen Gesellschaften des DB-Konzerns aufzustellen. Die Zusammenlegung der Infrastruktursparten DB Netz AG und DB Stationen & Service AG zur DB InfraGO AG kann dabei nur ein erster Schritt sein. Der Verbleib unter dem Dach des DB-Konzerns löst bestehende Steuerungs- und Wettbewerbsprobleme nicht hinreichend.

799. Die Steuerungsmöglichkeit des Bundes ist neben der Besetzung der Aufsichtsratsmandate auf die vertraglichen Vereinbarungen bei der Infrastrukturfinanzierung beschränkt. Auf die bestehenden Steuerungsdefizite wurde bereits oben hingewiesen.¹¹⁰³ Zwar steht die DB AG im Alleineigentum des Bundes, aber der Vorstand ist – wie jeder andere Vorstand einer AG auch – weisungsfrei. Damit kann der Bund die DB AG und folglich auch die DB InfraGO AG nach wie vor nicht zu konkreten Entscheidungen anweisen.

800. Die DB InfraGO AG ist weiterhin über Beherrschungsverträge mit der DB AG verbunden. Zu diesen Verträgen hat sich die Monopolkommission bereits in der Vergangenheit kritisch geäußert.¹¹⁰⁴ Diese bergen das Potenzial, dass die Entscheidungen der DB InfraGO AG im Sinne

¹¹⁰² Anlage 4 ERegG.

¹¹⁰³ Tz. 715 ff.

¹¹⁰⁴ Monopolkommission, 8. Sektorgutachten Bahn: Wettbewerb in den Takt, a. a. O., Tz. 56 ff.

der Strategie des DB Konzerns getroffen werden, der als Gesamtkonzern nicht den Gemeinwohlzielen verpflichtet ist. Auf die Entscheidungen des Gesamtkonzerns hat der Bund nach wie vor nur sehr begrenzten Einfluss. Sollte sich eine weitergehende Trennung der DB InfraGO AG von der DB AG derzeit politisch nicht durchsetzen lassen, so empfiehlt die Monopolkommission, zumindest die Beherrschungsverträge zur DB AG zu kündigen.

801. Ebenso kritisch zu sehen ist, dass das Vorstandsressort Infrastruktur weiterhin auf Konzernebene neben der DB InfraGO AG bestehen bleiben soll. Ebenso soll nach Angaben der Bundesregierung ein Infrastrukturausschuss im Aufsichtsrat der DB AG eingerichtet werden. Über die Besetzung ist zum Zeitpunkt der Veröffentlichung des Gutachtens noch nicht entschieden. Somit ist zumindest unklar, ob die alleinige Verantwortung für die Infrastruktur bei der DB InfraGO AG liegt, oder ob die Interessen der Infrastruktur mit Interessen des Konzerns vermischt werden. Auch die Tatsache, dass der Vorstand Infrastruktur der DB AG zugleich als Aufsichtsratsvorsitzender der DB InfraGO AG verbleibt, steht einer unabhängigen Leitung der DB InfraGO AG entgegen. Nach Auffassung der Monopolkommission dürfen die Mitglieder des Aufsichtsrates der Infrastrukturunternehmen nicht zugleich in Führungspositionen des vertikal integrierten Unternehmens angestellt sein. Stattdessen müssen die Mitglieder des Aufsichtsrates der DB InfraGO AG aufgrund ihrer Unabhängigkeit, ihres Kompetenzprofils und nach Maßgabe des Public Corporate Governance Kodex gewählt werden.

802. Die Bundesnetzagentur hat nun von Amts wegen ein Verfahren zur Überprüfung der Einhaltung der organisatorischen und personellen Entflechtungsvorgaben aus den §§ 8 bis 8c und 9 ERegG sowie der RL 2012/34/EU im Zusammenhang mit der Wahrnehmung von (Infrastruktur-)Planungsaufgaben gegen die DB AG und die DB InfraGO AG eingeleitet, was die Monopolkommission begrüßt.¹¹⁰⁵ Der Ausgang des Verfahrens ist zum Zeitpunkt der Veröffentlichung dieses Gutachtens noch offen.

803. Daher hält die Monopolkommission letztlich an ihrer Empfehlung fest, die DB InfraGO AG eigentumsrechtlich aus dem DB-Konzern herauszulösen. Erst dieses stellt sicher, dass die Strategie und auch die Steuerung der DB InfraGO AG durch den Bund auf das Gemeinwohl ausgerichtet werden. Andernfalls werden die Gemeinwohlziele mit anderen, auch wettbewerbsverzerrenden, Interessen des DB-Konzerns vermischt.

9 Zusammenfassung und Empfehlungen

804. Eine gemeinwohlorientierte Steuerung der DB InfraGO AG setzt voraus, dass die eisenbahnpolitischen Ziele des Bundes klar definiert werden. Hierbei muss das Ziel der Kundenzufriedenheit klar im Mittelpunkt stehen. Dieses Ziel und andere eisenbahnpolitischen Ziele müssen nach Auffassung der Monopolkommission gesetzlich geregelt werden, etwa im Deutsche Bahn Gründungsgesetz. Dadurch muss klarwerden, auf welche Ziele die Steuerung der DB InfraGO AG ausgerichtet werden soll. Diese Definition der Gemeinwohlziele kann nicht der DB

¹¹⁰⁵ BNetzA, Antrag BKV, BK10-24-0018, https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Beschlusskammern/1_GZ/BK10-GZ/2024/2024_0001bis0099/BK10-24-0018/BK10-24-0018_U_Antrag_BKV.html?nn=881574, Abruf am 29. Mai 2024.

AG überlassen werden, sondern sie ist Aufgabe von Bundestag und Bundesrat als gesetzgebenden Organen.

805. Ein zentrales Instrument zur Durchsetzung der Gemeinwohlziele soll der Infraplan darstellen. In der derzeit vorgesehenen Form bleibt er jedoch ein ähnlich unverbindliches Dokument, wie die anderen Pläne des Eisenbahnsektors. Dabei könnten entsprechende Pläne und Regelungen in den Nachbarländern Österreich und Schweiz vorbildhaft sein. Die Monopolkommission empfiehlt daher, den Infraplan, wie in den Nachbarländern, gesetzlich zu verankern.

806. Die Umsetzung der Vorgaben des Infraplans soll mittels noch zu entwickelnder Kennzahlen gemessen werden. Die Monopolkommission schlägt vor, hierbei auch auf nutzerorientierte Kennzahlen, vor allem auf Pünktlichkeitsziele, zu setzen. Die Zielwerte sollten sukzessive erhöht werden und der DB InfraGO AG zugleich den erforderlichen Freiraum lassen, die Ziele zu erreichen.

807. Um die Zielerreichung wirksamer als bislang durchzusetzen, sollte der Infraplan mit den bestehenden Steuerungsinstrumenten der LuFV und der Anreizregulierung harmonisiert werden. Die bisherigen Regulierungsinstrumente haben sich als unzureichend erwiesen. Die Monopolkommission schlägt insbesondere vor, die in der LuFV ausgewiesenen infrastrukturbedingten Verspätungsminuten auch in der Anreizregulierung zu verankern, um beständige Anreize für Verbesserungen zu etablieren. Dadurch wird das Ziel der Pünktlichkeit stärker als bisher monetär bewertet und kann sodann besser gegen andere Ziele des Eisenbahnsektors abgewogen werden.

808. Dazu sollte auch die Managementvergütung stärker als bisher an die Erreichung von Qualitätskennzahlen in den Steuerungsinstrumenten gekoppelt werden. Für die Bestimmung der kurzfristigen Boni sollte die Erreichung der Pünktlichkeitsziele maßgeblich sein. Die langfristigen Boni (über drei bis fünf Jahre laufend) sollten sich an der Erreichung der Ausbau- und Instandhaltungsziele des Infraplans und der Einhaltung der Kostenpläne bestimmen.

809. Die Monopolkommission erachtet weiterhin eine möglichst weitgehende organisatorische Unabhängigkeit der DB InfraGO AG von den restlichen Konzerngesellschaften der DB AG als notwendig. Bei einer Beibehaltung der bestehenden Strukturen besteht die Gefahr, dass die Ausrichtung der DB InfraGO AG eher auf das Konzernwohl als auf das Gemeinwohl erfolgt. Erst durch eine eigentumsrechtliche Trennung kann gewährleistet werden, dass die DB InfraGO AG nachhaltig auf das Gemeinwohl ausgerichtet wird. Sollte diese Trennung derzeit politisch nicht umsetzbar sein, empfiehlt die Monopolkommission dringend eine stärkere personelle Entflechtung der Führungspositionen der DB InfraGO AG zu den restlichen Konzerngesellschaften.

Anhang A Stand und Entwicklung der aggregierten Unternehmenskonzentration in Deutschland

Methodische Erläuterungen

Die Ermittlung der inländischen Wertschöpfung der Unternehmen

Berechnung der Wertschöpfung von Industrie-, Handels- und Dienstleistungsunternehmen

810. 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.¹¹⁰⁶ 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

811. 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.¹¹⁰⁷ Analog zum Vorgehen bei Nichtkreditinstituten wird außerdem um das unkonsolidierte Zinsergebnis der in den Konsolidierungskreis einbezogenen Nichtkreditinstitute korrigiert:

¹¹⁰⁶ Detaillierte Ausführungen insbesondere zur Erfassung des Zinsergebnisses von in den Konsolidierungskreis einbezogenen Kreditinstituten finden sich in Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten: Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen, Baden-Baden, 2010, Anlage A, Tz. 5.

¹¹⁰⁷ 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).

Zinsüberschuss

- + Provisionsüberschuss
- ./. Verwaltungsaufwendungen (abzüglich Personalaufwand)
- ./. unkonsolidiertes Zinsergebnis der konsolidierten Nichtkreditinstitute

= Nettowertschöpfung zu Faktorkosten.

Berechnung der Wertschöpfung bei Versicherungsunternehmen

812. 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 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.

813. 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.

Verfahren zur Schätzung der inländischen Wertschöpfung

814. 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 Geschäftsvolumen¹¹⁰⁸ als Größenrelation verwendet. Auf dieser Grundlage kann die inländische Wertschöpfung von der weltweiten Wertschöpfung des Konzerns abgeleitet werden:

$$Wertschöpfung_{Inland}^{geschätzt} = \frac{\text{Referenzgröße}_{Inland}}{\text{Referenzgröße}_{Welt}} Wertschöpfung_{Welt}$$

815. 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

¹¹⁰⁸ Unter Geschäftsvolumen werden bei Industrie-, Dienstleistungs- und Handelsunternehmen der Umsatz, bei Kreditinstituten die Bilanzsumme und bei Versicherungsunternehmen die Brutto-Beitragseinnahmen verstanden.

Ergebnisse. Im Berichtsjahr 2022 musste die inländische Wertschöpfung insgesamt in 43 Fällen (2020: 18) mithilfe eines Schätzverfahrens auf Grundlage derartiger Größenrelationen geschätzt werden.¹¹⁰⁹

816. Dabei wurde als Größenrelation in 12 Fällen (BASF SE, C. H. Boehringer Sohn AG & Co. KG, Carl Zeiss AG, Deutsche Lufthansa AG, Deutsche Telekom AG, E.ON SE, MTU Aero Engines AG, Otto Group, Rethmann SE & Co. KG, Rheinmetall AG, Robert Bosch GmbH, RWE AG) der Personalaufwand verwendet, in 17 Fällen (Airbus-Gruppe Deutschland, DACHSER Group SE & Co. KG, DEERE-Gruppe Deutschland, DEKRA SE, Dirk Rossmann GmbH, Infineon Technologies AG, K+S AG, Liebherr-International-Gruppe Deutschland, maxingvest AG, Roche-Gruppe Deutschland, Salzgitter AG, Shell-Gruppe Deutschland, STRABAG-Gruppe Deutschland, United Internet AG, Vattenfall-Gruppe Deutschland, VINCI-Gruppe Deutschland, Wacker Chemie AG) der Durchschnitt der Geschäftsvolumen- und Beschäftigtenrelation, in 6 Fällen (BioNTech SE, Deutsche Bank AG, Fraport AG, Hapag-Lloyd AG, HGV Hamburger Gesellschaft für Vermögens- und Beteiligungsmanagement mbH, PricewaterhouseCoopers AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft) ausschließlich die Beschäftigtenrelation, sowie in 4 Fällen (Daimler Truck Holding AG, Landesbank Baden-Württemberg, Philip Morris International-Gruppe Deutschland, UniCredit-Gruppe Deutschland) ausschließlich die Relation der Geschäftsvolumen. 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. Im Fall der Amazon-Gruppe Deutschland wurde die inländische Wertschöpfung aufgrund einer Summierung von 78 identifizierten Gesellschaften im Inland durchgeführt.

817. 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.¹¹¹⁰

¹¹⁰⁹ Diese Fälle sind in Tabelle I.1 mit * gekennzeichnet.

¹¹¹⁰ Diese Fälle gehören zu den in Tabelle I.1 mit * gekennzeichneten Fällen.

Ergänzende Tabellen

Tabelle Anhang A.1: Reale Wertschöpfung der 100 Größten im Zeitraum 1978 bis 2022

Jahr	Reale ¹ Wertschöpfung „100 Größte“ in Mio. EUR	Veränderung zur Vorperiode in %	Reale ¹ Wertschöp- fung der Gesamtwirt- schaft 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	314.513	2,7	2.135.846	3,8	14,73 ²
2020	279.064	-11,3	2.036.135	-4,7	13,71
2022	329.374	18,0	2.181.993	7,2	15,10

¹ Die Größen in jeweiligen Preisen wurden mit Hilfe 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 2023). 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 Anhang A.2: Anteile der Anteilseigner der „100 Größten“ nach Art des Anteilseigners im Jahr 2022 in Prozent

Rang	Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	100G	Ausland	Öffentlich	Einzel- personen	Streu- besitz	Sons- tige
1	Volkswagen AG		17,00	20,00	53,30	9,70	

Rang	Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	100G	Ausland	Öffentlich	Einzel- personen	Streu- besitz	Sons- tige
2	Mercedes-Benz Group AG	1,09	49,39			47,99	1,53
3	Bayerische Motoren Werke AG		5,41		48,50	37,05	1,45
4	Deutsche Telekom AG	18,4	9,55	13,80		58,08	0,16
5	Deutsche Bahn AG			100,00			
6	Robert Bosch GmbH				100,00		
7	Siemens AG	5,30	23,85		6,86	41,66	22,33
8	BASF SE	1,09	17,89			81,02	
9	BioNTech SE				17,4	37,05	45,55
10	Deutsche Post AG	19,3	14,94			57,24	8,43
11	REWE-Gruppe						100,0
12	INA-Holding Schaeffler GmbH & Co. KG				100,00		
13	Fresenius SE & Co. KGaA	1,39	22,05		26,44	49,11	1,01
14	Deutsche Lufthansa AG	1,52	3,75		13,49	81,24	
15	SAP SE	1,32	16,48		11,64	70,56	
16	Deutsche Bank AG		22,83			77,05	0,12
17	Shell-Gruppe Deutschland		100,00				
18	Hapag-Lloyd AG	13,9	22,50		30,00	3,60	30,00
19	EDEKA-Gruppe						100,0
20	Airbus-Gruppe Deutschland ¹		20,99	11,00		67,81	0,20
21	Schwarz-Gruppe				100,00		
22	ZF Friedrichshafen AG			100,00			
23	thyssenkrupp AG		38,57		21,00	40,43	
24	Commerzbank AG	1,70	15,94	15,60		66,76	
25	Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG	2,99	8,09			87,52	1,40
26	Roche-Gruppe Deutschland		100,00				
27	Allianz SE	4,54	27,41			59,97	8,08
28	C. H. Boehringer Sohn AG & Co. KG				100,00		
29	Asklepios Kliniken GmbH & Co. KGaA				100,00		

Rang	Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	100G	Ausland	Öffentlich	Einzel- personen	Streu- besitz	Sons- tige
30	ExxonMobil-Gruppe Deutschland		100,00				
31	EnBW Energie Baden-Württemberg AG			93,50		0,39	6,11
32	Aldi-Gruppe				100,00		
33	Rethmann SE & Co. KG				100,00		
34	Ford-Gruppe Deutschland		100,00				
35	Bertelsmann SE & Co. KGaA				100,00		
36	HGV Hamburger Ges. für Vermögens- und Beteili- gungsmanagement mbH			100,00			
37	Carl Zeiss AG				100,00		
38	DZ Bank AG						100,0
39	Bayer AG	1,30	26,02			72,68	
40	Adolf Würth GmbH & Co. KG				100,00		
41	UniCredit-Gruppe Deutschland		100,00				
42	Evonik Industries AG		14,79	58,90		26,31	
43	Vodafone-Gruppe Deutschland		100,00				
44	Liebherr-International-Gruppe Deutschland		100,00				
45	RWE AG		24,98	4,78		70,24	
46	Wacker Chemie AG		15,41		51,31	28,54	4,74
47	Amazon-Gruppe Deutschland		100,00				
48	TOTAL-Gruppe Deutschland		100,00				
49	KfW Bankengruppe			100,00			
50	ING-Gruppe Deutschland		100,00				
51	STRABAG-Gruppe Deutschland		100,00				
52	Sana Kliniken AG	32,5					67,41
53	Siemens Energy AG	27,0	20,02			22,61	30,29
54	Salzgitter AG		6,79	26,50		31,66	35,05
55	PricewaterhouseCoopers Aktiengesellschaft Wirt- schaftsprüfungsgesellschaft				100,00		
56	Merck KGaA	1,10	27,65		70,27	0,98	

Rang	Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	100G	Ausland	Öffentlich	Einzel- personen	Streu- besitz	Sons- tige
57	Bayerische Landesbank			100,00			
58	E.ON SE	18,0	37,64			43,22	1,12
59	KPMG AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft				100,00		
60	Deloitte GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft				100,00		
61	Accenture-Gruppe Deutschland		100,00				
62	K+S AG	5,74	18,50		3,07	69,82	2,87
63	Stellantis-Gruppe Deutschland		100,00				
64	Rheinmetall AG	1,14	22,59			75,95	0,32
65	DEKRA SE						100,0
66	Otto Group				100,00		
67	Deutsche Börse AG	2,29	39,43			49,84	8,44
68	AXA-Gruppe Deutschland		100,00				
69	EWE AG			100,00			
70	Sanofi-Gruppe Deutschland		100,00				
71	Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide	9,63	8,68	52,23		29,38	0,08
72	Ernst & Young GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft				100,00		
73	Vonovia SE	3,40	55,49			41,11	
74	IBM-Gruppe Deutschland		100,00				
75	Stadtwerke München GmbH			100,00			
76	dm-drogerie markt Verwaltungs-GmbH				100,00		
77	Landesbank Baden-Württemberg			100,00			
78	BP-Gruppe Deutschland		100,00				
79	Debeka-Gruppe ²						100,0
80	Philip Morris International-Gruppe Deutschland		100,00				
81	VINCI-Gruppe Deutschland		100,00				
82	Kühne + Nagel-Gruppe Deutschland				67,09	32,91	
83	MTU Aero Engines AG	5,87	59,22		3,05	28,86	3,00

Rang	Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	100G	Ausland	Öffentlich	Einzel- personen	Streu- besitz	Sons- tige
84	Wüstenrot & Württembergische AG	1,03			66,31	22,00	10,66
85	Charité Universitätsmedizin Berlin KÖR			100,00			
86	maxingvest AG				100,00		
87	United Internet AG	1,01			48,94	40,06	9,99
88	Infineon Technologies AG	5,65	30,58			60,78	2,99
89	DEERE-Gruppe Deutschland		100,00				
90	Daimler Truck Holding AG	30,0	19,24			45,77	4,99
91	Stadtwerke Köln GmbH			100,00			
92	Adecco-Gruppe Deutschland		100,00				
93	Vattenfall-Gruppe Deutschland		100,00				
94	Linde-Gruppe Deutschland		100,00				
95	B. Braun SE				100,00		
96	TRUMPF GmbH + Co. KG				100,00		
97	DACHSER Group SE & Co. KG				100,00		
98	Dirk Rossmann GmbH		40,00		60,00		
99	DFS Deutsche Flugsicherung GmbH			100,00			
100	Rolls-Royce-Gruppe Deutschland		100,0				

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 hat keine der Aktie vergleichbaren Kapitalanteile, da sie als Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit organisiert ist. 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 Moody's (Stand: Juni 2024)

Tabelle Anhang A.3: Kapitalverflechtungen aus dem Kreis der „100 Größten“ im Jahr 2022

Rang	Anteilseigner	Rang	Beteiligungsunternehmen	Anteil
2	Mercedes-Benz Group AG	90	Daimler Truck Holding AG	30,00
7	Siemens AG	53	Siemens Energy AG	30,00
14	Deutsche Lufthansa AG	71	Fraport AG Frankfurt Airport Services World-wide	8,43
16	Deutsche Bank AG	2	Mercedes-Benz Group AG	1,09
		4	Deutsche Telekom AG	1,81
		7	Siemens AG	1,01
		8	BASF SE	1,09
		10	Deutsche Post AG	2,55
		13	Fresenius SE & Co. KGaA	1,39
		14	Deutsche Lufthansa AG	1,52
		15	SAP SE	1,32
		24	Commerzbank AG	1,70
		25	Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG	1,78
		27	Allianz SE	2,73
		39	Bayer AG	1,30
		53	Siemens Energy AG	3,51
		56	Merck KGaA	1,10
		58	E.ON SE	3,02
		62	K+S AG	3,29
		67	Deutsche Börse AG	2,29
		73	Vonovia SE	3,40
		83	MTU Aero Engines AG	3,65
		88	Infineon Technologies AG	3,86
25	Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG	7	Siemens AG	1,29
		52	Sana Kliniken AG	22,49
27	Allianz SE	7	Siemens AG	3,00
		87	United Internet AG	1,01
		88	Infineon Technologies AG	1,79
36	HGV Hamburger Gesellschaft für Vermögens- und Beteiligungsmanagement mbH	18	Hapag-Lloyd AG	13,90
38	DZ Bank AG	25	Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG	1,21
		27	Allianz SE	1,81
		62	K+S AG	2,45
		64	Rheinmetall AG	1,14
		71	Fraport AG Frankfurt Airport Services World-wide	1,20
		83	MTU Aero Engines AG	2,22
		84	Wüstenrot & Württembergische AG	1,03
45	RWE AG	58	E.ON SE	15,00
49	KfW Bankengruppe	4	Deutsche Telekom AG	16,60
		10	Deutsche Post AG	16,84
79	Debeka-Gruppe	52	Sana Kliniken AG	10,10

Quelle: Eigene Berechnungen auf Grundlage der Datenbank „Orbis“ des Anbieters Moody's (Stand: Juni 2024)

Tabelle Anhang A.4: Personelle Verflechtungen der „100 Größten“ im Jahr 2022 nach Art der Verflechtung

Rang	Unternehmen	Über das eigene Geschäftsführungs- Gremium ¹	Über Geschäfts- führungsmitglieder im eigenen Kontroll- gremium ²	Über Personen ohne Geschäftsführungs- mandat im eigenen Kontrollgremium ³
1	Volkswagen AG	2		2
2	Mercedes-Benz Group AG	4	3	5
3	Bayerische Motoren Werke AG	2		6
4	Deutsche Telekom AG	2	1	5
5	Deutsche Bahn AG			1
6	Robert Bosch GmbH			3
7	Siemens AG	3		8
8	BASF SE	1		4
9	BioNTech SE		(keine)	
10	Deutsche Post AG	2	1	6
11	REWE-Gruppe		(keine)	
12	INA-Holding Schaeffler GmbH & Co. KG		1	5
13	Fresenius SE & Co. KGaA		2	5
14	Deutsche Lufthansa AG	1	1	5
15	SAP SE	1		1
16	Deutsche Bank AG	1	1	3
17	Shell-Gruppe Deutschland			1
18	Hapag-Lloyd AG		1	2
19	EDEKA-Gruppe		(keine)	
20	Airbus-Gruppe Deutschland	1	1	
21	Schwarz-Gruppe		(unbekannt)	
22	ZF Friedrichshafen AG		1	5
23	thyssenkrupp AG			2
24	Commerzbank AG	1		1
25	Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG		2	8
26	Roche-Gruppe Deutschland		(keine)	
27	Allianz SE			4
28	C. H. Boehringer Sohn AG & Co. KG		(keine)	
29	Asklepios Kliniken GmbH & Co. KGaA		(keine)	
30	ExxonMobil-Gruppe Deutschland			2
31	EnBW Energie Baden-Württemberg AG	1		3
32	Aldi-Gruppe		(unbekannt)	
33	Rethmann SE & Co. KG		(keine)	
34	Ford-Gruppe Deutschland		(keine)	
35	Bertelsmann SE & Co. KGaA		2 (1)2	1
36	HGV Hamburger Ges. für Vermögens- und Beteili- gungsmanagement mbH	1		1
37	Carl Zeiss AG		(keine)	
38	DZ Bank AG	1	1	
39	Bayer AG			4
40	Adolf Würth GmbH & Co. KG	1		3
41	UniCredit-Gruppe Deutschland			
42	Evonik Industries AG		1	3
43	Vodafone-Gruppe Deutschland		(keine)	

44	Liebherr-International-Gruppe Deutschland	(keine)	
45	RWE AG	1	3
46	Wacker Chemie AG	(keine)	
47	Amazon-Gruppe Deutschland	(keine)	
48	TOTAL-Gruppe Deutschland	(keine)	
49	KfW Bankengruppe	2 (2)2	7
50	ING-Gruppe Deutschland		1
51	STRABAG-Gruppe Deutschland	(keine)	
52	Sana Kliniken AG	(keine)	
53	Siemens Energy AG	2	10
54	Salzgitter AG	1 (1)2	2
55	PricewaterhouseCoopers Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft	(keine)	
56	Merck KGaA	1	
57	Bayerische Landesbank		2
58	E.ON SE	1	3
59	KPMG AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft	(keine)	
60	Deloitte GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft	(keine)	
61	Accenture-Gruppe Deutschland	(keine)	
62	K+S AG		1
63	Stellantis-Gruppe Deutschland	(keine)	
64	Rheinmetall AG	1	2
65	DEKRA SE	(keine)	
66	Otto Group		1
67	Deutsche Börse AG	1	2
68	AXA-Gruppe Deutschland	(keine)	
69	EWE AG	(keine)	
70	Sanofi-Gruppe Deutschland		1
71	Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide	1	2
72	Ernst & Young GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft		1
73	Vonovia SE	1	3
74	IBM-Gruppe Deutschland		1
75	Stadtwerke München GmbH	(keine)	
76	dm-drogerie markt Verwaltungs-GmbH	(keine)	
77	Landesbank Baden-Württemberg	2	2
78	BP-Gruppe Deutschland	(keine)	
79	Debeka-Gruppe	(keine)	
80	Philip Morris International-Gruppe Deutschland	(keine)	
81	VINCI-Gruppe Deutschland	(keine)	
82	Kühne + Nagel-Gruppe Deutschland		1
83	MTU Aero Engines AG		1
84	Wüstenrot & Württembergische AG	1	1
85	Charité Universitätsmedizin Berlin KöR	(keine)	
86	maxingvest AG		1
87	United Internet AG	(keine)	
88	Infineon Technologies AG		1
89	DEERE-Gruppe Deutschland	(keine)	
90	Daimler Truck Holding AG	2	6
91	Stadtwerke Köln GmbH	(keine)	

92	Adecco-Gruppe Deutschland		1
93	Vattenfall-Gruppe Deutschland	(keine)	
94	Linde-Gruppe Deutschland	1	4
95	B. Braun SE		1
96	TRUMPF GmbH + Co. KG	1	1 (1)2
97	DACHSER Group SE & Co. KG		(keine)
98	Dirk Rossmann GmbH		(keine)
99	DFS Deutsche Flugsicherung GmbH		(keine)
100	Rolls-Royce-Gruppe Deutschland	2	1

Anm.: Unternehmen, für die im Jahr 2022 keine Verflechtung festgestellt wurde, werden mit „keine“ gekennzeichnet. Die Aldi- und Schwarz-Gruppe werden aufgrund mangelnder Informationen mit „unbekannt“ gekennzeichnet.

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. Falls vorhanden, wird in Klammern die Anzahl der Personen angegeben, die ihr Geschäftsführungsmandat in einem Kreditinstitut ausüben.

³ Gezählt wird, in wie vielen weiteren Unternehmen Personen im Kontrollgremium des genannten Unternehmens ein Mandat in einem Kontrollgremium ausüben.

Tabelle Anhang A.5: Zusammenschlussaktivitäten der "100 Größten" im Berichtszeitraum 2022/2023

Rang	Unternehmen (Oberstes Mutterunternehmen)	Freigaben ¹
1	Volkswagen AG	3
2	Mercedes-Benz Group AG	4
4	Deutsche Telekom AG	1
6	Robert Bosch GmbH	4
7	Siemens AG	6
8	BASF SE	4
9	BioNTech SE	1
10	Deutsche Post AG	1
11	REWE Group	7
12	INA-Holding Schaeffler GmbH & Co. KG	2
13	Fresenius SE & Co. KGaA	1
14	Deutsche Lufthansa AG	1
15	SAP SE	3
16	Deutsche Bank AG	1
17	Shell-Gruppe Deutschland	7
18	Hapag-Lloyd AG	1
19	EDEKA Handelsgesellschaft Nord mbH	4
20	Airbus-Gruppe Deutschland	2
22	ZF Friedrichshafen AG	1
23	thyssenkrupp AG	3
25	Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG	2
27	Allianz SE	12
30	ExxonMobil-Gruppe Deutschland	1
31	EnBW Energie Baden-Württemberg AG	9
33	Rethmann SE & Co. KG	1

34	Ford-Gruppe Deutschland	2
35	Bertelsmann SE & Co. KGaA	2
37	Carl Zeiss AG	1
38	DZ Bank AG	2
39	Bayer AG	3
40	Adolf Würth GmbH & Co. KG	1
42	Evonik Industries AG	1
43	Vodafone-Gruppe Deutschland	1
45	RWE AG	4
48	TOTAL-Gruppe Deutschland	6
49	KfW Bankengruppe	2
51	STRABAG-Gruppe Deutschland	2
52	Sana Kliniken AG	2
53	Siemens Energy AG	1
54	Salzgitter AG	1
58	E.ON	3
61	Accenture-Gruppe Deutschland	2
63	Stellantis-Gruppe Deutschland	3
64	Rheinmetall AG	2
65	DEKRA SE	1
67	Deutsche Börse AG	1
68	AXA-Gruppe Deutschland	1
69	EWE AG	11
70	Sanofi-Gruppe Deutschland	1
71	Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide	2
73	Vonovia SE	5
74	IBM-Gruppe Deutschland	1
75	Stadtwerke München GmbH	1
77	Landesbank Baden-Württemberg	2
78	BP-Gruppe Deutschland	3
79	Debeka-Gruppe	2
81	VINCI-Gruppe Deutschland	2
82	Kühne + Nagel-Gruppe Deutschland	2
88	Infineon Technologies AG	1
90	Daimler Truck Holding AG	6
93	Vattenfall-Gruppe Deutschland	2
95	B. Braun SE	2
96	TRUMPF GmbH + Co. KG	1

¹ Berücksichtigt wurden Vorgänge zwischen dem 1. Januar 2022 und dem 31. Dezember 2023, 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. Erworbener oder seine Obergesellschaft Erwerber bzw. selbst Erworbener 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 Anhang A.6: Entwicklung der inländischen Umsätze in der Industrie 1978-2022

Jahr	Reale ¹ Umsätze der 50 größten Industrieunter- nehmen ² in Mio. EUR	Veränderung in %	Reale ¹ Umsätze aller Indust- rieunternehmen 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
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	913.673	0,4	2.848.869	5,3	32,07
2020	782.416	-14,4	2.551.937	-10,4	30,66
2022	1.222.411	56,2	3.115.738	22,1	39,23

¹ Die Größen in jeweiligen Preisen wurden mit Hilfe 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 2023). 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 Anhang A.7: Entwicklung der inländischen Umsätze im Handel 1978-2022

Jahr	Reale ¹ Umsätze ² der zehn größten Handelsun- ternehmen in Mio. EUR	Veränderung in %	Reale ¹ Umsätze aller Han- delsunternehmen 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
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	200.021	-2,6	2.013.744	3,6	9,93
2020	214.430	7,2	1.978.434	-1,8	10,84
2022	218.357	1,8	2.261.516	14,3	9,66

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 2023). 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 Anhang A.8: Die Entwicklung der inländischen Umsätze im Verkehrs- und Dienstleistungssektor 1978-2022

Jahr	Reale ¹ Umsätze der zehn größten Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen 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
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	144.330	2,4	1.123.719	6,0	12,84
2020	123.506	-14,4	1.048.772	-6,7	11,78
2022	158.138	28,0	1.178.532	12,4	13,42

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 2023). 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 Anhang A.9: Entwicklung der inländischen Bilanzsummen im Kreditgewerbe 1978-2022

Jahr	Reale ¹ Bilanzsumme der zehn größten Kredit- institute 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
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	3.655	-16,8	7.872	-5,5	46,44
2020	3.811	4,3	8.540	8,5	44,62
2022	3.186	-16,4	9.107	6,6	34,99

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 2023). 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, April 2024, 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 Anhang A.10: Entwicklung der inländischen Beitragseinnahmen in der Versicherungsbranche 1978-2022

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		41,38
1992	69.172	14,0	148.049	1,0	46,72
1994	83.257	20,4	169.725	14,6	49,05
1996	83.096	-0,2	179.064	5,5	46,41
1998	104.696	26,0	188.480	5,3	55,55
2000	120.892	15,5	209.017	10,9	57,84
2002	136.862	13,2	228.056	9,1	60,01
2004	144.735	5,8	243.952	7,0	59,33
2006	151.307	4,5	246.347	1,0	61,42
2008	149.997	-0,9	239.453	-2,8	62,64
2010	148.667	-0,9	249.342	4,1	59,62
2012	151.922	2,2	257.006	3,1	59,11
2014	153.154	0,8	261.271	1,7	58,62
2016	156.123	1,9	262.383	0,4	59,50
2018	149.902	-4,0	269.198	2,6	55,68
2020	159.825	6,6	287.374	6,8	55,62
2022	154.387	-3,4	286.246	-0,4	53,93

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 2023). 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 2024). 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

Anhang B Marktmacht und der Einfluss von Preisaufschlägen auf die Inflationsdynamik

818. Dieser Anhang basiert auf dem Anhang aus Kapitel I Abschnitt 2 des XXIV. Hauptgutachtens der Monopolkommission.

Schätzung von Preisaufschlägen und Nachfragemacht

819. Zur Bestimmung von Preisaufschlägen nach Gleichung 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. Wir wenden das Schätzverfahren auf eine „Gross-Output“ Produktionsfunktion an. Dabei wird die Technologie unterstellt:

$$Y_{it} = F(L_{it}, K_{it}, M_{it})e^{\omega_{it} + \varepsilon_{it}}$$

820. Hier bezeichnet ω_{it} die zeitspezifische Produktivität eines Unternehmens i und ε_{it} einen zufälligen Schock bzw. Messfehler. Anschließend wird die Produktionsfunktion in logarithmierter Form, gekennzeichnet durch Kleinbuchstaben) geschrieben als

$$y_{it} = f(l_{it}, k_{it}, m_{it}) + \omega_{it} + \varepsilon_{it}$$

821. 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:

$$m_{it} = h(l_{it}, k_{it}, \omega_{it}) \Rightarrow \omega_{it} = h^{-1}(l_{it}, k_{it}, m_{it})$$

822. 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 Löhne, Marktanteile auf 3- und 4-Stellerebene sowie vollständige Interaktionen der 2-Steller Wirtschaftszweige mit den Kalenderjahren kontrolliert.

823. Der zweite Schritt besteht aus einer Generalized method of moments (GMM)-Schätzung, die unter Annahme eines Markov-Prozesses für die zeitliche Entwicklung der Produktivität ω_{it} durchgeführt wird, sodass $\omega_{it} = \phi_{it} - f(l_{it}, k_{it}, m_{it})$ 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 und weiterhin wird auch für Kalenderjahre kontrolliert. Unter der Annahme, dass Kapital und Arbeit dynamische Produktionsfaktoren sind und damit k_{it} und l_{it} bereits in der Vorperiode $t - 1$ festgelegt werden und der flexible Einsatzfaktor m_{it} in der aktuellen Periode t , lauten die Momentebedingungen der GMM-Schätzung:

$$E[(\xi_{it}(\beta) + \varepsilon_{it}) * Z_{it}] = 0$$

824. Dabei ist $Z_{it} = (1, l_{it}, m_{it-1}, k_{it-1}, \phi_{it-1})$ und beinhaltet die Instrumente zur Identifikation der Parameter.

825. Mit den in der GMM-Schätzung identifizierten Koeffizienten der Produktionsfunktion steht die Outputelastizität des flexiblen Einsatzfaktors und des Faktors Arbeit fest, sodass die unternehmensspezifischen Preisaufschläge und Nachfragemacht berechnet werden können. Gemäß der Vorgehensweise von De Loecker und Warzynski (2012)¹¹¹¹ wurden dabei noch notwendige Korrekturen berücksichtigt: Bei der Berechnung wird der erwartete Umsatz verwendet, 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.

GMM-Startwerte

826. 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 $y_{it} = \beta_l l_{it} + \beta_k k_{it} + \beta_m m_{it} + \varepsilon_{it}$ bestimmt. Im Rahmen von Schätzungen mit simulierten Unternehmensdaten, die beispielsweise von ACF und von Kim, Luo und Su¹¹¹² verwendet werden, führen diese Startwerte zur korrekten Identifikation der Koeffizienten. 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.

827. Um der Startwertabhängigkeit zu entgehen, wurde im Rahmen dieses Gutachtens die zweite Modellstufe mit insgesamt 25 verschiedenen Startwertvektoren geschätzt. Ausgehend von den Startwerten, die mit einer OLS-Schätzung ermittelt wurden $(\beta_l, \beta_k, \beta_m)_{ols}$, wurden diese gleichmäßig prozentual verändert. Die verschiedenen Startwertvektoren sind gegeben als $(1 + P) * (\beta_l, \beta_k, \beta_m)_{ols}$. Dabei nimmt P 25 verschiedene Werte zwischen -0,8 und 0,8 an. Ein Vorteil dieses Vorgehens ist, dass die Relationen unter den Startwerten konstant bleiben.

828. Um Randlösungen auszuschließen, wurden als erstes nur Schätzungen berücksichtigt, die plausible Outputelastizitäten zwischen 0 und 1 hervorgebracht haben. Anschließend wurden Schätzungen entfernt, die im Median über die gesamte Zeitperiode Preisaufschläge und Nachfragemacht unter 1 hervorgebracht haben. Weiterhin wurde jeweils diejenige Schätzung mit dem kleinsten Wert der zu minimierenden GMM-Zielfunktion ausgewählt.

Amtliche Daten (AFiD-Panel)

829. Für alle Analysen zu unternehmensspezifischen Preisaufschlägen, ihren potenziellen Determinanten und Auswirkungen wurden im vorliegenden Gutachten amtliche Unternehmensdaten der beiden AFiD-Panel Strukturerhebung im Dienstleistungsbereich bzw. Industrieunter-

¹¹¹¹ Vgl. De Loecker, J. und Warzynski, F., „Markups and Firm-Level Export Status“ (2012), American Economic Review, a. a. O., vgl. Fn. 47.

¹¹¹² Vgl. il Kim, K., Luo, Y. und Su, Y., "A Robust Approach to Estimating Production Functions: Replication of the ACF Procedure", Journal of Applied Econometrics, Vol. 34, No. 4, 2019, pp. 612-619.

nehmen für den Zeitraum 2007 bis 2020 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.

830. 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. Zu diesem Zweck sind 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.

831. 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 Kapitalstock 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. 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 der Anfangskapitalstock definiert als durchschnittlicher Abschreibungsbetrag, bzw. falls nicht vorhanden, Investitionsbetrag eines Unternehmens geteilt durch die mittlere Abschreibungsrate des Wirtschaftszweigs.

832. Die übrigen Modellvariablen wie Ausbringungsmenge, Beschäftigtenzahl und Kostenstellen für das flexible Input wurden direkt den Daten entnommen. Tabelle I.9 gibt einen deskriptiven Überblick zu den verwendeten Variablen.

Orbis-Daten

833. In Teilen des vorliegenden Gutachtens wurde neben Unternehmensdaten der amtlichen Statistik auch die Unternehmensdatenbank „Orbis Europe“ des privaten Anbieters Moodys ver-

wendet. Für die Untersuchungen stehen Daten bis zum Jahr 2022 zur Verfügung. Zur Nachvollziehbarkeit aller Auswertungen legen die folgenden beiden Abschnitte dar, welche Datenaufbereitungsschritte im Vorfeld der im Haupttext beschriebenen Analysen durchgeführt wurden.

834. Die meisten Informationen der Orbis-Datenbank, die zur Schätzung von Preisaufschlägen 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 Moodys-Datenlieferanten aufgezeichnet wurde. Moodys 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 Preisaufschlägen ermöglicht.

835. 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.
5. Unternehmen müssen in mindestens einem Beobachtungsjahr einen operativen Umsatz von mindestens EUR 100.000 aufweisen.
6. Unternehmen müssen in mindestens einem Beobachtungsjahr mindestens zwei Beschäftigte aufweisen.
7. Unternehmen müssen über mindestens zwei aufeinanderfolgende Jahre beobachtet werden.

836. 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 die 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, für 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.

837. Nach einer abschließenden Bereinigung vollständig identischer Zeilen hat der Datensatz die Form eines Unternehmenspanels mit eindeutigen Beobachtungen pro Unternehmensjahr. Zur weiteren Analyse wurden dieser 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.

838. 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 1- bzw. 99-Perzentils liegen. Die Berechnung dieser Quantile erfolgte separat für jeden Wirtschaftsabschnitt auf Basis der deflationierten Größen.

Herleitung der Überwälzungsraten

839. Die Überwälzungsraten basieren auf den Ergebnissen der folgenden beiden linearen Regressionen und der Gleichung $\Delta \text{Preis} \approx \Delta \text{Preisauflschlag} + \Delta \text{Marginale Kosten}$.

840. Als erstes werden logarithmierte Preisauflschläge $\log(\mu_{ijt})$ von Firma i , die in Sektor j aktiv ist, auf logarithmierte industriespezifische Preisindikatoren $\log(PPI_{jt})$ regressiert.

$$\log(\mu_{ijt}) = \beta_{ppi} \log(PPI_{jt}) + \Gamma_{ppi} X_{ijt}^{ppi} + \varepsilon_{ijt}^{ppi}$$

841. Die Regressormatrix X_{ijt}^{ppi} enthält weitere Kontrollvariablen. In der Regression wird für alle firmenspezifischen, aber zeitkonstanten Variablen durch unternehmensspezifische fixe Effekte kontrolliert. Weiterhin wird für durchschnittliche zeitspezifische Schocks mit Hilfe von Zeit-Dummies kontrolliert. Da Preisindikatoren auf Industrie-Zeitebene variieren, können keine industrie-zeitspezifischen Effekte heraus gerechnet werden, jedoch kann auf Industrieebene für unterschiedliche Trends kontrolliert werden. Darüber hinaus wird die Korrelation zwischen den unternehmensspezifischen Auswirkungen innerhalb einer Branche durch Clustering der Fehlerterme berücksichtigt. Mit der Gleichung ergibt sich die Überwälzungsraten, die über Preisindizes bestimmt werden als:

$$\frac{\Delta P}{\Delta C} = \frac{1}{1 - \beta_{ppi}}$$

842. In der Untersuchung werden Überwälzungsraten auch mit Hilfe einer Regression von logarithmierten Preisauflschlägen $\log(\mu_{ijt})$ auf logarithmierte totale Faktorproduktivität

$\log(TFP_{ijt})$ bestimmt, wobei TFP marginale Kosten approximiert. Die Regression hat die folgende Form:

$$\log(\mu_{ijt}) = \beta_{TFP} \log(TFP_{ijt}) + \Gamma_{TFP} X_{ijt}^{TFP} + \varepsilon_{ijt}^{TFP}$$

843. Die Regressionsgleichung ist sehr ähnlich wie zuvor, jedoch variiert TFP auf Unternehmensebene, was eine Industrie- und Zeitspezifische Analyse der Überwälzungsraten ermöglicht. Weiterhin können neben den zeitkonstanten Firmeneffekten auch für Industriezeitspezifische Schocks kontrolliert werden. In diesem Fall werden die Überwälzungsraten mit Hilfe der Gleichung wie folgt bestimmt:

$$\frac{\Delta P}{\Delta C} = 1 - \beta_{TFP}$$

844. Bei der Herleitung muss bei dem Vorzeichen beachtet werden, dass eine Erhöhung von TFP eine Effizienzsteigerung ist, was einer Reduktion der marginalen Kosten entspricht. Eine Verringerung von TFP ist eine Effizienzminderung, was einer Erhöhung der marginalen Kosten entspricht.

Zerlegung der Indizes von Preisaufschlägen in eine Preiskomponente und eine Kostenkomponente.

845. Für die Zerlegung verwenden wir die Preisindizes PPI_{jt} und die Indizes der gewichteten Preisaufschläge μ_{jt} . Die Kostenindizes berechnen sich dann wie folgt:

$$C_{jt} = \frac{1}{\mu_{jt}} * PPI_{jt}$$

Unternehmensliste in der Lebensmittelverarbeitung und im Lebensmitteleinzelhandel**Tabelle Anhang B.1: Anzahl der Unternehmen Lebensmittelverarbeitung**

Jahr	Umsatz in Euro	Anzahl der Unternehmen
2007	18069483934	124
2008	19729985618	124
2009	22240209497	128
2010	22502742364	131
2011	23618373746	138
2012	24968444155	148
2013	25419262696	147
2014	20374153767	105
2015	21553533326	106
2016	21411970027	103
2017	28824965912	126
2018	30011050126	144
2019	30871274199	153
2020	32591349882	166
2021	32370089906	155
2022	7853543118	28

Quelle: Orbis Europe; eigene Berechnungen

Tabelle Anhang B.2: Anzahl der Unternehmen Lebensmitteleinzelhandel

Jahr	Umsatz in Euro	Anzahl der Unternehmen
2007	19026720424	218
2008	23916628146	224
2009	29850074747	265
2010	30860903942	265
2011	33039433068	286
2012	34402352210	297
2013	34391102349	282
2014	32700404284	217
2015	32484264325	210
2016	32389709915	203
2017	32667070615	209
2018	35979497231	239
2019	36528208471	256
2020	38457750439	272
2021	36840339311	243
2022	9175738910	43

Quelle: Orbis Europe; eigene Berechnungen

Tabelle Anhang B.3: Unternehmensliste Lebensmittelverarbeitung Top 20

Nestlé Deutschland Aktiengesellschaft

Westfleisch SCE mit beschränkter Haftung

Unilever Deutschland GmbH

Harry-Brot GmbH

Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli GmbH

Nordzucker AG

GOLDSTEIG Käsereien Bayerwald GmbH

ADM WILD Europe GmbH & Co. KG

Müller Fleisch GmbH

FRoSTA Aktiengesellschaft

Deutsche Extrakt-Kaffee Gesellschaft mit beschränkter Haftung

ARYZTA Bakeries Deutschland GmbH

iglo GmbH

DMK Eis GmbH

CSM Deutschland GmbH

Ulmer Fleisch GmbH

Emsland-Stärke Gesellschaft mit beschränkter Haftung

Aachener Printen und Schokoladenfabrik Henry Lambertz GmbH & Co. KG

LACTOLAND Trockenmilchwerk GmbH

Greenland Seafood Wilhelmshaven GmbH

Quelle: Orbis Europe; eigene Berechnungen

Tabelle Anhang B.4: Unternehmensliste Lebensmitteleinzelhandel Top 20

Aldi

RHEIKA-DELTA Warenhandelsgesellschaft mit beschränkter Haftung

Globus-Handelshof GmbH & Co. KG

K+K Klaas & Kock B.V. & Co. KG

EDEKA Minden-Hannover Stiftung & Co. KG

EA HOR GmbH & Co. KG

Feneberg Lebensmittel GmbH

PETZ REWE GmbH

EA LAS GmbH & Co. KG

RB Hygiene Home Deutschland GmbH

EA BEV GmbH & Co. KG

Frankfurt Airport Retail GmbH & Co. KG

Seeberger GmbH

EA WIT GmbH & Co. KG

Jawoll Vertriebs GmbH

Karl Preuß GmbH & Co.

Unternehmensgruppe Dr. Eckert GmbH

Wolsdorff Tobacco GmbH

FRISTO GETRÄNKEMARKT GmbH

Schum Euroshop GmbH & Co. KG

Quelle: Orbis Europe; eigene Berechnungen

Anhang C Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Auszug: §§ 44 bis 47)

In der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245)

zuletzt geändert durch Art. 2 G zur Anpassung des Energiewirtschaftsrechts an unionsrechtliche Vorgaben und zur Änd. weiterer energierechtlicher Vorschriften vom 22. Dezember 2023 (BGBl. I Nr. 405)

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.

(4) ¹In ihren Gutachten kann die Monopolkommission Empfehlungen für die Durchführung von Sektoruntersuchungen nach § 32e Absatz 1 aussprechen. ²Soweit das Bundeskartellamt der Empfehlung für eine Sektoruntersuchung nach § 32e Absatz 1 innerhalb von zwölf Monaten nach der Veröffentlichung des Gutachtens nicht gefolgt ist, nimmt es Stellung zu der Empfehlung.

§ 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 Vomhundertanteile 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 Vomhundertanteile 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 zusammengefasste 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.

Anhang D Untersagungen durch das Bundeskartellamt

846. Seit Beginn der Fusionskontrolle (Anfang 1974) bis Ende Mai 2024 wurden 195 Untersagungen vom Bundeskartellamt ausgesprochen:

136 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 Schwaben¹¹¹³
(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

¹¹¹³ 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.

8. Bertelsmann/Deutscher Verkehrsverlag
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 22. Februar 1978, B6-75/77, WuW/E BKartA 1709
9. Andreae-Noris Zahn/R. Holdermann
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 31. März 1978, B8-170/77, WuW/E BKartA 1747
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 GmbH¹¹¹⁴
(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

¹¹¹⁴ Vgl. vorherige Fn.

- 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
(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/Agefko 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 MetallwarenfabrikAG/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 Iserlohn Iserlohn-
ner 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 GmbH¹¹¹⁵
(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 GmbH¹¹¹⁶
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 BWL 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

¹¹¹⁵ Das Verfahren wurde von beiden Parteien übereinstimmend für erledigt erklärt, weil der Zusammenschluss nach neuer Rechtslage nicht mehr kontrollpflichtig ist.

¹¹¹⁶ 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 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 Zeitschriftenhandels-gesellschaft 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
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) Wilhelmshoven Verlags-GmbH & Co. KG¹¹¹⁷
(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. KG¹¹¹⁸
(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

¹¹¹⁷ 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.

¹¹¹⁸ Das Verfahren wurde als einheitlicher Vorgang mit Bertelsmann/Premiere (Nr. 80) behandelt.

- (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/Andreae-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
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. FUNKE Mediengruppe GmbH & Co. KGaA/OTZ OSTTHÜRINGER ZEITUNG Verlag GmbH & Co. KG
Beschluss des BKartA vom 28. September 2021, V-36/20
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 21. Dezember 2022, VI-Kart 10/21 (V)
136. ACO Severin Ahlmann GmbH & Co. KG/ BIRCO GmbH
Beschluss des BKartA vom 13. Januar 2022, B1-137/21

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.KG¹¹¹⁹
(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

¹¹¹⁹ Das ursprüngliche Vorhaben wurde umstrukturiert. Vgl. Monopolkommission, VII. Hauptgutachten 1986/1987, Die Wettbewerbsordnung erweitern, Baden-Baden 1988, Tz. 372.

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
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 Wolfenbüt-
tel 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/ Kie-
ler 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 Mül-
ler 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 Handelsgesell-
schaft
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 genehmigt¹¹²⁰

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
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/Ruhrgas¹¹²¹
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)

¹¹²⁰ 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 2024: 195).

¹¹²¹ 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.

8. Universitätsklinikum Greifswald/Kreis Krankenhaus Wolgast¹¹²²
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 versagt¹¹²³

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)
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

¹¹²² 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.

¹¹²³ Diese Fälle werden unter den rechtskräftigen bzw. zurückgenommenen Untersagungen des Bundeskartellamtes aufgeführt.

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 BMW 225
6. Rhön-Klinikum AG/Kreiskrankenhäuser Bad Neustadt, Mellrichstadt¹¹²⁴
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 zurückgenommen¹¹²⁵

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

¹¹²⁴ 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.

¹¹²⁵ Diese Fälle werden unter den rechtskräftigen bzw. zurückgenommenen Untersagungen des Bundeskartellamtes aufgeführt.

Anhang E Gutachten der Monopolkommission

Hauptgutachten

Hauptgutachten XXIV: (2020/2021): Wettbewerb 2022

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

9. Sektorgutachten Bahn (2023): Bahn 2023: Time to GO: Endlich qualitätswirksam in den Wettbewerb!
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

9. Sektorgutachten Energie (2023): Energie 2023: Mit Wettbewerb aus der Energiekrise
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

13. Sektorgutachten Post (2023): Post 2023: Postwesen durch Wettbewerb erneuern!
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

13. Sektorgutachten Telekommunikation (2023): Telekommunikation 2023: Gigabit-Ziele durch Wettbewerb erreichen!
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 Tengelmann 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.

Anhang F Policy Briefs der Monopolkommission

Ausgabe 13: Wettbewerb in der Lebensmittellieferkette (Februar 2024)

Ausgabe 12: Ein Beitrag von datenverkehrsintensiven Over-The-Top-(OTT)-Anbietern an den Netzausbaukosten ist abzulehnen! (Mai 2023)

Ausgabe 11: Vorhaltepauschalen für Krankenhäuser adjustieren, Versorgungsbedarf sichern, Wettbewerb erhalten (Februar 2023)

Ausgabe 10: Strommärkte weiterentwickeln, Preisbremse wettbewerbskonform ausgestalten (Oktober 2022)

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)