

Auszug aus Hauptgutachten XVIII (2008/2009)

# **Einleitung**

## **Aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik**

---

### **2. Wettbewerbsdefizite bei Apotheken im Einzelhandel mit Arzneimitteln**

---

# Inhaltsverzeichnis

2.	Wettbewerbsdefizite bei Apotheken im Einzelhandel mit Arzneimitteln.....	54
2.1	Markt- und Wettbewerbsentwicklungen auf dem Markt für Arzneimittel.....	55
2.2	Ökonomische Besonderheiten im Einzelhandel mit Arzneimitteln.....	56
2.3	Wettbewerbsrelevante Regulierung des Einzelhandels mit Arzneimitteln.....	58
2.4	Reformvorschläge der Monopolkommission.....	59

tributionskosten ergeben (Topografie, Geologie, Bevölkerungsdichte etc.). Nicht jedoch sind Unterschiede bei den unspezifischen Gemeinkosten als nicht zu beeinflussende Kostenbestandteile zulässig. Durch die beschriebenen Vorkehrungen bei der Anreizregulierung kann sich anschließend der deutsche Trinkwassermarkt neu ordnen. Insbesondere sind Wasserversorgungsunternehmen Anreize gesetzt, bei ineffizient hohen unspezifischen Gemeinkosten ihre Größe durch Fusion mit einem anderen Trinkwasseranbieter zu erhöhen und so die Degression der unspezifischen Gemeinkosten zu verbessern. Die Abgrenzung einer Gebietskörperschaft und insbesondere auch Landesgrenzen stellen hierbei keine Hindernisse dar. Zudem sollten Fusionen im Trinkwassermarkt keinen kartellrechtlichen Bedenken ausgesetzt sein, da sich die bereits bestehende natürliche Monopolstellung eines lokalen Anbieters durch die Fusion mit seinem Nachbarn nicht verschärft.

**23.** Grenzen für weitere Zusammenschlüsse ziehen ausschließlich wirtschaftliche Kriterien. Möglich ist, dass Reibungsverluste und Ineffizienzen mit zunehmender Organisationsgröße anwachsen. Auch reduzieren sich die Innovationsmöglichkeiten im Systemwettbewerb, wenn die Zahl der Vergleichsunternehmen durch Fusionen allzu stark zurückgeht. Diese negativen Wirkungen erachtet die Monopolkommission jedoch im Vergleich zu den positiven Größeneffekten einer Konsolidierung der deutschen Wasserwirtschaft jedenfalls in Anbetracht der heutigen Situation als sehr gering. Eine effektive Anreizregulierung böte hier eine Gewähr dafür, dass signifikante Abweichungen von den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung im deutschen Trinkwassermarkt zulasten der Verbraucher vermieden werden. Inwieweit die kommunale Selbstverwaltungsgarantie aus Artikel 28 Absatz 2 GG für (teilweise ehrenamtlich betriebene) Kleinversorgungswerke eine Ausnahme von der Regulierung gebietet, kann hier nicht abschließend beurteilt werden.

**24.** Zur Ausschöpfung der Größendegression auf den deutschen Wassermärkten ist zudem nicht notwendigerweise eine physische Zusammenlegung von Netzen erforderlich. Sie kann zwar in Einzelfällen weitere Größenvorteile ausschöpfen helfen, in erster Linie jedoch geht es bei der Fusion von Wasserversorgungsbetrieben um eine Verbesserung der Umlage unspezifischer Gemeinkosten auf eine möglichst große Zahl von Verbrauchern und Verbräuchen. Dies wird bereits erreicht, wenn durch die Zusammenlegung von Netzverwaltungen Redundanzen offensichtlich und Rationalisierungsmöglichkeiten ausgeschöpft werden. Auch das Outsourcing bestimmter Aufgaben, etwa der Rechnungsstellung oder des Messwesens an externe, hochspezialisierte Unternehmen kann zu einer Erhöhung der Effizienz auf dem deutschen Wassermarkt führen.

**25.** Die Monopolkommission regt vor allem gegenüber Kommunen und Landschaftsverbänden an, vermehrt Ausschreibungswettbewerbe für die Wasserversorgung durchzuführen. Ausschreibungskonkurrenzen in der Wasserwirtschaft stehen allerdings vor der besonderen Herausforderung, dass geeignete Mechanismen gefunden

werden müssen, um optimale Investitionen in Ausbau und Instandhaltung der Netzinfrastruktur sicherzustellen. Bei einer Anreizregulierung für die Trinkwasserwirtschaft sollte sich diese Fragestellung durch geeignete Regelungen zu Investitionsbudgets und dem Qualitätselement auffangen lassen. Gegebenenfalls lassen sich Investitionsanreize in der Anreizregulierung auch durch ein explizites Bonus-/Malus-System für Investoren setzen. Bei der Ausschreibung von Konzessionen, insbesondere wenn diese mit einer langen Vertragslaufzeit verbunden sind, müssen hingegen größere Schwierigkeiten überwunden werden. Zur Erleichterung des Ausschreibungskonzepts wäre beispielsweise vorstellbar, eine Trennung des Leitungsnetzes vom Betrieb zu erwirken. Während das Leitungsnetz in kommunaler oder privater Hand weiterhin einer Anreizregulierung unterworfen würde, ließe sich der Betrieb in einen Ausschreibungswettbewerb um den Markt einbringen.<sup>29</sup> Problematisch ist bei langen Konzessionslaufzeiten möglicher Hold-Up dadurch, dass sich der Konzessionsinhaber nach erfolgter Ausschreibung in einem bilateralen Monopol mit dem Konzessionsgeber befindet und in diesem tendenziell starke Anreize zur Nachverhandlung besitzt.

## **2. Wettbewerbsdefizite bei Apotheken im Einzelhandel mit Arzneimitteln**

**26.** In ihrem Sechzehnten Hauptgutachten<sup>30</sup> hat sich die Monopolkommission bereits mit dem Wettbewerb zwischen Apotheken und der Regulierung des Einzelhandels mit Arzneimitteln befasst. Die nachfolgenden Ausführungen aktualisieren die Analyse und die Handlungsempfehlungen vor dem Hintergrund der Entwicklung in den vergangenen vier Jahren.

Auf der Basis der Analyse des Sechzehnten Hauptgutachtens hat die Monopolkommission 2006 der Bundesregierung folgende Handlungsempfehlungen gegeben:

- Überprüfung des Umfangs der Apothekenpflicht unter Berücksichtigung internationaler Erfahrungen (Tz. 164\*, Tz. 1157 ff.),
- Aufhebung des Selbstbedienungsverbots bei nicht verschreibungspflichtigen, aber apothekenpflichtigen Produkten (Tz. 164\*, Tz. 1163),
- Ermöglichung des Zugangs zum Beruf des Apothekers über ein Fachhochschulstudium (Tz. 165\*, Tz. 1165),
- Keine Aufhebung der Preisregelung bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln (Tz. 166\*, Tz. 1166 f.),
- Ermöglichung eines „sanften“ Preiswettbewerbs auch bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln durch (a) Wegfall der vorgeschriebenen Zuzahlung bei Arzneimitteln bei gesetzlich versicherten Patienten bei (b) gleichzeitiger Übernahme einer durch die Apotheke

<sup>29</sup> Vgl. für die ausführliche Erörterung eines solchen Konzepts Besche, B., Wasser und Wettbewerb, Frankfurt a. M. 2004.

<sup>30</sup> Vgl. Monopolkommission, Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungssektor!, Hauptgutachten 2004/2005, Baden-Baden 2006, Kapitel VI, Abschnitt 3.

selbst in Grenzen festzulegenden Pauschale für die Dienstleistung der Apotheke durch die Patienten (Tz. 168\*, Tz. 1170 ff.),

- Aufhebung des Fremd- und Mehrbesitzverbots bei Apotheken bei gleichzeitiger temporärer Verschärfung der Fusionskontrolle bei Apotheken zur Verhinderung der Herausbildung regionaler Monopolstellungen (Tz. 169\*, Tz. 1174 ff.),
- Ermöglichung der räumlichen Integration der Apotheke in andere Einzelhandelsgeschäfte (Tz. 170\*, Tz. 1178 f.),
- Abschaffung der berufsspezifischen Werberegeln (Tz. 171\*, Tz. 1180 f.).

**27.** Die damalige Bundesregierung hat in ihrer Stellungnahme nicht die Auffassung der Monopolkommission geteilt, dass die Regulierungsmaßnahmen für Apotheken zu restriktiv sind, und hat die Handlungsempfehlungen der Monopolkommission verworfen.<sup>31</sup> Die Monopolkommission möchte ihre Empfehlungen der neuen Bundesregierung in Erinnerung rufen und die Analyse vor dem Hintergrund jüngerer Entwicklungen aktualisieren.

Die neuerliche Analyse beschränkt sich dabei auf sog. „öffentliche Apotheken“, also Apotheken, die Arzneimittel an den Endverbraucher abgeben. Nicht behandelt werden Krankenhausapotheken, die als wirtschaftlich unselbstständiger Teil eines Krankenhauses geführt werden, sowie Bundeswehrapotheken. Im Folgenden werden zunächst Markt- und Wettbewerbsentwicklungen im Einzelhandel mit Arzneimitteln beschrieben, bevor die Besonderheiten des Marktes und des Ordnungsrahmens charakterisiert werden und darauf aufbauend Reformvorschläge präsentiert werden.

## 2.1 Markt- und Wettbewerbsentwicklungen auf dem Markt für Arzneimittel

**28.** Die gesetzlichen Regelungen<sup>32</sup> sehen drei Kategorien von Arzneimitteln vor, und zwar

- freiverkäufliche Arzneimittel,
- apothekenpflichtige, aber nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel,
- apothekenpflichtige, verschreibungspflichtige Arzneimittel.

Neben Arzneimitteln verkaufen Apotheken zudem Produkte des sog. „apothekenüblichen Ergänzungssortiments“ sowie Krankenpflegeartikel.

**29.** Das Gros des Umsatzes in Apotheken entfällt auf verschreibungspflichtige Arzneimittel. Im Jahr 2009 waren dies bundesweit 30,8 Mrd. Euro (ohne Mehrwert-

steuer), das entspricht nicht ganz 80 Prozent des Gesamtumsatzes in Apotheken in Höhe von 39,2 Mrd. Euro im Jahr 2009. Die verbleibenden 8,4 Mrd. Euro wurden durch Umsätze mit apothekenpflichtigen, aber nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln (4,4 Mrd. Euro), freiverkäuflichen Arzneimitteln (0,3 Mrd. Euro), Produkten aus dem apothekenüblichen Ergänzungssortiment (2,0 Mrd. Euro) und Krankenpflegeartikeln (1,7 Mrd. Euro) erzielt.<sup>33</sup>

Bemerkenswert ist auch, dass die Ausgaben für Arzneimittel seit 1997 mit 4 Prozent per annum auch im Vergleich zu den Gesundheitsausgaben insgesamt (+3 Prozent p. a.) überproportional gestiegen sind. Ebenso sind die Umsätze in Apotheken mit +4,5 Prozent per annum schneller gestiegen als im Vergleich zum Einzelhandel insgesamt mit +1 Prozent.<sup>34</sup>

**30.** Besonders stark wächst, ausgehend von einem niedrigen Niveau, seit 2004 der Versandhandel mit Arzneimitteln. Der Versandhandel mit apothekenpflichtigen Arzneimitteln erhielt mit der Zwölften Novelle des Arzneimittelgesetzes im Jahr 2004 eine rechtliche Basis, indem das seit der Achten AMG-Novelle von 1998 geltende generelle Verbot in ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt umgewandelt wurde. Während der Umsatz im Markt für rezeptfreie Arzneimittel im Jahr 2009 insgesamt mit einem Zuwachs von +0,9 Prozent fast stagnierte, konnten die Versandapotheken ihr Geschäft mit rezeptfreien Medikamenten um etwa 30 Prozent steigern. Ihr Anteil am sog. OTC-Markt („Over-the-Counter“) liegt nach Zahlen von IMS Health mittlerweile zwischen 9 und 10 Prozent.<sup>35</sup> Diese Zuwächse gehen zulasten der niedergelassenen Apotheken, die in diesem Bereich einen Umsatzrückgang von knapp 1,3 Prozent hinnehmen mussten. Im Markt für verschreibungspflichtige Arzneimittel hingegen haben Versandapotheken wesentlich schwerer Fuß gefasst, der Bundesverband Deutscher Versandapotheken (BVDVA) schätzt den Marktanteil der Versandapotheken in diesem Segment nach wie vor auf rund 2 Prozent.<sup>36</sup>

**31.** Die Anzahl der Apotheken in Deutschland hat zwischen 2003 und 2008 kontinuierlich zugenommen und ist in diesem Zeitraum um 300 Apotheken gewachsen. Im Jahr 2009 haben erstmals seit 2003 wieder mehr Apotheken geschlossen (nämlich 352), als neue Apotheken eröffnet wurden (nämlich 298), sodass sich die Anzahl der Apotheken am Jahresende 2009 auf 21 548 belief. Davon sind mittlerweile 3 224 Filialapotheken.

Die Apothekendichte ist in Deutschland mit etwa 3 800 Einwohnern pro Apotheke zwar nicht europäische Spitze, aber doch überdurchschnittlich. In den 15 „alten“ EU-Mitgliedstaaten kommen im Durchschnitt 5 800 Einwohner auf eine Apotheke. Während in einigen Staaten

<sup>31</sup> Vgl. Stellungnahme der Bundesregierung zum Sechzehnten Hauptgutachten der Monopolkommission, Bundestagsdrucksache 16/5881 vom 3. Juli 2007, Tz. 52.

<sup>32</sup> Vgl. den Siebten Abschnitt (§§ 43 ff.) des Arzneimittelgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. Dezember 2005, BGBl. I S. 3394.

<sup>33</sup> ABDA – Bundesvereinigung Deutscher Apothekenverbände (Hrsg.), Die Apotheke: Zahlen, Daten, Fakten 2009, Berlin 2010, <http://www.abda.de/zdf.html>

<sup>34</sup> Vgl. Perlit, U., Apotheken: Selbst in der Rezession leichtes Umsatzplus, Deutsche Bank Research, Frankfurt a.M., Mai 2009.

<sup>35</sup> <http://www.apotheke-adhoc.de/Nachrichten/Markt/9762.html>

<sup>36</sup> Ebenda.

im Durchschnitt deutlich mehr Einwohner von einer Apotheke versorgt werden als in Deutschland (Dänemark 16 800, Schweden 10 700, Niederlande 9 400, Österreich 6 900, Großbritannien 4 900), sind es in anderen Staaten auch weniger Einwohner pro Apotheke (Italien 3 300, Frankreich 2 700, Spanien 2 100). Die höchste Apothekendichte in Europa findet sich in Griechenland mit 1 200 Einwohnern pro Apotheke.<sup>37</sup> Die Apothekendichte in Deutschland variiert auch zwischen den Bundesländern, wobei sie in Ostdeutschland niedriger ist als in Westdeutschland und ebenso in ländlichen Gebieten mehr Einwohner pro Apotheke versorgt werden als in Städten.

**32.** Für die Marktentwicklung bedeutsam sind zwei Urteile aus den letzten beiden Jahren. Zum einen hat das Bundesverwaltungsgericht im März 2008 entschieden, dass sog. Pick-up-Stellen, an denen Patienten Medikamente abholen, welche sie im Versandhandel bestellt haben, nach heutiger Gesetzeslage in Deutschland prinzipiell zulässig sind.<sup>38</sup> Zum anderen hat der Europäische Gerichtshof im Mai 2009 entschieden, dass das Fremd- und Mehrbesitzverbot in Deutschland mit europäischem Recht vereinbar ist.<sup>39</sup> Das Fremdbesitzverbot beschränke zwar die Niederlassungsfreiheit, dies sei jedoch durch Gründe des Allgemeininteresses, namentlich den Schutz der Gesundheit und das Ziel, eine sichere und qualitativ hochwertige Arzneimittelversorgung sicherzustellen, gerechtfertigt. In seiner Urteilsbegründung räumt der Europäische Gerichtshof den Mitgliedstaaten bei der Bestimmung, auf welchem Niveau sie den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung gewährleisten wollen und wie dieses Niveau erreicht werden soll, einen breiten Wertungsspielraum ein und begrenzt seine Prüfung entsprechend. Keinesfalls wird durch das Urteil des Europäischen Gerichtshofs jedoch ein Fremd- und Mehrbesitzverbot zwingend vorgeschrieben. Das Fremd- und Mehrbesitzverbot kann also nach wie vor vom Gesetzgeber aufgehoben werden.

## 2.2 Ökonomische Besonderheiten im Einzelhandel mit Arzneimitteln

**33.** Beim Einzelhandel mit Arzneimitteln herrschen gewisse Besonderheiten, die eine Regulierung aus ökonomischer Sicht rechtfertigen könnten. Zu erwähnen ist vor allem, dass Arzneimittel beratungsbedürftige Produkte sind. Der typische Endverbraucher kann oftmals nicht ohne Weiteres beurteilen, ob der Einsatz eines bestimmten Arzneimittels für ihn nützlich, nutzlos oder sogar schädlich ist, d. h. Arzneimittel sind sog. Vertrauensgüter, bei denen der typische Verbraucher unter Informationsdefiziten leidet und daher eine kompetente Beratung benötigt.

Diese Problematik spricht zum einen dafür, dass der Gesetzgeber für bestimmte Arzneimittel eine Verschreibungspflicht eingeführt hat, also ihre Abgabe an Endver-

braucher von einer ärztlichen Verordnung abhängig ist. Dadurch wird sichergestellt, dass ein Patient ein Arzneimittel nur dann legal erwerben kann, wenn der Einsatz dieses Arzneimittels nach Ansicht einer fachkundigen Person bei ihm geboten ist.

Zum anderen spricht dieses Problem asymmetrischer Information auch dafür, dass der Apotheker in dieser Konstellation in erster Linie als „gatekeeper“ dient, der für die Einhaltung der Verschreibungspflicht verantwortlich ist. Aus ökonomischer Sicht ist nämlich eine Trennung der Verschreibung (und damit der wesentlichen Beratungsleistung) durch den Arzt und des Verkaufs von Arzneimitteln (durch Apotheken) durchaus sinnvoll, um etwaige Interessenkonflikte zu vermeiden, die sich ergeben können, wenn die besser informierte Marktseite (also der behandelnde Arzt) vom Verkauf von Arzneimitteln an die weniger gut informierte Marktseite (also die Patienten) profitieren würde. Durch die strikte Trennung der wesentlichen Beratungsleistung durch den Arzt und des Verkaufs wird dieser mögliche Interessenkonflikt wenn nicht vollständig vermieden, so doch immerhin reduziert.

In diesem Kontext ist auch festzustellen, dass die Haftung für eine falsche Medikation, z. B. mangelnde Sorgfalt hinsichtlich der Überprüfung von Wechselwirkungen mit anderen verschriebenen Arzneimitteln, in aller Regel beim verschreibenden Arzt liegt und nicht beim Apotheker.

**34.** Die besondere Bedeutung des Beratungsbedarfs und die asymmetrische Informationsverteilung im Einzelhandel mit Arzneimitteln haben jedoch nicht zur Folge, dass es sich bei Apotheken nicht im Wesentlichen um Einzelhandelsgeschäfte handeln würde. Zum einen ist darauf hinzuweisen, dass auch andere Bereiche des Einzelhandels sehr beratungsintensiv sein können, ohne dass sie die Eigenschaft als Handelsunternehmen dadurch verlieren. Zum anderen – und das ist der fundamentale Unterschied zu eigentlichen Beratungsunternehmen – wird Beratung in Apotheken anders als bei Ärzten, Rechtsanwälten oder auch Unternehmensberatern nicht separat abgerechnet. Die Beratungsleistung ist, wie im Einzelhandel typisch, im Preis des Produkts pauschal enthalten.

Das heißt, dass die Tätigkeit der öffentlichen Apotheken im Wesentlichen eine Einzelhandelstätigkeit ist. Apotheken erzielen ihre Umsätze ganz überwiegend mit dem Verkauf von fertig eingekauften Arzneimitteln und anderen apothekenüblichen Gütern; der Anteil der von der Apotheke selbst hergestellten Arzneimittel und eigenständig erbrachten Dienstleistungen ist anteilsmäßig relativ gering. Wie bei anderen Einzelhandelsbetrieben auch, hängt der wirtschaftliche Erfolg zwar sicher auch von der Qualität der Beratung ab, aber nicht unwesentlich auch von anderen Faktoren wie z. B. einem günstigen Standort. Wichtig sind eine gute Erreichbarkeit sowie die Nähe zu Arztpraxen. Apotheken finden sich deshalb oft in Innenstädten, Geschäftsstraßen oder Einkaufszentren, daneben spielen Standorte in Ärztehäusern eine wichtige Rolle. Ihre Kundschaft besteht vor allem aus Laufkundschaft in dem Sinne, dass anders als z. B. bei Ärzten und Rechtsanwälten eine Terminvereinbarung unüblich ist.

<sup>37</sup> ABDA, a.a.O.

<sup>38</sup> BVerwG, Urteil vom 13. März 2008, 3 C 27.07 „dm“

<sup>39</sup> EuGH, Urteil vom 19. Mai 2009, verb. Rs. C-171/07 und C-172/07 „Apothekerkammer des Saarlands u. a./Saarland“.

Als Einzelhändler müssen die Apotheken ihre Erträge über die Preisspanne zwischen Großhandelspreis und Endverkaufspreis erzielen. Zwar erbringen die Apotheker beim Verkauf von Arzneimitteln auch Beratungsleistungen; diese stellen jedoch keine vertraglich eigenständige Tätigkeit dar und werden auch nicht eigenständig (z. B. nach Art und Umfang der Beratungsleistung) vergütet.

Weitere Wettbewerbsparameter sind neben der Qualität der Beratung, der Freundlichkeit des Services und des Standortes auch Faktoren wie die Öffnungszeiten oder auch kostenlose Zugaben z. B. von Cremes, Traubenzucker, Zeitschriften u. ä. Anders als auf vielen anderen Märkten spielt der Preis beim Großteil der Arzneimittel keine Rolle im Wettbewerb.

**35.** Diese Besonderheit, die in ähnlicher Weise auch für andere Bereiche des Gesundheitssystems gilt, resultiert daraus, dass die Kosten für den wesentlichen Teil des Arzneimittelverbrauchs nicht direkt vom Patienten, sondern von einer gesetzlichen oder privaten Krankenversicherung getragen werden. Beim Einkauf solcher Arzneimittel ist der einzelne Verbraucher also kaum preissensitiv. Üblicherweise tritt deshalb an die Stelle eines individuell vereinbarten Preises entweder eine staatliche Preisregelung oder eine Vereinbarung zwischen Krankenversicherung und Apotheke. In Deutschland gilt für die gesetzlichen Krankenkassen ein Kontrahierungszwang; sie können also nicht mit einer begrenzten Anzahl von Apotheken exklusive Verträge über die Versorgung ihrer Mitglieder als Gegenleistung für günstige Arzneimittelpreise schließen. Solange dieser Kontrahierungszwang gilt, ist es folgerichtig, dass es einheitliche, nicht ausgehandelte, sondern staatlich festgesetzte Apothekenaufschläge gibt.

**36.** Diese Argumentation gilt allerdings nicht für Arzneimittel, die vom Patienten selbst bezahlt werden müssen. Hier ist der Patient, wie bei anderen Gütern auch, durchaus preissensitiv. Zwar wird diese Preissensitivität bei dringend benötigten Arzneimitteln für den akuten Bedarf nicht besonders groß sein. Eine längere Suche nach dem günstigsten Angebot wird hier nur selten stattfinden, insbesondere wenn ein Preisvergleich nur umständlich zu realisieren ist. Dagegen wird der Käufer beim Vorratskauf oder bei ständigem Bedarf stärker an günstigen Arzneimittelpreisen interessiert sein. Ein Preiswettbewerb ist hier nicht nur möglich, sondern auch in gewissem Umfang existent. In der Tat hat sich der Preiswettbewerb gerade bei nicht rezeptpflichtigen Arzneimitteln durch die Entwicklung des Versandhandels intensiviert, auch wenn der Marktanteil der Versandapotheken mit etwa 10 Prozent weiterhin relativ gering ist.<sup>40</sup>

Ursache dafür dürfte auch sein, dass seit 2004 gesetzlich Versicherte die Kosten von nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln mit wenigen Ausnahmen selbst übernehmen müssen. Es ist deshalb folgerichtig, dass der Gesetzgeber für diese Arzneimittel die Preisbindung aufgehoben hat. Weiter befördert werden könnte der Preiswettbewerb in diesem Segment, indem das Selbstbe-

dienungsverbot in § 17 Absatz 3 der Apothekenbetriebsordnung für nicht rezeptpflichtige Arzneimittel aufgehoben würde. Dieses Verbot verhindert momentan, dass Kunden direkt an Regale mit nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln herantreten können, um sich einen Überblick über das Angebot und die Preise zu verschaffen. Teilweise können Preise für apothekenpflichtige Arzneimittel, auch verschreibungspflichtige, nur im Gespräch mit dem Verkaufspersonal ermittelt werden, sodass die Informationskosten für die Kunden steigen und der Wettbewerb gebremst wird.

Die Apothekenpreise für verschreibungspflichtige Medikamente hingegen sind weiterhin staatlich reglementiert. Sie machen wie erwähnt nach wie vor das Gros des Umsatzes in öffentlichen Apotheken aus, nicht ganz 80 Prozent des Umsatzes einer öffentlichen Apotheke entfallen auf rezeptpflichtige Arzneimittel mit regulierten Preisspannen. Preiswettbewerb besteht also nur in etwa 20 Prozent des Apothekenmarktes, gemessen am Umsatz.

**37.** Auf Märkten mit offenem Marktzutritt, aber geregelten Preisen besteht das Problem, dass es zu einer Überbesetzung der Angebotsseite kommen kann. Die künstlich hoch gehaltenen Preise führen höchstens zeitweise zu Übergewinnen. Denn die Erwartung auf gute Erträge lockt weitere Markteintritte an. Diese Eintrittswelle kann so lange anhalten, bis Übergewinne abgebaut sind und nur noch Gewinne in Höhe eines Unternehmerlohns erzielt werden. Administrierte Erhöhungen des Preisniveaus können dann zu einer erhöhten Anbieterdichte führen, Senkungen des Preisniveaus langfristig zu einer Abnahme. So lässt sich auch erklären, dass bei steigenden Umsätzen die Anzahl der Apotheken in Deutschland und somit auch die Apothekendichte bis 2008 kontinuierlich angestiegen sind. Mit dem Rückgang des Umsatzes bei niedergelassenen Apotheken im Jahr 2009 zulasten der Versandapotheken, welche auch aus dem europäischen Ausland heraus (vor allem aus den Niederlanden) den Versandhandel nach Deutschland betreiben, ist auch die Anzahl der Apotheken in Deutschland erstmals seit 2003 wieder gesunken.

Der aufgrund der Preisreglementierung fehlende Preiswettbewerb hat zur Folge, dass die Arzneimitteldistribution zu höheren volkswirtschaftlichen Kosten erfolgt als notwendig, weil die im Markt auftretenden Betriebe eine zu geringe, nicht optimale Größe haben. Ökonomisch eigentlich zu kleine Betriebe können überleben, weil sie durch die effizienteren Betriebe nicht unterboten werden können.<sup>41</sup> Zudem unterbleiben mögliche Spezialisierungsvorteile, welche große Apotheken profitabel realisieren können, sobald sie eine kritische Masse an Kunden haben.<sup>42</sup>

<sup>41</sup> Wann eine Apotheke volkswirtschaftlich zu klein ist, hängt natürlich von der Umgebung ab. Auf dem Land kann auch eine relativ kleine Apotheke volkswirtschaftlich gerechtfertigt sein, da hier höheren Betriebskosten in der Apotheke geringere Wegekosten der Patienten gegenüberstehen.

<sup>42</sup> Vgl. Schulenburg, J.-M. von der, Hodek, J.-M., Nutzen und Kosten der derzeitigen Regulierung des Apothekenmarktes in Deutschland, Gesundheits- und Sozialpolitik 64, 2010, S. 19–30.

<sup>40</sup> Perlit, U., a. a. O.

**38.** Eine andere Konsequenz ist, dass der nicht erlaubte Preiswettbewerb durch Wettbewerb bei anderen Parametern ersetzt wird. Apotheken versuchen möglichst gute Standorte zu beziehen, durch eine gehobene Ladeneinrichtung, durch freundlichen Service, komfortable Öffnungszeiten oder kostenlose Beigaben wie Apothekenzeitungen, Hautcremes oder Hustenbonbons im Wettbewerb zu bestehen. Manche dieser Komponenten – wie Service, Qualität der Beratung, gute Erreichbarkeit – mögen gesundheitspolitisch positiv bewertet werden, andere sind teilweise gesundheitspolitisch unnötig (gehobene Ladeneinrichtung) oder unter Kosten-Nutzen-Gesichtspunkten fragwürdig (Apothekenzeitung). Die Monopolkommission spricht sich nicht dagegen aus, dass es Einzelhandelsgeschäfte mit gehobener Einrichtung, (scheinbar) kostenlose Beigaben oder eine Apothekenzeitung gibt. Jedoch ist es fragwürdig, sie indirekt mit Beitragsgeldern der gesetzlichen Krankenkassen zu finanzieren.

**39.** Die Monopolkommission hat schon in ihrem Sechzehnten Hauptgutachten darauf verwiesen, dass die Lösung dieses Problems nicht darin bestehen kann, den Marktzugang für Apotheken weiter zu beschränken. Es ist äußerst zweifelhaft, ob ein staatlicher Regulierer volkswirtschaftlich effiziente Apothekenzahlen festsetzen würde.

Ein weiteres Problem von Festpreisen ist, dass sie keine hinreichenden Anreize bieten, sich in Gegenden mit vergleichsweise geringer Apothekendichte anzusiedeln. Bestünde Preiswettbewerb, wäre die Ansiedlung gerade in solchen Gegenden interessant, weil dort bessere Preise erzielt werden könnten.

## **2.3 Wettbewerbsrelevante Regulierung des Einzelhandels mit Arzneimitteln**

### **Produktsortiment**

**40.** Wie bereits erwähnt, sehen die gesetzlichen Regelungen drei Kategorien von Arzneimitteln vor, und zwar (1) freiverkäufliche Arzneimittel, (2) apothekenpflichtige, aber nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel sowie (3) apothekenpflichtige, verschreibungspflichtige Arzneimittel. Apothekenpflichtige Arzneimittel dürfen nur durch Apotheken verkauft werden. Sie machen etwa 90 Prozent des Umsatzes in Apotheken aus. Bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln tritt noch die Anforderung dazu, dass sie nur nach Vorlage einer ärztlichen Verschreibung an den Verbraucher abgegeben werden dürfen. Dagegen können freiverkäufliche Arzneimittel auch von anderen Geschäften verkauft werden, solange im Geschäft eine Person mit besonderer Sachkunde in Bezug auf Arzneimittel vorhanden ist. Der Katalog der freiverkäuflichen Arzneimittel umfasst z. B. Heilwässer, Bademoore, pflanzliche Heilmittel, Pflaster und bestimmte Desinfektionsmittel. Der Umsatz mit freiverkäuflichen Arzneimitteln macht weniger als 1 Prozent des Umsatzes einer typischen Apotheke aus.<sup>43</sup>

Apotheken müssen sich nicht auf den Handel mit Arzneimitteln beschränken, sondern können darüber hinaus ein

bestimmtes Nebensortiment sowie Krankenpflegeartikel anbieten. Das Nebensortiment ist jedoch der Art nach beschränkt. Außer Arzneimitteln dürfen in Apotheken nur apothekenübliche Waren verkauft werden. Dazu zählen nach der Apothekenbetriebsordnung insbesondere Produkte, die der Gesundheit von Menschen und Tieren mittelbar oder unmittelbar dienen oder diese fördern. Der Verkauf von Krankenpflegeartikeln und Produkten aus dem Nebensortiment macht etwa 9,4 Prozent des Umsatzes in Apotheken aus.<sup>44</sup>

### **Preisregulierung**

**41.** Beim Verkauf von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln unterliegt der Apotheker wie oben erwähnt einer Preisbindung nach der Arzneimittelpreisverordnung, die ihn auf eine bestimmte Handelsspanne festlegt. Ausgangspunkt für die Berechnung der gebundenen Apothekenverkaufspreise ist der Abgabepreis des Herstellers. Darauf wird ein Großhandelszuschlag erhoben, der durch die Verordnung nach oben beschränkt ist. Der Apotheker schlägt eine Pauschale von 8,10 Euro je Packung sowie 3 Prozent auf den Herstellerabgabepreis zuzüglich des höchstzulässigen Großhandelszuschlags plus Mehrwertsteuer zu. Daraus ergibt sich: Apothekenverkaufspreis = (Herstellerabgabepreis + Großhandelshöchstzuschlag) x 1,03 + 8,10 Euro plus Mehrwertsteuer.

Dieser Verkaufspreis gilt grundsätzlich für alle Verkäufe von verschreibungspflichtigen Medikamenten, also sowohl für Verkäufe an gesetzlich versicherte Patienten als auch an privat Versicherte oder Selbstzahler. Jedoch müssen die Apotheken bei Verkäufen auf Kosten der gesetzlichen Krankenversicherung einen gesetzlich festgelegten Rabatt in Höhe von momentan 2,30 Euro je Packung gewähren.

Von diesem Preis trägt der Versicherte grundsätzlich 10 Prozent des Arzneimittelpreises, jedoch mindestens 5 Euro und höchstens 10 Euro und nicht mehr als die Kosten des Präparats, den Rest trägt die Versicherung des Patienten. Die Zuzahlung entfällt jedoch teilweise beim Kauf von Medikamenten, für welche die Krankenkasse des Patienten einen Rabatt ausgehandelt hat.

### **Mehr- und Fremdbesitz**

**42.** Traditionell gilt im deutschen Apothekenrecht das Leitbild des „Apothekers in seiner Apotheke“. Gemäß dem sog. Fremdbesitzverbot darf ein Apothekenbetrieb nur durch einen Apotheker als Einzelunternehmer oder durch eine von Apothekern gebildeten offenen Handelsgesellschaft betrieben werden. Der Betrieb einer Apotheke in der Rechtsform einer GmbH oder einer Aktiengesellschaft ist nicht möglich.

Dagegen ist das bis 2004 geltende strikte Mehrbesitzverbot inzwischen gelockert worden. Während sich vor 2004 ein Apotheker auf den Betrieb einer Apotheke beschrän-

<sup>43</sup> ABDA, a. a. O.

<sup>44</sup> Ebenda.

ken musste, kann er heute bis zu vier Apotheken betreiben. Er muss dabei eine der Apotheken als Hauptapotheke selbst leiten und für jede der Filialapotheken einen angestellten Apotheker als verantwortlichen Leiter benennen. Die Hauptapotheke und die Filialapotheken müssen innerhalb desselben Kreises oder derselben kreisfreien Stadt oder in einander benachbarten Kreisen oder kreisfreien Städten liegen. Wie oben erwähnt, ist das Fremd- und Mehrbesitzverbot vom Europäischen Gerichtshof als europarechtskonform beurteilt worden.

### Räumliche Abschottung der Apotheke

**43.** Die Apothekenbetriebsordnung schreibt vor, dass der Verkaufsraum einer Apotheke (Offizin) von anderweitig gewerblich genutzten Räumen durch Wände und Türen abgetrennt sein muss. Eine räumliche Integration einer Apotheke beispielsweise in eine Drogerie ist damit nicht möglich.

### Weitere Regulierungen

**44.** Neben den oben genannten Regulierungen, welche den Wettbewerb im Einzelhandel mit Arzneimitteln beschränken, existiert eine ganze Reihe weiterer Regelungen für den Betrieb einer Apotheke wie z. B. Mindestanforderungen an Größe und Einrichtung der Apothekenräume, das Personal, Dienstbereitschaft und Informationspflichten.

## 2.4 Reformvorschläge der Monopolkommission

**45.** Die Monopolkommission erinnert an ihre Reformvorschläge aus dem Jahr 2006 und bekräftigt diese. In den Vordergrund rückt sie dabei die folgenden Maßnahmen, welche sie für eine wettbewerbliche Entwicklung des Einzelhandels mit Arzneimitteln als besonders förderlich erachtet. Die Monopolkommission spricht sich ganz bewusst nicht für eine vollständige Deregulierung des Einzelhandels mit Arzneimitteln aus. Sie empfiehlt, einen „sanften“ Preiswettbewerb auch bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln zu ermöglichen durch (a) Wegfall der vorgeschriebenen Zuzahlung bei gesetzlich versicherten Patienten sowie der heute geltenden Packungspauschale von 8,10 Euro (abzüglich 2,30 Euro Rabatt für Verkäufe auf Kosten der gesetzlichen Krankenversicherung) bei (b) gleichzeitiger Übernahme eines durch die Apotheke selbst in Grenzen festzulegenden Entgelts für die Dienstleistung der Apotheke durch die Patienten.

**46.** Diesen Vorschlag hat die Monopolkommission bereits 2006 unterbreitet und wie folgt begründet: „Eine Freigabe der Preise für verschreibungspflichtige Arzneimittel wäre unter den momentan geltenden Regelungen in den gesetzlichen Krankenkassen nicht sinnvoll. Denn soweit die Krankenkasse die Kosten des Arzneimittels übernimmt, besteht für den Patienten, der die Apotheke auswählt, kaum ein Anreiz, eine besonders günstige Apotheke zu suchen. Zwar gilt in der gesetzlichen Krankenversicherung [...] eine Regelung, welche die Zuzah-

lung für Arzneimittel vom Preis des Arzneimittels abhängig macht. Danach trägt der Versicherte [...] grundsätzlich 10 Prozent des Arzneimittelpreises, jedoch mindestens 5 Euro und höchstens 10 Euro und nicht mehr als die Kosten des Präparats. Jedoch hat damit der Preis des Arzneimittels nur in den Intervallen zwischen 0 und 5 Euro sowie zwischen 50 und 100 Euro Auswirkungen auf die Höhe der Zuzahlung. Und im Bereich zwischen 50 und 100 Euro kommen dem Patienten nur 10 Prozent einer Einsparung zugute. Bei einer Freigabe der Preise für verschreibungspflichtige Medikamente gäbe es also nur sehr geringe Anreize, nach preisgünstigen Apotheken zu suchen. Da es für die Krankenkassen nicht möglich ist, Apotheken von der Versorgung ihrer Versicherten auszuschließen, bestünde die Gefahr, dass eine Freigabe der Apothekenpreise nicht zu Preissenkungen, sondern sogar zu Preiserhöhungen führen würde.“<sup>45</sup>

**47.** Die Monopolkommission plädiert deshalb nach wie vor für eine andere Lösung, bei der wirksamer Preiswettbewerb zwischen den Apotheken durch eine Beteiligung der Patienten am Preis der Apothekenleistung induziert wird. In der gesetzlichen Krankenversicherung kann das durch eine Umgestaltung der Zuzahlungsregelung erreicht werden. Die momentane Regelung, welche den Patienten zwar an den Kosten des Arzneimittels beteiligt, aber wie ausgeführt wenig Steuerungswirkung hat, könnte ersetzt werden, in dem berücksichtigt wird, dass (a) der Patient zwar wenig Einfluss auf die Auswahl des verschriebenen Arzneimittels hat, da diese üblicherweise und, wie oben erörtert, zu Recht durch den Arzt erfolgt, (b) der Patient aber die Entscheidung über die besuchte Apotheke eigenständig trifft. Um einen Anreiz zum Besuch einer günstigen Apotheke zu gewähren, sollte der Patient deshalb nicht an den Gesamtkosten des Arzneimittels, sondern lediglich an den Kosten der Apothekenleistung beteiligt werden. Eine solche Beteiligung der Patienten an den Kosten der Apothekenleistung schlägt die Monopolkommission nochmals vor: Die bisherige Zuzahlung sollte abgeschafft werden. Stattdessen könnte der Apotheker vom Patienten ein eigenständiges Entgelt erheben, dessen Höhe vom Apotheker variiert werden kann, wobei der Gesetzgeber gegebenenfalls Ober- und Untergrenzen festsetzen kann.<sup>46</sup>

Vergleichbare wirtschaftliche Auswirkungen hätte es, wenn der Apotheker dem Patienten einen Teil der Zuzahlung erlässt bzw. einen Teil der Zuzahlung selber über-

<sup>45</sup> Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2004/2005, a. a. O., Tz. 1166 f.

<sup>46</sup> Eine Obergrenze könnte notwendig sein, um einen Missbrauch von lokalen oder zeitlichen Monopolstellungen (z. B. im Nachtdienst) zu vermeiden. Ferner müsste festgelegt werden, inwieweit der Apotheker für verschiedene Arzneimittel unterschiedliche Vertriebsentgelte nehmen kann oder ob er sich auf einen Betrag festlegen muss. Um übermäßige Belastungen von Versicherten mit chronischen Krankheiten zu verhindern, könnte das Vertriebsentgelt – wie bereits die Zuzahlungen – ab einer bestimmten Jahressumme von der Krankenkasse erstattet werden. Der Gesetzgeber müsste zudem entscheiden, ob die vom Versicherten gezahlten Vertriebsentgelte die einzige Vergütung des Apothekers sind oder ob er darüber hinaus eine weitere Vergütung von der Krankenkasse erhält.



nimmt. Diese Praxis wird bereits jetzt von ausländischen Versandapotheken, die nach Deutschland liefern, geübt, ist für deutsche Apotheken aber noch nicht zulässig. Insofern würde der Vorschlag der Monopolkommission auch für faire Wettbewerbsbedingungen zwischen deutschen Apotheken und ausländischen Versandapotheken sorgen.

**48.** Die Einführung eines vom Patienten zu erhebenden Vertriebsentgelts hätte den Vorteil, dass so ein wirksamer Preiswettbewerb der Apotheken auch bei den verschreibungspflichtigen Arzneimitteln ermöglicht würde. Die Patienten trügen die Kosten für die Entscheidung, die sie selbst treffen; sie hätten nun einen Anreiz, nach preisgünstigen Apotheken zu suchen. Aber es bestünden auch weiterhin Anreize zum Qualitätswettbewerb; Apotheken mit gutem Beratungsangebot, komfortablen Öffnungszeiten oder attraktiven Standorten könnten höhere Vertriebsentgelte am Markt durchsetzen. Auch würde diese Option Anreize zur Apothekenansiedlung in bisher noch vergleichsweise schwach mit Apotheken besetzten Gegenden bieten, da in solchen Gebieten der Preiswettbewerb weniger intensiv wäre, was eine Ansiedlung attraktiver machen würde.

**49.** Die Monopolkommission empfiehlt, das Fremd- und Mehrbesitzverbot bei Apotheken aufzuheben und das Betreiben von Apotheken durch Kapitalgesellschaften zu ermöglichen unter gleichzeitiger vorübergehender Verschärfung der Fusionskontrolle bei Apotheken zur Verhinderung der Herausbildung regionaler Monopolstellungen. Schon 2006 hat sie sich dafür ausgesprochen, das Fremdbesitzverbot aufzuheben sowie einen Mehrbesitz von Apotheken auch oberhalb der aktuellen Grenze von vier Apotheken zuzulassen. Damit wäre eine Kapitalbeteiligung von Nichtapothekern an Apothekenbetrieben möglich, und es könnten Apothekenketten von grundsätzlich nicht beschränkter Größe gebildet werden.

**50.** Ebenso spricht sich die Monopolkommission dafür aus, dass Apothekern eine selbständige Berufsausübung auch in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft ermöglicht wird. Es sind keine Gründe ersichtlich, warum Apotheken nicht in der Form einer Kapitalgesellschaft geführt werden sollten. Zur Sicherung möglicher Schadensersatzansprüche von Patienten ist an eine gesetzliche Pflicht zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung zu denken. Davon unberührt ist die Regelung, dass jede Apotheke durch einen – möglicherweise angestellten – Apotheker verantwortlich geführt werden muss.

**51.** Gegen eine Apothekenkette, die sich im Eigentum von Nichtapothekern befindet, wird manchmal eingewandt, in einem solchen Unternehmen bestehe die Gefahr, dass die berufliche Sorgfalt des Apothekers hinter den Gewinnmaximierungsinteressen der Eigentümer zurückstehen wird. Der Monopolkommission ist allerdings keine Evidenz dafür bekannt, dass Apotheker in geringerem Maße an wirtschaftlicher Prosperität und Wohlstand interessiert wären als andere Mitbürger, d. h. auch der „Apotheker in seiner Apotheke“ hat in der Regel ein Interesse an einem florierenden Geschäft. Zudem führt Profitstreben im Einzelhandel nicht automatisch zu Fehlverhal-

ten, insbesondere dann nicht, wenn mit entsprechenden Sanktionen zu rechnen ist.

Verhindert werden muss allerdings, dass es – insbesondere in der Übergangszeit – durch Bildung von Apothekenketten zu lokalen oder regionalen Monopolen kommt. Dem könnte aber, wie von der Monopolkommission auch 2006 schon vorgeschlagen, durch eine temporäre Regelung abgeholfen werden, nach der eine fusionskontrollrechtliche Prüfung auf Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung erfolgt und Zusammenschlüsse von Apothekenketten auch unterhalb der üblichen Aufgreifschwelle der Fusionskontrolle unterliegen. Diese Sonderregelungen könnten aufgehoben werden, wenn sich intensiver Wettbewerb zwischen Apothekenketten entwickelt hat.

**52.** Die Monopolkommission erinnert auch besonders an ihre Empfehlung, eine räumliche Integration von Apotheken in andere Geschäfte zu ermöglichen. Apotheken könnten dann als räumlich unselbständiger Teil eines Drogeriemarktes oder Kaufhauses betrieben werden. Der Verkauf von verschreibungspflichtigen oder besonders beratungsbedürftigen Arzneimitteln sollte aber weiterhin nicht in Selbstbedienung, sondern nur über den Apothekentisch erfolgen und der Zugang zu den eigentlichen Apothekenbetriebsräumen (Lager, Labor) nur berechtigten Personen gestattet sein. Zudem müsste auch bei diesen Apotheken ein Notdienst außerhalb der Ladenöffnungszeiten stattfinden.

Als Argument für die bisherige räumliche Abschottung wird genannt, dass damit die besondere Funktion der Apotheke hervorgehoben werden soll. Eine räumliche Gestaltung der Apotheke, die zum „Arzneimittel-Shopping“ einlade, sei gefährlich. Es ist unklar, was mit „Arzneimittel-Shopping“ gemeint ist. Schon heute versuchen Apotheken durchaus, durch eine vorteilhafte Gestaltung ihrer Einrichtung Kundschaft anzuziehen. Es gibt sogar Großapotheken, die auf dem überwiegenden Teil ihres Verkaufsraumes eher einem gehobenen Drogeriemarkt ähneln. Im Verkaufsraum der Apotheke direkt zugänglich sind ja auch nur Produkte, die auch außerhalb der Apotheke von anderen Geschäften verkauft werden dürfen. Einem falschen Gebrauch von Arzneimitteln wird weiterhin dadurch vorgebeugt, dass verschreibungspflichtige und besonders beratungsbedürftige Arzneimittel nur über den Apothekentisch verkauft werden können.

**53.** Schließlich empfiehlt die Monopolkommission auch, das im Koalitionsvertrag vorgesehene vollständige Verbot von Pick-up-Stellen nicht umzusetzen. Ein solches vollständiges Verbot von Pick-up-Stellen erscheint unverhältnismäßig. Pick-up-Stellen ermöglichen dem Versandhandel alternative Vertriebswege und erhöhen so auch den Wettbewerbsdruck für niedergelassene Apotheken.

Die teilweise geäußerte Befürchtung, dass Versandapotheken als Partner Pick-up-Stellen auswählen, welche keine sachgemäße Lagerung der Arzneimittel gewährleisten oder unseriöse Geschäftspraktiken verfolgen, teilt die Monopolkommission nicht, da dies den Geschäftsinteressen der Versandapotheken selbst zuwiderlaufen würde.

Sollte die Befürchtung aus Sicht des Gesetzgebers berechtigt sein, so ist aus Sicht der Monopolkommission eine Regulierung von Pick-up-Stellen bzw. die Vorgabe von Mindeststandards gegenüber einem vollständigen Verbot vorzugswürdig und auch dem Problem in der Eingriffstiefe eher angemessen. Eine Regulierung von Pick-up-Stellen könnte sich z. B. auf Anforderungen an die Lagerung von Arzneimitteln und die Schulung des Personals beziehen.

### 3. Novellierung des Telekommunikationsgesetzes

**54.** Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie hat im März 2010 erste Vorschläge für eine Novellierung des Telekommunikationsgesetzes (TKG) vorgelegt.<sup>47</sup> Im Mittelpunkt der Novelle soll die Anpassung des nationalen Rechts an den geänderten europäischen Rechtsrahmen für Telekommunikationsnetze und -dienste stehen. Darüber hinaus sollen Probleme ausgeräumt werden, die sich bei der Anwendung des Telekommunikationsgesetzes ergeben haben. Das Gemeinschaftsrecht, bestehend aus dem sog. Richtlinienpaket<sup>48</sup> (Rahmen-, Zugangs-, Universaldienst-, Genehmigungs- sowie Datenschutzrichtlinie) war im November 2009 geändert und ergänzt worden<sup>49</sup> und muss bis spätestens Mai 2011 in nationales Recht umgesetzt werden. Die Monopolkommission spricht sich mit Blick auf die rasche Herstellung von Rechtssicherheit für die zeitnahe Umsetzung in nationales Recht aus.<sup>50</sup> Sie begrüßt die Initiative des Bundeswirtschaftsministeriums, frühzeitig Eckpunkte für die

<sup>47</sup> Vgl. Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Eckpunkte zur TKG-Novelle 2010, die auf der Homepage des Ministeriums zu finden sind, <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/Publikationen/eckpunkte-tdg-novelle-2010,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf>

<sup>48</sup> Richtlinien 2002/19/EG, 2002/20/EG, 2002/21/EG, 2002/22/EG und 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002, ABl. EG Nr. L 108 vom 24. April 2002, S. 7, 21, 33, 51 sowie ABl. EG Nr. L 201 vom 31. Juli 2002, S. 37.

<sup>49</sup> Richtlinie 2009/140/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, der Richtlinie 2002/19/EG über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung und der Richtlinie 2002/20/EG über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. EG Nr. L 337 vom 18. Dezember 2009, S. 37 („Better Regulation“-Richtlinie); Richtlinie 2009/136/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten, der Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation und der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz, ABl. EU Nr. L 337 vom 18. Dezember 2009, S. 11 („Citizen's Rights“-Richtlinie); Verordnung (EG) Nr. 1211/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 zur Einrichtung des Gremiums Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK) und des Büros, ABl. EU Nr. L 337 vom 18. Dezember 2009, S. 1.

<sup>50</sup> Vgl. dazu bereits Monopolkommission, Telekommunikation 2009: Klaren Wettbewerbskurs halten, Sondergutachten 56, Baden-Baden 2010, Tz. 264.

Novelle zu veröffentlichen, stellt aber fest, dass die Detaildiskussion um die Novellierung des Telekommunikationsgesetzes erst auf der Grundlage eines begründeten Gesetzentwurfs geführt werden kann. Ein solcher lag zum Zeitpunkt der Fertigstellung des vorliegenden Hauptgutachtens noch nicht vor.

**55.** Die Vorschläge des Bundeswirtschaftsministeriums betreffen die Rahmenbedingungen für Infrastrukturinvestitionen und Wettbewerb, das Regulierungsinstrumentarium sowie Verfahrensfragen im Zusammenhang mit der Einrichtung eines Gremiums Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK). Darüber hinaus werden Änderungen zu einer technologie-neutralen Ausgestaltung und Flexibilisierung der Frequenznutzung vorgeschlagen und Maßnahmen zur Stärkung der Verbraucherrechte und zum Datenschutz diskutiert. Die Monopolkommission hat sich zu einem Teil der Vorschläge – in der Sache – bereits in ihrem letzten Sondergutachten geäußert, in dem sie sowohl zu den wesentlichen Bestandteilen der Reform des europäischen Telekommunikationsrechts als auch zu der von der Bundesregierung vorgeschlagenen Breitbandstrategie und dort speziell zu den Bestandteilen einer wachstums- und innovationsorientierten Regulierung Stellung genommen hat.<sup>51</sup> Nicht kommentiert, aber ausdrücklich begrüßt werden von der Monopolkommission die in den Eckpunkten gemachten Vorschläge zur Stärkung der Verbraucherrechte und zum Datenschutz bzw. zur Datensicherheit.

**56.** Grundsätzlich anzumerken ist, dass sich der gegenwärtige Rechtsrahmen für die Regulierung der Telekommunikationsmärkte bewährt hat. Eine Neuausrichtung der Regulierung ist weder notwendig noch wünschenswert. Stabile Rahmenbedingungen sind eine Grundvoraussetzung für Investitionen der Unternehmen in neue Netze und Dienste. Nur auf dieser Grundlage kann der Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten gesichert und fortentwickelt werden. Gleichwohl ist alleine zur Anpassung an das geänderte europäische Recht eine Vielzahl von Änderungen im Detail notwendig. Die Monopolkommission empfiehlt eine möglichst enge Orientierung an den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben. Allein auf diese Weise lassen sich Konflikte mit der Europäischen Kommission um die Umsetzung der Vorschriften vermeiden, die letztlich nicht nur die Regulierung lähmen, sondern auch zulasten der Rechtssicherheit gehen.

#### 3.1 Verbesserung der Rahmenbedingungen für Infrastrukturinvestitionen und Wettbewerb

**57.** Die Rahmenbedingungen für Infrastrukturinvestitionen und Wettbewerb sollen insbesondere verbessert werden durch

- die Ergänzung der Ziele der Regulierung um Regulierungsgrundsätze,

<sup>51</sup> Vgl. ebenda, Tz. 140 ff., 202 ff.

## **Bisherige Gutachten der Monopolkommission**

---

Alle Veröffentlichungen sind im Nomos-Verlag, Baden-Baden, erschienen.

### **Hauptgutachten**

- |                       |              |  |
|-----------------------|--------------|--|
| Hauptgutachten I:     | (1973/1975): | Mehr Wettbewerb ist möglich. 1976, 2. Aufl. 1977.                              |
| Hauptgutachten II:    | (1976/1977): | Fortschreitende Konzentration bei Großunternehmen. 1978.                       |
| Hauptgutachten III:   | (1978/1979): | Fusionskontrolle bleibt vorrangig. 1980.                                       |
| Hauptgutachten IV:    | (1980/1981): | Fortschritte bei der Konzentrationserfassung. 1982.                            |
| Hauptgutachten V:     | (1982/1983): | Ökonomische Kriterien für die Rechtsanwendung. 1984.                           |
| Hauptgutachten VI:    | (1984/1985): | Gesamtwirtschaftliche Chancen und Risiken wachsender Unternehmensgrößen. 1986. |
| Hauptgutachten VII:   | (1986/1987): | Die Wettbewerbsordnung erweitern. 1988.  |
| Hauptgutachten VIII:  | (1988/1989): | Wettbewerbspolitik vor neuen Herausforderungen. 1990.                          |
| Hauptgutachten IX:    | (1990/1991): | Wettbewerbspolitik oder Industriepolitik. 1992.                                |
| Hauptgutachten X:     | (1992/1993): | Mehr Wettbewerb auf allen Märkten. 1994.                                       |
| Hauptgutachten XI:    | (1994/1995): | Wettbewerbspolitik in Zeiten des Umbruchs. 1996.                               |
| Hauptgutachten XII:   | (1996/1997): | Marktöffnung umfassend verwirklichen. 1998.                                    |
| Hauptgutachten XIII:  | (1998/1999): | Wettbewerbspolitik in Netzstrukturen. 2000.                                    |
| Hauptgutachten XIV:   | (2000/2001): | Netzwettbewerb durch Regulierung. 2003.  |
| Hauptgutachten XV:    | (2002/2003): | Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“. 2005.                   |
| Hauptgutachten XVI:   | (2004/2005): | Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungssektor! 2006.                           |
| Hauptgutachten XVII:  | (2006/2007): | Weniger Staat, mehr Wettbewerb. 2008.  |
| Hauptgutachten XVIII: | (2008/2009): | Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen. 2010.  |
| Hauptgutachten XIX:   | (2010/2011): | Stärkung des Wettbewerbs bei Handel und Dienstleistungen. 2012.                |

## Sondergutachten

- Sondergutachten 1: Anwendung und Möglichkeiten der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen seit Inkrafttreten der Kartellgesetznovelle. 1975, 2. Aufl. 1977.
- Sondergutachten 2: Wettbewerbliche und strukturelle Aspekte einer Zusammenfassung von Unternehmen im Energiebereich (VEBA/Gelsenberg). 1975.
- Sondergutachten 3: Zusammenschlußvorhaben der Kaiser Aluminium & Chemical Corporation, der Preussag AG und der Vereinigte Industrie-Unternehmungen AG. 1975.
- Sondergutachten 4: Zusammenschluß der Deutsche Babcock AG mit der Artos-Gruppe. 1977.
- Sondergutachten 5: Zur Entwicklung der Fusionskontrolle. 1977.
- Sondergutachten 6: Zusammenschluß der Thyssen Industrie AG mit der Hüller Hille GmbH. 1977.
- Sondergutachten 7: Mißbräuche der Nachfragemacht und Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. 1977.
- Sondergutachten 8: Zusammenschlußvorhaben der Deutschen BP AG und der VEBA AG. 1979.
- Sondergutachten 9: Die Rolle der Deutschen Bundespost im Fernmeldewesen. 1981.
- Sondergutachten 10: Zusammenschluß der IBH Holding AG mit der WIBAU AG. 1982.
- Sondergutachten 11: Wettbewerbsprobleme bei der Einführung von privatem Hörfunk und Fernsehen. 1981.
- Sondergutachten 12: Zusammenschluß der Burda Verwaltungs KG mit der Axel Springer GmbH/Axel Springer Gesellschaft für Publizistik GmbH & Co. 1982.
- Sondergutachten 13: Zur Neuordnung der Stahlindustrie. 1983.
- Sondergutachten 14: Die Konzentration im Lebensmittelhandel. 1985.
- Sondergutachten 15: Zusammenschluß der Klöckner-Werke AG mit der Seitz Enzinger Noll Maschinenbau AG. 1986.
- Sondergutachten 16: Zusammenschlußvorhaben der Vereinigte Elektrizitätswerke Westfalen AG mit der Société Sidéchar S.A. (Ruhrkohle AG). 1986.
- Sondergutachten 17: Konzeption einer europäischen Fusionskontrolle. 1989.
- Sondergutachten 18: Zusammenschlußvorhaben der Daimler-Benz AG mit der Messerschmitt-Bölkow-Blohm GmbH. 1989.
- Sondergutachten 19: Zusammenschlußvorhaben der MAN Aktiengesellschaft und der Gebrüder Sulzer Aktiengesellschaft. 1990.
- Sondergutachten 20: Zur Neuordnung der Telekommunikation. 1991.
- Sondergutachten 21: Die Mißbrauchsaufsicht über Gas- und Fernwärmeunternehmen. 1991.

- Sondergutachten 22: Zusammenschlußvorhaben der BayWa Aktiengesellschaft und der WLZ Raiffeisen Aktiengesellschaft. 1992.
- Sondergutachten 23: Marktstruktur und Wettbewerb im Handel. 1994.
- Sondergutachten 24: Die Telekommunikation im Wettbewerb. 1996.
- Sondergutachten 25: Zusammenschlußvorhaben der Potash Corporation of Saskatchewan Inc. und der Kali und Salz Beteiligungs Aktiengesellschaft. 1997.
- Sondergutachten 26: Ordnungspolitische Leitlinien für ein funktionsfähiges Finanzsystem. 1998.
- Sondergutachten 27: Systemwettbewerb. 1998.
- Sondergutachten 28: Kartellpolitische Wende in der Europäischen Union? 1999.
- Sondergutachten 29: Wettbewerb auf Telekommunikations- und Postmärkten? 2000.
- Sondergutachten 30: Wettbewerb als Leitbild für die Hochschulpolitik. 2000.
- Sondergutachten 31: Reform der Handwerksordnung. 2002.
- Sondergutachten 32: Folgeprobleme der europäischen Kartellverfahrensreform. 2002.
- Sondergutachten 33: Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand. 2002
- Sondergutachten 34: Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann GmbH. 2002.
- Sondergutachten 35: Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann GmbH. Ergänzendes Sondergutachten. 2002.
- Sondergutachten 36: Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG. 2003.
- Sondergutachten 37: Wettbewerbsfragen der Kreislauf- und Abfallwirtschaft. 2003.
- Sondergutachten 38: Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG. Ergänzendes Sondergutachten. 2003.
- Sondergutachten 39: Telekommunikation und Post 2003: Wettbewerbsintensivierung in der Telekommunikation – Zementierung des Postmonopols. 2004.
- Sondergutachten 40: Zur Reform des Telekommunikationsgesetzes. 2004.
- Sondergutachten 41: Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle. 2004.
- Sondergutachten 42: Die Pressefusionskontrolle in der Siebten GWB-Novelle. 2004.
- Sondergutachten 43: Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2005: Dynamik unter neuen Rahmenbedingungen. 2006.
- Sondergutachten 44: Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2005: Beharren auf alten Privilegien. 2006.
- Sondergutachten 45: Zusammenschlussvorhaben der Rhön-Klinikum AG mit den Kreiskrankenhäusern des Landkreises Rhön-Grabfeld (Kreis Krankenhaus Bad Neustadt/Saale sowie Kreis Krankenhaus Mellrichstadt). 2006.

- Sondergutachten 46: Die Privatisierung der Deutschen Bahn AG. 2007.
- Sondergutachten 47: Preiskontrollen in Energiewirtschaft und Handel? Zur Novellierung des GWB. 2007.
- Sondergutachten 48: Wettbewerbs- und Regulierungsversuche im Eisenbahnverkehr. 2007.
- Sondergutachten 49: Strom und Gas 2007: Wettbewerbsdefizite und zögerliche Regulierung. 2008.
- Sondergutachten 50: Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2007: Wendepunkt der Regulierung. 2008.
- Sondergutachten 51: Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2007: Monopolkampf mit allen Mitteln. 2008.
- Sondergutachten 52: Zusammenschlussvorhaben der Asklepios Kliniken Hamburg GmbH mit der Krankenhaus Mariahilf gGmbH. 2008.
- Sondergutachten 53: Zusammenschlussvorhaben des Universitätsklinikums Greifswald mit der Kreiskrankenhaus Wolgast gGmbH. 2008.
- Sondergutachten 54: Strom und Gas 2009: Energiemärkte im Spannungsfeld von Politik und Wettbewerb. 2009.
- Sondergutachten 55: Bahn 2009: Wettbewerb erfordert Weichenstellung. 2010.
- Sondergutachten 56: Telekommunikation 2009: Klaren Wettbewerbskurs halten. 2010.
- Sondergutachten 57: Post 2009: Auf Wettbewerbskurs gehen. 2010.
- Sondergutachten 58: Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung. 2010.
- Sondergutachten 59: Energie 2011: Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten. 2012.
- Sondergutachten 60: Bahn 2011: Wettbewerbspolitik unter Zugzwang. 2011.
- Sondergutachten 61: Telekommunikation 2011: Investitionsanreize stärken, Wettbewerb sichern. 2012.
- Sondergutachten 62: Post 2011: Dem Wettbewerb Chancen eröffnen. 2012.
- Sondergutachten 63: Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht. 2012.
- Sondergutachten 64: Bahn 2013: Reform zügig umsetzen. 2013.
- Sondergutachten 65: Energie 2013: Wettbewerb in Zeiten der Energiewende. 2014.
- Sondergutachten 66: Telekommunikation 2013: Vielfalt auf den Märkten erhalten. 2014.
- Sondergutachten 67: Post 2013: Wettbewerbsschutz effektivieren. 2014.