

## Unterrichtung

durch die Bundesregierung

### Zweiundzwanzigstes Hauptgutachten der Monopolkommission

Wettbewerb 2018

– Drucksache 19/3300 –

### Stellungnahme der Bundesregierung

#### Inhaltsverzeichnis

	Seite
<b>Vorwort</b> .....	1
<b>I. Aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik</b> .....	1
A. Reformen im Vergütungssystem für die Versorgung mit Arzneimitteln durch Großhändler und Apotheken .....	2
B. Kartellrechtliche Ausnahmeregelungen.....	5
C. Algorithmen und Kollusion .....	9
<b>II. Stand und Entwicklung der Konzentration und Verflechtung von Großunternehmen</b> .....	12
A. Konzentration und Verflechtung von Großunternehmen .....	12
B. Entwicklung von Marktmachtindikatoren in Deutschland und Europa.....	14
C. Indirekte Minderheitsbeteiligungen/institutionelle Investoren .....	15
<b>III. Würdigung der kartellrechtlichen Entscheidungspraxis</b> .....	17
A. Allgemeine Entwicklungen im Berichtszeitraum .....	17
B. Spezifische Probleme der Kartellrechtsanwendung.....	20
<b>IV. Wettbewerb audiovisueller Medien im Zeitalter der Konvergenz</b> .....	29

## Vorwort

1. Die Monopolkommission hat nach § 44 Absatz 1 Satz 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) den Auftrag, alle zwei Jahre den Stand und die Entwicklung der Unternehmenskonzentration sowie die Praxis der Fusionskontrolle und der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen zu begutachten und zu aktuellen wettbewerbspolitischen Fragen Stellung zu nehmen. Die Bundesregierung dankt der Monopolkommission für die Vorlage des XXII. Hauptgutachtens unter dem Titel „Wettbewerb 2018“. Sie hat das XXII. Hauptgutachten dem Deutschen Bundestag (Bundestagsdrucksache 19/3300) und dem Bundesrat (Bundesratsdrucksache 333/18) unverzüglich zugeleitet und legt nunmehr ihre Stellungnahme dazu vor. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie hat Stellungnahmen der betroffenen Wirtschaftsverbände und Gewerkschaften zum XXII. Hauptgutachten eingeholt und sie zudem am 19. Oktober 2018 angehört.

## I. Aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik

2. Die Bundesregierung hat sich in der laufenden Legislaturperiode zum Ziel gesetzt, den wettbewerbsrechtlichen Ordnungsrahmen weiter an die Anforderungen der Digitalisierung der Wirtschaft anzupassen. Dazu soll das grundsätzlich gut funktionierende System der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts zielgerichtet gestärkt werden. Das vom Bundesministerium für Wirtschaft und Energie als Referentenentwurf vorgelegte GWB-Digitalisierungsgesetz (10. GWB-Novelle) schlägt insbesondere eine Modernisierung der Missbrauchsaufsicht in Bezug auf die Digitalökonomie vor, erhöht die Rechtssicherheit bei Kooperationen und passt die formellen Regelungen der Fusionskontrolle an. Der Entwurf für ein GWB-Digitalisierungsgesetz berücksichtigt Vorschläge der Studie zur „Modernisierung der Missbrauchsaufsicht“ und Empfehlungen der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0. Der Gesetzentwurf wird derzeit zwischen den Bundesministerien abgestimmt.

3. In Hinblick auf das europäische Wettbewerbsrecht strebt die Bundesregierung eine Modernisierung an. Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 hat Empfehlungen für einen europäischen Wettbewerbsrahmen für die Digital- und Plattformwirtschaft ausgesprochen. Zusätzlich hat der Bundeswirtschaftsminister gemeinsam mit seinen Amtskollegen aus Frankreich, Polen und Italien weitere Vorschläge für eine Anpassung des EU-Wettbewerbsrechts vorgelegt und die Europäische Kommission um einen ambitionierten Arbeitsplan ersucht.

## A. Reformen im Vergütungssystem für die Versorgung mit Arzneimitteln durch Großhändler und Apotheken

4. In ihrem XXII. Hauptgutachten greift die Monopolkommission bereits in früheren Gutachten geäußerte Empfehlungen für mehr Wettbewerb bei der Versorgung mit Arzneimitteln auf. Aufgrund aktueller Entwicklungen wird für den Gesetzgeber dringender Handlungsbedarf hinsichtlich der Überarbeitung des Vergütungssystems in der Arzneimittelversorgung durch Großhändler und Apotheken gesehen. Anlass hierfür seien unter anderem die Entwicklungen im Hinblick auf die Rabatte und Zuschläge im Arzneimittelgroßhandel in Folge des Urteils des BGH vom 5. Oktober 2017 (Az.: I ZR 172/16) und im Hinblick auf die Arzneimittelpreisbindung von ausländischen Versandapotheken in Folge des Urteils des EuGH vom 19. Oktober 2016 in der Rechtsache C-148/15 betreffend ein Vorabentscheidungsersuchen in dem Verfahren Deutsche Parkinson Vereinigung e. V. gegen Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e. V..

5. Die Bundesregierung dankt der Monopolkommission für ihre Untersuchung und die daraus resultierenden Vorschläge. Der Beitrag der Monopolkommission zeigt, dass das Vergütungssystem für den Großhandel und die Apotheken neben gesundheitspolitischen auch unter wirtschaftlichen und wettbewerbspolitischen Gesichtspunkten zu betrachten ist.

6. In ihrem Gutachten empfiehlt die Monopolkommission der Bundesregierung ein zweistufiges Vorgehen, um die von ihr vorgeschlagene strukturelle Reform des Vergütungssystems umzusetzen. In einem ersten Schritt wird empfohlen, Apotheken die Möglichkeit einzuräumen, die von gesetzlich Versicherten zu entrichtende Zahlung durch die Gewährung von Rabatten zu reduzieren (Rn. 75, erster Aufzählungspunkt).

7. Wie bereits in der Stellungnahme der Bundesregierung (Bundestagsdrucksache 17/4305) im Jahr 2010 dargelegt, hält die Bundesregierung auch weiterhin an der bestehenden Regelung des einheitlichen Apothekenabgabepreises für verschreibungspflichtige Arzneimittel fest.

8. Dem solidarisch finanzierten System der gesetzlichen Krankenversicherung sind individuelle, den Versicherten zukommende Rabatte oder Boni grundsätzlich fremd. Es erscheint auch weiterhin grundsätzlich sachgerecht, dass Versicherte Anspruch auf Versorgung mit Sachleistungen, wie bspw. Arznei- oder Hilfsmittel, haben und dies nicht mit individuellen finanziellen Vorteilen einhergeht.

**9.** Die Monopolkommission empfiehlt weiterhin, die Vergütungssätze der Arzneimittelversorgung so anzupassen, dass sie die tatsächliche Kostenstruktur in der Arzneimittelversorgung abbilden. Gemäß § 78 Absatz 2 Satz 1 des Arzneimittelgesetzes (AMG) müssen die Preise und Preisspannen den berechtigten Interessen der Arzneimittelverbraucher, der Tierärzte, der Apotheken und des Großhandels Rechnung tragen. Nach Auffassung der Bundesregierung ermöglichen die geltenden Regelungen grundsätzlich einen gerechten Ausgleich zwischen den Interessen aller Beteiligten. Die Bundesregierung wird auch weiterhin die Entwicklungen im Zusammenhang mit der Sicherstellung der Versorgung mit Arzneimitteln beobachten.

**10.** In einem zweiten Schritt regt die Monopolkommission an, dass die Vergütungssätze der Apotheken zwischen den Spitzenverbänden der Apotheken und der privaten und gesetzlichen Versicherer ausgehandelt werden können, wobei diese so zu bemessen sind, dass die von den Apotheken erbrachten heilberuflichen Leistungen sichergestellt werden. Zudem sollen in den Verhandlungen auch einzuhaltende Standards bei der Leistungserbringung durch die Apotheken und Strafen bei deren Nichteinhaltung festgelegt werden (Rn. 75, vierter Aufzählungspunkt). Die Bundesregierung lehnt diesen Vorschlag ab. Aufgrund der bestehenden Regelungen obliegt es dem Bundesministerium für Wirtschaft und Energie im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Gesundheit und, soweit es sich um Arzneimittel handelt, die zur Anwendung bei Tieren bestimmt sind, im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft durch Festlegung von Preisspannen und Preisen für Arzneimittel und Preisen für besondere Leistungen der Apotheken bei der Abgabe von Arzneimitteln die ordnungsgemäße flächendeckende und wohnortnahe Versorgung der Bevölkerung mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln zu gewährleisten. Dieses System hat sich in der Vergangenheit grundsätzlich bewährt, da es auch die Abgabe der Arzneimittel in allen Regionen zu gleichen Preisen sicherstellt. Die Aufgabe der Preisregulierung würde – möglicherweise in strukturschwachen Regionen – dieses System der flächendeckenden Versorgung gefährden. Die Bundesregierung beobachtet auch weiterhin die Entwicklungen in der Versorgung mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln und passt die Regelungen ggf. an. Für die Einräumung einer Verhandlungsmöglichkeit zwischen Kostenträgern einerseits und Leistungserbringern andererseits wird derzeit kein Bedarf gesehen.

**11.** Zusätzlich schlägt die Monopolkommission vor, dass die Zuzahlung der gesetzlich Versicherten vollständig abgeschafft und durch ein von den Apotheken individuell zu erhebendes Serviceentgelt ersetzt werden soll, das in der Höhe auf die bisher mögliche Zuzahlung begrenzt ist (Rn. 75, sechster Aufzählungspunkt). Dem Gesetzgeber soll die Möglichkeit eingeräumt werden, Mindest- und Höchstbeträge für das Serviceentgelt festzulegen (Rn. 68). Die Bundesregierung lehnt die Abschaffung der Zuzahlungsregelungen für in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) Versicherte ab. Die Zuzahlungsregelung soll bei Versicherten die verantwortungsvolle Inanspruchnahme der Leistungen der GKV fördern; dies wird unterlaufen, wenn die Zuzahlung grundsätzlich entfällt. Gerade im Hinblick auf die Festlegung von Mindestbeträgen für Leistungen der Apotheken kann nicht nachvollzogen werden, welchen Mehrwert diese gegenüber der bestehenden Zuzahlungsregelung hätte.

**12.** Zudem wird für den Bereich der Arzneimittelversorgung durch Apotheken abschließend empfohlen, „auf das im Koalitionsvertrag vorgesehene Verbot des Versandhandels mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln zu verzichten“ (Rn. 76). Der Koalitionsvertrag sieht kein „Verbot des Versandhandels mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln“ vor. In diesem wurde vereinbart, dass sich die Vertragsparteien zur Stärkung der Apotheken vor Ort für ein Verbot des Versandhandels mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln einsetzen. Das Bundeskabinett hat am 17. Juli 2019 den Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Vor-Ort-Apotheken beschlossen, mit dem die flächendeckende Arzneimittelversorgung der Bevölkerung gestärkt werden soll. Der Gesetzesentwurf stellt eine Reaktion auf das Urteil des EuGH vom 19. Oktober 2016 dar und soll sicherstellen, dass der einheitliche Apothekenabgabepreis bei der Abgabe von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln im Rahmen des Sachleistungsprinzips eingehalten wird.

**13.** Die Monopolkommission schlägt weiterhin den Wegfall der Regulierung der Zuschläge für den pharmazeutischen Großhandel vor. Die gegenüber den Apotheken geltend zu machenden Zuschläge sollen sich dann an den tatsächlichen Margen orientieren, die durch Großhändler realisiert werden (Rn. 75, dritter Aufzählungspunkt i. V. m. Rn. 35). Die Bundesregierung hält jedoch an den bestehenden Regelungen der Großhandelsvergütung fest. Bei Maßnahmen im Bereich der Regulierung der Großhandelszuschläge wird die Bundesregierung weiterhin immer die Auswirkungen auf die Arzneimittelversorgung der Apotheken und letztlich der Bevölkerung beachten.

## B. Kartellrechtliche Ausnahmeregelungen

14. In ihrem XXII. Hauptgutachten greift die Monopolkommission als aktuelles Thema kartellrechtliche Ausnahmeregelungen in den Bereichen Presse, Kreditverbände, Forstwirtschaft sowie eine diskutierte Regelung für Kooperationen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten auf.

### Ausnahme vom deutschen Kartellverbot für die Presse

15. Die Monopolkommission bezieht sich auf den im Rahmen der 9. GWB-Novelle eingeführten § 30 Absatz 2b GWB. Dazu geht sie auch auf die verfassungsrechtliche Funktion der Presse und die weiterhin bestehenden pressenspezifischen wettbewerbsrechtlichen Regelungen ein (Rn. 85 ff.).

16. Die Monopolkommission analysiert die Entwicklung der Marktsegmente des Pressebereichs und geht auf die Diskussionen zur Marktabgrenzung ein (Rn. 90 ff.).

17. Die mit Vereinbarungen von Zeitungs- oder Zeitschriftenverlagen über eine wirtschaftliche Zusammenarbeit verbundenen Beschränkungen des Wettbewerbs können gerechtfertigt sein, sofern durch sie eine Stärkung der wirtschaftlichen Grundlage erfolgt, die es den Verlagen erlaubt, im intermedialen Wettbewerb besser zu bestehen. Da die Sicherung und Förderung der Meinungsvielfalt ein Ziel der Aufnahme des § 30 Absatz 2b GWB ist, gilt dies nicht für eine Zusammenarbeit im redaktionellen Bereich.

18. Die Monopolkommission beurteilt diese Vorschrift kritisch. Unter anderem ist sie der Ansicht, dass es dieser Norm nicht bedurft hätte, da einige der in diesem Kontext diskutierten Zusammenarbeitsformen bereits vor der 9. GWB-Novelle möglich gewesen seien und teilweise auch durch die damit einhergehenden Effizienzen gerechtfertigt werden könnten (Rn. 99 f.). Weiterhin sehe sie einen möglichen Konflikt mit europäischem Recht und keinen großen Beitrag zur Rechtssicherheit der Verlage (Rn. 102 f.). Hierzu verweist die Bundesregierung auf die noch ausstehende Evaluierung der Vorschrift. Der Vorrang europäischen Rechts ist gewahrt, wie es auch in der Gesetzesbegründung hervorgehoben wurde.

19. Die Bundesregierung hält es noch für verfrüht, eine abschließende Beurteilung vorzunehmen. Inwiefern die Regelung zur beabsichtigten Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit der Presseverlage beiträgt, wird sich nach weiterer Erfahrung mit der Vorschrift besser einschätzen lassen. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie wird den gesetzgebenden Körperschaften über die Auswirkungen berichten, wie in § 30 Absatz 4 GWB festgelegt. Es wird dabei auch die Einschätzung der Monopolkommission berücksichtigen.

### Beschränkte Ausnahmeregelung für die Kreditverbände

20. Des Weiteren setzt sich die Monopolkommission in ihrem XXII. Hauptgutachten kritisch mit den Ausnahmeregelungen für Kreditverbände (Rn. 109-125) auseinander. Insbesondere geht sie auf die im Rahmen der 9. GWB-Novelle eingeführte Regelung in § 35 Absatz 2 Satz 3 GWB ein. Diese Regelung nimmt Zusammenschlüsse von Dienstleistungsunternehmen im sogenannten „Backoffice“-Bereich (z. B. Abwicklung des Zahlungsverkehrs oder Leistungen die interne Verwaltung betreffend, wie IT-Dienstleistungen) der kreditwirtschaftlichen Verbundgruppen vom Anwendungsbereich der Zusammenschlusskontrolle aus. Für das Angebot von Finanzdienstleistungen („Frontoffice“-Bereich) gilt die Ausnahmeregelung nicht. Ebenfalls von der Regelung ausgeschlossen sind Zusammenschlüsse zwischen Dienstleistungsunternehmen verschiedener kreditwirtschaftlicher Verbundgruppen.

21. Die Monopolkommission kritisiert, die Regelung in § 35 Absatz 2 Satz 3 GWB entziehe wettbewerblich unbedenkliche sowie bedenkliche Neustrukturierungen in den Kreditverbänden einer fusionskontrollrechtlichen Überprüfung (Rn. 120). Dazu zählt die Monopolkommission exemplarisch drei (digitale) Kooperationsprojekte im Sparkassensektor auf, die durch das Bundeskartellamt freigegeben wurden (Rn. 111), sowie einen erfolgten Zusammenschluss, den die Monopolkommission für wettbewerblich problematisch erachtet (Rn. 119).

22. Ferner sieht die Monopolkommission eine Gefahr hinsichtlich der wirtschaftlichen Selbstständigkeit der Mitglieder des Sparkassenverbundes (Rn. 123). In der Gesamtschau empfiehlt die Monopolkommission dem Gesetzgeber die Streichung von § 35 Absatz 2 Satz 3 GWB im Rahmen der nächsten Gesetzesnovelle.

23. Darüber hinaus verweist die Monopolkommission auf bereits in der Vergangenheit geäußerte schwerwiegende wettbewerbs- und beihilferechtliche Bedenken bezüglich der landesrechtlichen Sparkassengesetze (Rn. 116). In diesem Zusammenhang fordert die Monopolkommission die Länder auf, sich einer entsprechenden Überprüfung nicht weiterhin zu verschließen (Rn. 125).

24. In Rn. 110 weist die Monopolkommission explizit auf die großen Herausforderungen hin, mit denen Kreditverbände aktuell konfrontiert sind. Neben der lange andauernden Niedrigzinsphase und der damit verbundenen eingeschränkten Ertragslage im traditionellen Kreditgeschäft sind hier auch die weiteren Folgen der Finanzkrise sowie die Notwendigkeit, (digitale) Geschäftsmodelle in kurzer Frist weiterzuentwickeln, zu nennen. Die Regelung in § 35 Absatz 2 Satz 3 GWB erscheint der Bundesregierung u. a. vor diesem Hintergrund weiterhin angebracht. Die Realisierung bestehender Synergieeffekte mit dem Ziel der Sicherung der Stabilität des deutschen Finanzsystems und der kreditwirtschaftlichen Verbundgruppen wird unterstützt. Kostensenkungspotentiale können unter anderem durch Zusammenschlüsse ausgenutzt werden.

25. In Rn. 112 macht die Monopolkommission auf die Berechtigung der Kreditverbände aufmerksam, sich den Marktveränderungen aufgrund der zunehmenden Digitalisierung anzupassen und bewertet es die Monopolkommission als erfreulich, dass Banken und Sparkassen sich dieser Herausforderung im Berichtszeitraum gestellt haben. Aus Sicht der Bundesregierung wird diese Dynamik in den nächsten Jahren weiter zunehmen und es zu einer grundlegenden Veränderung der Finanzindustrie insbesondere im Bereich des Zahlungsverkehrs kommen. Getrieben wird die Entwicklung unter anderem von dem zunehmenden Internethandel oder neuen Bezahlmöglichkeiten vor Ort bspw. mit dem Mobilfunkgerät. Des Weiteren werden Geschäftsprozesse stärker automatisiert und kommen innovative Technologien breiter zum Einsatz. Um diesen Marktveränderungen Rechnung zu tragen, wird die Bundesregierung die Regelung in § 35 Absatz 2 Satz 3 GWB laufend auf Anpassungsbedarf prüfen.

#### **Ausnahmen für die Waldbewirtschaftung auf Länderebene**

26. In ihrem XXII. Hauptgutachten geht die Monopolkommission auf ein Kartellverfahren des Bundeskartellamts gegen das Land Baden-Württemberg bzgl. der Bündelung der Rundholzvermarktung von Staats-, Kommunal- und Privatwald (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. März 2017, VI – Kart 10/15 (V)) ein. In diesem Zusammenhang widmet sich die Monopolkommission den in § 46 des Bundeswaldgesetzes (BWaldG) getroffenen Regelungen (insbes. § 46 Absatz 2 BWaldG), welche sie kritisiert.

27. Die Bundesregierung sieht die Feststellung des OLG Düsseldorf (Beschluss vom 15. März 2017, VI – Kart 10/15 (V), Rn. 117 ff.), dass es sich bei der Waldbewirtschaftung (in Baden-Württemberg) in der Sache um vollumfänglich wirtschaftliche Tätigkeiten handelt, kritisch.

28. Angesichts der vorgegebenen Strukturen des Waldes, der in vielen Bereichen nur eingeschränkter Wirtschaftlichkeit der Waldbewirtschaftung und der anwachsenden Funktionen sowie der erheblichen Zunahme der Bedeutung der Ökosystemleistungen ist es dem Gesetzgeber ein wichtiges Anliegen, diese gesellschaftlichen Anforderungen mit den Vorgaben des Kartellrechts in Einklang zu bringen. Um den Vorgaben des Kartellrechts Rechnung zu tragen, wurde § 46 des Bundeswaldgesetzes novelliert und dabei die wirtschaftlichen Tätigkeiten der Holzvermarktung von den forstlichen Maßnahmen, die der Holzvermarktung vorgelagert sind (Bereiche der Planung und Ausführung waldbaulicher Maßnahmen, der Markierung, der Ernte und der Bereitstellung des Rohholzes bis einschließlich seiner Registrierung), abgegrenzt, in § 46 Absatz 1 BWaldG eine Freistellungsfiktion in Bezug auf § 2 GWB geregelt und in § 46 Absatz 2 BWaldG eine Vermutung aufgenommen, dass für diese forstlichen Dienstleistungen die Voraussetzungen für eine Freistellung nach EU-Kartellrecht (Artikel 101 Absatz 3 AEUV) gegeben sind. Das Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft hat dem Deutschen Bundestag im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Wirtschaft und Energie bis spätestens 31. Dezember 2022 und danach jeweils im Abstand von drei Jahren zu berichten, ob und inwieweit die Regelungen in den Absätzen 1 und 2 weiterhin erforderlich sind, um ein flächendeckendes Angebot forstlicher Dienstleistungen zu angemessenen Bedingungen und den diskriminierungsfreien Zugang zu diesen Dienstleistungen für alle Waldbesitzer sicherzustellen.

#### **Ausnahme für Kooperationen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten**

29. Die Monopolkommission kritisiert das Vorhaben einer gesetzlichen Betrauung öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse bei Kooperationen zur Herstellung und Verbreitung von Angeboten im Sinne der §§ 11a bis 11g Rundfunkstaatsvertrag (RStV, Rn. 77-79, 155-163).

30. Die Bundesregierung weist darauf hin, dass sie die Forderung der Länder nach einer kartellrechtlichen Freistellung für Rundfunkkooperationen in der 9. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen nicht umgesetzt hat. Die Länder haben im Rahmen des Einundzwanzigsten Rundfunkänderungsstaatsvertrages den Rundfunkanstalten verstärkte Kooperationen ermöglicht, indem sie sie im Sinne von Artikel 106 Absatz 2

des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut haben, soweit sie zur Erfüllung ihres Auftrags bei der Herstellung und Verbreitung von Angeboten zusammenarbeiten. Nach Artikel 106 Absatz 2 AEUV gelten für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, die EU-Wettbewerbsregeln nur, „soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert.“ Die Betrauung gilt insbesondere für die Bereiche Produktion, Produktionsstandards, Programmrechteerwerb, Programmaustausch, Verbreitung und Weiterverbreitung von Angeboten, Beschaffungswesen, Sendernetzbetrieb, (IT-)Infrastrukturen, Vereinheitlichung von Geschäftsprozessen, Beitragsservice und allgemeine Verwaltung. Von der Betrauung nicht umfasst sind kommerzielle Tätigkeiten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten.

31. Grundsätzlich unterstützt die Bundesregierung das Anliegen der Länder, Strukturoptimierungen und Effizienzsteigerungen im öffentlich-rechtlichen Rundfunk anzustreben. Dies fällt als innere Angelegenheit der Rundfunkanstalten jedoch in den Kompetenzbereich der Länder. Die Bundesregierung verweist darauf, dass Kooperationen öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten nicht grundsätzlich im Widerspruch zum Kartellrecht stehen, sondern bereits nach geltender Rechtslage diverse Kooperationsformen kartellrechtlich zulässig sein dürften. Die Bundesregierung geht ferner davon aus, dass die europarechtliche Zulässigkeit der Änderung des Rundfunkstaatsvertrags geprüft wurde.

### C. Algorithmen und Kollusion

32. Infolge der zunehmenden Verwendung großer Datenmengen in allen Wirtschaftssektoren und einer steigenden Anzahl an Geschäftsmodellen, die unter dem Schlagwort „Big data“ zusammengefasst werden, sieht es die Bundesregierung als erforderlich an, die Auswirkungen des wachsenden Einsatzes von Algorithmen regulatorisch in den Blick zu nehmen. Um Risiken, beispielsweise für die Wettbewerbsfreiheit, wirksam zu begegnen, sollte geprüft werden, ob es einen konkreten Regulierungsrahmen für algorithmische Systeme braucht. Vor diesem Hintergrund begrüßt die Bundesregierung, dass die Monopolkommission diesen Aspekt im XXII. Hauptgutachten eingehend thematisiert.

33. Die Monopolkommission hebt zunächst hervor, dass die Verwendung verschiedener Arten von Algorithmen oft mit Vorteilen für die Verbraucherinnen und Verbraucher verbunden ist, welche z. B. in niedrigeren Transaktionskosten oder einer höheren Markttransparenz bestehen (Rn. 166). Kern der Untersuchungen der Monopolkommission ist jedoch das Risiko einer Erleichterung bzw. Förderung von (intendiertem oder unabsichtlichem) kollusivem Verhalten durch Algorithmen.

34. Die Monopolkommission zeigt, dass viele Eigenschaften von Algorithmen, die einerseits für Konsumenten positive Effekte mit sich bringen, andererseits auch Kollusion begünstigen können; z. B. erlauben es eine höhere Markttransparenz und niedrige Transaktionskosten abweichendes Verhalten einzelner Unternehmen frühzeitig zu erkennen und individuelle unternehmerische Entscheidungen gut auf einander abzustimmen. Zudem können unabhängig voneinander handelnde Unternehmen durch die gemeinsame Verwendung des gleichen Preisalgorithmus ein Preissetzungsverhalten zeigen, welches im Ergebnis dem einer Kollusion entspricht.

35. Die Bundesregierung stimmt der Monopolkommission insofern zu, als dass es für explizite Kollusion – ob unter Rückgriff auf Algorithmen oder nicht – keiner Ergänzung des Rechtsrahmens bedarf, da dies bereits durch Artikel 101 AEUV adressiert wird. Die Monopolkommission führt weiter aus, dass Parallelverhalten (implizite Kollusion) von den aktuellen Wettbewerbsregeln in den Fällen erfasst wird, wenn dies den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung begründet (Artikel 102 AEUV). Eine parallele Preissetzung an sich – auch wenn diese unter Rückgriff auf Algorithmen zustande gekommen ist – widerspricht nicht zwangsläufig dem wettbewerbsrechtlichen Rahmen.

36. Zur besseren Identifikation kollusiven Verhaltens und der darauffolgenden Möglichkeit einer Vorteilsabschöpfung nach § 34a GWB schlägt die Monopolkommission vor, Verbraucherschutzverbänden das Recht einzuräumen, die kartellbehördliche Untersuchung bestimmter Sektoren zu verlangen, bei denen ein entsprechender Verdacht besteht (Rn. 234 ff.). Die Bundesregierung ist jedoch der Ansicht, dass es des vorgeschlagenen formalisierten Antragsprozesses nicht bedarf. Das Bundeskartellamt berücksichtigt bereits heute sämtliche Hinweise von Verbraucherschutzverbänden auf überhöhte Preissetzung und greift entsprechende Fälle auf, sofern es dies für geboten erachtet. Ein Defizit hinsichtlich des Aufgreifens bedeutender Fälle, welches ein derartiges Recht auf kartellbehördliche Untersuchungen begründen könnte, lässt sich derzeit nicht erkennen.

37. Darüber hinaus – und ungeachtet der zuvor dargelegten Bewertung des Vorschlags durch die Bundesregierung – wird angemerkt, dass sich die seitens der Monopolkommission angeführte (auf Preisalgorithmen fokussierte) Begründung und die Reichweite des Regelungsvorschlags (s. Rn. 236) nicht entsprechen. So bezieht sich der in Rn. 236 vorgebrachte Regelungsvorschlag auf sämtliche Wirtschaftssektoren. Zwar wird die Anzahl der Sektoren, in denen (unterschiedlich komplexe) Algorithmen zur Preisbestimmung eingesetzt werden, künftig weiter zunehmen, jedoch erscheint der Vorschlag – insbesondere vor dem Hintergrund des mit einer Sektoruntersuchung verbundenen behördlichen Aufwands – noch nicht ausreichend fokussiert und begründet.

38. Ab Rn. 238 diskutiert die Monopolkommission die Frage der Regulierung von Preisalgorithmen und insbesondere die Möglichkeit einer Beweislastumkehr (hinsichtlich der Vereinbarkeit eines Algorithmus mit geltendem Wettbewerbsrecht) bei Vorliegen belastender Indizien. Die Bundesregierung erachtet einen derart starken Eingriff für deutlich verfrüht. Mit einer Beweislastumkehr wären hohe Transaktionskosten auf Seiten der Unternehmen verbunden, welche u. a. negative Auswirkungen auf die Innovationstätigkeit der Unternehmen in diesem Bereich hätten. Aus diesem Grund stimmt die Bundesregierung der Einschätzung der Monopolkommission zu, welche vorschlägt, die Situation zunächst zu beobachten. Die Monopolkommission begründet dies u. a. mit fehlendem Handlungsdruck (sehr geringe Rolle von Preisalgorithmen bei bisher aktenkundigen Wettbewerbsverstößen (Rn. 240)).

39. Hinsichtlich der Beteiligung von Dritten – in diesem Fall IT-Dienstleistern (als externe Entwickler von Algorithmen) oder Plattformbetreibern (als Intermediäre, welche Algorithmen einsetzen) – an wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen sieht die Monopolkommission nur teilweise wettbewerbsrechtlichen Ergänzungsbedarf. Kein Erfordernis zur Anpassung des Rechtsrahmens sieht sie bezüglich der Rolle der Plattformbetreiber.

40. In Hinblick auf IT-Dienstleister identifiziert die Monopolkommission jedoch Handlungsbedarf: Sofern IT-Dienstleister Kenntnis davon haben, dass ihre Dienstleistungen (und die dabei eingesetzten Algorithmen) einen Beitrag zur Etablierung oder Aufrechterhaltung einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung leisten, verstoßen sie gegen Artikel 101 AEUV. Da jedoch Artikel 101 AEUV „lediglich eine einheitliche Haftung aller daran Beteiligter“ vorsehe (Rn. 264), die Interessenlage der IT-Dienstleister unzureichend berücksichtigt werde und es zu Haftungslücken kommen könne, wenn der IT-Dienstleister ohne Billigung der Nutzer eines Algorithmus eine Wettbewerbsbeschränkung herbeiführt (Rn. 266), sieht die Monopolkommission eine Ergänzung des Wettbewerbsrechts für erforderlich an. Die Bundesregierung stimmt der Monopolkommission insofern zu, als dass die im Hauptgutachten dargestellten Fallkonstellationen (Rn. 265 f.) grundsätzlich möglich und zu berücksichtigen sind. Das Bundeskartellamt hat sich im Rahmen eines gemeinsamen deutsch-französischen Papiers mit der Beziehung von Algorithmen und Wettbewerb befasst<sup>1</sup> und ist in diesem Rahmen auch auf die entsprechenden Konstellationen eingegangen. Eine Anpassung des Wettbewerbsrechts sollte nach Ansicht der Bundesregierung jedoch (noch) nicht erfolgen. Vielmehr bedarf es weiterer Untersuchungen und einer fortlaufenden Beobachtung der Entwicklung.

## II. Stand und Entwicklung der Konzentration und Verflechtung von Großunternehmen

41. Aus § 44 Absatz 1 Satz 1 GWB ergibt sich der Auftrag der Monopolkommission, den Stand und die absehbare Entwicklung der Unternehmenskonzentration in der Bundesrepublik Deutschland darzustellen. Im Rahmen dieser Berichterstattung legt die Monopolkommission im XXII. Hauptgutachten zusätzlich ein besonderes Augenmerk auf Unternehmensverflechtungen und die Entwicklung von Marktmachtindikatoren. Dadurch erfüllt die Monopolkommission nicht nur den gesetzlichen Auftrag, sondern greift auch aktuelle wettbewerbspolitische Diskussionen auf. Die Bundesregierung sieht hierin einen großen Mehrwert, dankt der Monopolkommission und hat die entsprechenden Ergebnisse mit großem Interesse ausgewertet.

### A. Konzentration und Verflechtung von Großunternehmen

42. Zunächst analysiert die Monopolkommission die Unternehmenskonzentration in Deutschland. Dabei geht es – entgegen der Analyse abgegrenzter relevanter Märkte (z. B. im Rahmen der Fusionskontrolle) – um eine gesamtgesellschaftliche Betrachtung. Da die Ergebnisse Aussagen über die Konzentrationsentwicklung wirtschaftlicher Macht in Deutschland und die damit verbundenen gesellschaftspolitischen Aspekte ermöglichen sollen, erachtet die Bundesregierung diese Betrachtungsweise weiterhin für zielführend.

<sup>1</sup> Vgl. Autorité de la concurrence, Bundeskartellamt (2019): Algorithms and competition. [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Berichte/Algorithms\\_and\\_Competition\\_Working-Paper.pdf](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Berichte/Algorithms_and_Competition_Working-Paper.pdf)

43. Die Monopolkommission verwendet den Anteil der Wertschöpfung eines Unternehmens an der gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfung als Indikator für die Unternehmenskonzentration und ermittelt auf dieser Grundlage die 100 größten Unternehmen in Deutschland („100 Größten“). Wie bereits im vorhergehenden Hauptgutachten der Monopolkommission (aus dem Jahr 2016) stammen die drei größten Unternehmen weiterhin aus der Automobilbranche und haben ihre Platzierungen beibehalten (1. Volkswagen AG, 2. Daimler AG sowie 3. Bayerische Motoren Werke AG). Auf den folgenden Plätzen befinden sich nun die Robert Bosch GmbH und die Siemens AG. Die Zusammensetzung der Liste der „100 Größten“ hat sich gegenüber der letzten Betrachtung (Berichtsjahr 2016 gegenüber 2014) verändert. Höchstplatziertes neues Unternehmen auf Platz 19 stellt die Vonovia SE dar, welche infolge einer Fusion (Deutsche Annington und GAGFAH) entstand.

44. Der Anteil der „100 Größten“ an der gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfung liegt derzeit bei 14,9 Prozent und ist seit dem Jahr 2000 stetig gesunken. Auch bei Betrachtung des Anteils der 25 größten Unternehmen in Deutschland konnte die Monopolkommission keinen Anstieg ermitteln. Die Bundesregierung beurteilt diese Ergebnisse und den sich abzeichnenden Trend positiv. Berücksichtigt werden muss nach Ansicht der Monopolkommission zudem der steigende Anteil der Wertschöpfung, welcher im Ausland erwirtschaftet wird. Aus den diesbezüglichen Ergebnissen der Monopolkommission (Rn. 307 f.) lässt sich nach Ansicht der Bundesregierung keine bedenkliche Konzentration wirtschaftlicher Macht herleiten.

45. Die Monopolkommission analysiert ab Rn. 314 die Kapitalverflechtungen der „100 Größten“. Dabei stellt sie einen Rückgang der direkten Verflechtungen zwischen den „100 Größten“ fest (Rn. 324). Die Zahl der Unternehmen aus diesem Kreis, die Anteile eines anderen Unternehmens der „100 Größten“ hielten, sank auf neun Fälle. Auch die Gesamtzahl an Kapitalverflechtungen zwischen Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ ist rückläufig, sodass diese Entwicklung auf einen abnehmenden Verflechtungsgrad hindeutet und positiv zu bewerten ist. Von zunehmendem Interesse sind aus Sicht der Bundesregierung die indirekten Kapitalverflechtungen durch institutionelle Investoren mit Sitz im Ausland. Vor diesem Hintergrund begrüßt die Bundesregierung, dass sich die Monopolkommission diesem Thema an anderer Stelle im Hauptgutachten (siehe unten) ausführlich widmet. Im Januar 2017 wurden allerdings noch 91 Prozent des Kapitals der „100 Größten“ von Investoren gehalten, welche nur an einem Unternehmen aus diesem Kreis beteiligt sind.

## **B. Entwicklung von Marktmachtindikatoren in Deutschland und Europa**

46. Ergänzend zur oben dargestellten Konzentrationsberichterstattung untersucht die Monopolkommission die Entwicklung weiterer Marktmachtindikatoren (in Form von Konzentrationsstatistischen Kennzahlen und unternehmensspezifischen Preisauflägen) in Deutschland und Europa.

47. Als einen der Indikatoren verwendet die Monopolkommission die Umsatzkonzentration (unter Rückgriff auf Herfindahl-Hirschman-Indizes (HHI) von 2007 bis 2015) in Wirtschaftszweigen (jeweils gruppiert nach 4-Stellen der Wirtschaftszweigklassifikation der amtlichen Statistik), weist dabei jedoch auch auf bestehende inhaltliche und methodische Probleme bei der Verwendung und Interpretation von Konzentrationsmaßen hin. Aus diesem Grund können die Resultate lediglich als allgemeine Richtungsangabe interpretiert werden. Dennoch stellt die seitens der Monopolkommission ermittelte konstante Konzentrationsentwicklung (Rn. 394 ff.) aus Sicht der Bundesregierung eine nützliche Information in der Debatte um Marktmacht in Deutschland und Europa dar. Insbesondere wertet es die Bundesregierung als positives Zeichen, dass entgegen den Befunden in anderen Staaten (z. B. den Vereinigten Staaten) in Deutschland kein ansteigender Trend ermittelt werden konnte (Rn. 397).

48. Zur Analyse der Marktmacht in Deutschland verwendet die Monopolkommission Preisaufläge als einen weiteren Indikator. Entsprechend der ökonomischen Theorie wird dabei angenommen, dass ein Unternehmen mit zunehmender Marktmacht seine Produktpreise immer weiter über die jeweiligen Grenzkosten anhebt. Die Resultate im XXII. Hauptgutachten deuten auf eine Zunahme der Marktmacht in Deutschland hin. So stellt die Monopolkommission ab dem Jahr 2013 einen Anstieg der Preisaufläge fest. Für das Jahr 2015 übersteigt der Wert den des „Vorkrisenjahres“ 2007. Die Monopolkommission sieht demnach Anzeichen für eine durchschnittlich steigende Marktmacht in Deutschland, wobei die Entwicklung jedoch weit weniger deutlich erscheint als dies in den Vereinigten Staaten der Fall ist. Anzumerken ist jedoch, dass es sich bei den verwendeten Daten nicht um eine repräsentative Stichprobe handelt. Die Bundesregierung begrüßt den Einbezug der Preisaufläge in die Analysen zur Konzentrationsberichterstattung und leitet aus den Ergebnissen die Priorität ab, die Entwicklung weiter genau zu beobachten. Zudem hält es die Bundesregierung für erforderlich, die Marktmachtentwicklung näher zu untersuchen, um daraus u. a. auch mögliche Ursachen ableiten zu können.

Eine verlässliche Datenbasis ist dafür entscheidend. Im Laufe des Jahres 2019 haben bereits Gespräche zwischen dem Bundesministerium für Wirtschaft und Energie und der Monopolkommission hinsichtlich einer entsprechenden Fokussierung der Arbeiten und Analysen der Monopolkommission stattgefunden.

### **C. Indirekte Minderheitsbeteiligungen/institutionelle Investoren**

**49.** Bereits im XXI. Hauptgutachten hatte die Monopolkommission Unternehmensbeteiligungen institutioneller Investoren thematisiert. Die Bundesregierung begrüßt, dass sich die Monopolkommission in ihrem XXII. Hauptgutachten dem Thema noch umfassender widmet und die Effekte indirekter Unternehmensverflechtungen über institutionelle Investoren untersucht. Obwohl der Monopolkommission keine abschließenden Beweise für tatsächlich auftretende Wettbewerbsbeeinträchtigungen vorliegen (Rn. 413), nimmt die Bundesregierung die Möglichkeit negativer Auswirkungen von indirekten Horizontalverflechtungen auf die Wettbewerbsintensität ernst und befasst sich intensiv mit diesem Thema. Dabei spielen die Arbeiten der Monopolkommission, neben den Forschungsergebnissen weiterer Expertinnen und Experten, eine wichtige Rolle.

**50.** Die Monopolkommission zeigt auf, dass die größten institutionellen Anleger infolge ihrer Diversifizierungsstrategien oft an mehreren Unternehmen einer Branche gleichzeitig beteiligt sind (Rn. 418 f.). Dabei handelt es um geringe Minderheitsbeteiligungen, die eine indirekte Verbindung zwischen den Unternehmen herstellen. Während die Monopolkommission diese indirekten Horizontalverflechtungen in einigen Branchen – wie z. B. Mineralölkonzernen oder Telekommunikationsanbietern – sehr stark beobachtet, ist dies in anderen Branchen – wie z. B. der Chemie- oder Automobilindustrie – geringer ausgeprägt, da dort Unternehmen mit Kernaktionären existieren bzw. sich wesentliche Anteile in Familienbesitz befinden (Rn 420 f.).

**51.** Hinsichtlich der Einflussmöglichkeiten institutioneller Investoren kommt die Monopolkommission zum Ergebnis, dass diese nicht nur durch die Wahrnehmung von Stimmrechten, sondern insbesondere auch durch direkten oder indirekten Dialog mit dem Management sowie ggf. die Drohung einer Veräußerung von Unternehmensanteilen bestehen (Rn. 439 ff.). Darauf aufbauend stellt die Monopolkommission im XXII. Hauptgutachten die Schadenstheorien im Zusammenhang mit indirekten Horizontalverflechtungen dar. Im Kern wird dargelegt, dass indirekte Horizontalverflechtungen in einem Markt dazu führen können, dass die betroffenen Unternehmen einseitig ihre wettbewerbliehen Strategien abschwächen (unilaterales shareholder-orientiertes Verhalten) oder koordiniertes antikompetitives Verhalten gefördert wird (z. B. durch eine Steigerung der Markttransparenz).

**52.** Bei der Bewertung der empirischen Studien zu indirekten Verflechtungen betrachtet die Monopolkommission marktübergreifende und marktspezifische Studien und bei Letzteren insbesondere eine vielbeachtete Arbeit zum US-amerikanischen Flugverkehr. In diesem Rahmen geht sie jedoch auch auf Veröffentlichungen ein, die die betreffende Flugverkehrsstudie aus verschiedenen (insbes. methodischen) Gründen kritisieren. Anschließend stellt die Monopolkommission fest, dass die Anzahl der bislang vorliegenden Studien gering ist und sich deren Resultate teilweise widersprechen. Zudem könnten die Ergebnisse nur bedingt auf andere Märkte übertragen werden. Die uneinheitliche Studienlage sei jedoch kein Indiz dafür, dass die theoretisch aufgezeigten antikompetitiven Effekte in der Realität nicht existierten. Vor diesem Hintergrund bittet die Bundesregierung die Monopolkommission, sich weiterhin mit diesem Thema zu befassen und anlassbezogen (insbesondere wenn neue bedeutende Forschungsarbeiten und Erkenntnisse vorliegen.) im Rahmen künftiger Gutachten zu berichten.

**53.** Die Monopolkommission diskutiert darüber hinaus mögliche Maßnahmen gegen die dargestellten Wettbewerbsrisiken durch indirekte Horizontalverflechtungen und berücksichtigt dabei die vor allem in den Vereinigten Staaten geführte wettbewerbspolitische Diskussion. Eine Option sei demnach die Ausdehnung der Fusionskontrolle auf nicht kontrollierende Minderheitsbeteiligungen durch diversifizierte Investoren, womit aber (vor allem bei niedrigen Schwellenwerten) sehr hohe administrative Kosten einhergehen. Eine feste Obergrenze für Minderheitsbeteiligungen durch diversifizierte Investoren hätte nach Ansicht der Monopolkommission zwar den Vorteil, dass jene aufwendigen Einzelfallprüfungen entfallen. Allerdings bestünde insbesondere in diesem Fall ein Zielkonflikt zwischen der Reduktion des (wettbewerbspolitisch unerwünschten) Verflechtungsgrades und den (aus Finanzmarktperspektive vorteilhaften) Diversifizierungsmöglichkeiten für Investoren. Zudem diskutiert die Monopolkommission die Effekte schärferer Corporate-Governance-Regeln für diversifizierte Investoren. Letztlich würdigt die Monopolkommission zwar, dass die diskutierten Maßnahmen und Konzepte wichtige Grundprinzipien aufzeigen, hingegen gelangt sie zur Ansicht, dass diese „in ihrer gegenwärtigen Form nicht ausgereift und nur bedingt praxistauglich“ sind (Rn. 533). Abweichend davon befürwortet die Monopolkommission die Berücksichtigung indirekter Verflechtung im Rahmen von Fusionskontrollverfahren, wie dies beispielsweise durch die Europäische Kommission im Verfahren Dow/DuPont erfolgt ist.

54. Abschließend kommt die Monopolkommission zum Schluss, „dass es – obwohl ein Risikopotenzial besteht – zum gegenwärtigen Zeitpunkt verfrüht wäre, (wettbewerbs)rechtliche oder regulatorische Maßnahmen zu ergreifen“ (Rn. 540). Die Bundesregierung schließt sich im Wesentlichen der Analyse und Darstellung der Monopolkommission an. Der aktuelle Kenntnisstand ist nach Ansicht der Bundesregierung unzureichend, um die Auswirkungen von indirekten Horizontalverflechtungen auf die Wettbewerbsintensität generell oder in einzelnen Märkten zu bewerten. Aus diesem Grund lassen sich der potentielle Schaden sowie der daraus erwachsende Handlungsbedarf nicht vollständig einschätzen. Die Bundesregierung nimmt die theoretisch dargelegten Effekte jedoch ernst, befasst sich weiterhin mit den wettbewerbspolitischen Implikationen und regt an, dass auch die Monopolkommission dieses Thema unvermindert weiterverfolgt.

### III. Würdigung der kartellrechtlichen Entscheidungspraxis

55. Die Monopolkommission würdigt in ihrem XXII. Hauptgutachten im Kapitel zur kartellrechtlichen Entscheidungspraxis zunächst die 9. GWB-Novelle. Darauf folgt abweichend von vorangegangenen Hauptgutachten die Begutachtung konkreter Fälle der europäischen und der deutschen Entscheidungspraxis diesmal nicht einzelfall-, sondern themenbezogen. So erreicht sie eine gezieltere Würdigung der Entscheidungspraxis, was aus Sicht der Bundesregierung zu begrüßen ist.

#### A. Allgemeine Entwicklungen im Berichtszeitraum

56. Im Zuge der Würdigung der 9. GWB-Novelle befasst sich die Monopolkommission in den Rn. 545 bis 553 mit der Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie (2014/104/EU). Die differenziert ausgestalteten Übergangsbestimmungen zu den Verjährungsregeln in § 186 Absatz 3 GWB, die vor dem Hintergrund der unterschiedlichen Auslegung der Oberlandesgerichte zur Hemmung kartellrechtlicher Schadensersatzansprüche gem. § 33 Absatz 5 GWB a. F. nötig geworden sind, werden von der Monopolkommission ausdrücklich begrüßt (Rn. 547ff.). Der BGH hat mittlerweile entschieden, dass § 33 Absatz 5 GWB a. F. (jetzt § 33h Absatz 6 GWB) auch auf Schadensersatzansprüche Anwendung findet, die ihre Grundlage in Kartellverstößen haben, die vor dem Inkrafttreten der Norm am 1. Juli 2005 begangen wurden, und zu diesem Zeitpunkt noch nicht verjährt waren (Urteil vom 12. Juni 2018 – KZR 56/16 – Grauzementkartell II).

57. Als problematisch erachtet die Monopolkommission im Rahmen von § 33g GWB, mit dem im Zuge der 9. GWB-Novelle ein materiell-rechtlicher Anspruch auf Offenlegung von Beweismitteln eingeführt wurde, insbesondere den Aufwendungsersatzanspruch in Absatz 7. Erfahrungen aus der Praxis hätten gezeigt, dass der Anspruch auf Offenlegung von Beweismitteln von mutmaßlich durch das Kartell Geschädigten angesichts der Pflicht zum Aufwendungsersatz noch eher zurückhaltend gebraucht werde, sodass abzuwarten bleibe, ob es sich bei Absatz 7 tatsächlich um ein praktisches Hindernis für die private Geltendmachung von Kartellschadensersatz handle. Die EU-Kartellschadensersatzrichtlinie erfordere den Aufwendungsersatzanspruch ohnehin nicht. Aus Sicht der Monopolkommission ist eine der wichtigsten Änderungen im GWB durch die 9. GWB-Novelle die Erweiterung der Bußgeldhaftung unter Angleichung an die Rechtsprechung der Unionsgerichte. Damit konnte unter anderem die sogenannte „Wurstlücke“ endgültig geschlossen werden, durch die wegen Kartellverstößen bebußte Unternehmen sich der Haftung durch gezielte gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungen entziehen und die Vollstreckung von Bußgeldern so unmöglich machen konnten. Wie weit das Konzept der „wirtschaftlichen Einheit“ verstanden wird, illustriert die Monopolkommission unter Darstellung der einschlägigen Rechtsprechung der Unionsgerichte.

58. Die Monopolkommission begrüßt unter anderem die Regelungen der 9. GWB-Novelle bezüglich der Digitalökonomie, sieht zurzeit darüber hinaus jedoch keinen Regelungsbedarf. Hervorgehoben werden insbesondere die Regelungen in § 18 GWB in Hinblick auf mehrseitige Märkte (§ 18 Absatz 2a GWB zum Kriterium der Unentgeltlichkeit sowie klarstellende Ergänzung in § 18 Absatz 3a GWB). Hinsichtlich der Erforderlichkeit weiterer wettbewerbsrechtlicher Regelungen für die Digitalökonomie betont die Bundesregierung, dass diese – auch aufgrund der zwischenzeitlichen Entwicklung globaler digitaler Märkte und der zunehmenden Marktmacht von Plattformunternehmen – ihrer Ansicht nach mit Sicherheit gegeben ist. Entsprechend sind die erforderlichen Änderungen (insbes. zur Schärfung der Missbrauchsaufsicht) in den Fokus des aktuellen Entwurfs für ein GWB-Digitalisierungsgesetz (10. GWB-Novelle) gestellt worden.

59. Dem Bundeskartellamt habe in den ersten Fällen unter Anwendung der neuen Transaktionswertschwelle des § 35 Absatz 1a GWB die genaue Berechnung des Wertes der Gegenleistung im Sinne des § 35 Absatz 1a Nummer 3 GWB und insbesondere die Feststellung einer Inlandstätigkeit in erheblichem Umfang im Sinne des

§ 35 Absatz 1a Nummer 4 GWB Schwierigkeiten bereitet. In Zusammenarbeit mit der österreichischen Wettbewerbsbehörde hat das Bundeskartellamt dazu den Leitfaden „Transaktionswert-Schwellen“ am 9. Juli 2018 veröffentlicht.

**60.** Die Bundesregierung begrüßt und dankt der Monopolkommission für die ausführliche Auseinandersetzung der Monopolkommission mit den Bestimmungen zur Umsetzung der Richtlinie 2014/14/EU und insbesondere die zustimmende Haltung zu den Übergangsbestimmungen zu den Verjährungsregeln. Hinsichtlich der Regelung in § 33g Absatz 7 GWB zum Aufwendungsersatzanspruch bei der Offenlegung von Beweismitteln ist der Monopolkommission insoweit zuzustimmen, dass die weiteren Entwicklungen in der Praxis abgewartet werden müssten und eine mögliche Anpassung im Entwurf für ein GWB-Digitalisierungsgesetz (10. GWB-Novelle) daher noch nicht geboten war.

**61.** Anschließend wertet die Monopolkommission die deutsche und europäische Praxis der Zusammenschlusskontrolle auf Basis der Entscheidungen des Bundeskartellamts und der Europäischen Kommission ausführlich aus (Rn. 564 ff.).

**62.** Einen Schwerpunkt in der Arbeit des Bundeskartellamts sieht die Monopolkommission in der Lebensmitteleinzelhandelsbranche. Dazu stellt sie das Zusammenschlussvorhaben Rewe/Coop und den Erwerb von Edeka-Filialen durch Rewe dar (Rn. 565). Einen weiteren Fokus des Bundeskartellamts sah die Monopolkommission im Entsorgungsbereich (Rn. 567). Weitere bedeutende Bereiche der Arbeit des Bundeskartellamts im Berichtszeitraum 2016/2017 waren in den Augen der Monopolkommission die Identifizierung mehrerer kartellrechtswidriger Gemeinschaftsunternehmen sowie ein veröffentlichter Leitfaden für Zusagen in der Fusionskontrolle (Rn. 569 f.).

**63.** Auch die Praxis der Europäischen Fusionskontrolle unterzieht die Monopolkommission einer (quantitativen) Analyse (Rn. 572 ff.). Insbesondere hebt sie zwei verhängte Geldbußen wegen Verstößen gegen die Fusionskontrollvorschriften hervor. Ein Schwerpunkt der EU-Kommission in der Fusionskontrollpraxis sei zudem die agrochemische Industrie sowie bedingt durch die Insolvenz von Air Berlin der Flugverkehr gewesen (Rn. 576 f.). Zuletzt geht sie auch noch auf zwei Entscheidungen des Gerichts der Europäischen Union (EuG) ein, das zwei Fusionskontrollentscheidungen der EU-Kommission aus vorangegangenen Berichtszeiträumen aufgehoben hat (Rn. 579). Die Bundesregierung dankt der Monopolkommission für die Auseinandersetzung mit den Entwicklungen der deutschen und europäischen Fusionskontrollpraxis.

**64.** Im Rahmen der Würdigung der Missbrauchsaufsicht stellt die Monopolkommission die Entscheidungen des Bundeskartellamts und der EU-Kommission in den Jahren 2016 und 2017 ausführlich dar (Rn. 580 ff.). Besonders geht sie dabei auf Verfahren mit Bezug zu Kopplungsvereinbarungen im Schienenverkehr, Fremdbebeentgelten, Exklusivvereinbarungen im Vertrieb von Veranstaltungstickets, zum Missbrauch im Umgang mit Daten, zu Ticketpreisen im Flugverkehr und zum Anzapfverbot ein. Besondere Erwähnung in den Verfahren der EU-Kommission finden Verfahren mit Bezug zu Meistbegünstigungsklauseln, Missbrauchsverfahren gegen Google und Qualcomm und Gerichtsentscheidungen im Verfahren gegen Intel (Rn. 588 ff.).

**65.** Ebenso ausführlich befasst sich die Monopolkommission mit den Entwicklungen hinsichtlich horizontaler und vertikaler Vereinbarungen (Rn. 593 ff.), die sowohl den Kartellbehörden als auch den Gerichten in Deutschland und der EU vorlagen. Besondere Erwähnung findet dabei das Hinweispapier des Bundeskartellamts zum Preisbindungsverbot im Lebensmitteleinzelhandel. Auf nationaler Ebene stellt die Monopolkommission insbesondere Verfahren zu Meistbegünstigungsklauseln und Drittplattformverboten in selektiven Vertriebssystemen dar. Bei der Analyse der Entscheidungspraxis der EU-Kommission kommt die Monopolkommission zu dem Ergebnis, dass der Automobilssektor erneut ein industriespezifischer Tätigkeitsschwerpunkt sei, wobei der Komplex des LKW-Kartells hervorzuheben sei. Im Rahmen der Entscheidungspraxis der EU-Gerichte hebt die Monopolkommission die Entscheidung des EuG in der Rechtssache Lundbeck hervor, dass es sich bei sogenannten „Pay-for-delay“-Vereinbarungen im Pharmamarkt um wettbewerbswidrige Praktiken handle.

## **B. Spezifische Probleme der Kartellrechtsanwendung**

### **Abgrenzung mehrseitiger Märkte**

**66.** Die Monopolkommission schafft einen Überblick über die nationale und europäische Entscheidungspraxis, in denen die Marktabgrenzung bei mehrseitigen Märkten eine Rolle spielt (Rn. 618 ff.). Sie selbst fordert die Vornahme der Marktabgrenzung dergestalt, dass Wechselbeziehungen zwischen den Plattformseiten angemessen berücksichtigt werden. Dafür müssten alle Nutzergruppen und die zwischen ihnen auftretenden indirekten Netzwerkeffekte adäquat berücksichtigt werden.

67. Auf nationaler Ebene befasst sich die Monopolkommission mit den Beschlüssen des Bundeskartellamts betreffend den Ticketanbieter CTS Eventim.<sup>2</sup> Zustimmung bewertete sie die Ansicht des Bundeskartellamts, dass eine getrennte Betrachtung des Unternehmens als Ticketsystemdienstleister für Veranstalter und Ticketsystemdienstleister für Vorverkaufsstellen angebracht sei. Das Bundeskartellamt sei korrekterweise davon ausgegangen, dass durch die zusätzliche Rolle des Ticketsystems als Handelsvertreter gegenüber Veranstaltern eine getrennte Marktbetrachtung vorteilhaft sei.

68. Skeptisch zeigt sich die Monopolkommission in Bezug auf die Anwendbarkeit quantitativer Methoden zur Abgrenzung von mehrseitigen Plattformmärkten, wie dem SSNIP-Test („Small but Significant and Non-transitory Increase in Price“), und stimmt dahingehend mit der Einschätzung des Bundeskartellamts in seinem Arbeitspapier zur Marktmacht von Plattformen und Netzwerken überein. Grund hierfür sei, dass die Berücksichtigung von Wechselbeziehungen zwischen Nutzergruppen für eine exakte Marktabgrenzung zentral, jedoch mit Schwierigkeiten behaftet sei.

69. Letztendlich sieht die Monopolkommission aufgrund der jüngsten kartellbehördlichen Praxis keine ernstesten Probleme bei der Abgrenzung mehrseitiger Märkte. Die 9. GWB-Novelle habe noch bestehende rechtliche Unklarheiten in Bezug auf unentgeltliche Leistungen beseitigt. Das nun vorhandene kartellrechtliche Instrumentarium sei grundsätzlich auch bei der Frage der Abgrenzung mehrseitiger Märkte anwendbar, auch wenn die Anwendung quantitativer Methoden zur Marktabgrenzung dabei noch Schwierigkeiten bereite. Auch aus Sicht der Bundesregierung haben sich die neuen Regelungen der 9. GWB-Novelle bewährt. Mit der 10. GWB-Novelle wird sie die Anpassungen des Wettbewerbsrechts in Bezug auf digitale Geschäftsmodelle fortführen.

### Neue Entwicklungen bei wettbewerblichen Schadenstheorien

70. Die Monopolkommission analysiert im Weiteren neuere Entwicklungen im Bereich der Schadenstheorien, welche mit der vermehrten Anwendung des sogenannten „more economic approach“ an Bedeutung gewonnen haben (Rn. 652 f.).

71. Bezogen auf den Umgang mit Kundendaten auf Plattformmärkten sieht es die Monopolkommission als vertretbar an, wenn Kartellbehörden ein Vorgehen gegen Konditionenmissbräuche von Unternehmen prüfen und ggf. eingreifen. Dazu sieht sie im Wesentlichen zwei Modelle zum Nachweis der Ausbeutung als möglich an. Zum einen (Prüfkonzept I) könne der Nachweis durch den Vergleich mit einer Situation wirksamen Wettbewerbs erbracht werden, wofür insbesondere nachzuweisen sei, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten ein für Nutzer relevantes Entscheidungskriterium sei und das marktbeherrschende Unternehmen mehr Daten als bei wirksamem Wettbewerb möglich verarbeite (Rn. 661 ff.). Nach Einschätzung der Monopolkommission dürfte dieser Nachweis für die Kartellbehörden mit großen Schwierigkeiten verbunden sein. Die zweite Möglichkeit (Prüfkonzept II) sei, die Feststellung eines solchen Missbrauchs gegenüber Kunden auf Basis des Datenschutzes vorzunehmen (Rn. 671 ff.). Eine Gefahr sieht die Monopolkommission aber zu Recht darin, dass die Kartellbehörden analog einer Datenschutzbehörde agieren und Datenschutzrecht eventuell nach eigenen Maßstäben auslegen könnten (Rn. 687 ff., 690). Auch nach Auffassung der Bundesregierung sind unterschiedliche Zuständigkeiten der Behörden zu wahren; ggf. müssen sich die Behörden gegenseitig beteiligen, um allen rechtlichen Aspekten und Zuständigkeiten hinlänglich Rechnung tragen zu können. Die Monopolkommission weist insoweit zutreffend auf die seit der 9. GWB-Novelle bestehenden erweiterten Zusammenarbeitsmöglichkeiten zwischen den Kartellbehörden und den Datenschutzbehörden nach § 50c Absatz 1 GWB hin (Rn. 690). Aus Sicht der Bundesregierung sind durch diese Zusammenarbeitsmöglichkeiten die Risiken einander widersprechender Entscheidungen weitestgehend ausgeräumt.

72. Weiterhin beschäftigte sich die Monopolkommission mit der Frage der Berücksichtigung der Innovationseffekte im Zuge der Fusionskontrolle. Die Untersuchung des Falls Dow/DuPont durch die Europäische Kommission diene hierbei als Beispiel. Die durch die EU-Kommission angewandten Schadenstheorien finden dabei grundsätzlich die Zustimmung der Monopolkommission. Der Annahme der EU-Kommission, dass ein Zusammenschluss zweier innovationsfreudiger Unternehmen dem Innovationswettbewerb schaden würde, sei zuzustimmen. Dass diese Nachteile nicht durch die Effizienten des Zusammenschlusses ausgeglichen werden können, sei ebenfalls nachvollziehbar. Auch wenn noch offene Fragen bestünden, biete die bisherige Erfahrung in der Fallpraxis eine ausreichende Basis, die eine Anpassung der Horizontal-Leitlinien der EU-Kommission erlaube. Dies würde zu einer erheblichen Steigerung der Rechtssicherheit beitragen (Rn. 724).

<sup>2</sup> BKartA, Beschluss vom 4. Dezember 2017, B6-132/14-2 – CTS Eventim Exklusivvereinbarungen; Beschluss vom 23. November 2017, B6-35/17 – CTS Eventim/Four Artists.

73. Als weiteren Schwerpunkt bei der Betrachtung wettbewerblicher Schadenstheorie greift die Monopolkommission den Aspekt der Netzwerkeffekte auf. Mit Blick auf das nationale Wettbewerbsrecht diskutiert die Monopolkommission in diesem Zusammenhang die mit der 9. GWB-Novelle eingeführte Norm des § 18 Absatz 3a GWB und als konkrete damit verknüpfte Anwendung die Fälle CTS Eventim/Four Artists (Fusionskontrollverfahren) und CTS Eventim – Exklusivvereinbarungen (Marktmissbrauchverfahren) des Bundeskartellamts (Rn. 698 ff.). Die Monopolkommission stimmt mit dem Bundeskartellamt darin überein, dass CTS Eventim auf dem zweiseitigen Markt der Ticketsystemdienstleistung einerseits gegenüber Veranstaltern, andererseits gegenüber Vorverkaufsstellen eine marktbeherrschende Stellung innegehabt habe und unter Einbeziehung wechselseitiger positiver indirekter Netzwerkeffekte erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen zu erwarten gab. In Bezug auf Multi-Homing bedauert die Monopolkommission jedoch, dass eine Beurteilung der Wechselkosten für die Nutzer nicht vorgenommen wurde. Die Bundesregierung stimmt der Beurteilung der Monopolkommission insofern zu, als dass die Fälle CTS Eventim die Bedeutung von Netzwerkeffekten und die Relevanz des § 18 Absatz 3a GWB aufgezeigt haben. Ferner ist die Bundesregierung der Ansicht, dass – insbesondere auf Plattformmärkten – Netzwerkeffekten eine so hohe Bedeutung für den Wettbewerb und die Bestreitbarkeit der Märkte zukommt, dass auch außerhalb des § 18 GWB Anpassungen im nationalen Wettbewerbsrecht erforderlich sind. Daher ist im Entwurf für ein GWB-Digitalisierungsgesetz (10. GWB-Novelle) die Einführung einer Norm im Bereich der Missbrauchsaufsicht vorgesehen, die ein „Kippen“ von Märkten mit großen Netzwerkeffekten ins Monopol verhindern soll.

74. Kritisch betrachtet die Monopolkommission die geringe Berücksichtigung möglicher negativer unilateraler Effekte von Minderheitsbeteiligungen im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle, weshalb sie gerade bei sogenannten schleichenden Übernahmen ein „under-enforcement“ und damit wettbewerbsschädigende Folgen fürchtet. Daher rät sie zu einer besonders kritischen Beachtung von Minderheitsbeteiligungen und ihren unilateralen Effekten. Dazu solle das Bundeskartellamt zukünftig die wettbewerblichen Effekte einer Anteilsaufstockung auf über 25 Prozent auch auf Basis der Effekte der bereits bestehenden Beteiligung bewerten und dabei eine mögliche erhebliche Wettbewerbsbeschränkung prüfen. Zudem sollte das Bundeskartellamt auch inzident die wettbewerblichen Auswirkungen einer möglichen weiteren Aufstockung bis zur Kontrollerwerbsgrenze prüfen. Die Bundesregierung dankt der Monopolkommission für ihre Betrachtung der Rolle von Minderheitsbeteiligungen, weist aber auch daraufhin, dass bei kartellbehördlichen Prüfungen der Zielkonflikt zwischen der Verhinderung potentiell wettbewerbsschädlicher Entwicklungen und dem damit verbundenen Aufwand bei den Unternehmen und auf behördlicher Seite zu beachten ist.

### **Kartellrechtliche Kontrolle von Schlichtungsvereinbarungen am Beispiel des Falls Edeka/Kaiser's Tengelmann („Abkauf von Wettbewerb“)**

75. Anhand des Fall Edeka/Kaiser's Tengelmann beschäftigt sich die Monopolkommission mit der kartellrechtlichen Kontrolle von Schlichtungsvereinbarungen (Rn. 797 ff.). Da Vergleiche nicht nur positive, sondern auch negative Auswirkungen auf den Wettbewerb haben könnten, empfiehlt die Monopolkommission den Kartellbehörden ein graduelles Vorgehen, nach dem nur in gravierenden Fällen einer Wettbewerbsbeeinträchtigung ein Einschreiten geboten sei. Mögliche Kriterien für ein mögliches Einschreiten seien die mögliche Höhe der vereinbarten Kompensation im Gegenzug für eine Rechtsmittlrücknahme, die Erfolgsaussichten des eingelegten Rechtsmittels und das Ausmaß der Wettbewerbsbeeinträchtigung.

### **Drittplattformverbote**

76. Die Monopolkommission nimmt Stellung zur kartellrechtlichen Zulässigkeit von sogenannten Drittplattformverboten insbesondere in Anlehnung an die kürzlich ergangene Coty-Rechtsprechung des EuGH (Rn. 823 ff.). Die Monopolkommission stimmt dem EuGH zu, dass der Schutz des Images einer Marke oder eines Produktes ein legitimes Ziel zur Einrichtung eines selektiven Vertriebssystems sein könne. Sie spricht sich sogar dafür aus, dass auch das Image von Produkten jenseits des Luxussegments grundsätzlich anerkannt werden sollte. Die Rechtsprechung des EuGH in dieser Sache habe nur in Teilen klarstellend gewirkt, weswegen die Monopolkommission erstens eine engere Zusammenarbeit zwischen den mitgliedstaatlichen Kartellbehörden und der EU-Kommission und zweitens mehr Vorabentscheidungsersuchen der nationalen Gerichte als wünschenswert betrachtet. Die Bundesregierung erwartet hier von der Evaluierung der sogenannten Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung der EU-Kommission und der dazu gehörigen Leitlinien mehr Hilfestellung für die Praxis. Mit Blick auf die Herausforderungen der schnell wachsenden Internetökonomie bei der Beurteilung vertikaler Beschränkungen sollte der Anpassungsbedarf dieser Regelungen eingehend diskutiert und entsprechende Änderungen vorgenommen werden.

### Zentralvermarktung der Übertragungsrechte für die UEFA Champions League

77. Erneut befasst sich die Monopolkommission mit der Zentralvermarktung von Fußball-Übertragungsrechten. Im XXII. Hauptgutachten steht das Zentralvermarktungsmodell der UEFA Champions League im Fokus. Die Monopolkommission sieht die aktuellen Entwicklungen in diesem Bereich sehr kritisch. Die Zentralvermarktung der Champions League wurde 2003 im Rahmen der initialen Freistellung durch die Europäische Kommission überprüft. Die Monopolkommission kritisiert, dass sich seitdem das Vermarktungsmodell weiterentwickelt habe und die Vereinbarkeit des aktuellen Modells der UEFA mit den geltenden Wettbewerbsregeln fraglich sei. Da es in Deutschland aktuell keine Live-Spiele der UEFA Champions League im sogenannten Free-TV gibt, nehme der Wettbewerbsdruck spürbar ab. Vor diesem Hintergrund schlägt die Monopolkommission vor, dass das Bundeskartellamt bei der Vermarktung der Champions League begleitend tätig wird. Die EU-Kommission könne – wie im XXI. Hauptgutachten bereits vorgeschlagen – eine aktivere Rolle durch den Erlass von Leitlinien für eine harmonisierte EU-weite Rechtsanwendung spielen.

78. Die Bundesregierung sieht das Ziel der Zentralvermarktung der Übertragungsrechte von Fußballwettbewerben darin, die Übertragung in hoher Qualität sowie transparent und effizient sicherzustellen. Die verschiedenen Ausschreibungen der Übertragungsrechte müssen jedoch zwingend mit dem wettbewerbsrechtlichen Rahmen vereinbar sein. Vor diesem Hintergrund begrüßt die Bundesregierung die zahlreichen bisher durchgeführten Untersuchungen des Bundeskartellamts in diesem Bereich. Diesbezüglich ist die Frage der wettbewerbsbehördlichen Zuständigkeit jedoch zu beachten. Die Ausschreibungen der DFL zur Zentralvermarktung der Fußball-Bundesliga werden durch das Bundeskartellamt intensiv begleitet und untersucht. Bei der UEFA Champions League handelt es sich grundsätzlich um einen europäischen Wettbewerb, was eine Zuständigkeit der Europäischen Kommission begründet. Dort wo die Übertragung der UEFA Champions League in Deutschland betroffen ist (z. B. Frage der Sublizenzierung der Übertragung der UEFA Champions League in Deutschland in der aktuellen Lizenzierungsperiode), ist das Bundeskartellamt tätig geworden.

### Einwand der Schadensweitergabe bei Kartellschadensersatzklagen

79. In Rn. 868 ff. diskutiert die Monopolkommission die neuen Entwicklungen zum Einwand der Schadensweitergabe bei Kartellschadensersatzklagen. Dabei zeigt sie sich ausgesprochen kritisch mit der Rechtsprechung der Instanzgerichte zum Ausschluss des Passing-on-Einwands, den sie im Einzelnen detailreich dargestellt hat. Die Instanzgerichte würden das ORWI-Urteil des BGH in Bezug auf Anschlussmärkte zu eng auslegen. Nach Einschätzung der Monopolkommission sei das Vorliegen eines wettbewerblich geprägten Anschlussmarktes ein verstärkender Faktor und nicht eine notwendige Bedingung bei der Prüfung eines Passing-On-Einwands. Auch der Standpunkt einzelner Instanzgerichte, es gebe ein Erfordernis einer „unmittelbaren Relation“ zwischen Einkaufspreisen der klagenden Abnehmer und ihrer eigenen Preisbildung, lasse sich nicht aus dem ORWI-Urteil des BGH ableiten. Dagegen seien die Aspekte des Schutzzwecks des Schadensersatzanspruchs sowie die Gefahr einer unbilligen Schädigerentlastung bei der Frage, ob eine Vorteilsausgleichung zuzulassen sei, in die Überlegungen einzubeziehen.

80. Daran anschließend erinnert die Monopolkommission an ihren Vorschlag aus dem XXI. Hauptgutachten, die private Kartellrechtsdurchsetzung für Verbraucher durch eine allgemeine Gruppenklage mit „Opt in“-Prinzip zu stärken (Rn. 894 ff.). Grund dafür sei, dass die Zuerkennung des Passing-on-Einwandes die private Kartellrechtsdurchsetzung erheblich zu schwächen imstande sei. In diesem Zusammenhang begrüßt sie die Einführung der Musterfeststellungsklage, ist aber skeptisch, ob diese einen Beitrag zur privaten Kartellrechtsdurchsetzung erbringen könne. Durch ein „Opt in“-System einer Gruppenklage könne dem derzeitigen „under-enforcement“ auf der Verbraucherebene bei der privaten Kartellrechtsdurchsetzung begegnet werden.

81. Aus Sicht der Bundesregierung ist es fraglich, ob sich der Vorschlag einer kartellrechtlichen Gruppenklage in der Praxis als hilfreich erweisen würde. Zudem weist die Bundesregierung darauf hin, dass die EU-Institutionen mittlerweile zu dem im November 2019 vorgestellte Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG einen Kompromiss erzielt haben und dieser auch Auswirkungen auf die Durchsetzung von Kollektivinteressen im Kartellrecht haben könnte.

### Ministererlaubnisverfahren nach der 9. GWB-Novelle

**82.** Ein weiterer Schwerpunkt der Monopolkommission ist das Verfahren der Ministererlaubnis nach der 9. GWB-Novelle (Rn. 900 ff.). Zunächst stellt sie die neu eingeführten Instrumente dar, die zum einen der Verfahrensbeschleunigung, zum anderen der Stärkung der Monopolkommission im Ministererlaubnisverfahren dienen. Während es die Monopolkommission als positiv erachtet, dass das Ministererlaubnisverfahren nicht abgeschafft oder grundlegend reformiert wurde, sieht sie zwei Neuerungen mit einem kritischeren Blick.

**83.** Mit der 9. GWB-Novelle wurde eine Sollfrist für die Stellungnahme der Monopolkommission von zwei Monaten nach Aufforderung durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie in § 42 Absatz 5 Satz 3 GWB eingeführt. Dazu teilt die Monopolkommission in ihrem XXII. Hauptgutachten mit, dass diese Sollfrist nach den Erfahrungen der vergangenen Ministererlaubnisverfahren äußerst kurz sei, da man in der Regel zwei bis drei Monate gebraucht habe, um ein möglichst umfassendes Gutachten zu verfassen. Aus diesem Grund schlägt sie vor, die Frist im Rahmen der nächsten GWB-Novelle wieder zu streichen oder zumindest auf zehn Wochen zu erweitern. Dies würde sich auch nicht negativ auf das Ziel der Verfahrensbeschleunigung auswirken, da der Bundeswirtschaftsminister nach der Rechtslage bis zu acht Monate Zeit für seine Entscheidung zur Verfügung habe.

**84.** Ebenfalls kritisch sieht die Monopolkommission die neu eingeführten Regelungen zum Drittrechtsschutz gegen Ministererlaubnisentscheidungen in § 63 Absatz 2 Satz 2 GWB, wonach nur diejenigen beschwerdeberechtigt sind, die eine Verletzung in eigenen Rechten durch die Ministerentscheidung darlegen können. Sie widerspreche wettbewerbpolitischen Erwägungen und scheine verschiedene vor der 9. GWB-Novelle bestehende Umstände lösen zu wollen, ohne dies explizit zu benennen. Deshalb schlägt sie vor, die Vorschrift im Zuge der nächsten GWB-Novelle wieder herauszunehmen oder zumindest die negativen Folgen der eventuell auftretenden Einschränkung des Drittrechtsschutzes abzumildern, indem z. B. Verbraucherzentralen und andere Verbraucherverbände durch eine Herausnahme aus § 54 Absatz 2 Nummer 3 GWB wieder gerichtlich gegen eine Ministererlaubnis vorgehen können, wenn die Interessen der Verbände oder einer Vielzahl von Verbrauchern dadurch erheblich berührt würden.

**85.** Die Bundesregierung schließt sich der Bewertung der Monopolkommission nicht an. Vor diesem Hintergrund wird die Bundesregierung die Vorschläge im Rahmen der 10. GWB-Novelle nicht aufgreifen. Die genannten Regelungen im Rahmen der 9. GWB-Novelle dienen in der Gesamtheit dem Zweck, das Verfahren der Ministererlaubnis rechtssicher zu beschleunigen. Im Übrigen verweist die Bundesregierung auf die Leitlinien des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie für das Verwaltungsverfahren zur Entscheidung über die Erteilung einer Ministererlaubnis nach § 42 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27. Oktober 2017.

### Datengeschützte Analysen im Berichtszeitraum

**86.** Die Monopolkommission analysiert die Verwendung datengestützter Analysen bei der kartellbehördlichen Arbeit (Rn. 921 ff.). In Hinblick auf die räumliche Marktabgrenzung erkennt sie an, dass das Bundeskartellamt diese nicht nur primär nach Radien oder Isochronen um den Unternehmensstandort, Transportkosten oder entlang politischer Grenzen vornahm, sondern in einigen Fällen auch sogenannte Liefer- oder Kundenstromanalysen anhand räumlich hochauflösender Daten einsetzte. Die Monopolkommission gibt zu bedenken, dass dies einen erheblichen zusätzlichen Aufwand bei der Aufbereitung mit sich bringe und Folgeprobleme verursache, die zu berücksichtigen seien.

**87.** Die Monopolkommission begrüßt des Weiteren die Nutzung von Standardmethoden der Datenanalyse durch das Bundeskartellamt, wie z. B. Listenabgleichs- oder Überschneidungsanalysen. Im Rahmen der Fusionskontrolle erkennt sie den Einsatz von Bieter- bzw. Ausschreibungsanalysen durch das Bundeskartellamt an. Voraussetzung hierfür sei aber, dass es eine entsprechend hohe Zahl an Ausschreibungen im sachlichen und räumlichen Markt gebe, die in ausreichender zeitlicher Nähe durchgeführt wurden. Insgesamt bewertet die Monopolkommission den Trend, dass das Bundeskartellamt seine Methoden immer weiter verfeinert positiv.

### Wettbewerbsschutz und Verbraucherschutz

**88.** Zum Ende des Kapitels zur kartellrechtlichen Entscheidungspraxis beschäftigt sich die Monopolkommission mit den neu hinzugekommenen Befugnissen des Bundeskartellamts im Bereich des Verbraucherschutzes und stellt die einschlägigen Neuerungen dar (Rn. 932 ff.). Eingehend diskutiert die Monopolkommission das Für und Wider der Erweiterung des Bundeskartellamts zu einer Verbraucherschutzbehörde. Sie schlägt vor, dass es im Falle eines Aufgabenzuwachses für das Bundeskartellamt in Bezug auf den Verbraucherschutz intern

eine klare organisatorische Trennung zwischen der Anwendung von Verbraucherschutz- und Wettbewerbsrecht geben müsse. Die Bundesregierung stimmt der Monopolkommission zu, dass sowohl das Wettbewerbs- als auch das Verbraucherschutzrecht zum Wohle der Verbraucherinnen und Verbraucher wirken kann.

#### **IV. Wettbewerb audiovisueller Medien im Zeitalter der Konvergenz**

**89.** Die Monopolkommission untersucht in einem eigenständigen Kapitel die aktuelle Wettbewerbssituation für Anbieter audiovisueller Medien und spricht Empfehlungen zum Regulierungsrahmen aus (Rn. 964 bis 1199). Die Bundesregierung weist darauf hin, dass für den Rundfunkbereich die Gesetzgebungskompetenz den Ländern obliegt, gleichwohl aber eine Verzahnung mit Gesetzgebungskompetenzen des Bundes wie dem Wettbewerbsrecht, dem Jugendschutz, dem Urheberrecht, dem Datenschutz oder dem Telekommunikations- und Telemedienrecht besteht.

**90.** Die Bundesregierung teilt im Wesentlichen die von der Monopolkommission vorgenommene Analyse des Marktes für audiovisuelle Medien und stimmt ihr zu, dass dem Rundfunk eine besondere Rolle für die Meinungs- und Willensbildung zukommt und die Medienunternehmen nicht nur in einem wirtschaftlichen Wettbewerb zueinander stehen, sondern auch wichtige kultur- und gesellschaftspolitische Aufgaben erfüllen. Zugleich stimmt sie mit der Monopolkommission darin überein, dass angesichts von Medienkonvergenz und zahlreicher Markteintritte neuer Anbieter audiovisueller Medien auf eine Ausgestaltung eines Level-Playing-Fields zu achten ist. Im Koalitionsvertrag der Regierungsfractionen wird darauf verwiesen, dass, um gute Rahmenbedingungen für eine vielfältige Medienlandschaft sicherzustellen, die künftigen nationalen und europäischen Gesetzgebungsvorhaben noch stärker hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf privatwirtschaftliche Medienangebote, wie z. B. durch Werbeverbote, geprüft werden sollen.

**91.** Mit Blick auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk empfiehlt die Monopolkommission eine stärkere Berücksichtigung von Wettbewerbsaspekten im Online-Angebot der Sender, u. a. durch eine Konkretisierung des publizistischen Auftrags (Rn. 1080 ff.) und eine Überarbeitung des Drei-Stufen-Tests (Rn. 1113 ff.). Die Bundesregierung weist darauf hin, dass die Landesgesetzgeber bei der ihnen obliegenden Ausgestaltung der Rundfunkordnung verfassungs- und unionsrechtliche Vorgaben zu beachten haben. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk hat nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts einen verfassungsrechtlichen Grundversorgungsauftrag; sein Bestand und auch seine Entwicklung sind verfassungsrechtlich garantiert. Der die Rundfunkfreiheit ausgestaltende Gesetzgeber hat dazu den einfachgesetzlichen Auftrag dynamisch weiterzuentwickeln. Zudem haben sich Deutschland und die Europäische Kommission im sogenannten „Beihilfekompromiss“ (2007) darauf geeinigt, den Auftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter zu konkretisieren und ein Verfahren zur Überprüfung der Gesetzmäßigkeit der Online-Aktivitäten der Sender einzuführen (Drei-Stufen-Test). Die Bundesregierung geht davon aus, dass die Länder diese Vorgaben in ihren rundfunkpolitischen Entscheidungen in sachgerechter Weise berücksichtigen. Sie ist zugleich der Auffassung, dass die beihilferechtlichen Vorgaben zeitgemäße Anpassungen der Regulierung an das sich ändernde Marktumfeld grundsätzlich zulassen.

**92.** In Bezug auf das Online-Angebot der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten empfiehlt die Monopolkommission zudem, dieses allein auf gesellschaftlich-kulturell relevante Inhalte („Public-Value“-Inhalte) zu beschränken, die die Medienkonsumenten von sich aus nicht oder nicht in ausreichendem Maße nachfragen und für die sich infolgedessen kein privates Angebot entwickelt (Rn. 1033 ff., 1088 ff.). Die Bundesregierung verweist insoweit auf verfassungsrechtliche Vorgaben. Zwar geht mit dem Privileg der Beitragsfinanzierung ein besonderer publizistischer Anspruch an das öffentlich-rechtliche Medienangebot einher. Das Bundesverfassungsgericht hat zuletzt auch in seinem Rundfunkurteil vom 18. Juli 2018 ausgeführt, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk durch die öffentliche Finanzierung befähigt wird, unabhängig von Einschaltquoten und Werbeaufträgen ein Programm anzubieten, das den verfassungsrechtlichen Anforderungen gegenständlicher und meinungsmäßiger Vielfalt entspricht. Eine Beschränkung des Rundfunkauftrags allein auf kulturell-gesellschaftliche Inhalte lässt sich daraus jedoch nicht ableiten. Vielmehr steht nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts fest, dass Grundversorgung keine Mindestversorgung bedeutet, auf die der öffentlich-rechtliche Rundfunk begrenzt werden könnte. Er soll ein Programm gestalten, das alle Menschen anspricht und daher auch Unterhaltungsangebote beinhaltet. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem jüngsten Urteil erneut klargestellt, dass das Leistungsangebot des öffentlich-rechtlichen Rundfunks auch durch die Entwicklung der Kommunikationstechnologie und die Informationsverbreitung über das Internet weiterhin nicht infrage gestellt ist.

**93.** Gleichwohl sieht die Bundesregierung durchaus Reformbedarf, nicht zuletzt um die Akzeptanz des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und seiner Finanzierung mittels des Beitragssystems in der Bevölkerung zu sichern. Die Bundesregierung hätte hierzu Vorschläge für auch aus Wettbewerbssicht vertretbare Rahmenbedingungen für zukünftige Aufgaben des öffentlich-rechtlichen Rundfunks unter geänderten Voraussetzungen begrüßt.

**94.** Die Bundesregierung teilt die Einschätzung der Monopolkommission, dass sich die auf Landesebene beschlossene Flexibilisierung von Verweildauern von Inhalten in den Mediatheken und die Gestattung europäischer Lizenzware zum Abruf nachteilig auf Produzenten auswirken könnten. Die Bundesregierung unterstützt daher die Protokollerklärung der Länder zum 22. Rundfunkänderungsstaatsvertrag, mit der ARD und ZDF zur Ausgestaltung fairer Vertragsbedingungen mit der Film- und Medienproduktionswirtschaft gebeten werden, soweit dies mit den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit vereinbar ist.

**95.** Bezogen auf die allgemeine Rundfunkregulierung empfiehlt die Monopolkommission eine Überarbeitung des Rundfunkbegriffs und eine Anpassung des Zulassungsregimes für Rundfunkanbieter (Rn. 1130 ff., Rn. 1135 ff.). Die Bundesregierung weist darauf hin, dass die Länder mit dem 24. Rundfunkänderungsstaatsvertrag (Staatsvertrag zur Modernisierung der Medienordnung in Deutschland – Medienstaatsvertrag) den Rundfunkbegriff und das Zulassungsregime für Rundfunkanbieter entlang der Empfehlungen der Monopolkommission ändern werden. So benötigen Angebote mit weniger als 20.000 gleichzeitigen Nutzerinnen und Nutzern künftig keine Rundfunklizenz mehr; zuvor lag die Grenze bei 500 Nutzenden. Damit wird der Umfang des sogenannten „Bagatellrundfunks“, der keine Lizenz benötigt, erweitert. Die Bundesregierung begrüßt diesen Schritt der Länder.

**96.** Durch die Revision der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste (AVMD-Richtlinie) durch die Richtlinie (EU) 2018/1808 vom 14. November 2018 wird mit der Angleichung der Wettbewerbsbedingungen zwischen klassischem Fernsehen und Video-on-Demand (VoD) - Anbietern eine zentrale Forderung der Monopolkommission umgesetzt. Fernsehveranstalter und Video-on-Demand-Anbieter müssen künftig weitestgehend die gleichen jugend- und verbraucherrechtlichen Vorgaben sowie Anforderungen an die kommerzielle Kommunikation beachten. Zudem können Minderjährige vor jugendgefährdenden Inhalten künftig besser geschützt und Hassrede auch in audiovisuellen Inhalten der Videosharingplattformen besser verfolgt werden. Die Richtlinie ist bis zum 19. September 2020 in nationales Recht umzusetzen.

**97.** In Bezug auf die Empfehlung der Monopolkommission einer vollständigen Abschaffung quantitativer Werbebeschränkungen für Fernsehveranstalter (Rn. 1145) verweist die Bundesregierung auf die vereinbarte Deregulierung der Werbezeiten, die einen fairen Interessenausgleich darstellt, der sowohl dem Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher als auch einer fairen Verteilung von Werbebudgets zwischen den einzelnen Mediengattungen TV und Presse dient.

**98.** Der Kritik an der Einführung einer Mindestquote für europäische Werke in Höhe von 30 Prozent für Video-on-Demand-Dienste (Rn. 1144 ff.) hält die Bundesregierung entgegen, dass die Ausweitung einer Programmquote für EU-Produktionen auf VoD-Anbieter sowie die Möglichkeit für Mitgliedstaaten, diese Anbieter in die Finanzierung der nationalen Filmförderung einzubeziehen, wesentliche kulturpolitische Anliegen sind. Die Quotenregelung wird flankiert durch eine Verpflichtung der Dienste, europäische Werke prominent herauszustellen, was einer besseren Auffindbarkeit dient und somit die Effektivität der Quote sicherstellt.

**99.** Die Monopolkommission bekräftigt ihre kritische Einstellung zur medienrechtlichen Konzentrationskontrolle. Insbesondere die teilweise durchgeführten Doppelkontrollen (kartellbehördliche Fusionskontrolle und Medienkonzentrationskontrolle) auf Basis derselben Kriterien (Rn. 1155) und die bisherige Fernsehzentriertheit (Rn. 1156) werden kritisch bewertet. Die Monopolkommission regt die Prüfung eines medienübergreifenden Konzentrationsrechts an. Die Bundesregierung teilt die Analyse, dass der veränderte Medienmarkt die Bestimmung von Meinungsmacht vor große Herausforderungen stellt. In Hinblick auf Missbrauchsaufsicht und Fusionskontrolle passt die Bundesregierung das Wettbewerbsrecht stetig an die zunehmende Digitalisierung an. Seit der 9. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkung können Kartellbehörden stärker Faktoren berücksichtigen, die im digitalen, internetbasierten Umfeld eine spezielle Bedeutung haben. Mit dem Entwurf für ein GWB-Digitalisierungsgesetz (10. GWB-Novelle) soll das Wettbewerbsrecht abermals an die Entwicklungen und Besonderheiten digitaler Märkte und Geschäftsmodelle angepasst werden. Ferner verweist die Bundesregierung darauf, dass die Zuständigkeit für das Medienkonzentrationsrecht bei den Ländern liegt. Die Beratungen der zuständigen Länder über eine Novelle des Medienkonzentrationsrechts dauern an.

**100.** Die Monopolkommission hält eine Überarbeitung der rundfunkrechtlichen Plattformregulierung gemäß den §§ 52 ff. RStV für erforderlich, jedoch nicht in Richtung einer Ausweitung, sondern im Sinne einer Rückführung der Regulierung. Insbesondere wird eine Abschaffung der „Must-Carry“-Regelungen für infrastrukturgebundene Plattformen (z. B. Kabelnetzbetreiber) empfohlen, da Frequenzknappheit nicht mehr vorhanden und die Übertragungsmöglichkeiten vielfältigen seien (Rn. 1161 ff.). Die Bundesregierung weist daraufhin, dass die Auffindbarkeit des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Grundversorgungsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks begründet ist. Bei den Kabelbelegungsregelungen für den digitalen Bereich berücksichtigt der Rundfunkstaatsvertrag die vergrößerten Kapazitäten und lässt so den Kabelbetreibern Spielraum zur Verwirklichung unterschiedlicher Geschäftsmodelle. Die Bundesregierung weist darauf hin, dass die Landesmediengesetze nicht bestimmen, dass alle dritten Programme der ARD übertragen werden müssen. Zum Must-Carry-Bereich gehört in der Regel das jeweilige lokale Programm und häufig ein oder zwei weitere dritte Programme der ARD-Anstalten sowie die Vollprogramme der großen privaten Sendergruppen.

**101.** Eine spezielle Regulierung von Benutzeroberflächen zur Sicherung der Meinungsvielfalt lehnt die Monopolkommission ab (Rn. 1157 ff.). Wenn überhaupt, sollten sich entsprechende Regelungen auf die Festschreibung von Diskriminierungsfreiheit und Chancengleichheit beschränken. Auf Regelungen zur privilegierten Auffindbarkeit von „Public-Value-Inhalten“ solle verzichtet werden. Die Bundesregierung weist darauf hin, dass technische Einstellungen (z. B. zur Strukturierung der Benutzeroberflächen von Smart-TVs) erheblichen Einfluss auf die Auffindbarkeit von Programmangeboten haben können. Der von den Ländern beschlossene Medienstaatsvertrag sieht ein Diskriminierungsverbot für Benutzeroberflächen vor. Der Nutzer soll Sortierung und Anordnung der Inhalte individuell anpassen können. Zudem sind Pflichten für Benutzeroberflächen zur herausgehobenen Auffindbarkeit bestimmter Angebote (insbesondere mit Must-Carry-Status) enthalten. Abgesehen von der Regelung zur privilegierten Auffindbarkeit entsprechen die Vorschläge den Vereinbarungen von Bund und Ländern in der gemeinsamen Kommission zur Medienkonvergenz. Zudem ist ein Signalintegritätsschutz vorgesehen, der über das Verbot von Werbeüberblendungen hinausgeht und etwa auch Inhaltsempfehlungen erfasst. Im Einzelfall durch die Nutzerinnen und Nutzer veranlasste Überblendungen sollen jedoch zulässig sein.

**102.** Die Monopolkommission spricht sich gegen eine Regulierung von Suchmaschinen und sozialen Netzwerken (Intermediäre) aus. Noch am ehesten möglich erscheinen ihr einfache Transparenzvorgaben. Ein spezielles Diskriminierungsverbot wird hingegen abgelehnt, da von Intermediären gegenwärtig keine Gefahr für die Meinungsbildung ausgehe. Die Bundesregierung stimmt mit der Monopolkommission insoweit überein, als das „Informationsrepertoire“ der Deutschen nach wie vor insgesamt vielfältig ist. Allerdings steigt die Bedeutung von Intermediären beim Informationszugang immer weiter an. Insbesondere bei jungen Menschen ist sie schon heute hoch.

**103.** Vor diesem Hintergrund haben sich Bund und Länder 2016 in ihrer gemeinsamen Kommission zur Medienkonvergenz auf Transparenzvorgaben geeinigt. Demnach sollen Anbieter intermediärer Dienste die zentralen Kriterien algorithmensbasierter Such- und Empfehlungsfunktionen kenntlich machen, damit Nutzerinnen und Nutzer die ihnen präsentierten Inhalte besser einordnen können. Diese Positionen wurden 2016 aus Anlass der EU-Konsultation zu Online-Plattformen in die deutsche Stellungnahme gegenüber der Europäischen Kommission in Brüssel eingebracht. Die Bundesregierung vertritt weiterhin die Auffassung, dass es einer Regelung auf europäischer Ebene bedarf. Sie hat daher die im Juni 2019 verabschiedete Verordnung (EU) 2019/1150 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten (P2B-VO), die auch Vorgaben für die Transparenz des Rankings durch Suchmaschinen und die unterschiedliche Behandlung von Diensten durch Online-Intermediäre enthält, nachdrücklich unterstützt. Sie hat sich zudem in ihrer Stellungnahme zum KI-Weißbuch der Europäischen Kommission (Zur Künstlichen Intelligenz – ein europäisches Konzept für Exzellenz und Vertrauen vom 19. Februar 2020) dafür ausgesprochen, dass unionsweit harmonisierte zentrale Grundsätze und Prinzipien für eine verantwortungsvolle KI formuliert werden, etwa im Hinblick auf Transparenz und Nachvollziehbarkeit.

**104.** Der im April 2020 von den Ministerpräsidenten der Länder unterzeichnete Medienstaatsvertrag, der noch in diesem Jahr durch die Landtage beschlossen und dann ratifiziert werden soll, erfasst auch Medienintermediäre, wenn sie mehr als eine Million Nutzer pro Monat in Deutschland haben. Ein Medienintermediär ist danach ein Anbieter, der über das Internet „auch journalistisch-redaktionelle Angebote Dritter aggregiert, selektiert und allgemein zugänglich präsentiert, ohne diese zu einem Gesamtangebot zusammenzufassen“. Umfasst sind damit solche Intermediäre, die zumindest potentiell Meinungsbildungsrelevanz haben, z. B. Suchmaschinen, Soziale

Medien, User-Generated-Content-Portale, Blogging-Portale und Nachrichten-Aggregatoren. Für sie gelten wegen der besonderen Bedeutung, die sie für die öffentliche Meinungsbildung haben können, Transparenz- und Antidiskriminierungsvorgaben.

**105.** Zur Frage der Vereinbarkeit des im 23. Rundfunkänderungsstaatsvertrag für Medienplattformen, Medienintermediäre und Benutzeroberflächen vorgesehenen Marktortprinzips mit dem sekundären Unionsrecht verankerten Herkunftslandprinzip weist die Bundesregierung auf das Notifizierungsverfahren für Vorschriften für Dienste der Informationsgesellschaft nach Richtlinie (EU) 2015/1535 bei der EU-Kommission hin. Ende April 2020 hat die EU-Kommission entschieden, dass sie keine grundsätzlichen Bedenken gegen den Medienstaatsvertrag habe.

**106.** Unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten sieht die Bundesregierung einen Regelungsbedarf in Bezug auf die zunehmende Bedeutung marktstarker Intermediäre als Vermittler auf mehrseitigen Märkten für den Wettbewerbsprozess. Im Entwurf für ein GWB-Digitalisierungsgesetz (10. GWB-Novelle) sind daher Regelungen vorgesehen, die dieser Bedeutung gerecht werden.

**107.** Die Schlussfolgerungen und Empfehlungen der Monopolkommission zu den EU-Dossiers zur Vervollständigung eines digitalen Binnenmarktes werden im Grundsatz von der Bundesregierung geteilt. Sowohl beim Ziel, den grenzüberschreitenden Zugang zu Fernseh- und Hörfunkprogrammen über digitale Verbreitungswege durch vereinfachten Rechteerwerb zu ermöglichen (Rn. 1180-1193) als auch bezüglich der Anpassungen im Datenschutzrecht (Rn. 1194-1198) decken sich die Positionen der Monopolkommission im Wesentlichen mit denen, welche die Bundesregierung in den Verhandlungen auf EU-Ebene über die Satelliten- und Kabelverordnung (SatCab-VO, inzwischen mit weiteren Änderungen verabschiedet als Richtlinie (EU) 2018/789 vom 17. April 2019) vertreten hat und in den Verhandlungen über die E-Privacy-Verordnung vertritt.

