

Unterrichtung

durch die Bundesregierung

Vierundzwanzigstes Hauptgutachten der Monopolkommission

Wettbewerb 2022

– Drucksache 20/3065 –

Stellungnahme der Bundesregierung

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Vorwort	2
I. Stand und Entwicklung der Unternehmenskonzentration in Deutschland	3
A. Stand und Entwicklung der aggregierten Unternehmenskonzentration in Deutschland.....	3
B. Sektorübergreifende Marktmachtentwicklung	4
II. Würdigung der kartellrechtlichen Entscheidungspraxis	6
A. Allgemeine Entwicklungen im Berichtszeitraum.....	6
B. Spezifische Probleme der Kartellrechtsanwendung	7
III. Ausblick auf die 11. GWB-Novelle	10
IV. Nachhaltigkeit und Wettbewerb	12
V. Weiterer Regelungsbedarf mit Blick auf die Problematik unangreifbarer digitaler Ökosysteme?	14
VI. „Markenmissbrauch“ bei der Internetsuche	15

Vorwort

Gemäß § 44 Absatz 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) erstellt die Monopolkommission alle zwei Jahre ein Gutachten, in dem sie den Stand und die absehbare Entwicklung der Unternehmenskonzentration in der Bundesrepublik Deutschland beurteilt, die Anwendung der wettbewerbsrechtlichen Vorschriften anhand abgeschlossener Verfahren würdigt sowie zu sonstigen aktuellen wettbewerbspolitischen Fragen Stellung nimmt. Der Auftrag der Monopolkommission wurde mit der 10. GWB-Novelle (GWB-Digitalisierungsgesetz, in Kraft seit 19. Januar 2021) überarbeitet. Die Monopolkommission legte das XXIV. Hauptgutachten am 5. Juli 2022 vor. Die Bundesregierung dankt der Monopolkommission für die Vorlage des XXIV. Hauptgutachtens mit dem Titel „Wettbewerb 2022“. Sie hat das XXIV. Hauptgutachten dem Deutschen Bundestag (Drucksache 20/3065) und dem Bundesrat (Drucksache 382/22) unverzüglich zugeleitet und legt nunmehr ihre Stellungnahme vor. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz hat die Stellungnahmen der betroffenen Wirtschaftsverbände und Gewerkschaften zum XXIV. Hauptgutachten eingeholt. Die Struktur der Stellungnahme der Bundesregierung orientiert sich an der Struktur des XXIV. Hauptgutachtens.

I. Stand und Entwicklung der Unternehmenskonzentration in Deutschland

A. Stand und Entwicklung der aggregierten Unternehmenskonzentration in Deutschland

1. Die Monopolkommission beginnt ihre Stellungnahme mit einer ausführlichen Untersuchung des Stands und der absehbaren Entwicklung der Unternehmenskonzentration in Deutschland. Im Rahmen dieser Berichterstattung befasst sich die Monopolkommission – wie bereits im XXIII. Hauptgutachten – mit der sektorübergreifenden Marktmachtentwicklung. Hierbei verfeinert sie ihre Analyse, bezieht den aktuellen Stand der wissenschaftlichen Forschung ein und leistet eigene Beiträge zum Stand der Wissenschaft auf diesem Gebiet. Die Analyse der Unternehmenskonzentration ist ein wichtiges wirtschaftspolitisches Thema, da die größten Unternehmen einer Volkswirtschaft eine besondere Bedeutung für die wirtschaftliche Entwicklung haben. Aufbauend auf der Analyse der Unternehmenskonzentration untersucht die Monopolkommission die Auswirkungen auf Innovationskraft und Produktivität der Volkswirtschaft. Die Bundesregierung dankt der Monopolkommission vor diesem Hintergrund für ihre umfangreichen und fundierten Analysen und hat die Ergebnisse mit großem Interesse zur Kenntnis genommen und wird sie bei ihrer weiteren Arbeit berücksichtigen.
2. Die Berichterstattung aus den vorangegangenen Hauptgutachten fortführend, analysiert die Monopolkommission die Unternehmenskonzentration in Deutschland aus einer gesamtgesellschaftlichen Perspektive. Einleitend erläutert sie, aus welchen Gründen eine aggregierte Betrachtung auf Basis der inländischen Wertschöpfung weiterhin relevant sei. Die Bundesregierung stimmt dieser Argumentation weiterhin zu und sieht darin einen wichtigen Teil der Beobachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung und der Analyse wirtschaftlicher Macht.
3. Auf Basis des Anteils der inländischen Wertschöpfung eines Unternehmens an der gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfung ermittelt die Monopolkommission die 100 größten Unternehmen in Deutschland („100 Größten“). Dabei bezieht sich die Analyse auf das Berichtsjahr 2020. Bei der Interpretation der Ergebnisse ist zu berücksichtigen, dass die Covid-19-Pandemie in diesem Jahr begonnen hat und damit verbunden viele Maßnahmen in Deutschland und Europa ergriffen wurden, die starke Auswirkungen auf das Wirtschaftsgeschehen hatten. Bei den ersten drei Platzierungen der „100 Größten“ gab es im Vergleich zum XXIII. Hauptgutachten nur eine Veränderung. So befindet sich die Siemens AG nun auf Platz drei (Platzierung im vorherigen Hauptgutachten: sechs). Die ersten beiden Ränge belegen weiterhin Unternehmen aus der Automobilbranche (1. Volkswagen AG, 2. Daimler AG). Auf Rang vier ist mit der Deutschen Telekom AG ein Unternehmen, das im Vergleich zum vorherigen Hauptgutachten einen höheren Rang hat (Platz sieben). Den höchsten Neueinstieg auf die Liste der „100 Größten“ verzeichnet die Vodafone-Gruppe Deutschland auf Platz 40. Als exemplarische Auswirkungen der Covid-19-Pandemie kann das (potenziell temporäre) Ausscheiden der Lufthansa AG und des Frankfurter Flughafens aus der Gruppe der „100 Größten“ festgestellt werden. Die inländische Wertschöpfung der Lufthansa sank um 91 Prozent im Vergleich zum Berichtsjahr 2018, in dem sie noch das elftgrößte Unternehmen in Deutschland war. Bei den neu in die Gruppe der „100 Größten“ aufgenommenen Unternehmen fallen Amazon und Zalando auf, die von den Einschränkungen des stationären Handels im Jahr 2020 aufgrund der Covid-19-Pandemie profitiert haben.¹ Mit Blick auf die Liste der „100 Größten“ ist weiterhin festzustellen, dass der Großteil der Veränderungen in der unteren Hälfte der Rangliste stattgefunden hat. Das passt aus Sicht der Monopolkommission zu der Beobachtung früherer Jahre, dass insbesondere sehr große Unternehmen ihre wirtschaftliche Position im Zeitverlauf festigen konnten.
4. Der Anteil der „100 Größten“ an der gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfung liegt im Berichtsjahr 2020 bei 14,0 Prozent. Hier zeigen sich die wirtschaftlichen Auswirkungen der Covid-19-Pandemie, denn die reale Wertschöpfung aller Unternehmen in Deutschland ist im Vergleich zum Berichtsjahr 2018 um 6,2 Prozent auf 2.005,7 Milliarden Euro gefallen. Die Wertschöpfung der „100 Größten“ ging im gleichen Zeitraum um 10,8 Prozent auf 280,8 Milliarden Euro zurück. Insgesamt lässt sich feststellen, dass der Anteil der „100 Größten“ an der inländischen Wertschöpfung in den letzten zehn Jahren um etwa 12 Prozent gesunken ist und im Mittel bei etwa 15 Prozent liegt.
5. Für ihre Untersuchungen zur Unternehmenskonzentration ist die Monopolkommission teilweise auf die Mitwirkung der potenziell zu diesem Kreis gehörenden Unternehmen angewiesen, um die benötigten Daten zu erhal-

¹ Mit Blick auf Amazon muss beachtet werden, dass die im XXIV. Hauptgutachten berichteten Zahlen zur inländischen Wertschöpfung möglicherweise überschätzt sind. Hintergrund ist, dass Amazon der Monopolkommission (wie auch in früheren Berichtsjahren) keine Zahlen zum inländischen Konzern zur Verfügung stellt und die Zahlen daher geschätzt werden müssen. Daher hat die Monopolkommission die größten Tochtergesellschaften von Amazon mit Sitz in Deutschland zusammengefasst, was methodisch betrachtet dem üblichen Vorgehen der Monopolkommission entspricht. Die Anzahl der zusammengefassten Unternehmen ist mit 28 Unternehmen allerdings vergleichsweise hoch, sodass die Gefahr von Doppelerfassungen, beispielsweise aufgrund von Umsätzen zwischen einzelnen Tochterunternehmen, steigt.

ten. Die Monopolkommission sieht im Zweiten Gesetz zur Erhöhung der Sicherheit informationstechnischer Systeme vom 18. Mai 2021 (IT-Sicherheitsgesetz 2.0), welches den anhand des Kriteriums der inländischen Wertschöpfung in einer Rechtsverordnung des Bundesministeriums des Innern und für Heimat bestimmten größten Unternehmen Deutschlands besondere Regelungen zur IT-Sicherheit auferlegt, eine Möglichkeit, ihre Datengewinnung zu verbessern. Sie regt daher an, Unternehmen, die die Voraussetzungen der Rechtsverordnung gemäß § 10 Absatz 5 Gesetz über das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSIG) für Unternehmen im besonderen öffentlichen Interesse erfüllen, zu verpflichten, der Monopolkommission die zur Berechnung der inländischen Wertschöpfung benötigten Daten auf Anfrage zur Verfügung zu stellen.

6. Die Bundesregierung geht jedoch derzeit davon aus, dass die mit dem IT-Sicherheitsgesetz 2.0 in § 10 Absatz 5 BSIG geschaffene Verordnungsermächtigung zur Bestimmung der Unternehmen im besonderen öffentlichen Interesse nach § 2 Absatz 14 Nr. 2 BSIG aufgrund der verpflichtenden nationalen Umsetzung der Richtlinie (EU) 2022/2555 über Maßnahmen für ein hohes gemeinsames Cybersicherheitsniveau in der Union (NIS-2-Richtlinie) nicht mehr erforderlich ist, und daher im Zuge der nationalen Umsetzung der NIS-2-Richtlinie gestrichen werden kann. Denn die NIS-2-Richtlinie sieht mit der Einführung von unionsweiten Größenschwellen in Bezug auf die Mitarbeiterzahl und den Umsatz bzw. die Bilanzsumme (sog. „Size-Cap“) eine unmittelbare Bestimmung von wichtigen Einrichtungen ab einer bestimmten Unternehmensgröße vor, für welche anschließend umfangreiche IT-Sicherheitsvorgaben, darunter beispielsweise Risikomanagementmaßnahmen sowie Registrierungs- und Meldepflichten vorgesehen sind. Da nach diesem Ansatz für die Bestimmung der nach dem BSIG verpflichteten Unternehmen nicht mehr auf die erbrachte inländische Wertschöpfung abgestellt wird, sondern auf bereits vorliegende Unternehmensdaten wie den Umsatz, die Bilanzsumme und die Mitarbeiterzahl, besteht künftig voraussichtlich kein unmittelbarer Zusammenhang mehr zwischen den nach BSIG verpflichteten Unternehmen und den von der Monopolkommission zur Berechnung der inländischen Wertschöpfung benötigten Daten.

7. Wie auch in den vorangegangenen Hauptgutachten untersucht die Monopolkommission die Kapitalverflechtungen der „100 Größten“ sowie die Struktur der Anteilseigner. Sie stellt dabei fest, dass sowohl die Kapitalverflechtungen als auch die personellen Verflechtungen im Berichtsjahr 2020 den niedrigsten Stand seit Beginn der Berichterstattung erreichen. So liegt die Gesamtzahl an Kapitalbeteiligungen der „100 Größten“ untereinander bei 42. Das sind laut Monopolkommission elf Beteiligungsfälle weniger als im Berichtsjahr 2018, aber nur zwei Beteiligungsfälle weniger als im Berichtsjahr 2016.

8. Die Monopolkommission verfolgt – wie auch in den vorangegangenen Hauptgutachten – die Untersuchung indirekter Kapitalverflechtungen weiter. Solche indirekten Kapitalverflechtungen entstehen, wenn ein Unternehmen, das nicht zum Kreis der „100 Größten“ gehört, an mehr als einem Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ beteiligt ist (common ownership). Derartige Kapitalverflechtungen hat die Monopolkommission für das Berichtsjahr 2018 untersucht und herausgefunden, dass etwa sieben Prozent des Gesamtkapitals der „100 Größten“ von Investoren gehalten werden, die an mehr als einem Unternehmen aus diesem Kreis beteiligt waren. Die Bedeutung dieser Investoren war damit größer als die Bedeutung derjenigen Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“, die an mehr als einem Unternehmen aus diesem Kreis beteiligt waren (ihr Anteil am Gesamtkapital der „100 Größten“ lag 2018 bei zwei Prozent). Die Bundesregierung nimmt dieses Thema vor dem Hintergrund möglicher Auswirkungen auf den Wettbewerb weiterhin ernst und verfolgt den wissenschaftlichen Diskurs zur Entwicklung indirekter Verflechtungen und ihrer gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen. Daher dankt sie der Monopolkommission, dass sie dieses relevante Thema auch im XXIV. Hauptgutachten weiter untersucht hat.

B. Sektorübergreifende Marktmachtentwicklung

9. Zusätzlich zu der in Kapitel I.A dargestellten Konzentrationsberichterstattung untersucht die Monopolkommission die Entwicklung sektorübergreifender Marktmachtentwicklung, insbesondere die Entwicklung der Unternehmenskonzentration in einzelnen Wirtschaftsbereichen sowie Preisaufschläge von Unternehmen. Sie entwickelt dabei ihre Methodik im XXIV. Hauptgutachten auf Basis des aktuellen Stands der wissenschaftlichen Forschung weiter.

10. Zusammenfassend stellt die Monopolkommission dar, dass sich die gesamtwirtschaftliche Entwicklung der Unternehmenskonzentration in Deutschland und anderen europäischen Volkswirtschaften weniger kritisch darstellt als in den USA. In den USA haben sich Preisaufschläge in den letzten Jahrzehnten stark erhöht, was aus Sicht der Monopolkommission auf eine Abnahme des Wettbewerbs hindeutet. Vor dem Hintergrund, dass derartige Entwicklungen weitreichende wirtschaftspolitische Folgen haben können, dankt die Bundesregierung der Monopolkommission, dass sie hierzu detaillierte Analysen vorgelegt hat.

11. Auf Basis von Indikatoren (Herfindahl-Hirschman-Index und Konzentrationsrate) ermittelt die Monopolkommission die Unternehmenskonzentration in unterschiedlichen Wirtschaftszweigen. Sie weist allerdings darauf hin, dass die Wirtschaftszweige nicht mit abgegrenzten relevanten Märkten im Rahmen wettbewerbspolitischer Analysen gleichgesetzt werden dürfen. Daher können die Resultate lediglich als allgemeine Richtungsaussage interpretiert werden. Dennoch stellt diese Analyse, für die Daten von 2007 bis 2019 vorliegen, aus Sicht der Bundesregierung weiterhin eine nützliche Information dar, die im Rahmen der wirtschaftspolitischen Ausrichtung Beachtung findet. Die Untersuchung der Unternehmenskonzentration der Monopolkommission im XXIV. Hauptgutachten kommt zu dem Ergebnis, dass der gesamtwirtschaftliche Trend der Unternehmenskonzentration weiterhin flach bleibt, also keine Zunahme zu beobachten ist. Bei einer nach Wirtschaftsbereichen differenzierten Betrachtung zeigen sich allerdings Unterschiede. So hat die Konzentration im Dienstleistungsbereich seit 2007 abgenommen, wohingegen im gleichen Zeitraum die Konzentration im Handel zugenommen hat (allerdings von einem geringeren Ausgangsniveau). Von den untersuchten Sektoren liegt die Unternehmenskonzentration im Industriebereich über dem gesamtwirtschaftlichen Durchschnitt. Die Monopolkommission betrachtet diese Entwicklungen noch detaillierter und stellt fest, dass in den ohnehin konzentrierten regulierten Wirtschaftszweigen des Dienstleistungssektors Telekommunikation, Post und Schienengüterverkehr ein weiterer Anstieg der Konzentration zu beobachten ist. Diesen Befund nimmt die Bundesregierung – auch mit Blick auf die weitere Gestaltung der Wettbewerbspolitik – mit Interesse zur Kenntnis.

12. Auf Basis ihrer weiterentwickelten Methodik stellt die Monopolkommission in ihrem XXIV. Hauptgutachten detaillierte Erkenntnisse zu Preisaufschlägen in den unterschiedlichen Sektoren dar. Preisaufschläge einzelner Unternehmen haben tendenziell eine größere Aussagekraft, um mögliche Wettbewerbseinschränkungen aufgrund von Marktmacht zu identifizieren. Auch wenn die Entwicklung der Preisaufschläge in Deutschland weiterhin gesamtwirtschaftlich als nicht besorgniserregend eingeschätzt wird (vgl. Tz. 10), ist dennoch ein deutlicher Anstieg in einzelnen Wirtschaftsbereichen zu beobachten. Die Ergebnisse der Analyse der Monopolkommission zeigen gegenläufige Entwicklungen bei den Preisaufschlägen im Verarbeitenden Gewerbe und im Dienstleistungsbereich. So sind sie im Verarbeitenden Gewerbe zwischen 2008 und 2017 um 1,8 Prozent angestiegen und im Dienstleistungsbereich im gleichen Zeitraum um sechs Prozent gesunken. Weiterhin zeigt die Monopolkommission, dass vor allem große Unternehmen ihre Preisaufschläge im betrachteten Zeitraum erhöhen konnten. Zudem sticht besonders der Bereich Kokerei und Mineralölverarbeitung hervor, der den mit Abstand höchsten Anstieg der Preisaufschläge verzeichnet. Die Mineralölverarbeitung stand aufgrund der Preisentwicklungen in Folge des russischen Angriffskriegs in der Ukraine im Frühjahr 2022 im Fokus öffentlicher Debatten. Um genauere Informationen zu Marktstruktur, Kosten und Gewinnmargen bei Raffinerien und dem (Mineralöl-)Großhandel zu erhalten, hat das Bundeskartellamt eine Ad-hoc Sektoruntersuchung eingeleitet. Eine erste Bewertung möglicher Gründe für die Preisentwicklung der vergangenen Monate wurden im November 2022 in Form eines Zwischenberichts vorgelegt. Den Ergebnissen des Zwischenberichtes liegen bereits umfangreiche Erhebungen bei den maßgeblichen Branchenakteuren und Marktteilnehmern durch die Kartellbehörde zugrunde. Der Zwischenbericht enthält unter anderem eine umfangreiche Darstellung und eine erste Bewertung möglicher Gründe für die Preisentwicklung der vergangenen Monate (sowohl nicht kartellrechtsrelevanter als auch kartellrechtsrelevanter Gründe). Die Analyse gerade der Preisentwicklungen im Bereich Kraftstoffe ist bereits unter vergleichsweise stabilen Marktverhältnissen sehr komplex und aufwändig. Für den Untersuchungszeitraum ist zu berücksichtigen, dass der völkerrechtswidrige Angriffskrieg Russlands in der Ukraine und seine Folgen zu zahlreichen Verwerfungen im Kraftstoffmarkt geführt haben. Das Bundeskartellamt wird seine Ermittlungen nun insbesondere auf die Wettbewerbsverhältnisse beim Absatz von Kraftstoffen auf der Großhandelsebene ausdehnen. Die Auswertung wird sich weiterhin mit möglichen Gründen für die Preisentwicklung befassen. Auch die Untersuchung der konkreten Preisbildung wird fortgesetzt.

13. Die Monopolkommission geht in ihrem XXIV. Hauptgutachten noch einen Schritt weiter und untersucht auch die Ursachen für die Entwicklungen der Preisaufschläge, denn diese Erkenntnisse sind wesentlich für die Interpretation und die daraus ableitbaren wirtschaftspolitischen Implikationen. Ein besonderes Augenmerk legt die Monopolkommission bei ihrer Untersuchung auf den Zusammenhang zwischen Digitalisierung und Wettbewerbsintensität. Sie erläutert sowohl die positiven als auch die negativen Effekte der digitalen Transformation auf den Wettbewerb. So könnten durch ausgeprägte Netzwerkeffekte Hürden für Kundinnen und Kunden entstehen, ihren Anbieter zu wechseln. Plattformmärkte stellen zudem vielfältige Herausforderungen an Wettbewerbsrecht und -politik. Positive Effekte für den Wettbewerb durch die digitale Transformation entstehen durch höhere Transparenz, Produktivitätssteigerungen sowie durch Skaleneffekte. Die Monopolkommission kommt auf Basis ihrer empirischen Untersuchungen zu dem Ergebnis, dass hohe Preisaufschläge im Allgemeinen nicht ausschließlich durch Investitionen und damit verbundenen Produktivitätssteigerungen erklärt werden können. Allerdings gilt

dies eher für den Dienstleistungsbereich, wo steigende Preisaufschläge mit verstärkten Investitionen in immaterielle Digitalisierungsgüter und gleichzeitig höherer Produktivität einhergehen. Insgesamt scheinen aus Sicht der Monopolkommission Digitalisierungsprozesse als Ursache für steigende Preisaufschläge in Deutschland insbesondere im Verarbeitenden Gewerbe in Frage zu kommen.

14. In einem weiteren Schritt analysiert die Monopolkommission als weitere mögliche Ursache steigender Preisaufschläge den Einfluss durch Unternehmensverflechtungen über indirekte Horizontalbeteiligungen. Die Ergebnisse zeigen, dass nahezu 80 Prozent der Wirtschaftsbereiche in Europa von indirekten Horizontalverflechtungen betroffen sind. Weiterhin zeigt sich, dass das Verarbeitende Gewerbe durchschnittlich höhere Preisaufschläge bei Unternehmen in Wirtschaftszweigen mit indirekten Horizontalverflechtungen aufweist. Hinweise für eine Erleichterung von Wissens- und Technologie-Externalitäten ergeben sich durch die Verflechtungen nicht. Schließlich untersucht die Monopolkommission die Auswirkungen von Preisaufschlägen auf die Produktivität. Die Ergebnisse zeigen, dass Preisaufschläge zunächst positive Wirkungen auf die Produktivität ausüben, ab einer gewissen Schwelle allerdings negative Auswirkungen entstehen. Diese Schwelle unterscheidet sich je nach Sektor und liegt im Dienstleistungssektor höher als in der Industrie. Die Bundesregierung dankt der Monopolkommission für diese umfangreichen wissenschaftlichen Analysen.

II. Würdigung der kartellrechtlichen Entscheidungspraxis

A. Allgemeine Entwicklungen im Berichtszeitraum

15. In diesem Kapitel würdigt die Monopolkommission gemäß ihrem Auftrag die legislativen Entwicklungen während des Berichtszeitraums.

16. Eine wichtige wettbewerbspolitische Entwicklung auf europäischer Ebene ist die Schaffung des Digital Markets Act (DMA). Mit dem DMA soll mehr Wettbewerb in digitalen Märkten geschaffen werden, die oft von wenigen großen Unternehmen (sogenannten „Gatekeepern“) beherrscht werden. Der DMA ist am 1. November 2022 in Kraft getreten. Die Umsetzung des DMA ist eine große Herausforderung, weil überwacht werden muss, dass alle „Gatekeeper“ alle Verhaltenspflichten zu jeder Zeit einhalten. Das ist auch technisch komplex. Die Monopolkommission hat sich bereits in ihrem Sondergutachten 82 und ihrem 8. Policy Brief mit dem DMA auseinandergesetzt. Im XXIV. Hauptgutachten wiederholt sie teilweise ihre Empfehlungen, u.a. die Aufnahme eines sogenannten „Ökosystem-Kriteriums“ in den DMA. Durch die Aufnahme eines solchen Kriteriums sollte aus Sicht der Monopolkommission der Adressatenkreis des DMA auf jene Unternehmen begrenzt werden, von denen besonders große Gefahren für den Wettbewerb ausgehen. Zudem empfiehlt die Monopolkommission, dass sämtliche Verhaltenspflichten dem Dialogverfahren und der Effizienzeinrede geöffnet werden sollten. Damit sollten mögliche Kollateralschäden im Einzelfall vermieden werden. Schließlich führt die Monopolkommission (wie auch schon im 12. Sektorgutachten Telekommunikation) zur Interoperabilitätsverpflichtung für nummernunabhängige interpersonelle Telekommunikationsdienste (wie z.B. Messenger-Dienste) aus, dass sie den im DMA gewählten asymmetrischen Ansatz grundsätzlich begrüßt, ihn allerdings gegenwärtig für nicht geboten hält. Mit Blick auf die Umsetzung weist die Monopolkommission auf folgende Aspekte hin: Bei einer asymmetrischen Interoperabilitätsverpflichtung sei insbesondere darauf zu achten, dass diese umfassende Nichtdiskriminierungsbedingungen enthalte und nicht bestimmte Standards oder Schnittstellen bevorzugt würden. Damit soll erreicht werden, dass nicht die Stellung eines Dienstes oder einer bestimmten Gruppe von Diensten begünstigt wird. In der Praxis solle die Standardsetzung durch die Gatekeeper nicht dazu führen, dass ihre starke Marktposition noch verstärkt wird und damit Markteintrittsbarrieren für kleinere Wettbewerber entstehen.

17. Die Bundesregierung hat sich engagiert in die Verhandlungen auf europäischer Ebene eingebracht und begrüßt die erzielte Einigung. Im Rahmen der Verhandlungen hat die Bundesregierung die grundsätzliche Systematik des DMA stets unterstützt und beispielsweise die von der Monopolkommission angeregte Aufnahme einer Effizienzeinrede abgelehnt. Darüber hinaus hat die Bundesregierung die Aufnahme einer asymmetrischen Interoperabilitätsverpflichtung gefordert. Die in Artikel 7 DMA aufgenommene Regelung stellt aufgrund ihrer asymmetrischen Ausgestaltung und des Umstandes, dass Interoperabilität nur auf Antrag und in beschränktem Umfang (Basisfunktionen), sowie basierend auf einem Referenzangebot hergestellt werden muss, einen angemessenen Ausgleich dar.

18. Die Monopolkommission referiert (gemäß ihrem Auftrag) verschiedene fusionskontrollrechtliche Entscheidungen sowohl des Bundeskartellamts als auch der Europäischen Kommission. Weiterhin erläutert sie die teilweise noch laufenden Verfahren im Bereich der Missbrauchsaufsicht, insbesondere die Fälle aus dem Bereich der Plattformökonomie, die durch im Rahmen der 10. GWB-Novelle eingeführte Regelungen besser adressiert wer-

den können. Vor allem die Verfahren gegen bekannte große Plattformunternehmen sind auf der zweiten Verfahrensstufe noch nicht abgeschlossen. Auch die Europäische Kommission hat eine Vielzahl wettbewerblicher Untersuchungen gegen große Plattformunternehmen durchgeführt.

B. Spezifische Probleme der Kartellrechtsanwendung

Verweisung der Prüfung von Zusammenschlussvorhaben an die Europäische Kommission trotz fehlender nationaler Anmeldepflicht

19. Die Monopolkommission setzt sich eingehend mit der neuen Anwendungspraxis der Europäischen Kommission im Bereich der Fusionskontrolle auseinander. Die Europäische Kommission veröffentlichte im März 2021 einen Leitfaden, in dem sie erklärte, dass sie nunmehr die Verweisung durch die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten bei bestimmten nicht anmeldepflichtigen Zusammenschlussvorhaben „fördern“ würde. Gemäß Artikel 22 Verordnung (EG) 139/2004 (Fusionskontrollverordnung – FKVO) können ein oder mehrere Mitgliedstaaten die Prüfung eines Zusammenschlussvorhabens durch die Europäische Kommission auch dann beantragen, wenn der Zusammenschluss keine unionsweite Bedeutung (gemäß Artikel 1 FKVO) hat. Die Verweisung nach Artikel 22 Absatz 1 FKVO setzt dabei weiterhin nicht voraus, dass das Zusammenschlussvorhaben in dem betreffenden oder einem anderen Mitgliedstaat anmeldepflichtig ist. Die Monopolkommission kritisiert die geänderte Anwendungspraxis der Europäischen Kommission, weil sie zu Rechtsunsicherheit für Unternehmen führe. Weiterhin bedeute sie eine Zweckänderung der Vorschrift, über die eigentlich der europäische Verordnungsgeber entscheiden müsste. Zudem stelle sie die Anmeldeschwellen der nationalen Fusionskontrollregime in Frage. Als vorzugswürdige Alternative schlägt die Monopolkommission die Einführung einer Transaktionsschwelle auf EU-Ebene vor.

20. Die Bundesregierung stimmt den Ausführungen der Monopolkommission im Wesentlichen zu. Sie teilt die den Maßnahmen der Europäischen Kommission zugrunde liegende Zielsetzung, auch Zusammenschlüsse, die Unternehmen mit Umsätzen unterhalb der Aufgreifschwelle aber mit hohem wettbewerblichem Potenzial betreffen, einer fusionskontrollrechtlichen Prüfung unterziehen zu können. Mit dieser Zielsetzung wurde 2017 die Regelung der Transaktionswertschwelle in das nationale Wettbewerbsrecht aufgenommen (§ 35 Absatz 1a GWB). Nach den bisherigen Erfahrungen auf nationaler Ebene erachtet die Bundesregierung das Instrument der Transaktionswertschwelle weiterhin für geeignet und sieht aktuell keine Gründe, weshalb dies nicht ebenfalls für die europäische Ebene gelten sollte. Insbesondere dürfte eine Transaktionswertschwelle auf EU-Ebene zur Rechtssicherheit beitragen und daher gegenüber der erfolgten Änderung der Verweisungspraxis nach Artikel 22 FKVO vorzugswürdig sein. Daher setzt sich die Bundesregierung auf EU-Ebene für eine entsprechende Änderung der FKVO ein.

21. Um zudem mögliche fusionskontrollrechtliche Schutzlücken zu schließen, spricht sich die Monopolkommission dafür aus, den Anwendungsbereich der deutschen Transaktionswertschwelle durch Anpassungen beim Kriterium der Inlandstätigkeit im Sinne des § 35 Absatz 1a Nr. 4 GWB zu vergrößern. Die Bundesregierung dankt der Monopolkommission für die Anregung und wird diese in die geplante Überprüfung der Fusionskontrolle im Rahmen der 12. GWB-Novelle einbeziehen. Hinsichtlich des konkreten Vorschlags ist dabei unter anderem zu berücksichtigen, inwiefern und unter welchen Bedingungen eine Prognose einer künftigen Inlandstätigkeit mit ausreichender Sicherheit möglich ist.

Zuständigkeit für die kartellrechtliche Beurteilung von regionalen Kooperationen

22. Im Berichtszeitraum gab es zwei konkrete Fällen (Zusammenschluss von zwei Zeitungen in Thüringen und Zusammenschluss von zwei Kliniken in Flensburg) mit Auswirkungen auf regionale Märkte, in denen das Bundeskartellamt im Fusionskontrollverfahren bereits bestehende Kooperationen der beteiligten Unternehmen zu berücksichtigen hatte. Diese nimmt die Monopolkommission zum Anlass, sich mit der zugrunde liegenden Zuständigkeitsfrage (Bundeskartellamt vs. Landeskartellbehörden) genauer auseinanderzusetzen. Die Monopolkommission stellt gute Gründe für die Annahme dar, dass das Bundeskartellamt eine bestehende Kooperation mit lediglich regionalen Wirkungen im Fusionskontrollverfahren bereits nach geltendem Recht auf ihre Vereinbarkeit mit dem Kartellverbot beurteilen kann. Um aber hier die Rechtssicherheit zu erhöhen, schlägt sie eine entsprechende Annexkompetenz für das Bundeskartellamt im Gesetz vor. Da die geltende Rechtslage eine inzidente Prüfung regionaler Kooperationen im Rahmen der Fusionskontrolle bereits ermöglicht und auch der Bundesgerichtshof (BGH) hiervon auszugehen scheint (vgl. Tz. 255 des XXIV. Hauptgutachtens mit weiteren Nachweisen), erscheint die von der Monopolkommission vorgeschlagene Klarstellung im GWB vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des BGH indes nicht erforderlich.

SIEC-Test im Fokus der Rechtsprechung

23. Die Monopolkommission diskutiert die Anforderungen an die Anwendung des SIEC-Tests („significant impediment of effective competition“) mit Blick auf zwei Gerichtsurteile im Berichtszeitraum (Urteil des Gerichts der Europäischen Union (EuG) zu Zusammenschlussvorhaben von Mobilfunkanbietern in Großbritannien im Mai 2020²; Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf zu Zusammenschlussvorhaben im Möbelbereich im März 2022³). Das EuG formuliert in seinem Urteil auch allgemeine Grundsätze zur Reichweite des SIEC-Tests. Das Gericht führt dabei aus, dass Artikel 2 Absatz 3 Verordnung (EG) 139/2004 so auszulegen sei, dass die Europäische Kommission auf oligopolistischen Märkten Zusammenschlüsse untersagen könne, auch wenn diese keine beherrschende Stellung begründen oder verstärken. Es stellt allerdings hohe Anforderungen an die Beweislast. So fordert das EuG, dass mit „ernsthafter Wahrscheinlichkeit“ eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs nachweisbar ist. Das OLG Düsseldorf verweist in seinem Urteil im Möbelfall auf diese EuG-Rechtsprechung. Die Monopolkommission stellt hierzu unter anderem fest, dass selbst wenn der Europäische Gerichtshof (EuGH) und/oder der BGH die Ansichten des EuG hinsichtlich des Beweismaßstabs bestätigen sollten, nicht klar sei, welche praktische Relevanz dieser strengere Beweismaßstab mit Blick auf künftige Fusionskontrollverfahren habe. Da die höchstrichterlichen Entscheidungen in beiden Verfahren noch ausstehen, besteht noch keine Rechtsicherheit. Die Monopolkommission empfiehlt, zunächst die Auswirkungen der letztinstanzlichen Entscheidungen in der Praxis abzuwarten, bevor gesetzliche Änderungen erwogen werden. Die Bundesregierung wird gegebenenfalls sinnvolle rechtliche Anpassungen diskutieren, wenn die letztinstanzliche Entscheidung vorliegt.

Grenzen für die Vorgaben der Hersteller zur Gestaltung des Onlinevertriebs

24. Am 1. Juni 2022 trat die neue Gruppenfreistellungsverordnung der Europäischen Kommission für vertikale Vereinbarungen (Vertikal-GVO) in Kraft. Die Vertikal-GVO nimmt Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die auf verschiedenen Ebenen der Produktions- und Vertriebskette tätig sind, von dem Verbot des Artikels 101 Absatz 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) aus, sofern bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind (Artikel 101 Absatz 3 AEUV). Im Zuge der Änderung der Vertikal-GVO überarbeitete die Europäische Kommission auch die Leitlinien für vertikale Beschränkungen (Vertikal-Leitlinien). In der neuen Vertikal-GVO wird die Liste der Kernbeschränkungen erweitert, so dass nun Online-Verkaufsbeschränkungen dann umfasst sind, wenn diese auf die Verhinderung der wirksamen Nutzung des Internets zum Verkauf von Vertragswaren oder -dienstleistungen abzielen (Artikel 4 lit. E Vertikal-GVO). Zudem können unter bestimmten Voraussetzungen andere Beschränkungen des Onlineverkaufs freigestellt werden. Dies betrifft unter anderem unterschiedliche Großhandelspreise sowie die Auferlegung sonstiger unterschiedlicher Konditionen für den Online- und Offlinevertrieb. Die Analyse der Monopolkommission in ihrem XXIV. Hauptgutachten zeigt, dass die wettbewerblichen Wirkungen von Vertriebsvereinbarungen zwischen Herstellern und Händlern komplex und die Auswirkungen auf den Wettbewerb abhängig von der Einzelfallgestaltung sind. Sie empfiehlt dem Bundeskartellamt, seine bisherige kartellrechtliche Bewertungspraxis von Vertriebsverträgen von Herstellern, die ggf. den Onlinehandel gegenüber dem stationären Handel nachteilig zu behandeln scheinen, entsprechend anzupassen.

25. Die Bundesregierung begrüßt, dass die neue Vertikal-GVO und die überarbeiteten Leitlinien der Kommission der wachsenden Bedeutung des E-Commerce insbesondere für kleinere Unternehmen Rechnung tragen und in diesem Bereich für weitere Rechtssicherheit sorgen. Die neuen Regelungen zielen darauf ab, der Komplexität bei der kartellrechtlichen Bewertung von vertikalen Vereinbarungen in zunehmend durch die Digitalisierung geprägten Märkten besser gerecht zu werden. Die Bundesregierung hatte gemeinsam mit dem Bundeskartellamt während des Evaluierungsprozesses der zuvor geltenden Vertikal-GVO darauf hingewiesen, dass Diskriminierungen des Online-Handels verboten sein sollten – ohne Herstellern die Möglichkeit zu versperren, objektiv gerechtfertigte Einschränkungen des Online-Handels in den Vertriebssystemen vorzunehmen. Aus Sicht der Bundesregierung sind die Bewertungen der Monopolkommission im Detail und die daraus abgeleitete Empfehlung auch mit Blick auf die Praxis des Bundeskartellamts daher nicht zwingend. Dies gilt auch vor dem Hintergrund, dass die Vertikal-GVO als Gruppenfreistellungsverordnung nur solche Beschränkungen von einer Prüfung freistellen soll, bei denen mit hinreichender Sicherheit davon ausgegangen werden kann, dass sie die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 AEUV erfüllen.

² EuG, T-399/16, 28. Mai 2020, CK Telecoms UK Investments Ltd/Europäische Kommission

³ OLG Düsseldorf, Kart 2/21 (V), 9. März 2022, XXXLutz

Reformbedarf bei der zivilrechtlichen Privilegierung von Kronzeugen

26. Vor dem Hintergrund der bedeutenden Rolle von Kronzeugen bei der Aufdeckung und Verfolgung von illegalen Kartellen untersucht die Monopolkommission die Frage, ob die Attraktivität der Kronzeugenregelung weiter gesteigert werden und ob entsprechende Regelungen angepasst werden müssten. In ihren Ausführungen diskutiert die Monopolkommission die möglichen alternativen Methoden zur Aufdeckung von Kartellen und kommt zu dem Ergebnis, dass insbesondere der Einsatz von künstlicher Intelligenz mit hohen Anforderungen an die verfügbaren Daten und den Personaleinsatz verbunden ist. Schließlich kommt die Monopolkommission zu dem Schluss, dass die Kronzeugenregelung auf absehbare Zeit ein wichtiges Instrument zur Kartellaufdeckung bleiben wird. Im Weiteren stellt sie dar, dass nicht nur in Deutschland und in der Europäischen Union, sondern auch in Ländern außerhalb der Europäischen Union die Zahl der Kronzeugenanträge in den letzten Jahren zurückgegangen ist. Als mögliche Ursachen für den Rückgang diskutiert die Monopolkommission unterschiedliche Faktoren. Im Ergebnis stellt sie jedoch fest, dass keine abschließende Bewertung möglich ist, da die Zahl der nicht aufgedeckten Kartelle naturgemäß nicht bekannt sei. Als ein möglicher Einflussfaktor wird regelmäßig ein Zusammenhang mit der im Jahr 2014 verabschiedeten EU-Kartellschadensersatzrichtlinie (2014/104/EU) diskutiert. Diese habe die Befürchtung bei potenziellen Kronzeugen erhöht, dass ihnen bei einer Kartellaufdeckung die Geltendmachung von Kartellschadensersatzansprüchen durch (mutmaßlich) Geschädigte drohen würde. Die Monopolkommission stellt aber heraus, dass die Zahl der Kronzeugenanträge weltweit abgenommen hat und somit die EU-Kartellschadensersatzrichtlinie nur begrenzten Einfluss haben kann.

27. Auch wenn die Einführung der EU-Kartellschadensersatzrichtlinie nur in begrenztem Umfang für den Rückgang der Kronzeugenanträge verantwortlich zu sein scheint, gibt es dennoch aus Sicht der Monopolkommission Optimierungsmöglichkeiten bei den derzeitigen Kronzeugenregelungen, welche die Kartellrechtsdurchsetzung weiter effektivieren würden. Sie empfiehlt daher, dass die Kartellschadensersatzrichtlinie lediglich eine nachrangige Haftung des Kronzeugen bei Schadensersatzansprüchen vorsieht. Hierfür macht die Monopolkommission auch einen konkreten Regelungsvorschlag, der erreichen soll, dass der Schutz der Geschädigten und ihrer Ansprüche sichergestellt bleiben.

28. Die Bundesregierung teilt die Auffassung der Monopolkommission, dass die Kartellverfolgung durch einen besseren Schutz von Kronzeugen und eine Reform der EU-Kartellschadensersatzrichtlinie gestärkt werden sollte und setzt sich hierfür auf EU-Ebene ein. Die Begrenzung der Außenhaftung des Kronzeugen insgesamt auf eine reine Ausfallhaftung und eine vollständige Haftungsfreistellung im Innenverhältnis zu den übrigen Mitkartellanten, wie von der Monopolkommission vorgeschlagen, erscheint insofern als zielführender Ansatz. Die von der Monopolkommission beschriebenen Einschränkungen dahingehend, dass ein Kronzeuge nur in den Genuss der Freistellung kommt, wenn er keine unwahren Angaben macht, bedarf es mit Blick auf die bestehenden Voraussetzungen für die Kronzeugenbehandlung nicht (vgl. insbesondere § 81j Absatz 3 GWB). Der vorgeschlagene Ausschluss der Haftungsbeschränkung, wenn ein Kronzeuge marktbeherrschend ist, wäre hingegen für Unternehmen im Einzelfall nicht klar und sicher vorhersehbar; die Einschränkung könnte daher das Ziel einer gesteigerten Attraktivität des Kronzeugenprogramms konterkarieren.

Bewertung von Kooperationen zum Netzausbau im Regulierungs- und Kartellrecht nach der TKG-Novelle 2021

29. Aufbauend auf den Aussagen zu wettbewerblichen Fragen des Glasfaserausbau im XXIII. Hauptgutachten sowie im Sektorgutachten Telekommunikation 2021 setzt sich die Monopolkommission auch im XXIV. Hauptgutachten mit dem Verhältnis von Regulierungs- und Wettbewerbsrecht auseinander. Hintergrund für diese Ausführungen ist ein Beschluss des OLG Düsseldorf vom 22. September 2021, mit dem die Freigabeentscheidung des Bundeskartellamts für das Gemeinschaftsunternehmen Glasfaser Nordwest aufgehoben wird. Weiterhin ist zum 1. Dezember 2021 eine Novellierung des Telekommunikationsgesetzes (TKG) durch das Telekommunikationsmodernisierungsgesetz in Kraft getreten, die eigenständige Bestimmungen zur Bewertung von Kooperationen enthält, die neben die des GWB und des AEUV treten. Im Ergebnis regt die Monopolkommission an, dass bei möglichen künftigen Kooperationen beim Glasfaserausbau – sollte auf das neue Verfahren nach den §§ 18, 19 TKG zurückgegriffen werden – die Regulierungs- und Wettbewerbsbehörden darauf achten sollten, ihre Entscheidungen eng miteinander abzustimmen. Damit sollen Wertungswidersprüche vermieden werden. Da entsprechende Abstimmungspflichten bislang noch nicht hinreichend gesetzlich geregelt seien, sollten die bestehenden Regelungen im TKG (klarstellend) ergänzt werden.

30. Der Monopolkommission ist – unabhängig von der Frage, inwieweit bei der Anwendung der §§ 18,19 TKG Wertungswidersprüche auftreten können – grundsätzlich zuzustimmen, dass widersprüchliche Wertungen zwischen Regulierungs- und Kartellbehörden bei der Bewertung von Kooperationen vermieden werden sollten. Für eine gesetzliche Klarstellung besteht gleichwohl aus Sicht der Bundesregierung kein Handlungsbedarf, da sich die Behörden ohnehin in regelmäßigen Abständen austauschen und abstimmen, da gegenseitige Beteiligungs- und Stellungnahmerechte bestehen.

Quantitative Analysen im Berichtszeitraum

31. Die Monopolkommission bemängelt, dass das Bundeskartellamt hinsichtlich quantitativer Analysen im Rahmen der Fusionskontrolle primär auf deskriptive Verfahren zurückgreift. Hingegen wendeten die britische Wettbewerbsbehörde Competition and Markets Authority (CMA) und die Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission (auch) in fusionskontrollrechtlichen Hauptprüfverfahren analytische und ökonomische Methoden wie Event-Analysen oder Fusionsimulationen an. Die Monopolkommission empfiehlt dem Bundeskartellamt daher, auf den zusätzlichen Erklärungsgehalt ökonomischer Analysen nicht zu verzichten und auf diese, falls die Datengrundlage es zulässt, auch in fusionskontrollrechtlichen Hauptprüfverfahren zurückzugreifen.

32. Die Entscheidung, in welchen Fällen der fusionskontrollrechtlichen Analyse eigene quantitative Methoden angewendet werden, richtet sich, wie die Monopolkommission zutreffend ausführt, nach der Fragestellung und der Datenverfügbarkeit. Wie ebenfalls richtigerweise ausgeführt wurde, wägt das Bundeskartellamt dabei den zeitlichen Aufwand der Erhebung und den zu erwartenden Nutzen in Form einer besseren Fundierung der Entscheidung ab. Analytische und ökonomische Methoden stellen typischerweise hohe Anforderungen an die Qualität und Verfügbarkeit von Daten. Sie sind darüber hinaus in aller Regel mit einem vergleichsweise hohen zeitlichen und personellen Aufwand verbunden. Vor diesem Hintergrund kamen im Berichtszeitraum in der Fusionskontrolle keine ökonomischen Methoden zum Einsatz. Hingegen hat das Bundeskartellamt im Rahmen der Sektoruntersuchung zur Erfassung von Haushaltsabfällen umfassende Regressionsanalysen vorgelegt und dabei die Entwicklung der Wettbewerbsintensität auf den Ausschreibungsmärkten betrachtet. Grundsätzlich steht das Bundeskartellamt dem Einsatz analytischer und ökonomischer Methoden auch in fusionskontrollrechtlichen Hauptprüfverfahren offen gegenüber und hat diese in der Vergangenheit etwa im Rahmen von Ausschreibungsanalysen auch umgesetzt.

III. Ausblick auf die 11. GWB-Novelle

33. Die Ankündigung von Bundesminister Dr. Habeck, in einer vorgezogenen Novelle des GWB die Befugnisse des Bundeskartellamts weiter zu stärken, erfolgte kurz vor der Fertigstellung des XXIV. Hauptgutachtens. Ausformulierte Vorschläge zur Umsetzung der angekündigten Maßnahmen lagen somit noch nicht vor. Die Bundesregierung dankt der Monopolkommission, dass sie gleichwohl erste Einschätzungen zu den angekündigten Maßnahmen veröffentlicht hat, welche im Rahmen der Erarbeitung des Gesetzentwurfs geprüft wurden. Inzwischen wurde die 11. GWB-Novelle am 5. April 2023 vom Kabinett am 6. Juli 2023 in zweiter und dritter Lesung vom Deutschen Bundestag beschlossen. Die Befassung des Bundesrates ist im Anschluss an die Sommerpause 2023 vorgesehen.

34. In ihrem XXIV. Hauptgutachten setzt sich die Monopolkommission mit drei wichtigen Aspekten der 11. GWB-Novelle auseinander. Dies sind die Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtung, die Effektivierung der Sektoruntersuchung und die Stärkung der Vorteilsabschöpfung. Mit der Frage der missbrauchsunabhängigen Entflechtung hatte sich die Monopolkommission bereits in ihrem Sondergutachten 58 auseinandergesetzt und das Vorhaben begrüßt. Sie bleibt auch im XXIV. Hauptgutachten bei dieser Empfehlung, betont aber gleichzeitig, dass es sich um eine grundsätzliche politische Entscheidung handle und einer sorgfältigen Abwägung und Diskussion aller relevanten Aspekte bedürfe. Die Monopolkommission stellt heraus, dass die missbrauchsunabhängige Entflechtung das äußerste Mittel darstellen sollte. Sie könne im Einzelfall geboten sein, wenn sie die einzige Möglichkeit darstelle, um Märkte wettbewerblich zu öffnen, auf denen schwerwiegende strukturelle Wettbewerbsprobleme bestehen. Allerdings sollten dabei negative Auswirkungen auf Innovationen und Investitionen geringgehalten werden. Da es sich bei der missbrauchsunabhängigen Entflechtung um einen weitreichenden Eingriff handle, seien verfassungsrechtliche Vorgaben zu beachten. Daher wären mildere behördliche Interventionsbefugnisse, die gegebenenfalls auch zielgenauer sind, vorrangig. Wie die Monopolkommission auch schon in ihrem Sondergutachten 58 dargestellt hatte, sollte die Entflechtung grundsätzlich nicht auf Märkten erfolgen, die der Gesetzgeber einer speziellen Regulierung unterstellt hat. Zudem solle die verfestigte Marktstellung zunächst auf Basis einer Untersuchung der konkreten Marktverhältnisse stichhaltig belegt werden.

Um negative Vorfeldwirkungen zu vermeiden, sollten die Eigentümer der entflochtenen Unternehmen gegebenenfalls eine Kompensation aus öffentlichen Mitteln erhalten.

35. Die Bundesregierung dankt der Monopolkommission für ihre Einschätzungen und die grundsätzliche Unterstützung der Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungsmöglichkeit. Die Bundesregierung stimmt der Monopolkommission insbesondere dahingehend zu, dass dies ein wichtiges und benötigtes Instrument darstellt, aber dessen Anwendung auch stets ultima ratio sein muss. Aus diesem Grund enthält das Gesetz hohe Hürden für entsprechende Maßnahmen des Bundeskartellamts. So kann eine Entflechtung insbesondere nur gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen oder Unternehmen mit einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb nach § 19a Absatz 1 GWB angeordnet werden. Auch die seitens der Monopolkommission angeregten Regelungen einer Kompensationszahlung aus Bundesmitteln oder bezüglich des Verhältnisses zum sektorspezifischen Regulierungsrecht (§ 32f Absatz 8 GWB) finden sich im Gesetz.

36. Die Monopolkommission begrüßt das Vorhaben der Bundesregierung, das Instrument der Sektoruntersuchung weiterzuentwickeln und empfiehlt insbesondere, das britische Modell (Marktuntersuchungen der Competition and Markets Authority (CMA)) als Vorbild zu nehmen. Die Bundesregierung stimmt zu, dass die Kompetenzen der CMA das Instrument der Sektoruntersuchung sinnvoll ergänzen und sich in Großbritannien bewährt haben. Dies ist somit ein wertvolles und erfolgreiches Beispiel, welches jedoch bei der Erarbeitung des Gesetzesentwurfs an den kartellrechtlichen und institutionellen Rahmen in Deutschland anzupassen war. Ebenso wie die CMA soll es künftig dem Bundeskartellamt möglich sein, im Anschluss an eine Sektoruntersuchung Abhilfemaßnahmen zur Beseitigung oder Verringerung festgestellter Wettbewerbsstörungen anzuordnen. Wie von der Monopolkommission vorgeschlagen, ist das neue Instrument als zweistufiger Prozess ausgestaltet, der erstens aus einer Sektoruntersuchung (§ 32e GWB) und zweitens aus eventuell daran anschließender Feststellung einer erheblichen und fortwährenden Störung des Wettbewerbs sowie entsprechender Abhilfemaßnahmen (neuer § 32f GWB) besteht. Weiterhin schlägt die Monopolkommission (analog zum britischen Recht) die Einführung von Fristen für die Sektoruntersuchung in das GWB vor. Eine Frist „von zwei bis drei Jahren“ könnte nach Ansicht der Monopolkommission hierfür gewählt werden. Die Bundesregierung stimmt zu, dass die Sektoruntersuchung auch mit Blick auf die Dauer vergangener Untersuchungen überarbeitet werden muss. Entsprechend sieht der Gesetzesentwurf sowohl für Untersuchungen nach § 32e GWB als auch für das Verfahren nach dem neuen § 32f GWB jeweils Fristen von 18 Monaten vor. Weiterhin spricht sich die Monopolkommission für verpflichtende Zwischen- und Abschlussberichte des Bundeskartellamts zu Sektoruntersuchungen aus. In § 32e Absatz 4 GWB-E sieht die 11. GWB-Novelle eine Verpflichtung zur Veröffentlichung von Abschlussberichten vor. Im Sinne der Verfahrensbeschleunigung und der effizienten Verwendung personeller Ressourcen wurde von einer Pflicht zur Veröffentlichung von Zwischenberichten abgesehen. Diese werden weiterhin bei Bedarf erstellt. Schließlich sollten nach Empfehlung der Monopolkommission weitere Institutionen die Möglichkeit haben, die Einleitung einer Sektoruntersuchung anzuregen. Die Bundesregierung erachtet die Arbeiten der Monopolkommission als wertvolle wettbewerbspolitische Anregungen, weshalb in § 44 Absatz 4 GWB vorgesehen ist, dass die Monopolkommission in ihren Gutachten Empfehlungen für die Durchführung von Sektoruntersuchungen aussprechen kann. Das Bundeskartellamt soll hierzu innerhalb von zwölf Monaten Stellung nehmen.

37. Die von der Bundesregierung vorgesehene Neuregelung der Vorteilsabschöpfung sieht die Monopolkommission als entbehrlich an. Sie argumentiert, dass die Kartellbehörden wirtschaftliche Vorteile aus einem wettbewerbswidrigen Verhalten bereits unter der bestehenden Rechtslage neutralisieren könnten. So sehe der bei Bußen im deutschen Kartellrecht zu beachtende § 17 Absatz 4 S. 1 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten (OWiG) als Minimalvorgabe ausdrücklich vor, dass eine „Geldbuße [...] den wirtschaftlichen Vorteil, den der Täter aus der Ordnungswidrigkeit gezogen hat, übersteigen [soll]“. Unabhängig davon könne zudem ein etwaiger Vorteil für Unternehmen, dem ein entsprechender Schaden auf der Marktgegenseite entspricht, im Rahmen von Schadenersatzklagen abgeschöpft werden. Die Monopolkommission stellt zudem fest, dass die bestehenden Regelungen zur Vorteilsabschöpfung bislang aufgrund von Anwendungshürden (z.B. Herausforderungen bei der Berechnung des durch den Wettbewerbsverstoß erlangten Vorteils) praktisch nicht zur Anwendung kamen.

38. Wie auch die Monopolkommission stellt die Bundesregierung fest, dass der bestehende Rahmen zur Vorteilsabschöpfung zu erheblichen Problemen führt, durch welche die Anwendung des § 34 GWB unnötig erschwert ist. Aus Sicht der Bundesregierung sind die Regelungen zur Vorteilsabschöpfung dabei komplementär zu den kartellrechtlichen Bußgeldregelungen. Die Vorteilsabschöpfung nach § 34 GWB ist ein verwaltungsrechtliches, kein straf- oder bußgeldrechtliches Instrument. Sie dient dazu, eine Bereicherung durch einen feststehenden Kartellrechtsverstoß zu verhindern und soll insbesondere in den Fällen greifen, in denen die Kartellbehörden kein Bußgeldverfahren führen und damit Kartellschadenersatzklagen nicht zu erwarten sind. Ohnehin ist der durch den Kartellrechtsverstoß verursachte Schaden nicht kongruent mit dem erzielten wirtschaftlichen Vorteil. Anders

als die Monopolkommission meint, befreit § 17 Absatz 4 Satz 1 OWiG die Kartellbehörden nicht von den Schwierigkeiten der Bemessung eines abzuschöpfenden wirtschaftlichen Vorteils. Entsprechend der Bußgeldpraxis auf EU-Ebene haben Geldbußen des Bundeskartellamts nur ahndenden Charakter (vgl. Bundeskartellamt, Leitlinien für die Bußgeldzumessung in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren, Ziffer 5); dies gilt auch für Fälle des Marktmachtmissbrauchs. Würde das Bundeskartellamt im Rahmen seines Ermessens nach § 81d Absatz 3 Satz 1 GWB bei der Bußgeldbemessung einen abschöpfenden Teil festsetzen, stellten sich vielmehr ähnliche Anwendungshürden, die auch die bestehende Abschöpfung nach § 34 GWB kennzeichnen. So müssten die Kartellbehörden den kartellbedingt entstandenen wirtschaftlichen Vorteil unter Rekonstruktion der hypothetischen Markt- und Wettbewerbslage ermitteln und beziffern. Daher findet § 17 Absatz 4 Satz 1 OWiG im Kartellrecht gemäß § 81d Absatz 3 Satz 1 GWB nur mit der Maßgabe Anwendung, dass der kartellbedingte wirtschaftliche Vorteil durch die Geldbuße abgeschöpft werden "kann". § 81d Absatz 3 GWB und die Neuregelung der Vorteilsabschöpfung im Zuge der 7. GWB-Novelle sollten Bußgeldverfahren gerade von den praktischen Schwierigkeiten bei der Ermittlung des kartellbedingt entstandenen wirtschaftlichen Vorteils befreien. An Bußgeldverfahren schließen sich zudem erfahrungsgemäß regelmäßig private Kartellschadensersatzklagen an, mit denen der wirtschaftliche Vorteil vorrangig abgeschöpft werden kann. Damit auch in anderen Fällen eine wirksame Rechtsdurchsetzung und Vorteilsabschöpfung erfolgen kann, sieht das Gesetz die Möglichkeit vor, den wirtschaftlichen Vorteil in einem Verwaltungsverfahren gemäß § 34 GWB abzuschöpfen; dessen verbliebene und zentrale – auch von der Monopolkommission anerkannte – Anwendungshürden werden durch die Neuregelung nunmehr gesenkt, insbesondere durch Einführung einer Vermutungsregel zum Vorliegen eines wirtschaftlichen Vorteils und dessen Höhe. Denn es gilt, Bereicherungen durch einen feststehenden Kartellrechtsverstoß zu verhindern. Hierfür bedarf es aus Sicht der Bundesregierung der Möglichkeit einer wirksamen behördlichen Vorteilsabschöpfung. Zudem sieht die 11. GWB-Novelle Maßnahmen vor, um die nationale Durchsetzung des DMA zu stärken (vgl. Tz. 45 ff.).

IV. Nachhaltigkeit und Wettbewerb

39. Am 25. September 2015 wurde die Resolution der Generalversammlung der Vereinten Nationen „Transformation unserer Welt: die UN-Agenda 2030 für nachhaltige Entwicklung“ (Agenda 2030) von den Staats- und Regierungschefs der 193 Mitgliedstaaten der Vereinten Nationen verabschiedet. Die darin enthaltenen 17 Nachhaltigkeitsziele (sustainable development goals, SDG) umfassen ökonomische, ökologische und soziale Aspekte. Für die Bundesregierung ist die Förderung einer nachhaltigen Entwicklung (Nachhaltigkeit) grundlegendes Ziel und Maßstab des Regierungshandelns. Die Bundesregierung hat sich zur ambitionierten Umsetzung der Agenda 2030 verpflichtet. Sie hat deshalb am 10. März 2021 die Weiterentwicklung der Deutschen Nachhaltigkeitsstrategie beschlossen, die erstmals entlang der 17 SDGs gegliedert ist. Für alle Nachhaltigkeitsziele wird ausführlich dargestellt, welche Maßnahmen die Bundesregierung zur Erreichung von Nachhaltigkeit ergriffen hat und noch ergreifen wird. Zudem wird die Entwicklung der zu den Nachhaltigkeitszielen gehörenden Indikatoren dargestellt. Aus Sicht der Bundesregierung sind die drei Dimensionen von Nachhaltigkeit gleichermaßen bedeutsam. Wie aber unter anderem das „Wedding Cake-Diagramm“ des Stockholm Resilience Centre⁴ zeigt, stellt die Biosphäre den allgemeinen Kontext dar, in den alle anderen SDGs eingeordnet werden müssen. Die Gesellschaft kann ohne das Bestehen der Umwelt nicht überleben, weswegen auf Ressourcen und den Erhalt der natürlichen Lebensgrundlagen geachtet werden muss. Genauso können Institutionen und Unternehmen nicht ohne eine resiliente Gesellschaft überleben. Dass die Monopolkommission sich in ihrem XXIV. Hauptgutachten aus praktischen Erwägungen heraus auf die Klima- und Umweltziele konzentriert, ist nachvollziehbar.

40. Mit Blick auf das Wettbewerbsrecht widmet sich die Monopolkommission der Frage, wie Nachhaltigkeitsziele (insbesondere Klima- und Umweltschutzziele) im Kartellrecht besser berücksichtigt werden können. Dabei gehe es um die Frage, wie Nachhaltigkeitsziele und Schutz des Wettbewerbs miteinander abgewogen und in Einklang gebracht werden können. Die Europäische Kommission leiste mit ihren im März 2022 vorgelegten und am 1. Juni 2023 angenommenen überarbeiteten Leitlinien für horizontale Kooperationsvereinbarungen, die ein separates Kapitel zur Würdigung von Nachhaltigkeits-Effizienzen enthalten, einen wichtigen Beitrag zu dieser Diskussion. Mit Blick auf die unterschiedlichen Zielsetzungen stellt die Monopolkommission fest, dass es in vielen Fällen keine Zielkonflikte zwischen dem Schutz des Wettbewerbs und dem Erreichen von Nachhaltigkeitszielen gäbe. So würden Verbraucherinnen und Verbraucher zunehmend nachhaltige bzw. nachhaltig produzierte Produkte präferieren. Unternehmen konkurrierten dann im Wettbewerb darum, innovative und zugleich nachhaltige Produkte in Märkte einzuführen. Allerdings könne es auch Konstellationen geben, wo es einem Unternehmen allein unmöglich sei, ein nachhaltiges bzw. nachhaltig produziertes Produkt einzuführen. Dies könne zum Beispiel

⁴ <https://www.stockholmresilience.org/research/research-news/2016-06-14-the-sdgs-wedding-cake.html>

der Fall sein, wenn das nachhaltigere Produkt teurer ist und sich die Kundinnen und Kunden eher für die preisgünstigere Alternative entscheiden. Ebenso sei es möglich, dass Kundinnen und Kunden nicht über die nötigen Informationen verfügen, um das nachhaltigere bzw. nachhaltiger produzierte Produkt identifizieren zu können. Nachhaltigkeitsaspekte spielen in der Gesellschaft insgesamt, aber auch in der Wirtschaft eine immer wichtigere Rolle. Vor diesem Hintergrund dankt die Bundesregierung der Monopolkommission, dass sie zum Verhältnis „Nachhaltigkeit und Wettbewerb“ Analysen angestellt hat. Die Bundesregierung teilt die Auffassung, dass das Wettbewerbsrecht Nachhaltigkeitsvereinbarungen nicht grundsätzlich im Wege steht. Diese Auffassung wird auch durch das vom Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz in Auftrag gegebene Gutachten zu Nachhaltigkeit und Wettbewerb in Deutschland und der Europäischen Union der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf gestützt.⁵ Sind die Regeln gegen Marktversagen und für die Internalisierung externer Effekte richtig gesetzt, ist ein fairer und effektiver Wettbewerb ein starkes Instrument zur Erreichung der Transformation zu mehr Nachhaltigkeit. Funktionierende und offene Märkte führen zu innovativen Lösungen – darunter zahlreiche Nachhaltigkeitsinnovationen. Dort, wo Unternehmen über die staatlichen Vorgaben hinaus gemeinsam Nachhaltigkeitsziele oder menschenrechtliche Standards erreichen wollen, prüft die Bundesregierung auf Basis des genannten Gutachtens, wie Unternehmen ein klarerer Rechtsrahmen für Nachhaltigkeitskooperationen geboten werden kann, ohne dabei ein „Greenwashing“ von Kartellen oder anderen Formen verkappter Beschränkungen von Wettbewerb zu erleichtern.

41. Die Monopolkommission hält eine generelle Ausnahme für Nachhaltigkeitsinitiativen von den Regelungen des Kartellrechts für nicht erforderlich. Das bedeutet, dass Vereinbarungen nicht allein deswegen von dem Verbot des Artikel 101 AEUV ausgenommen werden sollten, weil sie zur Verfolgung eines Nachhaltigkeitsziels beitragen. Dies entspricht auch der Linie, welche die Europäische Kommission in den neuen Horizontalleitlinien zu Artikel 101 AEUV vorgibt. Die Monopolkommission spricht sich vielmehr dafür aus, die bestehenden Ausnahmeregelungen weiterzuentwickeln. Im Falle einer potenziellen Wettbewerbsbeschränkung könne die Abwägung zwischen Wettbewerbs- und Nachhaltigkeitsaspekten im Rahmen der Prüfung von Effizienzvorteilen erfolgen. Im Folgenden erläutert die Monopolkommission die Herausforderungen bei der Bestimmung der Effizienzvorteile (z. B. relevante Umwelt- und Klimaschutzziele, Bewertung von Externalitäten im Umweltbereich, Effekte außerhalb des relevanten Marktes). In der Umsetzung müssten die Wettbewerbsbehörden die Abwägung zwischen Nachhaltigkeit und Wettbewerb innerhalb des bisherigen Konzepts der Verbraucherwohlfahrt im relevanten Markt machen. Dies sei im Einzelfall mit (neuen) Herausforderungen verbunden. So zeigten beispielsweise empirische Beobachtungen, dass die Präferenzen der Verbraucherinnen und Verbraucher in Umfragen von dem konkreten Konsumverhalten abweichen. In diesem Fall sei somit nicht klar, auf welcher Basis die Verbraucherwohlfahrt bestimmt werden kann. Darüber hinaus entstünden bei der Erfassung von Gemeinwohlvorteilen Verteilungsfragen (z.B. Verbraucherinnen und Verbraucher im relevanten Markt vs. Begünstigte außerhalb des relevanten Marktes), die es politisch zu bewerten gelte. Auch aus Sicht der Bundesregierung sollte die Beurteilung von Kooperationen mit Nachhaltigkeitsbezug im Rahmen des Artikel 101 Absatz 3 AEUV und des § 2 GWB erfolgen. Die Bundesregierung begrüßt vor diesem Hintergrund ebenso wie die Monopolkommission die überarbeiteten Horizontalleitlinien der Europäischen Kommission. Diese tragen vielen der von der Monopolkommission in ihrem Gutachten genannten Herausforderungen bei der stärkeren Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsbelangen Rechnung. Die Bundesregierung sieht dennoch weiteres Verbesserungspotential, insbesondere mit Blick auf die informelle Beratungstätigkeit durch das Bundeskartellamt oder die Berücksichtigungsfähigkeit von Begünstigten außerhalb des relevanten Marktes im Rahmen der Freistellung und auch über Nachhaltigkeitsziele jenseits von Umwelt- und Klimaschutz hinaus.

42. Auch wenn es bislang wenig Fallpraxis zu Zusammenschlussverfahren mit Nachhaltigkeitsbezug gibt, erörtert die Monopolkommission für den Fall, dass es in Zukunft mehr derartige Fälle gäbe, einen Effizienzeinwand für Nachhaltigkeitsverbesserungen in Fusionskontrollverfahren im nationalen Recht. Dabei könne Erwägungsgrund 29 der europäischen Fusionskontrollverordnung eine Orientierung bieten. Dadurch wäre aus Sicht der Monopolkommission gewährleistet, dass Effizienzvorteile im Bereich der Nachhaltigkeit innerhalb der deutschen Fusionskontrolle systematisch und einheitlich geprüft werden. Um diese Würdigung für die Kartellbehörden leistbar zu machen, müssten diese laut Monopolkommission durch zusätzliche wissenschaftliche Expertise auf dem Gebiet der Bewertung von klima- und umweltökonomischen Fragestellungen unterstützt werden. Allerdings kommt die Monopolkommission zugleich zu dem Ergebnis, dass das Bundeskartellamt auch ohne Verankerung

⁵ Das Gutachten wurde auf der Internetseite des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz veröffentlicht (https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Publikationen/Studien/studie-wettbewerb-und-nachhaltigkeit.pdf?__blob=publicationFile&v=2).

eines Effizienzeinwandes bereits regelmäßig vorgetragene Effizienzeinwände der Beteiligten in Zusammenhangsvorhaben prüft. Insgesamt sieht die Monopolkommission gegenwärtig für die diskutierten Anpassungen daher keinen Anlass.

43. Die Monopolkommission kommt zu dem Ergebnis, dass die Wettbewerbspolitik auch einen Beitrag leisten kann, die Transformation zu einer klimaneutralen europäischen Wirtschaft voranzubringen. Sie stellt aber auch fest, dass ein größerer Beitrag durch Instrumente außerhalb der Wettbewerbspolitik erreicht werden kann, z.B. durch Regulierung und gesetzgeberische Vorgaben von Mindeststandards. Die Bundesregierung begrüßt diese Feststellungen und dankt der Monopolkommission für die Auseinandersetzung mit den herausfordernden Fragestellungen dieses Themas.

V. Weiterer Regelungsbedarf mit Blick auf die Problematik unangreifbarer digitaler Ökosysteme?

44. Die mit der Digitalisierung einhergehende Änderung wirtschaftlicher Machtverhältnisse stellt die Wettbewerbspolitik vor große Herausforderungen. Daten haben eine immer stärkere Bedeutung als Wertschöpfungsfaktor. Infolge starker Netzwerkeffekte sowie großer Skalen- und Verbundvorteile lassen sich vor allem in der Plattformökonomie Marktkonzentrations- und Monopolisierungstendenzen beobachten. Dadurch steigt die Marktmacht der Plattformbetreiber, die Nutzerdaten sammeln und auswerten und Anbietern den Zugang zu Kundengruppen erschweren können. Um diesen Herausforderungen zu begegnen, hat die Bundesregierung das GWB-Digitalisierungsgesetz und insbesondere die darin enthaltene Einführung des §19a GWB (Regelung zu missbräuchlichem Verhalten von Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung) beschlossen. Das Gesetz ist im Januar 2021 in Kraft getreten. Deutschland hat damit eine Vorreiterrolle eingenommen. Der europäische Gesetzgeber hat mit dem DMA (vgl. Tz. 16) nachgelegt. Der DMA schafft ein Regelwerk, das einen speziellen Rechtsrahmen für Big-Tech-Unternehmen setzt, um somit Fairness und Bestreitbarkeit auf digitalen Märkten sicherzustellen. Die Europäische Kommission ist für den DMA die alleinige Durchsetzungsbehörde.

45. Vor diesem Hintergrund nimmt die Monopolkommission eine „Filterfunktion“ des DMA an und gibt Empfehlungen ab, wie die effektive Durchsetzung des DMA durch den nationalen Gesetzgeber unterstützt werden kann. So macht sie Vorschläge für ergänzende Regelungen zur privaten Rechtsdurchsetzung und schlägt die Einführung einer bußgeld- oder strafrechtlichen Haftung des verantwortlichen Managements vor.

46. Die Monopolkommission wendet sich im Weiteren der Frage zu, wie sich die Zuständigkeitsverteilung bei der Durchsetzung des DMA und der nationalen Regelung des § 19a GWB darstellt. Die Monopolkommission empfiehlt, die Ermächtigung des Bundeskartellamts in § 19a GWB bei marktübergreifenden Wettbewerbsproblemen sowie einstweilige Maßnahmen bei unmittelbar drohenden Wettbewerbsgefährdungen auf Einzelmärkten einzusetzen.

47. Der Monopolkommission ist darin zuzustimmen, dass mit dem DMA ein bedeutsames zusätzliches Instrument zur schnellen Adressierung wettbewerblicher Problemstellungen im Digitalbereich geschaffen wurde. Allerdings ist der DMA im Vergleich zum Wettbewerbsrecht als ein fokussiertes Ex-ante-Instrument zur Abstellung von bestimmten unfairen oder die Bestreitbarkeit beschränkende Praktiken ausgestaltet. Daraus folgt, dass der DMA Probleme der Fairness und Bestreitbarkeit im Digitalbereich nur punktuell und weder in der persönlichen noch sachlichen Breite erschöpfend adressieren kann beziehungsweise will. Überdies erscheint zweifelhaft, ob der DMA tatsächlich – wie von der Monopolkommission unterstellt – weitgehend ohne behördliche Intervention im Einzelfall auskommen wird.

48. Ebenfalls zuzustimmen ist der Monopolkommission in der Annahme, dass die komplementäre Anwendung des europäischen und nationalen Wettbewerbsrechts, insbesondere auch von § 19a GWB, unverzichtbar bleibt: Erstens hinsichtlich solcher Unternehmen, die nicht als „Gatekeeper“ im Sinne des DMA designiert sind; zweitens mit Blick auf Gatekeeper, wenn ein betroffener Dienst von der Liste der zentralen Plattformdienste im DMA nicht erfasst oder der DMA mangels Zugangstorcharakters dieses Dienstes unanwendbar ist und drittens, wenn einem Unternehmen eine Pflicht auferlegt werden soll, welche über die konkret umgrenzten Verhaltenspflichten des DMA hinausgeht. Eine solche komplementäre Anwendung des nationalen Wettbewerbsrechts ist dabei in Artikel 1 Absatz 6 DMA ausdrücklich vorgesehen und steht mit den Zielen des DMA im Einklang. Insofern ist der Einschätzung der Monopolkommission, der DMA dürfte § 19a GWB in seinem Hauptanwendungsbereich weitgehend funktionslos machen, entgegenzutreten. Aufgrund des offenen Charakters der Grundtatbestände des §19a GWB sind diese zudem, anders als der statische Pflichtenkatalog des DMA, grundsätzlich auch auf derzeit noch unbekanntes bzw. neue Verhaltensweisen von Normadressaten anwendbar.

49. Für die erforderliche europäische Kooperation und Koordination kann auf die im Wettbewerbsrecht bewährten Verfahren im Rahmen des European Competition Network zurückgegriffen werden, an welche auch der DMA anknüpft.

50. Der Monopolkommission ist ebenfalls darin zuzustimmen, dass der deutsche Gesetzgeber die effektive Durchsetzung des DMA auf nationaler Ebene unterstützen kann. Der Entwurf für die 11. GWB-Novelle sieht entsprechende Maßnahmen vor. Insbesondere wird das Bundeskartellamt ermächtigt, eigenständige Ermittlungen zu etwaigen Verstößen gegen die Vorschriften des DMA vorzunehmen. Wie von der Monopolkommission angeregt, werden zudem die private Rechtsdurchsetzung erleichtert und im Wege der Zuständigkeitskonzentration die Kartellspruchkörper auch für Verfahren nach dem DMA zuständig sein.

VI. „Markenmissbrauch“ bei der Internetsuche

51. Die Monopolkommission nimmt zur Thematik des „Markenmissbrauchs“ bei der Internetsuche Stellung. Der Deutsche Bundestag hatte die Bundesregierung aufgefordert, sie mit einer Stellungnahme zu diesem Thema zu beauftragen. Die Monopolkommission hat daraufhin das Thema im Rahmen des Hauptgutachtens adressiert. Konkret geht es um die Frage, ob und wie verhindert werden kann, dass Wettbewerber eines Unternehmens bei der Suche nach dessen Unternehmensnamen via Suchmaschinen durch bestimmte Geschäftspraktiken missbräuchlich profitieren.

52. Die Monopolkommission stellt heraus, dass bei der suchgebundenen Werbung zwischen etwaigen Missbräuchen des Plattformbetreibers einerseits und (marken- bzw. lauterkeitsrechtlichen) Wettbewerbskonflikten zwischen den Plattformnutzern – wenn diese Werbung schalten – andererseits zu unterscheiden ist. Als ein mögliches Beispiel für den „Markenmissbrauch“ bei der Internetsuche nennt sie die Suche nach Hotel- oder Flugbuchungsportalen über Plattformen und in diesem Zusammenhang bei den Plattformbetreibern durch Plattformnutzer (vorgenannte konkurrierende Portalbetreiber) geschaltete Werbeanzeigen. So könnte ein Portalbetreiber als Inserent einer Werbeanzeige bei der Plattform Schlüsselwörter benennen, die der Marke eines anderen Portalbetreibers ähnlich sind, um zu erreichen, dass der Suchalgorithmus der Plattform eine Verbindung zu der Marke des anderen Portalbetreibers herstellt. Dies würde dem Inserenten nutzen, da sein eigenes Portal (und das entsprechende „Ranking“ im Rahmen der angezeigten Werbeanzeigen) größer gewichtet würde, obwohl sich die Suchanfragen eigentlich auf ein Konkurrenzportal beziehen. Aus Sicht der Monopolkommission hat der deutsche Gesetzgeber im GWB-Digitalisierungsgesetz zu Recht darauf verzichtet, weitere Regelungen zu dem genannten Problem zu entwickeln. Die bereits bestehenden marken- und lauterkeitsrechtlichen Regelungen, die etwa über Irreführungsverbote Schutz böten, seien ausreichend. Die Marktteilnehmer könnten diese Regeln bei Bedarf zivilrechtlich durchsetzen. Die Monopolkommission sieht keinen weitergehenden Regelungsbedarf.

Die Bundesregierung begrüßt es, dass die Monopolkommission sehr zeitnah zur Bitte des Deutschen Bundestages in ihrem Hauptgutachten Stellung dazu genommen hat, ob vor dem Hintergrund eines etwaigen „Markenmissbrauchs“ bei der Internetsuche gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht. Die Bundesregierung stimmt der Analyse der Monopolkommission zu und sieht derzeit keinen gesetzgeberischen Handlungsbedarf.

