

Wettbewerb 2018

Zweiundzwanzigstes Hauptgutachten
der Monopolkommission
gemäß § 44 Abs. 1 Satz 1 GWB

Kurzfassung

Kapitel I

Aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik

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

K1. Die Leistungen von Arzneimittelgroßhändlern und Apothekern sind hierzulande umfassend reguliert. Zwar setzt die bestehende Regulierung die Mechanismen des Marktes nicht völlig außer Kraft, doch verändert sie den hier stattfindenden Wettbewerb erheblich. Ein wichtiger Bestandteil der Regulierung in diesem Zusammenhang ist die Festlegung der Apothekenabgabepreise solcher Arzneimittel, die zulasten der gesetzlichen Krankenversicherung abgegeben werden. Zu den Medikamenten, für die ein einheitlicher Apothekenabgabepreis gilt, zählen vor allem solche, die zugleich nur auf Rezept abgegeben werden (auch als Rx-Arzneimittel bezeichnet). Für sie gibt der Gesetzgeber in der Arzneimittelpreisverordnung (AMPreisV) die Handelsspannen für Großhändler und Apotheken auf Basis einer Kostenkalkulation vor. Die Kalkulation fester Preise auf dieser Grundlage hat Auswirkungen auf die sich am Markt einstellenden Ergebnisse, wie z. B. die räumliche Verteilung der Apotheken und den finanziellen Aufwand der Patienten und des Krankenversicherungssystems.

K2. Festzustellen ist, dass eine Regulierung gerade im pharmazeutischen Sektor aufgrund der enormen gesundheitlichen Gefahren einer Fehlmedikation grundsätzlich besonders berechtigt sein kann. Allerdings rechtfertigt dies nur eine solche Regulierung der Arzneimittelversorgung, die zielgenau der angemessenen Eindämmung entsprechender Risiken dient, da andernfalls die Gefahr eines ineffizienten bzw. verzerrten Preis- und Leistungsniveaus besteht. Die Frage, ob gerade die Beschränkung des Preiswettbewerbs in der bestehenden Form angemessen ist, ist zuletzt durch verschiedene Entwicklungen erneut in den Fokus der Diskussion gerückt. Dies betrifft zunächst ein Urteil des Europäischen Gerichtshofs aus dem Herbst 2016, das ausländischen Versandapotheken ermöglicht, deutschen Kunden bei der Bestellung von Rx-Arzneimitteln Rabatte zu gewähren und damit von der deutschen Preisregulierung abzuweichen. Im darauffolgenden Jahr hat zudem der Bundesgerichtshof bestätigt, dass die in der deutschen Preisregulierung festgelegten Großhandelszuschläge vollumfänglich rabattfähig sind. Vor allem im Zusammenhang mit der Diskussion um das Urteil des Europäischen Gerichtshofs ist schließlich auch eine Debatte um das Vergütungssystem in der Arzneimitteldistribution entstanden, die sich auch auf die Frage nach der Sicherstellung einer flächendeckenden Versorgung mit Apothekendiensten und die Aufrechterhaltung des Versandhandels für Rx-Arzneimittel erstreckt.

K3. Argumente, die für eine Preisregulierung oder gar ein Versandhandelsverbot sprechen könnten, sind insbesondere die Einflüsse auf die Beratungsqualität und die flächendeckende Versorgung. Die vorliegende Untersuchung kommt jedoch zu dem Ergebnis, dass die Fortführung des bestehenden Systems der Arzneimittelpreisverordnung und eine den Preiswettbewerb ausschließende Vorgabe von Preisen auf Basis einer Kostenkalkulation auch vor dem Hintergrund dieser Argumente nicht zu empfehlen sind. Stattdessen sollte das Vergütungssystem strukturell so verändert werden, dass nur der Teil der Apothekenvergütung, der vor allem die isolierte Beratungsleistung betrifft, weiterhin fixiert wird. Dieser Teil ist zudem auch durch die gesetzliche Krankenversicherung zu tragen und gegebenenfalls auch von dieser zu verhandeln. Der übrige Teil der Finanzierung betrifft Serviceleistungen (bei Apotheken z. B. sehr kurze Distanzen aufgrund des Standorts, die Anzahl des Personals für kurze Wartezeiten, die Apothekenzeitung oder die Geschäftsausstattung). Die Höhe der Vergütung dieser Leistungen durch den Patienten ist Teil des Wettbewerbsprozesses und sollte individuell von den Apotheken festgelegt werden.

K4. Zur Umgestaltung des Vergütungssystems sollte es den Apotheken in einem ersten Schritt gestattet werden, die Zuzahlungen gesetzlich krankenversicherter Patienten für Rx-Arzneimittel durch die Gewährung von Rabatten zu reduzieren. Aufgrund des höheren Wettbewerbsdrucks in Ballungsräumen, in denen viele Apotheken tätig sind, ist zu erwarten, dass daraufhin vor allem in diesen Regionen Rabatte eingeräumt werden. Dadurch würde das Vergütungssystem auch zu einer regionalen Verteilung der Apotheken beitragen, bei der ländliche Regionen gegenüber Ballungszentren stärker begünstigt werden, als dies heute der Fall ist. Sofern die Versorgung mit niedergelassenen Apotheken in ländlichen Regionen darüber hinaus gesichert werden soll, sind dazu spezifische wettbewerbskompatible Maßnahmen zu ergreifen. Auf das im Koalitionsvertrag vorgesehene Verbot des Versandhandels mit verschreibungspflichtigen Arznei-

mitteln sollte indes verzichtet werden, da der Versandhandel ein wichtiger Baustein der Versorgungsstruktur ist. Es sollte geprüft werden, ob durch den weiteren Abbau von Versorgungsbeschränkungen im Versandhandel (Verbot von Pick-up-Stellen und Arzneimittelautomaten) dieser auch für eine nachhaltige Verbesserung der flächendeckenden Versorgung aktiviert werden kann.

Kartellrechtliche Ausnahmeregelungen

K5. Der deutsche Gesetzgeber hat seit dem XXI. Hauptgutachten eine Reihe gesetzlicher Ausnahmen vom deutschen Kartellrecht definiert. Zurzeit wird außerdem die gesetzliche Betrauung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse bei Kooperationen zur Herstellung und Verbreitung von Angeboten im Sinne der §§ 11a bis g RStV diskutiert. Im Koalitionsvertrag für die 19. Legislaturperiode werden weitere Sonderregelungen ins Auge gefasst.

K6. Die Neueinführung von Ausnahmen von den Wettbewerbsregeln ist aus Sicht der Monopolkommission allerdings grundsätzlich problematisch, da sie mit einer neuen, pauschalen Sonderstellung einzelner Wirtschaftssektoren einhergeht. Wenn bestehende Wirtschaftssektoren vom Kartellrecht ausgenommen werden, kann dies zudem eine abnehmende bzw. fehlende Wettbewerbsfähigkeit der betreffenden Sektoren indizieren. Das gilt auch dann, wenn die Ausnahmen mit besonderen Zielen begründet werden, die sich bei Anwendung der Wettbewerbsregeln möglicherweise nicht erreichen lassen.

K7. Die Presse ist über Verlagskooperationen hinaus Gegenstand einer Sonderbehandlung im deutschen Kartellrecht. Hintergrund ist zum einen, dass die Presse verfassungsrechtliche Funktionen erfüllt. Zum anderen erhöht sich der auf ihr lastende Wirtschaftlichkeitsdruck infolge der Digitalisierung und der sich dadurch ändernden Marktbedingungen. Der neue § 30 Abs. 2b des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) dürfte vor allem für Kooperationen auf den Zeitungsmärkten relevant sein, auf denen die Digitalisierung die größten Umwälzungen mit sich bringt. Diese Kooperationen dürften häufig allerdings bereits durch die damit einhergehenden Effizienzen gerechtfertigt sein, weshalb es einer weitergehenden gesetzlichen Ausnahme nicht bedarf. Der neue § 30 Abs. 2b GWB dürfte sich somit vor allem bei überregional vereinbarten Kooperationen im Rahmen des Zeitungsvertriebs und im Onlinegeschäft auswirken. In diesen Fällen dürfte er wegen des vorrangigen Unionskartellrechts praktisch wirkungslos bleiben. Ein unionsrechtlich gangbarer Weg wäre allenfalls, dass Presseunternehmen mit Aufgaben betraut werden, bei deren Verfolgung sie im Einzelfall nach Art. 106 Abs. 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) von den EU-Wettbewerbsregeln freigestellt sein könnten.

K8. Die in § 35 Abs. 2 Satz 3 GWB n. F. neu eingeführte Ausnahmeregelung entzieht wettbewerbslich unbedenkliche ebenso wie bedenkliche Neustrukturierungen in den Kreditverbänden einer fusionskontrollrechtlichen Überprüfung durch das Bundeskartellamt. Damit macht sie allerdings eine stärkere kartellbehördliche Überwachung der Gesamtentwicklung notwendig. Wenn sich die Verbundstrukturen weiter verfestigen sollten, so könnte dies zumindest bei den Sparkassen dazu führen, dass der Verbund oder zumindest Teile davon nicht mehr als Verbund selbstständiger Unternehmen, sondern vielmehr als einheitliches Unternehmen anzusehen wären.

K9. Die Vereinbarkeit von § 46 Abs. 2 Bundeswaldgesetz (BWaldG) mit europäischem Recht sollte im Wege einer Vorlage an den Europäischen Gerichtshof (EuGH) zur Vorabentscheidung geklärt werden. Dessen ungeachtet ist das Vorgehen des Bundeskartellamtes und der Länder, eine Einigung ohne Einbeziehung von § 46 Abs. 2 BWaldG zu suchen, zu begrüßen. Anstatt zu versuchen, die Anwendung der EU-Wettbewerbsregeln durch eine derartige Regelung auszuhebeln, sollten die im Bundeswaldgesetz und den Landeswaldgesetzen definierten Ziele überprüft und grundsätzlich auf Ziele der Daseinsvorsorge und Gefahrenabwehr beschränkt werden, sodass Konflikte mit dem EU-Recht vermieden werden. Das schließt nicht aus, dass der Gesetzgeber forstwirtschaftliche Unternehmen zur Erreichung der zulässigerweise definierten Ziele mit Aufgaben von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut, bei deren Verfolgung sie nach Art. 106 Abs. 2 AEUV im Einzelfall von den Wettbewerbsregeln freigestellt sein können.

K10. In Bezug auf die diskutierte Vorschrift zur Betrauung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten mit kooperativ erbrachten Dienstleistungen ist darauf hinzuweisen, dass eine solche Regelung nichts an der Notwendigkeit einer einzelfallbezogenen Prüfung ändern würde, ob die betreffenden Kooperationen den EU-Wettbewerbsregeln unterliegen und

ob sie nach diesen Regeln zulässig sind. Der Gesetzgeber müsste insofern darlegen, welchen zusätzlichen Nutzen die Regelung – insbesondere für die Erfüllung der besonderen Aufgaben der Rundfunkanstalten – haben würde. Der Gewinn an Rechtssicherheit durch eine solche Regelung wäre somit überschaubar.

Algorithmen und Kollusion

K11. Trotz der zahlreichen Vorteile, die mit der Verwendung von Preisalgorithmen einhergehen, werden zunehmend auch potenzielle Nachteile diskutiert. Wettbewerbshindernde Effekte durch den Einsatz von Preisalgorithmen werden insbesondere im Zusammenhang mit Kollusion für möglich gehalten. Unter Kollusion wird typischerweise ein Marktergebnis verstanden, bei dem Unternehmen durch eine Form von Koordinierung höhere Gewinne als im Wettbewerb erzielen, indem sie etwa Preise oder Mengen koordinieren. Kollusives Verhalten geht daher zulasten der Nachfrager und ist aus gesamtgesellschaftlicher Sicht unerwünscht.

K12. Der Einfluss, den Preisalgorithmen auf Kollusion haben, hängt maßgeblich von den strukturellen Eigenschaften des jeweiligen Marktes sowie weiteren angebots- und nachfrageseitigen Faktoren ab. Je nachdem, wie diese Faktoren ausgestaltet sind, können Preisalgorithmen als weiteres Element Kollusion begünstigen. Verlässliche Aussagen dazu, ob es zukünftig öfter zu Kollusion kommen wird, lassen sich aus heutiger Sicht jedoch nicht treffen. Letztendlich wird Kollusion auch weiterhin vorrangig auf Märkten zu erwarten sein, die entsprechende Voraussetzungen dafür bieten. Hierzu zählen unter anderem hohe Markteintrittshürden, eine eher geringe Anzahl an Unternehmen und eine hohe Markttransparenz.

K13. In datenintensiven Wirtschaftsbereichen wie der Internetwirtschaft können Preisalgorithmen Kollusion erleichtern, indem kollusives Verhalten automatisiert und damit technisch beschleunigt wird. Beispielsweise können sie Kollusion stabilisieren, indem Informationen über die Preise der Wettbewerber gesammelt und Abweichungen vom kollusiven Marktergebnis schneller sanktioniert werden. Der Einsatz von Preisalgorithmen kann zudem explizite wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen bzw. Verhaltensabstimmungen entbehrlich machen. Bei selbstlernenden Algorithmen ist schließlich die maßgebliche unternehmerische Entscheidung auf den Zeitpunkt der Entscheidung über den Preisalgorithmus vorverlagert und wird nicht erst im Rahmen der Preissetzung getroffen.

K14. Die Entdeckung kollusiven Verhaltens aufseiten der Unternehmen durch Kartellbehörden ist regelmäßig schwierig. Dies betrifft zunächst die Feststellung der abgestimmten Verhaltensweisen als solches. Diese Schwierigkeiten werden beim Einsatz von Preisalgorithmen tendenziell zunehmen. Dies betrifft zudem den Nachweis einer möglichen Preisüberhöhung.

K15. Daher sollten die Märkte im Hinblick auf Kollusionsrisiken beobachtet werden. Die Monopolkommission hält es insbesondere für geboten, die Marktbeobachtung im Wege kartellbehördlicher Sektoruntersuchungen zu verstärken. Da Informationen über möglicherweise kollusiv überhöhte Preise am ehesten bei den Verbraucherschutzverbänden anfallen, empfiehlt die Monopolkommission, den Verbraucherschutzverbänden ein Recht einzuräumen, die Durchführung kartellbehördlicher Sektoruntersuchungen zu initiieren. Die Ablehnung des Antrags wäre durch die Kartellbehörde näher zu begründen. Sollten sich im Rahmen der Marktbeobachtung konkrete Hinweise darauf ergeben, dass die Verwendung von Preisalgorithmen zum einen kollusive Marktergebnisse in beträchtlichem Umfang begünstigt und dass zum anderen die Durchsetzung der Wettbewerbsregeln dauerhaft unzureichend ist, könnte eine Beweislastumkehr in Bezug auf den durch einen wettbewerbsrechtlichen Verstoß verursachten Schaden in Betracht gezogen werden. Denn dadurch kann die Haftung für die Vermögensnachteile, die der kollusive Einsatz von Preisalgorithmen mit sich bringen kann, im Zweifel den Verwendern solcher Algorithmen zugewiesen werden.

K16. Zuletzt werden Preisalgorithmen häufig nicht von den mit dem Vertrieb befassten Unternehmen selbst entwickelt, sondern von IT-Dienstleistern mit einer speziellen Expertise bereitgestellt. Die Frage, ob ein solcher Dritter für wettbewerbsrechtliche Verstöße haftet, ist typischerweise von der Verantwortlichkeit der Unternehmen, die den Algorithmus zur Preisfindung einsetzen, abhängig. Damit können IT-Dienstleister entweder einer besonders weitreichenden Haftung unterliegen oder umgekehrt von Haftungslücken profitieren, je nachdem, ob die Entscheidung über die Ausgestaltung des konkreten Preisalgorithmus eher bei den Verwendern oder bei dem jeweiligen IT-Dienstleister liegt. Die Haftung solcher Dritter sollte grundlegend überprüft werden.

Kapitel II

Stand und Entwicklung der Unternehmenskonzentration in Deutschland

K17. Die Monopolkommission hat laut § 44 Abs. 1 Satz 1 GWB die Aufgabe, alle zwei Jahre den Stand und die Entwicklung der Unternehmenskonzentration in der Bundesrepublik Deutschland zu beurteilen. Im Rahmen ihres gesetzlichen Auftrags ermittelt sie seit Beginn der Berichterstattung die 100 größten Unternehmen in Deutschland zur Beurteilung der aggregierten, d. h. branchenübergreifenden, gesamtwirtschaftlichen Konzentration. Als Indikator für den Stand der aggregierten Konzentration wird der Anteil der „100 Größten“ an der gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfung verwendet. Im Berichtsjahr 2016 liegt dieser Anteil bei 14,9 Prozent und ist damit gegenüber dem Berichtsjahr 2014 mit 0,7 Prozentpunkten vergleichsweise deutlich gesunken. Der tendenziell rückläufige Trend seit Beginn der Berichterstattung setzt sich somit im aktuellen Berichtszeitraum fort. Weitere Indikatoren weisen ebenfalls auf eine Abnahme der aggregierten Unternehmenskonzentration hin. So ist auch in Bezug auf die Verflechtungen zwischen den „100 Größten“ für das Berichtsjahr 2016 eine Fortsetzung des tendenziell rückläufigen Trends festzuhalten. Dieser äußert sich in einem Rückgang der Anzahl an Unternehmen, die mit mindestens einem weiteren Unternehmen über Kapitalanteile verbunden waren, auf 32 Unternehmen (nach 38 im Berichtsjahr 2014). Auch die Verbindungen von Unternehmen über Geschäftsführungsmitglieder sind von 45 Verbindungen im Jahr 2014 auf nur noch 34 Verbindungen im Jahr 2016 deutlich zurückgegangen.

K18. Die Konzentrationsberichterstattung wird im vorliegenden Gutachten um zwei weitere aktuelle Aspekte ergänzt. So wird in den USA eine langfristige Zunahme von Unternehmenskonzentration und Marktmacht beobachtet und ein entsprechender wettbewerbspolitischer Handlungsbedarf diskutiert. Zur Analyse der Übertragbarkeit dieser Beobachtung auf Deutschland und Europa hat die Monopolkommission unter anderem konzentrationsstatistische Kennzahlen ausgewertet und unternehmensspezifische Preisaufschläge ermittelt. Die Entwicklung der Konzentration in Deutschland weist keinen ansteigenden Trend auf, wie dies in den USA der Fall ist. Im Gegensatz zur relativ konstanten Konzentrationsentwicklung steigt jedoch der durchschnittliche Preisaufschlag in Deutschland seit 2013 und lag 2015 auf einem höheren Niveau als noch vor der Finanz- und Wirtschaftskrise in 2007. Das Bild für Deutschland unterscheidet sich jedoch deutlich von dem für die USA, wo ein – zudem deutlich stärkerer – Anstieg von Preisaufschlägen vor allem in den Sektoren zu beobachten ist, die bereits hohe Preisaufschläge vorweisen.

K19. Zudem wird die Möglichkeit diskutiert, dass indirekte Unternehmensverflechtungen über institutionelle Investoren wettbewerbsbeeinträchtigende Auswirkungen haben. Die Monopolkommission hat sich erneut mit diesem Thema beschäftigt und sieht weiterhin ein schwerwiegendes Problempotenzial. Grund hierfür ist, dass indirekte Unternehmensverflechtungen innerhalb eines Marktes über gemeinsame institutionelle Investoren die Wettbewerbsintensität zwischen den Wettbewerbern beeinträchtigen können, indem ein koordiniertes Verhalten vereinfacht wird oder einzelne Wettbewerber einseitig auf intensiven Wettbewerb verzichten. Die Monopolkommission hält es derzeit jedoch für verfrüht, weitreichende (wettbewerbs)rechtliche oder regulatorische Maßnahmen zu ergreifen. Die Monopolkommission begrüßt allerdings die Ankündigung der Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission, sich dem Thema ausführlicher zu widmen. Positiv zu bewerten sind auch die Bestrebungen, mögliche Effekte indirekter Horizontalverflechtungen im Rahmen der ohnehin erfolgenden fusionskontrollrechtlichen Prüfung von Zusammenschlussvorhaben zu berücksichtigen.

K20. Insgesamt stellt die Monopolkommission für die Unternehmenskonzentration in Deutschland keinen besorgniserregenden Trend fest. Insbesondere die untersuchten Konzentrationskennzahlen entwickeln sich konstant bis rückläufig. Allein der beobachtete Anstieg von Preisaufschlägen sowie die Unternehmensverflechtungen über indirekte Minderheitsbeteiligungen schränken den Eindruck einer tendenziell konstanten Entwicklung der Wettbewerbsintensität in der Bundesrepublik Deutschland ein. Diesen Anstieg gilt es auch zukünftig zu beobachten.

Kapitel III

Würdigung der kartellrechtlichen Entscheidungspraxis

K21. In Kapitel III (vormals Kapitel IV) des Hauptgutachtens entwickelt die Monopolkommission auf der Grundlage der deutschen und europäischen kartellrechtlichen Entscheidungspraxis in den Berichtsjahren 2016/2017 Handlungsempfehlungen an Gesetzgeber und Kartellbehörden.

K22. Mit der zunehmenden Bedeutung internetbasierter Geschäftsmodelle hat in der kartellbehördlichen Praxis auch die Frage nach der richtigen Abgrenzung mehrseitiger Plattformmärkte an Relevanz gewonnen. Die Monopolkommission begrüßt die im Rahmen der 9. GWB-Novelle vorgenommenen Klarstellungen, sieht jedoch aktuell keinen Bedarf nach weiteren gesetzlichen Regelungen in diesem Bereich.

K23. Anlässlich aktueller Fallpraxis untersucht die Monopolkommission neue Entwicklungen bei wettbewerblichen Schadenstheorien und beschäftigt sich in diesem Zusammenhang mit dem Verhältnis von Datenschutz und Missbrauchsaufsicht, dem Innovationswettbewerb, Netzwerkeffekten sowie „schleichenden Übernahmen“. Sie empfiehlt unter anderem eine zurückhaltende Anwendung des Missbrauchsverbots im Hinblick auf den Umgang mit Daten und eine Anpassung der Horizontal-Leitlinien der Europäischen Kommission auf Basis der Erkenntnisse zum Innovationswettbewerb.

K24. Prozessvergleiche, die eine Rücknahme von Rechtsbehelfen in Wettbewerbsfällen zur Folge haben, können den Wettbewerb beschränken. Sie sollten von den Kartellbehörden jedenfalls dann einer genauen Prüfung unterzogen werden, wenn schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkungen in Rede stehen, hohe Gegenleistungen für die Rücknahme von Rechtsmitteln geleistet werden oder die Vergleichsparteien dem Rechtsmittel hohe Erfolgsaussichten beimessen.

K25. Der Europäische Gerichtshof hat in seinem Urteil in der Rechtssache Coty verschiedene Fragen im Zusammenhang mit Vertriebsverträgen geklärt. Die Entscheidung enthält insbesondere Ausführungen zur kartellrechtlichen Relevanz der Pflege eines bestimmten Produkt- bzw. Markenimages sowie zur Bewertung von Drittplattformverboten. Die Monopolkommission begrüßt die Klärung dieser Fragen durch den Europäischen Gerichtshof. Sie spricht sich unter anderem für eine kartellrechtliche Anerkennung des Images auch von Markenprodukten jenseits des Luxussegments aus.

K26. Die Zentralvermarktung der Übertragungsrechte für die UEFA Champions League für die Spielzeiten ab 2018/19 erscheint aus wettbewerblicher Sicht – auch im Vergleich mit der früheren Vermarktung von Fußballwettbewerben – kritisch. Die Monopolkommission empfiehlt dem Bundeskartellamt, die Vermarktung der Champions League in Zukunft kartellbehördlich zu begleiten und insbesondere darauf hinzuwirken, dass die Vermarktungsmodelle ausreichend wettbewerbliche Elemente aufweisen und eine Beteiligung der Verbraucher sichergestellt ist.

K27. In der jüngeren Rechtsprechung wurde der von Kartellanten in Zivilrechtsstreitigkeiten erhobene Einwand der Schadensweitergabe teilweise mit im Einzelfall wenig überzeugenden Argumenten ausgeschlossen. Die Zulassung des sog. „Passing-on“-Einwands in diesen Fällen könnte allerdings zu einer unbilligen Entlastung der Kartellanten führen. Nach der Auffassung der Monopolkommission kann diesem Risiko begegnet werden, indem die private Kartellrechtsdurchsetzung für Verbraucher durch die Einführung einer allgemeinen Gruppenklage gestärkt wird.

K28. Im Hinblick auf die Änderungen des Ministererlaubnisverfahrens anlässlich der 9. GWB-Novelle ist die Einführung einer vergleichsweise kurzen Soll-Frist für die obligatorische Stellungnahme der Monopolkommission problematisch. Darüber hinaus setzt die Einschränkung des Rechtsschutzes Dritter gegen Ministererlaubnisentscheidungen ein falsches Signal. Die Monopolkommission empfiehlt deshalb, die entsprechenden Regelungen im Zuge der nächsten GWB-Reform wieder aus dem Gesetz zu streichen.

K29. Die Notwendigkeit einer allgemeinen behördlichen Durchsetzung des Verbraucherschutzes in Deutschland ist umstritten. Sofern eine Verbraucherschutzbehörde auf Bundesebene geschaffen wird, bestehen Gründe für und gegen eine Übertragung von Durchsetzungsbefugnissen im Verbraucherschutz an das Bundeskartellamt. Wenn eine Aufgabenerweiterung des Bundeskartellamtes erfolgt, sollte innerhalb der Behörde eine organisatorische Trennung zwischen der Anwendung von Verbraucherschutzrecht und Wettbewerbsrecht vorgesehen werden.

Kapitel IV

Wettbewerb audiovisueller Medien im Zeitalter der Konvergenz

K30. Die Monopolkommission untersucht in dem vorliegenden Kapitel die Markt- und Wettbewerbsentwicklung im Bereich audiovisueller Medien. Die Schwerpunkte der Analyse liegen auf den Online-Aktivitäten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks sowie dem bestehenden regulatorischen Rahmen für audiovisuelle Mediendienste.

K31. Der deutsche Staat und die Rundfunkanstalten müssen bei Online-Angeboten verfassungs- und unionsrechtliche Grenzen beachten. Die Rundfunkanstalten erfüllen zwar einen Grundversorgungsauftrag, der eine Bestands- und Entwicklungsgarantie umfasst. Allerdings sind die Rundfunkanstalten nicht nur verfassungsrechtlich berechtigt, sondern grundsätzlich auch unionsrechtlich verpflichtet, den Grundversorgungsauftrag so zu konkretisieren, dass private Wettbewerber ihre Tätigkeiten planen können und dass eine Kontrolle möglich ist. Den Staat trifft diesbezüglich eine Gewährleistungsverantwortung.

K32. Nach dem Beihilfekompromiss zwischen der EU und Deutschland (2007) handelt es sich bei der Finanzierung der Rundfunkanstalten um bestehende Beihilfen, die laufend auf ihre Vereinbarkeit mit dem EU-Binnenmarkt zu überprüfen sind. Die Parameter für die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Online-Angebots lassen Bewertungsspielräume bestehen. Dadurch wird eine Finanzierung von Aktivitäten, mit denen die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten Wettbewerber durch Ausübung von Marktmacht verdrängen können, nicht ausgeschlossen. Der Drei-Stufen-Test, durch den die Einhaltung des Beihilfekompromisses auf nationaler Ebene sichergestellt wird, weist Mängel auf, die seine praktische Wirksamkeit nicht unerheblich beeinträchtigen.

K33. Abgesehen von den beihilferechtlichen Anforderungen sind bei der Ausweitung öffentlich-rechtlicher Online-Angebote weitere Grenzen zum Wettbewerbsschutz zu beachten. Die Rundfunkanstalten dürfen namentlich andere Medienunternehmen nicht unter missbräuchlicher Ausnutzung von Marktmacht aus dem wirtschaftlichen und publizistischen Wettbewerb verdrängen. Eine solche Verdrängung ist möglich, soweit die Rundfunkanstalten ihr Angebot nicht auf gesellschaftlich-kulturell relevante Inhalte beschränken, die einen Mehrwert gegenüber den privat angebotenen Inhalten aufweisen (sog. „Public-Value“-Inhalte). Solche Aktivitäten könnten private Medienunternehmen mit eigenen Online-Angeboten wirtschaftlich behindern und gegebenenfalls auch die Rundfunk- bzw. Pressefreiheit solcher Medienunternehmen verletzen. Auch die sich jüngst abzeichnenden Anpassungen des Rundfunkstaatsvertrags beachten das nicht hinreichend.

K34. Die Medienkonvergenz und die Markteintritte neuer Anbieter audiovisueller Medien, vor allem im Online-Medienbereich, haben zu einer Steigerung der Wettbewerbsintensität geführt. Hiermit geht tendenziell eine Erhöhung der Meinungsvielfalt einher, deren Sicherstellung ein wichtiges Ziel der Medienregulierung ist. Die Regulierung hat mit der Marktentwicklung sowie dem veränderten Nutzungsverhalten der Konsumenten jedoch nicht Schritt gehalten. Sie sollte daraufhin überprüft werden, ob sie den damit verfolgten Zielen (insb. dem Schutz der Meinungs- und Willensbildung) noch zugutekommt, ohne die Wettbewerbsbedingungen unverhältnismäßig zu verzerren. Insgesamt ergeben sich Spielräume zur Modifikation und Reduzierung der Medienregulierung.

K35. Auf nationaler Ebene ist vor allem die Ausgestaltung der Medienkonzentrationskontrolle zu überprüfen. In der rundfunkrechtlichen Plattformregulierung erscheinen die diskutierten Regelungen zur privilegierten Auffindbarkeit und die bestehenden Belegungsvorgaben bzw. Must-Carry-Regelungen für infrastrukturegebundene Plattformen (z. B. Kabelnetzbetreiber) verzichtbar. Nicht erforderlich ist derzeit auch eine medienrechtliche Regulierung von Intermediären (z. B. Suchmaschinen, soziale Netzwerke) zur Sicherung der Meinungsvielfalt.

K36. Auf europäischer Ebene wird die Novellierung der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste (AVMD-Richtlinie) zu einer Annäherung der Wettbewerbsbedingungen für lineare und nicht-lineare Mediendienste führen. Mit Blick auf die Vorgaben zur Werberegulierung wäre es indes vorzugswürdig, die quantitativen Werbebeschränkungen für Fernsehveranstalter abzuschaffen. Die Mindestquote für europäische Werke für VoD-Dienste ist zumindest in ihrer derzeitigen Ausgestaltung fragwürdig. Die Ausweitung des Ursprungslandsprinzips und der kollektiven Rechtswahrnehmung in der geplanten SatCab-Verordnung ist bisher nicht wettbewerbsneutral ausgestaltet. In den geplanten Datenschutzregelun-

gen (v. a. ePrivacy-Verordnung) ist ein fairer Ausgleich zwischen den personenbezogenen Interessen der Nutzer und den wirtschaftlichen Interessen der Unternehmen anzustreben.