

## Pressemitteilung

1. Die Monopolkommission hat dem Bundeswirtschaftsminister ihr Hauptgutachten 2000/2001 überreicht. Dieses vierzehnte Hauptgutachten trägt den Titel „**Netzettbewerb durch Regulierung**“.
2. Die Monopolkommission hat seit langem kritisiert, dass durch die bisherige, auf den Angaben der amtlichen Statistik beruhende Berichterstattung die *Konzentration in der Wirtschaft* erheblich unterschätzt wird, da keine Rücksicht auf Konzern- und Gruppenbildungen der Unternehmen genommen wird. Eine zum 1. Januar 2001 in Kraft getretene Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) trägt dieser Kritik Rechnung und beauftragt Monopolkommission und Statistisches Bundesamt, in gemeinsamer Arbeit Konzern- und Gruppenbildungen in die Konzentrationsberichterstattung einzubeziehen. Im Rahmen dieses Auftrags hat die Monopolkommission mit den in privaten Datenbanken enthaltenen Angaben über Kapitalverflechtungen die Gruppenzugehörigkeit deutscher Unternehmen erfasst. Die wirtschaftliche Bedeutung der Gruppenbildung zeigt sich unter anderem in dem Befund, dass ca. 450.000 Unternehmen als kontrollierte Tochtergesellschaften zu Unternehmensgruppen gehören. Die Gruppen- und Konzernbildung ist ein grundlegendes Organisationsprinzip der deutschen Wirtschaft.

Die vom Gesetzgeber geforderte Konzentrationsberichterstattung auf der Grundlage der Verflechtungsdaten der Monopolkommission kann gleichwohl noch nicht vorgelegt werden. Das Statistische Bundesamt ist in seiner Arbeit bislang nicht über erste Ansätze von Tests zur Datenverknüpfung hinausgelangt. Daher ist es auch nicht möglich, dem Deutschen Bundestag, wie von diesem gefordert, über Erfahrungen und empirische Ergebnisse der neuen Regelung zu berichten und gegebenenfalls Verbesserungsvorschläge zu unterbreiten. Es ist zu hoffen, dass der Auftrag des Gesetzgebers in Zukunft besser erfüllt werden wird. Dazu haben die Statistischen Landesämter kürzlich ihre Bereitschaft erklärt, das Statistische Bundesamt und die Monopolkommission bei der Erfüllung des gesetzlichen Auftrags zu unterstützen.

3. Die Kommentierung der Amtspraxis des Bundeskartellamts betrifft die Missbrauchsaufsicht und die Zusammenschlusskontrolle. Im Mittelpunkt der *Missbrauchsaufsicht* im Berichtszeitraum steht die neue Vorschrift des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB, durch den marktbeherrschende Unternehmen verpflichtet werden, etwaigen Wettbewerbern zu angemessenen Preisen Zugang zu ihren Netzen oder ande-

ren Infrastruktureinrichtungen zu gewähren. Die Durchsetzung dieser Vorschrift droht an verfahrensrechtlichen Problemen zu scheitern. Dies betrifft insbesondere den Umgang mit Preisüberhöhungen bei der *Netzdurchleitung in der Stromwirtschaft*: Das Gesetz setzt aber keinen Maßstab für die Angemessenheit von Preisen, das Bundeskartellamt hat aber im Konfliktfall die Beweislast und muss den Zugang zu Information über die Netzkosten erst gerichtlich erstreiten. Die derzeitige Novellierung des Energiewirtschaftsgesetzes ist geeignet, diese Schwierigkeiten noch zu vergrößern. Die Monopolkommission geht in einem Sonderkapitel ihres Gutachten ausführlich und systematisch auf die Problematik des Netzzugangs ein und diskutiert verschiedene Lösungsansätze.

4. Einen Schwerpunkt bildet die *Energiewirtschaft* auch im Rahmen der *Zusammenschlusskontrolle*. Die Genehmigung der Zusammenschlüsse VEBA/VIAG durch die Europäische Kommission und RWE/VEW durch das Bundeskartellamt im Jahre 2000 hat die Konzentration in der Stromwirtschaft auf bedenkliche Weise verstärkt. Der Versuch, durch wettbewerbspolitische Auflagen einen vierten großen Spieler als zusätzliches Gegengewicht zu E.ON und RWE zu schaffen, hat bislang keinen erkennbaren Erfolg gezeitigt. Die Skepsis der Monopolkommission gegenüber solchen Versuchen zur gestaltenden Steuerung der Industriestruktur durch die Wettbewerbsbehörden wird vielmehr durch die Erfahrung bestätigt. Neben diesen horizontalen Zusammenschlüssen des Jahres 2000 hat im Berichtszeitraum auch die vertikale Integration in der Energiewirtschaft zugenommen, vor allem durch zahlreiche gesellschaftsrechtliche Beteiligungen der Verbundunternehmen an Stadtwerken. Die Monopolkommission befürchtet, dass die positiven Wirkungen der Energiemarktliberalisierung durch diese Form der vertikalen Integration unterlaufen werden, da die mit den Beteiligungen verbundenen Möglichkeiten der Einflussnahme zu einer Verschließung der Märkte führen können. Sie hält es für problematisch, dass eine derart systematisch und in großem Stil betriebene Politik der Vorwärtsintegration der Verbundunternehmen wettbewerbspolitisch insofern kaum erfasst wird, als die betreffenden Beteiligungen unter den Schwellenwerten des GWB liegen bzw. die betreffenden Märkte bei Einzelbetrachtung unter die Bagatellgrenze des GWB fallen.

Das Bundeskartellamt hatte außerdem mehrere Zusammenschlüsse im Bereich der *Breitbandkabelnetze* zu prüfen. Die Monopolkommission hält die vom Bundeskartellamt hervorgehobenen Probleme einer vertikalen Integration der Netzebenen 3 und 4 für weniger schwerwiegend und bedauert, dass die mit der Aufhebung der Eigentümerschaft der Deutschen Telekom an den Breitbandkabelnetzen verbundene Möglichkeit eines Infrastrukturwettbewerbs bei der letzten Meile für Telekommunikation und Internetzugang zunächst wieder in weite Ferne gerückt ist.

5. Während des Berichtszeitraums wurde die zweite Reform der *europäischen Fusionskontrollregeln* eingeleitet. Die Monopolkommission spricht sich gegen das Vorhaben der Europäischen Kommissi-

on aus, die Zuständigkeit Brüssels automatisch in jedem Fall der Mehrfachanmeldung vorzusehen. Für eine Änderung des materiellen Prüfungsmaßstabs oder die Aufnahme einer „efficiency defense“ in die europäische Fusionskontrolle besteht derzeit kein Bedarf. Die geplante Abschaffung der präventiven behördlichen Kontrolle von bestimmten Zusammenschlüssen im Wege einer Gruppenfreistellungsverordnung würde sich negativ auf den Wettbewerbsschutz in Europa auswirken.

Dem *geplanten Systemwechsel im europäischen Kartellverfahrensrecht* steht die Monopolkommission nach wie vor skeptisch gegenüber. Sie spricht sich auch gegen Tendenzen aus, im Bereich der „Daseinsvorsorge“ der Europäischen Kommission die Zuständigkeit für die Festlegung und Anwendung von Kriterien für die Einschränkung der europäischen Wettbewerbsregeln bei Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu entziehen.

6. In einem *Sonderkapitel* des Gutachtens befasst die Monopolkommission sich mit den Herausforderungen, die das Internet für die Wettbewerbspolitik mit sich bringt. Sie kommt zu dem Ergebnis, dass die *Internetwirtschaft* keine wesentlichen Reformen des Wettbewerbsrechts oder der Wettbewerbspolitik erfordert. Aufgrund seines hohen Abstraktionsgrades ist das allgemeine Wettbewerbsrecht flexibel genug, um Besonderheiten der „new economy“ im Einzelfall angemessen Rechnung zu tragen. Von besonderer Bedeutung sind dabei die hohe Innovationsdynamik sowie das verstärkte Auftreten von Netzwerkeffekten, wie sie sich z.B. daraus ergeben, dass der Nutzen einer bestimmten Software um so größer ist, je mehr Leute diese Software benutzen, mit denen man dann ohne Kompatibilitätsprobleme kommunizieren kann. Wo solche Netzwerkeffekte vorliegen, sollten Marktdurchdringungsstrategien, die darauf abzielen, möglichst schnell ausreichend große Zahlen von Abnehmern zu erreichen, nicht von vornherein als missbräuchlich verboten werden. Allerdings ist auch darauf zu achten, dass die auf Netzwerkeffekten beruhenden Markteintrittsbarrieren für Wettbewerber auf ein Minimum reduziert werden. Entsprechend wichtig ist deshalb die Offenhaltung der Märkte, insbesondere auch die Offenhaltung für Innovationswettbewerb. Die Monopolkommission rät daher der Bundesregierung, *keine Ausweitung des Patentschutzes auf Software* vorzusehen und entsprechenden Tendenzen der Europäischen Kommission eine Absage zu erteilen.
7. In einem weiteren *Sonderkapitel* befasst die Monopolkommission sich mit der Handhabung des *Zugangs zu wesentlichen Einrichtungen, insbesondere Netzen*, als Voraussetzung des Wettbewerbs in nachgelagerten Märkten. Sie entwickelt dazu *grundsätzliche Überlegungen* sowie *konkrete Vorschläge*, insbesondere für die *Energiewirtschaft und die Bahn*.
  - In bestimmten Sektoren werden die Wettbewerbsverhältnisse auf absehbare Zeit durch die Möglichkeit des Zugangs zu wesentlichen, nicht wirtschaftlich duplizierbaren Einrichtungen geprägt. Diese Einschätzung betrifft insbesondere die Abhängigkeit des Endkundenwettbewerbs bei Tele-

kommunikation, Post, Strom und Gas vom Zugang zur „letzten Meile“, aber auch die Bedeutung gewisser Leistungen der regionalen und überregionalen Strom- und Gasnetze sowie des Netzes der Bahn.

- *Ohne jegliche regulatorische Intervention*, d.h. bei Netzzugangsgewährung aufgrund von *Einzelverhandlungen* oder frei gesetzten Unternehmenstarifen können die Besitzer der wesentlichen Einrichtungen ihre Monopolposition ausnutzen, um in den nachgelagerten Märkten den Wettbewerb zu behindern und die Leistungen zu verteuern. Korporatistische Lösungen, etwa in Form von *Verbändevereinbarungen*, tendieren dazu, den Wettbewerb durch nicht in die Verhandlungen einbezogene Dritte (ausländische Unternehmen, Handelsunternehmen) zu behindern. Soweit sie die Preissetzung selbst den Parteien überlassen, bieten sie ähnlichen Spielraum zum Missbrauch von Monopolmacht wie Einzelverhandlungen.
- Eine *Ex-post-Missbrauchsaufsicht* entsprechend der Regelung des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB hat grundlegende Schwächen, die ihre Effektivität und Effizienz in Frage stellen. Bei der Gewährung des Zugangs zu einer wesentlichen Einrichtung geht es nicht nur um das Ob, sondern auch um die qualitativen und preislichen Bedingungen. Soweit das Bundeskartellamt, wie vom Oberlandesgericht Düsseldorf im Fall des Zugangs zum Hafen Puttgarden verlangt, diese Bedingungen im Einzelnen festzulegen hat, trägt es die Beweislast, ohne eine ausreichende Informationsbasis zu haben. Die betroffenen Unternehmen haben viele Möglichkeiten, die Intervention des Kartellamts durch Verweigerung oder Verzögerung der Herausgabe von Information zu behindern. In der Energiewirtschaft werden diese Schwierigkeiten durch die Novellierung des Energiewirtschaftsgesetzes noch vergrößert.
- Eine *Ex-ante-Regulierung* vermeidet diese Verfahrensprobleme und bietet mehr Möglichkeiten, den Zugang zu Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen effektiv und effizient durchzusetzen. Ex-ante-Regulierung bietet auch bessere Möglichkeiten, den typischerweise hohen Fixkosten- und Gemeinkosten der wesentlichen Einrichtungen auf flexible, die Effizienz fördernde Weise Rechnung zu tragen.
- In der Abwägung zwischen diesen Vorteilen und den Kosten der Regulierung empfiehlt die Monopolkommission die *Einführung einer Ex-ante-Regulierung des Zugangs zu Netzen* und anderen Infrastruktureinrichtungen, wenn diese als natürliche Monopole auf absehbare Zeit von entscheidender Bedeutung für die Entwicklung funktionsfähigen Wettbewerbs in den nachgelagerten Märkten sind. Dies gilt derzeit neben den bereits der Ex-ante-Regulierung unterliegenden Sektoren *Telekommunikation und Post* speziell für die *Strom- und Gaswirtschaft und für die Bahn*.
- Um einer möglichen Vereinnahmung der Regulierungsinstanzen durch die Regulierten („regulatory capture“) entgegenzuwirken, empfiehlt die Monopolkommission die Einrichtung einer *allgemeinen Regulierungsbehörde für Netzsektoren*, in welche die bestehende Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post einzubringen wäre. Innerhalb dieser Behörde sollte durch Personalrotation dafür gesorgt werden, dass die Beziehungen einzelner Personen zu einzelnen Sektoren und Unternehmen sich nicht allzu sehr verfestigen.
- Ein Einbezug der Ex-ante-Regulierung in das Bundeskartellamt ist *nicht* zu empfehlen. Hier wäre zu befürchten, dass mit der Zeit der aktiv gestalterische Denkansatz der Ex-ante-Regulierung die weitgehend auf Verboten beruhende Vorgehensweise der Wettbewerbsaufsicht nach dem GWB überlagern und verdrängen könnte.
- Für die *Handhabung der Preisregulierung* empfiehlt die Monopolkommission ein mehrstufiges Vorgehen. Dabei wäre zu unterscheiden zwischen der Festsetzung eines Preissetzungsmodells durch allgemeine Regulierungsgrundsätze für die Verfahren der Zurechnung von Fixkosten und Gemeinkosten einerseits und der Implementierung des Modells in der Einzelentscheidung ande-

rerseits. Die gerichtliche Prüfung sollte sich dann einerseits auf die Prüfung der Rechtmäßigkeit der allgemeinen Regulierungsgrundsätze und andererseits auf die Prüfung der Konsistenz der Einzelentscheidung mit diesen Grundsätzen beschränken. Eine darüber hinausgehende materielle Prüfung der Einzelpreise würde entfallen.

- Bei der *Bahn* empfiehlt die Monopolkommission eine *eigentumsmäßige Separierung* der wesentlichen Einrichtungen in Form einer Netz AG. Auch die Netz AG ist einer Ex-ante-Regulierung zu unterwerfen, solange die staatseigenen Betriebsgesellschaften nicht vollständig privatisiert sind und die Netzgesellschaft vollständig unabhängig von den Betriebsgesellschaften betrieben wird.
- Bei *Zugangstatbeständen mit einem Einzelfallcharakter* sieht die Monopolkommission keine Vorteile einer Ex-ante-Regulierung. Sie sieht aber relevante *Verbesserungsmöglichkeiten einer Missbrauchsaufsicht* der Kartellbehörden nach § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB in der generellen sofortigen Vollziehbarkeit derartiger Entscheidungen. Ferner sollten auf der Ebene der Kartellbehörden oder der ersten gerichtlichen Instanz Entscheidungshelfer eingebunden werden, die die Identifikation sachadäquater Lösungen unterstützen. Darüber hinaus unterbreitet die Monopolkommission konkrete Vorschläge zur Vereinheitlichung der Entscheidungspraxis zwischen Regulierung und Wettbewerbsaufsicht.

8. In den Sektoren *Telekommunikation, Post und Energiewirtschaft* haben sich weitere Novellierungen des gesetzlichen Rahmens ergeben. Diese lassen allerdings *keine wesentlichen Fortschritte für die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs* erkennen. Im Bereich der leitungsgebundenen Energiewirtschaft ist aufgrund einer Schwächung der kartellrechtlichen Eingriffsmöglichkeiten sogar mit Rückschritten zu rechnen.

Einen wettbewerbspolitischen Rückschritt sieht die Monopolkommission auch in der Schaffung eines *Tarifreuegesetzes*. Sie hält dieses für ordnungspolitisch verfehlt und sieht darin eine Behinderung des Wettbewerbs um öffentliche Aufträge.

Deregulierungserfordernisse bestehen weiterhin bezüglich des *Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb*. Eine Novellierung dieses Gesetzes sollte klarstellen, dass Preiswettbewerb grundsätzlich nicht als unlauterer Wettbewerb im Sinne des Gesetzes zu betrachten ist.