

NETZWETTBEWERB DURCH REGULIERUNG

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

- 2000/2001 -

Kurzfassung

S p e r r f r i s t: F r e i a b M o n t a g, 8. J u l i 2 0 0 2, 1 2.3 0 U h r

Inhaltsverzeichnis

Aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik.....	1*
• Telekommunikation – Reformdiskussion bei unsicherer Wettbewerbsentwicklung.....	1*
• Perspektiven der Wettbewerbsentwicklung im Postmarkt.....	2*
• Regulierung von Rundfunk und Multimedia.....	3*
• Die Novelle des Energiewirtschaftsgesetzes vor dem Hintergrund der aktuellen Entwicklung.....	4*
• Reform des europäischen Kartellverfahrensrechts.....	6*
• „Daseinsvorsorge“ im europäischen Binnenmarkt.....	6*
• Sonderverkäufe nach den Vorschriften des UWG.....	7*
• Tariftreue bei öffentlichen Aufträgen.....	8*
• Übertragung der Entscheidungsbefugnis im Ministererlaubnisverfahren.....	8*
• Berücksichtigung von Unternehmensgruppen in der Konzentrationsberichterstattung: Gesetzlicher Auftrag an die Monopolkommission und das Statistische Bundesamt	9*
I. Der Einfluss der Beteiligungsnetzwerke deutscher Unternehmen auf den Konzentrationsgrad.....	15
II. Ergebnisse der amtlichen Statistik zur Konzentration der Unternehmen und Betriebe.....	17
III. Stand und Entwicklung der Konzentration von Großunternehmen (aggregierte Konzentration).....	18
IV. Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen und Zusammenschlusskontrolle.....	23
V. Das Internet als wettbewerbspolitische Herausforderung.....	40
VI. Der Zugang zu wesentlichen Einrichtungen als Problem der Missbrauchsaufsicht und der sektorspezifischen Regulierung.....	45

Aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik**• Telekommunikation – Reformdiskussion bei unsicherer Wettbewerbsentwicklung**

1.* Die Diskussion um eine Novellierung des Telekommunikationsgesetzes (TKG) im Jahr 2003 hat begonnen. Im Mittelpunkt stehen die Fragen nach dem Anpassungsbedarf an den im Februar 2002 verabschiedeten neuen europäischen Rechtsrahmen und nach den Deregulierungsoptionen, die sich aus der bisherigen Entwicklung des Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten ergeben. Erste Anhaltspunkte für mögliche Reforminhalte liefern die Eckpunkte des Bundesministers für Wirtschaft und Technologie für eine Stellungnahme der Bundesregierung zum Tätigkeitsbericht der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (RegTP) sowie dem Bericht der Monopolkommission gemäß § 81 Abs. 3 TKG. Darin teilt das Ministerium die Auffassung der Monopolkommission, dass in weiten Bereichen der Telekommunikation bisher kein funktionsfähiger Wettbewerb entstanden ist. Gleichwohl ist für das Ministerium die präventive Entgeltregulierung bei Fern- und Auslandsgesprächen in Anbetracht der Regulierung von Vorleistungen weitgehend überflüssig. Auffassungsunterschiede gibt es darüber hinaus bei den Fragen nach der Regulierung von Terminierungsentgelten im Mobilfunk sowie der Ausdehnung der Regulierung auf die Leistungen der Telekommunikationsinfrastruktur für die Datenkommunikation. Das Wirtschaftsministerium lehnt beides ab.

Einen erheblichen Anpassungsbedarf sieht das Ministerium an den neuen europäischen Rechtsrahmen. So verliert der nationale Gesetzgeber nach diesen Vorstellungen an Regelungsbefugnissen, während den Regulierungsbehörden ein weitreichender Entscheidungsspielraum in Fragen der Regulierung zuwächst.

2.* Die Monopolkommission teilt diese Auffassung nicht. Sie spricht sich dafür aus, derzeit keine grundlegenden materiellen Änderungen des TKG vorzunehmen. Solche werden weder vom Gemeinschaftsrecht gefordert noch besteht in Anbetracht der fehlenden Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs in den Kernbereichen der Telekommunikation die Möglichkeit einer substantiellen Rückführung der Regulierung. Stattdessen benötigen die Marktteilnehmer eine gewisse Stetigkeit des regulatorischen, gesetzlichen und politischen Rahmens für ihre Tätigkeit. Die Deutsche Telekom AG (DTAG) und ihre Wettbewerber investieren erhebliche Beträge in ihre Aktivitäten auf den Telekommunikationsmärkten. Diese Investitionsbereitschaft sollte nicht dadurch gehemmt werden, dass im Rahmen einer TKG-Novelle allzu viel experimentiert und künstlich Unsicherheit in die Märkte hineingetragen wird. Zuerst muss sich eine verlässliche Rechtspraxis entwickeln, damit die Beteiligten – DTAG, Wettbewerber, RegTP und Gerichte – zu einer gewissen Selbstverständlichkeit im Umgang mit dem neuen Ordnungsrahmen finden. Jegliche grundlegende Änderung des gesetzlichen Rahmens birgt die Gefahr, dass die Entwicklung einer stabilen Rechtspraxis durch neue Anpassungsprobleme gestört wird.

3.* Ein Reformbedarf besteht in Einzelpunkten. Dazu zählen die Aufhebung der unterschiedlichen regulatorischen Behandlung von Sprach- und Datenkommunikation, die Regulierung der Terminierungsentgelte im Mobilfunk sowie die Durchsetzung eines effektiven und zeitnahen Rechtsschutzes durch die Änderung von Verfahrensregeln. Letztere betreffen die Einführung einer Anreizregelung zur Sicherung der frist- und qualitätsgerechten Bereitstellung von Vorleis-

tungen sowie von Entscheidungsfristen für Verfahren der besonderen Missbrauchsaufsicht nach § 33 TKG. Wichtiger noch für eine Verkürzung der Verfahrensdauer ist die Einschränkung des Instanzenzuges, etwa durch die Begründung der erstinstanzlichen Zuständigkeit des Oberverwaltungsgerichtes für die Regulierungsentscheidungen. Die Monopolkommission ist darüber hinausgehend der Auffassung, dass die TKG-Reform Anlass sein sollte, den im Gesetz vorgesehenen Verwaltungsrechtsweg insgesamt in Frage zu stellen. Es spricht vieles dafür, dass die Zuständigkeit für Regulierungsentscheidungen bei der Zivilgerichtsbarkeit und den dort angesiedelten Kartellsenaten besser aufgehoben ist.

Bei der Anpassung des nationalen Rechts an den neuen europäischen Rechtsrahmen sollten Regulierungseingriffe wie bisher weitgehend gesetzlich geregelt bleiben. Die aufgrund von teilweise undeutlichen Formulierungen im Gemeinschaftsrecht bestehenden Unsicherheiten über den Umfang und die Grenzen einzelner Regelungsbefugnisse und Beurteilungsspielräume der Regulierungsbehörde sollten durch Klarstellungen im TKG beseitigt werden.

- **Perspektiven der Wettbewerbsentwicklung im Postmarkt**

4.* Vier Jahre nach In-Kraft-Treten des Postgesetzes hat sich im Bereich des Angebots von Postdienstleistungen kein nennenswerter Wettbewerb entfaltet. Eine wesentliche Ursache für die geringe Wettbewerbsintensität ist in der Exklusivlizenz zu sehen, welche der Deutschen Post AG den allergrößten Teil des Briefvolumens zur ausschließlichen Beförderung reserviert. Die Verlängerung dieses umfassenden Monopolbereichs bis Ende 2007 ist aus verfassungs- und europarechtlicher Sicht bedenklich und kann auch nicht mit dem Wunsch nach einer reziproken Marktöffnung innerhalb Europas legitimiert werden. Die auf europäischer Ebene vorgesehenen Marktöffnungsstufen stellen lediglich Trippelschritte auf dem Weg zu einem funktionsfähigen Wettbewerb dar.

5.* Die Wettbewerbsentwicklung im Postmarkt wird ferner durch Missbräuche des marktbeherrschenden Unternehmens beeinträchtigt. Missbrauchspotentiale ergeben sich insbesondere aus der Möglichkeit der Deutschen Post AG, mit Einnahmen aus dem Monopolbereich die im Wettbewerb erbrachten Leistungen zu subventionieren. Im Zusammenhang mit der Gewährung sog. Treuerabatte haben mittlerweile sowohl die Regulierungsbehörde als auch die Europäische Kommission ein Verfahren gegen die Deutsche Post AG geführt. Die Wettbewerber werden schließlich durch die Klagepraxis der Deutschen Post AG und die damit einhergehenden Rechtsunsicherheiten und Kosten belastet. Die Banken sind zudem nicht mehr bereit, die für einen Markteintritt benötigten Kredite zu gewähren.

6.* Der Interessenkonflikt des Bundes, der auf der einen Seite als Mehrheitseigentümer ein großes Interesse am Unternehmenswert der Deutschen Post AG hat und auf der anderen Seite Einfluss auf die Regulierung nehmen kann, ist besonders bedenklich. Dieser Konflikt tritt im Fall der bevorstehenden Regulierungsentscheidung zu den Briefpreisen abermals deutlich zutage. Hierzu ist anzumerken, dass eine einseitig die Post begünstigende Regulierung nicht geeignet ist, den Märkten Vertrauen in die Wettbewerbsfähigkeit und die Zukunftsaussichten des Unternehmens zu geben.

- **Regulierung von Rundfunk und Multimedia**

7.* Im Berichtszeitraum wurde der Rundfunkstaatsvertrag (RStV) durch den Vierten und Fünften Rundfunkänderungsstaatsvertrag novelliert. Insbesondere wurde das System der Kabelbelegung reformiert und an die Bedingungen der fortschreitenden Digitalisierung angepasst. Durch den Vierten Rundfunkänderungsstaatsvertrag wurde in § 52 RStV die bisher rein öffentlich-rechtlich organisierte Belegung von Kabelkanälen durch ein dreistufiges Modell ersetzt, in dem der Kabelnetzbetreiber stärker als bisher selbst Einfluss auf die Belegung der Kanäle nehmen kann. Auf der ersten Stufe ist ein Drittel der Kabelkapazität für die öffentlich-rechtlichen Rundfunksender zur Verfügung zu stellen (Must-carry). Auf der zweiten Stufe muss sich der Kabeleigentümer bei der Belegung an Vielfaltskriterien orientieren, auf der dritten ist er nur mehr an die allgemeinen Gesetze, damit insbesondere auch an das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), gebunden.

Der Vierte Rundfunkänderungsstaatsvertrag sieht in § 53 nunmehr ausdrücklich vor, dass Decoder über eine zugangsoffene Schnittstelle verfügen müssen. Dies bedeutet eine Verschärfung gegenüber der bisherigen Verpflichtung, technische Dienste nichtdiskriminierend anzubieten.

8.* Der Markt für Kabel-TV-Netze in Deutschland wird derzeit mit dem Verkauf der regionalen Kabelgesellschaften durch die Deutsche Telekom AG (DTAG) grundlegend umgestaltet. Nach dem Scheitern des Verkaufs mehrerer regionaler TV-Kabelnetze an die Liberty AG verbleiben jedoch sechs regionale Kabelgesellschaften im Eigentum der DTAG. Es bleibt abzuwarten, ob und wann diese veräußert werden und ob von den neuen Eigentümern durch einen Ausbau des Breitbandnetzes Impulse für einen Infrastrukturwettbewerb in der Telefonie ausgehen werden.

Das Kabelnetz in Nordrhein-Westfalen wurden im Herbst 2002 an Callahan veräußert. Gegenwärtig liegen der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (RegTP) eine Reihe von Beschwerden von Kabelfernsehkunden in Nordrhein-Westfalen vor. Insbesondere bemängeln die Zuschauer die spürbar angestiegenen Kabelgebühren sowie häufige Sendeausfälle einzelner Programme und fordern eine telekommunikationsrechtliche Entgeltregulierung. Bisher haben das Bundeskartellamt und die RegTP, der Rechtsprechung folgend, Kabelfernsehen als einen eigenen Markt angesehen. Die Monopolkommission spricht sich für ein Überdenken der bisher gewählten Marktabgrenzung aus. Legt man eine weitere Marktabgrenzung zugrunde, entfällt mangels marktbeherrschender Stellung auch die Voraussetzung für eine Entgeltregulierung des Breitbandkabels.

9.* Mit dem Fünften Rundfunkänderungsstaatsvertrag wurde das Moratorium für die Gebührenpflichtigkeit des Internetrundfunks bis Ende 2004 verlängert. Damit sind gegenwärtig weder Computer noch UMTS-Mobilfunkgeräte gebührenpflichtig. Gleichwohl besteht das Problem weiter fort, dass auch Telekommunikationsdienste im Multimediabereich unter den weiten verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriff fallen. Nach Meinung der Monopolkommission könnte durch das gegenwärtig diskutierte Umstellen auf eine Haushalts- bzw. Bürgerabgabe hier Abhilfe geschaffen werden.

10.* Die Insolvenz der KirchMedia Anfang Mai 2002 hat zu einer lebhaften öffentlichen Diskussion über ihre Ursachen und die zu erwartenden Auswirkungen einer möglichen Übernahme durch

ausländische Medienunternehmen geführt. Die Monopolkommission vertritt grundsätzlich die Ansicht, dass im Hinblick auf den hohen Konzentrationsgrad auf dem deutschen Medienmarkt auf diesen Markt drängende auch ausländische Interessenten nicht von vornherein ausgeschlossen werden sollten.

Die Zahlungsunfähigkeit von KirchMedia ist aber auch Anlass, sich erneut mit den ordnungspolitischen Bedingungen der Zentralvermarktung von Sportübertragungsrechten zu befassen. Die Monopolkommission hatte bereits in ihrem Zwölften Hauptgutachten die durch die GWB-Novelle eingefügte Bereichsausnahme für die Sportrechtevermarktung kritisiert. Mit zunehmender Kommerzialisierung der Profisports ist dem Wettbewerb auf den betroffenen Märkten verstärktes Augenmerk zu schenken. Das Vermarktungskartell hat zu einer Konzentration auf Seiten der Rechteveräußerung und des Rechteerwerbs geführt, so dass die Preise für Sportübertragungen durch die Einnahmen aus den Rundfunksendungen nicht mehr gedeckt werden können. Nach Ansicht der Monopolkommission sollte die Bereichsausnahme in § 31 GWB entfallen.

- **Die Novelle des Energiewirtschaftsgesetzes vor dem Hintergrund der aktuellen Entwicklung**

11.* Der Deutsche Bundestag hat kürzlich das Erste Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsgesetzes beschlossen. Es dient der Umsetzung der EG-Richtlinie 98/30/EG betreffend gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt. Dabei sieht es in zwei Punkten Regelungen vor, die auf erhebliche wettbewerbspolitische und europarechtliche Bedenken stoßen. Diese betreffen zum einen eine Einschränkung der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, zum anderen die Ausgestaltung sog. Reziprozitätsklauseln für die nationale Marktöffnung in der Energiewirtschaft.

12.* Zunächst wird in dem Gesetz gefordert, dass die Zugangsbedingungen „guter fachlicher Praxis“ zu entsprechen haben. Die Einhaltung solcher Bedingungen soll der Gewährleistung wirksamen Wettbewerbs dienen. Bei Verfolgung der Regeln der Verbändevereinbarungen wird diesbezüglich bis Ende 2003 eine „gute fachlicher Praxis“ vermutet. Darüber hinaus soll die wettbewerbsrechtliche Missbrauchskontrolle über marktbeherrschende Unternehmen (§§ 19 Abs. 4 und 20 Abs. 1 GWB), die bislang ohne Einschränkung „unberührt blieb“, in Zukunft nur noch „im übrigen ... unberührt“ bleiben. Was die neuen Texte genau bedeuten, wird nicht völlig klar, obgleich die Absicht einer Einschränkung der Missbrauchsaufsicht offensichtlich ist.

Nach Auffassung der Monopolkommission lässt sich aus einer „guten fachlichen Praxis“ in Form einer Befolgung der Verbändevereinbarungen nicht ableiten, dass die Missbrauchsmöglichkeiten der Netzinhaber wirkungsvoll beschränkt werden. Der Grund hierfür ist, dass diese, auch unter staatlicher Moderierung, stets einen brancheninternen Kompromiss darstellen, der vor allem die Interessen der etablierten Netzbetreiber berücksichtigt. Deshalb muss das Bundeskartellamt weiterhin die Möglichkeit haben, Missbrauchstatbestände nach den Vorschriften der §§ 19 Abs. 4 und 20 Abs. 1 und 2 GWB zu verfolgen, zumal § 130 Abs. 3 GWB nach wie vor ohne jede Einschränkung die Anwendung dieser Bestimmungen im Bereich der Energiewirtschaft vorsieht. Jedoch dürfte es auf der Basis des Gesetzesbeschlusses schwierig sein, die etwaige Missbräuchlichkeit der Regelungen der Verbändevereinbarungen zu überprüfen. Nach Auffassung

der Monopolkommission ist eine solche Legitimierung der Selbstregulierung einer Branche nur dann verfassungsmäßig, wenn die Vermutung einer Wettbewerbskonformität widerlegbar ist und somit von den Kartellbehörden einzelne Regelungen der Verbändevereinbarungen als missbräuchlich außer Betracht gelassen werden können. Die Verbändevereinbarungen müssen zudem unverändert die Anforderungen der Elektrizitätsbinnenmarkt- und Erdgasbinnenmarkttrichtlinien erfüllen, welche an zahlreichen Stellen die Notwendigkeit des diskriminierungsfreien Netzzugangs hervorheben und hierbei explizit auf Art. 86 EGV (jetzt: Art. 82) verweisen. Insofern unterliegen „verrechtlichte“ Verbändevereinbarungen auch in Zukunft einer Missbrauchskontrolle nach europäischem Recht.

13.* Ferner räumt das Gesetz Elektrizitätsversorgungsunternehmen bis Ende 2006 das Recht ein, den Netzzugang für Elektrizität abzulehnen, die aus einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder von einem dort ansässigen Unternehmen geliefert werden soll, wenn ein entsprechender Abnehmer in diesem Staat nicht ebenfalls durch Dritte beliefert werden kann; die Beweislast für die Herkunft des Stroms liegt bei den Petenten. Diese Regelung verschärft eine frühere, allgemeiner gehaltene Vorschrift.

Aus Sicht der Monopolkommission birgt die Ergänzung zur Beweislast die Gefahr, den Wettbewerb zwischen inländischen Unternehmen einzuschränken. Es ist aufgrund der physischen Eigenschaften von Strom nicht möglich, etwaige „Stromflüsse“ im Einzelnen zu verfolgen. Diese Schwierigkeit betrifft insbesondere Energiehändler, aber auch die Tochtergesellschaft eines ausländischen Energieerzeugers, sofern diese nicht gänzlich auf Stromlieferungen der ausländischen Muttergesellschaft verzichtet. Darüber hinaus hält die Monopolkommission Reziprozitätsklauseln für die nationale Marktöffnung generell für verfehlt. Denn die Kostenersparnis deutscher Abnehmer ausländischen Stroms wird außer Betracht gelassen. So kann der Zugang deutscher Unternehmen zu ausländischen Stromlieferanten die Energiekosten in manchen Branchen spürbar senken; er führt damit zu Effizienzgewinnen. Diese wirken sich vor allem auch für deutsche Unternehmen mit einem hohen Energiekostenanteil positiv aus. Zudem fördert die Anwendung von Reziprozitätsklauseln nicht die Öffnung fremder Märkte, sondern verhindert nur die des eigenen Marktes.

Überdies verkennt das Gesetz, dass die EG-Richtlinie 96/92/EG über den Elektrizitätsbinnenmarkt für den Fall, dass nur einer der beiden Mitgliedstaaten die Durchleitung erlaubt, vorsieht, dass die Europäische Kommission dem Netzbetreiber die Durchleitung unter gewissen Voraussetzungen vorschreiben kann. Eine ausdrückliche Ermächtigung zur Verweigerung der Durchleitung ist in der Richtlinie für diesen Fall dagegen nicht enthalten, da sie gegen europäisches Primärrecht verstieße. Deshalb hätte der deutsche Gesetzgeber eine Durchleitungsverweigerung zumindest unter den Vorbehalt einer Entscheidung der Europäischen Kommission stellen müssen. Die vermeidbare Folge ist, dass Zugangspetenten dem deutschen Gesetz nicht entnehmen können, dass sie ihr Interesse an der Durchleitung mit Hilfe der Europäischen Kommission verfolgen und möglicherweise durchsetzen können.

- **Reform des europäischen Kartellverfahrensrechts**

14.* Die Durchführungsvorschriften zu den Artt. 81 und 82 EGV stehen schon seit einiger Zeit im Mittelpunkt der Diskussion um die Reform des europäischen Wettbewerbsrechts. Der Verordnungsentwurf der Europäischen Kommission vom September 2000 weist fundamentale wettbewerbspolitische Schwächen auf und lässt erhebliche Zweifel an seiner rechtlichen Zulässigkeit aufkommen. Daneben führt er zu einer Vielzahl von bislang ungelösten Folgeproblemen, mit denen sich die Monopolkommission in ihrem Sondergutachten 32 befasst hat. Diese Probleme resultieren in erster Linie aus der von der Europäischen Kommission vorgeschlagenen Form der Dezentralisierung. Sie betreffen insbesondere das Verhältnis von gemeinschaftlichem und nationalem Wettbewerbsrecht, die Rolle von Privatinitiative und nationalen Zivilgerichten sowie die Verteilung der Kompetenzen.

15.* Nach Auffassung der Monopolkommission ist die im Verordnungsentwurf vorgeschlagene vollständige Verdrängung des nationalen Rechts abzulehnen. Stattdessen sollte mit der Verpflichtung der mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden zur Anwendung der Artt. 81 und 82 EGV ein gemeinsamer Mindeststandard geschaffen werden, der innerstaatlichen Besonderheiten und Entwicklungen den notwendigen Raum lässt. Damit die Verstärkung der Privatklagetätigkeit kein bloßes Wunschdenken bleibt, sind entsprechende Maßnahmen zu ergreifen. Für die Kompetenzverteilung müssen rechtsverbindliche Kriterien und Streitbeilegungsmechanismen aufgestellt werden, die für alle betroffenen Wettbewerbsbehörden zwingend sind. Zugunsten der Rechtssicherheit sollte die Europäische Kommission zu einer rechtlich orientierten Betrachtungsweise von Wettbewerbsbeschränkungen zurückkehren.

Die Bundesregierung sollte den Erlass einer neuen Verordnung erst dann akzeptieren, wenn angemessene Lösungen für die Schwerpunkte des Reformprojekts – das Verhältnis zwischen europäischen und nationalen Wettbewerbsregeln, die Zuständigkeitsverteilung und die Wahrung der Rechtseinheit – bereitstehen. Gegebenenfalls ist eine Klage nach Art. 230 EGV vor dem Europäischen Gerichtshof in Erwägung zu ziehen.

- **„Daseinsvorsorge im europäischen Binnenmarkt**

16.* In der Europäischen Union werden seit einiger Zeit Vorschläge diskutiert, die eine weitgehende Entscheidungsfreiheit der Mitgliedstaaten zur Privilegierung staatlicher Monopole begründen würden. Der Bereich der „öffentlichen Dienste“ soll ausgedehnt und nicht mehr auf die Unternehmen der traditionell staatlich regulierten Versorgungswirtschaft beschränkt sein. Schon bisher gibt es die Möglichkeit, bestimmte Bereiche als im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse liegend teilweise aus den Bestimmungen des Vertrages auszunehmen. Allerdings lag die Kompetenz der Prüfung der Verhältnismäßigkeit bislang überwiegend bei den Gemeinschaftsinstitutionen. Zur Diskussion steht nun eine mögliche Ausdehnung dieser Bereiche und eine Kompetenzverschiebung derart, dass die Mitgliedstaaten selbst über die Verhältnismäßigkeit entscheiden. Dies geht insbesondere aus Vorschlägen der französischen Regierung hervor.

Diese Entwicklungen sind aus der Sicht eines funktionierenden Wettbewerbs auf dem Binnenmarkt höchst bedauerlich. Sie zeigen eine Tendenz der Mitgliedstaaten, die wirtschaftsverfas-

sungsrechtlichen Grundsätze des EG-Vertrages auszuhebeln. Auf der Strecke bleiben dabei der Wettbewerb und damit insbesondere die Interessen der Verbraucher. Die Monopolkommission spricht sich deshalb gegen die Einführung einer Bereichsausnahme für „öffentliche Dienste“ in den Vertrag aus. Sie hält auch eine Gruppenfreistellungsverordnung bezüglich der Beihilfenregelung für überflüssig und schädlich. In den meisten Sektoren, die der öffentlichen Daseinsvorsorge zuzurechnen wären, gibt es in dem einen oder anderen Mitgliedstaat Beispiele dafür, dass die betreffenden Leistungen auch im Wettbewerb erbracht werden können. Wo dies ausnahmsweise nicht oder nicht in befriedigender Weise der Fall ist, bietet jedenfalls das Instrument der Universaldienstleistungsverpflichtung eine hinreichende Gewähr dafür, dass der Wettbewerb nicht zu einer Beeinträchtigung von Grundbedürfnissen führt. Das europäische Wettbewerbsrecht darf als Instrument einer Modernisierung des öffentlichen Sektors nicht seiner Wirkung beraubt werden. Es darf auch nicht dadurch geschwächt werden, dass die Mitgliedstaaten das Recht erhalten, durch unkontrollierte nationale Definition von Bereichsausnahmen die grundlegende Bedeutung des Wettbewerbsrechts und der Verkehrsfreiheit für die europäische Integration auszuhöhlen. Erhalten werden muss deshalb auch die verfahrensmäßige Möglichkeit der EG-Institutionen, die Verhältnismäßigkeit von nationalen Eingriffen in den Wettbewerb zu überprüfen.

- **Sonderverkäufe nach den Vorschriften des UWG**

17.* Nach § 7 Abs. 1 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) sind Sonderverkaufsveranstaltungen, die außerhalb des regelmäßigen Geschäftsverkehrs stattfinden, der Beschleunigung des Warenabsatzes dienen und den Eindruck der Gewährung besonderer Kaufvorteile hervorrufen, unzulässig. Auf dieser Grundlage wurde eine Anfang des Jahres 2002 von dem Handelsunternehmen C&A befristet durchgeführte Rabattaktion durch das Landgericht Düsseldorf untersagt. Schutzobjekt von § 7 Abs. 1 UWG ist in erster Linie der Verbraucher, der vor irreführenden Preisangaben geschützt werden soll. Dahinter steckt die verbreitete Auffassung, dass der Einzelhandel im Rahmen von Rabattaktionen seine Ausgangspreise künstlich hoch setzt und sie danach mit Rabatten ködert, die einen Preisvorteil suggerieren, der in Wirklichkeit nicht besteht. Die Monopolkommission teilt solche Befürchtungen nicht. Sie geht vielmehr von der Vorstellung des verständigen und mündigen Verbrauchers aus, der an Preisvergleiche gewöhnt ist und sich nicht durch künstlich überhöhte Ausgangspreise und das Suggestieren von Preisvorteilen täuschen lässt. Nach Auffassung der Monopolkommission sollte nach der Abschaffung von Rabattgesetz und Zugabeverordnung auch das Sonderveranstaltungsverbot des § 7 Abs. 1 UWG ersatzlos aufgehoben werden. Eine solche Aufhebung würde den bestehenden intensiven Preiswettbewerb im Einzelhandel sichern und ihn in Randbereichen stärken. Gleichzeitig ist sicherzustellen, dass der erreichte Freiraum für einen Rabattwettbewerb nicht durch einen Rückgriff auf die Generalklausel des § 1 UWG wieder eingeengt wird. Durch eine entsprechende Ergänzung von § 1 UWG sollte daher klargestellt werden, dass Maßnahmen des Preiswettbewerbs grundsätzlich nicht gegen die guten Sitten verstoßen und insofern nicht Gegenstand des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb sind.

- **Tariftreue bei öffentlichen Aufträgen**

18.* Der Bundestag hat am 26. April 2002 das sog. „Tariftreuegesetz“ verabschiedet und zugleich die Einrichtung eines Registers über unzuverlässige Unternehmen beschlossen. Demnach sollen öffentliche Bauaufträge künftig nur noch an Unternehmen vergeben werden dürfen, die den „einschlägigen“ Tariflohn am Ort der Leistungserbringung zahlen. Gleiches soll für die Vergabe von Beförderungsleistungen für den öffentlichen Personennahverkehr gelten. Ziel des Gesetzes ist die Verhinderung von „Wettbewerbsverzerrungen“ durch Niedriglohnkonkurrenz.

19.* Die Monopolkommission hat erhebliche wirtschaftliche, rechtliche und ordnungspolitische Bedenken gegen das Tariftreuegesetz. Zum einen werden die Kosten für die Erbringung öffentlicher Leistungen zunehmen und damit die Investitionsspielräume der öffentlichen Haushalte eingeeengt. Falls im Zuge einer Umgehung des Gesetzes die öffentlichen Aufträge an private Projektgesellschaften vergeben werden, läuft das Gesetz insoweit leer.

Das Gesetz dürfte außerdem zu einer Benachteiligung ostdeutscher Bauunternehmen führen. Um gravierende Auswirkungen zu vermeiden, müssen entsprechend einer Überarbeitung des Gesetzentwurfes die Tariflöhne bei der Vergabe öffentlicher Leistungen zunächst nicht in vollem Umfang gezahlt werden.

Die rechtlichen Bedenken der Monopolkommission gehen einmal von der Unbestimmtheit der Gesetzesformulierung aus. Daneben ist ein Verstoß gegen europäisches Primärrecht und gegebenenfalls auch gegen das deutsche Verfassungsrecht zu vermuten. Unter rechtlichen Aspekten unverständlich ist auch der Vorschlag von Seiten des Bundesrates, das Tariftreuegesetz wegen erheblicher rechtlicher und ordnungspolitischer Bedenken auf zunächst drei Jahre zu befristen.

Bei der praktischen Umsetzung hat die Monopolkommission Zweifel, ob die Kontrolle der Unternehmen und insbesondere der Subunternehmen effektiv durchgeführt werden kann. Die Verpflichtung der Unternehmen zur Wahrnehmung von Kontrollaufgaben im Hinblick auf die Einhaltung des Tariftreuegesetzes bedeutet jedenfalls eine ordnungspolitische und gegebenenfalls auch verfassungsrechtlich bedenkliche Übertragung hoheitlicher Aufgaben auf Private.

Das Tariftreuegesetz ist nach Auffassung der Monopolkommission insofern eine ordnungspolitische Fehlkonstruktion, die rechtlich äußerst zweifelhaft und wegen der Verteuerung öffentlicher Aufträge finanzpolitisch nicht zu rechtfertigen ist; zugleich wirkt es tendenziell kontraproduktiv bei der anzustrebenden Angleichung der Lebensverhältnisse in den neuen Bundesländern.

- **Übertragung der Entscheidungsbefugnis im Ministererlaubnisverfahren**

20.* Im Ministererlaubnisverfahren zu den Zusammenschlussvorhaben E.ON/Gelsenberg (Ruhrgas) und E.ON/Bergemann (Ruhrgas) hatte der Bundeswirtschaftsminister die nach § 42 GWB gebotene Entscheidung einem Staatssekretär im Bundeswirtschaftsministerium übertragen. Da das Verfahren nach § 42 GWB einerseits ein Verwaltungsverfahren ist und andererseits in eine Entscheidung unter politischer Verantwortung mündet, ergab sich in der Öffentlichkeit eine Diskussion darüber, wer die Vertretung richtigerweise wahrnehmen sollte.

21.* Die Monopolkommission hält im Falle von Ministererlaubnisverfahren eine Vertretungsregelung für angemessen, die der (wirtschafts-)politischen Dimension des Verfahrens gerecht wird. Konkret führt das zu einer Vertretungslösung, die auf den Bundesfinanzminister als zuständigem Kabinettskollegen oder auf den Bundeskanzler hinausläuft. Letzteres wird auch gestützt durch die Erfahrungen in der Vergangenheit, dass die Antragsteller regelmäßig zu den größten deutschen Konzernen gehörten und dass die Kartellverfahren stets sowohl wirtschaftlich als auch wirtschaftspolitisch von höchstem Gewicht waren.

Wegen der abweichenden Auffassungen in der öffentlichen Diskussion und der unterschiedlichen Lösungsvorschläge empfiehlt die Monopolkommission, anlässlich der nächsten GWB-Novelle eine klarstellende Regelung zur Frage der Vertretung im Ministererlaubnisverfahren in das Gesetz (§ 42 GWB) aufzunehmen.

- **Berücksichtigung von Unternehmensgruppen in der Konzentrationsberichterstattung:
Gesetzlicher Auftrag an die Monopolkommission und das Statistische Bundesamt**

Gesetzlicher Auftrag der Monopolkommission zur Konzentrationsberichterstattung

22.* Die Monopolkommission hat nach § 44 Abs. 1 GWB den Auftrag, alle zwei Jahre über den Stand und die absehbare Entwicklung der Unternehmenskonzentration in Deutschland zu berichten.

Die empirische Messung der Konzentration hängt wesentlich davon ab, ob als relevante Einheiten der Wirtschaft lediglich Arbeitsstellen, Betriebe und Unternehmen oder auch Konzerne und sonstige Unternehmensgruppen berücksichtigt werden: So betrug 1997 der Anteil der zehn größten Konzerne am Gesamtumsatz im Produzierenden Gewerbe etwa 45 % und nur 16,5 %, wenn auf einzelne rechtliche Einheiten abgestellt wird. Im Jahr 1999 verfügten die zehn größten Gruppen im Lebensmitteleinzelhandel über einen Marktanteil von nahezu 80 %, die zehn größten statistischen Einheiten aber nur über einen Marktanteil von rund 40 %.

23.* Hinter dem Auftrag des Gesetzgebers an die Monopolkommission steht die Sorge vor übermäßigen Machtzusammenballungen in der Wirtschaft. Assoziiert man wirtschaftliche Macht mit der Fähigkeit, selbständig unternehmerische Entscheidungen zu treffen und durchzusetzen, so muss die Konzentrationsberichterstattung auf wirtschaftlich selbständige und nicht nur auf rechtlich selbständige Entscheidungsträger abstellen und die Konzern- und Gruppenbildung in der Wirtschaft berücksichtigen.

Die amtliche Statistik bezeichnet jedoch traditionell, d.h. seit der Zeit des Statistischen Reichsamtes, als „Unternehmen“ die jeweils kleinste rechtlich selbständige Einheit. Eine Konzentrationsberichterstattung auf der Grundlage rechtlicher Einheiten ergibt aber ein falsches Bild der wirtschaftlichen Machtverhältnisse in den Märkten..

Die Monopolkommission hat daher seit langem vorgeschlagen, für eine wettbewerbspolitisch aussagekräftige Konzentrationsberichterstattung die außerhalb der amtlichen Statistik verfügbaren externen Daten zur Konzern- und Gruppenbildung zu nutzen und mit den amtlichen Daten über die Tätigkeit der Unternehmen in den einzelnen Wirtschaftsbereichen zu verknüpfen.

Neuer gesetzlicher Auftrag an die Monopolkommission und das Statistische Bundesamt zur Berücksichtigung von Unternehmensgruppen

24.* Der Gesetzgeber hat die Konsequenz aus der Notwendigkeit einer aussagekräftigen Konzentrationsberichterstattung gezogen und auf Initiative der Bundesregierung am 19. Dezember 2000 mit Wirkung vom 1. Januar 2001 das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in § 47 Abs. 1 GWB novelliert. Danach hat das Statistische Bundesamt den ausdrücklichen Auftrag, Unternehmensgruppen bei den konzentrationsstatistischen Aufbereitungen für die Monopolkommission zu berücksichtigen. Da die amtliche Statistik über keine Angaben zur Verflechtung und Kontrolle der einzelnen Unternehmen verfügt, geht der Gesetzgeber von folgender Arbeitsteilung aus:

- Die Monopolkommission erschließt aus statistikexternen, d.h. insbesondere allgemein zugänglichen Datenquellen Angaben zur Verflechtung der Unternehmen, strukturiert sie nach Maßgabe der bestehenden Kontrollbeziehungen und kennzeichnet die einzelnen Unternehmen nach ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Unternehmensgruppe.
- Das Statistische Bundesamt identifiziert die von der Monopolkommission mitgeteilten gruppenzugehörigen Unternehmen in den eigenen Dateien, aggregiert für diese Unternehmen die amtlich erhobenen Einzelangaben nach dem Merkmal der Gruppenzugehörigkeit und bereitet die Ergebnisse nach den bisherigen Berechnungsverfahren konzentrationsstatistisch auf.

Der Deutsche Bundestag hat ferner durch Beschluss vom 10. November 2001 die Monopolkommission und das Statistische Bundesamt aufgefordert, dem Deutschen Bundestag bis zum 31. Dezember 2001 einen gemeinsamen Bericht vorzulegen, der zu den mit der Auslegung und Anwendung der neuen Regelung des § 47 GWB gewonnenen Erfahrungen und erzielten Ergebnisse Stellung nimmt und gegebenenfalls eine erforderliche Verbesserung oder Erweiterung der Regelung vorschlägt.

25.* Durch die Neuregelung des GWB wurde ausdrücklich angestrebt, die empirischen Grundlagen der Konzentrationsberichterstattung für das Mitte 2002 vorzulegende Vierzehnte Hauptgutachten der Monopolkommission zu verbessern. Dieses Ziel wurde nicht erreicht. Der vom Deutschen Bundestag angeforderte und im Dezember 2001 erstellte gemeinsame Bericht der Monopolkommission konnte noch keine wettbewerbspolitisch relevanten Ergebnisse vorlegen und keinen Aufschluss über die voraussichtlichen Kosten geben, sagte aber zu, dass die Arbeiten rechtzeitig für das vorliegende Vierzehnten Hauptgutachten der Monopolkommission abgeschlossen sein würden. Diese Zusage wurde nicht eingehalten. Der Bericht liegt diesem Gutachten als Anlage bei.

26.* Während die Monopolkommission im Frühjahr 2002 eine umfangreiche Datenbank zum Beteiligungsnetzwerk und zur Gruppenbildung von rd. 450.000 Unternehmen aufgebaut hat, wurden vom Statistischen Bundesamt keine greifbaren Fortschritte bei der Aufgabe erzielt, diese Unternehmen im amtlichen Unternehmensregister zu identifizieren. Die erforderlichen Arbeiten sind vielmehr im ersten Halbjahr 2002 über längere Zeit zum Stillstand gekommen. Letztlich liegt noch immer kein datentechnisches und mit den Statistischen Landesämtern abgestimmtes Fachkonzept vor.

Aus diesen Gründen musste die Monopolkommission wie schon im vorangehenden, so auch in diesem Hauptgutachten auf eine Untersuchung und wettbewerbspolitische Bewertung der amtlichen Konzentrationsstatistischen Ergebnisse für Unternehmen verzichten und teilt diese in Kapitel II des vorliegenden Hauptbandes sowie im statistischen Anlagenband nur nachrichtlich mit.

Werden die in der Verantwortung des Statistischen Bundesamtes liegenden Probleme nicht behoben, ist zu befürchten, dass der Auftrag des Gesetzgebers auch im Hinblick auf das in zwei Jahren fällige Fünfzehnten Hauptgutachten der Monopolkommission wiederum nicht erfüllt werden wird. Spätestens dann müsste sich den hierfür Verantwortlichen allerdings die Frage stellen, wie das Statistische Bundesamt mit einem verpflichtenden Auftrag des Gesetzgebers umgeht.

Beitrag der Monopolkommission zum Aufbau einer Datenbank über Unternehmensgruppen

27.* Die Monopolkommission hat bis Frühjahr 2002 aus statistikexternen, d.h. insbesondere allgemein zugänglichen Datenquellen Angaben zur Verflechtung der Unternehmen erschlossen, sie nach Maßgabe der bestehenden Mehrheitsbeteiligungen und Kontrollbeziehungen strukturiert und die einzelnen Unternehmen nach ihrer Zugehörigkeit zu einer Unternehmensgruppe gekennzeichnet. Die Datenbasis enthält folgende Eckwerte zum Mengengerüst der Verflechtung der deutschen Wirtschaft im Jahr 2001:

- rund 3,31 Mio. Unternehmen mit Sitz in Deutschland,
- rund 1,35 Mio. Tochtergesellschaften insgesamt,
d.h. reine Tochtergesellschaften sowie Zwischenglieder, die gleichzeitig Mutter- und Tochtergesellschaften sind,
- rund 900.000 kontrollierte Tochtergesellschaften,
- rund 950.000 gruppenzugehörige Unternehmen,
d.h. kontrollierte Tochtergesellschaften und nicht mehrheitlich kontrollierte deutsche Unternehmen,
- rund 450.000 Unternehmen in einer Gruppe mit zwei und mehr deutschen Unternehmen,
- rund 140.000 Unternehmensgruppen mit zwei und mehr deutschen Unternehmen, d.h. ohne ultimative Eigner, die kein deutsches Unternehmen sind.

Geht man von insgesamt etwa 3,31 Mio. aktiven wirtschaftlichen Einheiten aus, so bestehen folgende, die Struktur deutscher Tochtergesellschaften kennzeichnenden Relationen:

- Rund 40 % aller Unternehmen in Deutschland gehören als Tochtergesellschaften, d.h. reine Tochtergesellschaften oder Zwischenglieder, einem Beteiligungsnetz an,
- rund zwei Drittel aller Tochtergesellschaften werden von einem mehrheitlichen Anteilseigner kontrolliert,
- rund die Hälfte aller kontrollierten Tochtergesellschaften sind Teil einer Unternehmensgruppe mit zwei und mehr deutschen Unternehmen.

28.* Eine Unternehmensgruppe umfasst im Durchschnitt drei bis vier Unternehmen. Die Gruppengröße ist jedoch sehr unterschiedlich:

- Die zehn größten Gruppen mit jeweils mehr als 500 Unternehmen umfassen nahezu 10.000 Unternehmen und mithin durchschnittlich fast 1.000 Unternehmen,
- die 34 größten Gruppen mit jeweils mehr als 200 Unternehmen umfassen mehr als 17.000 Unternehmen, d.h. durchschnittlich über 500 Unternehmen.

Die größte Unternehmensgruppe mit 2.683 Unternehmen wird noch immer über die Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben (BvS) von der Bundesrepublik Deutschland kontrolliert. Als zweitgrößte folgt die Kommanditgesellschaft Allgemeine Leasing GmbH & Co. mit 1.223 Unternehmen, als drittgrößte die E.ON AG mit 1.086 Unternehmen. Rund die Hälfte der gruppenzugehörigen Unternehmen entfällt auf den Dienstleistungsbereich, davon ein erheblicher Teil auf das Grundstücks- und Wohnungswesen u.ä. und darunter Dienstleistungen überwiegend für andere Unternehmen. Jeweils rund 20 % der Unternehmen haben ihren wirtschaftlichen Schwerpunkt im Produzierenden Gewerbe sowie im Handel und Gastgewebe.

29.* Der empirische Befund macht sichtbar, dass Unternehmensverflechtungen eine zentrale Rolle in der deutschen Wirtschaft spielen. Die empirische Erfassung dieses Sachverhalts liefert ein Referenzsystem zur wettbewerbspolitischen Analyse und Bewertung der Konzentration in der Wirtschaft durch internes und externes Unternehmenswachstum. Darüber hinaus ist der verbleibende Anteil nicht gruppen- oder konzerngebundener Unternehmen von unmittelbarer mittelstandspolitischer Bedeutung.

Für die Konzentrationsberichterstattung kommt es entscheidend darauf an, die Angaben der Monopolkommission über die Konzern- und Gruppenabhängigkeit von Unternehmen mit den Angaben der amtlichen Statistik insbesondere zu deren Umsatz zu verknüpfen, um die branchenspezifische Größenverteilung der Unternehmen, deren Marktanteile und den Konzentrationsgrad zu berechnen.

Stillstand der Arbeiten an der Datenverknüpfung ab Januar 2002

30.* Trotz aller Bemühungen ist die Zusammenarbeit des Statistischen Bundesamtes mit der Monopolkommission bis Ende 2001 nicht über erste Schritte zur Verknüpfung von Unternehmensdaten aus heterogenen statistikexternen und -internen Datenquellen hinausgekommen. Dies ist eine Folge des Problems, dass die Einträge im amtlichen Unternehmensregister kein eindeutiges und allgemein anwendbares Identifikationskennzeichen aufweisen. Auch die Handelsregisternummer wurde bislang grundsätzlich nicht erfasst. Das bedeutet, dass eine Identifizierung der Unternehmen – wenn überhaupt – nur über deren Namen und Anschrift möglich ist.

31.* In diesem Zusammenhang sind vor allem zwei informations- und datentechnische Defizite gravierend, die die für das Register zuständigen Stellen im Statistischen Bundesamt noch nicht bewältigt haben:

- Das von der amtlichen Statistik in den letzten Jahren aufgebaute Unternehmensregister ist nicht vollständig, fehlerfrei und konsistent und erlaubt keine zuverlässige Verknüpfung mit externen Datenquellen.

- Der amtlichen Statistik fehlt eine leistungsfähige Recherchesoftware zur Identifizierung und Verknüpfung der Angaben einzelnen Unternehmen mit Hilfe deren Namen und Anschriften. Das bislang im Verbund der Statistischen Ämter des Bundes und der Länder eingesetzte maschinelle Rechercheverfahren ist veraltet und nicht auf die Identifizierung von Unternehmen spezialisiert.

Dass die im Parlamentsbericht geäußerten Erwartungen möglicherweise zu optimistisch waren, wurde der Monopolkommission erstmals um die Jahreswende 2001/2002 bewusst, als sie die vom Statistischen Bundesamt zur Verfügung gestellten Adressauszüge aus dem amtlichen Unternehmensregister näher untersuchen konnte und mit dem Umfang der Mängel im Register konfrontiert wurde.

32.* Das Statistische Bundesamt verfügt jedoch auch anderthalb Jahre nach dem In-Kraft-Treten von § 47 Abs. 1 GWB über kein fachliches Konzept, nach welchem Verfahren die Daten der Monopolkommission den amtlichen Daten eindeutig, sicher und vollständig zugeordnet werden können. Ebenso fehlt ein mittelfristiges Konzept, um Unternehmensgruppen den europäischen Zielvorstellungen entsprechend zukünftig in das amtliche Unternehmensregister zu integrieren.

33.* Die vom Statistischen Bundesamt erstellten Aufgaben-, Zeit- und Ablaufpläne scheiterten bereits daran, dass die Entscheidungszeiträume auch einfacher rechtlicher, administrativer und datentechnischer Sachverhalte zu lang waren und ohne Rücksicht auf den gegebenen knappen Zeitrahmen in Anspruch genommen wurden. So benötigte das Amt die Zeit vom 14. März 2002 bis zum 27. Mai 2002 um zu akzeptieren, dass die Übermittlung der Verflechtungsdatei der Monopolkommission, die auf den Daten privater Anbieter basierte, eine konkrete und verbindliche Vereinbarung zur Geheimhaltung und Zweckbindung der Daten voraussetzte. Andere schwer nachvollziehbare Verzögerungen ergaben sich im Umgang mit Daten- und Softwareanbietern, die vom Bundesamt und der Monopolkommission beauftragt werden sollten, oder bei der Übermittlung der amtlichen Adressauszüge an die Monopolkommission.

34.* Die tatsächlichen Terminierungen des Statistischen Bundesamtes schlossen bereits kurz nach Übermittlung des Aufgaben-, Ablauf- und Zeitplans vom 14. Januar 2002 einen Vollzug von § 47 Abs. 1 GWB und die Erfüllung der parlamentarischen Berichtspflicht bis Mitte 2002 aus. So wurden die Statistischen Landesämter vom Bundesamt erst Mitte April 2002 in die Zusammenarbeit einbezogen. Zu diesem Zeitpunkt hätten jedoch die Arbeiten der Landesämter nach dem Zeitplan der Amtsleitung vom 14. Januar 2002 bereits abgeschlossen sein müssen.

35.* Dem Statistischen Bundesamt fehlt zum Vollzug von § 47 Abs. 1 GWB ein haushaltsrechtlich fundiertes Konzept zur Kostenkalkulation und Finanzierung. Die vom Amt Mitte April 2002 erstmals vorgelegte Kostenkalkulation war unvollständig, inkonsistent und unfundiert und vermittelte kein zutreffendes und vollständiges Bild über die tatsächlich zu erwartenden Kosten. Zum Vollzug von § 47 Abs. 1 GWB wurden in den letzten zwei Jahren rund 100.000 € öffentlicher Förder- und Forschungsmittel aus dem Haushalt des Bundes und der Europäischen Union zur Verfügung gestellt. Die Mittel konnten infolge des unzureichenden Beitrags des Statistischen Bundesamtes nicht optimal im Sinne des Gesetzes eingesetzt werden. Bezieht man die zur Berücksichtigung von Unternehmensgruppen in der amtlichen Wirtschaftsstatistik gewährten Forschungsmittel und die vom Statistischen Bundesamt bereits eingesetzten und noch angestrebten

Fördermittel ein, so wird der Betrag von insgesamt 500.000 € weit überschritten. In Anbetracht dieser Summen sollten Steuerzahler und Gesetzgeber erwarten können, dass es bei der Umsetzung eines gesetzlichen Auftrags nicht zwischenzeitlich zu einem unerklärten Stillstand kommt.

Ausblick: Zusammenarbeit mit den Statistischen Ämtern der Bundesländer

36.* Gegenwärtig ist nicht abzusehen, auf welche Weise und zu welchem Zeitpunkt das Statistische Bundesamt in der Lage sein wird, seinen Teil des gesetzlichen Auftrag nach § 47 Abs. 1 GWB zu erfüllen. Hierzu sind sowohl konzeptionelle und fachliche als auch technische, organisatorische und finanzielle Fragen noch offen. Unter diesen Fragen besitzt die Verknüpfung der von der Monopolkommission ermittelten Daten zur Verflechtung der Unternehmen mit den Daten der amtlichen Statistik über Umsatz und Beschäftigte entscheidende Bedeutung.

Die Monopolkommission hält daher den Einbezug der Statistischen Ämter der Länder seit längerem für notwendig. Sie sind für die Führung des amtlichen Unternehmensregisters unmittelbar verantwortlich und verfügen über die notwendigen konkreten Erfahrungen. Das Statistische Bundesamt hat den Einbezug der Landesämter verzögert, der bereits Anfang 2001 hätte geschehen müssen. Nachdem diese nun ihrerseits im Mai 2002 die "grundsätzliche Bereitschaft zur Unterstützung der Monopolkommission und des Statistischen Bundesamtes bei der Erfüllung ihres gesetzlichen Auftrags nach § 47 Abs. 1 GWB bekräftigt" haben, sieht die Monopolkommission hierin die Chance für einen Erfolg versprechenden Neuanfang.

37.* Zwar bleibt das Statistische Bundesamt zur Erfüllung seines Teils des gesetzlichen Auftrag nach § 47 Abs. 1 GWB weiter verantwortlich. Es ist jedoch in den mit der Führung des Unternehmensregisters verbundenen Fragen auf die fachlich Unterstützung der Statistischen Landesämter angewiesen. Die Monopolkommission hat mit den Leitern von fünf Landesämtern – Baden-Württemberg, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Hessen und Sachsen – in einem ersten Gespräch im Mai 2002 im Einvernehmen mit dem Präsidenten des Statistischen Bundesamtes folgende grundlegende Vereinbarungen getroffen:

- Erweiterung der gemeinsamen Arbeitsgruppe der Monopolkommission mit dem Statistischen Bundesamt um Vertreter der genannten fünf Statistischen Landesämter,
- Beschränkung der Verknüpfung der Daten der Monopolkommission über Unternehmensgruppen mit den amtlichen Einzelangaben auf die tatsächlich in die amtlichen Erhebungen einbezogenen Unternehmen,
- Entwicklung eines realistischen Zeit-, Arbeits-, Kosten- und Finanzierungsplans.

Die Monopolkommission setzt zukünftig verstärkt auf die Bereitschaft der Statistischen Landesämter, die Berücksichtigung von Unternehmensgruppen in der amtlichen Wirtschaftstatistik zu unterstützen. Die Kommission wird ihrerseits die ihr in tiefer regionaler Gliederung vorliegenden Angaben zum Verflechtungsnetzwerk der Unternehmen in Zusammenarbeit mit den Landesämtern auch zur Untersuchung spezifischer im landespolitischen Interesse liegender wettbewerbspolitischer Fragestellungen nutzen.

I. Der Einfluss der Beteiligungsnetze deutscher Unternehmen auf den Konzentrationsgrad

38.* Die Monopolkommission hat nach § 44 Abs. 1 GWB den Auftrag, alle zwei Jahre in ihren Hauptgutachten über den Stand und die Entwicklung der Konzentration in der Wirtschaft zu berichten. Das Statistische Bundesamt ist nach § 47 Abs. 1 GWB verpflichtet, hierzu im Auftrag der Monopolkommission die Ergebnisse der amtlichen Erhebungen bei Unternehmen und Betrieben konzentrationsstatistisch aufzubereiten. Nach der am 1. Januar 2001 in Kraft getretenen Neufassung von § 47 Abs. 1 GWB schließt das auch die Berücksichtigung von Konzernen und sonstigen Unternehmensgruppen ein. Damit wird langjährigen Forderungen aus Politik und Wirtschaft, Wissenschaft und Fachöffentlichkeit Rechnung getragen. Die von der amtlichen Statistik bislang zugrunde gelegten jeweils kleinsten rechtlichen Einheiten führten zu keinen aussagekräftigen Ergebnissen zur Struktur der tatsächlichen wirtschaftlichen Entscheidungseinheiten.

Da die amtliche Statistik jedoch über keine Angaben zur Verflechtung der Unternehmen verfügt, ist dem Statistischen Bundesamt gesetzlich aufgegeben, die von der Monopolkommission erschlossenen und aufbereiteten Angaben über Unternehmensgruppen mit den amtlich erhobenen Angaben zum Umsatz, den Beschäftigten, den Investitionen und weiteren Merkmalen der einzelnen Unternehmen zu verbinden.

39.* Zur Vorbereitung des vorliegenden Vierzehnten Hauptgutachtens der Monopolkommission wurde aus den Konzern- und Beteiligungsdatenbanken der Hoppenstedt Firmeninformationen GmbH, Darmstadt, und des Verbandes der Vereine Creditreform e.V., Neuss, das Verflechtungsnetzwerk deutscher Unternehmen analysiert und nach Unternehmensgruppen strukturiert. Beide Unternehmen haben die Arbeiten der Monopolkommission nicht nur großzügig unterstützt, sondern zu einem wesentlichen Teil erst möglich gemacht.

40.* Die Monopolkommission rechnet ein Unternehmen dann einer Gruppe zu, wenn das Unternehmen direkt oder indirekt durch einen mehrheitlichen Anteilseigner kontrolliert wird (ultimativer Eigner). Die definitorische Verbindung des Kontroll- und Gruppenbegriffs liegt bereits dem deutschen und dem europäischen Statistikrecht zugrunde.

Auf der Basis von rund 3,3 Mio. Unternehmen mit Sitz in Deutschland hat die Monopolkommission rund 1,3 Mio. Tochterunternehmen identifiziert, von denen über 900 Tsd. mehrheitlich von einem ultimativen Eigner kontrolliert werden. Nahezu 450 Tsd. Unternehmen – d.h. mehr als die Hälfte – gehören einer Unternehmensgruppe mit zwei und mehr Unternehmen an. Rund 21 Tsd. deutsche Tochterunternehmen werden durch einen ausländischen Eigner kontrolliert. Insgesamt bestehen in Deutschland nahezu 137 Tsd. Unternehmensgruppen. Darunter befinden sich rund 27 Tsd. ultimative Eigner, die als deutsche Unternehmen selbst der Gruppe angehören. Die übrigen Eigner sind keine Unternehmen – z.B. natürliche Personen, Stiftungen oder Gebietskörperschaften – oder/oder haben ihren Sitz im Ausland.

Der empirische Befund belegt, dass die Verflechtung der Unternehmen zu Konzernen und sonstigen Gruppen in Sinne wirtschaftlicher Entscheidungseinheiten ein grundlegendes Organisations- und Strukturprinzip der Wirtschaft ist. Seine Vernachlässigung kann zu keiner realitätsnahen Erfassung der Konzentration in der Wirtschaft führen.

41.* Die Größe einer Unternehmensgruppe beträgt durchschnittlich drei bis vier Unternehmen. Die Größenunterschiede der Gruppen sind jedoch beträchtlich und umfassen in verschiedenen Fällen mehr als 1.000 Unternehmen. Eine Ausnahmestellung nimmt die Bundesrepublik Deutschland ein, die insbesondere über die Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben (BvS) über 2 Tsd. Unternehmen mehrheitlich kontrolliert. Große Unternehmensgruppen sind in mehreren Wirtschaftsbereichen aktiv. Die Größe der auf einen einzelnen Wirtschaftsbereich entfallenden Teile einer Gruppe sind entsprechend kleiner, umfassen aber auch in den Abschnitten der Wirtschaftsklassifikation vielfach mehrere hundert Unternehmen.

42.* Die von der Monopolkommission aufgebaute Datenbank bietet zahlreiche Anknüpfungspunkte für grundlegende wettbewerbspolitische Fragestellungen. Aufgrund der verfügbaren Verflechtungs- und Gruppendaten lassen sich bisher nur schwer bestimmbare Angaben mit großer Genauigkeit ermitteln.

Von unmittelbarer wettbewerblicher Bedeutung sind:

- die Verringerung der wirtschaftlichen Akteure in den sachlich relevanten Märkten und die daraus resultierende Erhöhung des absoluten Konzentrationsgrades,
- die Identifizierung der aktuellen Wettbewerber in abgrenzbaren Wirtschaftsräumen,
- der Einfluss der Diversifizierung der Unternehmensgruppen in verschiedene Wirtschaftsbereiche,
- die Möglichkeit, den Einfluss einzelner Zusammenschlüsse oder der Umstrukturierung von Konzernen über das Beteiligungsnetz der betroffenen Unternehmen auf den Konzentrationsgrad in jedem Einzelfall nachvollziehen zu können.

Wettbewerbspolitisch bedeutsam sind auch der Anteil, die Größenstruktur, die Rechtsform und die wirtschaftlichen Schwerpunkte der

- kontrollierenden Anteilseigner,
- kontrollierten Unternehmen,
- Gemeinschaftsunternehmen,
- mittelständischen, d.h. eigentümergeführten Unternehmen,
- mittelbar oder unmittelbar auf der Ebene von Bund, Ländern und Gemeinden staatlich kontrollierten Unternehmen,
- durch ausländische Anteilseigner kontrollierten Unternehmen.

Für die statistisch-empirische Operationalisierung des Kontroll- und Gruppenbegriffs ist bedeutsam, bei welchen Schwellenwerten der Beteiligungsquoten sich der kontrollierende Einfluss auf ein Unternehmen in der Praxis manifestiert.

Die von der Monopolkommission erschlossenen Datenquellen zum Beteiligungsnetz der Unternehmen und deren Merkmale bieten für eine vertiefte wirtschafts- und wettbewerbspolitische Analyse eine noch nicht überschaubare Zahl von Anknüpfungspunkten.

43.* Die Monopolkommission hat mit der vorliegenden Datenbank ihren Teil des aus dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen folgenden Auftrags erfüllt. Für eine fundierte wirtschafts- und wettbewerbspolitisch relevante Analyse sind die einzelnen Fälle mit einem ökonomisch aussagekräftigen Merkmal – insbesondere dem Umsatz – zu gewichten und nach Wirtschaftszweigen konzentrationsstatistisch auszuwerten. Hierzu ist eine Verknüpfung mit den amtlich erhobenen Einzelangaben der Unternehmen erforderlich.

Das amtliche Unternehmensregister enthält jedoch kein allgemein verwendbares und eindeutiges Identifikationskennzeichen, z.B. die Handelsregisternummer. Eine Identifizierung der einzelnen Unternehmen in den Dateien der Monopolkommission und des Statistischen Bundesamtes ist daher nur über den Namen und die Anschrift der Unternehmen möglich und wirft besondere Probleme auf. Die Leiter der Statistischen Ämter der Länder haben ihre ausdrückliche Bereitschaft erklärt, diese Arbeiten zu unterstützen, da das Unternehmensregister dezentral in den Bundesländern geführt wird und dort die erforderlichen praktischen Erfahrungen und Kenntnisse vorliegen. Zudem besteht ein genuines landespolitisches Interesse an der Erfassung von Verflechtungstatbeständen, um Informationen über konzern- und gruppenunabhängige – insbesondere mittelständische – Unternehmen sowie die Verteilung der Standorte von Mutter- und Tochterunternehmen nach Bundesländern und im Ausland zu gewinnen.

44.* Testrechnungen haben mit Unterstützung der für den Binnenhandel zuständigen Fachgruppe des Statistischen Bundesamtes bestätigt, dass der Marktanteil der größten zehn Anbieter im Lebensmittelhandel unter Berücksichtigung von Unternehmensgruppen im Bereich von rund 75 bis 82 % und ohne Berücksichtigung der Gruppenbildung lediglich bei 41 % liegt. Dies bestätigt die langjährigen Ergebnisse der Monopolkommission zum Lebensmittelhandel. Aufgrund verschiedener in diesem Gutachten entwickelter empirischer Anhaltspunkte ist zu vermuten, dass auch in zahlreichen anderen Bereichen der Konzentrationsgrad der Wirtschaft systematisch und erheblich unterschätzt wird. Dieser Befund bedeutet Handlungsbedarf, um der Struktur- und Wettbewerbspolitik zukünftig ein realitätsnäheres Bild der wirtschaftlichen Wirklichkeit zu vermitteln.

II. Ergebnisse der amtlichen Statistik zur Konzentration der Unternehmen und Betriebe

45.* Die Monopolkommission verzichtet wie bereits im vorangegangenen Dreizehnten Hauptgutachten auf eine Analyse der konzentrationsstatistischen Ergebnisse der amtlichen Statistik auf der Grundlage von Unternehmen im Sinne der jeweils kleinsten rechtlicher Einheiten. Die Kommission misst den Ergebnissen, wie erneut in Abschnitt 10 des Einleitungskapitels sowie in Kapitel I über den Einfluss der Beteiligungsnetze deutscher Unternehmen auf den Konzentrationsgrad dargelegt wurde, keine wettbewerbspolitisch relevante Aussagekraft zu. Diese ist erst gegeben, wenn die Ergebnisse für Unternehmen als rechtliche Einheiten im Zusammenhang mit der Verflechtung der Unternehmen zu Unternehmensgruppen als wirtschaftliche Entscheidungseinheiten in Beziehung gesetzt werden können.

46.* Die konzeptionellen Bedenken der Monopolkommission, konzentrationsstatische Analysen allein auf Unternehmen im Sinne der kleinsten rechtlichen Einheiten zu stützen, bedeutet keine Kritik an den für die Aufbereitung dieser Daten verantwortlichen Fachabteilungen des Statistischen Bundesamtes. Die in großer wirtschaftssystematischer Breite und Tiefe aufbereiteten Standarddatenlieferungen der Ergebnisse nach Wirtschaftszweigen des Produzierenden Gewerbes, des Handels sowie der Ergebnisse der Produktionsstatistik erfolgten – wie auch in den Jahren zuvor – mit großer Zuverlässigkeit und Präzision. Die Monopolkommission hofft, die Qualität dieser Aufbereitungen auf dem Hintergrund der tatsächlichen Verflechtungen der einzelnen Unternehmen zu wirtschaftlichen Einheiten zukünftig voll ausschöpfen und unter wettbewerbspolitischen Gesichtspunkten beurteilen zu können. Dieser Zeitpunkt ist jedoch noch nicht gegeben.

47.* Um interessierten Nutzern der amtlichen Daten Gelegenheit zur Einsichtnahme zu geben, werden die Daten lediglich nachrichtlich wiedergegeben.

Die Erläuterungen zur Methodik und den Verfahren zur Berechnung der konzentrationsstatistischen Ergebnisse entsprechen denen im methodischen Teil des Anlagenbandes zum vorgegangenen Dreizehnten Hauptgutachten der Monopolkommission.

III. *Stand und Entwicklung der Konzentration von Großunternehmen (aggregierte Konzentration)*

48.* Ausgangspunkt der Berichterstattung der Monopolkommission zur Beurteilung von Stand und Entwicklung der aggregierten Konzentration ist die Ermittlung der hundert größten Unternehmen aus allen Wirtschaftsbereichen nach dem Kriterium der Wertschöpfung. Dabei bezieht sich die Analyse ausschließlich auf die inländischen Konzernbereiche. Die Untersuchung des derart abgegrenzten Kreises der Großunternehmen erstreckt sich auf die Verflechtungen zwischen den hundert größten Unternehmen im Hinblick auf Anteilsbesitz, die Zusammenarbeit über Gemeinschaftsunternehmen und personelle Verbindungen. Außerdem wird die Beteiligung der hundert größten Unternehmen an den dem Bundeskartellamt nach § 23 GWB angezeigten Unternehmenszusammenschlüssen untersucht. Die Betrachtung der hundert gemessen an ihrer Wertschöpfung größten Unternehmen wird ergänzt durch die Ermittlung der gemessen an branchenspezifischen Geschäftsvolumina größten Unternehmen des Produzierenden Gewerbes, des Handels- und Dienstleistungsgewerbes, des Kreditgewerbes sowie des Versicherungsgewerbes.

49.* Die Ermittlung der hundert nach der Wertschöpfung der Inlandskonzerne größten Unternehmen erlaubt den direkten Vergleich zwischen Unternehmen verschiedener Branchen und Wirtschaftsbereiche hinsichtlich ihres Beitrags zum Sozialprodukt. In den Fällen, in denen die für die Berechnung der inländischen Wertschöpfung benötigten Daten dem Geschäftsbericht des betreffenden Unternehmens nicht zu entnehmen waren, wurde eine Befragung durchgeführt. Sofern weder die veröffentlichten Unternehmensdaten noch die Ergebnisse der Befragung detaillierte Daten zur Ermittlung der inländischen Wertschöpfung einzelner Unternehmen lieferten, wurden diese geschätzt. Durch eine umfassende Überprüfung der Schätzmethoden anhand der durch Befragung erhobenen Daten konnte die Monopolkommission die ausreichende Güte der Schätzverfahren verifizieren.

50.* Insgesamt wiesen die hundert größten Unternehmen eine Wertschöpfung von rund 274 Mrd. € auf. Sie stieg gegenüber 1998 um 11,58 % und damit stärker als in der Vorperiode. Die Wertschöpfung aller Unternehmen erhöhte sich im Berichtszeitraum dagegen lediglich um 4,19 % (1996/98: 5,07 %). Der Anteil der hundert Größten an der Wertschöpfung aller Unternehmen erreichte somit erstmals ein Fünftel (20,01 %, 1998: 18,6 %).

51.* Eine Betrachtung der „100 Größten“ nach Zehner-Ranggruppen macht deutlich, dass die Erhöhung des Anteils der Großunternehmen an der Nettowertschöpfung aller Unternehmen hauptsächlich auf die überproportionale Steigerung der Wertschöpfung in der Gruppe der zehn größten Unternehmen zurückzuführen ist.

Die zehn größten Unternehmen hatten an der Wertschöpfung aller untersuchten Großunternehmen einen Anteil von 44,79 %, der den Wert der Vorperiode (40,8 %) übertraf. Der Anteil der zwanzig größten Unternehmen an der Wertschöpfung der „100 Größten“ erhöhte sich ebenfalls von 59,3 % im Jahr 1998 auf 63,45 % in 2000.

52.* Soweit die jeweiligen Daten für beide Jahre festgestellt werden konnten, wurde die Entwicklung der Großunternehmen zwischen 1998 und 2000 auch nach den Merkmalen Anzahl der Beschäftigten, Sachanlagevermögen und Cashflow aufgezeigt.

In die Untersuchung der Beschäftigtenzahlen wurden 82 Unternehmen einbezogen, die in beiden Berichtsjahren unter den hundert Größten waren. Ihr Anteil an der Anzahl der Beschäftigten aller Unternehmen betrug 2000 12,31 % gegenüber 13,49 % 1998. Die Bedeutung der Großunternehmen als Arbeitgeber hat sich somit verringert.

Angaben zum Sachanlagevermögen der inländischen Konzerngesellschaften lagen bei 53 Unternehmen für beide Jahre vor. Unternehmen des Kredit-, Versicherungs- und Dienstleistungsgewerbes wurden nicht berücksichtigt. Die einbezogenen Unternehmen erreichten 22,96 % (1998: 20,9 %) des Sachanlagevermögens aller Unternehmen aus den betreffenden Wirtschaftsbereichen.

Daten zur Ermittlung des Cashflow standen für 50 Unternehmen aus dem Berichtskreis für die Jahre 2000 und 1998 zur Verfügung. Er wurde dem anhand von Erhebungen der Deutschen Bundesbank geschätzten Cashflow aller deutschen Unternehmen gegenübergestellt. An dem Cashflow aller Unternehmen haben die untersuchten Großunternehmen mit 44,3 % (1998: 42,7 %) einen erheblichen Anteil.

53.* Von den Konzernobergesellschaften der betrachteten 100 Unternehmen hatten in 2000 75 (1998: 77) die Rechtsform einer Aktiengesellschaft. Somit bleibt diese Rechtsform wie bereits in der Vergangenheit im Berichtskreis vorherrschend. Ebenfalls verringert hat sich die Zahl der Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit sowie der Kommanditgesellschaften auf Aktien. Anders als 1998 sind im Untersuchungskreis eine offene Handelsgesellschaft sowie ein Einzelkaufmann vertreten. Die Gruppe der Körperschaften öffentlichen Rechts innerhalb der Gruppe der „100 Größten“ erweiterte sich um zwei Unternehmen.

54.* Neben der Wertschöpfung werden häufig weitere Merkmale zur Beurteilung der Unternehmensgröße herangezogen, welche direkt aus dem Jahresabschluss zu ersehen sind. Dies ist im

Fälle von Industrie-, Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen sowie Handelsunternehmen der Umsatz. Die Größe von Kreditinstituten wird bevorzugt anhand der Bilanzsumme beurteilt und die der Versicherungsunternehmen anhand ihrer Beitragseinnahmen. Die Wertschöpfung ist jedoch als überlegenes Größenkriterium zu betrachten, da sie im Gegensatz zu den genannten, das Geschäftsvolumen kennzeichnenden alternativen Merkmalen den branchenübergreifenden Vergleich von Unternehmen erlaubt und den Grad ihrer vertikalen Integration widerspiegelt. Die Untersuchung der gemessen an ihrem Geschäftsvolumen größten Unternehmen stellt daher eine ergänzende Untersuchung mit dem Ziel dar, die Bedeutung von Großunternehmen in den einzelnen Wirtschaftszweigen näher zu beleuchten.

Übereinstimmungen zwischen den Ranglisten anhand der Wertschöpfung und anhand der branchenspezifischen Geschäftsvolumina bestehen insoweit, als die Unternehmen, welche in den einzelnen Wirtschaftszweigen das höchste Geschäftsvolumen aufweisen, stets auch zu mindestens 70 % dem Kreis der „100 Größten“ angehören, welcher anhand der Wertschöpfung abgegrenzt wird.

Wie die folgende Darstellung zeigt, übertraf die Entwicklung des Geschäftsvolumens der jeweils größten Unternehmen in allen betrachteten Wirtschaftszweigen die allgemeine Marktentwicklung. Die Konzentration nahm somit in sämtlichen Branchen zu. Gemessen an dem Anteil des Geschäftsvolumens aller in einer Branche tätigen Unternehmen, der auf die jeweils zehn größten Unternehmen der Branche entfällt, weisen das Versicherungs- und Kreditgewerbe unverändert die höchste Konzentration auf.

Die fünfzig größten Industrieunternehmen wiesen 2000 gemeinsam einen Umsatz von 588 Mrd. € gegenüber 501,5 Mrd. € 1998 aus. Dies entspricht einem Wachstum von 17,3 % (1996/98: 5,6 %). Die Gesamtheit der Unternehmen des Produzierenden Gewerbes erzielte 2000 gemäß Umsatzsteuerstatistik einen Umsatz von 1 905 Mrd. € und eine Umsatzsteigerung gegenüber 1998 in Höhe von 9,6 %. Das Umsatzwachstum der größten Industrieunternehmen übertraf somit den Branchendurchschnitt bei weitem.

Der Umsatz der zehn größten Handelsunternehmen nahm zwischen 1998 und 2000 um 12,9 % zu. Sein Wachstum übertraf sowohl das Wachstum der großen Handelskonzerne im Zeitraum 1996/1998 (8,2 %) als auch das Wachstum der gesamten Branche (8,6 %). In der Summe erreichten die zehn größten Handelsunternehmen Umsätze von 118 Mrd. € im Vergleich zu den Umsätzen aller Unternehmen des Handelssektors, die bei 1 329 Mrd. € lagen. Somit entwickelten sich die Branchengrößten erneut überdurchschnittlich gut. Die Liste der größten Handelsunternehmen ist wie in den Vorjahren insofern unvollständig, als einige große Firmengruppen mangels konsolidierter Jahresabschlüsse nicht berücksichtigt werden konnten, obwohl angenommen werden muss, dass sie unter einheitlicher Leitung stehen (Lidl & Schwarz, Aldi). Dadurch wird die Konzentration im Handel unterschätzt.

Die zehn umsatzstärksten Unternehmen des Verkehrs- und Dienstleistungsgewerbes wiesen 2000 insgesamt Umsatzerlöse von 121 Mrd. € aus. Damit erzielten sie ein Umsatzwachstum gegenüber 1998 von 19,3 %, welches die Umsatzentwicklung aller Unternehmen dieses Wirtschaftsbereichs von + 13 % übertraf.

Die Bilanzsumme der zehn größten Kreditinstitute lag 2000 bei 3 555 Mrd. €. Sie stieg gegenüber 1998 um 31,8 % an. Die Zuwachsrate der Bilanzsumme aller Kreditinstitute bewegte sich mit 21,18 % auf einem nur etwas geringeren Niveau. Die unkonsolidierte Bilanzsumme der von den Bankkonzernen konsolidierten Kreditinstitute betrug 2000 3 658 Mrd. €. Der Anteil der zehn größten Kreditinstitute an der Bilanzsumme aller Kreditinstitute ist somit gegenüber 1998 von 48,7 % auf 52 % gestiegen.

Die zehn größten Versicherungsunternehmen erzielten insgesamt Beitragseinnahmen in Höhe von 94 Mrd. €. Der Änderungsrate ihrer Beitragssumme in Höhe von 11,6 % stand ein Wachstum aller Versicherungen von 10,1 % gegenüber. Der Anteil der unkonsolidierten Brutto-Beitragseinnahmen der zehn größten Versicherungsunternehmen an den Bruttobeiträgen aller Erst- und Rückversicherungsunternehmen beträgt für das Geschäftsjahr 2000 57,8%. Die Versicherungsbranche stellt somit von den hier untersuchten Wirtschaftszweigen denjenigen dar, dessen Geschäftsvolumen im höchsten Umfang auf Großunternehmen entfällt.

55.* Die Anteilseigner der Großunternehmen werden zum einen hinsichtlich der Verflechtungen der hundert Größten untereinander untersucht, zum anderen wird die gesamte Anteilseignerstruktur der Unternehmen des Berichtskreises analysiert. Bei den meisten Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ veränderten sich die Besitzverhältnisse nicht wesentlich. Hervorzuheben ist jedoch die Teilprivatisierung der Deutschen Post AG im Herbst 2000. Die Änderungen der Kapitalverflechtungen zwischen den hundert Größten waren zum einen eine Folge der Wechsel in der Zusammensetzung des Unternehmenskreises, zum anderen resultierten sie aus Erwerb und Veräußerung von Kapitalanteilen. Die meisten Beteiligungen an anderen Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ wies mit 22 wie in den Vorjahren die Allianz AG auf.

Hinsichtlich der Anteilseignergruppen, welche jeweils die Eigenkapitalmehrheit der untersuchten Großunternehmen auf sich vereinen, ergaben sich die folgenden Änderungen. Im Gegensatz zu den Vorjahren war 'Mehrheit in Streubesitz' mit 20 (1998: 22) Unternehmen nicht mehr die am häufigsten besetzte Kategorie. Stattdessen befand sich mit 23 Unternehmen die größte Gruppe in ausländischem Einzelbesitz, womit sich ihre Zahl gegenüber 1998 um sechs Unternehmen erhöhte. Die gemessen an der Anzahl der ihr angehörenden Unternehmen drittstärkste Gruppe waren in 2000 die 18 (1998: 21) Großunternehmen, deren Eigenkapital nicht mehrheitlich einem anderen Großunternehmen, ausländischem Einzelbesitz, der öffentlichen Hand, Einzelpersonen, Familien und Familienstiftungen, Streubesitz sowie sonstigen Anteilseignern zuzuordnen war. An vierter Stelle lag mit 16 (1998: 18) die Anzahl der Unternehmen, die überwiegend in der Hand von Einzelpersonen, Familien oder Familienstiftungen waren. In vier Fällen summierten sich die Anteile der „100 Größten“ auf über 50 %. Mit der Atecs Mannesmann AG befindet sich in 2000 – wie zuletzt 1996 – wieder ein Unternehmen im Kreis der „100 Größten“, das mehrheitlich im Besitz eines anderen Unternehmen dieser Gruppe ist. Die Zahl der Unternehmen, deren Mehrheit im Besitz der öffentlichen Hand ist, verringerte sich gegenüber 1998 um eins auf zwölf.

56. Die Anzahl der Verflechtungen der zwanzig größten Unternehmen über Gemeinschaftsunternehmen hat sich 2000 mit 38 derartigen Unternehmensbeziehungen gegenüber 1998 (32 Verflechtungen) erhöht und erreichte nahezu wieder den Stand von 1996 (39 Verflechtungen). Insgesamt bestanden 91 (1998: 78) Gemeinschaftsunternehmen. In einigen Fällen erfolgte der Kon-

takt zwischen zwei Unternehmen über mehrere Gemeinschaftsunternehmen; in einem Fall waren mehr als zwei Gesellschaften an einem gemeinsamen Unternehmen beteiligt. Durch besonders intensive Zusammenarbeit über Gemeinschaftsunternehmen, die in derselben Branche tätig waren wie die Obergesellschaften, zeichneten sich wie bereits in den Vorjahren die Unternehmen der Energiewirtschaft und der Chemischen Industrie aus.

Neben den zwanzig größten Unternehmen wurden die Kreditinstitute aus dem Kreis der „100 Größten“ hinsichtlich ihrer Verflechtungen über Gemeinschaftsunternehmen untersucht. Sie wiesen 2000 mit 16 (1998: 20) Kontakten einen gesunkenen Verflechtungsgrad auf. Der größte Teil der Gemeinschaftsunternehmen war als Anlage- und Verwaltungsgesellschaften sowie in der Kreditwirtschaft selbst und im Leasingbereich tätig.

57.* Bei der Untersuchung der personellen Verflechtungen werden ausschließlich diejenigen Unternehmensverbindungen berücksichtigt, bei denen eine oder mehrere Personen gleichzeitig den Geschäftsführungs- oder Kontrollorganen von mindestens zwei Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ angehören. 2000 entsandten 37 Unternehmen (1998: 38 Unternehmen) aus dem Kreis der „100 Größten“ Mitglieder ihrer Geschäftsführung in die Kontrollorgane anderer Unternehmen aus diesem Kreis. Sie waren damit in den Kontrollorganen von 59 Unternehmen (1998: 60) aus dem Untersuchungskreis vertreten. Die Gesamtzahl der Verflechtungen über Geschäftsführungsmitglieder betrug 139 (1998: 152) und nahm damit zwischen 1998 und 2000 erneut ab. Auch die Anzahl der Verbindungen über Geschäftsführungsmitglieder von Banken und Versicherungen verminderte sich wie bereits in den Vorjahren: Sie betrug 64 gegenüber 76 im Jahr 1998. Unter wettbewerbspolitischen Gesichtspunkten ist die Frage von Interesse, ob durch Mandatsträger Unternehmen gleicher Wirtschaftszweige miteinander verbunden werden. Im Berichtsjahr 2000 lagen 25 Verflechtungen (1998: 27) dieser Art vor. Die Anzahl der Fälle, in denen eine personelle Verbindung mit einer Kapitalbeteiligung einherging, verringerte sich gegenüber 1998 um einen auf elf.

58.* Mit der Untersuchung der Beteiligung der „100 Größten“ an den dem Bundeskartellamt nach § 39 Abs. 6 GWB angezeigten vollzogenen Unternehmenszusammenschlüssen betont die Monopolkommission die wettbewerbspolitische Bedeutung des externen Wachstums der „100 Größten“. An den 2000/01 insgesamt angezeigten 2 570 (1998/99: 3 070) Zusammenschlüssen waren Unternehmen aus dem Betrachtungskreis in 1 814 (1998/97: 1 206) Fällen beteiligt. Bereinigt um Mehrfachzählungen erhöhte sich der Anteil der hundert Größten an der Gesamtzahl der Fusionen damit erneut von 37,4 % auf 49 %. Ebenfalls erhöht hat sich die Zahl der angezeigten Zusammenschlüsse, an denen mehr als ein Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ beteiligt war. 2000/01 betrug die Zahl derartiger Zusammenschlüsse 162.

59.* In der Gesamtschau ist im Berichtszeitraum hinsichtlich der verschiedenen untersuchten Größenmerkmale ein weiterer Anstieg der Konzentration zu verzeichnen. Lediglich die Anzahl der von den betrachteten Großunternehmen zur Verfügung gestellten Arbeitsplätze hat sich im Vergleich zum gesamtwirtschaftlichen Trend unterproportional entwickelt. Auch die Beteiligung der „100 Größten“ an den dem Bundeskartellamt angezeigten Zusammenschlüssen erhöhte sich in den letzten Jahren kontinuierlich.

Tendenziell rückläufig sind hingegen die personellen Verflechtungen sowie die Beteiligungsverflechtungen unter den „100 Größten“. Dies ist jedoch weniger auf Entflechtungsvorgänge als auf Fusionen vormals eng verflochtener Mitglieder des Kreises der „100 Größten“ sowie die zunehmende Bedeutung internationaler Konzerne zurückzuführen.

IV. Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen und Zusammenschlusskontrolle

60.* Die Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen spielt in der Amtspraxis des Bundeskartellamtes weiterhin nur eine untergeordnete Rolle. Der Hauptanwendungsbereich der Verhaltenskontrolle ist die Verfolgung von Behinderungstatbeständen im Bereich der leitungsgebundenen Energieversorgung. Der zunehmenden Anzahl von Fällen der Behinderung des Netzzugangs und der Stromdurchleitung trug das Amt durch die Gründung einer neuen Beschlussabteilung Rechnung, die ausschließlich für die Durchsetzung des Missbrauchs- und Diskriminierungsverbotes in der Elektrizitätswirtschaft zuständig ist. Da sich bei den Missbrauchstatbeständen auf den liberalisierten Strommärkten das Gewicht von Behinderungen durch die schlichte Verweigerung der Stromdurchleitung auf Behinderungen durch überhöhte Netznutzungsentgelte verlagert hat, ist die Frage nach den Methoden zur Feststellung angemessener Durchleitungsentgelte von zunehmender Bedeutung für die Amtspraxis. Gegenwärtig testet das Amt in einer Reihe von Missbrauchsfällen insbesondere die Eignung des Vergleichsmarktkonzeptes zur Überprüfung von Netznutzungsentgelten.

61.* Im Berichtszeitraum erging eine erste Gerichtsentscheidung in Bezug auf den mit der Sechsten GWB-Novelle neu eingeführten § 19 Abs. 4 Satz 4 (Zugang zu wesentlichen Einrichtungen). Das Bundeskartellamt hat im Dezember 1999 der Scandlines GmbH untersagt, konkurrierenden Anbietern von Fährdienstleistungen den Zugang zum Fährhafen Puttgarden gegen ein angemessenes Entgelt zu verweigern. Scandlines wurde außerdem verpflichtet, die für eine Mitbenutzung des Fährhafens erforderlichen Vorkehrungen (Umbaumaßnahmen und öffentlich-rechtliche Genehmigungsverfahren) zu treffen. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat den Beschluss des Bundeskartellamtes im August 2000 wegen mangelnder Bestimmtheit der Verfügung aufgehoben. Konkret bezieht sich die Kritik des Oberlandesgerichts darauf, dass die Höhe des angemessenen Entgeltes nicht beziffert wird und die Kriterien für die Entgeltberechnung vom Bundeskartellamt nicht dargelegt werden. Der Beschluss des Oberlandesgerichts ist für weitere Entscheidungen des Bundeskartellamtes nach § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB von großer Bedeutung, da er grundsätzliche Fragen bezüglich der Vorgehensweise bei Entscheidungen nach dieser Norm aufwirft. Konkret müsste das Bundeskartellamt im vorliegenden Fall zunächst die verschiedenen bautechnisch möglichen Lösungen für eine Mitbenutzung der Hafenanlage ermitteln, anschließend deren Kosten berechnen und dann auf der Grundlage dieser Kosten das angemessene Zugangsentgelt festlegen. Dies käme einer weitgehenden staatlichen Regulierung gleich. Nach Auffassung der Monopolkommission wird die Anwendung des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB durch die vom Oberlandesgericht aufgestellten Anforderungen an die Bestimmtheit kartellrechtlicher Verfügungen außerordentlich erschwert. Sie hält aufgrund der qualitativ neuen Dimension dieser Gesetzesnorm, die im Unterschied zu anderen Missbrauchsverfahren nach § 19 GWB faktisch ein Gebot zur Aufnahme von Geschäftsbeziehungen mit dem Zugang begehrenden Unternehmen beinhaltet, ein zweistufiges Verwaltungsverfahren für sachgerecht, bei dem das Bundeskartell-

amt in einem ersten Schritt lediglich die Zugangsverpflichtung des Infrastruktureigentümers und damit die Pflicht zur Aufnahme von Vertragsverhandlungen feststellt und erst dann, wenn Verhandlungen zwischen den Beteiligten zu keinem Ergebnis führen, detaillierte Vorgaben über das „Wie“ einer Zugangsregelung macht. Bei einer solchen Vorgehensweise bliebe die Ausgestaltung der Zugangsbedingungen, insbesondere die Klärung der Fragen, wer welche Investitionen vornimmt, welches Zugangsentgelt zu bezahlen ist und wie die Modalitäten des Zugangs beschaffen sind, den sehr viel besser informierten beteiligten Unternehmen überlassen.

62.* Der Zugang Dritter zu Netzen und anderen Infrastruktureinrichtungen kann nicht nur durch schlichte Verweigerung, sondern auch durch unangemessen hohe Zugangs- und Durchleitungsentgelte behindert werden. In der Amtspraxis spielen überhöhte Netznutzungsentgelte derzeit vor allem in der Stromwirtschaft eine Rolle. Das Bundeskartellamt hat ein erstes Musterverfahren wegen des Verdachts missbräuchlich überhöhter Netznutzungsentgelte im Februar 2001 gegen die e.dis Energie Nord AG eingeleitet. Gegen 22 weitere Netzbetreiber hat die zuständige Beschlussabteilung aus denselben Gründen Voruntersuchungen veranlasst und mittlerweile förmliche Missbrauchsverfahren gegen insgesamt zehn Stromnetzbetreiber eingeleitet. Wie sich im Rahmen dieser Untersuchungen herausgestellt hat, stößt das vom Bundeskartellamt zur Überprüfung von Netznutzungsentgelten primär herangezogene Vergleichsmarktkonzept auf Grenzen und muss durch eine kostenorientierte Preiskontrolle ergänzt werden. Auch nach Auffassung der Monopolkommission ist das Vergleichsmarktkonzept bestenfalls als Ausgangspunkt für die Feststellung missbräuchlich überhöhter Netznutzungsentgelte geeignet und sollte durch ein kostenorientiertes Benchmarking-Modell, mit dem zumindest die relative (Kosten-)Effizienz der Netzbetreiber ermittelt werden kann, ergänzt werden.

63.* Erstmals hat das Bundeskartellamt Unternehmen untersagt, eine sog. Kosten-Preis-Schere zu praktizieren. Diese bestand im konkreten Fall darin, dass die Kraftstoffpreise, die die in Deutschland tätigen Mineralölkonzerne von mittelständischen Tankstellenbetreibern forderten, über den Preisen lagen, die sie selbst an ihren eigenen Tankstellen von Endkunden verlangten. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat den Beschluss des Bundeskartellamtes aufgehoben, da nach seiner Auffassung eine konkrete Behinderung einzelner freier Tankstellenbetreiber durch namhaft zu machende einzelne Mineralölkonzerne vom Bundeskartellamt nicht nachgewiesen wird. Nach Auffassung der Monopolkommission können angesichts mehrerer hundert betroffener Regionalmärkte und mehrmals täglich schwankender Kraftstoffpreise die Anforderungen an die Sachverhaltsaufklärung nicht über eine stichprobenartige Ermittlung hinausgehen, wenn der Missbrauchsaufsicht im Rahmen des § 20 Abs. 4 Satz 1 GWB nicht die Grundlage entzogen werden soll. Generell wäre zu überlegen, wie für Fälle, die mit einem derart hohen Ermittlungsaufwand einhergehen, Möglichkeiten der Beweiserleichterung geschaffen werden können. Wünschenswert wäre außerdem, dass das Bundeskartellamt praktikable Vorschläge zur Vorgehensweise bei der Sachverhaltsermittlung macht, die in zukünftigen Fällen der Missbrauchsaufsicht im Mineralölbereich zur Anwendung kommen könnten.

64.* Nach der im Rahmen der Sechsten Novelle des GWB eingeführten Norm des § 20 Abs. 4 Satz 2 GWB dürfen Unternehmen andere Wettbewerber nicht dadurch unbillig behindern, dass sie Waren oder gewerbliche Leistungen nicht nur gelegentlich unter Einstandspreis anbieten, es sei denn, dies ist sachlich gerechtfertigt. Auf der Grundlage dieser Norm hat das Bundeskartell-

amt im September 2000 der Wal-Mart Germany GmbH & Co. KG, der Lidl Stiftung & Co. KG und der Aldi Einkauf GmbH & Co. KG untersagt, jeweils mehrere Produkte unter Einstandspreis zu verkaufen. Die Untersagungsverfügung im Fall Wal-Mart wurde vom Oberlandesgericht Düsseldorf aufgrund einer abweichenden Tatsachenfeststellung aufgehoben. Insbesondere hinsichtlich der von ihm entwickelten Auslegungsgrundsätze zum Verkauf unter Einstandspreis wird das Bundeskartellamt durch den Gerichtsbeschluss aber weitgehend bestätigt. Die Monopolkommission begrüßt, dass die ausführlichen Begründungen der Entscheidungen zusammen mit den Auslegungsgrundsätzen des Bundeskartellamtes zu § 20 Abs. 4 Satz 2 GWB die mit der neuen Norm verbundenen Rechtsunsicherheiten auf Seiten der Unternehmen verringern werden, sie hat allerdings Zweifel an der im vorliegenden Fall vom Bundeskartellamt festgestellten relativen Marktmacht von Wal-Mart. Vor dem Hintergrund einer hohen Wettbewerbsintensität und niedriger Umsatzrenditen im deutschen Lebensmitteleinzelhandel sind besondere Verhaltensspielräume und eine überlegene Marktmacht von Wal-Mart zu verneinen. Dem Kriterium der Finanzkraft, auf das sich das Bundeskartellamt bei der Feststellung der Normadressateneigenschaft von Wal-Mart in erster Linie stützt, wird nach Auffassung der Monopolkommission eine zu große Bedeutung beigemessen.

65.* Ebenfalls zum ersten Mal erließ das Amt eine Missbrauchsverfügung aufgrund einer sog. Kampfpreisstrategie im Bereich des Luftverkehrs. Es war der Auffassung, dass die Lufthansa AG mit der Einführung eines neuen voll flexiblen Niedrigpreistarifs auf der Strecke Frankfurt/Berlin versucht, ihren Wettbewerber Germania vom Markt zu verdrängen, um anschließend die entstandenen Verluste durch erneute Preiserhöhungen wieder auszugleichen. Die Lufthansa hatte zeitgleich mit dem Markteintritt der Germania einen Tarif eingeführt, nach dem der Preis für ein Ticket Frankfurt/Berlin bzw. Berlin/Frankfurt nur 1 € über dem Preis der Germania lag. Die Konditionen des Tarifs sind in Anlehnung an die Konditionen des Germania-Tarifs ausgestaltet. Nach Auffassung des Bundeskartellamtes hat Lufthansa mit dem neu eingeführten Tarif den Flugpreis der Germania faktisch unterboten, da im Lufthansa-Preis Zusatzleistungen (Catering-Service, Gutschriften im Rahmen des Miles-and-More-Programms, höhere Anzahl täglicher Verbindungen) enthalten sind, die Germania nicht anbietet. Der geldwerte Vorteil dieser Zusatzleistungen aus Sicht der Fluggäste liegt nach den Ermittlungen des Kartellamtes zwischen 25 € und 60 €. Dies rechtfertigt nach Ansicht des Amtes einen von Lufthansa einzuhaltenden Mindestabstand zum Preis der Germania von 35 € für das einfache Ticket. Die Monopolkommission teilt die Einschätzung, dass Lufthansa mit der Einführung des neuen Niedrigpreistarifs eine Kampfpreisstrategie zur Verdrängung des neu in den Markt eintretenden Wettbewerbers Germania verfolgt, hält aber die Entscheidung des Bundeskartellamtes insofern für problematisch, als die Missbräuchlichkeit des Lufthansa-Tarifs in Relation zum Preis des Wettbewerbers Germania festgestellt wird. Das Bundeskartellamt setzt sich durch diese Vorgehensweise dem Vorwurf aus, mit seiner Verfügung auf das Überleben des Wettbewerbers Germania abzielen und damit eine aktive Steuerung der Marktstruktur zu betreiben. Insbesondere wird durch eine solche Vorgehensweise die Möglichkeit, dass das dominante Unternehmen effizienter anbietet, nicht berücksichtigt.

66.* In den Jahren 2000 und 2001 wurden beim Bundeskartellamt 2.570 vollzogene Unternehmenszusammenschlüsse angezeigt. Vier Zusammenschlüsse wurden wegen des Entstehens oder der Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung untersagt. In insgesamt 41 Fällen wurde das Zusammenschlussvorhaben aufgrund wettbewerblicher Bedenken des Bundeskartell-

amtes im Vorfeld modifiziert oder vor Erlass einer förmlichen Entscheidung aufgegeben. Das Hauptprüfverfahren wurde in 133 Fällen eingeleitet, 100 Fälle wurden mit einer förmlichen Verfügung abgeschlossen. Die Auswertung der beim Bundeskartellamt angezeigten Unternehmenszusammenschlüsse nach Art des Zusammenschlusstatbestandes zeigt, dass die Tatbestände Vermögenserwerb, Anteilserwerb und Gründung von Gemeinschaftsunternehmen, wie schon in früheren Berichtsperioden, dominieren. Der mit der Sechsten GWB-Novelle neu eingeführte Zusammenschlusstatbestand des Kontrollerwerbs hat in der Praxis des Bundeskartellamtes bisher nur eine geringe eigenständige Bedeutung erlangt.

67.* Eine (Neu-)Abgrenzung der räumlich relevanten Märkte hat das Bundeskartellamt in der Energiewirtschaft vorgenommen. In Abkehr von der bis dahin üblichen Praxis hat das Amt im Zusammenschlussfall RWE/VEW die räumlich relevanten Märkte nicht länger regional nach der Reichweite der jeweiligen Leitungsnetze, sondern national abgegrenzt. Der Übergang zu einer bundesweiten Marktabgrenzung stellt eine grundsätzliche Neubewertung der Wettbewerbsverhältnisse auf den Strommärkten durch das Bundeskartellamt dar. Gestützt vor allem auf die Regelungen der Verbändevereinbarung II, rechnet das Amt mit einer grundlegenden Verbesserung der Durchleitungsbedingungen, die die vollständige Integration der regionalen Strommärkte zu einem nationalen Markt erwarten lasse. Die bundesweite Abgrenzung der räumlich relevanten Märkte hat zur Folge, dass Zusammenschlüsse im Bereich der Stromversorgung erheblich erleichtert wurden, da praktisch alle Energieversorgungsunternehmen auf der regionalen und lokalen Weiterverteilungsebene, die bisher stets marktbeherrschende Stellungen in ihren jeweiligen Versorgungsgebieten innehatten, auf den national abgegrenzten Stromhandels- und Endkundenmärkten nur noch über geringe Marktanteile verfügen, die in der Regel eine marktbeherrschende Stellung ausschließen. Die vom Bundeskartellamt vorgenommene räumliche Marktabgrenzung wird von der Monopolkommission mit Skepsis betrachtet, da sie zum Zeitpunkt der Entscheidung weitgehend auf prognostiziertem, bestenfalls potentielltem Wettbewerb und einer noch nicht in die Praxis umgesetzten Verbändevereinbarung II beruht. Insbesondere auf der Ebene der lokalen Verteilerunternehmen ist weiterhin mit Durchleitungsbehinderungen zu rechnen. Das Bundeskartellamt hat mittlerweile seine Prognose eines funktionsfähigen Durchleitungswettbewerbs für den Markt der Belieferung von Kleinkunden revidiert und ist dort zu einer regionalen Marktabgrenzung zurückgekehrt.

68.* Umstritten war die räumliche Marktabgrenzung im Zusammenschlussfall Sanacorp/Anzag. Das Bundeskartellamt hat den räumlich relevanten Markt entlang der tatsächlichen Absatzgebiete der am Zusammenschluss beteiligten pharmazeutischen Großhändler abgegrenzt. Das tatsächliche Absatzgebiet eines Großhändlers ist nach Auffassung des Amtes nach logistischen Kriterien und unter Kostengesichtspunkten optimiert und stellt dasjenige Gebiet dar, in dem ein pharmazeutischer Großhändler die für die adäquate Versorgung der Apotheken charakteristische notwendigen Liefervoraussetzungen regelmäßig und zuverlässig zu erfüllen in der Lage ist. Nach Auffassung der Monopolkommission birgt eine Marktabgrenzung auf der Grundlage der tatsächlichen Lieferbeziehungen eines Großhändlers die Gefahr, den wettbewerblichen Druck zu unterschätzen, da Wettbewerber, deren Liefergebiet sich mit dem des betrachteten Großhändlers nicht oder nur teilweise überschneidet, nicht in den relevanten Markt mit einbezogen werden.

69.* Die Prüfung oligopolistischer Marktbeherrschung stand im Mittelpunkt der fast zeitgleich von Bundeskartellamt und EU-Kommission freigegebenen Zusammenschlüsse RWE/VEW und VEBA/VIAG. Beide Kartellbehörden kommen zu dem Schluss, dass durch die Fusionen zwei annähernd gleich große Unternehmensgruppen entstehen, die auf den relevanten Strommärkten ein weitgehend symmetrisches marktbeherrschendes Dyopol bilden, dessen wettbewerbliche Verhaltensspielräume weder im Innenverhältnis noch durch Dritte wirksam beschränkt werden. Oligopolistisches Parallelverhalten wird durch eine Reihe unternehmensbezogener Struktur Faktoren begünstigt. Beide Unternehmen sind über alle Stufen der Elektrizitätswirtschaft vertikal integriert, weisen ähnliche Kostenstrukturen sowie eine vergleichbare Finanzkraft auf. Sie verfügen über annähernd gleich große Kapazitäten sowohl im Hinblick auf die Stromerzeugung als auch bei den Übertragungsnetzen. Preisvorstöße sind aufgrund der Produkthomogenität, der Transparenz von Erzeugungskosten und Endkundenpreisen, einer stagnierenden Gesamtnachfrage sowie einer geringen Preiselastizität der Nachfrage nicht zu erwarten. Mit wirksamem Außenwettbewerb ist ebenfalls nicht zu rechnen. Der einzige verbleibende inländische Wettbewerber auf der Verbundebene, die Energie Baden-Württemberg (EnBW), verfügt mit einem Marktanteil von unter 10 % nur über ein sehr begrenztes Wettbewerbspotential. Wettbewerb durch ausländische Stromerzeuger ist aufgrund der beschränkten Übertragungskapazitäten bei den Kuppelstellen ins Ausland nur in sehr geringem Umfang möglich. Ein Markteintritt neuer Wettbewerber ist aufgrund hoher Marktzutrittsschranken wenig wahrscheinlich. Dennoch haben die Kartellbehörden beide Fusionen unter umfangreichen, aufeinander abgestimmten Auflagen freigegeben. Die Auflagen sollen durch Beseitigung gesellschaftsrechtlicher Verflechtungen zwischen den Dyopolisten den Binnenwettbewerb intensivieren und durch die Verbesserung der Durchleitungsbedingungen sowie den Aufbau der VEAG zu einem unabhängigen vierten Verbundunternehmen in der deutschen Stromwirtschaft den Wettbewerb durch Dritte stärken. Das Bundeskartellamt betreibt mit diesen Auflagen eine Art Industriepolitik, die nach Auffassung der Monopolkommission vom GWB nicht gedeckt ist. Das GWB wendet sich gegen Wettbewerbsverschlechterungen, hat aber nicht die Aufgabe, Wettbewerb durch die Schaffung oder Begünstigung zusätzlicher Konkurrenten zu erzeugen oder zu verstärken, zumal allein durch die Erfüllung der Auflagen die Schaffung einer „vierten Kraft“ in der deutschen Stromwirtschaft keineswegs sichergestellt werden kann.

70.* Die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf den weiterhin regional abgegrenzten Gasmärkten durch Absicherung der Vorlieferantenposition eines Verbundunternehmens bzw. eines mit ihm verbundenen regionalen Gasweiterverteilers durch die direkte oder indirekte Beteiligung an einem endkundenbeliefernden Stadtwerk war die Ursache von Wettbewerbsproblemen in einer Reihe ähnlich gelagerter Zusammenschlussfälle im Energiebereich. Das Bundeskartellamt hat die betroffenen Zusammenschlüsse unter Auflagen, die in allen Fällen nahezu identisch sind und die Durchleitungsbedingungen im Gasbereich verbessern sollen, freigegeben. Die Monopolkommission hat schon in ihrem Elften Hauptgutachten die gesellschaftsrechtliche Beteiligung von Vorlieferanten an Abnehmern kritisch kommentiert. Ihrer Auffassung nach stellen derartige Beteiligungen klassische Instrumente zur langfristigen Absatzsicherung dar, die mit Informationsvorteilen einhergehen und eine entmutigende Signalwirkung auf Wettbewerber ausüben. Die Kommission ist darüber hinaus der Ansicht, dass die zahlreichen Beteiligungen der Verbundunternehmen an regionalen und lokalen Strom- und Gasversorgern nicht isoliert betrachtet werden dürfen, sondern daraufhin geprüft werden müssen, ob sie nicht Ausdruck einer Gesamtstra-

tegie der großen Verbundunternehmen sind, potentielle Wettbewerber vom Marktzutritt abzusrecken. Hinterfragt werden sollte in diesem Zusammenhang die Praxis des Bundeskartellamtes, einen wettbewerblich erheblichen Einfluss gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB erst ab einer Beteiligungshöhe von 20 % anzunehmen, falls nicht Plusfaktoren wie beispielsweise personelle Verflechtungen, zusätzliche Stimmrechte o. ä. vorlägen. Nach Auffassung der Monopolkommission sind die wettbewerblichen Bedenken, die sich gegen die Beteiligung der Verbundunternehmen bzw. deren Tochtergesellschaften an Verteilerunternehmen der nachgelagerten Wirtschaftsstufe richten, auch bei Beteiligungen unterhalb von 20 % relevant. Problematisch ist im Hinblick auf eine Gesamtstrategie auch die Bagatellschwelle des § 35 Abs. 2 Nr. 2 GWB; eine Gesetzesänderung sollte es dem Bundeskartellamt ermöglichen, diese Vorschrift außer Acht zu lassen, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der einzelne Beteiligungserwerb Teil einer umfassenden Strategie auf verschiedenen gleich gelagerten Märkten ist.

71.* Im Berichtszeitraum der Monopolkommission hatte das Bundeskartellamt in mehreren Fällen Zusammenschlüsse im Bereich der Breitbandkabelnetze zu prüfen. Freigegeben hat das Amt die Übernahme der NetCologne Gesellschaft für Telekommunikation mbH durch die Callahan Nordrhein-Westfalen GmbH (CNRW), da es in Anwendung der Abwägungsklausel des § 36 Abs. 1, 2. Halbsatz GWB Wettbewerbsverschlechterungen auf den Märkten für Kabelfernsehen durch Wettbewerbsverbesserungen auf den Märkten für Festnetztelefonie und Internetzugang kompensiert sah. Untersagt wurde dagegen das Vorhaben der Liberty Media Corporation, 95 % der Anteile an der Holdinggesellschaft Viola Kabelgesellschaft GmbH, in der alle Aktivitäten der Deutschen Telekom AG (DTAG) im Bereich der Breitbandkabelnetze zusammengefasst worden waren, zu erwerben. Im Gegensatz zum Fall Callahan/NetCologne waren die im Fall Liberty/Kabel Deutschland von den Beteiligten vorgebrachten Wettbewerbsverbesserungen aus Sicht des Bundeskartellamtes nicht ausreichend, um die Wettbewerbsverschlechterungen auf den verschiedenen Märkten für die Übertragung von Rundfunk- und Fernsehprogrammen zu überwiegen.

Wettbewerbliche Probleme resultieren in beiden Zusammenschlussfällen unter anderem aus der vertikalen Integration eines Kabelnetzbetreibers der Netzebene 3 (NE 3) mit einem Kabelnetzbetreiber der Netzebene 4 (NE 4), wodurch potentieller Wettbewerb auf dem Markt für die Lieferung von Programmsignalen an Betreiber der NE 4 durch alternative NE 3-Betreiber entfällt. Im Fall Liberty käme es außerdem zu einer Beeinträchtigung des nach Auffassung des Bundeskartellamtes besonders schützenswerten Restwettbewerbs auf der NE 4, da der Zusammenschluss mit der horizontalen Integration der NE 4-Aktivitäten der beteiligten Kabelnetzbetreiber verbunden ist und somit zu einem Wegfall potentiellen Wettbewerbs zwischen NE 4-Betreibern führt. Die Monopolkommission hält die historisch bedingte Trennung der NE 3 und der NE 4 für ein wesentliches Hindernis in Bezug auf den Ausbau der Breitbandkabelnetze und den dadurch ermöglichten Infrastrukturwettbewerb mit dem Telefonnetz der Deutschen Telekom AG. Sie ist der Meinung, dass horizontale Konzentrationsprozesse auf NE 4 ebenso wie vertikale Konzentrationsprozesse zwischen NE 3 und NE 4 angesichts der für die Digitalisierung und Aufrüstung notwendigen finanziellen und fachlichen Anforderungen nicht zu vermeiden sind und nicht auf wettbewerbspolitische Bedenken stoßen. Die Vorgehensweise des Bundeskartellamtes im Hinblick auf die Feststellung zusammenschlussbedingter Verstärkungen marktbeherrschender Stellungen ist daher mit Skepsis zu betrachten. Insbesondere finden die mit der Konsolidierung von NE 3

und NE 4 verbundenen Effizienzvorteile in der Argumentation des Amtes keine Berücksichtigung. Dagegen wird dem auf NE 4 stattfindenden Restwettbewerb bei der Neuausschreibung von Gestattungsverträgen ein vergleichsweise hohes Gewicht eingeräumt. Nach Auffassung der Monopolkommission besteht die Gefahr, dass die auf der institutionellen Trennung von NE 3 und NE 4 beruhende Marktabgrenzung letztlich dazu führt, dass bestehende Eigentumsverhältnisse zementiert werden. Allgemein führt die Argumentation des Bundeskartellamtes in das Dilemma, dass das Eigentum an einem natürlichen Monopol nicht veräußert werden kann. Da der Erwerber grundsätzlich als potentieller Wettbewerber anzusehen wäre, bewirkt der Erwerb einen Fortfall potentiellen Wettbewerbs und damit eine Stärkung der marktbeherrschenden Stellung.

72.* Marktbeherrschung kann nach § 19 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB durch gegengewichtige Marktmacht relativiert werden. Die Monopolkommission hat in der Vergangenheit wiederholt auf die begrenzten Wirkungen von Nachfragemacht zur Kontrolle wettbewerblicher Verhaltensspielräume hingewiesen. Problematisch ist die Argumentation mit gegengewichtiger Marktmacht insbesondere dann, wenn sie sich auf das Nachfrageverhalten der öffentlichen Hand stützt. Bei nicht strikt leistungsorientierter Vergabepaxis wirkt eine Monopolstellung des Abnehmers markt-schädlich und führt zu einer Erstarrung der Marktstruktur auf Anbieterseite. Vor diesem Hintergrund ist die Vorgehensweise des Bundeskartellamtes im Fall Rheinmetall/KUKA kritisch zu beurteilen. Das Bundeskartellamt hat den Zusammenschluss trotz einer weiteren Verengung des Oligopols und der Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt für Fahrge-stelle für gepanzerte Militärfahrzeuge freigegeben. Die Entscheidung wird mit der gegengewichtigen Marktmacht durch das Bundesamt für Wehrtechnik und Beschaffung (BWB) begründet. Nach Meinung der Monopolkommission kann aber von einer an Wirtschaftlichkeitskriterien orientierten Vergabepaxis durch das BWB nicht ausgegangen werden. Generell wird eine wettbe-werbsorientierte Vergabepaxis der öffentlichen Hand erschwert, wenn sich durch Zusammen-schlüsse die Anzahl der Unternehmen verringert, die als potentielle Bieter bei Ausschreibungs-wettbewerben in Betracht kommen.

73.* Seit In-Kraft-Treten der Sechsten GWB-Novelle kann die Freigabe von Zusammenschlüssen mit Nebenbestimmungen in Form von Auflagen und Bedingungen verbunden werden. Von dieser Möglichkeit hat das Bundeskartellamt im Berichtszeitraum intensiv Gebrauch gemacht. Insgesamt 18 Zusammenschlüsse wurden unter Auflagen bzw. Bedingungen freigegeben. Einen bran-chenspezifischen Schwerpunkt innerhalb der Auflagenpraxis bildet die Energiewirtschaft, auf die sich neun der unter Auflagen freigegebenen Zusammenschlüsse beziehen. Im Energiebereich setzt sich die durch die Öffnung der Märkte eingeleitete verstärkte Zusammenschlussaktivität der Versorgungsunternehmen fort. Wettbewerbliche Probleme, die dabei vor allem im Gasbereich auftraten, konnten nach der Praxis des Bundeskartellamtes durch Auflagen zur Verbesserung der Durchleitungsbedingungen vermieden werden.

74.* Auflagen und Bedingungen dürfen nach § 40 Abs. 3 Satz 2 GWB nicht zu einer laufenden Verhaltenskontrolle führen. Für bedenklich hält die Monopolkommission vor diesem Hintergrund die Auflagen im Zusammenschlussfall Lufthansa/Eurowings. Das Bundeskartellamt hat den Zu-sammenschluss unter umfangreichen Auflagen freigegeben. Die Auflagen verpflichten Lufthansa unter anderem, Liniendienste und Slots auf bestimmten innerdeutschen Strecken an Wettbewer-ber abzugeben, Frequenzen und Sitzplatzkapazitäten auf bestimmten Strecken nicht zu erhöhen

und zeitliche Mindestabstände zu den Abflugzeiten eines Wettbewerbers auf bestimmten Strecken einzuhalten. Nach Auffassung der Monopolkommission stellen derartige Auflagen vom Gesetz nicht gedeckte Verhaltensaufgaben dar, die eine mehrjährige laufende Kontrolle notwendig machen.

75.* Die Monopolkommission beurteilt die Wettbewerbssituation im Handel weiterhin positiv. Für den Einzelhandel mit Lebensmitteln gilt, dass das Konzentrationsniveau in den vergangenen drei Jahren auf dem erreichten hohen Niveau von 83,5 % Marktanteil der führenden zehn Unternehmen in etwa gleich geblieben ist. Die Zusammenschlussaktivitäten im Berichtszeitraum geben keinen Anlass für wettbewerbliche Bedenken. Sie standen überwiegend im Zusammenhang mit Umstrukturierungsmaßnahmen führender Handelsunternehmen wie Tengelmann oder der EDEKA-Gruppe. Dabei kam es auf den regionalen Märkten zu Anteilsverschiebungen, ohne dass marktbeherrschende Stellungen entstanden sind. Der Preiswettbewerb im Lebensmitteleinzelhandel ist weiterhin intensiv. Gleichwohl haben die Preiskämpfe der Jahre 1999 und 2000 keine Fortsetzung gefunden. Weiterhin gilt, dass sich ausländische Handelsunternehmen auf dem deutschen Markt schwer tun. Im Jahr 2001 hat der britische Warenhauskonzern Marks & Spencer seine letzten beiden Filialen in Deutschland geschlossen. Mit der Übernahme der ehemals zur Metro AG gehörenden Kaufhalle GmbH & Co. KG ist die Oviesso GmbH, eine Tochtergesellschaft der italienischen Gruppo Coin S.p.A., in den deutschen Markt eingetreten.

76.* Im Berichtszeitraum hat sich die Situation im Einzelhandel mit Kosmetik und Parfümeriewaren sowie im Einzelhandel mit Möbeln insoweit verschlechtert, als einzelne Zusammenschlüsse lediglich nach vorheriger Modifizierung oder unter Auflagen genehmigt werden konnten. Auf wettbewerbsrechtliche Bedenken stieß die Übernahme sämtlicher Geschäftsanteile an dem Parfümeriefilialisten Yaska durch die Douglas Holding AG. Sie wurde vom Bundeskartellamt freigegeben, nachdem Douglas die Veräußerung von insgesamt 21 Yaska-Filialen an Wettbewerber zum Gegenstand der Anmeldung gemacht hatte, was de facto einer Verkaufsaufgabe gleichkommt. Ein Teil der Filialen konnte nicht veräußert werden, sondern wurde geschlossen, womit die eigentliche Intention des Bundeskartellamtes, nämlich der Erhalt des Wettbewerbspotentials, nicht erreicht wurde. Aus Sicht der Monopolkommission sollte dies Anlass für das Bundeskartellamt sein, die Auflagenpraxis im Rahmen von Anmeldungen zu überdenken und gegebenenfalls restriktiver zu handhaben.

77.* Im Berichtszeitraum hat die Europäische Kommission die zweite Reform der Fusionskontrollverordnung (FKVO) eingeleitet. Am 11. Dezember 2001 legte sie ein Grünbuch vor, das Fragen der Zuständigkeit sowie materiellrechtliche und verfahrensrechtliche Aspekte der europäischen Fusionskontrolle behandelt.

78.* Im Mittelpunkt des Grünbuchs steht die angestrebte Neuordnung der Kompetenzverteilung zwischen Europäischer Kommission einerseits und den Mitgliedstaaten andererseits. Bislang ergibt sich die Zuständigkeitsverteilung aus den in Art. 1 FKVO bestimmten Umsatzgrenzen, der Verweisungsmöglichkeit an die Mitgliedstaaten gemäß Art. 9 FKVO sowie der in Art. 22 Abs. 34 FKVO festgelegten Option, Verfahren auf die Europäische Kommission zu übertragen. Die Europäische Kommission zeigt sich zwar mit der Funktionsweise und den Umsatzgrenzen des Art. 1 Abs. 2 FKVO zufrieden. Für unzureichend hält sie aber die Umsatzgrenzen des Art. 1 Abs. 3

FKVO, der Mehrfachanmeldungen bei verschiedenen nationalen Wettbewerbsbehörden verhindern soll. Sie schlägt deshalb vor, dass Brüssel automatisch und unabhängig von den erreichten Umsätzen in allen Fällen zuständig sein soll, die in mindestens drei Mitgliedstaaten angemeldet werden müssten. Langfristig gesehen regt die Kommission an, auch auf die Umsatzschwellen des Art. 1 Abs. 2 FKVO als Zuständigkeitskriterium zu verzichten und stattdessen allein auf die mehrfache Anmeldepflicht abzustellen.

Daneben beabsichtigt die Europäische Kommission, die Verfahrensweisung an die Mitgliedstaaten (Art. 9 FKVO) zu erleichtern. Ergänzend schlägt sie eine Fristverkürzung sowie die Anpassung an verfahrensrechtliche und materielle Vorschriften der Fusionskontrollverordnung vor. Außerdem möchte sie die Befugnis zur Verweisung von Amts wegen erhalten. Die Bestimmung des Art. 22 FKVO, wonach mehrere Mitgliedstaaten einen Fall gemeinsam an die Europäische Kommission übertragen können, hält sie für entbehrlich.

79.* Es ist zu begrüßen, dass die Europäische Kommission ihr Vorhaben aufgibt, die Umsatzschwellen des Art. 1 Abs. 2 FKVO abzusenken. Die geltenden Umsatzgrenzen haben in der Vergangenheit eine im Großen und Ganzen angemessene und sachgerechte Kompetenzverteilung zwischen Brüssel und den mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden sichergestellt, so dass ein Bedürfnis nach Absenkung dieser Umsatzgrenzen nicht besteht. Hingegen sollte die Zwei-Drittel-Regelung des Art. 1 Abs. 2 FKVO möglicherweise neu überdacht werden. Sie kann aufgrund der ihr eigenen statischen Betrachtungsweise dazu führen, dass Zusammenschlüsse trotz gemeinschaftsweiter Dimension in den Zuständigkeitsbereich der nationalen Wettbewerbsbehörden fallen.

Soweit die Europäische Kommission die Vermeidung von Mehrfachnotifizierungen verfolgt, weist sie die Notwendigkeit und Vorzüge der von ihr vorgeschlagenen Gesetzesänderung nicht nach. Zum einen bleibt das quantitative Ausmaß von Mehrfachanmeldungen und damit die Bedeutung des Problems im Unklaren. Die von der Kommission vorgelegte statistische Erhebung weist zahlreiche methodologische Mängel auf. Zum anderen vermögen die von der Europäischen Kommission vorgebrachten Argumente nicht zu überzeugen.

Mehrkosten können nicht nur durch Mehrfachverfahren vor nationalen Wettbewerbsbehörden, sondern auch aufgrund administrativer Erfordernisse und Gegebenheiten bei einer Anmeldung in Brüssel entstehen. Auf der Grundlage des Kommissionsvorschlags müssen die Parteien selbst prüfen, ob ihr Vorhaben in drei oder mehr Mitgliedstaaten anmeldebedürftig ist, so dass entsprechende Kenntnisse der nationalen Verfahrensvorschriften auf Unternehmensseite ebenso unerlässlich bleiben wie die Beschaffung der erforderlichen Marktdaten. Zudem besteht in den Mitgliedstaaten jedenfalls bei unproblematischen Fällen die Möglichkeit einer kürzeren Verfahrensdauer als in Brüssel. Gegenüber einer zentralen Instanz verfügen nationale Wettbewerbsbehörden darüber hinaus unzweifelhaft über Vorteile bei der Ermittlung und Beurteilung von Wettbewerbsstrukturen auf lokalen, regionalen und nationalen Märkten, wodurch Kosten auf Behörden- und Unternehmensseite reduziert werden können.

Mit dem Vorschlag der Europäischen Kommission sind gewisse Rechtsunsicherheiten verbunden. Während die derzeit geltenden Umsatzgrenzen einen relativ einfach festzustellenden Maßstab bereitstellen, erfordert das in Aussicht gestellte Kriterium eine weitreichende Prüfung diffe-

rierender nationaler Bestimmungen. In komplizierten Fällen kann sich die vorgeschlagene Zweiwochenfrist für die Feststellung der zuständigen Wettbewerbsbehörden als zu kurz erweisen. Mit Einführung einer komplizierten Kompetenzregelung dürfte auch die gerichtliche Angreifbarkeit von fusionskontrollrechtlichen Entscheidungen erheblich steigen. Daneben erfolgt die Anmeldung von Zusammenschlüssen jedenfalls in Großbritannien auf freiwilliger Basis. Damit ist das Risiko verbunden, dass Unternehmen „forum shopping“ betreiben, indem sie eine Anmeldung bei der britischen Wettbewerbsbehörde freiwillig vornehmen, wenn sie die Zuständigkeit Brüssels anstreben und andernfalls einfach auf diese Anmeldung verzichten.

In diesem Zusammenhang ist auch auf die anstehende Reform der VO 17/62 hinzuweisen, deren Hauptziel eine stärkere Dezentralisierung der Verfahren bildet, weil jedenfalls aus Sicht der Europäischen Kommission der mit Art. 81 EGV verbundene Arbeitsaufwand künftig nicht mehr allein von Brüssel bewältigt werden kann. Wenn die Kommission sich bei Art. 81 EGV für eine Konzentration ihrer Kräfte auf die wichtigsten Fälle ausspricht, kann sie nicht bei der Fusionskontrolle eine zentrale Kompetenz der Merger Task Force unabhängig von der Bedeutung des Einzelfalles befürworten. Nur bei sinnvoller Einbindung der nationalen Wettbewerbsbehörden lassen sich die zur Verfügung stehenden Ressourcen auf europäischer und nationaler Ebene auch in Zukunft effizient einsetzen. Um etwaige Reibungsverluste bei Mehrfachanmeldungen zu vermeiden, ist eine gewisse Harmonisierung der nationalen Wettbewerbsrechte anzustreben, welche den Zusammenschlussbegriff, die Eingriffskriterien sowie die wesentlichen Verfahrensvorschriften umfassen könnte.

Die weitergehenden Pläne der Europäischen Kommission, im Rahmen der Zuständigkeitsverteilung künftig generell auf Umsatzschwellen zu verzichten, stoßen ebenfalls auf erhebliche Bedenken. Die Umsatzschwellen und die Zwei-Drittel-Regelung haben sich in der Vergangenheit im Großen und Ganzen bewährt und werden dem in Art. 5 EGV niedergelegten Subsidiaritätsprinzip gerecht. Es ist zu bezweifeln, dass das Kriterium der mehrfachen Anmeldepflicht unabhängig von den jeweils erzielten Umsätzen in gleicher Weise geeignet ist, Fälle von gemeinschaftswelter Bedeutung von solchen mit hauptsächlich nationalem Charakter zu unterscheiden. Daneben dürfte der Vorschlag zu einer erheblichen Zunahme von Verfahren in Brüssel führen, die dort angesichts des schon jetzt beklagten Personalmangels nicht mehr bewältigt werden könnten. Eine Absenkung des wettbewerblichen Schutzniveaus wäre die unvermeidbare Folge. Für die Beibehaltung der bestehenden Kriterien spricht zudem die langjährige Entscheidungs- und Rechtsprechungspraxis, die allen Betroffenen ein hohes Maß an Rechtssicherheit vermittelt.

80.* Die Vorschläge des Grünbuchs zur Vereinfachung der Verfahrensabgabe an die Mitgliedstaaten werden als richtiger Schritt begrüßt. Für eine Verfahrensabgabe sollte es genügen, wenn der antragstellende Mitgliedstaat glaubhaft darlegt, dass der Zusammenschluss den Wettbewerb auf einem nationalen oder regionalen bzw. lokalen Markt beeinträchtigen wird, wo auch der wettbewerbliche Schwerpunkt des Falles liegt. Unter dieser Maßgabe ist die vorgeschlagene Fristverkürzung hinnehmbar. Eine Anpassung an verfahrens- und materiellrechtliche Vorschriften der Fusionskontrollverordnung erscheint hingegen weder sachgerecht noch durchführbar. So ist etwa das Fristenregime der Fusionskontrollverordnung auf die besonderen Verfahrensschritte in Brüssel zugeschnitten und nicht auf die nationalen Verfahrenserfordernisse übertragbar.

Der Vorschlag der Europäischen Kommission, ihr ein Verweisungsrecht von Amts wegen einzuräumen, erscheint z.B. in Fällen sachgerecht, in denen ein enger wirtschaftlicher Zusammenhang zu Zusammenschlüssen besteht, die bereits Gegenstand der nationalen Fusionskontrolle sind oder waren. Das Verweisungsrecht darf allerdings nicht darauf hinauslaufen, dass die Kommission die Entscheidung über die Fallverteilung ohne Beteiligung des betroffenen Mitgliedstaates trifft. Dies könnte schlimmstenfalls dazu führen, dass eine stringente Kontrolle des Zusammenschlusses auf nationaler Ebene nicht stattfindet. Kritisch beurteilt die Monopolkommission den weiten Ermessensspielraum der Europäischen Kommission bei der Entscheidung über eine Verweisung. Soll sich Art. 9 FKVO zu einem echten Dezentralisierungsinstrument entwickeln, muss eine Verfahrensabgabe zwingend erfolgen, sofern die Verweisungsvoraussetzungen vorliegen. Eine Ausnahme ist nur bei außergewöhnlichen Umständen in Betracht zu ziehen, etwa wenn in Brüssel bereits ein parallel gelagerter Fall anhängig ist.

81.* Im Rahmen der Bemühungen um eine sachgerechte Zuständigkeitsverteilung darf nicht auf die Bestimmung des Art. 22 Abs. 3, 4 FKVO verzichtet werden. Eine positive Entwicklung in diesem Bereich ließe sich durch die Präzisierung der Verweisungsfristen und -folgen unterstützen. Zum einen ist der in Art. 22 Abs. 3 FKVO genannte Fristanfang klarer zu definieren. Zum anderen sollten die Mitgliedstaaten die ausdrückliche Befugnis erhalten, sich einem gemeinsamen Verweisungsantrag nachträglich anzuschließen. Hilfreich wäre außerdem die Möglichkeit, nationale Entscheidungsfristen mit der Antragstellung nach Art. 22 Abs. 3 FKVO auszusetzen, da die Europäische Kommission jedenfalls bislang nicht zur Verfahrensübernahme verpflichtet ist. Daneben wäre festzulegen, dass bei Vorliegen eines gemeinsamen Antrags von mindestens zwei Mitgliedstaaten automatisch der gesamte Zusammenschluss in die Zuständigkeit der Europäischen Kommission gelangt.

82.* Die Europäische Kommission eröffnet mit ihrem Grünbuch eine Diskussion über den materiellrechtlichen Prüfungsmaßstab der Fusionskontrolle. Sie stellt das derzeit geltende Kriterium der Marktbeherrschung dem Kriterium der „substantial lessening of competition“ (SLC) gegenüber. Nach Auffassung der Monopolkommission bestehen derzeit keine überzeugenden Gründe für eine Aufgabe des Marktbeherrschungskriteriums zugunsten des SLC-Tests. Sie teilt vielmehr die Einschätzung der Europäischen Kommission in Bezug auf die weitgehende materiellrechtliche Übereinstimmung der beiden Konzepte. Der Begriff der Marktbeherrschung hat sich in der Vergangenheit als hinreichend flexibel und anpassungsfähig erwiesen. Die Einführung des SLC-Tests wäre darüber hinaus mit erheblichen Nachteilen für die Rechtssicherheit verbunden und würde angesichts des zu erwartenden politischen Drucks aus den USA, sich der amerikanischen Rechtsauslegung anzupassen, die Eigenständigkeit der europäischen Rechtsentwicklung erheblich behindern.

83.* Daneben setzt sich die Europäische Kommission mit den Vor- und Nachteilen einer expliziten Berücksichtigung fusionsspezifischer Effizienzvorteile auseinander. Die Monopolkommission spricht sich gegen eine „efficiency defense“ aus, weil damit enorme Informationskosten verbunden sind. Es lässt sich nicht sicherstellen, dass die Europäische Kommission in jedem Einzelfall Zugang zu sämtlichen notwendigen Informationen erhält. Daneben setzt die Berücksichtigung einer „efficiency defense“ eine Prognose über das künftige Verhalten von Marktteilnehmern voraus, die sich aller Erfahrung nach als besonders schwierig und fehleranfällig erweist. Bei der

Entscheidung über Zusammenschlüsse verbliebe somit eine Fülle von Unsicherheitsfaktoren, welche die Vorhersehbarkeit der Fusionskontrolle erheblich vermindern würde. Für die erforderliche Gesamtbetrachtung wäre der Europäischen Kommission ein weiter Beurteilungsspielraum einzuräumen, was zu einer Ausdünnung der gerichtlichen Kontrolle und damit zu erhöhter Rechtsunsicherheit führen würde. In dem Maße wie sich die Vorhersehbarkeit und rechtliche Überprüfbarkeit der Kommissionsentscheidungen vermindert, würde das Einfallstor für politische Einflussnahme vergrößert. Mit der Verringerung der rechtlichen Einbindung der Fusionskontrolle würden grundlegende Errungenschaften der europäischen Integration aufs Spiel gesetzt.

84.* Zusammenschlussfälle, die bislang in einem vereinfachten Verfahren behandelt wurden, sollen nach den Vorstellungen der Europäischen Kommission künftig im Wege einer Gruppenfreistellungsverordnung gänzlich vom Anwendungsbereich der Fusionskontrollverordnung ausgenommen werden. Die Monopolkommission spricht sich nachdrücklich gegen das Vorhaben einer Gruppenfreistellung aus, weil sie mit einer Aufgabe der Anmeldepflicht und des Präventionsprinzips verbunden wäre. Dies würde zu wesentlichen Informationslücken auf Seiten der Wettbewerbsbehörden führen und mit den aus dem deutschen Recht hinlänglich bekannten Schwierigkeiten einer nachträglichen Fusionskontrolle einhergehen. Um der wachsenden Arbeitsbelastung der Kommission zu begegnen, lassen sich sachgerechtere Maßnahmen wie z.B. eine Aufstockung des Personals der Merger Task Force oder eine wirksame Dezentralisierung ergreifen.

85.* Bei der Vorlage von Zusagen plant die Europäische Kommission die Möglichkeit einer Fristverlängerung auf Antrag der Unternehmen. Die Möglichkeit einer Fristverlängerung bei Zusagenfällen in der zweiten Verfahrensphase ist grundsätzlich zu begrüßen. In der jetzigen Konstellation ist es praktisch unmöglich, die vorgeschriebenen Fristen zur Beteiligung der Mitgliedstaaten einzuhalten. Entsprechende Abhilfe schafft eine Fristverlängerung aber nur, wenn sie stets, also unabhängig von einem Antrag der Parteien, erfolgt und in erster Linie dazu genutzt wird, die gesetzlich verbürgten Beteiligungsrechte der Mitgliedstaaten sicherzustellen. Gravierende Bedenken bestehen gegenüber dem Vorhaben der Europäischen Kommission, eine Fristverlängerung auch in der ersten Verfahrensphase zu ermöglichen. Nach den eigenen Vorgaben der Europäischen Kommission dürfen Zusagen in der ersten Verfahrensstufe nur akzeptiert werden, wenn das wettbewerbliche Problem klar umrissen und eindeutig zu lösen ist. Diesem Prinzip widerspricht es aber, wenn vorgelegte Zusagen einer Nachbesserung oder Ergänzung bedürfen. In derartigen Fällen ist vielmehr die zweite Verfahrensphase einzuleiten, die Raum für eine fundierte Untersuchung des Zusammenschlusses gibt.

86.* Eine aktivere Rolle der Europäischen Kommission bei der Bestimmung geeigneter Auflagen und Bedingungen ist nicht zu befürworten. In aller Regel sind die Parteien am besten in der Lage, erforderliche und durchführbare Zusagenangebote zu unterbreiten. Bei einer stärkeren Beteiligung der Europäischen Kommission besteht darüber hinaus die Gefahr einer aktiven Strukturpolitik. Die Monopolkommission tritt für eine Verpflichtung der Europäischen Kommission ein, die Mitgliedstaaten fortlaufend über die Umsetzung von Zusagen zu unterrichten. Informationen über undurchführbare oder anderweitig erfolglose Zusagen würden die sachgerechte Einschätzung von Zusagen in künftigen Fällen erleichtern und damit dem Schutz des Wettbewerbs dienen.

87.* Im Berichtszeitraum 2000/2001 wurden 680 Zusammenschlussfälle in Brüssel angemeldet. Im Vergleich zu den vorangegangenen Berichtszeiträumen 1998/1999 und 1996/1997 mit 527 Anmeldungen bzw. 303 Anmeldungen ist wiederum ein erheblicher Anstieg zu verzeichnen. Ein Grund dafür dürfte die 1998 eingeführte Neuregelung bei Mehrfachanmeldungen (Art. 1 Abs. 3 FKVO) sein. Den 680 Anmeldungen stehen 685 Entscheidungen im Berichtszeitraum gegenüber. Der überwiegende Teil der Zusammenschlussvorhaben wurde bereits in der ersten Verfahrensphase für unbedenklich erklärt (Art. 6 Abs. 1 lit. b, Abs. 2 FKVO). Gegen mehrere Zusammenschlüsse erhob die Europäische Kommission ernsthafte Bedenken und trat in die zweite Verfahrensphase ein. Nach Abschluss der Prüfung gab sie acht Fälle ohne Zusagen frei, in 22 Fällen erteilte sie die Genehmigung unter Auflagen (Art. 8 Abs. 2 FKVO). Sieben Zusammenschlüsse wurden verboten (Art. 8 Abs. 3 FKVO). Die Gesamtzahl der Untersagungen stieg damit bis zum 31. Dezember 2001 auf 18 an.

88.* Während des Berichtszeitraums hat die Europäische Kommission vermehrt Bedenken gegen sog. konglomerate Zusammenschlüsse geäußert. Im Unterschied zu horizontalen Zusammenschlüssen zeichnen diese sich dadurch aus, dass die beteiligten Unternehmen auf verschiedenen Märkten tätig, also keine unmittelbaren Wettbewerber sind. Derartige Zusammenschlussvorhaben wurden unter anderem in den Verfahren General Electric/Honeywell und Boeing/Hughes näher untersucht. Die Kommission konzentrierte sich hierbei auf die Frage, ob das neu entstehende Unternehmen in der Lage ist, Kunden im Wege der Produktbündelung an sich zu binden und Konkurrenten auf diese Weise aus dem Markt zu verdrängen. Hierzu untersuchte sie unter anderem, ob das neue Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung einnehmen wird, ob verbleibende Wettbewerber ebenfalls zu einer Produktbündelungsstrategie imstande sind und ob den Abnehmern ein Entscheidungsspielraum bei der Auswahl der verwendeten Produkte verbleibt. Es steht zu erwarten, dass die Kommission in Zukunft vermehrt in die vertiefte Prüfung konglomerater Zusammenschlüsse eintreten wird.

89.* Die Untersagung General Electric/Honeywell hat in der Öffentlichkeit große Aufmerksamkeit hervorgerufen, insbesondere in den Vereinigten Staaten, wo das Vorhaben schon vor Bekanntgabe der Entscheidung der Europäischen Kommission unter Auflagen freigegeben wurde. Die Kritik der USA bezog sich in erster Linie darauf, die Europäische Kommission habe bei der Prüfung des Vorhabens weniger die Kunden als vielmehr die Konkurrenten der Parteien vor negativen Auswirkungen des Zusammenschlusses schützen wollen. Allerdings hat die Europäische Kommission die Belange der Konsumenten implizit durch die Annahme berücksichtigt, Anbieter mit marktbeherrschenden Stellungen würden diese zumindest mittel- oder langfristig zum Nachteil der Konsumenten missbrauchen. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang auch, dass die Kommission die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung negativ bewertet hat, selbst wenn diese durch Effizienzsteigerungen hervorgerufen wurde. Die Kommission setzt sich hier der Kritik aus, sie praktiziere eine Doktrin der „efficiency offence“, die weit über das Verwerfen einer „efficiency defense“ hinausgehe. In der Tat wäre es problematisch, wenn Maßnahmen von Marktbeherrschern zur Verbesserung ihrer Angebote als Verstärkung marktbeherrschender Stellungen in das Visier der Wettbewerbsbehörden gerieten.

Das Verfahren General Electric/Honeywell belegt zudem, dass Durchsetzungskonflikte trotz vermehrter Zusammenarbeit zwischen verschiedenen Wettbewerbsbehörden möglich bleiben. Die

gegenseitige Kooperation zwischen den US-amerikanischen und europäischen Behörden genügt im vorliegenden Fall nicht, um unterschiedliche Prüfungsergebnisse zu verhindern. Laut Europäischer Kommission haben die aufgetretenen Meinungsverschiedenheiten allerdings zu einer weiteren Intensivierung der gegenseitigen Kontakte und Kooperation geführt.

90.* In mehreren Verfahren befasste sich die Europäische Kommission mit der Frage von Marktbeherrschung auf Ausschreibungsmärkten. Zu der Möglichkeit von kollektiver Marktbeherrschung auf Ausschreibungsmärkten nahm sie in der Entscheidung MAN/Auwärter, die hauptsächlich die deutschen Märkte für Stadt- und Überlandbusse betraf, wie folgt Stellung: Gegen die Möglichkeit einer dauerhaften Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens spreche nicht schon der Umstand, dass es sich um einen Ausschreibungsmarkt handele. Selbst wenn sich Ausschreibungsmärkte nicht für die klassischen Formen des bewussten Parallelverhaltens auf dem Gebiet der Preise oder der Mengen eigneten, könne es doch auch auf einem Ausschreibungsmarkt zu einer stillschweigenden Marktaufteilung anhand der stattfindenden Vergabeverfahren kommen. Im Folgenden untersuchte die Kommission die Möglichkeit einer stillschweigenden Marktaufteilung unter anderem anhand der jeweiligen Stammkunden der Bushersteller, im Hinblick auf Kunden mit gemischten Fuhrparks sowie anhand der abgesetzten Gesamtmenge an Bussen und lehnte die Möglichkeit einer stillschweigenden Kollusion im Ausschreibungsverfahren unter jedem der geprüften Gesichtspunkte ab.

Bemerkenswert ist, dass die Europäische Kommission den Zusammenschluss freigab, obwohl die Zahl der deutschen Busanbieter durch den Zusammenschluss von drei auf zwei sank und die verbleibenden Wettbewerber Evobus und MAN/Auwärter gemeinsam über 90 % der Anteile auf dem deutschen Stadtbus- und Überlandbusmarkt hielten. Vor diesem Hintergrund lag die Annahme eines symmetrischen Dyopols von EvoBus und MAN/Auwärter nahe. Zur Begründung ihrer Freigabeentscheidung verwies die Europäische Kommission wie schon in dem 1995 freigegebenen Fall Mercedes Benz/Kässbohrer insbesondere auf den potentiellen Wettbewerb ausländischer Bushersteller, obwohl deren aktueller Marktanteil bei Stadtbussen in den letzten Jahren auf unter 3 % gesunken und bei Überlandbussen nur auf etwa 7 % gestiegen war.

91.* In einer Reihe von Fällen prüfte die Europäische Kommission das Vorliegen kollektiver Marktbeherrschung. Wie in früheren Jahren zog sie unter anderem die Homogenität der betroffenen Produkte, die Markttransparenz, das Marktwachstum und die Kostenstrukturen der beteiligten Unternehmen als maßgebliche Kriterien heran.

92.* In dem Verfahren Grupo Villar Mir/EnBW/Hidroeléctrica del Cantábrico hat die Europäische Kommission nach dem Fall Exxon/Mobil zum zweiten Mal in ihrer Entscheidungspraxis Bedenken gegen einen Zusammenschluss erhoben, weil eine marktbeherrschende Position dritter, d.h. nicht am Zusammenschluss beteiligter Unternehmen drohte. Die Kommission stützt sich auf Art. 2 Abs. 3 FKVO, wonach ein Zusammenschluss dann zu untersagen ist, wenn er eine beherrschende Stellung begründen oder verstärken würde. Auch das deutsche Fusionskontrollrecht erfasst unter bestimmten Bedingungen sog. Zusammenschlüsse mit Drittwirkung. Die Europäische Kommission geht mit der vorliegenden Entscheidung allerdings noch einen Schritt weiter, weil sie Zusammenschlüsse mit Drittwirkung unabhängig vom Vorliegen dieser Bedingungen erfasst.

93.* Das Konzept der „failing company defense“ wurde zum ersten Mal 1994 in dem Verfahren Kali+Salz/MdK/Treuhand angewendet und besagt, dass ein Zusammenschluss, der zu einer marktbeherrschenden Stellung führen würde, dann nicht untersagt werden darf, wenn das erworbene Unternehmen ohne den Zusammenschluss kurzfristig aus dem Markt ausscheiden würde, die Marktposition des erworbenen Unternehmens auch im Falle seines Ausscheidens vollständig dem erwerbenden Unternehmen zuwächst und es keine weniger wettbewerbsschädliche Erwerbsalternative gibt. Mithin muss eine Freigabe erfolgen, wenn zwischen Zusammenschluss und Marktbeherrschung kein Kausalzusammenhang festzustellen ist. In dem Verfahren BASF/Pantochim/Eurodiol war dieser Kausalzusammenhang indes auch nach Auffassung der Europäischen Kommission gegeben. Zur Begründung ihrer Freigabeentscheidung führte die Kommission vielmehr an, dass der Verlust der Produktionskapazitäten von Eurodiol ohne die Fusion unvermeidlich wäre, was die Abnehmer aufgrund der besonderen Marktlage schwerer beeinträchtigen würde als die durch den Zusammenschluss entstehende bzw. verstärkte marktbeherrschende Position von BASF. Mit der expliziten Berücksichtigung von Effizienzerwägungen weicht die Europäische Kommission von ihrem bisher angelegten und von der Fusionskontrollverordnung vorgegebenen materiell-rechtlichen Prüfungsmaßstab ab. Maßgebliches Kriterium für die Untersagung eines Zusammenschlusses ist gemäß Art. 2 Abs. 3 FKVO die Entstehung oder Verstärkung von Marktbeherrschung, die im vorliegenden Fall bejaht wurde. Eine Ausnahme gilt nur bei fehlendem Kausalzusammenhang, was auch der Europäische Gerichtshof in dem Verfahren Kali+Salz bestätigt hat. Mit der Entscheidung trägt die Europäische Kommission außerdem zu erheblichen Rechtsunsicherheiten bei, weil sie ausdrücklich offen lässt, welche Kriterien sie künftig in ähnlich gelagerten Fällen anwenden wird.

94.* In dem Verfahren De Beers/LVMH wirkte sich der Zusammenschluss nach Ansicht der Kommission nicht spürbar auf die Marktstrukturen aus und wurde deshalb mangels Kausalität für die Verstärkung einer marktbeherrschenden Position freigegeben. Die Entscheidungsbegründung kann indes nicht restlos überzeugen. Die Europäische Kommission hat zu wenig berücksichtigt, dass die Anforderungen an die Spürbarkeit eines Zusammenschlusses um so niedriger anzusetzen sind, je höher der Konzentrationsgrad eines Marktes bereits vor dem Zusammenschluss ist.

95.* Gibt ein Zusammenschluss Anlass zu Bedenken, können sich die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen zu einer Änderung ihres Vorhabens verpflichten, um auf diese Weise eine Freigabe ihres Vorhabens zu erreichen. Solche Abhilfemaßnahmen können den Zusammenschlussparteien sowohl in der ersten als auch in der zweiten Verfahrensphase auferlegt werden. Auf Unternehmensseite besteht ein starkes Bedürfnis nach der Möglichkeit, wettbewerbliche Bedenken im Wege von Zusagen auszuräumen, was sich in der nicht unerheblichen Anzahl von Zusagenentscheidungen im Berichtszeitraum widerspiegelt.

96.* Im Dezember 2000 legte die Europäische Kommission eine Bekanntmachung über zulässige Zusagen im Zusammenschlussverfahren vor, die unter anderem über allgemeine Grundsätze für Abhilfemaßnahmen sowie besondere Anforderungen informieren soll. Die Bekanntmachung verschafft zwar einen Überblick über die bisherige Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission und kann sich daher für betroffene Unternehmen in gewissem Maße als nützlich erweisen. Daneben bestätigt die Europäische Kommission die Vorzugswürdigkeit von Veräußerungs-

zusagen und stellt darauf ab, dass Zusagen effektiv innerhalb kurzer Zeit durchführbar sein müssen und keine zusätzliche Überwachung benötigen dürfen. Auch nach Auffassung der Monopolkommission sind Veräußerungszusagen in der Regel am besten geeignet, wettbewerbliche Bedenken gegen Zusammenschlüsse auszuräumen. Sie wirken sich unmittelbar auf die Marktstrukturen aus, sind innerhalb kurzer Zeit umsetzbar und bedürfen keiner zusätzlichen Überwachungsmaßnahmen seitens der Wettbewerbsbehörden.

97.* In wesentlichen Punkten bleibt die Bekanntmachung aber undeutlich, verzichtet auf notwendige Begriffsklärungen und bietet keine Lösung für seit langem virulente Fragen. Unklar bleibt beispielsweise der Stellenwert, den die Europäische Kommission Verhaltenszusagen beimisst. Auch die Ausführungen zu den Begriffen „Bedingung“ und „Auflage“ erweisen sich als nicht zwingend. Die Europäische Kommission verzichtet darüber hinaus auf eine dringend erforderliche Erläuterung zu den Voraussetzungen, unter denen Zusagen in der ersten Verfahrensphase angenommen werden dürfen. Daneben erlaubt sie die Nachbesserung von in der ersten Verfahrensphase vorgelegten Zusagen sowie die bedingungslose Nachbesserung von Zusagen in der zweiten Verfahrensphase und verstößt damit gegen höherrangiges Recht. Sie trägt dadurch außerdem zu einer unsachlichen Ungleichbehandlung von betroffenen Unternehmen und zur Verletzung gesetzlich verbürgter Beteiligungsrechte der Mitgliedstaaten bei.

98.* Während des Berichtszeitraums hat die Europäische Kommission eine Reihe von Veräußerungszusagen entgegengenommen. In aller Regel werden diese erst nach Vollzug des Zusammenschlusses durchgeführt. In dem Verfahren The Post Office/TNT Post Groep/Singapore Post Private schlug die Kommission mit der sog. „upfront-buyer-solution“ einen neuen Weg ein. Die beteiligten Unternehmen verpflichteten sich hier, den Zusammenschluss erst zu vollziehen, wenn mit einem von der Kommission genehmigten Käufer ein verbindlicher Kaufvertrag zustande gekommen ist. Aus der deutschen Entscheidungspraxis ist dieses Vorgehen als sog. „Vorfristzusage“ bekannt. Sie birgt den Vorteil, dass der Zusammenschluss erst durchgeführt werden darf, wenn die Erfüllung der Zusage sichergestellt ist. Kommen die Unternehmen ihrer Verpflichtung nicht nach, wird der Zusammenschluss erst gar nicht vollzogen, was eine nach aller Erfahrung mit erheblichen Schwierigkeiten verbundene Entflechtung entbehrlich macht.

99.* Im Widerspruch zu der oben genannten Bekanntmachung hat die Europäische Kommission in Einzelfällen auch reine Verhaltenszusagen akzeptiert, mit denen sich die betroffenen Unternehmen zu einem bestimmten Verhalten verpflichten. Gegen derartige Zusagen sind grundsätzliche Bedenken angebracht. Sie wirken sich nicht auf die Marktstrukturen aus, sind in aller Regel nicht kurzfristig durchführbar und bedürfen einer kontinuierlichen Kontrolle durch die Europäische Kommission. Es ist nicht ersichtlich, wie die Europäische Kommission angesichts ihrer sonstigen Arbeitsbelastung eine derart umfassende Kontrolltätigkeit bewältigen will. Vor diesem Hintergrund ist fraglich, ob eine vollständige Umsetzung der Zusagen überhaupt garantiert und damit die Gefahr der Entstehung oder Verstärkung von Marktbeherrschung sicher ausgeräumt werden kann.

100.* Während des Berichtszeitraums hat die Europäische Kommission in zwei Fällen – Tetra Laval/Sidel und Schneider Electric/Legrand – Entflechtungsmaßnahmen gemäß Art. 8 Abs. 4 FKVO ergriffen. Nach Auffassung der beteiligten Unternehmen verletzte die Anordnung der voll-

ständigen bzw. fast vollständigen Beteiligungsaufgabe den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Eine Entflechtung sei nur bis zur Grenze des Kontrollerwerbs im Sinne des Art. 3 FKVO zulässig. Zur Begründung beriefen sie sich darauf, dass eine Minderheitsbeteiligung, die keinen Kontrollerwerb vermittele, auch keine Anmeldepflicht bei der Europäischen Kommission auslöse und daher nicht der behördlichen Prüfung unterfalle.

101.* Nach Auffassung der Monopolkommission ist es nicht die Aufgabe der Europäischen Kommission, Verträge über einen Zusammenschluss, der mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und deshalb wieder aufzulösen ist, für die beteiligten Unternehmen neu zu schreiben, wenn diese Verträge nach der Untersagung durch die Kommission ihre Wirkung verlieren. Es ist dann Sache der Parteien, neue Regelungen an die Stelle zu setzen. Die Entscheidung der Europäischen Kommission über die Entflechtung muss sich an anderen Kriterien als den Erwartungen der Vertragsparteien orientieren, nämlich an dem in Art. 8 Abs. 4 FKVO benannten Ziel, wirksamen Wettbewerb wiederherzustellen. Demgegenüber ist es bei der Entscheidung über angemessene Entflechtungsmaßnahmen nachrangig, dass gemäß Art. 3 FKVO eine Minderheitsbeteiligung ohne Kontrollerwerb nicht in die Prüfungskompetenz der Kommission fällt. Diesen Vorteil haben die Parteien bei Vereinbarung des Zusammenschlusses bewusst ausgeschlagen, indem sie sich auf einen höheren Anteilserwerb einigten.

102.* Nach Art. 9 FKVO kann ein Mitgliedstaat die Verweisung eines Falles, der an sich in die Zuständigkeit der Europäischen Kommission fällt, beantragen. Anders als in der Vergangenheit hat die Kommission im Berichtszeitraum eine Reihe von Verfahren an die Mitgliedstaaten abgegeben, in denen nationale Märkte betroffen waren. Darüber hinaus hat sie Verweisungsentscheidungen richtigerweise auch dann erlassen, wenn die sachliche und räumliche Marktabgrenzung noch nicht abschließend geklärt war. Ebenfalls zu Recht hat die Europäische Kommission Zusammenschlüsse unabhängig davon verwiesen, ob die Gefahr von Einzelmarktbeherrschung oder kollektiver Marktbeherrschung bestand. Vermehrt hat sie Verfahren teilweise an die nationalen Wettbewerbsbehörden abgegeben und im Übrigen selbst die zweite Verfahrensphase eröffnet. Die dagegen geäußerte Kritik seitens der Unternehmen ist nicht begründet. Obwohl Verfahren bei zwei Behörden anhängig sind, prüft doch jede Behörde die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf unterschiedlichen Produkt- und sachlichen Märkten, so dass die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen nicht besteht. Verweisungen kommen auch den beteiligten Unternehmen zugute, weil die besonderen Kenntnisse und Erfahrungen der nationalen Wettbewerbsbehörden eine stringente und zügige Prüfung des verwiesenen Verfahrens oder Verfahrensteils erleichtern.

103.* Spiegelbildlich zu Art. 9 FKVO eröffnet Art. 22 FKVO die Möglichkeit, dass mehrere Mitgliedstaaten einen Fall gemeinsam an die Europäische Kommission verweisen. Im Berichtszeitraum haben sieben Mitgliedstaaten, darunter auch Deutschland, zum ersten Mal von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht. Der Fall Promatech/Sulzer Textil zeigte, dass das Verweisungsverfahren zwar mit einigen praktischen Problemen behaftet ist. Er machte aber auch deutlich, dass diese Schwierigkeiten überwindbar sind, wenn Mitgliedstaaten und Europäische Kommission eng kooperieren und die relevanten Bestimmungen zielgerichtet auslegen. Mit Hilfe einer Gesetzesänderung könnte sich Art. 22 FKVO zu einem leicht handhabbaren und sachgerechten Instrument bei der Feinverteilung der Kompetenzen entwickeln. Es müsste klarer definiert werden,

dass der für die Mitgliedstaaten maßgebliche Fristbeginn erst mit der korrekten Anmeldung beginnt und ein Mitgliedstaat sich noch nachträglich einem Verweisungsantrag anschließen kann. Daneben wäre eine Aussetzungsmöglichkeit hinsichtlich der nationalen Entscheidungsfristen einzuführen. Eine weitergehende Option könnte darin bestehen, dass bei Vorliegen eines Verweisungsantrages von mindestens zwei Mitgliedstaaten automatisch der gesamte Zusammenschluss in die Kompetenz der Europäischen Kommission gelangt.

V. Das Internet als wettbewerbspolitische Herausforderung

104.* Das Internet stellt eine globale Informations-, Kommunikations- und Vertriebsinfrastruktur dar, deren Nutzung durch Unternehmen und Verbraucher geeignet ist, wirtschaftliche Abläufe grundlegend zu verändern. Auch wenn die anfängliche Euphorie über die Möglichkeiten der Internetwirtschaft abgeklungen ist, so ist doch zu erwarten, dass der zunehmende Gebrauch des Internet nachhaltige Auswirkungen auf das Wirtschaften haben wird. Insbesondere führt der Handel über das Internet zu sinkenden Transaktionskosten, horizontale und vertikale Preistransparenz sind leichter herzustellen. Außerdem bestehen erhebliche Größenvorteile für den Vertrieb von Produkten über das Internet, die sich digitalisieren und standardisieren lassen. Die Vervielfältigung digitalisierbarer Massengüter wie z.B. Musikdateien oder Filme verursacht nur geringe Kosten, während die Erstellung der Ausgangsdatei vergleichsweise kostenintensiv ist. Damit verbunden ist ein hohes Potential zur Individualisierung von Produkten und Dienstleistungen. Durch die elektronische Abwicklung wirtschaftlicher Transaktionen wird es den Anbietern möglich, für ihre Kunden maßgeschneiderte Produkte herzustellen. Durch das Internet werden den Marktteilnehmern zusätzliche Wettbewerbsmöglichkeiten eröffnet.

105.* Für die Softwareindustrie gilt, dass insbesondere die Netzeffekte von Betriebssystemen erheblich sind. Als „Netzeffekt“ bezeichnet man den Zusammenhang, dass ein Produkt für den einzelnen Anwender um so wertvoller ist, je mehr andere Anwender dieses Produkt ebenfalls nutzen. Dieser „Netzeffekt“ ist zu unterscheiden von der Abhängigkeit von physischen Netzen, wie sie für Telekommunikation, Bahn und Energiewirtschaft typisch ist. Bei „Netzeffekten“ entsteht Marktmacht nicht aus der Dominanz über eine Infrastruktur, sondern aus den durch die Standardisierung verursachten Beschränkungen der Wechselmöglichkeiten der Nutzer. Bei Betriebssystemen gründet sich dieser Netzeffekt darauf, dass es für den einzelnen Anwender von Vorteil ist, wenn die Computer anderer Anwender, mit denen er elektronisch kommuniziert oder die er auf Reisen benutzt, dasselbe Betriebssystem verwenden wie sein eigenes. Liegt ein Netzeffekt vor, so ist zu erwarten, dass sich ein Betriebssystem als Standard am Markt durchsetzt und dass sich ein anderes Betriebssystem nur schwer am Markt behaupten kann. Für den Fall, dass sich ein technologischer Standard durchsetzt und dadurch eine Monopol- oder Quasi-Monopolstellung erreicht wird, muss dafür Sorge getragen werden, den Marktzugang offen zu halten. Dies kann z.B. durch die Verpflichtung zur Offenlegung von Quellcodes des dominanten Betriebssystems erreicht werden, die die Wettbewerber in die Lage versetzt, kompatible neue Technologien zu entwickeln und auf der bisher dominanten Technologie aufzubauen.

Die Netzeffekte der Software- und Internetindustrie eröffnen diesen Industrien auch besondere Anreize zum Missbrauch. So kann das Bundling verschiedener Produkte in ein Gesamtangebot zu wettbewerbswidrigem Verhalten genutzt werden. Dies ist dann der Fall, wenn für eine Kom-

ponente, die als Teil des Gesamtbündels ohne Aufpreis angeboten wird, Wettbewerb besteht und durch das Bundling die marktbeherrschende Stellung gegenüber den Wettbewerbern langfristig abgesichert wird. Die Strategie eines marktbeherrschenden Unternehmens kann darin bestehen, durch Bundling seine marktbeherrschende Stellung abzusichern bzw. auf neue Märkte auszuweiten.

106.* Die neuen Informations- und Kommunikationstechnologien sind auch geeignet, den Unternehmen neue Möglichkeiten der wettbewerbswidrigen Kooperation zu eröffnen. Hier sind die Wettbewerbsbehörden aufgerufen, die vorübergehende Zusammenarbeit von Unternehmen in sog. "virtuellen Unternehmen" daraufhin zu untersuchen, ob ein Austausch von wettbewerbslich relevanter Information erfolgt. Mitunter kann hier die Grenzziehung zum Kartell schwierig sein.

Auch auf Verbraucherseite sind neue Formen der Zusammenarbeit entstanden. Hier ist insbesondere das Powershopping zu nennen. Dabei handelt es sich um ein System, in dem ein Anbieter potentiellen Kunden ein Produkt in begrenzter Anzahl für einen festgelegten Zeitraum in verschiedenen Preisstufen offeriert, wobei das Produkt umso günstiger wird, je mehr Kunden sich zusammenfinden. Manche Gerichte sehen im Powershopping eine Verletzung des Rabattgesetzes sowie eine Verletzung von § 1 UWG. Das Rabattgesetz wurde mittlerweile abgeschafft. Aber auch ein Verstoß gegen das UWG liegt nach Meinung der Monopolkommission nicht vor. Marketingstrategien mit einem gewissen „Spielement“ machen ein Geschäft nicht per se sittenwidrig. Das „Anlocken“ besteht beim Powershopping allein in dem in Aussicht gestellten günstigen Preis, was in einer wettbewerbsorientierten Marktwirtschaft nicht zu beanstanden ist.

107.* Hohe Innovationsdynamik gehört zu den bestimmenden Parametern der Internetökonomie. Märkte entstehen und verschwinden in höherem Tempo als bisher. Produkte und Dienstleistungen werden immer weniger kontinuierlich verbessert, sondern von neuen Produkt- und Dienstleistungsarten abgelöst. Unter diesen Bedingungen findet Wettbewerb oft nur mehr "um den Markt" und nicht mehr so sehr "auf einem bestimmten Markt" statt. Häufig wird in der Wettbewerbspolitik davon ausgegangen, dass Forschungs- und Entwicklungskooperationen wettbewerbslich weniger problematisch seien als andere Formen der Kooperation. Gerade für die Internetökonomie ist jedoch Innovationswettbewerb von besonderer Bedeutung. Eine generelle Privilegierung der Zusammenarbeit in Forschung und Entwicklung ist daher abzulehnen.

108.* Bei der Marktabgrenzung steht die Kartellrechtspraxis neuen Herausforderungen gegenüber. Nach dem Bedarfsmarktkonzept werden nur sehr enge Substitute zum selben Markt gerechnet. Mitunter problematisch für die Marktabgrenzung ist die Möglichkeit, digitalisierte Produkte zu diversifizieren und zu individualisieren. Theoretisch könnte man für jedes maßgeschneiderte Produkt einen eigenen Produktmarkt annehmen. Eine eindeutige Zuordnung zu exakt abgegrenzten Produktmärkten ist in der Praxis oft nicht ohne weiteres möglich. Dennoch sollte nach Meinung der Monopolkommission vom Bedarfsmarktkonzept schon aus Gründen der Rechtssicherheit nicht abgewichen werden. Allerdings darf es nicht schematisch angewandt, sondern sollte bewusst als Hilfskonstrukt verwendet werden. Ein automatisches Festhalten an einer einmal gewählten Marktabgrenzung auch in nachfolgenden Verfahren ist abzulehnen. Es muß vielmehr eine Gesamtbetrachtung angestellt werden, die alle Einzelheiten des konkreten Falles berücksichtigt.

Der häufig anzutreffenden pauschalen Einschätzung, das Internet verbessere die Markttransparenz und steigere somit den Wettbewerb, ist ein differenzierteres Bild entgegenzusetzen. So ist Markttransparenz nicht per se wettbewerbsfördernd. Horizontale Markttransparenz kann auch zu einer Minderung des Wettbewerbs führen, wenn sie die Wettbewerber zu kollusivem Verhalten veranlasst. Für die Verbraucher bietet das Internet durch zahlreiche Suchoptionen wie etwa Verbraucherportale, Preis- und Produktsuchmaschinen jedoch vielfältige Informationsmöglichkeiten. Eine gründliche Information der Verbraucher ist für einen funktionierenden Wettbewerb unerlässlich. Insofern sind die verbesserten Informationsmöglichkeiten, die das Internet seinen Nutzern bietet, geeignet, den Wettbewerb zu fördern.

109.* Die Monopolkommission hat bereits in ihrem Dreizehnten Hauptgutachten festgestellt, dass ein Problem der hohen Marktkonzentration vor allem für universelle Internet-Netzanschlussdienste besteht. Insofern ist es zu begrüßen, dass die EU-Kommission die geplante Fusion von MCI WorldCom/Sprint untersagt hat. Da MCI WorldCom Weltmarktführer und Sprint einer seiner wichtigsten Wettbewerber auf dem Markt für globale Interkonnektivität ist, hätte der Zusammenschluss den Wettbewerb auf einem bereits hochkonzentrierten Markt weiter verringert.

Auch auf den neuen Märkten für internetspezifische Dienstleistungen zeigen sich zunehmende konzentrierte Effekte. So sind in Zukunft verstärkt Zusammenschlüsse zwischen Inhalteanbietern und Infrastrukturanbietern zu erwarten, wie dies schon bei der Fusion von AOL und Time Warner der Fall war. Für die Gewährleistung von Wettbewerb ist es notwendig, bei derartigen Zusammenschlüssen die Markteintrittsbarrieren für Wettbewerber nicht in einem Ausmaß zu erhöhen, das ihren Marktzugang vereitelt. Zum Beispiel können Auflagen angezeigt sein, die einen nicht-exklusiven Vertrieb von Inhalten vorsehen. So wurde das Gemeinschaftsunternehmen von T-Online und bild.de vom Bundeskartellamt nur unter der Voraussetzung genehmigt, dass das geplante Portal die Inhalte von bild.de nichtexklusiv anbietet. Gleichwohl verfügt T-Online mit der Möglichkeit, die Kosten für die Benutzung des Portals T-Online/bild.de über die Telefonrechnung der Deutschen Telekom abzurechnen, über einen entscheidenden Wettbewerbsvorteil. Dieser leitet sich ab aus der marktbeherrschenden Stellung des ehemaligen Monopolisten Deutsche Telekom bei den Teilnehmeranschlussleitungen und kommt unmittelbar ihrer Tochter T-Online zugute. Zwar wurde das Gemeinschaftsunternehmen T-Online/bild.de verpflichtet, mindestens ein weiteres Abrechnungssystem zuzulassen. Die Zahlung über alternative Micropayment-Systeme ist aber sehr viel aufwendiger und wird von den Verbrauchern vergleichsweise ungern genutzt. Nach Meinung der Monopolkommission handelt es sich bei der Verpflichtung zur Zulassung eines alternativen Abrechnungssystems in jedem Fall um eine Verhaltensauflage. Sie ist gemäß § 40 Abs. 3 Satz 2 GWB unzulässig.

110.* Durch die Möglichkeiten des Buchvertriebs über Internet sind in den letzten Jahren wesentliche Impulse für den Wettbewerb auf dem Büchermarkt ausgegangen. Aufgrund seiner negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb im Buchhandel ist das System einer grenzüberschreitenden Buchpreisbindung in die Kritik geraten. Die Europäische Kommission hatte in einem Verfahren festgestellt, dass das Reverssystem zwischen Deutschland und Österreich eine wettbewerbswidrige Absprache darstellt, die den innergemeinschaftlichen Handel behindert und damit einen Verstoß gegen Art. 81 EGV begründet. Die Monopolkommission hat sich der Buchpreis-

bindung aus ökonomischer Sicht bereits in ihrem Dreizehnten Hauptgutachten ausführlich gewidmet.

Mittlerweile hat die Europäische Kommission ein reformiertes Reverssystem genehmigt. Dieses sieht nunmehr vor, dass die Buchpreisbindung nur mehr Deutschland erfasst und folglich den innergemeinschaftlichen Handel unberührt lässt. Gleichwohl ist aus ökonomischer Sicht auch eine nationale Buchpreisbindung zu beanstanden. Sie beschränkt den Wettbewerb auf der Handelsebene und zementiert ineffiziente Vertriebsstrukturen. Außerdem enthält der aktuelle Entwurf für ein Gesetz zur Buchpreisbindung wesentliche Unstimmigkeiten. So soll für sog. Buchclubausgaben von neu auf den Markt kommenden Werken ein niedrigerer als der gebundene Preis möglich sein. Derartige Parallelausgaben sind nach Meinung der Monopolkommission geeignet, den Gesetzeszweck systematisch zu unterlaufen. Ein Festhalten an der Buchpreisbindung ist damit gleichermaßen ökonomisch verfehlt wie rechtlich bedenklich.

111.* Die kartellrechtlichen Problemfelder von Internet-Handelsplattformen und ihre Erfassung durch das geltende Wettbewerbsrecht sind Gegenstand einer intensiven öffentlichen Diskussion. Ein Business-to-Business(B2B)-Marktplatz lässt sich als ein System von Akteuren definieren, die miteinander über das Internet in Handels- bzw. Kooperationsbeziehungen stehen. Die derzeit existierenden Internet-Handelsplattformen weisen vielfältige Erscheinungsformen hinsichtlich ihrer Inhaberstruktur und der angebotenen Handelssysteme auf. Die Monopolkommission teilt die überwiegende Auffassung, dass das geltende kartellrechtliche Instrumentarium diesem neuen Kommunikations- und Vertriebskanal angemessen ist. Anlass für die Etablierung kartellrechtlicher Sonderregelungen für virtuelle Marktplätze besteht nicht. Aufgrund der Vielfalt der Ausgestaltungsmöglichkeiten von Internetplattformen bleibt bei der Beurteilung der wettbewerblichen Wirkung eine detaillierte Prüfung des Einzelfalles unumgänglich. Die Monopolkommission begrüßt deshalb die vom Bundeskartellamt in seinen Entscheidungen angekündigte Absicht, gegebenenfalls die konkrete Praxis der – vorerst genehmigten – Internetmarktplätze zu einem späteren Zeitpunkt einer weiteren kartellrechtlichen Prüfung zu unterziehen.

112.* Im Berichtszeitraum hat sich die Diskussion darüber intensiviert, ob und allenfalls wie für Softwareprodukte die Möglichkeit des Patentrechtsschutzes geschaffen werden soll. In dieser Debatte haben sich einerseits Stimmen erhoben, die einen Patentschutz für Computerprogramme in Europa verlangen, um befürchtete Wettbewerbsnachteile für europäische gegenüber US-amerikanischen Unternehmen zu verhindern. Nach einem Richtlinienvorschlag der EU-Kommission vom 20. Februar 2002 über die Patentierbarkeit computerimplementierter Erfindungen soll Computersoftware grundsätzlich patentierbar sein, wenn sie einen „technischen Beitrag“ leistet. Gegen eine Ausdehnung des Patentschutzes auf Computerprogramme haben sich die Hersteller von sog. Open-Source-Software ausgesprochen. Sie befürchten hohe Mittlungskosten und Marktzutrittsbarrieren. Bereits durch die Anwendung des geltenden Europäischen Patentrechtsübereinkommens (EPÜ) werden Computerprogramme zwar nicht „als solche“ geschützt, können aber Patentschutz zuerkannt bekommen, wenn sie einen „technischen Beitrag“ leisten.

Aus ökonomischer Sicht ist die Sinnhaftigkeit eines Patentschutzes danach zu beurteilen, ob dieser effiziente Anreize für die Investition in Forschung und Entwicklung setzt. Immaterielle Güter zeichnen sich dadurch aus, dass sie beliebig und kostenlos reproduzierbar sind und der Kon-

sum von Wissen durch eine Person eine andere Person nicht daran hindert, dieses Wissen ebenfalls zu konsumieren. Der Einzelne wird deshalb nur so viel in die Produktion von Wissen investieren, wie er durch seinen eigenen Konsum rechtfertigen kann. Deshalb müssen Anreize, z.B. durch Patente, geschaffen werden, die die kostenintensive Produktion von Wissen in einem darüber hinausgehenden Maß bewirken. Im Gegensatz zur allgemeinen Annahme, dass weitgehender immaterialgüterrechtlicher Schutz zu höherer Investitionstätigkeit führt, vermochten Untersuchungen, die unter ähnlichen Bedingungen wie die der Softwareindustrie operierten, eine generelle Zunahme der Ausgaben für Forschung und Entwicklung nicht nachzuweisen. Vor diesem Hintergrund bewertet die Monopolkommission eine Ausdehnung des Patentschutzes auf Computerprogramme kritisch. Die mit dem Patentschutz verbundene vorübergehende Monopolstellung eines Unternehmens ist geeignet, die Konzentrationstendenzen auf dem Markt für Softwareprodukte weiter zu verstärken und den Wettbewerb zu behindern.

113.* Die Zulässigkeit des Internet-Apothekenversandhandels aus den Niederlanden nach Deutschland haben verschiedene deutsche Gerichte unter Berufung auf das Arzneimittelgesetz, das Heilmittelwerbegesetz und das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb verneint. Unbeachtlich blieben in diesen Verfahren die Bestimmungen der europäischen E-Commerce-Richtlinie. Diese normiert als ihre wesentlichste Bestimmung für grenzüberschreitenden elektronischen Handel das Herkunftslandprinzip. Demnach ist auf einen Sachverhalt das Recht jenes Mitgliedstaates anzuwenden, in dem der Diensteanbieter niedergelassen ist. Für eine in den Niederlanden ansässige Internetapotheke gilt damit niederländisches Recht.

Von der fehlerhaften Rechtsanwendung abgesehen ist aus ökonomischer Sicht eine Öffnung des Arzneimittelmarktes auch für den Internethandel wünschenswert. Im internationalen Vergleich sind die Endverbraucherpreise in Deutschland hoch und diese neue Vertriebsform erscheint geeignet, den Verbrauchern Arzneimittel zu niedrigeren Preisen zu verschaffen. Dies käme auch den Krankenkassen zugute. Die Monopolkommission begrüßt deshalb die Absicht der Bundesministerin für Gesundheit, das Vertriebsverbot für Internetapotheken aufzuheben.

114.* In der öffentlichen Diskussion ist mitunter von einer grundlegenden Infragestellung wettbewerblicher Leitbilder durch das Internet die Rede, die ein radikales Umdenken auch in der Regulierung erforderlich mache. Die Monopolkommission vertritt demgegenüber die Ansicht, dass das allgemeine Wettbewerbsrecht durch seinen hohen Abstraktionsgrad grundsätzlich auch für die Regulierung der Internetökonomie geeignet ist.

Die Besonderheiten der „new economy“ sind gleichwohl zu benennen und müssen in geeigneter Art in die wettbewerbliche Analyse einfließen. Zu beachten sind hier insbesondere die hohe Innovationsdynamik sowie das Vorliegen von Netzeffekten in der Internet- und Softwareindustrie. Folglich ist dem Innovationswettbewerb auf diesen Märkten besonderes Augenmerk zu schenken. Des Weiteren ergibt sich daraus die Forderung an die Ordnungspolitik, ein Verhalten nicht als missbräuchlich zu verbieten, das notwendig ist, um mit dem Angebot eines Netzwerkutes eine ausreichend große Zahl von Abnehmern zu erreichen. Erst ab einem gewissen Verbreitungsgrad wird das Angebot eines Netzwerkutes rentabel. Aus dem Netzeffekt können sich jedoch erhebliche Eintrittsbarrieren für die Wettbewerber ergeben. Entsprechend wichtig ist deshalb die Offenhaltung des Marktzuganges. Vor diesem Hintergrund ist vor einem verstärkten

Patentrechtsschutz für Softwareprogramme abzuraten, da dieser grundsätzlich geeignet ist, die Wettbewerbsintensität zu verringern.

VI. Der Zugang zu wesentlichen Einrichtungen als Problem der Missbrauchsaufsicht und der sektorspezifischen Regulierung

115.* In der aktuellen wettbewerbspolitischen Diskussion spielt die Frage nach der Regulierung von Netzindustrien eine herausragende Rolle. Maßgebliche Ursache hierfür ist die Schwierigkeit, in ehemals staatsmonopolistischen Branchen einen funktionsfähigen Wettbewerb zu schaffen, wenn der etablierte Anbieter für einzelne Stufen seiner gesamten Wertschöpfung im Besitz von sog. wesentlichen Einrichtungen ist, deren Mitnutzung für Wettbewerber unabdinglich ist, um konkurrenzfähig zu sein. Im Falle der Telekommunikation und Post hat man sich für eine Ex-ante-Regulierung der wesentlichen Einrichtungen durch eine sektorspezifische Regulierungsbehörde entschieden. In den Bereichen Bahn, Strom und Gas vertraut man bis dato auf eine Regulierung (im Wesentlichen) über das allgemeine Kartellrecht. Hierzu wurden im Rahmen der sechsten Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen die Regelungen der Missbrauchsaufsicht um einen neuen Tatbestand ergänzt, den § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB, der Wettbewerbern den Netzzugang zu wesentlichen Einrichtungen ermöglichen soll. Der § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB fungiert dabei als Generalklausel, d.h. er gilt branchenübergreifend und somit auch für Zugangsfragen bei Häfen, Müllsammelteinrichtungen etc. Zugleich stellt er einen Auffangtatbestand bei der etwaigen Abschaffung einer sektorspezifischen Regulierung dar. Wettbewerber sollen nach § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB einen Netzzugang zu vertretbaren Bedingungen und einem angemessenen Preis erhalten.

116.* Wie diese zu bestimmen sind, wird im Gesetz jedoch nicht näher erklärt. Angesichts der grundsätzlichen Informationsasymmetrie zwischen dem Netzzugang gewährenden Unternehmen und dem zugangsinteressierten Unternehmen respektive den Wettbewerbsbehörden ist dies hinsichtlich des angemessenen Preises eine alles andere als leicht zu lösende Aufgabe; dies gilt fast noch mehr für die qualitativen Bedingungen des Netzzugangs. Hierbei ist zu beachten, dass sich in den ergänzenden Regelungen für den Bahn- und Energiebereich im Gegensatz zum regulierten Netzzugang à la Telekommunikation keine hinreichenden Ausführungen zu einer konkreten Gestaltung des Netzzugangs finden. Da die zuständige Kartellbehörde hinsichtlich des angemessenen Entgelts darlegungs- und beweispflichtig ist, stellt sich die Monopolkommission die grundsätzliche Frage nach der Funktionsfähigkeit dieser Regelung, welche speziell in Branchen mit stabilen Netzzugangsproblemen eine zentrale Bedeutung für Marktstruktur und Marktergebnis hat. Diese Frage ist insofern kritisch, als bei vielen wesentlichen Einrichtungen auf absehbare Dauer nicht mit einem Infrastrukturwettbewerb zu rechnen ist; dies gilt vor allem in den leitungsgebundenen Industrien. Die vorhandene angebotsmonopolistische Struktur in den Netzen bei Bahn, Telekommunikation, Strom, Gas und teilweise wohl auch bei der Post dürfte deshalb längerfristig bestehen bleiben. Dabei erscheint speziell bei der Bahn und der Energiewirtschaft die Vorstellung als illusionär, dass die Wettbewerber wesentliche Infrastruktureinrichtungen duplizieren werden.

117.* Ein Netzzugang suchendes Unternehmen kann bei einer Verweigerung des Zugangs zu angemessenen Preisen auf zwei Wegen zu seinem Ziel kommen. Es kann entweder vor dem

örtlich zuständigen Landgericht seinen Anspruch auf Unterlassung des Missbrauchs einklagen. Der weitere Instanzenzug geht vom Landgericht über das jeweils zuständige Oberlandesgericht zum Bundesgerichtshof. Im Allgemeinen wird der Petent es vorziehen, sich bei der zuständigen Kartellbehörde zu beschweren, damit diese ein eigenes Ermittlungsverfahren durchführt und den Netzbetreiber durch Verwaltungsakt zur Gewährung des Netzzugangs verpflichtet. Angesichts der wirtschaftlichen Zentralität des Netzzugangs zu wesentlichen Einrichtungen bei Fällen des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB erweist sich die Tatsache, dass die sofortige Vollziehbarkeit einer Verfügung der zuständigen Kartellbehörde nicht als Regelfall gilt, als ein wesentliches Hemmnis für die Wettbewerbsentwicklung. Durch die Ausnutzung des gesamten Instanzenzugs kann das etablierte Unternehmen den Netzzugang erheblich verzögern.

118.* Hinsichtlich der Funktionsfähigkeit der Missbrauchsaufsicht ist festzustellen, dass eine Anwendung des Vergleichsmarktkonzeptes nicht oder bestenfalls nur äußerst beschränkt geeignet ist, einen angemessenen Netzzugangspreis zu identifizieren, da die resultierenden Marktpreise bei wesentlichen Einrichtungen prinzipiell die von monopolistischen Anbietern sind. Dies ist bei wesentlichen Einrichtungen ein strukturelles Defizit, das auch in Zukunft nicht zu beheben ist, solange eine Einrichtung als wesentlich zu bezeichnen ist. Auch bei einem internationalen oder interregionalen Vergleich ist zu beachten, dass keine Wettbewerbspreise verglichen werden, sondern bestenfalls regulierte Preise für verschiedene Netzstrukturen. Schließlich gilt für den Vergleich von internen Verrechnungspreisen, dass diese bei einem integrierten Unternehmen einen Durchlaufposten bilden und bei Netzöffnung gewöhnlich hoch kalkuliert werden.

Somit ist es nötig, unmittelbar die Kosten des Netzzugangs zu beurteilen. Dies nimmt allerdings bei einem Ex-post-Ansatz erhebliche Zeit in Anspruch und ist mit größerer Unsicherheit behaftet als bei einem Regulierungsansatz ex ante. Erschwerend kommt hinzu, dass eine effiziente Zuordnung der in Netzindustrien bedeutsamen Gemein- und Fixkosten nicht durch die einfachen Zurechnungsregeln erreicht werden kann, die im Rahmen der Ex-post-Missbrauchsaufsicht anzuwenden sind.

119.* Im Kontext von § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB ist weiter zu klären, wie die technischen Modalitäten des Netzzugangs, so etwa die Qualität der Leistung, auszugestaltet sind. Hier ergeben sich in vielen Fällen analoge Schwierigkeiten wie bei der Preisbestimmung, da es keine wettbewerblich organisierten Vergleichsmärkte gibt. Die Gewährung eines qualitativ gleichwertigen Netzzugangs ist insofern von grundlegender Bedeutung für einen funktionsfähigen Wettbewerb, als die Wertschätzung der Nachfrager auf den nachgelagerten Märkten und deren Wechselbereitschaft zentral auch von der Qualität und der Verlässlichkeit der Leistungen der Konkurrenten des etablierten Anbieters abhängt.

120.* Vorbild des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB ist die sog. ‚essential facilities‘-Doktrin des US-Antitrustrechts. Diese Bezeichnung erfasst eine Gruppe von Gerichtsentscheidungen zu Fällen der Geschäftsabschlussverweigerung betreffend den Zugang zu einer Wertschöpfungsstufe, die als wesentliche Voraussetzung für die Tätigkeit der Petenten in deren Märkten angesehen wird. Diese US-amerikanischen Gerichtsentscheidungen geben auch Aufschluss darüber, inwieweit Gerichte als erste Instanz geeignet sind, Netzzugangsbedingungen festzulegen. In den zentralen Fällen der ‚essential facilities‘-Doktrin haben die Gerichte – im Bewusstsein ihrer fachlich einge-

schränkten Beurteilungsspielräume – keine umfassenden Netzzugangsbedingungen definiert. Eine Detaillierung der Netzzugangsbedingungen ergibt sich in den USA erst im Zusammenspiel mit der Entwicklung der sektorspezifischen Regulierung in Bereichen mit volkswirtschaftlich bedeutsamen Netzzugangsproblemen, wie Telekommunikation, Bahn, Strom- und Gaswirtschaft.

Angesichts der Disparität der Zugangsbegehren ist festzustellen, dass es bei der US-amerikanischen ‚essential facilities‘-Doktrin nicht um eine in sich geschlossene homogene Fallgruppe geht. Es werden jedoch Kriterien definiert – aus ökonomischer Sicht: relevante Größenvorteile, versunkene Kosten und Nichtumgehbarkeit der wesentlichen Einrichtung sowie die faktisch gegebene Möglichkeit der Mitbenutzung –, anhand derer berechnete Netzzugangsbegehren identifiziert werden können. Berechnete sind danach Netzzugangsbegehren, wenn ohne Zugang zu angemessenen Konditionen ein ‚monopoly leveraging‘ droht, d.h. eine Ausweitung der Marktmacht des Unternehmens, das über die wesentlichen Einrichtungen verfügt, auf nachgelagerte (oder allgemeiner: verbundene) Märkte. Grundlage für das ‚monopoly leveraging‘ ist der Umstand, dass die wesentliche Einrichtung wirtschaftlich nicht zu duplizieren ist. Funktionsfähiger Wettbewerb auf der Ebene der wesentlichen Einrichtung ist ausgeschlossen, solange die Einrichtungen nicht durch technischen Fortschritt oder, auf längere Sicht, durch die Entwicklung alternativer Infrastrukturen die Eigenschaft der wirtschaftlichen Nichtduplizierbarkeit verlieren. Ohne die Möglichkeit der Mitnutzung zu angemessenen Konditionen sind die Wettbewerber auf nachgelagerten (verbundenen) Märkten daher nicht konkurrenzfähig.

121.* Bei der Beurteilung der Möglichkeiten einer Missbrauchsaufsicht ist zwischen der Festsetzung von Zugangsentgelten durch Einzelverhandlungen, durch öffentlich angekündigte Unternehmenstarife und durch öffentlich angekündigte Branchentarife zu unterscheiden. Einzelverhandlungen der Zugangskonditionen von wesentlichen Einrichtungen entsprechen einer Situation von Verhandlungen im Rahmen eines zunächst unregulierten Angebotsmonopols; dies gilt auch für die Veröffentlichung von Unternehmenstarifen, da diese ohne besondere Regulierung keiner Restriktion hinsichtlich der Preishöhe und der vereinbarten Qualität unterliegen. Folglich besteht die Gefahr überhöhter Nutzungsentgelte und/oder nachteiliger qualitativer Zugangsbedingungen bei den wesentlichen Einrichtungen. Die Petenten werden daher bei relevanten Benachteiligungen versuchen, einen aus ihrer Sicht angemessenen Preis respektive eine vergleichbare Qualität bei der zuständigen Kartellbehörde oder beim zuständigen Gericht einzuklagen. Gegebenenfalls werden auch die Kartellbehörden von sich aus ein Verfahren gegen offensichtlich überhöhte Netzzugangsentgelte einleiten. Aufgrund der Komplexität der Entscheidungsproblematik sind nach Auffassung der Monopolkommission die Gerichte als (erstinstanzliche) Entscheidungsinstanzen ungeeignet. Skepsis ist auch angebracht gegenüber dem Modellcharakter von Musterprozessen bzw. der Wirkung der Drohung mit einer Regulierung. Ersterer verlangt zur Regelprägung eine gewisse Einheitlichkeit der Fälle und vor allem auch eine schnelle Durchsetzbarkeit der Ansprüche. Letztere erweist sich allzu oft als hypothetisch. Auch Schiedsentscheidungen, die zu Verhandlungslösungen führen, sind nicht als geeigneter Ausweg zu sehen, wenn die Probleme von zentraler Bedeutung für die Marktstruktur und das Marktergebnis einer Branche sind. Grund hierfür ist, dass derartige Lösungen Einzelfallcharakter haben und deshalb nur beschränkt normierend wirken. Auch sind sie nur vermittelnder Natur, wobei die relativ hohe Verhandlungsmacht des etablierten Anbieters durchschlagen kann.

122.* Schließlich führt auch die Festlegung von Branchentarifen, wie beispielsweise in den Verbändevereinbarungen Strom und Gas, nicht zu einer wettbewerbskonformen Lösung. Die jeweils an den Verhandlungen beteiligten Verbände haben einen Anreiz, sich zulasten Dritter, d.h. nicht verbandszugehöriger Unternehmen, speziell auch aus dem Ausland, und der (Klein-)Kunden zu einigen. Verbändevereinbarungen tendieren dazu, an zentralen Stellen unvollständig zu sein, auch wenn der Staat moderierend eingreift. Dabei wirken Branchentarife wettbewerbspolitisch umso mehr wie die Ergebnisse von Einzelverhandlungen und Unternehmenstarife, je weniger explizit die Vorgaben für die Preisberechnung sind und je mehr der Ausfüllung der Vereinbarung durch die einzelnen Unternehmen überlassen bleibt. Insofern dürfte insbesondere die (wettbewerbsanaloge) Orientierung an den tatsächlichen Kosten der (effizienten) Leistungserstellung fehlen. Bei einer unkritischen Verrechtlichung derartiger Vereinbarungen droht ein zusätzliches Hemmnis gegen die Umsetzung angemessener Netzzugangskonditionen.

123.* Als Fazit ist festzuhalten, dass bei einer Missbrauchsaufsicht nach § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB im Ergebnis mit vergleichsweise zu hohen Zugangspreisen zu rechnen ist. Ohne explizite Kostenstudien der Kartellbehörden ist nicht zu erwarten, dass der Netzzugang zu wesentlichen Einrichtungen zu tatsächlich angemessenen Konditionen erfolgen wird. Dabei ist der Rahmen für die Umsetzung von Kostenstudien ex post erheblich ungünstiger als in einer Situation, in der die Betreiber der wesentlichen Einrichtungen ex ante durch die Vorlage von Kostennachweisen eine Zustimmung zu ihren Nutzungskonditionen von einer Wettbewerbsbehörde erlangen müssen.

124.* Reformpotentiale der Missbrauchsaufsicht sind in der sofortigen Vollziehbarkeit einer kartellbehördlichen Entscheidung sowie einer Ergänzung der Spruchkörper auf der Ebene der Kartellbehörden und der ersten gerichtlichen Instanz um von den Parteien benannte externe Experten zu sehen. Derartige Lösungen führen zu vermittelnden Verhandlungslösungen und sind dann als vorteilhaft zu betrachten, wenn die Netzzugangsprobleme Einzelfallcharakter aufweisen und eine explizite Regulierung insofern aus Kosten-Nutzen-Überlegungen ausscheidet. Dies gilt jedoch nicht, wenn die Netzzugangsprobleme mit einer gewissen Dauerhaftigkeit die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs in einer Branche insgesamt bestimmen.

125.* Deshalb zieht die Monopolkommission eine Ex-ante-Regulierung des Netzzugangs gegenüber einer (gegebenenfalls modifizierten) Missbrauchsaufsicht dort vor, wo die Netzzugangsprobleme auf absehbare Zeit von zentraler Bedeutung für Marktstruktur und -ergebnis einer Branche sind. Das gilt insbesondere für die Bahn sowie die Strom- und die Gaswirtschaft. Hier sind die Netzzugangsprobleme aus Sicht der Monopolkommission noch gravierender als bei der Telekommunikation, da, wie bereits ausgeführt, auf absehbare Zeit keine Umgehung oder hinreichende Duplizierung der wesentlichen Einrichtungen in Sicht ist.

Sind wesentliche Einrichtungen auf absehbare Zeit wirtschaftlich nicht zu duplizieren, so ist ohne einen regulativen Eingriff ex ante kaum zu erwarten, dass andere Unternehmen gleiche Wettbewerbschancen in den nachgelagerten Märkten bekommen wie die Besitzer der wesentlichen Einrichtungen. Ohne explizite Berücksichtigung von Kostendaten ist das Missbrauchspotential des Netzzugang gewährenden Unternehmen nur unzureichend kontrollierbar. Preise in anderen Märkten für Netzzugang sind als Vergleichsmaßstab ungeeignet, da diese Märkte nicht wettbewerblich organisiert sind; dies schafft ein Problem für die Identifikation von Missbrauchstatbe-

ständen. In Anbetracht der Abhängigkeit der Durchsetzung der Zugangsgewährung von der Verfügbarkeit von Kostendaten hat eine Ex-ante-Regulierung den Vorteil, dass sie weniger Raum für Verzögerungs- und Obstruktionstaktiken der etablierten Anbieter lässt. Diese müssen dem Regulierer schon im Vorhinein anhand von Kostendaten belegen, dass ihre Netzzugangskonditionen angemessen sind.

126.* Bei dieser Einschätzung ist sich die Monopolkommission bewusst, dass aufgrund der asymmetrischen Informationsverteilung zwischen regulierten Unternehmen und Regulierungsinstanz auch eine Ex-ante-Regulierung nicht unbedingt zu Ideallösungen führen, sondern gewisse Vollzugsdefizite aufweisen wird. Effektivität und Effizienz der regulatorischen Eingriffe zur Durchsetzung des Netzzugangs in den erwähnten Branchen sollten gleichwohl höher sein als bei einer einer Missbrauchsaufsicht ex post. Allerdings sollte die Regulierung sich auf das notwendige Minimum beschränken.

127.* In Anbetracht der Bedeutung von fixen Kosten und Gemeinkosten in Netzinfrastrukturen kommt der Zurechnung dieser Kosten zu den einzelnen Netzzugangsleistungen ein besonderes Gewicht zu. Aus ökonomischer Perspektive gibt es kein eindeutiges „richtiges“ Zurechnungsverfahren; vielmehr unterscheiden sich verschiedene Verfahren hinsichtlich ihrer Zweckmäßigkeit in Bezug auf Informationsbedarf der Regulierungsinstanz und Effizienz der Marktergebnisse. Um diesem Umstand auch verfahrensmäßig Rechnung zu tragen, sollte der regulierte Netzzugang auf einem mehrstufigen Regelwerk basieren. Durch ein hierarchisch aufgebautes System von Gesetzen, Verordnungsbestimmungen und Regulierungsgrundsätzen (Verwaltungsvorschriften) wird der Rahmen für die eigentlichen Regulierungsentscheidungen abgesteckt. Die gerichtliche Überprüfung beschränkt sich dann zum einen auf die Frage, ob die Einzelentscheidung als adäquate Anwendung der übergeordneten Regulierungsgrundsätze unter Berücksichtigung der allgemeinen kartellrechtlichen Rahmenbedingungen anzusehen ist, und zum anderen auf die Frage, ob die den Einzelentscheidungen übergeordneten Regulierungsgrundsätze mit den maßgeblichen Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen vereinbar sind. Beispielsweise sollten Gesetzgeber und Ordnungsgeber der Regulierungsinstanz die Wahl eines Systems der Preisregulierung, z.B. einer Kostenregulierung nach bestimmten Preissetzungsregeln oder alternativ einer Anreizregulierung, unter gewissen Rahmenbedingungen freistellen. Die Regulierungsinstanz wäre gehalten, im Rahmen ihrer Regulierungsgrundsätze ein bestimmtes System zu wählen und das dazu erforderliche Verfahren festzulegen. Eine etwaige gerichtliche Überprüfung einer Regulierungsentscheidung würde sich auf die Frage beschränken, ob die Entscheidung das gewählte System richtig angewendet hat.

128.* Bei einer kostenorientierten Preisregulierung ist zu beachten, dass auf die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung abgestellt wird, da ansonsten mit einer Überhöhung der tatsächlichen Kosten zu rechnen ist. Dies kann auch im Rahmen einer weniger regulierungsintensiven Anreizregulierung geschehen, welche dem Unternehmen mehr Flexibilität bei der Zurechnung von Fixkosten und Gemeinkosten gibt. Die mit einer Anreizregulierung verbundene Flexibilität sollte dann nicht durch zusätzliche Anforderungen an die Einzelentgelte wieder aufgehoben werden, etwa in Form einer Preisuntergrenze für jede Leistung entsprechend den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung einschließlich der nach einem vorgegebenen Schlüssel zugeordneten Fix- und Gemeinkosten. Zwar ist darauf zu achten, dass Missbräuche in Form von

Kosten-Preis-Scheren oder Kampfpreisen auch in diesem flexibleren Regulierungsansatz vermieden werden, doch ist z.B. hinsichtlich des Verdrängungsmissbrauchs auf Grenzkostengrößen (langfristige inkrementelle oder vermeidbare Kosten) abzustellen.

129.* Neben den Entgelten spielt im Rahmen der Teilleistungsregulierung die Qualität der Netzzugänge eine wesentliche Rolle. Dies ist schon allein daraus ersichtlich, dass die Behinderung des Konkurrenten durch einen qualitativ schlechteren Netzzugang einen im Vergleich zu einer Preisdiskriminierung unter Umständen schwerer nachweisbaren wettbewerblichen Nachteil darstellen kann.

Grundsätzlich sollte ein Petent zu vergleichbaren qualitativen Bedingungen Zugang erhalten wie der Besitzer der wesentlichen Einrichtung selbst. Hierzu hat der Regulierer ex ante zu prüfen, ob die Zugangsbedingungen der Konkurrenten keine Benachteiligung darstellen. Ferner ist zu kontrollieren, dass die Bereitstellung zu den vertraglich vereinbarten Konditionen erfolgt. Bei einer Kontrolle der qualitativen Netzzugangsbedingungen sollte ein Regulierer die Möglichkeit haben, einen vorliegenden Missbrauch schnell abzustellen. Geeignete Anreize für das Unternehmen könnten gegebenenfalls dadurch geschaffen werden, dass Genehmigungen für bestimmte eigene Angebote an die Gewährung diskriminierungsfreien Zugangs für Wettbewerber gebunden werden. Um ein Vollzugsdefizit bei einer festgestellten Minderleistung zu vermeiden, empfiehlt die Monopolkommission ausdrücklich formulierte und dynamisch ausgestaltete Strafzahlungen für eine Verzögerung der vertraglich vereinbarten Netzzugangsqualität.

130.* Ein oft verwendeter Einwand gegen einen regulierten Netzzugang leitet sich aus der Gefahr eines sog. ‚regulatory captures‘ ab, d.h. der faktischen Beeinflussung von sektorspezifischen Regulierungsbehörden durch die Regulierten. Prinzipiell wäre das Bundeskartellamt hinsichtlich der ‚regulatory capture‘-Gefahr aufgrund seiner Unabhängigkeit als Regulierungsinstanz eher geeignet, soweit sein Personalbestand entsprechend aufgestockt würde. Allerdings erkennt die Monopolkommission darin eine andere Gefahr: Da eine Ex-ante-Kontrolle im Vergleich mit den traditionellen Aufgaben der Wettbewerbsaufsicht viel interventionistischer und sehr personalintensiv ist, steht die Vermischung unterschiedlicher Politikansätze zu befürchten. Dabei könnte der auf Verboten beruhende, nicht selbst gestalterisch eingreifende Ansatz der traditionellen Wettbewerbspolitik verdrängt werden. Deshalb hält die Monopolkommission es für besser, neben dem Bundeskartellamt eine allgemeine Regulierungsbehörde für Netzsektoren (mit einem Fokus auf Netzzugangsregulierung) zu schaffen. In diese sind die bestehenden Regulierungsinstitutionen einzubringen. Hierdurch werden die Kosten der Regulierung gering gehalten. Weitere Vorteile sind in einer Übertragung von vorhandenem regulatorischem Fachwissen zu sehen sowie in einer größeren intellektuellen Unabhängigkeit der Behördenmitarbeiter gegenüber sektorspezifischen Regulierungsinstanzen, da eine sektorübergreifende Instanz weniger in Gefahr steht, in „unsichtbare“ gedankliche Abhängigkeiten von der regulierten Branche zu geraten. Dazu würde auch eine Rotation der Mitarbeiter über die Sektorgrenzen beitragen. Auch kann bei einem zukünftig sinkenden Regulierungsbedarf in einzelnen Netzindustrien einfacher ein ‚phasing out‘ von Regulierung und Personal betrieben werden als in mehreren sektorspezifischen Regulierungsinstanzen. Es besteht kein Bedarf, eine umfassende technische Regulierung in eine derartige Institution aufzunehmen. Der Leiter der Behörde sollte eine lange (gegebenenfalls einmalige) Amtszeit haben.

131.* Bei diesen Empfehlungen ist sich die Monopolkommission eines Meinungswechsels gegenüber früheren Stellungnahmen bewusst. Die zwischenzeitlich gewonnenen Erfahrungen mit der Zugangsproblematik in den leitungsgebundenen Industrien belegen aber das massive Missbrauchspotential der Netzmonopolisten. Die mangelhafte Kontrollierbarkeit der Missbräuche ex post spricht eindeutig für eine Ex-ante-Regulierung. Natürlich wird auch eine Ex-ante-Regulierung nicht frei von Fehlern sein. In den Märkten, in denen die Netzzugangsprobleme auf absehbare Zeit von zentraler Bedeutung für die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs in den nachgelagerten Märkten ist, fallen diese Fehler aber weniger ins Gewicht als die konstitutiven Schwächen der Ex-post-Missbrauchsaufsicht und die damit verbundenen Nachteile einer Ausdehnung bestehender Netzmonopole in die nachgelagerten Märkte. Insofern führt die vielfach verwendete Gegensatzbildung zwischen Liberalisierung und Regulierung in diesem Zusammenhang in die Irre. Dem Argument der politischen Beeinflussbarkeit der Regulierung trägt die Monopolkommission dadurch Rechnung, dass sie die Schaffung einer sektorübergreifenden Regulierungsinstanz fordert.

132.* Vorrangig zu einer Ex-ante-Regulierung des Netzzugangs ist bei der Bahn die Alternative einer eigentumsmäßigen vertikalen Separierung der wesentlichen Einrichtungen zu untersuchen. Ökonomisches Argument für diese im Vergleich zu einem regulierten Netzzugang weiter einschneidende Maßnahme ist es, dass eine vertikale Separierung der wesentlichen Einrichtungen prinzipiell zu einer Gleichbehandlung aller Netzzugangswünsche durch den Betreiber einer wesentlichen Einrichtung führen kann. In der Energiewirtschaft wäre eine vertikale Separierung der wesentlichen Einrichtungen aufgrund der erheblich weiter fortgeschrittenen Privatisierung und der anfallenden immensen Entschädigungszahlungen an die Aktionäre nicht praktikabel.

133.* Bei der Bahn sind drei Ebenen des Verkehrssystems zu unterscheiden: Infrastruktur mit den Bereichen Netz und Stationen einschließlich Energieversorgung, Leit- und Sicherheitstechnik, Zuständigkeit für Bau, Erhaltung und Unterhaltung (Ebene 1), Netzmanagement mit den Aufgaben der Vermarktung von Fahrplantrassen, der Erstellung des Soll-Fahrplans, der Fahrweg- und Zugsteuerung sowie des operativen Produktionsmanagements (Ebene 2), Eisenbahnverkehrsunternehmen zur kundenorientierten Durchführung der Transporte und der Transportsteuerung im Personen- und Güterverkehr (Ebene 3). Wesentliche Einrichtungen sind in der reinen Schieneninfrastruktur zu sehen, d.h. in den Gleisanlagen und korrespondierenden Bahnhöfen, Terminals und Rangiereinrichtungen einschließlich deren Betriebsführung. Weitere wesentliche Einrichtungen sind in der Zugüberwachung, der Leit- und Sicherheitstechnik, dem Bahnstromnetz sowie der Notfallhilfe zu identifizieren.

134.* Analysiert man die wettbewerbspolitischen Anforderungen einer vertikalen Separierung, so ist grundlegend festzustellen, dass allein die eigentumsmäßige Separierung der wesentlichen Einrichtungen in Form einer Netz AG unter Ausscheiden der Gesellschaft aus dem Konzernverbund der Deutschen Bahn AG eine zielführende Lösung zur Beseitigung von Diskriminierungsanreizen zwischen unterschiedlichen Nachfragern darstellt. Nur eine solche kann prinzipiell das vorhandene Diskriminierungspotential hinreichend beschränken und eine tatsächliche Gleichbehandlung aller Eisenbahnverkehrsunternehmen erreichen. Die Netz AG kann als eine privatrechtliche Infrastrukturgesellschaft organisiert werden. Ihre Aufgaben sind einerseits vom Staat, andererseits von den Eisenbahnverkehrsgesellschaften zu definieren. Das Problem der operativen

und strategischen Koordinierung zwischen der Netz AG und den Eisenbahnverkehrsunternehmen ist mit Hilfe eines Beteiligungsmodells zu lösen, bei dem die Verkehrsgesellschaften Stimmanteile an der Netz AG erhalten.

135.* Ausgeschlossen ist eine sachadäquate vertikale Separierung allerdings bei einer bereits vollzogenen Privatisierung der Netz AG. Zudem dürfte auch bei dem integrierten Unternehmen Deutsche Bahn AG eine nach der Privatisierung einsetzende Separierung kaum realisierbar sein. Insofern sind angesichts von Überlegungen der Deutschen Bahn AG hinsichtlich eines ersten Börsengangs baldige politische Entscheidungen gefordert, wenn nicht ein Entwicklungspfad beschritten werden soll, der gegenüber einer Separierungslösung relevante wettbewerbspolitische Nachteile aufweist und auf dem es kein Zurück geben dürfte.

136.* Allerdings kann in der Realität auch bei einer zügig einsetzenden Separierung der Netz AG nicht unbedingt von einer Gleichbehandlung aller Zugangspetenten ausgegangen werden. Da der Staat sich nicht so bald vollständig aus der Deutschen Bahn AG zurückziehen wird, ist eine Beeinflussung der Netz AG zugunsten des etablierten Staatsunternehmens und maßgeblichen Nachfragers von Netzdienstleistungen Deutsche Bahn AG nicht gerade unwahrscheinlich. Deshalb ist letztlich auch bei der Bahn ein regulierter Netzzugang erforderlich, der durch die branchenübergreifende Regulierungsbehörde für Netzsektoren durchzuführen ist. Die technische Regulierung sollte weiterhin beim Eisenbahnbundesamt verbleiben.

137.* Strom- und Gaswirtschaft können in die Wertschöpfungsstufen Erzeugung, Übertragung, Systemausgleich, Verteilung, Handel/Verkauf und Messung/Abrechnung unterteilt werden. Aktuell entfällt dabei der größere Teil der Einnahmen auf Netzbetrieb und Netzdienstleistungen. Wesentliche Einrichtungen in der Stromwirtschaft sind in der Transportfunktion der Netzbetreiber (Transport- und Verteilnetze) sowie in der Ausbalancierung von Einspeisung und Ausspeisung zu sehen, welche zentral wahrgenommen werden muss. Zugleich bedürfen Wettbewerber eines diskriminierungsfreien Zugangs zur Ausgleichsenergie und müssen die Möglichkeit haben, Bilanzkreisläufe zu bilden. Im Kleinkundenbereich sind Standardlastprofile anzuwenden, damit die Transaktionskosten der Konkurrenten nicht zu hoch ausfallen. Ähnlich gelagert ist die Netzzugangproblematik in der Gaswirtschaft. Auch hier scheidet eine Duplizierung der Transport- und Verteilnetze aus. Zentral durchzuführen ist der Gasdispatch. Ferner ist die Bildung von Bilanzkreisläufen und Standardlastprofilen einzufordern sowie ein diskriminierungsfreier Zugang zu Speicherkapazitäten und zum Qualitätsmanagement.

138.* Hinsichtlich der generellen Netzzugangskonzepte in der Strom- und Gaswirtschaft ist zu beachten, dass beide zu den sog. Nettonetzen gehören, d.h. es kommt nicht auf die Nämlichkeit des Produkts beim Einspeiser und Ausspeiser an. Deshalb ist bei der Stromwirtschaft in den Transport- und Verteilnetzen einem transaktionsunabhängigen Punktmodell der Vorzug zu geben. In der Gaswirtschaft ist ein Netzzugangsmodell zu realisieren, das auf den tatsächlichen physischen Transport und die relativen Knappheiten im Netz abstellt. Bei dem Zugang zu knappen Kapazitäten ist darauf zu achten, dass keine grundsätzliche Priorität der Eigennutzung gilt, sondern wettbewerbskonforme Rationierungsmechanismen Anwendung finden.

139.* In der Energiewirtschaft haben sich in den vergangenen Jahren mehr oder minder detaillierte Branchenvereinbarungen entwickelt, die sog. Verbändevereinbarungen (VV) Strom und

Gas. Die Verbändevereinbarungen stellen eine Selbstregulierung der Branche dar, bis dato ohne rechtlichen Charakter. Dieser Ansatz, „verhandelter Netzzugang“ genannt, hat im Strombereich zu einem – prima facie – wettbewerbskonform scheinenden Regelgeflecht geführt. Bislang unvereinbar mit einem funktionsfähigen Wettbewerb ist indes die Verbändevereinbarung Gas. Deshalb findet auch kein nennenswerter Gas-zu-Gas-Wettbewerb statt. Da zum 15. April 2002 die Unterbreitung einer neuen VV Gas scheiterte, hat der Bundeswirtschaftsminister angekündigt, eine spezifische Regulierungsbehörde für den Gasbereich zu Beginn des Jahres 2003 einzurichten, wenn die Verbände bis Ende Juli 2002 nicht zu einem angemessenen Verhandlungsergebnis kommen. „Überraschenderweise“ haben sich dann die Verbände drei Wochen später auf eine neue Verbändevereinbarung geeinigt, die vom Bundeswirtschaftsministerium nahezu umgehend akzeptiert worden ist, jedoch von den Wettbewerbern nicht als grundlegende Verbesserung der Netzzugangsbedingungen angesehen wird.

In der aktuellen Gesetzgebung ist einerseits die sofortige Vollziehbarkeit von Netzzugangsverfügungen gemäß § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB in der Energiewirtschaft als Regelfall vorgesehen; dies wird von der Monopolkommission begrüßt. Andererseits sollen die Verbändevereinbarungen Strom und Gas einschließlich der in ihnen enthaltenen Kalkulationsmaßstäbe als „gute fachliche Praxis“ anerkannt werden. Somit wird ein Weg der Verrechtlichung der Verbändevereinbarungen beschritten, der ohne explizite wettbewerbspolitische Prüfung der Vereinbarungen den Charakter einer Legalisierung von Kartellvereinbarungen trägt. Dies gilt insbesondere, da eine weitere Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) festlegen wird, dass neben der „guten fachlichen Praxis“ der Verbändevereinbarungen lediglich „im übrigen“ die Regelungen des § 19 Abs. 4 und § 20 Abs. 1 und 2 GWB unberührt bleiben sollen. Diese Änderung bedroht den Anwendungsspielraum des Kartellrechts massiv. So kann die Folge der Einschränkung „im übrigen“ sein, dass Gerichte zu der Auffassung gelangen, nahezu jede vertragliche Regelung, die mit den Verbändevereinbarungen in Einklang steht, sei der Missbrauchsaufsicht entzogen. Besonders bedenklich ist dies vor dem Hintergrund einer Verrechtlichung allgemeiner Kalkulationsmaßstäbe zur Preisfindung. Einer derartigen Interpretation widerspricht jedoch der unveränderte § 130 Abs. 3 GWB, der besagt, dass das EnWG der Anwendung der §§ 19, 20 GWB nicht entgegensteht. Ferner besagt die Anerkennung einer „guten fachlichen Praxis“ nicht, dass durch deren Befolgung die Missbrauchsmöglichkeiten der Netzbetreiber wirksam beschränkt werden. Deshalb kann das Bundeskartellamt weiterhin für den konkreten Einzelfall prüfen, ob einzelne Vertragsbestandteile missbräuchlich sind. Allerdings ist die pauschale Vermutung der Missbräuchlichkeit von Regeln der Verbändevereinbarungen ausgeschlossen. Dies ist speziell angesichts der weiterhin wenig wettbewerbskompatiblen Verbändevereinbarung Gas höchst bedenklich. Aus Sicht der Monopolkommission muss deshalb auch die Missbräuchlichkeit von Regeln der Verbändevereinbarungen prüfbar sein, sofern sie der Erdgasbinnenmarktrichtlinie bzw. der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie widersprechen. In diesen werden die Mitgliedstaaten der Europäischen Union ausdrücklich aufgefordert, Mechanismen zu schaffen, die den Bestimmungen des Art. 86 (jetzt Art. 82) EGV Rechnung tragen. Mithin sind auch „verrechtlichte“ Verbändevereinbarungen nicht einer Missbrauchskontrolle durch europäisches Recht entzogen.

140.* Nach Auffassung der Monopolkommission ist der Weg des „verhandelten Netzzugangs“ abzulehnen. In beiden energiewirtschaftlichen Branchen wäre einem regulierten Netzzugang eindeutig der Vorzug zu geben, umgesetzt durch eine allgemeine Regulierungsbehörde für Netz-

sektoren. Die Ablehnung des Konzepts des verhandelten Netzzugangs als geeignetes Lösungskonzept beruht darauf, dass dieser Ansatz auch trotz der vergleichsweise großen Anzahl von Netzbetreibern grundsätzlich nicht in der Lage ist, das Problem überhöhter Netzzugangspreise in einer adäquaten Weise zu lösen. Maßgeblich für diese Einschätzung ist der Umstand, dass diese Netze wirtschaftlich nicht duplizierbar sind. Die Vorstellung, dass diskriminierungsfreie Netzzugangspreise alleine aufgrund des intra-industriellen Ausgleichs entstehen, ist illusionär. Somit kann auch in der vielfältigen Marktstruktur der Energiewirtschaft das Vergleichsmarktkonzept bestenfalls als Ausgangspunkt für eine Missbrauchsaufsicht beim Netzzugang geeignet sein. Wie bereits ausgeführt, bietet auch die Verwendung internationaler Vergleichsdaten respektive interner Verrechnungspreise keine zufriedenstellende Lösung. Folglich ist eine Kostenprüfung unumgänglich; diese Auffassung hat sich inzwischen auch im Bundeskartellamt durchgesetzt. Eine solche Prüfung sollte nach Ansicht der Monopolkommission aber in eine generelle Ex-ante-Lösung à la Telekommunikationsregulierung münden, da sie in diesem Rahmen effektiver und mit besseren Ergebnissen verwirklicht werden kann.

141.* Der Vorteil einer Ex-ante-Regulierung liegt in eindeutigen und transparenten kostenorientierten Standards für die Netzzugangspreissetzung sowie einer schnelleren Durchsetzbarkeit der Netzzugangswünsche und somit in einer besseren Planbarkeit entsprechender Investitionen. Man kann dem ‚monopoly leveraging‘ folglich wirksamer und vor allem auch rechtzeitig begegnen. Hinzu kommt die Möglichkeit, den im Ausland verbreiteten Ansatz einer Anreizregulierung umzusetzen, welcher eine effiziente Preissetzung der Betreiber von wesentlichen Einrichtungen fördert. Dieser fortschrittliche Ansatz ist im Rahmen einer Missbrauchsaufsicht nicht realisierbar. Schließlich ist die Monopolkommission der Auffassung, dass sich aus einer Kosten-Nutzen-Betrachtung die Einrichtung einer Regulierungsinstitution eindeutig rechtfertigt.

142.* Eine Weiterentwicklung des verhandelten Netzzugangs ist nach Auffassung der Monopolkommission eindeutig nicht als bessere Alternative anzusehen, auch bei einer sofortigen Vollziehbarkeit von Entscheidungen nach § 19 Abs. 4 GWB in der Energiewirtschaft. Ihrer Ansicht nach sind im Rahmen der Missbrauchsaufsicht die staatlichen Möglichkeiten zum Wettbewerbschutz zu schwach ausgeprägt. Die vom Bundeskartellamt in Fällen der Energiewirtschaft geforderte Beweislastumkehr hinsichtlich der geforderten Entgelte und sonstigen Geschäftsbedingungen dürfte sich positiv auf die Verfahrensdauer auswirken. Jedoch sieht die Monopolkommission auch bei einer derart weiter verbesserten Ex-post-Kontrolle noch Nachteile gegenüber einer Ex-ante-Regulierung. Aus ihrer Sicht spricht die Stabilität sowie die wirtschaftspolitische Bedeutung der Netzzugangsprobleme vor dem Hintergrund der latenten Diskriminierungsanreize und den konstitutiven Schwächen der Missbrauchsaufsicht für eine ex ante durchzuführende Kontrolle. Über diese kann dem vorhandenen Missbrauchspotential umgehender begegnet werden, da von vornherein eine Prüfung der wesentlichen Netzzugangsbedingungen erfolgt.

143.* Allerdings sollte die Ex-ante-Regulierung auf die Bereiche beschränkt bleiben, wo die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs auf absehbare Zeit maßgeblich von den Zugangsbedingungen abhängt. Neben diesen Bereichen sollte die Missbrauchsaufsicht für die wesentlichen Einrichtungen weiterentwickelt werden, bei denen aus Kosten-Nutzen-Überlegungen, insbesondere auch im Hinblick auf den Einzelfallcharakter der Fälle, eine Ex-ante-Marktaufsicht ausscheidet. Hierunter fallen beispielsweise Entscheidungen des Netzzugangs zu Häfen, Müllsammelanlagen

tungen etc. Da dem Zeitfaktor bei der Nutzung von Netzen eine überragende Bedeutung zukommt, ist bei Reformüberlegungen zur Missbrauchsaufsicht primär an die sofortige Vollziehbarkeit von Entscheidungen der Wettbewerbsbehörden zu denken. Diese sollte in Fällen des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB zum Regelfall werden, von dem nur ausnahmsweise gemäß § 65 Abs. 3 GWB abgewichen werden kann.

144.* Ferner sind für derartige Konstellationen Verhandlungslösungen zu entwickeln, die den Kartellbehörden wie auch den Gerichten die Aufgabe erleichtern, die Netzzugangskonditionen festzulegen. Dafür bietet es sich in den Fällen von § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB auf der Ebene der Kartellbehörden und der ersten gerichtlichen Instanz an, die Spruchkörper um Entscheidungshelfer zu ergänzen, die das Vertrauen der Parteien bzw. der jeweiligen Marktseite haben. Das eingesessene und das Zugang suchende Unternehmen könnten beispielsweise jeweils einen Entscheidungshelfer nominieren, der einerseits den erforderlichen Sachverstand aus dem betreffenden Wirtschaftszweig mitbringt, andererseits als Teil des behördlichen oder gerichtlichen Spruchkörpers über die Ausgestaltung des Netznutzungsverhältnisses mitentscheidet. Die Einbeziehung des wirtschaftlichen Sachverstands in das Verfahren hätte zur Folge, dass bereits in diesem Stadium intensiv und sachkundig nach einem Vergleich gesucht wird.

145.* Hinsichtlich der Einheitlichkeit der Wettbewerbspolitik ist bei einer Umsetzung der Vorschläge der Monopolkommission die konkrete Zusammenarbeit zwischen einer allgemeinen Regulierungsbehörde für Netzsektoren und den Kartellbehörden zu klären. Hier kann grundsätzlich auf das in § 82 TKG verankerte Modell der Zusammenarbeit verwiesen werden. Demnach entscheidet die Regulierungsbehörde bei Fragen der Zusammenschaltung und der Entgeltregulierung, gibt jedoch zuvor dem Bundeskartellamt Gelegenheit zu einer Stellungnahme vor Verfahrensabschluss. Gemeinsame Entscheidungen sind zu treffen im Hinblick auf die Abgrenzung der relevanten Märkte und der Vergabe knapper Kapazitäten. Führt hingegen das Bundeskartellamt Verfahren wegen des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (§ 19 GWB) oder der Missachtung des Diskriminierungsverbotes und des Verbotes unbilliger Behinderung (§ 20 Abs. 1 und 2 GWB) durch, so gibt es seinerseits der Regulierungsbehörde Gelegenheit zu einer Stellungnahme. Ein derartiges Zusammenwirken könnte – gegebenenfalls auf Antrag der Regulierungsbehörde – auch bei entsprechenden Verfahren der Landeskartellbehörden erfolgen. Umgekehrt sollte bei Verfahren der Regulierungsbehörde mit reinem Länderbezug die Übertragung der Möglichkeit einer Stellungnahme vom Bundeskartellamt auf die zuständige Landeskartellbehörde möglich sein.

146.* Schließlich besteht vor dem Hintergrund der hier vorgetragenen Reformvorstellungen, aber auch aufgrund der Erfahrung mit der schon bestehenden sektorspezifischen Regulierung bei Telekommunikation und Post, ein Reformbedarf hinsichtlich der Verfahren der gerichtlichen Überprüfung von Entscheidungen. Derzeit wird bei Entscheidungen der Wettbewerbsbehörden und der Fachbehörden jeweils ein unterschiedlicher Instanzenzug verfolgt. Dieser führt bei kartellrechtlichen Entscheidungen vom Bundeskartellamt respektive dem örtlich zuständigen Landgericht über das Oberlandesgericht zum Kartellsenats des Bundesgerichtshofes. Bei fachbehördlichen Entscheidungen führt er von der Regulierungsbehörde zu den Verwaltungsgerichten und darüber hinaus zu den Oberverwaltungsgerichten und dem Bundesverwaltungsgericht. Dabei haben die beteiligten Gerichte und Behörden in materiellrechtlicher Hinsicht zum Teil diesel-

ben Vorschriften anzuwenden. Dieses Nebeneinander unterschiedlicher Instanzenwege birgt die Gefahr unterschiedlicher Auslegungen und somit höherer Rechtsunsicherheit. Deshalb sind die unterschiedlichen Instanzenzüge an irgendeiner Stelle wieder zusammenzufügen, damit allgemeinverbindliche Auslegungsdirektiven entstehen. Eine Lösung sollte sich nach Ansicht der Monopolkommission an dem bei In-Kraft-Treten des GWB gefundenen Vorbild orientieren, welches Beschwerde gegen kartellbehördliche Verfügungen den Oberlandesgerichten zugewiesen und damit den Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten eröffnet hat. Demnach sollte der Kartellsenat beim Bundesgerichtshof in letzter Instanz auch für Revisionen gegen Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte in Netzzugangssachen zuständig sein.