

MEHR WETTBEWERB AUCH IM DIENSTLEISTUNGSSEKTOR !

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

– 2004/2005 –

Kurzfassung

Sperrfrist: Frei ab Mittwoch, 5. Juli 2006, 14.30 Uhr

Inhaltsverzeichnis

Aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik.....	1*
• Zur Sachverhaltsermittlung der Monopolkommission im Ministererlaubnisverfahren	1*
• Wettbewerb und Regulierung in der Energiewirtschaft: Zur Reform des Energiewirtschaftsgesetzes.....	1*
• Voice over IP und Regulierung.....	3*
• Die Privatisierung der Flugsicherung.....	4*
• Zusammenschlusskontrolle und Medienaufsicht.....	6*
• Der Meisterzwang im Handwerk auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand.....	8*
• Anhaltende Defizite bei der Erfassung von Unternehmensgruppen.....	9*
I. Kontrollierte Unternehmensgruppen in den Beteiligungsnetzen deutscher Unternehmen.....	15*
II. Einfluss der Gruppenbildung der Unternehmen auf den Konzentrationsgrad im Produzierenden Gewerbe 2003.....	19*
III. Stand und Entwicklung der Konzentration von Großunternehmen (aggregierte Konzentration).....	21*
IV. Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen und Zusammenschlusskontrolle.....	26*
V. Wettbewerbsprobleme im Rundfunkbereich.....	40*
VI. Wettbewerbsprobleme bei Freien Berufen.....	45*

Aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik

◆ Zur Sachverhaltsermittlung der Monopolkommission im Ministererlaubnisverfahren

1.* Die Monopolkommission ist von Antragstellern in Ministererlaubnisverfahren kritisiert worden, weil sie ihren Gesprächspartnern in mündlichen Anhörungen oder schriftlichen Befragungen Vertraulichkeit zusichert und wahrt und ihre Sachverhaltsdarstellung gleichwohl auch auf derart gewonnene Äußerungen stützt. Die Monopolkommission hält diese Kritik für überzogen. Sie verfügt – anders als der Bundeswirtschaftsminister – nicht über sanktionsbewehrte Befugnisse zur Beweiserhebung und ist daher auf die freiwilligen Mitteilungen der von ihr Befragten angewiesen. Der Gesetzgeber trägt dem Rechnung, indem er den Mitgliedern und Mitarbeitern der Monopolkommission eine Verschwiegenheitspflicht für vertraulich gegebenen Informationen auferlegt. Die Antragsteller haben die Möglichkeit, Einwände gegen die in den Sondergutachten dargestellten Sachverhalte und vorgetragenen Meinungen vorbringen. Der Bundeswirtschaftsminister kann dies im Rahmen seiner Ermittlungsbefugnisse hinterfragen und sich ein eigenes Urteil bilden.

◆ Wettbewerb und Regulierung in der Energiewirtschaft: Zur Reform des Energiewirtschaftsgesetzes

2.* Am 7. Juli 2005 ist das Zweite Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsgesetzes in Kraft getreten, dessen Kern das grundsätzlich überarbeitete und erheblich ausgeweitete Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung bildet. Die wesentlichen materiellen Neuregelungen des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) betreffen die Umsetzung der Unbundling-Vorgaben der europäischen Elektrizitäts- und Gasrichtlinie sowie die Einführung des regulierten Netzzugangs in der Energiewirtschaft. Die Zuständigkeit für die Regulierungsaufsicht über die Netze in der Strom- und Gaswirtschaft wurde der Bundesnetzagentur übertragen.

3.* Die Einführung einer sektorspezifischen Regulierung im Bereich der leitungsgebundenen Energiewirtschaft wird von der Monopolkommission grundsätzlich begrüßt. Sie hat bereits in der Vergangenheit darauf hingewiesen, dass die stagnierende Wettbewerbsentwicklung in der Strom- und Gaswirtschaft maßgeblich auf den in vielerlei Hinsicht mangelhaften energiewirtschaftlichen Regulierungsrahmen zurückzuführen ist und die Einführung einer Ex-ante-Preisregulierung für die Leitungsnetze in der Strom- und Gaswirtschaft empfohlen. Nach Auffassung der Monopolkommission hat sich das Modell des verhandelten Netzzugangs in Verbindung mit der Missbrauchsaufsicht durch das Bundeskartellamt als unzureichend erwiesen, der mit den Netzmonopolen verbundenen Preishöhen- und Diskriminierungsproblematik angemessen Rechnung zu tragen.

4.* Mit der Novellierung des Energiewirtschaftsgesetzes wird auch in Deutschland der Übergang vom verhandelten zum regulierten Netzzugang vollzogen. Durch Einführung einer Ex-ante-Kontrolle der Netzentgelte verbessern sich nach Einschätzung der Monopolkommission im Grundsatz die regulatorischen Rahmenbedingungen für den Durchleitungswettbewerb in der Strom- und Gaswirtschaft. Inwiefern aber angesichts der auch erheblichen Schwächen des neuen energiewirtschaftlichen Regulierungsrahmens die Voraussetzungen für einen diskriminierungsfreien und wettbewerblich funktionsfähigen Durchleitungswettbewerb geschaffen werden, bleibt nach Ansicht der Monopolkommission abzuwarten.

5.* Problematisch im Hinblick auf eine wirkungsvolle Regulierung der Netzentgelte sind insbesondere die unklaren und zum Teil widersprüchlichen gesetzlichen Maßstäbe des Energiewirtschaftsgesetzes sowie der zugehörigen Rechtsverordnungen für die Kalkulation der Netz-

entgelte. Kosten- und anreizorientierte Entgeltmaßstäbe werden in § 21 EnWG unvermittelt nebeneinander gestellt, ohne dass aus dem Gesetzestext hinreichend klar hervorgeht, in welchem Verhältnis diese Maßstäbe zueinander stehen. Die damit verbundenen Rechtsunsicherheiten werden aller Erfahrung nach erst langwierig auf gerichtlichem Wege beseitigt werden können und ähnlich wie im Bereich der Telekommunikation oder der Post ein erhebliches Hindernis für die Wettbewerbsentwicklung darstellen.

6.* Für weiterhin unzureichend hält die Monopolkommission die Wettbewerbsaufsicht über die Stromgroßhandels- und Regelenergiemärkte. Die Notwendigkeit für eine spezielle Wettbewerbsaufsicht über die Stromgroßhandels- und Regelenergiemärkte ergibt sich aus der besonderen Anfälligkeit dieser Märkte für preisbeeinflussende Angebotsstrategien marktmächtiger Erzeugungsunternehmen. Mit den Instrumenten des allgemeinen Wettbewerbsrechts sind Marktmanipulationen durch Erzeugungsunternehmen auf den Stromgroßhandelsmärkten jedenfalls nicht in den Griff zu bekommen, da preisbeeinflussende Marktmacht auf den Stromgroßhandelsmärkten schon bei Marktanteilen vorliegen kann, die weit unterhalb der Vermutungsschwellen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für eine marktbeherrschende Stellung liegen. Eine spezielle Eingriffsnorm, die es der Bundesnetzagentur ermöglichen würde, bei Verdacht auf Marktmanipulationen das Verhalten der betroffenen Marktteilnehmer zu untersuchen und gegebenenfalls zu ahnden, ist im Energiewirtschaftsgesetz nicht enthalten. Dies ist ein angesichts der großen Bedeutung dieser Märkte und der internationalen Erfahrung mit ihrer Manipulationsanfälligkeit unverständliches Versäumnis des deutschen Gesetzgebers.

7.* Erhebliche Mängel weist der neue energiewirtschaftliche Regulierungsrahmen auch im Hinblick auf die Ausgestaltung des Netzzugangs im Gasbereich auf. Zwar wird grundsätzlich der Übergang zu einem transaktions- und entfernungsunabhängigen Netzzugangsmodell vollzogen, eine Verpflichtung zur netzeigentumsübergreifenden Ausdehnung des Entry-Exit-Modells enthält das Energiewirtschaftsgesetz jedoch nicht. Die kaum justiziablen Verpflichtungen der Gasnetzbetreiber, alle Kooperationsmöglichkeiten mit anderen Netzbetreibern auszuschöpfen, um die Zahl der Netze oder Teilnetze sowie die Bilanzzonen möglichst gering zu halten, ist nach Ansicht der Monopolkommission kaum geeignet, in kurzer Frist ein wettbewerbs- und massengeschäftstaugliches Netzzugangsmodell für den Gassektor zu etablieren.

8.* Schließlich wird sich nach Auffassung der Monopolkommission auch die Ausnahme der Ferngasnetze von der Kostenregulierung als problematisch für die Funktionsfähigkeit des Durchleitungswettbewerbs im Gasbereich erweisen. Die Annahme, dass im Bereich der Gasfernleitungsnetze funktionsfähiger aktueller oder potentieller Leitungswettbewerb herrscht, der eine sektorspezifische Kostenregulierung überflüssig macht, entbehrt nach Ansicht der Monopolkommission jeder Grundlage. Gasfernleitungsnetze sind ökonomisch aufgrund von erheblichen Größenvorteilen und versunkenen Kosten als nicht angreifbare natürliche Monopole zu charakterisieren. Potentieller Leitungswettbewerb kann daher keine disziplinierende Wirkung auf das Marktverhalten monopolistischer Ferngasnetzbetreiber ausüben. Der Aufbau eines zum bestehenden Leitungsnetz der übrigen Ferngasgesellschaften teilweise parallelen Leitungsnetzes durch die Wingas belegt nicht die These, dass im Gasfernleitungsbereich keine strukturellen Markteintrittsbarrieren bestehen. Der Aufbau einer Transportinfrastruktur durch die BASF-Tochter Wingas diente nicht dazu, anderen Ferngasgesellschaften Konkurrenz um Transportkunden zu machen, sondern konzerninternen Versorgungsinteressen der BASF. Abgesehen vom Fall der Wingas hat es in Deutschland seit der Liberalisierung der Gasmärkte keinen signifikanten parallelen Leitungsbau mehr gegeben. Auch der Stichleitungsbau stellt nur eine Randerscheinung dar. Um zu verhindern, dass der Durchleitungswettbewerb auf der Ebene der Gasfernleitungsnetze auch in Zukunft durch monopolistisch über-

höhte Netzentgelte behindert wird, spricht sich die Monopolkommission deshalb dafür aus, bei der Anwendung des § 3 Abs. 2 Satz 2 GasNEV strenge Prüfungsmaßstäbe anzulegen.

◆ Voice over IP und Regulierung

9.* Voice over Internet Protocol (Voice over IP, VoIP) gilt einerseits als Dienst mit einem erheblichen Wettbewerbspotential, der die Einführung neuer und innovativer Dienste stimulieren und die Kosten für Betreiber und Nutzer senken kann. Andererseits ist VoIP aber auch eine Bedrohung für die traditionellen Anbieter von Sprachkommunikation, weil damit Verbindungsvolumen aus dem herkömmlichen Netz abwandert und die damit generierten Erträge gefährdet werden. Es wird nicht zuletzt von den Rahmenbedingungen abhängen, ob die Internet-telefonie herkömmliche Festnetztelefonie ersetzen oder lediglich ergänzen wird. Die Monopolkommission greift daher die laufende ökonomische und rechtliche Diskussion auf und entwickelt erste Empfehlungen für die regulatorische Behandlung von VoIP.

Auch wenn VoIP kein gänzlich neuer Dienst ist, befindet er sich weiterhin in der Phase der Entwicklung. Gegenwärtig ist nicht absehbar, ob und welche Geschäftsmodelle nachhaltig existenzfähig sind. In dieser Situation spricht sich die Monopolkommission, wie die EU-Kommission und die Bundesnetzagentur, für eine zurückhaltende Regulierung von VoIP aus. Gleichwohl gibt es wettbewerbspolitische Probleme auf verschiedenen Ebenen.

10.* VoIP-Dienste können nur von Nutzern in Anspruch genommen werden, die über einen Breitbandanschluss für den schnellen Internetzugang verfügen. Breitbandanschlüsse auf der Grundlage der digitalen Anschlussleitung DSL werden in Deutschland gegenwärtig allerdings nur gekoppelt mit einem herkömmlichen Analog- oder ISDN-Anschluss angeboten. Die Monopolkommission teilt die Auffassung, dass es für die Erfolgsmöglichkeiten von VoIP maßgeblich darauf ankommt, dass die Nachfrager DSL-Anschlüsse entkoppelt nachfragen können. Ob eine solche Entkoppelung regulatorisch erzwungen werden kann, ist offen. Die Voraussetzung dafür ist, dass die bisherige Praxis der Koppelung missbräuchlich im Sinne des Telekommunikationsgesetzes (TKG) oder des allgemeinen Wettbewerbsrechts ist.

Wettbewerber können DSL-Anschlüsse bisher nur auf der Grundlage eigener Infrastrukturen oder der gemieteten Teilnehmeranschlussleitung isoliert von herkömmlichen Telefonanschlüssen anbieten. Eine Alternative dazu ist der so genannte Bitstrom-Zugang. Die Deutsche Telekom AG (DTAG) verfügt auf dem für das Angebot von VoIP-Dienste wesentliche Vorleistungsmarkt für den IP-basierten Bitstrom-Zugang nach den Feststellungen der Bundesnetzagentur über beträchtliche Marktmacht. Sie soll dazu verpflichtet werden, anderen Unternehmen den Bitstrom-Zugang diskriminierungsfrei zu gewähren. Die Entgelte für diese Vorleistung sollen der Genehmigungspflicht unterliegen. Die Monopolkommission begrüßt dies. Um zu vermeiden, dass es bei der Regulierung der Entgelte zu Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten der infrastrukturbasierten Anbieter herkömmlicher Festnetztelefonie kommt, sollten die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung für den Bitstrom-Zugang auch die Kosten für das Zugangsnetz beinhalten.

11.* Für Anbieter von VoIP, die ein echtes Substitut zur herkömmlichen Telefonie anbieten wollen, ist die Zusammenschaltung mit dem leitungsvermittelten Netz unverzichtbar. Ob und unter welchen Bedingungen VoIP-Anbieter Anspruch auf Zusammenschaltung haben, ist rechtlich nicht eindeutig. Die Monopolkommission spricht sich für eine Strategie der Reziprozität aus. Wer Zusammenschaltung in Anspruch nimmt, sollte auch selbst zur Zusammenschaltung bereit sein. Reziprozität sollte auch für die Bedingungen der Zusammenschaltung

gelten. Bei der Terminierung von Gesprächen aus dem leitungsvermittelten Netz in das Internet dürften an sich keine Terminierungsentgelte anfallen. Umgekehrt müssen die VoIP-Anbieter für die Terminierung von Gesprächen in das leitungsvermittelte Netz Terminierungsentgelte zahlen. In der Phase des Nebeneinanders von paket- und leitungsvermittelter Telefonie ginge das zu Lasten von VoIP und ist nach Auffassung der Monopolkommission zu vermeiden.

12.* Die Monopolkommission teilt die Auffassung der Bundesnetzagentur, dass VoIP-Dienste, die den Zugang zu dem leitungsvermittelten Telefonnetz zulassen, letztlich ein Substitut für herkömmliche Festnetztelefonie sind und insoweit den Märkten für öffentliche In- und Auslandsverbindungen an festen Standorten zuzurechnen sind. Die Regulierungsbehörde plant, die Entgelte für Inlandsverbindungen einschließlich der Entgelte für VoIP-Verbindungen der nachträglichen Regulierung zu unterstellen. Da nicht auszuschließen ist, dass die DTAG ihre weiterhin überragende Marktstellung im Festnetz auf das Marktsegment der VoIP-Dienste überträgt, soll die DTAG ihre Entgelte der Regulierungsbehörde darüber hinaus zwei Monate vor Inkrafttreten anzeigen.

13.* Die Monopolkommission ist wie die Bundesregierung und die Bundesnetzagentur der Auffassung, dass die Verpflichtung zur Bereitstellung der Notruffunktion nicht zu einer Marktzutrittsbarriere für VoIP werden darf. Gleichzeitig bleibt die Möglichkeit, unentgeltliche Notrufe mittels der einheitlichen europäischen Notrufnummer 112 auch im Rahmen der öffentlich zugänglichen Internettelefonie abzusetzen, unverzichtbar. Soweit es technisch noch nicht möglich ist, dass Notrufe im Rahmen von nomadisch genutztem VoIP zugleich Informationen zum Standort des Anrufers übermitteln, sollte darauf verzichtet werden.

◆ Die Privatisierung der Flugsicherung

14.* Am 7. April 2006 beschloss der Bundestag mit großer Mehrheit das Flugsicherungsgesetz (FSG), das eine Kapitalprivatisierung der Deutschen Flugsicherung GmbH (DFS) ermöglicht. Bislang wird der Luftverkehr über dem deutschen Raum von der bundeseigenen DFS koordiniert, so dass sie mit ihrem exklusiven Verfügungsrecht einem staatlichen Gebietsmonopolisten entspricht. Vor dem Hintergrund der Single-European-Sky (SES)-Initiative der Europäischen Union, welche langfristig die Schaffung eines einheitlichen europäischen Luftraums zum Ziel hat, soll die DFS nun mit der Kapitalprivatisierung die Möglichkeit erhalten, sich auf den Wettbewerb um Flugsicherungsdienste vorzubereiten. Insgesamt sollen 74,9 % der Anteile an private Unternehmen veräußert werden können. Der restliche Anteil von 25,1 % soll im Besitz des Bundes bleiben. Während in Zukunft eine Übernahme der operativen Aufgaben der Flugsicherung durch private Unternehmen vorgesehen ist, wird die Kontrolle dieser Tätigkeiten und die Regulierung der Gebühren von dem neu zu bildenden Bundesaufsichtsamt für Flugsicherung (BAF) wahrgenommen. Mit Schaffung des BAF zum 1. Juli 2006 und mit Inkrafttreten des FSG zum 1. Januar 2007 kann durch die Aufsichtsbehörde die Beleihung Privater mit Aufgaben der Flugsicherung erfolgen.

15.* Die Monopolkommission sieht die materielle Teilprivatisierung der Flugsicherung kritisch. Die Monopolkommission bezweifelt, dass der unternehmensinterne Steuerungsmechanismus und das (in dieser Form) beschlossene FSG ausreichen, um die Qualität einer privatisierten Flugsicherung garantieren zu können. Eine nicht hinreichende Durchsetzung und eine damit einhergehende mögliche Vernachlässigung von Sicherheits- und Qualitätsvorschriften, bedingt durch Kostensenkungen und ausbleibende Investitionen aufgrund des Gewinnstrebens privatwirtschaftlicher Akteure, hätten gravierende Folgen und sind daher unbedingt zu

vermeiden. Die Monopolkommission weist ausdrücklich darauf hin, dass die Erbringung von Flugsicherungsdiensten eine hoheitliche Aufgabe darstellt, bei der polizeiliche Funktionen wahrgenommen werden. Die Flugsicherung ist eine im öffentlichen Interesse liegende Dienstleistung, durch die sowohl die Nutzer des Luftverkehrs als auch die durch den Überflug von Luftverkehrsfahrzeugen betroffene Bevölkerung geschützt wird. Sie dient der Sicherheitsgewährleistung im Luftraum und stellt damit auch ein unverzichtbares Element für die Einsatzbereitschaft und Funktionsfähigkeit der Bundeswehr dar. Die Monopolkommission sieht daher die Notwendigkeit, die Umsetzung der Privatisierung der DFS entsprechend dem Stellenwert der Flugsicherung als „Luftverkehrspolizei“ vorzunehmen.

16.* Nach Ansicht der Monopolkommission ist es nur möglich, eine hinreichende Aufsicht und Kontrolle über einen beliebigen Träger auszuüben, wenn der Staat außer durch die neu zu gründende Aufsichtsbehörde auch als Gesellschafter über ein wirkungsvolles Einspruchsrecht verfügt. Der Bund bleibt nach der Kapitalprivatisierung nur noch mit 25,1 % der Anteile an der DFS beteiligt, so dass nicht von einer hinreichenden Einwirkungsmöglichkeit gesprochen werden kann. Der Einfluss des Bundes beschränkt sich mit der Minderheitsbeteiligung im Wesentlichen auf die Verhinderung einer möglichen Änderung des Gesellschaftszwecks einer privatisierten DFS. Zwar verfügt der Bund im Rahmen der Beleihung über bestimmte Sanktionsmechanismen bei einer nicht vertragsgemäßen Aufgabenerfüllung des Beliehenen, diese können aber, wenn überhaupt, nur mit einer erheblichen Zeitverzögerung angewendet werden. In letzter Konsequenz kann die Rückübertragung der Geschäftsanteile auf den Bund angeordnet werden, wenn eine erhebliche Pflichtverletzung auftritt. Ob dieses Drohpotential ausreicht, um eine privatisierte DFS zu disziplinieren, ist fraglich, da der Bund im Falle einer tatsächlichen Rückübertragung vor dem Problem steht, die Leistung entweder selbst oder von einem anderen Flugsicherungsunternehmen erbringen zu lassen. Die erste Möglichkeit ist mit erheblichen Personal- und Durchgriffskosten verbunden, selbst wenn die Bundeswehr die Aufgabe der zivilen Flugsicherung übernimmt. Bei der zweiten Möglichkeit steht man dagegen vor dem Problem, dass keine Wettbewerber im deutschen Luftraum existieren, die die Aufgabe übernehmen könnten. In jedem Fall kann eine vorübergehende Gefährdung der Luftraumnutzer und der Bevölkerung nicht ausgeschlossen werden.

17.* Weiterhin ergeben sich gerade durch die Schaffung und Besetzung sowie den erweiterten Aufgabenbereich des BAF und die nicht absehbare Entwicklung der Flugsicherung auf europäischer Ebene Probleme und Risiken bei der Umsetzung der Privatisierung. Hinsichtlich des politisch gewollten Zeitplans der Privatisierung ist es fraglich, ob eine verzögerungsfreie und komplikationslose Aufnahme der Tätigkeiten gewährleistet werden kann, da für die Umsetzung des Privatisierungsvorhabens umfangreiche Vorarbeiten erforderlich sind. Das BAF muss neu geschaffen und besetzt werden, es muss die Beleihung Dritter mit ATM-Diensten durchführen und die DFS zertifizieren, eine zielgerechte Anreizregulierung entwerfen und letztlich einen diskriminierungsfreien Zugang zur ATM-Technik für andere ATM-Dienstleister, z.B. an Regionalflughäfen, durchsetzen. Die an das BAF gestellten Anforderungen sind zweifelsohne hoch. Eine ausreichende Vorbereitung der Nutzer der Flugsicherung auf das neue System erscheint vor dem gewählten Zeitplan ebenfalls kaum möglich.

18.* Den Bedenken sollte bei der Durchführung der Privatisierung Rechnung getragen werden. Aus Sicht der Monopolkommission erscheint prinzipiell eine Klüblösung mit einer heterogenen Eigentümerstruktur für die zu privatisierende DFS vorteilhaft. Alle Aufgaben der Flugsicherung werden dabei von einem oder mehreren Unternehmen wahrgenommen, die von den Nutzern, also vor allem Fluggesellschaften und Flughäfen, kontrolliert werden. Bei dieser Lösung findet eine interne Kontrolle durch die Eigentümer statt. Dies entspricht hinsichtlich

der Neutralität der Flugsicherung dem Modell der bisherigen DFS, mit dem Unterschied, dass es mit der heterogenen Eigentümerstruktur zu einem zweckmäßigen Interessenausgleich im Sinne der Sicherheit und der Effizienz kommt. Aufgrund der obligatorischen Trennung operativer und regulativer Aufgaben durch das FSG bzw. der SES-Verordnungen und der damit verbundenen Bildung des BAF sowie der bestehenden Sicherheitsrisiken ist eine solche Klublösung aber nur eingeschränkt durchführbar.

19.* Nach Meinung der Monopolkommission können die Risiken bei der Umsetzung der Privatisierung nur minimiert werden, wenn der Bund zunächst weiterhin als Mehrheitseigner auftritt und so über hinreichende Einwirkungsmöglichkeiten verfügt und diese auch im operativen Geschäft wahrnimmt. Des Weiteren ist die Monopolkommission der Auffassung, dass eine heterogene Eigentümerstruktur zu wählen ist, die dem Stellenwert der Flugsicherung als einer im öffentlichen Interesse liegenden Dienstleistung hinreichend Rechnung trägt. Ein Alleinbetreibermodell ist abzulehnen, da es zu einer einseitigen Interessenlage führt, die besonders dann kritisch gesehen werden muss, wenn es sich um ein Unternehmen handelt, das in der Wertschöpfungskette des Luftverkehrssystems eine marktbedeutende Stellung einnimmt. Hier besteht die Gefahr, dass keine ausreichenden Sicherheitsvorkehrungen getroffen und Wettbewerber auf anderen Märkten missbräuchlich behindert werden.

20.* Eine Lösung könnte nach Ansicht der Monopolkommission in einem Stufenmodell bestehen. Danach bleibt der Bund zunächst Mehrheitseigner der DFS mit 50,1 % der Anteile. Weiterhin könnte der verbleibende Restanteil zu gleichen Anteilen an die verschiedenen Akteursgruppen des Flugverkehrssystems veräußert werden. So sollten die Flugverkehrsgesellschaften, Flughafenbetreiber und andere ausländische Flugsicherer sowie die Mitarbeiter an der DFS beteiligt werden. Durch die Abwägung gegenseitiger Interessen aller Beteiligten kann sichergestellt werden, dass es bei einer solchen Konsortiumslösung zu einer hinreichenden Sicherheitsgewährleistung, zu einem effizienten Einsatz von Ressourcen und zu ausgeprägten Innovationsbemühungen in allen Leistungsbereichen bei unveränderter wettbewerblicher Neutralität der Flugsicherung kommt. In einer zweiten Stufe sollte dann nach Ablauf der ersten Beleihungsperiode und den ersten Erfahrungen die Beteiligung des Bundes auf ihre Funktion hin überprüft werden. Bei einer erfolgreichen Etablierung des BAF im Zuge einer effektiven Anreizregulierung und der Gewährung eines diskriminierungsfreien Zugangs zur ATM-Infrastruktur kann die Beteiligung des Bundes auf das gesetzlich festgeschriebene Mindestmaß von 25,1 % reduziert werden. Im Zuge der zweiten Stufe könnten dann auch sonstige private Investoren über den Kapitalmarkt mit maximal 25,0 % der Anteile an der DFS beteiligt werden. Im Rahmen der Beleihung ist dabei sicherzustellen, dass die Eigentümer einer privatisierten DFS ihre Anteile nur an Akteure innerhalb derjenigen Nutzergruppe weiterveräußern dürfen, der sie selber zugehören. Ansonsten kann es durch den Eigentümerwechsel zu einer Verschiebung der Interessenlage kommen. Aus Sicht der Monopolkommission ist dieses zweistufige Verfahren hinsichtlich der Bedeutung der Flugsicherung für die Gewährleistung der inneren und äußeren Sicherheit notwendig und auch angemessen.

◆ **Zusammenschlusskontrolle und Medienaufsicht**

21.* Im Sommer 2005 wurde bekannt, dass die Axel Springer AG und die ProSiebenSat.1 Media AG zusammengeführt werden sollen. Dieses Vorhaben war nach deutschem Wettbewerbsrecht (GWB) vom Bundeskartellamt und nach den Bestimmungen des deutschen Rundfunkstaatsvertrags (RStV) von der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) und eventuell der Konferenz der Direktoren der Landesmedienanstalten (KDLM) zu beurteilen. Die KEK soll nach den Regelungen des RStV die Meinungsvielfalt im

Medienbereich sichern. Sie musste die Fusion mit der Zielsetzung der Verhinderung „vorherrschender Meinungsmacht“ beurteilen. Die Beurteilungsmaßstäbe ergeben sich aus § 26 Abs. 2 RStV. Im Januar 2006 stellte die KEK fest, dass die Beteiligten im Falle des Zusammenschlusses vorherrschende Meinungsmacht erlangten, und verweigerte daher die Bestätigung der Unbedenklichkeit.

22.* Grundsätzlich ist die Monopolkommission der Auffassung, dass bei der Kontrolle der Konzentration im Medienbereich keine konkrete Würdigung des Meinungsflusses und der vorherrschenden Meinungsmacht im Einzelfall vorgenommen werden sollte. Diese Einschätzung beruht auf dem Umstand, dass vorherrschende Meinungsmacht kein definierter Tatbestand ist und sich tatbestandlich auch keinesfalls konkretisieren lässt. Daher ist dem Verbot der abstrakten Gefährdung der Meinungsvielfalt durch Erreichen eines Zuschaueranteils von mehr als 30 % in § 26 Abs. 2 Satz 1 RStV der Vorrang einzuräumen. Die Handhabung dieser Regelung bietet zweifellos mehr Rechtssicherheit und schützt eher vor behördlicher Willkür als jeder Versuch, den Begriff der vorherrschenden Meinungsmacht unmittelbar anzuwenden. Soweit ein Medienunternehmen mit seinen Fernsehsendern lediglich die Schwelle von 25 %, nicht aber die von 30 % Zuschaueranteil erreicht, sollte vorrangig § 26 Abs. 2 Satz 2, 1. Alternative RStV unter Berücksichtigung der Marktbeherrschungsvermutungen des GWB zur Anwendung kommen.

23.* Folgt man der konkreten Begründung der KEK im Fall Springer/ProSiebenSat.1, dann hätte ein Medienunternehmen mit einem summierten Zuschaueranteilsäquivalent von 42 % vorherrschende Meinungsmacht, obwohl die öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter nach den Ermittlungen der KEK einen höheren Zuschaueranteil (45,6 %) erreichen. Von einer vorherrschenden Meinungsmacht kann nach Auffassung der Monopolkommission aber nur gesprochen werden, wenn diese Meinungsmacht auch unter Einbeziehung der öffentlich-rechtlichen Fernsehprogramme als vorherrschend anzusehen ist.

24.* Die Überprüfung mehrerer hypothetischer Fälle zeigt, dass die zugrunde gelegte Berechnungsmethode der KEK zur Bestimmung der Zuschaueranteilsäquivalente nicht haltbar ist. Durch die Methode der KEK würde die Axel Springer AG sogar schon durch den Erwerb irgendeines defizitären Spartenkanals mit einem Zuschaueranteil von unter 1 % die Eingriffsschwelle des § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV von 25 % überschreiten. Mit anderen Worten ist ein kontrollfreier Erwerb von Rundfunk- und Fernsehsendern für die Axel Springer AG in Deutschland gar nicht mehr möglich. Hier stellt sich die Frage, ob die Vorschrift von § 26 RStV, die zum Schutz der Meinungsvielfalt im Rundfunk- und Fernsehbereich bestimmt ist, nicht zweckentfremdet zur Disziplinierung anderer Mediensektoren verwendet wird, für die der Gesetzgeber gerade keine speziellen Rechtsnormen zur Vielfaltsicherung erlassen hat, sondern das Spiel der Marktkräfte für ausreichend hält.

25.* Den Berechnungsmethoden der KEK muss man auch entgegenhalten, dass sie bei entsprechend hohen Marktanteilen einzelner Zusammenschlussbeteiligter auf mehreren Medienmärkten zu Werten führen können, die bei 100 % oder noch darüber liegen. Damit wird eine Meinungsmacht suggeriert, mit der die tatsächliche Bedeutung vieler Medien weit übertrieben wird. Darüber hinaus spielen andere Medien wie Bücher, deren meinungsbildendes Potential traditionell als sehr hoch eingestuft wird, in der Methode der KEK gar keine Rolle.

26.* Die Monopolkommission sieht ihre Bedenken bestätigt, die sie im Juli 2005 in einer Stellungnahme an die KEK zur Auslegung und Anwendung von § 26 Abs. 2 RStV geäußert hat. Es bleibt festzuhalten, dass der Versuch, den über verschiedene Medien ausgeübten Einfluss auf die Meinungsbildung quantitativ zu messen, als gescheitert angesehen werden muss.

◆ Der Meisterzwang im Handwerk auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand

27.* Mit seinem Beschluss vom 5. Dezember 2005 hat das Bundesverfassungsgericht (3. Kammer des Ersten Senats) über den zu entscheidenden Fall hinausgehend grundsätzliche Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der bis 2003 geltenden Regelungen zum Meisterzwang geäußert. Die bestehende Verwaltungspraxis bei der Zulassung von selbständigen Handwerkern läuft seit Jahren konträr zu den Maßgaben der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Es besteht freilich die Gefahr, dass sich an der in Teilen rechtswidrigen Praxis nichts ändern wird.

28.* Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat in seinem grundlegenden Beschluss vom 17. Juli 1961 ausgeführt, dass die in der HwO angelegte Beschränkung der freien Berufswahl hinzunehmen ist, solange die Notwendigkeiten des Gemeinwohls und die Freiheitsbeschränkungen des Bürgers im ausgewogenen Verhältnis stehen. Insofern darf in der Verwaltungspraxis von der Möglichkeit der Erteilung einer Ausnahmegewilligung zur Zulassung selbständiger Handwerksausübung ohne Meisterbrief „nicht engherzig Gebrauch“ gemacht werden. Die Novellen der HwO von 1994 und 1998 haben insoweit keine Öffnung des Marktzugangs bewirkt und auch nicht beabsichtigt. Die sog. „Leipziger Beschlüsse“ von Bund und Ländern vom 21. November 2000 bezweckten, die Anerkennung von Ausnahmefällen in allen Ländern durch einen möglichst einheitlichen und großzügigen Vollzug der HwO zu gewährleisten und Existenzgründungen zu erleichtern. Die „Leipziger Beschlüsse“ stellten keine Änderung der Rechtslage dar, sondern folgten lediglich den höchstrichterlichen Leitlinien aus verschiedenen Urteilen, bei der Erteilung von Ausnahmegewilligungen großzügig (und damit verfassungskonform) zu verfahren. Die Novelle der HwO von 2004 bezweckte, den Marktzugang im zulassungspflichtigen Handwerk zu verbessern. Unter anderem wurde der Meisterzwang von 94 auf nunmehr 41 Handwerke reduziert und die Zulassung ohne Meisterbrief für Altgesellen sowie für Ingenieure, Hochschulabsolventen und staatlich geprüfte Techniker erleichtert. Die Gesetzesbegründung stellte – anders als bei der 1953 eingeführten Regelung – nur noch auf die Gefahrengeneignetheit und die Ausbildungsleistung in bestimmten Handwerken als Zulassungsschranke im Handwerk ab. Damit waren die Fragen nach Reichweite und Zulässigkeit einer Beschränkung des Berufszugangs im Handwerk wieder offen.

29.* Mit dem Beschluss des BVerfG vom 5. Dezember 2005 wurde der Beschwerde eines Handwerkers gegen einen Bußgeldbescheid wegen unerlaubten Betriebens des Zimmerer- und Dachdeckerhandwerks stattgegeben. Die Begründung des BVerfG ging deutlich über das für den Fall erforderliche Mindestmaß hinaus. Das Gericht äußerte mit Blick auf die Veränderung der wirtschaftlichen und rechtlichen Umstände Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Meisterpflicht nach dem bis 2003 geltenden Recht. Die wachsende Konkurrenz aus dem EU-Ausland lasse daran zweifeln, ob der Große Befähigungsnachweis zur Qualitätssicherung der Handwerksleistung noch geeignet und der hohe zeitliche und finanzielle Aufwand, den die Meisterprüfung erfordere, zumutbar sei. Auch im Hinblick auf das Ziel der Ausbildungssicherung wurden Zweifel an der Erforderlichkeit geäußert, die sich auf die Neuregelung des Handwerksrechts seit Anfang 2004 stützen.

30.* Der Beschluss vom 5. Dezember 2005 macht deutlich, dass das BVerfG den Meisterzwang eigentlich für verfassungswidrig hält. Die Konsequenz daraus wäre die Abschaffung der Meisterpflicht, wie dies von mehreren Seiten (darunter auch von der Monopolkommission) seit langem gefordert wird. Ansonsten ist ohne Änderung der Handwerksordnung eine Fortsetzung der bisherigen Praxis zu erwarten, nach welcher Ausnahmegewilligungen restriktiv gehandhabt und Handwerker ohne Meisterbrief unter dem Druck rigider „Schwarzarbeiter-

verfolgung“ ihrer etablierten Konkurrenten mit Hilfe von Handwerkskammern und Kreishandwerkerschaften vom Marktzutritt ferngehalten werden.

31.* Derzeitige Überlegungen der Hessischen Landesregierung lassen jedoch eher befürchten, dass die Entwicklung in die entgegengesetzte Richtung gehen könnte. Nach einem Gesetzesantrag des Landes Hessen soll den Handwerkskammern mit dem geänderten § 124 b HwO auch die Kompetenz zur Durchführung von Gewerbeuntersagungsverfahren nach § 16 Abs. 3 HwO übertragen werden. Damit würde die Konkurrenz durch Nicht-Meister im zulassungspflichtigen Gewerbe voraussichtlich noch effektiver unterbunden.

32.* Die Monopolkommission spricht sich weiterhin für eine gänzliche Abschaffung des Meisterzwangs als Voraussetzung für den Marktzugang im Handwerk aus. Die Verhältnisse im Handwerksgewerbe rechtfertigen keine wirtschaftliche Sonderstellung und damit auch keine rechtlichen Ausnahmen innerhalb der Gewerbeordnung. Auch die Gefahreneigtheit in einzelnen Handwerken sowie die Ausbildungssicherung liefern keine hinreichende Begründung für eine Regulierung des Marktzutritts im Handwerk. Es spricht nach Auffassung der Monopolkommission jedoch nichts dagegen, die Meisterprüfung auf freiwilliger Basis als Qualitätssignal für die Öffentlichkeit und den handwerklichen Wettbewerb zuzulassen.

◆ **Anhaltende Defizite bei der Erfassung von Unternehmensgruppen**

Entscheidungs- und Handlungsbedarf der Wirtschaftspolitik

33.* Wirtschafts- und wettbewerbspolitische Analysen und Entscheidungen können sich nicht auf die besonderen Umstände von Einzelfällen beschränken. Sie haben auch den allgemeinen strukturellen Rahmen einzubeziehen. Hierzu gehören die Größenstrukturen der Unternehmen in den relevanten Märkten, die Diversifizierung der Unternehmen in verschiedene Märkte und ihre teils wechselseitigen Verflechtungen zu komplexen wirtschaftlichen Entscheidungseinheiten. Eine fundierte empirische Datenbasis über die zunehmenden und die nationalen Grenzen überschreitenden Verflechtungen der Unternehmen und Märkte ist unverzichtbar. Ohne deren Berücksichtigung würde nicht nur der Zusammenschlusskontrolle im Einzelfall, sondern einer rationalen Wirtschafts- und Wettbewerbspolitik allgemein der Realitätsbezug fehlen.

In diesem Zusammenhang hat die Monopolkommission nach § 44 Abs. 1 GWB den Auftrag, den Stand und die absehbare Entwicklung der Unternehmenskonzentration darzustellen und zu beurteilen. Sie ist zur Erfüllung dieses Auftrags auf die Zuarbeit der amtlichen Statistik angewiesen. Der Gesetzgeber hat in § 47 Abs. 1 GWB das Statistische Bundesamt hierzu besonders verpflichtet. Die Zusammenarbeit zwischen Statistischem Bundesamt und Monopolkommission unterliegt jedoch weiterhin erheblichen – jedoch vermeidbaren – empirischen und rechtlichen Einschränkungen. Zu ihrer Überwindung besteht politischer Entscheidungs- und Handlungsbedarf.

34.* Die Verflechtungen von Unternehmen zu komplexen Beteiligungsnetzen und deren teils wechselseitige Verknüpfung zu weitreichenden Netzwerken sind ein konstitutives strukturelles Element der Wirtschaft. Nach den Erkenntnissen der Monopolkommission sind Ende 2003 von den 3,3 Mio. handelsgerichtlich erfassten deutschen Unternehmen über 1 Mio. Tochtergesellschaften. Ihre überwiegende Mehrheit unterliegt einer beherrschenden Kontrolle, die vielfach über mehrere Beteiligungsstufen und -ketten ausgeübt wird. Unter den rund 50.000 Unternehmen des Produzierenden Gewerbes mit 20 und mehr Beschäftigten gehören über die Hälfte kontrollierten Gruppen an, die über 80 % aller Umsätze auf sich vereinigen. Bereits

dieser allgemeine empirische Befund indiziert ein vielfach begründetes nationales und europäisches öffentliches Interesse an aussagekräftigen Informationen über die Verflechtungen der Wirtschaft.

Konzeptionelle Defizite der amtlichen deutschen Wirtschaftsstatistik

35.* Unbeschadet des öffentlichen Informationsbedarfs in Bezug auf Unternehmensverflechtungen, Kontrollbeziehungen und Unternehmensgruppen besteht in der amtlichen deutschen Wirtschaftsstatistik ein anhaltendes Defizit. Dies mag verschiedene methodische, administrative oder technische Gründe haben; sie rechtfertigen es jedoch nicht.

Der traditionelle Unternehmensbegriff der amtlichen Statistik ist auf die jeweils kleinsten rechtlich Einheiten beschränkt. Nach diesem Konzept haben die strukturellen Verbindungen von Unternehmen zu Konzernen, Handelsketten, Verbänden, Unternehmensgruppen oder sonstige Formen komplexer wirtschaftlicher Entscheidungseinheiten keine Bedeutung. Dementsprechend werden auch rechtlich verselbständigte, wirtschaftlich aber unselbständige Unternehmensteile – Grundstücks-, Beschäftigungs- oder Verwaltungsgesellschaften – als eigenständige Unternehmen behandelt.

36.* Das Statistische Bundesamt hat erst seit kurzem mit dem Aufbau einer eigenen Datenbasis über Unternehmensgruppen begonnen, um den zu erwartenden europarechtlichen Verpflichtungen zu genügen. Das Ziel einer zum Erwerb der Daten durchgeführten Ausschreibung wurde jedoch verfehlt: Die vom Statistischen Bundesamt erworbene Datenquelle umfasst lediglich 251.540, d.h. nur etwa die Hälfte der gegenwärtig tatsächlich verfügbaren Angaben über 535.798 gruppenzugehörige Unternehmen. Das Statistische Bundesamt hat jedoch – entgegen den Empfehlungen der Monopolkommission – auf eine weitgehende Vollständigkeit oder Repräsentanz der Datenbasis verzichtet.

37.* Mit den von der Monopolkommission und den vom Statistischen Bundesamt zusätzlich erworbenen Daten sind nahezu lückenlose Angaben für über mehr als eine halbe Million gruppenzugehörige Unternehmen und über 150.000 Unternehmensgruppen in Deutschland zum Stand Ende 2003 vorhanden. Zur Verknüpfung der statistikexternen Angaben über gruppenzugehörige Unternehmen mit den statistikinternen Angaben steht das amtliche Unternehmensregister mit über 3 Mio. Einheiten zur Verfügung.

Die danach umfassend verfügbaren statistikexternen und -internen Datenquellen werden von der amtlichen Statistik jedoch nur zu einem geringen Bruchteil für den gesetzlichen Auftrag der Monopolkommission genutzt. Zum vorliegenden Hauptgutachten wurden aus dem Produzierenden Gewerbe lediglich rund 24.000 gruppenzugehörige Unternehmen, d.h. weniger als 4,5 % der insgesamt 535.798 gruppenzugehörigen Unternehmen einbezogen. Von diesen wurden nur rund 7.500 Unternehmen – mithin 1,4 %, d.h. wenig mehr als ein Hundertstel – konzentrationsstatistisch aufbereitet.

Da dieser geringe Anteil bereits in einer erheblichen Anzahl von Wirtschaftsbereichen einen signifikanten Anstieg des Konzentrationsgrades – teilweise bis zum Dreifachen – bewirkt, ist zu erwarten, dass der tatsächliche Einfluss der Gruppenbildung der Unternehmen auf den Stand und die Entwicklung der Konzentration in der Wirtschaft in zahlreichen Wirtschaftsbereichen erheblich höher ist. Dies indizieren bereits die von der Monopolkommission ausgewerteten Fallzahlen über alle Bereiche der Wirtschaft. Danach entfallen nahezu die Hälfte aller gruppenzugehörigen Unternehmen auf den Dienstleistungsbereich und 22 % auf die Bereiche Handel und Verkehr. Umso schwerer wiegt, dass Gruppenbildung der Unternehmen gerade in diesen Bereichen von der amtlichen Statistik nicht berücksichtigt wird.

38.* Neben der eingeschränkten Breite und Repräsentanz der amtlichen Datenbasis bestehen Zweifel an der Belastbarkeit der einzelner Angaben. Zu verschiedenen großen und gesamtwirtschaftlich bedeutenden Wirtschaftsbereichen – z.B. dem Ernährungsgewerbe, dem Fahrzeugbau oder der Mineralölverarbeitung – weichen die der Monopolkommission vorliegenden Angaben erheblich von denen des Statistischen Bundesamtes ab. Es genügt nicht, wenn sich die amtliche Statistik auf den bloßen Ankauf von Angaben über verflochtene Unternehmen und zudem nur auf eine einzelne kommerzielle Datenquelle beschränkt und die Validierung und Qualifizierung der Angaben vernachlässigt. Hierzu gehört auch ein Instrumentarium, die statistikexternen und -internen Datenquellen eindeutig und zuverlässig miteinander zu verbinden.

39.* Zusammenfassend kann aus Sicht der Monopolkommission von einer gesicherten und konsistenten Datenbasis der amtlichen Statistik über die Verflechtungen, Kontrollbeziehungen und Gruppenbildungen deutscher Unternehmen noch nicht gesprochen werden. Dies betrifft den Umfang, den Gegenstand und die Zuverlässigkeit der Angaben. Angesichts der nach wie vor bestehenden Unsicherheiten der empirischen Datenbasis sieht sich die Monopolkommission weiterhin nicht in der Lage, hieraus eindeutige Schlussfolgerungen und konkrete wettbewerbspolitische Empfehlungen abzuleiten. Für die amtliche deutsche Statistik und die für sie rechts- und fachaufsichtlich verantwortlichen Stellen besteht weiterhin Handlungsbedarf.

Differenzen in der Zusammenarbeit von Monopolkommission und Statistischem Bundesamt bei der Anwendung von § 47 GWB

40.* Bei der Vorbereitung des Fünfzehnten Hauptgutachtens der Monopolkommission war es über Art und Umfang der gesetzlichen Verpflichtung des Statistischen Bundesamtes nach § 47 GWB zu Differenzen gekommen. Insbesondere wurden statistische Aufbereitungen für die Monopolkommission abgelehnt, zu denen bereits nach allgemeinen statistikrechtlichen Vorschriften eine Verpflichtung besteht. Das Bundesamt machte dies von einem uneingeschränkten lizenzrechtlichen Zugang zu den von der Monopolkommission verwendeten Verflechtungsdaten privater Anbieter und damit einer Verletzung ihrer Geschäftsgeheimnisse abhängig. Die Monopolkommission hat aus diesen Gründen das empirisch und methodisch grundlegende Kapitel I des Fünfzehnten Hauptgutachtens zur wettbewerbspolitischen Bedeutung der Struktur von Beteiligungsnetzen und der Gruppenbildung der Unternehmen nicht erstellen können.

41.* Für das vorliegende Hauptgutachten beabsichtigte das Statistische Bundesamt ursprünglich, wesentliche Teile des gesetzlichen Auftrags der Monopolkommission zur Konzentrationsberichterstattung selbst zu übernehmen. Die Monopolkommission hat dem aus rechtlichen, rechtspolitischen und fachlichen Gründen entschieden widersprochen. Das Statistische Bundesamt kann nach geltendem Recht mit der Monopolkommission nicht förmlich vereinbaren, die gesetzlichen Zuständigkeitsregelungen in den §§ 44, 47 GWB zu unterlaufen, den Auftrag der Monopolkommission zur Konzentrationsberichterstattung an sich zu ziehen, das methodische Konzept an allgemeinen statistischen Zwecken zu orientieren, die erforderliche Datenbasis zu reduzieren und den Berichtskreis auf einzelne Wirtschaftsbereiche zu beschränken. Zudem reicht die fachliche Kompetenz des Statistischen Bundesamtes nicht aus, empirische Analysen unter ordnungs- und wettbewerbspolitischen Gesichtspunkten durchzuführen, die Ergebnisse zu bewerten und hieraus Empfehlungen an Regierung und Gesetzgeber abzuleiten.

42.* Um eine Wiederholung früherer Differenzen bei der Vorbereitung des vorliegenden Sechzehnten Hauptgutachtens zu vermeiden, hat die Monopolkommission den Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit sowie den Bundesminister des Innern um Unterstützung gebeten. Die auch gegenüber den zuständigen Ressorts gegebenen Zusagen des Statistischen Bundesamtes wurden jedoch bei der Vorbereitung des Sechzehnten Hauptgutachtens in wesentlichen Punkten nicht eingehalten. Sie betreffen vor allem den fehlenden Abschluss einer Verwaltungsvereinbarung über das gemeinsame konzeptionelle und operative Vorgehen, den Umfang und die Qualität der vom Statistischen Bundesamt für die Monopolkommission beschafften Angaben zu den Verflechtungsnetzen der Unternehmen sowie die Einhaltung der zur Erstellung des vorliegenden Hauptgutachtens gegebenen Termine.

Vorschlag der Monopolkommission zur Konkretisierung von § 47 GWB

43.* Die Bundesregierung erwartet von der Monopolkommission, die Gruppenbildung der Unternehmen für eine aussagekräftige Konzentrationsberichterstattung als empirische Grundlage der Wirtschaftspolitik zu berücksichtigen und im nunmehr vorliegenden Hauptgutachten eine eingehende Untersuchung der Konzentrationsentwicklung zumindest in wichtigen Teilbereichen der Wirtschaft vorzunehmen.

Der Deutsche Bundestag hatte die Monopolkommission und das Statistische Bundesamt bereits im Jahr 2000 gebeten, aufgrund der Ergebnisse, die mit der Auslegung und Anwendung der neuen Regelung des § 47 GWB gewonnenen Erfahrungen erzielt wurden, Vorschläge für eine gegebenenfalls erforderliche Verbesserung oder Erweiterung der Regelung vorzulegen. Hierzu verfügt die Monopolkommission seit Verabschiedung der novellierten Vorschrift über hinreichende Erfahrungen und Ergebnisse aus drei auf dieser Basis erstellten Hauptgutachten.

44.* Die vom Statistischen Bundesamt geübte Verwaltungspraxis zur Anwendung von § 47 GWB hat sich nicht bewährt. Sachzwänge wurden nicht rechtzeitig erkannt und notwendige Vorentscheidungen nicht getroffen. Die Beschaffung der Angaben über gruppenzugehörige Unternehmen ist verspätet und nicht im erforderlichen Umfang erfolgt, verbindliche Vereinbarungen zur Sicherheit, Integrität und Zweckbindungen der von der Monopolkommission den statistischen Ämtern des Bundes und der Länder zur Verfügung gestellten Daten fehlen. Die vom Statistischen Bundesamt anzuwendenden Kriterien zur Kalkulation der der Monopolkommission zuzurechnenden Kosten einer effizienten Leistungserstellung sind nicht bekannt. Die Aufgaben der unter Beteiligung der Monopolkommission gebildeten Bund-Länder-Arbeitsgruppe zur Anwendung von § 47 GWB sind nicht näher definiert. Das notwendige Einvernehmen mit der Monopolkommission in methodisch und inhaltlichen Fragen der Konzentrationsberichterstattung wurde nicht immer hergestellt.

45.* Die Monopolkommission ist der Auffassung, dass die Verknüpfung von Einzelangaben grundsätzlich sensibler amtlicher und privater Datenbestände aus rechtsstaatlichen Gründen eine gesetzliche Regelung verlange. Die Kommission hat gegenüber dem Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit, dem Bundesministerium des Innern, dem Statistischen Bundesamt sowie in ihrem letzten Hauptgutachten die Notwendigkeit dargelegt, die Anwendung von § 47 Abs. 1 GWB in einem zusätzlichen Absatz 1a zu konkretisieren.

Vorschlag der Monopolkommission zu Ergänzung von § 47 GWB**§ 47 Abs. 1a GWB (neu)**

- Satz 1: Zur Erfüllung der gemeinsamen Aufgabe nach Absatz 1 Satz 1 bis 3, Unternehmensgruppen bei der Begutachtung der Unternehmenskonzentration durch die Monopolkommission nach § 44 Abs. 1 zu berücksichtigen, arbeiten die Monopolkommission und die statistischen Ämter des Bundes und der Länder einvernehmlich zusammen.
- Satz 2: Sie schaffen jeweils in ihrem Zuständigkeitsbereich die Voraussetzungen, die insbesondere für die Zuordnung der Einzelangaben der amtlichen Statistik über Unternehmen und der Angaben der Monopolkommission zur Gruppenzugehörigkeit dieser Unternehmen nach Absatz 1 Satz 1 bis 3 erforderlich sind.
- Satz 3: Das Statistische Bundesamt informiert die Monopolkommission über diejenigen Unternehmen, die in die statistischen Aufbereitungen der amtlichen Statistik für die Monopolkommission unter Berücksichtigung der Gruppenbildung einbezogen werden. Hierzu gehören alle Informationen, die für eine sachlich und zeitlich adäquate, technisch zuverlässige und effiziente Zuordnung der Angaben der amtlichen Statistik mit den Angaben der Monopolkommission erforderlich sind.
- Satz 4: Die Monopolkommission und die statistischen Ämter des Bundes und der Länder regeln in einer Verwaltungsvereinbarung Näheres über
- die Aufgabenverteilung,
 - die Aufwands- und Finanzierungsplanung,
 - die Grundsätze einer auftragsbezogenen Kostenkalkulation,
 - den erforderlichen Informationsaustausch für eine zuverlässige Zuordnung der statistikexternen und -internen Datensätze,
 - die Sicherung der Qualität der empirischen Ergebnisse,
 - Maßnahmen zur Wahrung des Datengeheimnisses, der Zweckbindungen und Integrität der Daten sowie
 - eine gegebenenfalls erforderliche Vergabe von Aufträgen an andere Stellen.

Erläuterung der Sätze 1 bis 4

1. Neben dem Statistischen Bundesamt sind die statistischen Ämter der Länder bei der Anwendung des Gesetzes einzubeziehen, soweit diese für die Erhebung der erforderlichen Daten und die Führung des Unternehmensregisters zuständig sind.
Im Rahmen ihres gesetzlichen Auftrags wird die Unabhängigkeit der beteiligten Institutionen durch das Gebot der Einvernehmlichkeit gewahrt.
2. Auf der Grundlage des Subsidiaritätsprinzips obliegt es den beteiligten Institutionen des Bundes und der Länder, die tatsächlichen Voraussetzungen zur Anwendung des Gesetzes zu schaffen.
3. Der sparsame Einsatz öffentlicher Mittel gebietet es, dass das Statistische Bundesamt der Monopolkommission mitteilt, für welche Unternehmen es Angaben zur Gruppenzugehörigkeit benötigt.
Ohne diese Mitteilung hatte die Monopolkommission bisher die rund zehnfache Anzahl der gruppenzugehörigen Unternehmen zu ermitteln, die von der amtlichen Statistik tatsächlich berücksichtigt wurden.
4. Der Aufgabenbereich und die wesentlichen Gegenstände der Zusammenarbeit zwischen Monopolkommission und Statistischem Bundesamt werden gesetzlich bestimmt. Näheres ist zwischen beiden Institutionen verbindlich zu vereinbaren.

Die vorgeschlagene Regelung hat sich inhaltlich und praktisch im Rahmen der bislang weitgehend freiwilligen Zusammenarbeit der beteiligten Institutionen bewährt. Ihr fehlt eine verbindliche Rechtsgrundlage und die notwendige Planungssicherheit. Denkbar wäre auch, die Konkretisierung zur Auslegung und Anwendung von § 47 Abs. 1 GWB im Rahmen einer gesetzlichen Verordnungsermächtigung zu treffen und von dieser auch tatsächlich Gebrauch zu machen.

Forschungsdatenzentrum: Neue Formen der informations- und datentechnischen Zusammenarbeit zwischen Monopolkommission und Statistischem Bundesamt

46.* Die administrativen und empirischen Restriktionen im Bereich des Statistischen Bundesamtes haben die Erfüllung des gesetzlichen Auftrags der Monopolkommission konzeptionell eingeschränkt. In diesem Rahmen war jedoch die fachliche Zusammenarbeit mit den Mitarbeitern auf der Arbeitsebene der Fachreferate und des Forschungsdatenzentrums des Statistischen Bundesamtes fachlich kompetent, effizient und engagiert. Entsprechendes gilt für die Vertreter der statistischen Landesämter in der zur Anwendung von §§ 44, 47 GWB gebildeten gemeinsamen Bund-Länder-Arbeitsgruppe.

47.* Ein wesentlicher Fortschritt in der Zusammenarbeit von Monopolkommission und Statistischem Bundesamt ist die erstmalige Nutzung des dortigen Forschungsdatenzentrums. Diese Zusammenarbeit hat es der Monopolkommission ermöglicht, wesentliche Teile der konzentrationstatistischen Teile des vorliegenden Hauptgutachtens zu erstellen. Damit wird sowohl die Methodenautonomie der Monopolkommission als auch das Statistikgeheimnis amtlicher Einzelangaben gewahrt. Sollte sich dieses Verfahren in der Zukunft bewähren, wären wesentliche Fragen der operativen Zusammenarbeit ausgeräumt. Die bestehenden administrativen und empirischen Einschränkungen sind jedoch noch zu überwinden.

Allerdings hat der erst Anfang des Jahres eröffnete Zugang es nicht mehr erlaubt, die für dieses Hauptgutachten vorbereiteten Daten und Auswertungsprogramme vollständig zu nutzen. Die der Monopolkommission verbleibende Zeit reicht nur für eine knappe Präsentation der wesentlichen Fakten, nicht aber für eine vertiefte fachliche Interpretation, Bewertung und Formulierung konkreter wettbewerbspolitischer Schlussfolgerungen aus.

Erfassung multinationaler Unternehmensgruppen: Fortentwicklung des europäischen Rechts

48.* Das Statistische Amt der Europäischen Gemeinschaften (Eurostat) bereitet seit längerem eine Novellierung der EU-UnternehmensregisterVO Nr. 2186/93 vom 22. Juli 1993 vor. Im vorliegenden Zusammenhang ist wesentlich, dass die seit 1993 bestehende fakultative Berücksichtigung von Unternehmensgruppen den nationalen statistischen Ämtern verbindlich vorgeschrieben werden soll.

Mit der Schaffung des Gemeinsamen Marktes sollte der Aufbau eines europäischen Systems der Wirtschaftsstatistik verbunden werden, um für die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft über international vergleichbare und aggregierbare Angaben verfügen zu können. In seinen Erwägungsgründen bezeichnete der Europäische Rat die Erfassung von Unternehmensgruppen in den Registern der nationalen statistischen Ämter als ein unentbehrliches Instrument zur Beobachtung struktureller Veränderungen der Wirtschaft, die auf Maßnahmen wie Vereinigung, Teilhaberschaft, Aufkauf, Fusion und Übernahme zurückzuführen sind.

Auch die deutsche Bundesregierung begründete ihre Unterstützung dieses europäischen Vorhabens gegenüber dem Bundesrat damit, dass Informationen über die Struktur der Unternehmen und Unternehmensgruppen, insbesondere über Fusions-, Übernahme- oder Verschmelzungsmaßnahmen zur Verfügung stehen müssen.

Mit der nach europäischem Recht zunächst fakultativen europäischen Regelung sollte den Mitgliedstaaten Gelegenheit gegeben werden, die zwischen Unternehmen bestehenden Kontrollbeziehungen insbesondere in Gestalt von Beteiligungsnetzen und Unternehmensgruppen zu erfassen. Deutschland hat diese Option jedoch lange Zeit nicht genutzt und das amtliche statistische System nicht entsprechend modernisiert.

49.* Nachdem die statistische Infrastruktur in den europäischen Mitgliedstaaten einer obligatorischen Erfassung von Unternehmensgruppen nicht länger im Wege stand, hat das Statistische Amt der Europäischen Gemeinschaften die Initiative für eine entsprechende Novellierung der EG-UnternehmensregisterVO ergriffen. Der Monopolkommission wurde hierzu der Auftrag erteilt, die methodischen, informations- und datentechnischen Voraussetzungen für ein solches System darzulegen. Die Endfassung des Gutachtens liegt seit Anfang 2005 vor.

Unter der österreichischen Präsidentschaft wurden die Beratungen über den Vorschlag der Europäischen Kommission zur Novellierung der EG-UnternehmensregisterVO im Europäischen Rat abgeschlossen und dem Europäischen Parlament zur Beschlussfassung vorgelegt. Die Vorlage wurde Ende April 2006 eingebracht, seit Anfang Mai in den zuständigen Ausschüssen diskutiert und soll im Sommer 2006 in der Plenarsitzung des Europäischen Parlaments beraten werden.

50.* Für die gesetzliche Aufgabenstellung der Monopolkommission bietet die beabsichtigte Novellierung des europäischen Rechts den Vorteil, dass das deutsche Statistikrecht auf dem Gebiet der Erfassung der Verflechtungsnetze und der Gruppenbildungen der Unternehmen einen verbindlichen rechtlichen Rahmen erhält, der Aufgabenbereich der amtlichen deutschen Statistik entsprechend erweitert wird und die Ergebnisse der Konzentrationsberichterstattung der Monopolkommission in einen multinationalen Kontext gestellt werden können.

I. Kontrollierte Unternehmensgruppen in den Beteiligungsnetzen deutscher Unternehmen

Konzeptionelle und empirische Grundlagen

51.* Die Monopolkommission präsentiert mit dem vorliegenden Hauptgutachten erstmals eine umfassende Datenbasis, die für das Berichtsjahr 2003 sämtliche verfügbaren Angaben zur Kapitalverflechtung deutscher Unternehmen umfasst. Der Datenbasis liegen zwei Quellen zugrunde: die von der Monopolkommission ermittelten Angaben des Anbieters VVC – Verband der Vereine Creditreform e.V. – sowie die vom Statistischen Bundesamt in erster Linie für eigene Zwecke erworbenen Angaben des Anbieters BvD – Bureau van Dijk Electronic Publishing GmbH. Allerdings reichen die vom Bundesamt erworbenen Daten nach Umfang und Struktur für die gesetzliche Aufgabenstellung der Monopolkommission nicht aus.

Auf der auf den Berichtszeitpunkt Ende 2003 bezogenen Datenbasis hat die Monopolkommission 535.798 gruppenzugehörige Unternehmen ermittelt, die – je nach der Art der Aufbereitung der Verflechtungsangaben – zwischen rund 166.000 und 174.000 ultimativen Eignern bzw. Unternehmensgruppen zugeordnet sind.

52.* Die Datenbasis erlaubt es, diejenigen Unternehmen zu einer Gruppe zusammenfassen, die gegebenenfalls über mehrere Beteiligungsstufen und -ketten von einem ultimativen, d.h. obersten Eigner kontrolliert werden. Dies dient dem Erkenntnisziel, die tatsächlichen wirtschaftlichen Entscheidungseinheiten zu identifizieren. Sie bestimmen die Größenstrukturen und die Konzentration in der Wirtschaft. Die Monopolkommission ist seit langem damit be-

fasst, diesen Sachverhalt im Rahmen ihrer gesetzlichen Konzentrationsberichterstattung zu berücksichtigen.

53.* Beide Datenquellen wurden alternativ zu einer umfassenden Datenbasis verbunden. Die Quellen weisen bezogen auf 181.272 gruppenzugehörige Unternehmen eine gemeinsame Schnittmenge auf. Da die dort enthaltenen Unternehmen jedoch in einer Vielzahl von Fällen jeweils unterschiedlichen Unternehmensgruppen zugeordnet sind, wurden beide Quellen insofern alternativ verwendet. Die übrigen 274.758 (69.969) Unternehmen, die in der Datenquelle VVC (BvD) jeweils zusätzlich enthalten sind, wurden integriert.

Auf der Basis der Datenquelle VVC bestehen 466.029 gruppenzugehörige Unternehmen in 146.074 Gruppen, nach der Datenquelle BvD 251.042 Unternehmen in 79.621 Gruppen. Die gemeinsame Schnittmenge der Unternehmensgruppen bzw. der ultimativen Eigner beträgt 8.490. Das bedeutet, dass beide Datenquellen nicht ohne weiteres zu einer einheitlichen Datenbasis konsistent zu verbinden sind.

54.* Die unterschiedlichen, d.h. lückenhaften und teilweise widersprüchlichen Angaben zur Gruppenzugehörigkeit der Unternehmen nach den Datenquellen VVC und BvD können nur in jedem Einzelfall geklärt und korrigiert werden. Dies war der Monopolkommission angesichts der großen Anzahl der Fälle jedoch bereits aus zeitlichen Gründen nicht möglich.

Stichprobenweise wurden die im Deutschen Aktienindex (DAX) erfassten umsatzstärksten deutschen Unternehmen untersucht. Die Unternehmen des DAX umfassen über 80 % des Grundkapitals der inländischen börsennotierten Gesellschaften. Auf ihre weitreichenden Verflechtungsnetze entfallen Ende 2003 insgesamt 33.833 Unternehmen mit 39.510 Beteiligungen. Angesichts dieser Größenordnungen allein für die Unternehmen des DAX müssen Lücken und Inkonsistenzen einer möglichst alle deutschen Unternehmen umfassenden Datenbasis erheblichen Einfluss auf die Erfassung der Konzentration in der Wirtschaft haben. Das Ergebnis der Untersuchung zeigt für die DAX-30-Unternehmen je nach der verwendeten Datenquelle ein unterschiedliches Bild.

Zusammenfassend kann gegenwärtig von einer einheitlichen, umfassenden und gesicherten Datenbasis der amtlichen Statistik über die kontrollierenden Verflechtungen deutscher Unternehmen noch nicht gesprochen werden. Allerdings sind die bereits bekannten Beteiligungsnetze so umfassend und weitreichend, dass deren systematische Berücksichtigung im Interesse einer rationalen und empirisch fundierten Wirtschafts- und Wettbewerbspolitik nicht vernachlässigt werden kann und weiterer Aufklärung bedarf.

55.* Die Monopolkommission hat die den verfügbaren Datenquellen entnommenen Einzelangaben über die Kapitalbeteiligungen der Unternehmen zu Beteiligungsnetzen verbunden, diese nach kontrollierenden Beteiligungen strukturiert, zu jedem kontrollierten Unternehmen den ultimativen Eigner ermittelt und dementsprechend die einzelnen Unternehmen zu Gruppen zusammengefasst. Komplexe Verflechtungsrechnungen können in Analogie zur Input-Output-Analyse durchgeführt werden.

Wirtschafts- und wettbewerbspolitische Bedeutung von Unternehmensgruppen

56.* Das genuine Erkenntnisinteresse der Monopolkommission an der Berücksichtigung von Unternehmensgruppen ist darauf gerichtet, die Konzentrationsberichterstattung auf die tatsächlichen wirtschaftlichen Entscheidungseinheiten unabhängig von deren Rechtsform oder sonstigen formalen Merkmalen zu stützen. Dies bedeutet, den Einfluss der Gruppenbildung der Unternehmen in den Wirtschaftsbereichen empirisch zu erfassen und bei der Ermittlung der Größenstrukturen und der Bestimmung des Konzentrationsgrades zu berücksichtigen.

Hierfür reicht die Ermittlung des Mengengerüsts der gruppenzugehörigen Unternehmen und deren Gruppen allein nicht aus. Die jeweiligen Fallzahlen sind mit dem Umsatz oder der Anzahl der Beschäftigten ökonomisch zu gewichten.

Weitgehend zuverlässige und präzise Angaben zum Umsatz nach Art und Höhe, der daraus abgeleiteten Zuordnung zu einem Wirtschaftsbereich, der Anzahl der Beschäftigten oder sonstige Angaben über einzelne Unternehmen liegen nur im Rahmen der amtlichen Unternehmensstatistik vor. Die Monopolkommission ist daher – wie es der Gesetzgeber aus diesem Grund vorgesehen hat – auf die Zusammenarbeit mit den statistischen Ämtern des Bundes und der Länder angewiesen.

57.* Das wesentliche konzeptionelle Problem in Zusammenarbeit mit der amtlichen Statistik, Unternehmensgruppen konzentrationsstatistisch zu berücksichtigen, besteht darin, dass die notwendigen Angaben über Umsatz und Beschäftigte nur für das Produzierende Gewerbe auf der Grundlage amtlicher Erhebungen vorliegen. Das seit Ende der neunziger Jahre im Aufbau begriffene amtliche Unternehmensregister, das über 3 Mio. Einheiten in allen Wirtschaftsbereichen erfassen soll, ist insoweit noch nicht einsatzfähig.

58.* Die Monopolkommission ist aufgrund der Restriktionen der amtlichen Statistik auf die Berücksichtigung von Unternehmensgruppen in ausgewählten Bereichen des Produzierenden Gewerbes beschränkt. Dies hat zur Konsequenz, dass es nur für einem Bruchteil der Grundgesamtheit – 7.556 (1,4 %) von insgesamt 535.798 gruppenzugehörigen Unternehmen – möglich ist, zumindest zwei und mehr Mitglieder der tatsächlich bestehenden Unternehmensgruppen als eine ökonomische Einheit zu erfassen. In den Fällen, in denen Unternehmensgruppen über den Bereich des Produzierenden Gewerbes hinaus diversifizieren, sind dort nur Teilgruppen nachweisbar, die zudem in der Mehrzahl der Fälle nur aus einem einzigen Mitglied bestehen. Darüber hinaus bleiben gruppenzugehörige Unternehmen mit weniger als 20 Beschäftigten unberücksichtigt, weil sie die Erfassungsgrenze amtlicher Erhebungen bei den Unternehmen des Produzierenden Gewerbes nicht erreichen.

Die Struktur gruppenzugehöriger deutscher Unternehmen nach Wirtschaftsbereichen und Bundesländern, nach der Kontrolle durch staatliche Stellen und ausländische ultimative Eigner

59.* Die Monopolkommission hat das Mengengerüst der gruppenzugehörigen Unternehmen nach verschiedenen grundlegenden Merkmalen strukturiert und die Ergebnisse tabellarisch zusammengefasst.

Die Auswertungen zum Anteil der gruppenzugehörigen Unternehmen in einem Bundesland, deren ultimative Eigner ihren Sitz im gleichen Bundesland haben, bezogen auf alle gruppenzugehörigen Unternehmen, zeigt die besondere Position der neuen Bundesländer, die sich deutlich von den alten Bundesländern unterscheidet: Die gruppenzugehörigen Unternehmen in den neuen Bundesländern werden zum größten Teil durch ultimative Eigner kontrolliert, die ihren Sitz in den alten Bundesländern haben. Umgekehrt überschreiten die gruppenzugehörigen Unternehmen von ultimativen Eignern in den neuen Bundesländern nur in wenigen Fällen die jeweilige Landesgrenze.

60.* Der von der Monopolkommission ermittelte empirische Befund enthält zusammenfassend einige bemerkenswerte Fakten:

- Die überwiegende Mehrheit der Tochtergesellschaften (70,2 %) wird mehrheitlich kontrolliert. Das spricht dafür, dass die Kapitelbeteiligungen an Unternehmen überwiegend strukturelle Bedeutung haben. Nahezu die Hälfte (49,0 %) aller kontrollierten Tochtergesellschaften gehören einer Unternehmensgruppe mit zwei und mehr Mitgliedern an. In etwa

einem Viertel der Fälle ist der ultimative Eigner selbst ein Unternehmen. Die mittlere Gruppengröße beträgt zwei bis drei Mitglieder, variiert aber innerhalb eines weiten Bereichs, in einzelnen Fällen bis zu über 1.000 Mitglieder.

- Die Integration der beiden verfügbaren Datenbestände VVC und BvD führt bei alternativer Verwendung der gemeinsamen Schnittmenge in zusammengefasster Form zu vergleichbaren Ergebnissen. Ein unmittelbarer Vergleich der Datenbestände deckt jedoch verschiedene und teilweise erhebliche Widersprüche auf. Dies zeigt insbesondere ein Vergleich der Ergebnisse für die DAX-30-Unternehmen. Die Einordnung der Unternehmen als ultimativer Eigner und die ihnen zugeordneten Unternehmensgruppen sind nach Größe, Zusammensetzung und Struktur nicht kongruent.
- Die Anzahl gruppenzugehöriger Unternehmen, die nur mit einem Mitglied einem Wirtschaftsbereich zugeordnet werden können, ist – im Unterschied zu den Ergebnissen für die von der amtlichen Statistik ausgewählten Bereiche des Produzierenden Gewerbes – bei einer alle Wirtschaftsbereiche und Größenklassen umfassenden Datenbasis sehr gering. Der Schwerpunkt der Gruppenbildung liegt gemessen an der Anzahl der Unternehmen im Dienstleistungsbereich (42,9 %), gefolgt von den Bereichen Handel und Verkehr (19,4 %) und vom Produzierenden Gewerbe (17,2 %). Die ausschließliche Beschränkung der amtlichen Statistik auf diesen Bereich ist daher wenig repräsentativ.
- Unter den Bundesländern konzentrieren sich die gruppenzugehörigen Unternehmen etwa zur Hälfte auf Nordrhein-Westfalen, Bayern und Baden-Württemberg. Dies gilt weitgehend für alle Wirtschaftsbereiche.

Besonders bemerkenswert ist, dass der Anteil der gruppenzugehörigen Unternehmen in den neuen Bundesländern, deren jeweiliger ultimativer Eigner im gleichen Bundesland seinen Sitz hat, sehr gering ist, d.h. die Mehrheit der kontrollierenden Eigner hat seinen Sitz in den alten Bundesländern. Diese Tendenz ist auch im Produzierenden Gewerbe deutlich ausgeprägt.

- 8.018 Unternehmen werden durch Gebietskörperschaften auf der Ebene des Bundes, der Länder oder der Gemeinden sowie durch sonstige staatliche Stellen kontrolliert. Auf der Ebene des Bundes befinden sich viele Unternehmen aus dem Bereich der ehemaligen Treuhandanstalt. Die Hälfte (49,8 %) der staatlich kontrollierten Unternehmen entfällt auf den Dienstleistungsbereich, nicht unerhebliche Teile auf Handel und Verkehr (15,6 %), aber mit 897 oder 11,2 % auch auf das Verarbeitende Gewerbe. In diesem Bereich hat die amtliche Statistik keine gruppenzugehörigen Unternehmen festgestellt.
- 30.097 oder 5,65 % der gruppenzugehörigen deutsche Unternehmen werden von ausländischen ultimativen Eignern kontrolliert. Höhe und Entwicklung des Anteils indizieren den internationalen Wirtschaftsstandort Deutschlands. Der Anteil der aus dem Ausland kontrollierten Unternehmen konzentriert sich etwa zur Hälfte (48,6 %) auf die USA, die Niederlande und die Schweiz. Die mittlere Gruppengröße beträgt 3,8 Unternehmen. Sie liegt damit über dem mittleren Wert von drei Unternehmen der Gruppen mit deutschen ultimativen Eignern.

Das nach verschiedenen Gesichtspunkten aufzubereitende Mengengerüst der Unternehmensgruppen erhält erst dann sein besonderes ökonomisches Gewicht, wenn die Fallzahlen mit dem Umsatz oder der Anzahl der Beschäftigten gewichtet werden können. Dies war aber aufgrund der dargestellten Restriktionen des amtlichen statistischen Systems nur für wenige Wirtschaftsbereiche möglich.

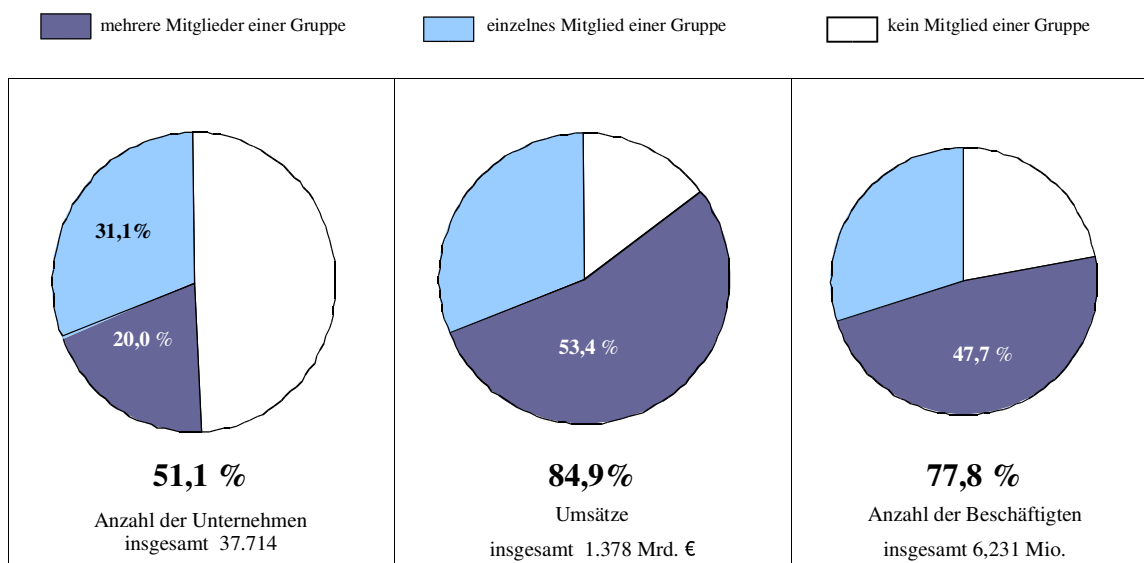
II. Einfluss der Gruppenbildung auf den Konzentrationsgrad im Produzierenden Gewerbe 2003

61.* Die Monopolkommission hat auf der Basis der ihr zur Verfügung stehenden Angaben über 525.798 gruppenzugehörige Unternehmen ausgewählte Bereiche des Produzierenden Gewerbe näher untersucht. Hierzu gehören der Bergbau, die Gewinnung von Steinen und Erden sowie das Verarbeitende Gewerbe mit 37.714 rechtlich selbständigen Unternehmen, die 20 und mehr Beschäftigte besitzen. Die Angaben für das Baugewerbe mit weiteren 14.203 Unternehmen konnte aus Zeitgründen in diese Untersuchung nicht mehr einbezogen werden.

62.* Von den insgesamt 37.714 Unternehmen des Produzierenden Gewerbes gehören mit 51,1 % über die Hälfte jeweils einer Unternehmensgruppe an. Hierbei handelt es sich überwiegend um größere Unternehmen. Der Anteil der gruppenzugehörigen Unternehmen am Umsatz beträgt 84,9 % und an der Anzahl der Beschäftigten 77,8 %. Die hohen Anteilswerte unter den größeren Unternehmen belegen den hohen Grad der Kapitalverflechtungen im Produzierenden Gewerbe.

Anteil von 17.295 gruppenzugehörigen Unternehmen am Umsatz, an den Beschäftigten und an der Anzahl von 37.714 Unternehmen des Produzierenden Gewerbes

– Deutschland Ende 2003 –



Datenquellen:

Auswertungen der Angaben über 466.029 gruppenzugehörige Unternehmen der Quelle VVC sowie des Überhangs der Angaben über 69.769 Angaben aus der Quelle BvD

¹ Verband der Vereine Creditreform e.V. (VVC), Neuss. Erfassung der Beteiligungsnetze und Ermittlung der Gruppenzugehörigkeit der Unternehmen, Dr. Jens Kammerath, Königswinter

² Bureau van Dijk Electronic Publishing GmbH (BvD), Frankfurt am Main. Erfassung der Beteiligungsnetze und Ermittlung der Gruppenzugehörigkeit der Unternehmen

³ Statistisches Bundesamt, Fachgruppe IV A, M. Krenzer (Bearb.)

Anmerkungen:

Auf der Datenbasis von insgesamt 535.798 gruppenzugehörigen Unternehmen in allen Wirtschaftsbereichen haben 19.287 Unternehmen mit 20 und mehr Beschäftigten ihren wirtschaftlichen Schwerpunkt in den Abschnitten C und D des Produzierenden Gewerbes. Von diesen Unternehmen gehören lediglich 7.556 Unternehmen 2.587 Gruppen mit zwei und mehr Mitgliedern an. Werden diese Unternehmen zu jeweils einer Gruppe zusammengefasst reduziert sich Anzahl um 4.696 Unternehmen auf 32.745 wirtschaftlichen Einheiten (Unternehmen und Unternehmensgruppen). Auch bei den gruppierten Unternehmen handelt es sich vielfach um Teilgruppen, deren übrige Mitglieder weniger als 20 Beschäftigte besitzen oder einer diversifizierenden Unternehmensgruppe angehören, deren Mitgliedern ihren wirtschaftlichen in anderen Wirtschaftsbereichen haben.

Es ist zu erwarten, dass die Anteile der gruppenzugehörigen Unternehmen insbesondere im Handel, Verkehr und im Dienstleistungsbereich entsprechend hoch oder noch höher sind, da rund zwei Drittel der gruppenzugehörigen Unternehmen dort ihren wirtschaftlichen Schwerpunkt haben. So ist allgemein bekannt, dass der Umsatzanteil der zehn größten Anbietergruppen am Lebensmitteleinzelhandel über 80 % beträgt.

63.* Den ermittelten über 19.000 gruppenzugehörigen Unternehmen in den untersuchten Bereichen des Produzierenden Gewerbes gehören rund 15.000 Unternehmensgruppen mit zwei und mehr Unternehmen an. Diese haben ihren wirtschaftlichen Schwerpunkt jedoch nicht ausschließlich im Produzierenden Gewerbe, sondern diversifizieren in alle Bereiche der Wirtschaft. Zudem werden von der amtlichen Statistik Unternehmen mit weniger als 20 Beschäftigten nicht erfasst. Die Anzahl der Unternehmen, die zumindest als Teilgruppen mit zwei und mehr Unternehmen mit jeweils ab 20 Beschäftigten dem Produzierenden Gewerbe angehören, beträgt 7.556.

Trotz dieser relativ geringen Anzahl der einbezogenen gruppenzugehörigen Unternehmen steigt der absolute Konzentrationsgrad in zahlreichen Wirtschaftsbereichen teilweise bis zum Zwei- bis Dreifachen an. Hierzu gehören z.B. die Herstellung von Backwaren (266,4 %), die Herstellung von Transportbeton (261,7 %) oder der Steinkohlenbergbau (213,8 %). Bei einem vollständigeren Einbezug auch der gruppenzugehörigen Unternehmen mit weniger als 20 Beschäftigten dürfte der Anstieg noch höher sein.

64.* Die Mehrzahl der Unternehmensgruppen aus der Aufbereitung der Datenquelle VVC (65,7 %) wird direkt mehrheitlich kontrolliert, rund 30 % durch indirekte Mehrheitsbeteiligungen. Kontrollierende Kontrollbeziehungen über mehrere Beteiligungsketten oder im Wege einer Minderheit sind zahlenmäßig gering. Unter den Rechtsformen der gruppenzugehörigen Unternehmen dominieren (94,7 %) die GmbH und GmbH & Co. KG. Dem entspricht auch die Zusammensetzung der Unternehmensgruppen nach der Rechtsform ihrer Mitglieder. Innerhalb des Produzierenden Gewerbes besteht die größte Anzahl der Unternehmensgruppen im Maschinenbau (969), in der Herstellung von Metallerteugnissen (682) sowie im Verlags- und Druckgewerbe (611).

65.* Die größte Anzahl der gruppenzugehörigen Unternehmen hat ihren Sitz in den Bundesländern Nordrhein-Westfalen (4.385), Baden-Württemberg (3.165) und Bayern (2.524). Die Mehrzahl der Unternehmensgruppen ist in zwei Bundesländern aktiv (64,3 %). Bemerkenswert ist die regionale Verteilung der gruppenzugehörigen Unternehmen und ihrer ultimativen Eigner nach Bundesländern. Der Anteil der gruppenzugehörigen Unternehmen, deren ultimativer Eigner im gleichen Bundesland seinen Sitz hat, ist in den neuen Bundesländern deutlich geringer als in den alten Bundesländern. Das bedeutet, dass das System der „verlängerten Werkbanken“ im Verhältnis von Ost- und Westdeutschland noch nicht überwunden ist. Entsprechend ist der Anteil ostdeutscher Eigner, deren Tochterunternehmen die jeweilige Landesgrenze überschreiten, relativ gering. Dieser Zusammenhang entspricht einer allgemeinen Tendenz unter allen 535.798 gruppenzugehörigen deutschen Unternehmen. Die Disparität zwischen alten und neuen Bundesländern ist nach der Gewichtung der Fallzahlen mit dem Umsatz noch schärfer ausgeprägt.

66.* Von den 19.435 gruppenzugehörigen Unternehmen werden etwa 13,7 % durch ausländische ultimative Eigner kontrolliert. Diese betreffen vor allem größere Unternehmen. Ihr Anteil beträgt 28,6 % am Umsatz und 21,7 % an den Beschäftigten. Die größte Anzahl der ausländischen Eigner hat ihren Sitz in den USA (494), der Schweiz (302) und den Niederlanden (273). Die Angaben zu den multinationalen Verflechtungen der gruppenzugehörigen Unternehmen entstammen der zu diesem Merkmal umfassenderen Datenquelle BvD.

67.* Gruppenzugehörige Unternehmen unter staatlicher Kontrolle konnte das Statistische Bundesamt nicht feststellen. Der Monopolkommission erscheint dieses Ergebnis zweifelhaft.

68.* Ein Defizit der verfügbaren Datenquellen besteht aufgrund ihrer teilweisen Widersprüchlichkeit. Diese führt bei der Untersuchung verschiedener Fragestellungen zu teilweise deutlich abweichenden Ergebnissen. Die Monopolkommission hat sich in diesen Fällen mit Alternativrechnungen beholfen, um die Spannweite der tatsächlich möglichen Werte abzuschätzen. Befriedigend ist dieser Sachverhalt nicht und verlangt nach einer einheitlichen, konsistenten und belastbaren empirischen Datenbasis.

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

69.* 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. In der Vergangenheit hat sich die Analyse ausschließlich auf die inländischen Konzernbereiche bezogen. Im vorliegenden Hauptgutachten analysiert die Monopolkommission zusätzlich die weltweite Wertschöpfung der Großunternehmen. Die Untersuchung der hundert gemessen an ihrer inländischen Wertschöpfung größten Unternehmen erstreckt sich auch auf die Verflechtungen zwischen den Großunternehmen im Hinblick auf Anteilsbesitz, die Zusammenarbeit über Gemeinschaftsunternehmen und personelle Verbindungen. Die Betrachtung der „100 Größten“ wird ergänzt durch die Ermittlung der gemessen an den branchenspezifischen Geschäftsvolumina größten Unternehmen des Produzierenden Gewerbes, des Handels- und Dienstleistungsgewerbes, des Kreditgewerbes sowie des Versicherungsgewerbes.

70.* 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, wurde diese geschätzt.

71.* Insgesamt wiesen die hundert größten Unternehmen eine Wertschöpfung von rund 248 Mrd. € auf. Sie stieg gegenüber 2002 um 3,2 %. Die Wertschöpfung aller Unternehmen erhöhte sich im Berichtszeitraum um 4,2 %. Der Beitrag der Großunternehmen zu der Gesamtwertschöpfung aller Unternehmen sank somit auf 16,6 % (2002: 17,0 %) und wies den niedrigsten Stand seit der erstmaligen Erstellung dieser Statistik auf. Eine zusätzliche Analyse der weltweiten Wertschöpfung kann auf die Gründe für das Absinken der inländischen Wertschöpfung hinweisen und ermöglicht einen Einblick in die „wahre“ Größe der untersuchten Unternehmen. Die Reduzierung des Anteils der inländischen Wertschöpfung an der weltweiten Wertschöpfung von 69,8 % im Jahr 2002 auf 58,9 % im Jahr 2004 deutet darauf hin, dass die Großunternehmen einen immer geringeren Teil ihrer Wertschöpfung im Inland erwirtschaften. Das Absinken der inländischen Wertschöpfung kann deswegen mindestens zum Teil durch die Auslagerung des Geschäftes ins Ausland erklärt werden.

72.* Eine Betrachtung der „100 Größten“ nach Zehner-Ranggruppen macht deutlich, dass die Verringerung des Anteils der Großunternehmen an der Nettowertschöpfung aller Unterneh-

men hauptsächlich auf die schwache Entwicklung der Wertschöpfung in der Gruppe der zehn größten Unternehmen zurückzuführen ist. In den unteren Ranggruppen wuchs die durchschnittliche Wertschöpfung moderat.

Die zehn größten Unternehmen hatten an der Wertschöpfung aller untersuchten Großunternehmen einen Anteil von 42,45 %, der unter dem Wert der Vorperiode (43,69 %) lag. Der Anteil der zwanzig größten Unternehmen an der Wertschöpfung der „100 Größten“ verminderte sich ebenfalls von 61,95 % im Jahr 2002 auf 61,78 % in 2004.

73.* Soweit die jeweiligen Daten für beide Jahre festgestellt werden konnten, wurde die Entwicklung der Großunternehmen zwischen 2002 und 2004 auch nach den Merkmalen Anzahl der Beschäftigten, Sachanlagevermögen und Cashflow aufgezeigt.

In die Untersuchung der Beschäftigtenzahlen wurden 81 Unternehmen einbezogen, die in beiden Berichtsjahren unter den hundert Größten waren. Ihr Anteil an der Anzahl der Beschäftigten aller Unternehmen betrug 2004 12,72 % gegenüber 13,29 % 2002. Die Bedeutung der Großunternehmen als Arbeitgeber hat sich somit erneut verringert, was auch auf die Ausgliederung zahlreicher Betriebsstätten ins Ausland zurückgeführt werden kann.

Angaben zum Sachanlagevermögen der inländischen Konzerngesellschaften lagen bei 69 Unternehmen für beide Jahre vor. Unternehmen des Kredit- und Versicherungsgewerbes wurden nicht berücksichtigt. Der Bilanzwert der Sachanlagen und immateriellen Vermögensgegenstände der betrachteten Unternehmen erhöhte sich im Untersuchungszeitraum von ca. 812 Mrd. € auf ca. 814 Mrd. €.

Daten zur Ermittlung des Cashflow standen für 54 Unternehmen aus dem Berichtskreis für die Jahre 2004 und 2002 zur Verfügung. Der Cashflow der betrachteten Unternehmen erhöhte sich im Untersuchungszeitraum von ca. 68 Mrd. € in 2002 auf ca. 71 Mrd. € in 2004.

74.* Neben der Wertschöpfung werden häufig weitere Merkmale zur Beurteilung der Unternehmensgröße herangezogen, welche branchenspezifisch und direkt aus dem Jahresabschluss zu ersehen sind. Dies ist im Falle 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“ Unternehmen angehören, welcher anhand der Wertschöpfung abgegrenzt wird.

Die Entwicklung des Geschäftsvolumens der jeweils größten Unternehmen übertraf im Produzierenden Gewerbe und im Handel die allgemeine Marktentwicklung. Die aggregierte Konzentration nahm dagegen im Verkehrs- und Dienstleistungsgewerbe sowie im Versicherungs- und im Kreditgewerbe ab. Gemessen am Anteil des Geschäftsvolumens aller in einer Branche

tätigen Unternehmen, der auf die jeweils zehn größten Unternehmen der Branche entfällt, weisen das Versicherungs- und das Kreditgewerbe unverändert die höchste Konzentration auf.

Die fünfzig größten Industrieunternehmen wiesen 2004 gemeinsam einen Umsatz von 617 Mrd. € gegenüber 591 Mrd. € 2002 aus. Dies entspricht einem Wachstum von 4,4 % (2000/2002: 0,5 %). Die Gesamtheit der Unternehmen des Produzierenden Gewerbes erzielte 2004 gemäß Umsatzsteuerstatistik einen Umsatz von 1.924 Mrd. € und eine Umsatzsteigerung gegenüber 2002 in Höhe von 0,2 %. Das Umsatzwachstum der größten Industrieunternehmen war somit viel stärker als der Branchendurchschnitt. Dies unterstützt die These, dass die Ausgliederung des Geschäftes ins Ausland der Grund für die Wertschöpfungsminderung sein kann.

Der Umsatz der zehn größten Handelsunternehmen nahm zwischen 2002 und 2004 um 20,6 % zu. Sein Wachstum übertraf das Wachstum der gesamten Branche (5,2 %) bei weitem. In der Summe erreichten die zehn größten Handelsunternehmen Umsätze von 152 Mrd. € im Vergleich zu den Umsätzen aller Unternehmen des Handelssektors, die bei 1.402 Mrd. € lagen. Somit entwickelten sich die Branchengrößen erneut überdurchschnittlich gut.

Die zehn umsatzstärksten Unternehmen des Verkehrs- und Dienstleistungsgewerbes wiesen 2004 insgesamt Umsatzerlöse von 125 Mrd. € aus. Damit erzielten sie ein Umsatzwachstum gegenüber 2002 von 0,1 %, welches hinter der Umsatzentwicklung aller Unternehmen dieses Wirtschaftsbereichs (1,8 %) zurückblieb.

Die Bilanzsumme der zehn größten Kreditinstitute lag 2004 bei 3.564 Mrd. €. Sie stieg gegenüber 2002 um 1,6 %. Die Bilanzsumme aller Kreditinstitute erhöhte sich viel stärker (3,5 %). Die unkonsolidierte Bilanzsumme der von den Bankkonzernen konsolidierten Kreditinstitute betrug 2004 3.594 Mrd. €. Der Anteil der zehn größten Kreditinstitute an der Bilanzsumme aller Kreditinstitute ist somit gegenüber 2002 von 50,38 % auf 47,74 % gesunken.

Die zehn größten Versicherungsunternehmen erzielten insgesamt Beitragseinnahmen in Höhe von 109 Mrd. €. Der Änderungsrate ihrer Beitragssumme in Höhe von -1,3 % stand ein Wachstum aller Versicherungen von 9,2 % gegenüber. Der Anteil der unkonsolidierten Brutto-Beitragseinnahmen der zehn größten Versicherungsunternehmen an den Bruttobeiträgen aller Erst- und Rückversicherungsunternehmen betrug für das Geschäftsjahr 2004 59,33 % (2002: 60 %). Die Versicherungsbranche stellte somit von den hier untersuchten Wirtschaftszweigen denjenigen dar, dessen Geschäftsvolumen im höchsten Umfang auf Großunternehmen entfällt.

75.* Von den Konzernobergesellschaften der betrachteten hundert Unternehmen hatten 2004 75 (2002: 74) die Rechtsform einer Aktiengesellschaft. Somit blieb diese Rechtsform wie bereits in der Vergangenheit im Berichtskreis vorherrschend. Die Zahl der Gesellschaften mit beschränkter Haftung verringerte sich ebenso wie die Zahl der Kommanditgesellschaften im Sinne des § 264a HGB um jeweils eins bzw. zwei, die Kategorien 'Offene Handelsgesellschaft' und 'Sonstige' sind dagegen nicht mehr besetzt. Die Zahl der Anstalten bzw. Körperschaften öffentlichen Rechts erhöhte sich um eins auf vier.

76.* 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. Besonders stark veränderten sich die Kapitalverflechtungen zwischen den hundert Größten. Die öffentliche Hand reduzierte ihren Anteilsbesitz an einigen Großunternehmen (Deutsche Telekom AG, Deutsche Post AG, Energie Baden-Württemberg AG, RWE AG) erheblich.

Hinsichtlich der Anteilseignergruppen, welche jeweils die Eigenkapitalmehrheit der untersuchten Großunternehmen auf sich vereinen, ergaben sich nur geringfügige Änderungen. Wie bereits in 2002 war 'Mehrheit in ausländischem Einzelbesitz' mit 24 (2002: 25) Unternehmen die am häufigsten besetzte Kategorie. Eine Anteilseignergruppe von zunehmender Bedeutung sind natürliche Personen, Familien und Familienstiftungen (22 Fälle). Nur wenig geringer war die Anzahl der Unternehmen, deren Anteilmehrheit in Streubesitz liegt (21 Fälle). Die gemessen an der Anzahl der ihr angehörenden Unternehmen viertstärkste Gruppe waren in 2004 die 13 (2002: 15) Großunternehmen, deren Eigenkapital nicht mehrheitlich einem anderen Großunternehmen, ausländischem Einzelbesitz, der öffentlichen Hand, Einzelpersonen, Familien und Familienstiftungen, Streubesitz sowie sonstigen Anteilseignern zuzuordnen war. In drei (2002: vier) Fällen summierten sich die Anteile der „100 Größten“ auf über 50 %.

77.* Über Jahre hinweg waren die deutschen Großunternehmen stark untereinander verflochten. Im Kern des Netzwerks aus Beteiligungen befanden sich Finanzdienstleister, die gegenseitige Anteile am Grundkapital sowie Anteile am Grundkapital der Industrieunternehmen besaßen. Im Berichtszeitraum reduzierten viele Anteilseigner aus dem Kreis der „100 Größten“ ihre Beteiligungen an den Großunternehmen. Dies kann durch die fortschreitende Globalisierung, aber auch durch die institutionellen Veränderungen im Inland erklärt werden. Die Beteiligungsverkäufe im Berichtszeitraum setzen die seit 1996 beobachtbare Tendenz zur Kapitalentflechtung fort. Nach der Einbeziehung der Daten aus den letzten Hauptgutachten kann festgestellt werden, dass die Gesamtzahl der Beteiligungen der Finanzdienstleister stetig von 75 Beteiligungsfällen in 1996 auf 30 Beteiligungsfälle in 2004 fiel. Dem gleichen Trend folgen die Gesamtzahl der Beteiligungsfälle aller Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ (1996: 143, 2004: 45) sowie die Anzahl der Beteiligungsunternehmen (1996: 51, 2004: 28) und der Anteilseigner (1996: 39, 2004: 17), was auf eine Auflösung des gesamten Netzwerks aus gegenseitigen Beteiligungen hindeutet. Die zusätzlich angewandte Netzwerkvisualisierungstechnik stützt diesen Befund.

78.* Die Kapitalentflechtung hat folgende Wettbewerbsvorteile für die deutsche Wirtschaft: eine weniger abhängige Unternehmensverwaltung, die Stärkung des Marktes für Unternehmenskontrolle, die Reduzierung der Informationsasymmetrien zwischen den Firmen-Insidern und -Outsidern, was zudem die Allokation des Kapitals auf den Finanzmärkten verbessert, die Intensivierung des Wettbewerbs im Finanzsektor sowie mehr Stabilität im Finanzsektor.

79.* 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. 2004 entsandten 34 Unternehmen (2002: 30) aus dem Kreis der „100 Größten“ Mitglieder ihrer Geschäftsführung in die Kontrollorgane anderer Unternehmen aus diesem Kreis. Sie waren damit in den Kontrollorganen von 46 Unternehmen (2002: 49) aus dem Untersuchungskreis vertreten. Die Gesamtzahl der Verflechtungen über Geschäftsführungsmitglieder betrug 86 (2002: 103) und nahm damit zwischen 2002 und 2004 erneut ab. Die Anzahl der Verbindungen über Geschäftsführungsmitglieder von Banken und Versicherungen betrug in 2004 30 wie im Jahr 2002. Seit 1996 ist diese Zahl um 70,3 % gesunken. An dieser Stelle ist es schwer zu beurteilen, ob der seit der letzten Berichterstattung gleich gebliebene Grad der Verflechtung der Finanzdienstleister durch eine zeitverzögerte Berichterstattung der personellen Verflechtungen oder durch eine Strategie der Finanzdienstleister, über die Ausübung der Depotstimmrechte die Kontrolle über die deutschen Unternehmen ohne Kapitalverflechtungen zu behalten, beeinflusst wird. Unter wettbewerbspolitischen Gesichtspunkten ist die Frage von Interesse, ob durch Mandatsträger Unternehmen gleicher

Wirtschaftszweige miteinander verbunden werden. Im Berichtsjahr 2004 lagen zwölf Verflechtungen (2002: 17) dieser Art vor. Die Anzahl der Fälle, in denen eine personelle Verbindung mit einer Kapitalbeteiligung einherging, blieb gegenüber 2002 unverändert bei neun.

80.* Die Anzahl der Verflechtungen der zwanzig größten Unternehmen über Gemeinschaftsunternehmen hat sich 2004 mit 35 derartigen Unternehmensbeziehungen gegenüber 2002 (37 Verflechtungen) verringert. Insgesamt bestanden 75 (2002: 76) Gemeinschaftsunternehmen. In einigen Fällen erfolgte der Kontakt 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 erneut die Unternehmen der Energiewirtschaft und der Chemischen Industrie aus.

Neben den zwanzig größten Unternehmen wurden die Finanzdienstleistungsunternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ hinsichtlich ihrer Verflechtungen über Gemeinschaftsunternehmen untersucht. Sie wiesen 2004 bei 21 (2002: 18) Kontakten bezogen auf die Gesamtzahl möglicher Verbindungen einen gesunkenen Verflechtungsgrad auf. Der größte Teil der Gemeinschaftsunternehmen war als Anlage- und Verwaltungsgesellschaften sowie im sonstigen Dienstleistungsbereich und in der Finanzwirtschaft tätig.

81.* 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 2004/05 insgesamt angezeigten 2.207 (2002/03: 2.449) Zusammenschlüssen waren Unternehmen aus dem Betrachtungskreis in 661 (2002/03: 950) Fällen beteiligt. Der Anteil der „100 Größten“ an der Gesamtzahl der Fusionen verminderte sich damit erneut von 39 % auf 30 %.

82.* In der Gesamtschau ergibt sich im Berichtszeitraum hinsichtlich der verschiedenen untersuchten Größenmerkmale und Wirtschaftszweige der Eindruck einer geringfügig sinkenden Konzentration. Der Anteil der Großunternehmen an der Gesamtwertschöpfung hat sich wie bereits im vorherigen Hauptgutachten reduziert. Dies kann zum Teil durch die Ausgliederung des Geschäftes ins Ausland erklärt werden. Die Konzentrationsentwicklung sollte jedoch vorsichtig betrachtet werden, da die Effekte der Ausgliederung des Geschäftes ins Ausland anhand der vorhandenen Daten nicht vollständig abgeschätzt werden können. Im Handel setzte sich der in den Vorjahren verzeichnete Prozess einer fortschreitenden Konzentration fort. Im Produzierenden Gewerbe konnte 2004 auch eine höhere Konzentration festgestellt werden. Dagegen sank die Bedeutung der Großunternehmen im Dienstleistungs- und Verkehrssektor, im Versicherungsgewerbe sowie im Kreditgewerbe. Auch verringerte sich die Bedeutung der Großunternehmen als Arbeitgeber. Stark rückläufig waren 2004 die Beteiligungsverflechtungen unter den „100 Größten“, was zu einer Auflösung des großen Teils des Netzwerks aus gegenseitigen Verflechtungen führte. Diese Entwicklung hat positive wettbewerbspolitische Folgen für die deutsche Wirtschaft. Tendenziell rückläufig waren ebenfalls die personellen Verflechtungen unter den „100 Größten“.

IV. Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen und Zusammenschlusskontrolle

Missbrauchsaufsicht

83.* Einen Schwerpunkt der Arbeit des Bundeskartellamtes bildete im Berichtszeitraum die Missbrauchsaufsicht im Energiesektor. Das Bundeskartellamt hat der E.ON/Ruhrgas AG im Januar 2006 untersagt, Lieferverträge mit Gasweiterverteilern abzuschließen, die bei einer Bedarfsdeckung von mehr als 50 % bzw. mehr als 80 % eine Vertragslaufzeit von mehr als vier bzw. mehr als zwei Jahren aufweisen. Nach Ansicht des Bundeskartellamtes verstoßen die Lieferverträge zwischen E.ON/Ruhrgas und den Gasweiterverteilern gegen Art. 81 EGV, da sie den zwischenstaatlichen Handel auf einem schwer zugänglichen Markt beeinträchtigen und eine erhebliche Marktabschottungswirkung entfalten, die sich daraus ergibt, dass mehr als 75 % der Lieferverträge im Netzgebiet von E.ON/Ruhrgas als langfristige Gesamtbedarfsdeckungs- bzw. Quasigesamtbedarfsdeckungsverträge anzusehen sind. Die Monopolkommission teilt im Grundsatz die Ansicht des Bundeskartellamtes, dass die langfristigen Bezugsbindungen der Gasweiterverteiler eine erhebliche Abschottungswirkung entfalten und den Marktzutritt für Wettbewerber effektiv versperren. Unter Wettbewerbsgesichtspunkten wird das vom Bundeskartellamt verfügte Verbot langfristiger Gesamtbedarfsdeckungsverträge von der Monopolkommission daher begrüßt. Gleichwohl sieht die Monopolkommission ein Problem darin, dass das nachträgliche Verbot langfristiger Lieferverträge zwischen den importierenden Ferngasgesellschaften und den Gasweiterverteilern auch mit nachteiligen Wirkungen auf die Investitionsbereitschaft und die Bereitschaft der Ferngasunternehmen, neue Importverträge abzuschließen, verbunden sein kann. Die Abwägung zwischen der Wettbewerbszielsetzung des Verbotes langfristiger Lieferverträge und den möglicherweise nachteiligen Effekten auf die Investitionsbereitschaft der importierenden Ferngasunternehmen hätte nach Ansicht der Monopolkommission einer umfassenderen Würdigung durch das Bundeskartellamt bedurft.

84.* Zwei frühere Missbrauchsverfügungen des Bundeskartellamtes wurden vom Bundesgerichtshof (BGH) bestätigt. Im ersten Fall hatte das Amt der Mainova untersagt, zwei Arealnetzbetreibern den Anschluss an ihr Mittelspannungsnetz zu verweigern. Der BGH wies die Rechtsbeschwerde der Mainova zurück. Im Fall der Stadtwerke Mainz entschied der BGH, dass es grundsätzlich zulässig sei, eine Erlösobergrenze festzusetzen. Er verwies den Fall in der Sache zur erneuten Entscheidung an das Oberlandesgericht (OLG) zurück.

85.* In ihrem Koalitionsvertrag sieht die jetzige Bundesregierung vor, den Verkauf von Lebensmitteln unter Einstandspreis grundsätzlich zu untersagen. Bisher sind Verkäufe unter Einstandspreis nach § 20 Abs. 4 Satz 2 GWB gestattet, solange sie nur gelegentlich stattfinden. Die Monopolkommission spricht sich dagegen für eine vollständige Abschaffung des Verbots von Untereinstandspreisen aus. Problematisch erscheint zumindest, dass nach § 20 Abs. 4 Satz 2 GWB bereits eine relative Marktmacht ausreicht, um vom Verbot des § 20 Abs. 4 Satz 2 GWB betroffen zu sein. Der Begriff der „relativen Marktmacht“ wird vom Bundeskartellamt recht weit ausgelegt. So ist das Amt im Berichtszeitraum gegen mehrere Drogeriemarktketten vorgegangen, die miteinander im Wettbewerb stehen und demnach nicht als marktbeherrschend im Sinne des § 19 GWB angesehen werden können.

Zusammenschlusskontrolle

86.* Die Fusionskontrollstatistik des Bundeskartellamtes weist für den Berichtszeitraum erneut einen leichten Rückgang der Fallzahlen auf. Allerdings ist die Zahl der Neuanmeldungen im Jahre 2005 deutlich angestiegen, so dass mit einer Steigerung der Fallzahlen im nächsten

Berichtszeitraum zu rechnen ist. In 51 Fällen hat das Bundeskartellamt die Prüfung eines Zusammenschlusses im Hauptprüfverfahren abgeschlossen. Davon wurden 33 Zusammenschlüsse freigegeben, 6 davon unter Bedingungen und Auflagen, 18 Vorhaben wurden untersagt. Fast die Hälfte aller angemeldeten Zusammenschlüsse erfüllt sowohl den Tatbestand des Kontroll- als auch des Anteilserwerbs.

87.* Das Amt hat im Berichtszeitraum in mehreren Fällen das Vorliegen eines Zusammenschlusses nach § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB geprüft. Danach kann auch eine Beteiligung unter 25 % einen Zusammenschluss darstellen, wenn zusätzliche Aspekte des Vorhabens dafür sprechen, dass dem Erwerber durch seinen Anteilserwerb eine Einflussnahme auf die Willensbildung und damit auf das Marktverhalten des Beteiligungsunternehmens ermöglicht werden. Im Falle der Beteiligung des M. DuMont Schauberg-Verlags an der Bonner Zeitungsdruckerei in Höhe von ca. 9 % hat das Amt das Vorliegen eines Zusammenschlusses bejaht. Es gebe eine Reihe von so genannten Plus-Faktoren, die dafür sprechen, dass durch den Zusammenschluss die marktmächtige Stellung beider Unternehmen auf verschiedenen Leser- und Anzeigenmärkten im Raum Köln und Bonn verstärkt würde. Der Zusammenschluss sei daher zu untersagen. Dagegen entschied das Amt, dass die Beteiligung von EnBW an der MVV Energie AG, Mannheim, keinen Zusammenschluss nach § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB darstelle. Da der Anteilserwerb mit keinerlei Zusatzrechten für EnBW verbunden sei, fehle es an den für das Vorliegen eines Zusammenschlusses notwendigen Plus-Faktoren. Die Monopolkommission schließt sich dieser Bewertung nicht an. Sie ist vielmehr der Ansicht, dass die Gegebenheiten auf den betroffenen Märkten dafür sprechen, dass es sich bei der Beteiligung von EnBW um eine strategische und nicht um eine Finanzbeteiligung handelt, die dazu führt, dass der scharfe Wettbewerb zwischen EnBW und MVV um Groß- und Haushaltskunden im Gebiet in und um die Stadt Mannheim künftig nur noch in abgemilderter Form stattfinden wird.

88.* Nachdem Gruner + Jahr mehrere Jahre lang gemeinsam mit der RBA Germany eine deutschsprachige Ausgabe der Zeitschrift „National Geographic“ herausgab, meldete der Verlag im Jahre 2005 die Übernahme der alleinigen Kontrolle über das Gemeinschaftsunternehmen an. Das Bundeskartellamt untersagte die Fusion aus Sicht der Monopolkommission zu Recht. Durch die alleinige Herausgabe der deutschsprachigen Ausgabe von National Geographic würden sich die strategischen Möglichkeiten von Gruner + Jahr, seine Wissenszeitschriften GEO, P.M. und National Geographic so auszurichten, dass sie sich untereinander möglichst wenig, anderen Zeitschriften aber möglichst viel Wettbewerb machen, vergrößern. Zeitgleich mit der Prüfung dieses Zusammenschlusses leitete das Bundeskartellamt ein Verfahren ein, in dem es nachträglich die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens Gruner + Jahr/RBA Germany zur Herausgabe einer deutschsprachigen Ausgabe von National Geographic untersagte. Es wertete den Kauf der Lizenz für die Herausgabe der deutschsprachigen Ausgabe als Zusammenschluss, durch den die marktbeherrschende Stellung von Gruner + Jahr auf dem Markt für Wissenszeitschriften verstärkt würde. Das OLG bestritt dies aus Sicht der Monopolkommission zu Recht. Zwar könne die Übertragung einer Lizenz grundsätzlich einen Kontrollerwerb darstellen. Dazu müsse aber eine Marktstellung übertragen werden. Da es jedoch vor der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens keine deutschsprachige Ausgabe von National Geographic gab, sei durch die Lizenzübergabe keine Marktstellung übertragen, sondern vielmehr neu begründet worden.

89.* Im so genannten „Staubsaugerbeutel-Urteil“ hat der BGH die Begrenzung des räumlich relevanten Marktes auf das Gebiet der Bundesrepublik aufgegeben. Das Urteil wurde vom Gesetzgeber in der Siebten GWB-Novelle durch eine Ergänzung in § 19 Abs. 2 bestätigt. Dort heißt es: „Der räumlich relevante Markt im Sinnes dieses Gesetzes kann weiter sein als der Geltungsbereich dieses Gesetzes.“ Die Monopolkommission begrüßt diese Änderung.

90.* Durch die mögliche Ausdehnung des räumlich relevanten Marktes stellt sich die Frage, ob künftig Fälle auch dann der Fusionskontrolle des Bundeskartellamtes unterliegen, wenn auf den betroffenen Märkten zwar deutschlandweit nur Umsätze von weniger als 15 Mio. € erzielt werden, insgesamt jedoch Waren im Wert von mehr als 15 Mio. € umgesetzt werden. Letzteres würde *de facto* bedeuten, dass die Bagatellmarktgrenze des § 35 Abs. 2 Satz 2 GWB in den betroffenen Fällen deutlich gesenkt würde. Dies scheint aus Sicht der Monopolkommission derzeit nicht geboten. Sie würde demnach eine Klarstellung des Gesetzgebers, dass für die Ermittlung der Bagatellmarktschwelle lediglich Inlandsumsätze maßgeblich sind, begrüßen. Die Monopolkommission warnt davor, die durch die Ausdehnung des räumlich relevanten Marktes entstehenden Ermittlungsprobleme zu unterschätzen. Da das Bundeskartellamt im Ausland keine Ermittlungsbefugnis besitzt, ist es bei seiner Arbeit im Falle größerer räumlicher Märkte auf die Kooperation der betroffenen Unternehmen und anderer Kartellbehörden angewiesen.

91.* In vielen Fällen sind die räumlich relevanten Märkte bei der Prüfung eines Zusammenschlusses deutlich kleiner als das Gebiet der Bundesrepublik. Aufgrund hoher Transportkosten kommen als Anbieter regelmäßig nur solche Lieferanten in Betracht, die in räumlicher Nähe zum Nachfrager ein Lager oder eine Produktionsstätte besitzen. Nachdem der BGH in seinem Beschluss zum Fall Sanacorp/Anzag eine Untergliederung des Bundesgebietes in einzelne Märkte durch eine einfache Kreisbetrachtung für unzulässig erklärt hat, berücksichtigt das Amt bei der Abgrenzung der räumlichen Märkte unter anderem die Straßenverhältnisse und die Lage anderer Anbieter und Nachfrager, so z.B. im Fall Schneider/Classen. Bezüglich seines Ausgangspunktes für die Marktabgrenzung geht das Bundeskartellamt uneinheitlich vor. Während im Fall Sanacorp/Anzag die Niederlassungen des erwerbenden Unternehmens, Sanacorp, als Ausgangspunkt für die Marktabgrenzung verwendet wurden, waren es im Fall Schneider/Classen die Lager des zu erwerbenden Unternehmens, Classen, die den Mittelpunkt der abgegrenzten Märkte bildeten. Unterschiede in der Wahl des Ausgangsunternehmens führen jedoch zu unterschiedlichen Märkten und können damit zu Unterschieden in der Bewertung der Marktverhältnisse führen. Die Monopolkommission setzt sich für eine räumliche Marktabgrenzung ein, in deren Zentrum der Nachfrager steht. Auf diese Weise können am besten die Gebiete, in denen durch einen Zusammenschluss wettbewerbliche Probleme entstehen oder verstärkt werden, identifiziert werden. Das Amt hat diese Vorgehensweise im Fall H&R WASAG/Sprengstoffwerke Gnaschwitz gewählt. Die Zusammenschlussbeteiligten sind beide in der Produktion von Industriesprengstoffen tätig. Das Amt untersuchte bei der Analyse des Zusammenschlusses, welche Anbieter für die Betreiber von Steinbrüchen in Deutschland in Frage kommen. Im Zentrum der sich dadurch ergebenden räumlichen Märkte standen die Steinbrüche und damit die Nachfrager nach Industriesprengstoffen. Nicht praktikabel ist ein derartiges Vorgehen, wenn die Zahl der Abnehmer unverhältnismäßig groß ist. In diesem Fall können räumliche Märkte durch Kreisziehung um Oberzentren abgebildet werden. Das Amt hat diese Vorgehensweise im Fall Edeka/Spar gewählt.

92.* Bei der Analyse von Zusammenschlüssen, die heterogene Güter betreffen, berücksichtigt das Amt nach wie vor zu wenig die zwischen den Gütern bestehenden Substitutionsbeziehungen. So wurde im Fall Edeka/Spar ein sachlicher Markt „Lebensmitteleinzelhandel“ abgegrenzt, der sowohl Vollsortimenter als auch Discounter umfasst. Die Tatsache, dass sich mit Edeka und Spar zwei Einzelhandelsketten zusammenschlossen, die aus Sicht der Verbraucher recht ähnlich sein dürften, wurde dagegen nicht problematisiert. Aus Sicht der Verbraucher bedeutet ein Zusammenschluss zwischen zwei so ähnlichen Märkten wie Edeka und Spar jedoch eine deutlich stärkere Einschränkung ihrer Wahlmöglichkeiten als ein Zusammenschluss zwischen Edeka und einem Discounter. Auch bei der Beurteilung von Zusammenschlüssen im

Krankenhausbereich könnte die traditionelle zweistufige Analyse, bei der zunächst Märkte abgegrenzt und dann mit Hilfe von Marktanteilen und anderen Kriterien beurteilt werden, ergänzt werden, indem die Ausweichmöglichkeiten der Patienten stärker berücksichtigt werden. Ein Zusammenschluss zweier Krankenhäuser ist um so problematischer, je höher der Anteil an Patienten der beiden Kliniken ist, die die jeweils andere Klinik als die beste Alternative zu der von ihnen gewählten ansehen.

93.* Im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs (ÖPNV) schlägt das OLG Düsseldorf eine zweigeteilte Marktabgrenzung vor, die inzwischen auch vom BGH bestätigt wurde. Danach ist zwischen einem Aufgabenträger- und einem Fahrgastmarkt zu unterscheiden. Nachfrager auf dem Aufgabenträgermarkt sind die Gebietskörperschaften, die Nahverkehrsnetze ausschreiben; Anbieter sind die Betreiber von Nahverkehrsnetzen wie die DB Regio. Räumlich ist der Aufgabenträgermarkt nach Ansicht des BGH regional abzugrenzen. Nachfrager auf den Fahrgastmärkten ist der Fahrgast. Räumlich sind die Fahrgastmärkte auf einzelne Linien beschränkt. Nach Ansicht des BGH stellt jede einzelne Linie – schon wegen des Verbots der Mehrfachbelegung von Linien – ein Monopol dar. Wettbewerb könne es auf dem Fahrgastmarkt daher nur indirekt durch einen Wettbewerb um den Markt bei einer neuen Ausschreibung geben. Nach Ansicht der Monopolkommission fällt damit die Trennung zwischen einem Aufgabenträger- und einem Fahrgastmarkt wieder zusammen. Alternativ könnten bei der Analyse der Fahrgastmärkte auch die Substitutionsbeziehungen zwischen dem ÖPNV und anderen Verkehrsmitteln berücksichtigt werden. Es ist nicht unwahrscheinlich, dass auf einzelnen Fahrgastmärkten andere Verkehrsmittel wie Auto, Fahrrad oder Taxi eine relevante Alternative zur Nutzung des ÖPNV darstellen und damit den wettbewerblichen Spielraum des Anbieters im ÖPNV einschränken.

94.* In mehreren Fällen hat das Bundeskartellamt im Berichtszeitraum die Entstehung oder Verstärkung kollektiver Marktmacht geprüft. Dabei ging es auf verschiedenen Märkten der Abfallwirtschaft, beim Großhandel für Papier und auf dem Markt für Fruchtzubereitungen von Oligopolen mit bis zu vier Mitgliedern aus. Die Monopolkommission spricht sich gegen die Trennung in Binnen- und Außenwettbewerb rein nach Marktanteilkriterien aus. Bei der Analyse von oligopolistischer Marktmacht auf mehreren räumlichen Märkten fällt auf, dass das Kartellamt diese Märkte isoliert voneinander betrachtet. Es wäre jedoch zu vermuten, dass die Kooperation zwischen Unternehmen, die gemeinsam auf mehreren räumlichen Märkten tätig sind, marktübergreifend stattfindet.

95.* Anlässlich des immer noch anhängigen Beschwerdeverfahrens E.ON Mitte/Stadtwerke Eschwege hat das Bundeskartellamt erneut eine umfangreiche Markterhebung der Strommärkte in Deutschland durchgeführt. Durch die zunehmende Bedeutung des Handels ist die bisherige Art der Marktabgrenzung in einen Weiterverteiler-, einen Großkunden- und einen Haushalts- und Kleinkundenmarkt nicht mehr praktikabel. Das Bundeskartellamt wird sich bei der Marktbetrachtung künftig an der stufenweisen Analyse der Europäischen Kommission orientieren. Die Vorwärtsintegration der Stromerzeuger durch die Beteiligung an Stadtwerken wurde im Berichtszeitraum durch die Freigabe einiger kleiner Beteiligungen, die nur geringe Mengen betrafen, fortgeführt.

96.* Im Medienbereich prüfte das Kartellamt einige Zusammenschlüsse in der zweiten Phase, bei denen die nichthorizontalen Effekte des jeweiligen Zusammenschlusses im Zentrum der Wettbewerbsanalyse standen. Das Zusammenschlussvorhaben Springer/ProSiebenSat.1 wurde untersagt, weil durch die Fusion die kollektive Marktbeherrschung von ProSiebenSat.1 und RTL auf dem Fernsehwerbemarkt sowie die überragende Marktstellung von Axel Sprin-

ger auf dem Anzeigenmarkt für Zeitungen und dem Lesermarkt für Straßenverkaufszeitungen verstärkt würden. Das Amt wertet das Vorhaben als konglomerate Fusion. Zwar komme es auf keinem der betroffenen Märkte zu Marktanteilsadditionen, der Zusammenschluss führe aber aufgrund marktübergreifender Effekte zur Verstärkung marktbeherrschender Stellungen. Ein horizontaler Zusammenschluss mit einer Marktanteilsaddition auf den Werbemärkten würde sich bei einer anderen Abgrenzung der Werbemärkte ergeben. Das Amt unterscheidet zwischen einem Markt für Fernseh- und für Zeitungswerbung. Da jedoch nach Aussagen des Amtes die Bild-Zeitung wegen ihrer bundesweit großen Verbreitung für Werbeträger eine relevante Alternative zur Fernsehwerbung darstellt, könnte man alternativ einen Markt für Werbung mit bundesweit großer Reichweite abgrenzen. Auf diesem Markt würden sich durch den Zusammenschluss die Marktanteile von ProSiebenSat.1 und Springer addieren. Bei der Berücksichtigung von Synergieeffekten in Fusionskontrollverfahren muss klar herausgestellt werden, welche Verhaltensweisen dazu dienen, Wettbewerber zu behindern, und demnach die Marktmacht eines Unternehmens verstärken, und welche effizienzsteigernd sind. Letztere sollten im Kartellamtsverfahren nach Ansicht der Monopolkommission nicht explizit berücksichtigt werden, da sie bereits pauschaliert durch die Festlegung einer Marktbeherrschungsgrenze berücksichtigt werden.

97.* Die Übernahme der DPC Digital Playout Center durch den Satellitenbetreiber Astra wurde vom Bundeskartellamt unter Anwendung der Abwägungsklausel freigegeben. DPC war zuvor eine Tochter des Pay-TV-Anbieters Premiere. Der Zusammenschluss hat konglomeraten Charakter, da er zu einer Integration der Märkte für die beiden komplementären Inputs der technischen Dienstleistungen und der Transponderkapazität für Pay-TV-Anbieter führt. Gleichzeitig wird mit der Trennung des Marktes für technische Dienstleistungen vom Endkundenmarkt für Pay-TV eine vertikale Integration aufgelöst. Schließlich wurden eine Reihe von Markterweiterungszusammenschlüssen im deutschen Breitbandkabelnetz geprüft. Freigegeben und vollzogen wurde die Übernahme von ish, dem nordrhein-westfälischen Kabelanbieter durch iese, den hessischen Kabelanbieter.

98.* Erstmals hat das Bundeskartellamt im Berichtszeitraum zur Umsetzung einer Veräußerungsauflage einen Treuhänder eingesetzt. Die Monopolkommission begrüßt dies. Die Europäische Kommission hat eine Studie zur Umsetzung von Auflagen auf europäischer Ebene herausgebracht, die Auflagen generell eine recht geringe Wirksamkeit bescheinigt. Vor diesem Hintergrund scheint es besonders wichtig, in Zukunft stärker darauf zu achten, dass Auflagen so umgesetzt werden, dass die damit verbundenen Strukturziele tatsächlich erreicht werden können.

99.* In einem Fall hat das Amt im Berichtszeitraum die Stilllegung eines Werkes als Auflage benutzt. Der betreffende Fall, Wilhelm Werhahn/Norddeutsche Mischwerke, betraf den Zusammenschluss zweier Unternehmen, die unter anderem Asphaltmischgut herstellen. Während die in dem Fall angewendeten Veräußerungsaufgaben geeignet sind, die wettbewerblichen Probleme auf den betroffenen Märkten auszuräumen, werden durch die Umsetzung von Stilllegungsaufgaben die Nachfrager in ihrer Wahlmöglichkeit auf den betroffenen Märkten noch stärker eingeschränkt, als sie es ohne jegliche Auflage gewesen wären. Die Monopolkommission hält Stilllegungsaufgaben demnach nicht für geeignet, um wettbewerbliche Bedenken eines Zusammenschlusses aufzuheben.

100.* Schließlich weist die Monopolkommission auf zwei Gerichtsverfahren hin, in denen Erledigung vorlag und das Gericht auch das Vorliegen eines Feststellungsinteresses der Beschwerdeführer nach § 71 Abs. 2 Satz 2 GWB verneinte. Da Gerichte schon aus Effizienz-

gründen aktuelle und nicht ehemalige Streitigkeiten klären sollten, ist eine enge Auslegung der entsprechenden Vorschrift zu begrüßen. Im Falle der Übernahme eines staatlichen Krankenhauses durch die Rhön-Klinikum AG ist jedoch zu erwarten, dass die Grundsatzfrage, ob die Fusionskontrolle im Krankenhausbereich anwendbar ist, ohnehin gerichtlich geklärt werden muss. Eine Entscheidung des Gerichts in dieser Frage würde demnach keine zusätzlichen Ressourcen binden.

101.* In einer Reihe von Fällen ist das Amt im Berichtszeitraum gegen Verstöße gegen das Vollzugsverbot vorgegangen, teilweise mit einem Bußgeldverfahren, teilweise durch eine nachträgliche Prüfung des Zusammenschlusses, eine Untersagung und eine anschließende Entflechtungsverfügung. Während die Parteien in einem Falle die Ansicht vertreten, dass Verjährung vorliege, da der betreffende Zusammenschluss mehr als fünf Jahre zurückliegt, ist das Bundeskartellamt der Ansicht, dass es sich bei einem Verstoß gegen das Vollzugsverbot um ein Dauerdelikt handle, das mindestens so lange wie der durch die Fusion geschaffene rechtswidrige Zustand anhält. Tatsächlich entsteht der Schaden, der durch einen Zusammenschluss entsteht, der eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, dauerhaft. Die Monopolkommission hielte es deshalb auch für angemessen, wenn sich das Bußgeld, das das Amt im Falle eines Verstoßes gegen das Vollzugsverbot verhängt, in seiner Höhe daran orientiert, wie lang der Zusammenschluss bereits besteht und in welcher Höhe die Zusammenschlussbeteiligten dadurch zusätzliche Gewinne erwirtschaften konnten.

Europäische Fusionskontrolle

102.* Der Berichtszeitraum 2004/2005 stand ganz im Zeichen der zweiten Reform der europäischen Fusionskontrollregeln. Am 1. Mai 2004 trat die Verordnung 139/2004 in Kraft, mit der die Verordnung 4064/89 abgelöst wurde. Aus verfahrensrechtlicher Sicht ist insbesondere die grundlegende Änderung der Verweisungsregeln zu erwähnen. Die wichtigste materielle Änderung betrifft das Untersagungskriterium in Art. 2 der Fusionskontrollverordnung (FKVO), das durch die Aufnahme des so genannten SIEC (Significant Impediment of Effective Competition)-Tests erweitert wurde. Im Berichtszeitraum konnte die Europäische Kommission erste Erfahrungen mit den neuen Vorschriften sammeln. Dabei hat sie auch den *more economic approach*, also einen stärker ökonomisch orientierten Ansatz, weiterverfolgt. Einen weiteren Schwerpunkt bildete die Diskussion über die Anwendung der Fusionskontrollregeln bei konglomeraten und vertikalen Zusammenschlüssen. Sie erhielt wichtige Impulse von der Rechtsprechung.

103.* Mit der neuen VO 139/2004 wurden die Verweisungsregeln einerseits grundlegend erweitert, andererseits bestehende Vorschriften modifiziert. Völlig neu sind die Vorschriften des Art. 4 Abs. 4 und 5 FKVO, wonach die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen befugt sind, um eine Verweisung nach Brüssel oder an einen Mitgliedstaat zu ersuchen. Die hohe Zahl der Anträge – fast 60 seit Einführung der Regelung – zeigt, dass aus Sicht der Wirtschaft ein großes Bedürfnis besteht, die quantitativen Kriterien des Art. 1 FKVO zu durchbrechen. Insgesamt lässt sich eine deutliche Tendenz hin zur Zuständigkeit Brüssels erkennen, in der sich unter anderem der Wunsch der fusionswilligen Unternehmen nach einem „one-stop-shop“ und der Drang hin zu einer weniger stringenten Kontrolle widerspiegeln dürfte. Soweit die Unternehmen auch den entgegengesetzten Weg hin zu den nationalen Behörden eingeschlagen haben, kommen als Gründe die größere Nähe zu den betroffenen Märkten und der zum Teil geringere bürokratische Aufwand auf nationaler Ebene in Betracht. Außerdem mag die Hoffnung, das Wettbewerbsrecht werde durch eine nationale Industriepolitik überlagert, ein weiteres Motiv für die Verweisungsersuchen darstellen. Derartigen unerwünschten Aus-

wüchsen eines „forum shopping“ sollte nach Auffassung der Monopolkommission grundsätzlich das Vetorecht der Mitgliedstaaten bzw. der Europäischen Kommission entgegenstehen, mittels dessen eine Verfahrensabgabe von Seiten der ursprünglich zuständigen Wettbewerbsbehörde verhindert werden kann.

104.* Zu bemängeln ist allerdings die fehlende Transparenz der Verfahren nach Art. 4 Abs. 4 und 5 FKVO. Ein verlässliches Bild darüber, in welchem Umfang die einzelnen Mitgliedstaaten von Verweisungen nach Brüssel betroffen sind, lässt sich auf der Grundlage der veröffentlichten Daten nicht bilden. Zu kritisieren ist ferner, dass die Europäische Kommission nicht darüber informiert, in welchen Fällen die Mitgliedstaaten ein Veto gegen die Verfahrensabgabe eingelegt haben. Die Bundesregierung sollte nach Ansicht der Monopolkommission daher darauf hinwirken, dass die Europäische Kommission ihre Informationspolitik in diesem Bereich verbessert.

105.* Die hohe Zahl von Verfahrensabgaben gibt Anlass zu der Frage, ob es sich bei den Verweisungsvorschriften wirklich noch um eine „Ausnahmeregelung“ handelt und der Grundsatz der Rechtssicherheit ausreichend gewährleistet ist. Dies erscheint um so zweifelhafter angesichts der absehbaren Tendenz steigender Antragszahlen. Für den Fall, dass diese Entwicklung anhalten oder noch verstärkt werden sollte, empfiehlt die Monopolkommission der Bundesregierung, sich im Rahmen des für 2009 geplanten Revisionsprozesses dafür einzusetzen, dass die Voraussetzungen für Verweisungen auf Antrag der zusammenschlussbeteiligten Unternehmen erhöht werden.

106.* Ganz anders als die Zahl der Verweisungsanträge hat sich die Ausübung des Vetorechts durch die Mitgliedstaaten entwickelt. Soweit ersichtlich haben die nationalen Wettbewerbsbehörden insgesamt nur in zwei Fällen von ihrem gesetzlichen Widerspruchsrecht Gebrauch gemacht. Die Monopolkommission empfiehlt den zuständigen deutschen Behörden, künftig bei sämtlichen sie betreffenden Verweisungsanträgen genau zu prüfen, ob eine Verfahrensabgabe nach Brüssel sachdienlich ist. Im gegenteiligen Fall, etwa wenn die Auswirkungen der Fusion im Wesentlichen im Inland spürbar sind, sollte Deutschland sein Vetorecht nutzen. Nur auf diese Weise lässt sich sicherstellen, dass die Regelung des Art. 4 Abs. 5 FKVO zu einer Verbesserung der Besteuerung und nicht lediglich zu einer willkürlichen Verschiebung von Kompetenzgrenzen beiträgt.

107.* Die Zwei-Drittel-Regelung in Art. 1 FKVO blieb zwar von der VO 139/2004 unberührt. Der Fall Gas Natural/Endesa, der in Spanien angemeldet worden war, veranlasste die Europäische Kommission jedoch, über eine Änderung bzw. Aufhebung der Vorschrift nachzudenken. Ihrer Auffassung nach zeigte der Fall, dass aufgrund der Zwei-Drittel-Regelung selbst Zusammenschlüsse mit beträchtlichen grenzüberschreitenden Auswirkungen der europäischen Jurisdiktion entzogen werden. Die Monopolkommission hält die Zwei-Drittel-Regelung im Grundsatz für geeignet, nationale und Gemeinschaftskompetenzen sachgerecht abzugrenzen. Sie sieht allerdings das Bedürfnis für eine Ergänzung dieser Regelung, die der Gemeinschaftsdimension Rechnung trägt, welche auch rein nationalen Zusammenschlüssen anhaften kann. Eine Änderung der gegenwärtigen Kompetenzverteilung empfiehlt sich insbesondere mit Hinblick auf Zusammenschlüsse in Netzindustrien. Die Zwei-Drittel-Regelung führt auf den traditionell monopolistisch geprägten Märkten zu einer rückwärts gewandten Beurteilung der Kompetenzverteilung, die sich vornehmlich an den Verhältnissen der Vergangenheit orientiert. Zusammenschlussvorhaben in diesen Branchen werden indes gerade auch mit der Ausrichtung auf eine künftige europaweite Unternehmenstätigkeit geplant und erhalten vor dem Hintergrund sich öffnender nationaler Märkte eine gemeinschaftsweite Dimension. Darüber

hinaus belegen gerade die jüngsten Entwicklungen in einigen Mitgliedstaaten erneut das hohe Risiko, dass sich bei der Beurteilung von derartigen Fusionen durch nationale Behörden industriepolitische Interessen durchsetzen. Die Monopolkommission plädiert daher für eine gesetzgeberische Lösung, die es der Europäischen Kommission in bestimmten Fällen erlaubt, derartige Zusammenschlussvorhaben unabhängig vom Eingreifen der Zwei-Drittel-Regelung zu prüfen. Eine entsprechende Ausnahmeregelung sollte zwei Kriterien enthalten: Zum einen muss der Zusammenschluss Auswirkungen auf einen Markt haben, der in der Vergangenheit für den grenzüberschreitenden Wettbewerb geschlossen war, zum anderen muss dieser Markt inzwischen aufgrund europarechtlicher Regelung für den grenzüberschreitenden Wettbewerb geöffnet worden sein.

108.* Mit der VO 139/2004 hat sich das Untersagungskriterium der europäischen Fusionskontrolle wesentlich geändert. Im Mittelpunkt des Art. 2 Abs. 2 und 3 FKVO steht nun der so genannte SIEC-Test. Das bisher gültige Marktbeherrschungskriterium bleibt als eine wesentliche Konkretisierung der „erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs“ bestehen. Neu hinzu tritt außerdem die Möglichkeit, Effizienzvorteile von Zusammenschlüssen ausdrücklich zu berücksichtigen. Ergänzt wird die neue FKVO durch Leitlinien zu horizontalen Zusammenschlüssen, mit denen die Kommission darüber informiert, welche Kriterien sie bei der Beurteilung derartiger Vorhaben anwendet. Die angekündigten Leitlinien zu vertikalen und konglomeraten Fusionen stehen noch aus.

109.* Die Diskussion um ein neues Untersagungskriterium war eng verbunden mit Überlegungen, einen verstärkten ökonomischen Ansatz in der Fusionskontrolle zu verankern. Der SIEC-Test ist zwar konzeptionell keine notwendige Voraussetzung des so genannten more economic approach. Vielmehr wäre eine stärker ökonomisch orientierte Vorgehensweise in der Fusionskontrolle nach Auffassung der Monopolkommission auch unter dem Marktbeherrschungskriterium möglich. Dies belegen mehrere Brüsseler Verfahren während der letzten Jahre, in denen die Europäische Kommission einen more economic approach bei gleichzeitiger Anwendung des Marktbeherrschungstests verfolgte. Nach Auffassung der Monopolkommission kann allerdings nicht bezweifelt werden, dass die Diskussion um den SIEC-Test die Überlegungen zu einer vermehrt ökonomischen Betrachtungsweise wesentlich befördert hat. Auch die Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission hat sich seit Einführung des neuen Untersagungskriteriums in den Begründungen, wenn auch nicht in den Ergebnissen, erkennbar gewandelt.

110.* Soweit das Untersagungskriterium betroffen ist, erfolgte dieser Wandel hin zum SIEC-Test zunächst relativ langsam, weil die VO 139/2004 erst am 1. Mai 2004 in Kraft trat und gemäß Art. 26 FKVO für gewisse „Altfälle“ die Fusionskontrollregeln in ihrer alten Fassung anwendbar blieben. Im Lauf der Zeit nahm die Anwendung des SIEC-Kriteriums aber deutlich zu, wobei die Kommission in ihren Entscheidungen häufig nur den gesetzlichen Wortlaut des Untersagungskriteriums wiederholte und offen ließ, ob neben einer beträchtlichen Wettbewerbsbeeinträchtigung auch die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Position zu befürchten war. Neben dieser zeitlichen Komponente ist eine gewisse Tendenz der Europäischen Kommission erkennbar, bei hohen absoluten und relativen Marktanteilen nach wie vor bevorzugt auf den Marktbeherrschungstest zurückzugreifen. Der SIEC-Test wird dagegen eher herangezogen, wenn die beteiligten Unternehmen durch den Zusammenschluss nicht die Marktführerschaft erlangen oder kein weiter Marktanteilsabstand zu ihrem nächsten Wettbewerber besteht.

111.* Größeren Einfluss als das neue Untersagungskriterium hatte der more economic approach auf die Entscheidungspraxis. Die Entwicklung hin zu einer vermehrt ökonomischen Betrachtungsweise drückt sich in verschiedenen Veränderungen der Entscheidungspraxis aus. Zum einen fällt auf, dass die ermittelten Marktanteile zwar immer noch in den meisten Fällen den Ausgangspunkt der vorgenommenen Prüfung bilden, ihre Bedeutung aber zunehmend in Frage gestellt wird. Die Europäische Kommission nimmt häufiger eine ausdrückliche Relativierung der Marktanteile vor und stützt sich dabei verstärkt auf Argumente wie das Vorliegen von Ausschreibungsmärkten oder die Existenz von freien Produktionskapazitäten. Derartige Erwägungen hat sie beispielsweise in den Fällen Continental/Phoenix, Siemens/VA Tech und Air Liquide/Messer Targets sowie bei den Zusammenschlüssen Blackstone/Acetex, Bertelsmann/Springer und Sonoco/Ahlstrom angestellt. In Fällen mit differenzierten Produkten fanden regelmäßig Untersuchungen der Substitutionsbeziehungen statt, auf deren Grundlage in einigen Fällen ebenfalls die zuvor ermittelten Marktanteile relativiert wurden. Überlegungen dieser Art finden sich etwa in den Verfahren Bayer Healthcare/Roche und Piaggio/Aprilia.

112.* Darüber hinaus nehmen Marktuntersuchungen und quantitative Analysen wesentlich breiteren Raum in den Entscheidungen der Europäischen Kommission ein als in der Vergangenheit. Dazu gehört die Berechnung von Marktkonzentration nach dem Hirschman-Herfindahl-Index ebenso wie die Befragung von Marktteilnehmern und die Auswertung von Ausschreibungsdaten. Ferner untermauert die Europäische Kommission ihre Aussagen vermehrt durch ökonomische Analysen, die die qualitative Einschätzung von Zusammenschlüssen ergänzen oder sogar im Vordergrund der Überlegungen stehen. Es lässt sich ferner feststellen, dass Befragungen und quantitative Analysen – beispielsweise in Bezug auf die untersuchten Fragestellungen, das methodische Vorgehen oder die ermittelten Ergebnisse – während des Berichtszeitraums häufig detaillierter erläutert worden sind als in früheren Entscheidungen.

113.* Im Prinzip drückt sich der more economic approach auch in der neu im Gesetz verankerten Möglichkeit der beteiligten Unternehmen aus, die mit einem Zusammenschluss verbundenen Effizienzvorteile geltend zu machen. Im Berichtszeitraum hat diese Möglichkeit allerdings kaum eine Rolle gespielt. Nur in einer Zweite-Phase-Entscheidung – Areva/Urenco/ETC JV – wurde die Problematik angesprochen, auf nähere Ausführungen hat die Europäische Kommission hier allerdings verzichtet. Damit haben sich Befürchtungen, die Europäische Kommission könnte sich zu großzügig bei der Berücksichtigung von Effizienzvorteilen verhalten, jedenfalls bislang nicht bestätigt.

114.* Die Monopolkommission befürwortet grundsätzlich die Anwendung quantitativer Analysen in der Fusionskontrolle. Sie können die qualitative Beurteilung von Zusammenschlüssen sinnvoll ergänzen und dort, wo die traditionelle Vorgehensweise keinen Erfolg verspricht, sogar teilweise ersetzen. Dass der traditionelle Ansatz zur Analyse der Marktbeherrschung besonders bei differenzierten Produkten problematisch ist, zeigt der Fall Oracle/PeopleSoft deutlich. Die bisherige Vorgehensweise sieht zwei Schritte vor – die Marktabgrenzung und die Marktanalyse. Die aus Sicht des vernünftigen Verbrauchers vorgenommene Marktabgrenzung ist jedoch bei differenzierten Produkten stets mit einer gewissen Gefahr der Willkür verbunden, weil sich klare und eindeutige Marktgrenzen wegen der Heterogenität der Verbraucherinteressen nicht angemessen ziehen lassen. Die Bedeutung des Randwettbewerbs um Kunden, bei denen ein Abwandern zu benachbarten Produkten droht, wird zu wenig in den Blick genommen. Diese Probleme lassen sich nach Ansicht der Monopolkommission teilweise umgehen, wenn man unmittelbar auf Nachfrageelastizitäten abstellt und anhand dieser ermittelt, welche Preiserhöhungsspielräume sich durch die Fusion ergeben. Jedoch bedingt dieses Ver-

fahren, dass die Trennung von Marktabgrenzung und Marktanalyse aufgeweicht, wenn nicht gänzlich aufgehoben wird.

115.* Quantitative Analysen stellen nach Ansicht der Monopolkommission ein wichtiges Mittel der Beweiserhebung dar, das der Europäischen Kommission helfen kann, ihre qualitative Einschätzung überzeugend zu belegen. Bedient sich die Wettbewerbsbehörde ökonomischer Studien, muss sie allerdings darauf achten, dass die qualitative und die quantitative Analyse in ein und demselben Fall kohärent sind. So grenzte die Kommission in ihrer Entscheidung Lagardère/Natexis/VUP unterschiedliche Märkte für großformatige und Taschenbücher sowie für die verschiedenen Distributionskanäle ab. In der ökonometrischen Studie wurde hingegen angenommen, dass alle Verkäufe allgemeiner Literatur in einem übergreifenden Modell erklärt werden können. Auf diese Unstimmigkeit ist die Kommission in ihrem Beschluss jedoch nicht eingegangen.

Die Monopolkommission warnt ferner davor, an die quantitative Beweisführung der Europäischen Kommission überzogene Anforderungen zu stellen. Vielmehr ist der Einsatz quantitativer Methoden davon abhängig zu machen, welche Daten – im Hinblick auf Umfang, Qualität und Vergleichbarkeit – die Europäische Kommission im Einzelfall vorfindet oder mit vertretbarem Aufwand ermitteln kann. Die Fälle Blackstone/Acetex und Siemens/VA Tech zeigen beispielsweise, dass auch bei ungünstiger Datenlage wichtige Erkenntnisse mittels quantitativer Analysen möglich sind. Diese können zur Klärung von Zweifelsfragen beitragen und die Transparenz und Nachvollziehbarkeit von behördlichen Entscheidungen fördern

116.* Die Monopolkommission verkennt nicht, dass mit dem more economic approach auch Probleme verbunden sind. Eine verstärkt ökonomische Vorgehensweise verlangt die Erhebung von Daten, die früher nicht erhoben worden sind, sowie deren eingehende Analyse. Damit können die Auswahl der Daten, das Verfahren der Datenerhebung sowie die Auswertung der Daten zum Gegenstand rechtlicher Streitigkeiten werden. Es ist zu hoffen, dass die Rechtsprechung insoweit möglichst bald Standards setzt, welche die Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit von Entscheidungen auch insoweit sicherstellen.

117.* Im Oktober 2005 hat die Europäische Kommission eine Studie vorgelegt, in der sie die in der Praxis aufgetretenen Probleme bei der Durchführung von Zusagen und deren Effizienz erörtert. Sie ermittelte eine Vielzahl von ernsthaften Schwierigkeiten in Bezug auf die Konzipierung und Durchführung von Zusagen. Die Studie kommt zu dem Ergebnis, dass nur 57 % der Abhilfemaßnahmen effektiv waren, in 24 % der Fälle werden sie als teilweise wirksam und in 7 % der Fälle als unwirksam bezeichnet. 12 % der Fälle entzogen sich einer Beurteilung. Die Monopolkommission begrüßt die Veröffentlichung der vorliegenden Untersuchung ausdrücklich. Ihrer Ansicht nach wäre es wünschenswert, dass die Europäische Kommission regelmäßig über die Implementierung von Abhilfemaßnahmen berichtet. Eine Ex-post-Betrachtung kann wichtige Informationen über die Wirksamkeit von Zusagen im Einzelfall geben und darüber hinaus notwendige Anhaltspunkte für die Zusagengestaltung im Allgemeinen liefern. Die Monopolkommission empfiehlt, die in der Studie enthaltenen Verbesserungsansätze möglichst zeitnah in die Mitteilung über Abhilfemaßnahmen und die Musterformulare für Veräußerungszusagen einzuarbeiten. Sie unterstützt insbesondere den mehrfach in der Studie geäußerten Vorschlag, stärkeren Gebrauch von Upfront-Buyer-Zusagen zu machen.

118.* Daneben bestärken die Ergebnisse der vorgelegten Studie die Monopolkommission in ihrer Zurückhaltung gegenüber Zusagen, die den Zugang von Wettbewerbern zur Infrastruktur der Zusammenschlussparteien beinhalten. Sie haben sich unter allen Zusagetypen als am wenigsten effektiv herausgestellt. Außerdem zeigt die vorgenommene Untersuchung, dass eine

gewisse Skepsis auch gegenüber Veräußerungszusagen angebracht ist. Aus der Studie geht hervor, dass viele der im Zusammenhang mit Veräußerungszusagen auftretenden Schwierigkeiten erst nach mehreren Jahren ausgeräumt werden konnten und immerhin 30 % der auftretenden Schwierigkeiten ungelöst blieben. Aufgrund der Untersuchungsergebnisse muss die Wirksamkeit von Zusagen insgesamt als erheblich eingeschränkt angesehen werden, da nur gut die Hälfte der untersuchten Abhilfemaßnahmen ihr Ziel erreichten. Dieser Umstand sollte die Europäische Kommission dazu veranlassen, ihre Haltung gegenüber Abhilfemaßnahmen in grundlegender Weise zu überdenken und sie restriktiver als bisher einzusetzen. Dies muss um so mehr in Fällen gelten, bei denen eine Genehmigung nur mittels umfangreicher Maßnahmenpakete möglich ist. Hier dürften die beobachteten Schwierigkeiten bei der Prognose der Zusagenfolgen, bei der Bestimmung des geeigneten Verpflichtungsumfangs und bei der Überwachung der Zusagendurchführung vermehrt auftreten.

119.* Auch vor dem Hintergrund der genannten Studie empfiehlt die Monopolkommission, den rechtlich zulässigen Umfang von Abhilfemaßnahmen zu begrenzen. In dem Verfahren Lagardère/Natexis/VUP entfiel auf den Veräußerungsgegenstand mehr als die Hälfte des erworbenen Unternehmens. Dieser Umstand wirft die Frage auf, ob es von den Regelungen der FKVO gedeckt ist, einen Zusammenschluss mit der Verpflichtung freizugeben, den größeren Teil des erworbenen Geschäfts wieder zu veräußern. Nach Ansicht der Monopolkommission sprechen die besseren Gründe dafür, Zusammenschlussvorhaben, die derartig starke Wettbewerbsbedenken hervorrufen, zu verbieten. Gerade angesichts der oben erwähnten Studie erscheint die Festlegung umfangreicher Maßnahmenpakete als äußerst bedenklich. Es ist daran zu erinnern, dass sich nach den Untersuchungen der Europäischen Kommission lediglich 57 % der vereinbarten Zusagen als wirksam erwiesen haben. Die mit der Zusagenumsetzung verbundenen Schwierigkeiten dürften mit dem Umfang der auferlegten Abhilfemaßnahmen noch zunehmen. Außerdem erhöht sich mit zunehmendem Umfang der Abhilfemaßnahmen die Gefahr, dass die Wettbewerbsbehörden übermäßigen Einfluss auf die Gestaltung der Marktstrukturen nehmen. Die Höchstgrenze für Bedingungen und Auflagen sollte bei etwa 50 % des Erwerbsgegenstands liegen. Dabei ist der Europäischen Kommission eine gewisse Flexibilität zuzubilligen, damit auch im Einzelfall praktikable Lösungen gefunden werden können.

120.* Während des Berichtszeitraums hat die Europäische Kommission in einer ganzen Reihe von Fällen Freigabeentscheidungen mit Veräußerungsverpflichtungen verknüpft. Veräußerungszusagen weisen einen strukturellen Charakter auf und sind daher grundsätzlich geeignet, auf der Änderung von Marktstrukturen beruhende Wettbewerbsbehinderungen zu beseitigen. Im Einzelfall kann ihre nähere Ausgestaltung dennoch zu Bedenken Anlass geben. In dem Verfahren Johnson & Johnson/Guidant wies ein Teil der Veräußerungszusagen stark verhaltensbezogene Bestandteile auf, wie etwa die Verpflichtung zur Unterstützung des Erwerbers beim Aufbau einer eigenen Produktion oder zur Übermittlung von Forschungs- und Entwicklungsdaten. Diese Verpflichtungen bieten nach Ansicht der Monopolkommission zahlreiche Möglichkeiten für eine Behinderung des Erwerbers und sind kaum zu kontrollieren.

121.* In Hinsicht auf verhaltensorientierte Zusagen hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) in seiner Entscheidung Europäische Kommission/Tetra Laval die vom Gericht erster Instanz (EuG) aufgestellten Kriterien am 15. Februar 2005 bestätigt. Das EuG hatte bereits früher erläutert, dass strukturorientierten Abhilfemaßnahmen bei fusionskontrollrechtlichen Entscheidungen zwar grundsätzlich der Vorzug zu geben sei. Es sei aber nicht a priori auszuschließen, dass sich auf den ersten Blick verhaltensbezogene Verpflichtungen ebenfalls eignen, die Entstehung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung zu verhindern. Daher müssten ange-

botene Zusagen im Einzelnen untersucht werden, ohne dass es darauf ankomme, ob sie jeweils als verhaltensbezogene oder als strukturorientierte Verpflichtung qualifiziert werden könnten. Diese Vorgaben hat die Europäische Kommission im Berichtszeitraum z.B. im Verfahren EDP/ENI/GDP in die Praxis umgesetzt, was das Gericht erster Instanz in dem Prozess EDP/Europäische Kommission bestätigte.

122.* Verhaltensorientierte Abhilfemaßnahmen hat die Europäische Kommission den Parteien z.B. in den Fällen Total/Gaz de France, Areva/Urenco/ETC JV und Piaggio/Aprilia auferlegt. Den Zusammenschluss Total/Gaz de France gab die Europäische Kommission nur unter der Bedingung frei, dass Total den nicht diskriminierenden und transparenten Zugang zu seinen Gastransport- und Speicheranlagen im Südwesten Frankreichs sicherstellte. Diese Zusage wurde durch eine Reihe weiterer Verpflichtungen ergänzt. Obwohl die Rechtsprechung derartige Verhaltenszusagen prinzipiell für zulässig hält, bestehen nach Auffassung der Monopolkommission grundlegende Bedenken gegen die Eignung von Zugangszusagen. Sie beinhalten ein hohes Missbrauchs- und Behinderungspotential und erfordern eine umfängliche Kontrolle seitens der Behörden. Die erheblichen Schwierigkeiten bei der Umsetzung derartiger Abhilfemaßnahmen werden von der oben erwähnten Studie der Europäischen Kommission bestätigt. Hiernach haben sich Zugangszusagen in der Vergangenheit als besonders ineffektiv erwiesen.

123.* In dem Zusammenschluss Areva/Urenco/ETC JV, der sich auf dem Markt für Urananreicherung auswirkte, umfassten die von den Parteien vorgeschlagenen Zusagen unter anderem die Verpflichtung zur Weitergabe von Informationen an die Euratom-Versorgungsagentur (ESA). Diese sollte anhand der übermittelten Daten in die Lage versetzt werden, die Preise für die Urananreicherung zu überwachen und gegebenenfalls korrigierend einzugreifen. Eine solche Zusage, hinter der die Überlegung steht, dass für den Fall des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung die ESA korrigierend eingreift, erweckt erhebliche Bedenken. Die ihr zugrunde liegende Überlegung steht in Widerspruch zu den Zielen der Fusionskontrollverordnung, wonach ein Zusammenschluss schon dann zu untersagen ist, wenn er die Gefahr eines unkontrollierten Verhaltensspielraums hervorbringt oder erhöht. Maßnahmen, die erst dann greifen, wenn die entstehende oder verstärkte marktbeherrschende Position missbräuchlich ausgenutzt wird, gehören in den Bereich der Missbrauchsaufsicht nach Art. 82 EGV. Sie sind jedoch nicht geeignet, die Bedenken gegen die Durchführung eines Zusammenschlusses auszuräumen, der eine marktbeherrschende Position begründet oder verstärkt.

124.* Kritisch ist die Vorgehensweise der Europäischen Kommission auch in den Fällen Siemens/VA Tech und Continental/Phoenix zu beurteilen. Die Kommission hat die Frage nach dem Vorliegen einer Wettbewerbsbeeinträchtigung mit der Begründung offen gelassen, dass die abgegebenen Zusagen mögliche Bedenken gegen den Zusammenschluss auf jeden Fall beseitigen. In dem Verfahren Areva/Urenco/ETC JV wurde mit derselben Begründung der Frage nach möglicherweise bestehenden Effizienzvorteilen nicht weiter nachgegangen. Nach Auffassung der Monopolkommission ist es systematisch verfehlt, im Hinblick auf frühzeitig vorgelegte Zusagenvorschläge auf eine fundierte Prüfung der Zusammenschlussfolgen und deren eindeutige Bewertung zu verzichten. Erst diese Prüfung und die daran anschließende Feststellung von Art und Umfang künftiger Wettbewerbsbeeinträchtigungen lassen nämlich erkennen, ob sich ein Zusagenangebot zur Beseitigung der wettbewerblichen Bedenken eignet. Daneben erlaubt Art. 8 Abs. 2 FKVO die Auferlegung von Bedingungen und Auflagen nur dann, wenn der Zusammenschluss andernfalls zu einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung führen würde. Vergleichbare Erwägungen gelten im Hinblick auf die Beurteilung möglicher Effizienzvorteile im Fall Areva/Urenco/ETC JV.

125.* Der Europäische Gerichtshof und das Gericht erster Instanz haben im Berichtszeitraum eine Reihe von wettbewerbsrechtlich bedeutsamen Urteilen erlassen. Mit Spannung erwartet wurden die Urteile in den Verfahren, in denen die Behandlung konglomerater Zusammenschlüsse im Mittelpunkt der gerichtlichen Auseinandersetzung stand. Am 15. Februar 2005 bestätigte der Europäische Gerichtshof die Urteile des Gerichts erster Instanz vom Oktober 2002, mit dem dieses die Untersagungs- und Entflechtungsentscheidung der Kommission im Fall Tetra Laval/Sidel aufgehoben hatte. Nach Ansicht des Gerichtshofs hat das Gericht erster Instanz keine überhöhten Beweisanforderungen an die Europäische Kommission gestellt. Die Kommission verfüge zwar über einen Beurteilungsspielraum in Wirtschaftsfragen, dies bedeute aber nicht, dass der Gemeinschaftsrichter eine Kontrolle der Auslegung von Wirtschaftsdaten durch die Kommission unterlassen müsse. Eine solche Kontrolle sei um so nötiger, wenn es sich um die bei konglomeraten Zusammenschlüssen erforderliche Untersuchung der voraussichtlichen Entwicklung auf den betroffenen Märkten handele. Das Urteil bestätigt somit, dass die Rechtsprechung gerade in Fällen konglomerater Auswirkungen besonders sorgfältige Begründungen von der Europäischen Kommission erwartet.

126.* Die Kommission wehrte sich mit ihrer Klage ferner gegen die Feststellung des EuG, sie müsse bei der Beurteilung von Anreizen zur Ausnutzung einer Hebelwirkung auch die Rechtswidrigkeit bestimmter Verhaltensweisen nach Art. 82 EGV berücksichtigen. In diesem Punkt folgte der Gerichtshof dem Vorbringen der Kommission und stellte einen Rechtsfehler des Gerichts erster Instanz fest. Dieses habe zwar zu Recht verlangt, dass die Kommission die Wahrscheinlichkeit der Verhaltensweisen prüft, mit der eine Hebelwirkung ausgeübt werden könnte. Es würde jedoch dem mit der Fusionskontrollverordnung verfolgten Präventionszweck zuwiderlaufen, wenn man von der Kommission eine Untersuchung darüber verlange, in welchem Umfang die Anreize für wettbewerbswidrige Verhaltensweisen aufgrund deren Rechtswidrigkeit, der Wahrscheinlichkeit ihrer Entdeckung und ihrer Verfolgung durch die Gemeinschafts- und nationalen Behörden sowie aufgrund möglicher finanzieller Sanktionen verringert oder sogar beseitigt würden. Die Monopolkommission begrüßt diese Ausführungen des Gerichtshofs ausdrücklich. Sie hatte schon früher auf die Probleme hingewiesen, die für die Europäische Kommission damit verbunden wären, im Voraus alle erdenklichen Verstöße gegen Art. 82 EGV und nationale Wettbewerbsregeln simulieren und die damit verbundenen Anreizwirkungen abschätzen zu müssen.

127.* Nach dem Erlass des Urteils Europäische Kommission/Tetra Laval durch den EuGH beschäftigte sich das Gericht erster Instanz – in dem Verfahren GE/Europäische Kommission – erneut mit den konglomeraten Auswirkungen von Zusammenschlüssen. Das Gericht machte der Europäischen Kommission wiederum zum Vorwurf, dass sie bei der Prognose künftiger Verhaltensweisen mögliche Sanktionen nach Art. 82 EGV außer Acht gelassen habe. Ein gewisser Widerspruch zwischen den Überlegungen des EuGH im Fall Europäische Kommission/Tetra Laval und den – zeitlich nachfolgenden – Ausführungen des EuG lässt sich daher nicht ausschließen. Solange in dieser Frage noch keine höchstrichterliche Klärung erfolgt ist, sollte die Kommission in künftigen Entscheidungen wenigstens einen Hinweis auf mögliche abschreckende Wirkungen des Art. 82 EGV aufnehmen und diese ausdrücklich bei ihrer Abwägung zwischen positiven und negativen Faktoren in Rechnung stellen. Welche Auswirkungen die dargestellten Urteile auf die künftige Entscheidungspraxis der Kommission bei konglomeraten Zusammenschlüssen im Übrigen haben werden, bleibt abzuwarten. Möglicherweise wird die Europäische Kommission in Zukunft noch größere Zurückhaltung bei der intensiven Prüfung konglomerater Zusammenschlüsse üben.

128.* Das Gericht erster Instanz hat sich in dem Verfahren GE/Europäische Kommission auch mit der Behandlung vertikaler Effekte befasst und ebenfalls festgestellt, dass die Kommission bei der Beurteilung des künftigen Verhaltens der Zusammenschlussparteien eine mögliche Abschreckungswirkung des Art. 82 EGV berücksichtigen müsse. Das Gericht verlagert also auch hier die vorzunehmende Untersuchung weg von den Marktstrukturen hin zu einem künftigen Verhalten der beteiligten Unternehmen. Diesem Ansatz steht die Monopolkommission – ebenso wie der EuGH in dem Verfahren Tetra Laval/Kommission – kritisch gegenüber. Der Sinn der Fusionskontrolle ist es gerade, eine nachfolgende Verhaltenskontrolle zu erübrigen und sowohl Wettbewerbsbehörden als auch Unternehmen von den Zumutungen einer Verhaltensaufsicht zu befreien. Wenn das Gericht erster Instanz bei der Fusionskontrolle einen Einbezug des künftigen Verhaltens der beteiligten Unternehmen fordert, riskiert es, dass genau dieser Sinn der Fusionskontrolle verloren geht. Mit der Verlagerung auf künftige Verhaltensweisen entsteht die Gefahr, dass den negativen wettbewerblichen Auswirkungen von Zusammenschlüssen nicht genügend Einhalt geboten wird.

129.* Am 21. September 2005 hat das EuG die Untersagungsentscheidung der Europäischen Kommission im Fall der portugiesischen Energiefusion EDP/ENI/GDP bestätigt. Damit hat die Rechtsprechung erstmals wieder eine Verbotsverfügung der Europäischen Kommission aufrechterhalten, nachdem in den Jahren 2001 und 2002 kurz nacheinander drei solcher Entscheidungen für nichtig erklärt worden waren. Das Gericht hielt die Untersagung aufrecht, weil die Kommission die Verstärkung marktbeherrschender Stellungen auf bestimmten Strommärkten zu Recht angenommen habe. Hinsichtlich der untersuchten Gasmärkte folgte das Gericht der Kommission allerdings nicht. Seiner Ansicht nach darf der portugiesische Staat während der Geltung der Ausnahmeregelung des Art. 28 der zweiten EU-Gasrichtlinie den inländischen Gasmarkt beliebig umstrukturieren. Das Gericht bewertete die Ausnahmeregelung also praktisch als *Lex specialis* zur FKVO. Aus fusionskontrollrechtlicher Sicht ist diese Ausnahme sicherlich zu kritisieren. Eine Einbeziehung der künftigen, im Zeitpunkt der Marktöffnung auftretenden Wirkungen des Zusammenschlusses hätte dazu beigetragen, negative Entwicklungen auf dem portugiesischen Gasmarkt zu verhindern. Letztlich muss man die Ausnahmeregelung jedoch – wie das Gericht es getan hat – als eine politische Entscheidung des europäischen Gesetzgebers respektieren, der Mitgliedstaaten wie Portugal erlauben wollte, vor der Marktöffnung einen heimischen Incumbent aufzubauen. Positiv zu vermerken bleibt, dass der Liberalisierungsprozess zur Zeit der Kommissionsentscheidung zumindest im portugiesischen Stromsektor schon in Gang gesetzt war. Andernfalls hätte die Untersagung der rechtlichen Überprüfung auch insoweit nicht standgehalten.

130.* In dem Verfahren EDP/Europäische Kommission ging das Gericht außerdem der Frage nach, ob positive Auswirkungen des Zusammenschlusses auf dem Gasmarkt die negativen Effekte auf dem Strommarkt ausgleichen könnten. Das Gericht betonte, dass ein Verbot bereits dann auszusprechen sei, wenn die Untersagungsvoraussetzungen auf einem einzigen Markt erfüllt seien und machte damit deutlich, dass eine Abwägungsklausel, wie sie in § 36 Abs. 1 2. Halbsatz GWB enthalten ist, im europäischen Fusionskontrollrecht keine Entsprechung findet. Die Monopolkommission hingegen hält die Abwägungsklausel für ein sinnvolles Instrument bei der Beurteilung von Zusammenschlussfällen. Eine solche Klausel ermöglicht es, dass sämtliche für eine Gesamtwürdigung des Zusammenschlusses erforderlichen Wettbewerbswirkungen in die Beurteilung einbezogen werden. Von einer Abwägungsklausel würden ihrer Ansicht nach zudem Transparenz und Nachvollziehbarkeit von fusionskontrollrechtlichen Entscheidungen profitieren. Da die Prüfung positiver und negativer Aspekte bei der Anwendung einer Abwägungsklausel auf rein wettbewerbliche, also kommensurable Aspekte beschränkt bleibt, sind die Wettbewerbsbehörden und -gerichte grundsätzlich auch in der Lage,

die erforderliche Abwägung vorzunehmen. Die Einbeziehung gesamtwirtschaftlicher oder all-gemeinpolitischer Aspekte ist dagegen nicht mit einer Anwendung der Abwägungsklausel im hier verstandenen Sinne verbunden.

V. *Wettbewerbsprobleme im Rundfunkbereich*

131.* Der Mediensektor ist im Umbruch. Durch die Digitalisierung des Rundfunks entstehen neue Anwendungsmöglichkeiten und Programmformen. Die Digitalisierung hat auch dazu geführt, dass das wettbewerbspolitische Problem der Frequenzknappheit entschärft werden konnte. Die Umwälzungen im Medienbereich erfordern von den Marktteilnehmern gewisse Anpassungsfähigkeiten und ein angemessenes Maß an Kreativität, damit sie im Wettbewerb bestehen können. Dieser Anpassungsprozess an die neuen Marktgegebenheiten darf nicht durch institutionelle Regelungen gebremst oder durch ordnungspolitische Defizite erschwert werden.

132.* Auf dem Markt für Programmsoftware (Filme, Serien, Nachrichten) konkurrieren senderabhängige und -unabhängige Produzenten um die Produktionsaufträge der Programmveranstalter. Dabei besteht für die unabhängigen Anbieter die Gefahr, dass die gegründeten Tochterfirmen der Sender oder auch die abhängigen Produzenten bei der Auftragsvergabe, der Vergütung und bei den Vertragsbedingungen durch die Programmveranstalter bevorzugt behandelt werden und es somit zu Wettbewerbsverzerrungen kommt. Dies ist dann problematisch, wenn der Programmanbieter zu den öffentlich-rechtlichen Sendeanstalten gehört und er die eigenen Produktionsfirmen bei der Auftragsvergabe privilegiert. Werden nämlich die Einnahmen aus dem Gebührenaufkommen genutzt, um die Aktivitäten der privatrechtlichen Tochterfirmen auf der Produktionsebene zu subventionieren, wird der Wettbewerb zu Lasten der freien Produzenten verzerrt.

Um zu vermeiden, dass die öffentlich-rechtlichen Sendeanstalten ihre Aufträge einseitig zu Lasten der Wettbewerber an ihre Tochterunternehmen vergeben, muss eine neutrale und für alle offene Vergabe von Produktionsaufträgen durch die öffentlich-rechtlichen Programmanbieter sichergestellt werden. Zur Zeit lässt sich dies für Außenstehende aber nur schwerlich überprüfen, da die Verträge, die über die privaten Tochterunternehmen abgeschlossen werden, nicht von den üblichen Kontrollgremien der öffentlich-rechtlichen Programmveranstalter – namentlich dem Verwaltungs- und Rundfunkrat, beim ZDF: Fernsehrat – eingesehen werden können. Um hier so viel Transparenz wie möglich zu schaffen, plädiert die Monopolkommission zum einen für eine klarere als die bisher erfolgte Trennung zwischen dem öffentlich-rechtlichen Auftrag und der kommerziellen Geschäftstätigkeit der Sendeanstalten und zum anderen für eine Ausweitung der Prüfrechte der Rundfunkgremien und der Rechnungshöfe.

133.* Begünstigt durch die Entwicklungen im Rundfunksektor, ist zu erwarten, dass sich neue Unterhaltungs- und Werbeformen (geteilte Bildschirme, virtuelle und interaktive Werbung) etablieren. Welche Formen es zukünftig geben wird, hängt von der Kreativität der Akteure, von den rechtlichen Rahmenbedingungen sowie von der Bereitschaft der Produzenten, Programmgestalter und werbetreibenden Industrie zu einer stärkeren Zusammenarbeit ab. Die Entwicklung neuer Werbekonzepte und die Verlagerung von Werbegeldern auf neue Werbeformen werden aber durch die im Rundfunkgesetz verankerten Einschränkungen für Produktwerbung erschwert. Dies führt dazu, dass eine flexible Finanzierung audiovisueller Inhalte durch neue Werbeformen nahezu ausgeschlossen ist und kaum Wachstumsimpulse für die Medienunternehmen entstehen können.

Aus diesem Grund begrüßt die Monopolkommission den Vorstoß der EU-Kommission, mit der überarbeiteten „Fernsehrichtlinie“ (Vorschlag zur Änderung der Richtlinie 89/552/EWG in der Fassung der Richtlinie 97/36/EG) eine geringere Regulierungsdichte im Medienmarkt zu erreichen. Eine Liberalisierung der bestehenden Werberegeln verbessert die Einnahmemöglichkeiten der werbefinanzierten Sender und folglich deren Situation im Wettbewerb um attraktive Programminhalte und Zuschauer gegenüber den anderen Rundfunkveranstaltern. Die Zulassung neuer Werbeformate wie beispielsweise Produktplatzierungen in Medienproduktionen ist nach Auffassung der Monopolkommission bei Wahrung der Transparenz zu befürworten, um das Aufkommen neuer Geschäftsideen und -modelle zu ermöglichen und die Wettbewerbsfähigkeit der audiovisuellen Medien zu stärken.

134.* Die Programmebene in Deutschland ist als duales Rundfunksystem organisiert. Neben dem von Staatswegen technisch, programmlich und finanziell abgesicherten öffentlich-rechtlichen Rundfunk existiert der private oder auch kommerzielle Rundfunk, der Regelungen unterliegt und Vorschriften zur Veranstaltung von Werbung zur Refinanzierung seiner Tätigkeiten einhalten muss. Die deutsche Rundfunkordnung wurde seit 1961 durch das Bundesverfassungsgericht in mittlerweile zehn Rundfunkurteilen geprägt und gestaltet. Die Grundlage für die Entscheidungen des Gerichts bildet die Rundfunkfreiheit, die in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG garantiert ist und alle mit der Rundfunkveranstaltung verbundenen Tätigkeiten schützt. Durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und die darauf erfolgte Ausgestaltung der Rundfunkordnung hat der öffentlich-rechtliche Rundfunk eine Sonderstellung erhalten. Diese besondere verfassungsrechtliche Stellung hat dazu geführt, dass nicht nur der Gesetzgeber die Aktivitäten der öffentlich-rechtlichen Sender auf ihren meritorischen Charakter hin – was aus Effizienz- und Kostengründen unabdingbar wäre – nicht überprüfen kann, sondern auch, dass der Wettbewerb verschiedener Rundfunkanbieter als Governance-Mechanismus seine Wirkung verliert, um Ineffizienzen im deutschen Rundfunksystem aufzuheben und zu vermeiden.

135.* Die öffentlich-rechtlichen Sender haben in den letzten Jahren ihre Aktivitäten durch Spartensender und Online-Angebote erweitert. Dabei war eine zunehmende inhaltliche Überschneidung mit den privaten Angeboten festzustellen. Die weitreichenden Expansionsaktivitäten, deren rechtliche Zulässigkeit zunehmend umstritten ist, haben zu Wettbewerbsverzerrungen in erheblichem Ausmaß vor allem zu Lasten der Entwicklung einer leistungsfähigen und international wettbewerbsfähigen privaten Medienindustrie geführt. Die Aufgabenzuweisung im dualen Rundfunksystem ist zu überdenken. Der Auftrag, der dem öffentlich-rechtlichen Sektor übertragen wird, sollte präzisiert werden. Die Neuausrichtung der dualen Rundfunkordnung hat von veränderten Ausgangsbedingungen auszugehen. Die technischen Voraussetzungen für eine marktliche Bereitstellung und für funktionsfähigen Wettbewerb im Rundfunk haben sich maßgeblich verbessert. Eine Abkehr von marktlichen Steuerungsprinzipien in der gegenwärtigen Form kann nicht mehr durch eine vermeintliche Sondersituation des Rundfunks begründet werden. An die Stelle der Ausgewogenheitspflege kann in weiten Bereichen ein Modell der Marktoffenhaltung treten. Positiver Gestaltungsbedarf besteht allenfalls in meritorischen Programmbereichen, in denen mit einer privaten Bereitstellung nicht zu rechnen ist. Eine Anknüpfung der Gebührenpflicht an die Bereithaltung von Empfangsgeräten läuft im Zeitalter der Konvergenz Gefahr, sich vollständig von der Absicht des Rundfunkempfangs abzukoppeln und verstieße vermutlich als Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Besteuerung gegen Art. 28 EGV. Die Einführung einer allgemeinen nutzungsunabhängigen Abgabe sollte in Erwägung gezogen werden. Außerdem sollte die Gebühr längerfristig von einschlägigen Beurteilungen der Programmqualität und der Funktionserfüllung abhängen.

136.* Die Rundfunkfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Deutschland steht in dem Verdacht, gegen das Beihilfeverbot nach Art. 87 EGV zu verstoßen. Die EU-Kommission untersuchte die Verbindungen zwischen den gebührenfinanzierten Sendern in Deutschland und ihren kommerziellen Tochterunternehmen. Nach Ansicht der Kommission handelt es sich bei der Rundfunkgebühr um eine parafiskalische Zwangsabgabe und damit um eine staatliche Beihilfe. Folglich bedürfen die Rundfunkgebühren einer besonderen Rechtfertigung und unterliegen der Kontrolle der EU-Kommission. Diese Kontrolle der EU-Kommission über den Rundfunk haben die nationalen Regierungen nur mit Widerwillen anerkannt und im Zusatzprotokoll von Amsterdam ihren Willen zum Fortbestand der öffentlich-rechtlichen Rundfunkfinanzierung bekundet. Es besteht somit ein Spannungsverhältnis zwischen der marktwirtschaftlichen Konzeption der Europäischen Gemeinschaft als Wirtschaftsgemeinschaft und der kulturpolitischen Rechtfertigung der Rundfunkgebühr.

Nach Auffassung der Monopolkommission bietet Art. 87 EGV eine geeignete Grundlage zur Austragung der daraus resultierenden Konflikte. Die Monopolkommission qualifiziert die Rundfunkgebühren im Einklang mit der Europäischen Kommission als Beihilfe, denn die Gebührenfinanzierung ist letztlich ein Substitut für eine Finanzierung aus Steuermitteln und daher ebenso wie diese als Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EGV zu würdigen. Dies schließt freilich eine Rechtfertigung der Gebührenfinanzierung aus kulturpolitischen Gründen gemäß Art. 87 Abs. 3 lit. d) EGV nicht aus. Nach Auffassung der Monopolkommission gestattet diese Bestimmung eine differenzierte Würdigung der Gebührenfinanzierung im Hinblick auf einzelne Verwendungszwecke. Interpretiert man Art. 87 Abs. 3 lit. d) EGV im Lichte des Zusatzprotokolls von Amsterdam, so kann an der Gebührenfinanzierung als solcher zur Unterstützung nationaler Rundfunkversorgung kein Zweifel bestehen. Probleme können sich freilich in Randzonen ergeben, wo die öffentlich-rechtlichen Sender in Bereiche expandieren, für die es keine kulturpolitische Begründung mehr gibt. Wo die Grenze des Zulässigen hier zu ziehen ist, hängt von der Eigenart der betreffenden Bereiche ab. Um die damit zwangsläufig verbundene Rechts- und Investitionsunsicherheit abzumildern, sollte der Gesetzgeber die Empfehlungen der EU-Kommission für den öffentlich-rechtlichen Rundfunkbereich in nationales Recht übernehmen.

137.* Darüber hinaus ist über eine Budgetierung der Aktivitäten der öffentlich-rechtlichen Sender nachzudenken. Zusätzlich sollten die Anstalten dazu verpflichtet werden, im Rahmen einer freiwilligen Selbstverpflichtung gegenüber der Bevölkerung für eine bestimmte Periode konkrete Angaben darüber zu machen, wie viel Geld sie für ihr Programmangebot benötigen, welche Projekte sie planen und welche Qualitätskriterien sie einzuhalten gedenken. An den geleisteten Versprechen könnten sie dann nach Ablauf der Periode gemessen und mögliche Korrekturmaßnahmen abgeleitet werden.

138.* Durch die Datenkompression konnte das zentrale Wettbewerbsproblem der Frequenzknappheit im Rundfunksektor entschärft werden, was den Akteuren der medialen Wertschöpfungskette neue Möglichkeiten für das Fernsehangebot und die Fernsichtnutzung eröffnet. Da sich sämtliche Arten von Informationen (Texte, Fotos, bewegte Bilder und Sprache) in digitale Signale umwandeln lassen und sowohl über breitbandige Fernsehkabel und Rundfunksatelliten als auch über schmalbandige Telefonleitungen übermittelt werden können, werden sich die Telefon- und Kabelnetze langfristig zu digitalen Universalnetzen entwickeln. Aus wettbewerbspolitischer Sicht ist diese Entwicklung zu begrüßen, da die Disziplinierungswirkung eines intensiven Wettbewerbs zwischen den Übertragungsmedien die Notwendigkeit für eine staatliche Regulierung einzelner Netze wie dem Telekommunikationsnetz auf ein Minimum reduziert.

139.* Die digitale Rundfunkübertragung erfordert auf dem Weg vom Veranstalter zum Zuschauer technische und administrative Dienstleistungen, die je nach Ausgestaltung als neue Marktzutrittsschranken wirken können. Um einen offenen Marktzugang zu gewährleisten und ein vielfältiges Programmangebot für den Rezipienten dauerhaft zu sichern, bedarf es wettbewerbspolitischer Korrekturen. Diese staatlichen Eingriffe sollten aber nicht in Form detaillierter Belegungsregeln für die jeweiligen Transportkapazitäten erfolgen, sondern durch die Gewährleistung eines offenen, chancengleichen und diskriminierungsfreien Zugangs zum Markt bzw. Zuschauer.

140.* In den letzten Jahren versuchen immer mehr Unternehmen, auf allen Stufen der medialen Wertschöpfungskette vertreten zu sein. Dabei kann aus wettbewerbspolitischer Sicht ein Problem entstehen. Wenn der Betreiber einer Übertragungsplattform als Programmveranstalter auftritt, hat er einen Anreiz, nur seine Programme zu senden und die Programme anderer Anbieter nicht oder zu schlechteren Bedingungen über sein Medium zu transportieren. Die Monopolkommission ist der Ansicht, dass ähnlich wie im Fall des Zugangs zu den technischen Einrichtungen aufgrund der derzeit geltenden Regelungen kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht, um die Meinungsvielfalt im deutschen Rundfunkwesen zu gewährleisten. Handlungsbedarf ergibt sich nur in Bezug auf die Kompetenzverteilung zwischen Bundesnetzagentur, Kartellamt und Landesmedienanstalten. Aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen ist es möglich, dass die Institutionen bei ihren Beurteilungen ein und desselben Sachverhalts zu divergierenden Entscheidungen kommen. Für derartige Fälle hat der Gesetzgeber noch kein praktikables Procedere vorgesehen. Daher bleibt zu hoffen, dass sich die betroffenen Stellen auf eine rechtssichere Anwendungspraxis verständigen und die Regulierungsvorhaben so umsetzen, dass sich das digitale Fernsehen frei entwickeln kann.

141.* Der Ausbau und die Digitalisierung des Breitbandkabelnetzes kommen in Deutschland erst in jüngster Zeit voran. Die zögerliche Entwicklung lässt sich zum Teil mit der bremsenden Wirkung von markthemmenden Faktoren wie der Unsicherheit der Unternehmen über die Akzeptanz neuer digitaler Angebote durch den Nutzer, der fehlenden gemeinsamen Vermarktungsstrategie des digitalen Fernsehen und der unterschiedlichen Strategien der Kabelbetreiber und der Programmveranstalter begründen. Neben diesen marktgetriebenen Faktoren existiert aber auch eine Vielzahl von rechtlichen Regulierungen, die der Dynamik der Marktakteure und somit der raschen Entwicklung des Kabelnetzes weiterhin entgegenstehen. Um den Infrastrukturwettbewerb zum Telefonnetz zu intensivieren, sind deutschlandweit weitere Investitionen zum Ausbau des Kabels erforderlich. Der Ausbau wird jedoch durch die gegenwärtige Marktstruktur, die Eigentumsverhältnisse und die Regulierungsvorschriften erschwert. Eine deutsche Besonderheit ist, dass verschiedene Netzebenen unterschiedlichen Eigentümern gehören. Während die Netzebene 3, die die Signale bis an die Grundstücksgrenze führt und überwiegend in der Eigentümerschaft der regionalen Kabelgesellschaften ist, wird der Anschluss von dort bis in die Wohnung (Netzebene 4) von sehr vielen verschiedenen, zum Teil sehr kleinen Unternehmen betrieben. Die notwendigen Investitionen wären in einer Hand besser zu koordinieren und eine Marktkonsolidierung daher zu begrüßen, zumal einer vertikalen und horizontalen Marktberingung nur geringe wettbewerbspolitische Bedenken entgegenstehen. Die Abhängigkeit eines Haushalts von seinem Kabelnetzbetreiber erhöht sich nicht, wenn dieser mit einem Betreiber aus einer anderen Region fusioniert. Bezüglich des Kabelanschlusses besteht immer eine Alleinstellung, an der sich durch vertikale und horizontale Fusionen nichts ändert.

142.* Ein weiteres Hindernis für zukünftige Kabelnetzbetreiber besteht in der Unsicherheit über das regulatorische Umfeld. Das Breitbandkabelnetz unterliegt sowohl medien- als auch

telekommunikationsrechtlichen Regulierungen. Das Medienrecht beschränkt in gegenwärtig nicht ganz sicher abzuschätzender Weise die Verwendungsmöglichkeiten der Kapazitäten, die der Betreiber durch Investitionen in das Kabel schafft. Unklar ist, inwieweit die Landesmedienanstalten über den „Must-Carry“-Bereich hinaus auf die Kanalbelegung Einfluss nehmen werden. In der Vergangenheit sind die Kapazitäten benutzt worden, um die Programmübertragung der öffentlich-rechtlichen Sender auszuweiten. So wurden über die zusätzlich ausgewiesenen „Must-Carry“-Kanäle die dritten Programme, die lokal konzipiert waren, deutschlandweit ausgestrahlt. Nimmt man die lokale Orientierung der Programme ernst, ist eine Notwendigkeit dieser Ausweitung nicht zu erkennen. Die Belastung der Kabelnetzbetreiber mit „Must-Carry“-Regelungen schränkt die Nutzung für alternative Zwecke ein und reduziert den Anreiz zum Ausbau der Netze.

143.* Für die Anwendung der telekommunikationsrechtlichen Regelungen ist die Frage entscheidend, ob auf der Endkundenseite, der Seite der Zuschauer, das Kabelfernsehen ein eigener Markt ist und der Kabelbetreiber in seiner Region zwangsläufig ein Monopol besitzt oder ob es Teil eines weiteren Markts ist, dem auch Satelliten- sowie terrestrisches Fernsehen und neuerdings Internetfernsehen angehören. Im Gegensatz zu Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur plädiert die Monopolkommission dafür, den relevanten Markt weit abzugrenzen und die anderen Übertragungswege in den gemeinsamen Markt einzubeziehen. Die von Kartellamt und Bundesnetzagentur vorgenommene Marktabgrenzung sollte überdacht werden, da in Zeiten der Digitalisierung die Medien konvergieren und alternative Teilnehmerzugänge für multimediale Dienste einschließlich des TV-Geschäfts via Satellit und Internet existieren bzw. sich entwickeln. Unter der Voraussetzung, dass eine weite Marktabgrenzung zugrunde gelegt wird, spricht sich die Monopolkommission gegen die telekommunikationsrechtliche Entgeltregelung des Breitbandkabels aus, da eine Regulierung des Entgelts den Anreiz zum Ausbau der Infrastruktur reduziert.

144.* Das Bundeskartellamt und die Bundesnetzagentur gehen mit dem Bundesgerichtshof davon aus, dass der Kabelbetreiber auch gegenüber den Programmveranstaltern über ein Monopol verfüge. Diese Marktabgrenzung ist nicht unproblematisch, da sie das Interesse des Kunden an einer ausreichenden Programmauswahl außer Acht lässt und nicht berücksichtigt, dass auf der Kundenseite Substitutionen zwischen den verschiedenen Übertragungswegen durchaus möglich sind. Das Interesse der Kunden an einer großen Programmvielfalt hat zur Folge, dass die Infrastrukturanbieter ebenfalls ein Interesse daran haben, viele Programme zu übertragen. Für die Programmveranstalter ergeben sich indirekte Wirkungen, die durch den Wettbewerb der Netzbetreiber um die Kunden ausgelöst werden. Dieser Wettbewerbseffekt ist insbesondere dort von Bedeutung, wo mehrere Infrastrukturen nebeneinander bestehen. Es ist besser, dem Infrastrukturwettbewerb zu vertrauen und nicht etwa durch eine zu starke Regulierung die Investitionsanreize der Infrastrukturanbieter zu limitieren.

145.* Derzeit ist es schwer, die Entwicklung der Markt- und Unternehmensstrukturen im Medienbereich genau vorherzusagen. Aufgrund der Marktdynamik ist es angeraten, mit regulatorischen Eingriffen zurückhaltend umzugehen. Dirigistische Markteingriffe bergen stets die Gefahr, Wettbewerbsverzerrungen auf dynamischen Märkten herbeizuführen oder Investitionsanreize sowie unternehmerisches Engagement zu limitieren. Die möglichen wettbewerbspolitischen Fehlentwicklungen auf den Medienmärkten sollten ausschließlich durch die flexiblen Klauseln des GWB korrigiert werden. In wettbewerbspolitisch bedenklichen Fällen wird es dann die Aufgabe des Kartellamts sein, geeignete Gegenmaßnahmen einzuleiten. Das Kartellamt sollte sich rechtzeitig auf seine Aufgabe vorbereiten sowie die anstehenden Veränderungen aufmerksam verfolgen und sie flexibel in seine Entscheidungspraxis einbeziehen.

VI. Wettbewerbsprobleme bei Freien Berufen

146.* Die vielfältigen Regelungen, die bei bestimmten Freien Berufen den Berufszugang regeln sowie den wirtschaftlichen Wettbewerb beschränken, werden zunehmend kritisch gesehen. Die Monopolkommission hat sich deshalb entschlossen, den Bereich der Freien Berufe unter wettbewerbspolitischen Gesichtspunkten zu untersuchen. Neben allgemeinen Überlegungen sollen auch ausgewählte Freie Berufe, nämlich Rechtsanwälte, Apotheker sowie selbständige Architekten und Bauingenieure, detailliert untersucht werden.

147.* Die Vielfältigkeit der Freien Berufe erschwert eine allgemeine Definition dieser Berufsgruppe. Auch in der Rechtsordnung gibt es keinen einheitlichen Begriff der Freien Berufe. Jedoch besteht bei einer Reihe von Berufen Einigkeit, dass sie zu den Freien Berufen gehören. Zu dieser Gruppe gehören auch die von der Monopolkommission detailliert untersuchten Berufe. Freiberuflichkeit bedeutet nicht notwendig wirtschaftliche Selbständigkeit, wie man besonders bei den Ärzten sieht. Die Bezeichnung „Freie Berufe“ stellt historisch auch weniger auf die Freiheit der Berufsausübung ab, sondern sollte vor allem die herausgehobene Bedeutung dieser Tätigkeiten betonen. Auch heute noch dient die Berufung auf die Freiberuflichkeit der Abgrenzung gegen kaufmännische oder handwerkliche Tätigkeiten.

148.* Die Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission hat im Jahr 2002 eine grundlegende wettbewerbliche Prüfung der Regelungen der Freien Berufe begonnen. Als wichtigste Regelungen identifiziert die Kommission dabei verbindliche Festpreise, Preisempfehlungen, Regeln für die Werbung, Regelungen über den Berufszugang, vorbehaltene Tätigkeiten sowie Vorschriften über die zulässige Unternehmensform und die Zusammenarbeit mit anderen Berufen. Nachdem die Kommission zuerst eine umfangreiche Studie erstellen ließ, hat sie in der Zwischenzeit auch zwei Berichte zu dieser Frage veröffentlicht; eine erste kartellrechtliche Untersagungsverfügung ist bereits ergangen, und zwar gegen die Honorarordnung der belgischen Architektenkammer.

Rechtfertigung berufsrechtlicher Regelungen

149.* Berufsrechtliche Regelungen werden heute nur noch selten mit der besonderen Würde eines Berufstandes gerechtfertigt. Vielmehr wird darauf abgestellt, dass sie besonderen gesellschaftlichen Zielen dienen, wie z.B. der Behebung von Marktunvollkommenheiten, der Verteilungsgerechtigkeit oder anderen, nichtökonomischen Zwecken. Jedoch reicht eine bloße Berufung auf diese Ziele für eine Rechtfertigung nicht aus. Vielmehr muss nachgewiesen werden, dass eine Regelung das fragliche Ziel tatsächlich fördert und diese positiven Auswirkungen der Regelung ihre negativen Folgen überwiegen.

150.* Weichen die Bedingungen auf einem Markt von den Voraussetzungen des vollkommenen Wettbewerbs ab, beispielsweise weil Informationen asymmetrisch verteilt sind oder externe Effekte vorliegen, dann kann davon gesprochen werden, dass Marktunvollkommenheiten vorliegen. Denn dann kann nicht damit gerechnet werden, dass unregulierter Wettbewerb zu einem optimalen Marktergebnis führt. Für viele berufsrechtliche Regelungen wird behauptet, dass sie durch das Vorhandensein von Marktunvollkommenheiten gerechtfertigt seien. Teilweise werden dabei auch Begriffe wie „Qualitätssicherung“ oder „Verbraucherschutz“ verwendet. Allein die Existenz von Marktunvollkommenheiten reicht jedoch nicht dazu aus, eine berufsrechtliche Regelung zu rechtfertigen. Denn damit ist nur gezeigt, dass ein Markt vom theoretischen Ideal des vollkommenen Wettbewerbs abweicht. Es ist aber nicht sichergestellt, dass ein staatlicher Eingriff in der Lage ist, eine Verbesserung des Marktergebnisses zu erreichen, die hinreichend groß ist, um die mit staatlichen Eingriffen verbundenen Probleme zu

überwiegen. Für die Herstellung eines optimalen Marktergebnisses muss eine staatliche Stelle nicht nur über hinreichend genaue Informationen verfügen, sondern es muss auch sichergestellt sein, dass diese Stelle tatsächlich eine Wohlfahrtsmaximierung anstrebt und nicht etwa nur die Interessen einzelner Marktteilnehmer verfolgt.

151.* Für den Nachweis einer Rechtfertigung sollte nach Ansicht der Monopolkommission die Argumentationslast bei den Befürwortern einer besonderen berufsrechtlichen Regelung liegen. Dafür sprechen sowohl die wirtschaftspolitische Erfahrung wie die grundsätzlichen Entscheidungen des Grundgesetzes und des EG-Vertrages. Dieser Nachweis muss jedoch nicht unbedingt mit rigorosen ökonomischen Studien erbracht werden. Im Rahmen der Argumentation können insbesondere historische oder internationale Vergleiche hilfreich sein.

152.* Die in der Diskussion um die Rechtfertigung freiberuflicher Regelungen am häufigsten genannten Marktunvollkommenheiten sind asymmetrische Informationen, externe Effekte und öffentliche Güter. Asymmetrische Informationen können bei freiberuflichen Leistungen dann vorliegen, wenn der Auftraggeber nur unzureichend beurteilen kann, welche Qualität die erbrachten Dienstleistungen hat, oder er sich nicht sicher darüber ist, ob und in welchem Umfang er einer freiberuflichen Leistung überhaupt bedarf. Eine asymmetrische Informationsverteilung kann dazu führen, dass zu wenig von einer bestimmten freiberuflichen Leistung nachgefragt wird oder der Markt für diese Leistung sogar vollkommen zusammenbricht. Zwar können asymmetrische Informationen eine Rechtfertigung für berufsrechtliche Regelungen sein; jedoch ist stets zu prüfen, ob nicht die Regeln der allgemeinen Rechtsordnung ausreichen, den von ihnen ausgelösten Problemen entgegenzuwirken. Externe Effekte liegen vor, wenn der Konsum oder die Produktion eines Gutes Auswirkungen auf unbeteiligte Dritte hat; dabei sind sowohl positive als auch negative externe Effekte denkbar. Ein Beispiel für externe Effekte im Bereich der freiberuflichen Dienstleistungen ist die Sicherheit eines Gebäudes, die nicht nur den Bauherrn und Architekten betrifft, sondern auch unbeteiligte Passanten. Die klassische Lösung für das Problem der externen Effekte sind Rechtsnormen, Steuern oder Subventionen, die direkt oder indirekt zur Berücksichtigung der Interessen Dritter zwingen. Öffentliche Güter sind durch das Merkmal der „Nichtrivalität im Konsum“ gekennzeichnet. Die Erzeugung öffentlicher Güter durch eine Berufsgruppe kann eine Rechtfertigung für staatliche Regelungen sein. Es besteht jedoch die Gefahr, dass bestimmte Schlagworte, wie z.B. die „Reibungslosigkeit des Rechtsverkehrs mit Behörden und Gerichten“, zu öffentlichen Gütern erklärt werden, um als pauschale Rechtfertigung für Markteingriffe zu dienen.

153.* Die wohl am häufigsten genannte Rechtfertigung für berufsrechtliche Regelungen ist die Qualitätssicherung auf einem von asymmetrischen Informationen gekennzeichneten Markt. Regelungen wie geschützte Berufsbezeichnungen, vorbehaltene Tätigkeitsbereiche sowie die sanktionsbewehrte Festlegung von Qualitätsmerkmalen sind grundsätzlich dazu geeignet, einer asymmetrischen Informationsverteilung entgegenzuwirken, sie müssen jedoch in ihrer Ausgestaltung verhältnismäßig sein. Dagegen sind verbindliche Mindestpreise als Mittel der Qualitätssicherung sehr kritisch zu beurteilen. Denn der von den Befürwortern behauptete Zusammenhang zwischen verbindlichen Mindestpreisen und Sicherstellung einer hohen Qualität bleibt unklar bzw. ist von weiteren Voraussetzungen abhängig, deren Erfüllung zweifelhaft ist. Auch muss bedacht werden, dass nicht jede Art von Qualitätssteigerung wünschenswert ist, insbesondere wenn sie durch höhere Preise Personen vom Konsum der Dienstleistung ausschließt.

154.* Ein weiterer Regulierungsgrund, der eng mit dem Informationsproblem zusammenhängt, ist die Erleichterung von Vertragsabschlüssen. Dies betrifft zum einen Verträge zwi-

schen dem Auftraggeber und dem Freiberufler und zum anderen Versicherungsverträge, die den Bedarf nach der freiberuflichen Leistung betreffen, wie z.B. Rechtsschutzversicherungen oder Krankheitskostenversicherungen. Der Abschluss dieser Verträge wird erleichtert, wenn der Gesetzgeber Regelungen über Höhe und Struktur einer angemessenen Vergütung vorgibt, da diese dann nicht unbedingt im Vertrag vereinbart werden müssen. Zur Erreichung dieses Zieles sind aber keine verbindlichen Preise notwendig; vielmehr reicht es, einen Referenztarif vorzugeben, der nur gilt, wenn die Vertragsparteien nichts anderes vereinbart haben.

155.* Neben der Existenz von Marktunvollkommenheiten wird auch der Gesichtspunkt der Verteilungsgerechtigkeit als Rechtfertigung für berufsrechtliche Regelungen genannt. Durch die berufsrechtliche Regelung solle sichergestellt werden, dass die freiberufliche Leistung bei Bedarf allen Mitgliedern der Bevölkerung zur Verfügung steht. Die Legitimität staatlicher Umverteilungsziele liegt in der Entscheidung des demokratisch legitimierten Gesetzgebers und steht damit außerhalb der Wettbewerbspolitik. Wettbewerbspolitisch relevant ist jedoch die Frage, wie diese Ziele am besten umgesetzt werden können. Dabei sind grundsätzlich die Institutionen des staatlichen Steuer- und Sozialsystems gegenüber direkten Eingriffen in den Markt- und Wettbewerbsprozess vorzuziehen. Kritisch zu sehen sind deshalb Versuche, freiberufliche Gebührenordnungen mit dem Argument der Quersubventionierung zu rechtfertigen. Laut diesem Argument subventioniert der einzelne Berufsangehörige weniger ertragreiche Aufträge durch Gewinne aus lukrativeren Aufträgen. Eine solche Quersubventionierung setzt voraus, dass diese beiden Arten von Aufträgen gleichmäßig auf die Berufsangehörigen verteilt sind. Konzentrieren sich die lukrativeren Aufträge bei wenigen Berufsangehörigen, wird die Quersubventionierung scheitern. Außerdem können höhere Preise für zahlungskräftige Auftraggeber auch ein Fall von gesetzlich vorgegebener Preisdiskriminierung sein. Dagegen können nicht kostendeckend erbrachte Leistungen – insbesondere von Berufsanfängern – Investitionscharakter haben, um sich einen Kundenstamm aufzubauen. Freiberufliche Preisregelungen können jedoch gerechtfertigt sein, wenn es darum geht, die staatliche Inanspruchnahme freiberuflicher Leistungen zu Zwecken der Umverteilung zu regeln. Wird z.B. ein Rechtsanwalt gesetzlich zur Leistung von Beratungshilfe verpflichtet, dann ist es ihm nicht möglich, ein angemessenes Honorar hierfür auszuhandeln. Folglich muss es staatlich geregelt werden. Jedoch kann dieses Argument nicht zur Rechtfertigung von Gebührenregelungen außerhalb dieses Bereichs verwendet werden. Weiterhin werden verbindliche Gebührenregelungen unter dem Gesichtspunkt der Sicherstellung einer flächendeckenden Versorgung gerechtfertigt. Nach Ansicht der Monopolkommission sind sie jedoch nicht geeignet, diesem Ziel zu dienen; vielmehr können Festpreise sogar falsche Anreize für die Standortwahl von Berufsangehörigen setzen.

156.* Eine weitere wichtige Frage bei der Regulierung der Freien Berufe ist die Frage, wer mit der Ausgestaltung und Durchsetzung der Regelungen zu betrauen ist. Eine Selbstregulierung durch die Berufsangehörigen hat zwar den Vorteil einer großen Sachnähe, eröffnet aber die Gefahr, dass bei der Entscheidungsfindung nur die Interessen der Berufsgruppe oder sogar nur eines Teiles davon berücksichtigt werden.

Kartellrechtliche Beurteilung der Berufsregeln

157.* Es ist heute unbestritten, dass sich auch die Freien Berufe im Anwendungsbereich des Kartellrechts befinden. Nach dem Inkrafttreten der Verordnung 1/2003 und der Siebten GWB-Novelle kommt es auch nicht mehr darauf an, ob auf eine einzelne Regelung das europäische Kartellrecht oder nur das GWB anwendbar ist, weil bei der Anwendung nach den gleichen Grundsätzen vorzugehen ist. Jedoch sind freiberufliche Regelungen, die in der Form

von Gesetzen oder Rechtsverordnungen erlassen wurden, als staatliche Rechtsnormen vom Kartellrecht ausgenommen. Dagegen unterliegen Berufsordnungen, die durch Berufskammern in Satzungsform ergangen sind, ohne weiteres der kartellrechtlichen Prüfung. Solche Regelungen können gegen Art. 81 EGV oder § 1 GWB verstoßen, wenn sie eine Beschränkung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken. Sie sind jedoch vom Kartellverbot ausgenommen, wenn sie zur Sicherstellung der ordnungsgemäßen Ausübung des Berufes erforderlich sind (Wouters-Ausnahme) oder die Freistellungsvoraussetzungen nach Art. 81 Abs. 3 EGV bzw. § 2 GWB erfüllen. Daneben kommt ein Verstoß des Staates gegen seine Loyalitätspflicht aus Art. 10 EGV in Frage, wenn er eine gegen Art. 81 EGV verstoßende Kartellabsprache vorschreibt oder erleichtert oder ihre Auswirkungen verstärkt. Ein solcher Verstoß setzt jedoch stets einen Zusammenhang mit einem kartellrechtswidrigen Verhalten von Unternehmen voraus. Es reicht also nicht aus, dass eine staatliche Rechtsnorm – wie z.B. eine Mindestpreisregelung – die gleiche Wirkung wie eine private Kartellabsprache hat.

Die Grundfreiheiten des EG-Vertrages

158.* Im Gegensatz zum Kartellrecht sind die Grundfreiheiten des EG-Vertrages gerade auf staatliche Rechtsnormen uneingeschränkt anwendbar. Geht es um die grenzübergreifende Erbringung von freiberuflichen Leistungen, wird meistens die Dienstleistungsfreiheit einschlägig sein. Bei Apothekern ist regelmäßig die Warenverkehrsfreiheit betroffen. Zwar erfassen die Grundfreiheiten nur Regelungen, die grenzüberschreitende Vorgänge beschränken. Dazu können jedoch auch Regeln gehören, die formal keinen Unterschied zwischen inländischen und ausländischen Marktteilnehmern machen, wenn sie ausländische Marktteilnehmer oder grenzüberschreitende Transaktionen stärker belasten als inländische Vorgänge. Das kann insbesondere freiberufliche Gebührenordnungen betreffen, wenn sie einen Marktzugang für ausländische Anbieter erschweren. Liegt ein Eingriff in eine Grundfreiheit vor, ist zu prüfen, ob die Regelung als bloße „Verkaufsmodalität“ vom Anwendungsbereich der Grundfreiheit ausgenommen oder durch zwingende Allgemeininteressen gerechtfertigt ist.

Rechtsanwälte

159.* Die Monopolkommission hält es auch weiterhin für angemessen, den Zugang zur außergerichtlichen Rechtsberatung vom Nachweis einer entsprechenden Qualifikation abhängig zu machen. Jedoch sollte sich diese Zugangsbeschränkung auf den Kernbereich der Rechtsberatung und Rechtsbesorgung beziehen. Dazu muss im novellierten Rechtsberatungsgesetz klargestellt werden, dass Beratungsleistungen, bei denen eine Beratung erkennbar vor allem unter betriebswirtschaftlichen, technischen oder sonstigen nichtjuristischen Gesichtspunkten erfolgen soll, vom Anwendungsbereich des Gesetzes ausgenommen sind. Zudem sollte der Katalog der ausdrücklich freigestellten Tätigkeiten noch erweitert werden. Auch dürfen Personen, die über eine relevante Qualifikation verfügen, nicht vom Marktzugang ausgeschlossen werden. Der Gesetzgeber sollte deshalb Diplom-Wirtschaftsjuristen sowie Juristen mit erstem Staatsexamen (erster Prüfung) zur außergerichtlichen Rechtsberatung zulassen. Sollten sich die „Bologna-Abschlüsse“ Bachelor und Master auch im juristischen Bereich durchsetzen, wäre diese Erlaubnis auf Bachelor-Absolventen der Rechtswissenschaft auszudehnen.

160.* Im Bereich der anwaltlichen Gebührenregelungen spricht sich die Monopolkommission für eine Aufhebung des Gebührenunterschreitungsverbot es auch im gerichtlichen Bereich aus. Jedoch sollte das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz weiterhin als Referenztarif aufrechterhalten werden, der gilt, wenn nicht anderes vereinbart wird. Die zur Begründung des Gebührenunterschreitungsverbot es genannten Argumente können nicht überzeugen. Denn das Gebührenunterschreitungsverbot ist für die Sicherung der freien Anwaltswahl, die Herstellung von Kos-

tentransparenz, die Ermöglichung einer Rechtsschutzversicherung, der Prozesskosten- und der Beratungshilfe weder geeignet noch erforderlich; dazu reicht es aus, dass die Gebührenordnung als Referenztarif gilt bzw. spezielle Gebührentatbestände für Prozesskosten- und Beratungshilfefälle vorhanden sind. Außerdem ist zweifelhaft, in welchem Umfang tatsächlich eine relevante Quersubventionierung zwischen mehr und weniger lukrativen Mandaten stattfindet.

161.* Die Monopolkommission spricht sich auch für die Zulassung von anwaltlichen Erfolgshonoraren aus. Dies schließt den Sonderfall der *quota litis*, bei der das anwaltliche Honorar aus einem Teil des erstrittenen Betrags besteht, mit ein. Für die Zulassung von Erfolgshonoraren spricht, dass es für den Rechtsanwalt Ansporn für besondere Anstrengungen sein kann und beim Kläger das Prozesskostenrisiko senkt. Zwar gibt es jetzt schon die Möglichkeit einer Prozessfinanzierung durch einen Dritten. Die Verbindung von anwaltlicher Tätigkeit und Prozessfinanzierung ist aber möglicherweise kosteneffektiver. Das Verbot des Erfolgshonorars wird vom Gesetzgeber mit dem Schutz der Unabhängigkeit des Anwalts begründet. Diese sei gefährdet, wenn der Anwalt ein wirtschaftliches Interesse am Ausgang der Sache habe. Bereits jetzt gibt es aber eine Reihe von Fällen, in denen erfolgsabhängige Honorare zugelassen oder sogar gesetzlich vorgesehen sind, ohne dass der Gesetzgeber darin eine Gefährdung der anwaltlichen Unabhängigkeit sieht. Tatsächlich muss die anwaltliche Unabhängigkeit vor allem als Unabhängigkeit vom Staat gesehen werden. Jedoch geht die Rechtsordnung auch davon aus, dass der Anwalt ein parteiischer Interessenvertreter ist. Zudem hat der Anwalt auch ohne Erfolgshonorare ein wirtschaftliches Interesse am Ausgang der Sache. Denn nur wenn der Mandant zufrieden ist, kann der Rechtsanwalt auf weitere Aufträge oder Weiterempfehlungen hoffen. Eine Zulassung von Erfolgshonoraren und *quota litis* würde nach Einschätzung der Monopolkommission auch nicht zur Entstehung „amerikanischer Verhältnisse“ im deutschen Schadensersatzrecht führen, da andere Eigenheiten des amerikanischen Rechts, wie z.B. Strafschadensersatz und Jury-Entscheidung, in Deutschland nicht vorhanden sind. Zum Schutz des Auftraggebers sollte jedoch eine nachträgliche gerichtliche Kontrolle von Erfolgshonoraren in Bezug auf ihre angemessene Höhe möglich sein.

162.* Im Bereich der Werbung empfiehlt die Monopolkommission, die Werberegeln des anwaltlichen Berufsrechts aufzuheben und die anwaltliche Werbung nur noch dem UWG zu unterstellen. Weiterhin berufsrechtlich verboten sein sollte nur eine aggressive oder irreführende Vorgehensweise bei der Ansprache einzelner Personen. Die bisherigen Regelungen sind aus Gründen des Verbraucherschutzes nicht notwendig; dieser kann bereits durch die Anwendung des UWG erreicht werden. Auch haben die Regelungen nur wenig zur Rechtssicherheit auf diesem Gebiet beigetragen. Im Übrigen werden sich die meisten Rechtsanwälte auch aus Eigeninteresse – um ihre Seriosität nicht in Frage zu stellen – eine gewisse Zurückhaltung bei der Werbung auferlegen.

163.* Bei den Regeln über die anwaltliche Tätigkeit im Rahmen einer Kapitalgesellschaft empfiehlt die Monopolkommission die Einführung einheitlicher Vorschriften für alle sozietätsfähigen Berufe. Dabei sollten die bisherigen Mehrheitsregeln bei der interprofessionellen Zusammenarbeit in Kapitalgesellschaften aufgegeben werden. Weiterhin sollte es möglich sein, dass auch Personen, die nicht Rechtsanwälte sind und keinen sonstigen sozietätsfähigen Beruf ausüben, als Geschäftsführer einer Rechtsanwalts-GmbH tätig werden können. Jedoch sollte mindestens einer der Geschäftsführer der GmbH Rechtsanwalt sein. Schließlich spricht sich die Monopolkommission dafür aus, Personen, die nicht Rechtsanwälte sind und auch keinen sonstigen sozietätsfähigen Beruf ausüben, eine Beteiligung an Rechtsanwalts-Kapitalgesellschaften zu ermöglichen. Zur Verhinderung von Interessenkonflikten muss dabei die Liste

der Anteilsinhaber öffentlich einsehbar sein; eine Börsennotierung der Rechtsanwalts-AG sollte ausgeschlossen bleiben. Daneben ist an eine Zuverlässigkeitsprüfung der nichtanwaltlichen Kapitalgeber zu denken; falls der Gesetzgeber dies für sinnvoll hält, wäre auch eine anteilmäßige Beschränkung der Kapitalbeteiligung von Nichtanwälten möglich.

Apotheker

164.* Die Monopolkommission empfiehlt, den Umfang der Apothekenpflicht unter Berücksichtigung internationaler Erfahrungen zu überprüfen. Bestimmte Arzneimittel, die in Großbritannien oder den USA nicht apothekenpflichtig sind, könnten möglicherweise auch in Deutschland zum Verkauf in Supermärkten und Drogerien zugelassen werden. Zumindest sollte es möglich sein, sie innerhalb der Apotheke als Selbstbedienungsware anzubieten. Soweit jedoch Arzneimittel wegen des Beratungsbedarfes weiterhin apothekenpflichtig sein sollen, ist darüber nachzudenken, eine zu dokumentierende Beratungspflicht des Apothekers einzuführen.

165.* Der Zugang zum Beruf des Apothekers sollte in Zukunft auch über ein Fachhochschulstudium möglich sein.

166.* Nicht ohne weiteres aufgehoben werden kann die Preisregelung bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln. Da die Kosten dieser Arzneimittel von der Krankenkasse getragen werden, besteht für den Patienten kein ausreichender Anreiz, nach preisgünstigen Apotheken zu suchen. Daran ändern auch die Zuzahlungsregeln in der gesetzlichen Krankenkasse nur wenig.

167.* Eine Möglichkeit, Preiswettbewerb in diesem Bereich zu ermöglichen, besteht darin, nur bestimmte – besonders günstige – Apotheken zur Versorgung der Patienten einer Krankenkasse zuzulassen. Die Apotheken stünden dann im Preiswettbewerb um die Zulassung zur Versorgung der Patienten dieser Krankenkasse. Jedoch wäre die Verwirklichung dieses Modells zumindest in ländlichen Gebieten problematisch, da dort entweder der durchschnittliche Weg zur nächsten Apotheke deutlich zunähme oder die Krankenkassen dort fast alle Apotheken zur Versorgung zulassen müssten, was den Wettbewerbsdruck verringern würde.

168.* Die Monopolkommission hält deshalb ein anderes Modell für vorzugswürdig. Danach übernimmt der Patient die Kosten für die Dienstleistung der Apotheke, während die Krankenkasse weiter die Kosten des Arzneimittels trägt. Dieses Modell wird dadurch verwirklicht, dass der Apotheker vom Patienten eine Pauschale für seine Leistung erhebt, deren Höhe er selber festlegt. Der Gesetzgeber kann Ober- und Untergrenzen für diese Pauschale festsetzen. Die bisherige Zuzahlung zu Arzneimitteln entfällt dafür. Da der Patient die Kosten für die Apotheke selber trägt, hat er eine Motivation, nach einer preisgünstigen Apotheke zu suchen. Zwar ist zu erwarten, dass in Gegenden mit geringer Apothekendichte höhere Pauschalen verlangt werden, weil dort der Wettbewerb zwischen den Apothekern nicht so stark ist. Jedoch würden dadurch Anreize zur Ansiedlung in diesen Gegenden gesetzt werden.

169.* Die Monopolkommission spricht sich dafür aus, das bisher geltende Fremdbesitzverbot bei Apotheken aufzuheben. Damit könnten auch Nichtapotheker Eigentümer einer Apotheke sein. Die Apotheke müsste jedoch weiterhin verantwortlich von einem – möglicherweise angestellten – Apotheker geführt werden. Daneben sollte ein Mehrbesitz von Apotheken auch oberhalb der aktuellen Grenze von vier Apotheken zugelassen werden. Die Bildung von Apothekenketten könnte zu Effizienzsteigerungen und zu einer Wettbewerbsbelebung bei den Apotheken führen. Zur Verhinderung von lokalen und regionalen Monopolen sollte jedoch die Fusionskontrolle auf dem Apothekenmarkt – übergangsweise – auch unterhalb der übli-

chen Aufgreifschwelle gelten; die entsprechenden Verfahren sollten bei den Landeskartellbehörden stattfinden. Unabhängig davon spricht sich die Monopolkommission dafür aus, den Apothekern die Berufsausübung auch in Form einer GmbH zu ermöglichen; sollte sich der Gesetzgeber gegen eine Aufhebung des Fremdbesitzverbotes entscheiden, wären nur Apotheker als Gesellschafter zuzulassen.

170.* Die Monopolkommission spricht sich weiter dafür aus, eine räumliche Integration der Apotheke in andere Einzelhandelsgeschäfte zu ermöglichen. Apotheken könnten dann als räumlich unselbständiger Teil eines Drogeriemarktes oder Kaufhauses betrieben werden. Der Verkauf von Arzneimitteln, die verschreibungspflichtig sind oder nur nach Beratung angewandt werden sollten, würde aber weiterhin nicht in Selbstbedienung, sondern nur über den Apothekentisch erfolgen.

171.* Im Bereich der Werbung befürwortet die Monopolkommission auch für die Apotheker eine Abschaffung der berufsspezifischen Werberegeln. Die Werbung der Apotheker würde sich dann nur noch nach dem UWG und dem Heilmittelwerbeengesetz richten.

Architekten und Ingenieure

172.* Auch die Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) sollte nach Ansicht der Monopolkommission nur noch als Referenztarif gelten. Im historischen und internationalen Vergleich ist ein Zusammenhang zwischen verbindlichen Mindestpreisen und hoher Bauqualität nicht zu erkennen – auch der im Auftrag der Bundesregierung erstellte „Statusbericht 2000 plus“ hat einen solchen Nachweis nicht erbracht. Insbesondere ist zu bedenken, dass Mindestpreise keine „auskömmlichen Einkommen“ sicherstellen können, wenn sie zu vermehrten Markteintritten führen. Teilweise wird argumentiert, dass die besonderen Anforderungen öffentlicher Stellen, die Planungsleistungen in Auftrag geben, eine verbindliche Mindestpreisregelung notwendig machen. Die Monopolkommission ist von diesem Argument nicht überzeugt; im Übrigen könnte es auch nur eine Mindestpreisregelung für den öffentlichen Bereich rechtfertigen, nicht jedoch für private Auftraggeber.

