

Eine Wettbewerbsordnung für die Finanzmärkte

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

– 2012/2013 –

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	1
---------------------	----------

Kurzfassung.....	7
-------------------------	----------

Kapitel I

Aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik.....	58
--	-----------

Google, Facebook & Co – eine Herausforderung für die Wettbewerbspolitik.....	58
---	-----------

1	Problemaufriss.....	58
2	Besonderheiten von Internetdiensten.....	60
2.1	Plattformstruktur.....	61
2.2	Daten als Wettbewerbsfaktor.....	62
2.3	Portfolio- und Konglomerateffekte.....	63
3	Datenzugriff und Marktmacht.....	63
4	Internetplattformen als wesentliche Einrichtungen?.....	65
5	Ausgewählte Missbrauchsverfahren.....	66
5.1	Schutz der Suchneutralität (Google).....	66
5.2	Verhinderung der Nutzung von Skaleneffekten durch Wettbewerber.....	68
5.3	Erste Stellungnahme zum bisherigen Vorgehen der Kartellbehörden.....	68
6	Einzelne Ansatzpunkte zur Einhegung eines übermäßig weitreichenden Datenzugriffs	69
6.1	Anpassung der Fusionskontrollregeln?.....	69
6.2	Strukturelle Maßnahmen, insbesondere Entflechtung.....	70
6.3	Regulierungsmaßnahmen.....	71
6.4	Datensouveränität und Transparenz.....	71
7	Ausblick: Datenzugriff und Wettbewerb.....	72

Neuere Entwicklungen im Energiebereich.....	74
--	-----------

1	EEG-Reform	74
1.1	Gesetzentwurf der Bundesregierung.....	74
1.2	Volkswirtschaftliche Würdigung	76
2	Reform der Besonderen Ausgleichsregelung für stromkosten- und handelsintensive Unternehmen.....	77
2.1	Gesetzentwurf der Bundesregierung.....	77
2.2	Würdigung des Gesetzentwurfs.....	79
3	EEG-Beihilfeverfahren	79
3.1	Darstellung	79

3.2	Wettbewerbspolitische Würdigung.....	83
3.3	Verbleibende Risiken für deutsche Unternehmen	84
Kriminalisierung von Kartellrechtsverstößen in Deutschland?.....		86
1	Aktuelle Impulse für die Debatte um eine Kriminalisierung.....	86
2	Gegenstand einer möglichen Kriminalisierung.....	86
3	Rechtliche Rahmenbedingungen.....	87
4	Anwendungspraxis.....	90
5	Ausreichende Abschreckungswirkung des derzeitigen Sanktionensystems?.....	92
6	Präventivwirkung von Kriminalstrafen.....	96
7	Principal-Agent-Problem.....	99
8	Strafrechtsdogmatische Anforderungen und Kohärenz.....	99
9	Erfahrungen im Ausland.....	101
10	Flankierende Maßnahmen.....	102
10.1	Kronzeugen-Regelung.....	103
10.2	Settlements.....	105
10.3	Zuständigkeit und Koordination der Behörden.....	106
11	Sonstige Optionen zur Erweiterung des Sanktionensystems.....	107
11.1	Berufsverbot.....	107
11.2	Erhöhte Aufdeckungswahrscheinlichkeit durch Belohnung von Whistleblowing?.....	108
11.3	Unternehmensstrafrecht.....	111
12	Fazit.....	112
Wettbewerbsdefizite auf Taximärkten.....		114
1	Einleitung.....	114
2	Rechtlicher Rahmen.....	114
3	Rechtfertigung der Regulierung?.....	117
3.1	Notwendigkeit einer Konzessionsbeschränkung?.....	117
3.2	Notwendigkeit einer Preisregulierung?.....	119
4	Wettbewerb zwischen dem Taxi- und Mietwagenverkehr.....	122
5	Wettbewerb bei der Taxivermittlung.....	124
6	Handlungsempfehlungen.....	127
Wettbewerb in der deutschen Kinder- und Jugendhilfe.....		128
1	Einführung in die Thematik und Problemaufriss	128
2	Organisation und Entwicklung öffentlicher Ausgaben in der Kinder- und Jugendhilfe.....	130
2.1	Organisation.....	130
2.2	Entwicklung öffentlicher Ausgaben.....	132
3	Grundlagen des Wettbewerbs in der Kinder- und Jugendhilfe.....	133

3.1	Besonderheiten sozialer Dienstleistungen in der Kinder- und Jugendhilfe.....	133
3.2	Effizienzbegriff, Wettbewerb und Freiheit	135
3.2.1	Weiter Effizienzbegriff umfasst auch sozialen Mehrwert	135
3.2.2	Freiheit als Ergebnis von Wettbewerb.....	136
3.3	Grundfreiheiten, Kartell-, Beihilfe- und Vergaberecht.....	137
3.3.1	Grundfreiheiten	137
3.3.2	Kartellrecht	137
3.3.3	Beihilferecht.....	138
3.3.4	Vergaberecht	140
3.4	Beispiele der Einführung von Wettbewerb in die Kinder- und Jugendhilfe.....	143
3.4.1	Wettbewerbliche Neuordnung der Kinder- und Jugendhilfe.....	143
3.4.2	Einführung betriebswirtschaftlicher Elemente: Einzelfallbezogene Leistungs-, Entgelt- und Qualitätsentwicklungsvereinbarungen	143
3.4.3	Das Gutscheinsystem in der Kinderbetreuung.....	146
4	Wettbewerbsdefizite und Gemeinnützigkeit.....	148
4.1	Steuerliche Privilegien gemeinnütziger Träger.....	149
4.2	Ungleiche Förderpraxis bei Kindertageseinrichtungen in unterschiedlicher Trägerschaft....	150
4.3	Institutionelles Wettbewerbshemmnis: Der Jugendhilfeausschuss	153
5	Zusammenfassung der Handlungsempfehlungen.....	155
5.1	Grundfreiheiten und Kartellrecht.....	155
5.2	Beihilferecht.....	155
5.3	Vergaberecht.....	156
5.4	Entgeltreform	156
5.5	Steuerliche Privilegien gemeinnütziger Träger.....	157
5.6	Ungleiche Förderpraxis von Kindertageseinrichtungen in unterschiedlicher Trägerschaft...	157
5.7	Institutionelles Wettbewerbshindernis: Der Jugendhilfeausschuss.....	157
	Datenzugang der Monopolkommission.....	158
1	Weiterhin unzureichender Datenzugang der Monopolkommission.....	158
2	Umfassendes Akteneinsichtsrecht der Monopolkommission	159
3	Keine ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung der Monopolkommission ohne umfassenden Datenzugang.....	160
4	Zweckbindung der Ermittlungen des Bundeskartellamtes.....	162
5	Effektive Aufgabenwahrnehmung durch das Bundeskartellamt weiterhin möglich.....	163
6	Folgerungen.....	164

Kapitel II

Stand und Entwicklung der Konzentration und Verflechtung von Großunternehmen	165
1 Gegenstand und Ziel der Untersuchung.....	165
2 Die 100 größten Unternehmen 2010 und 2012.....	167
2.1 Methodische Vorbemerkungen.....	167
2.2 Seit dem Berichtsjahr 2010 eingetretene Veränderungen.....	169
2.3 Die gesamtwirtschaftliche Bedeutung der „100 Größten“	178
2.3.1 Wertschöpfung.....	178
2.3.2 Beschäftigte.....	186
2.3.3 Sachanlagen.....	188
2.3.4 Cashflow.....	189
2.4 Rechtsformen der „100 Größten“	191
3 Branchenspezifische Betrachtung.....	191
3.1 Aussagegehalt der branchenspezifischen Geschäftsvolumina.....	191
3.2 Industrie.....	192
3.3 Handel.....	197
3.4 Verkehr und Dienstleistungen.....	200
3.5 Kreditgewerbe.....	201
3.6 Versicherungsgewerbe.....	203
4 Verflechtungen der „100 Größten“.....	205
4.1 Problemstellung.....	205
4.2 Anteilsbesitz an den „100 Größten“	207
4.2.1 Gegenstand und Datenquellen.....	207
4.2.2 Zusammenfassende Betrachtung aller Anteilseigner der „100 Größten“	207
4.2.3 Beteiligungen aus dem Kreis der „100 Größten“	216
4.3 Personelle Verflechtungen.....	220
4.3.1 Methodische Vorbemerkungen.....	220
4.3.2 Darstellung der personellen Verflechtungen zwischen den „100 Größten“	221
4.3.3 Aufschlüsselung der Kontrollgremien nach Gruppen von Mandatsträgern.....	225
5 Die Beteiligung der „100 Größten“ an den beim Bundeskartellamt angemeldeten Unternehmenszusammenschlüssen und an den Freigabeentscheidungen.....	228

Kapitel III

Europäisches Verflechtungsnetzwerk.....	233
1 Gegenstand und Ziel der Untersuchung.....	233
2 Methodische Vorbemerkungen und Stichprobenauswahl.....	233
2.1 Theoretische Grundlagen und empirische Literatur.....	233

2.2	Datengrundlage.....	235
2.2.1	Stichprobe.....	235
2.2.2	Patentdaten.....	240
2.2.3	Lerner Index und Wettbewerbsmaß	242
3	Empirische Befunde.....	245
3.1	Darstellung personeller und kapitalmäßiger Verflechtungen.....	245
3.1.1	Personelle Unternehmensverflechtungen nach Ländern und Branchenzugehörigkeit.....	245
3.1.2	Kapitalmäßige Verflechtungen nach Ländern und Branchen.....	250
3.1.3	Verflechtungsnetzwerke über Geschäftsführungsmitglieder und parallele Kapitalbeteiligungen.....	254
3.2	Zusammenhang zwischen Unternehmensverflechtungen und finanziellen Erfolgsgrößen. .	257
3.2.1	Personelle Verflechtungen.....	258
3.2.2	Kapitalverflechtungen.....	260
3.2.3	Zusammenfassung und Ausblick.....	262
3.3	Personelle Verflechtungen und Innovationstätigkeit von Unternehmen.....	263
3.3.1	Untersuchungsgegenstand.....	263
3.3.2	Methodische Vorbemerkungen und empirische Befunde.....	265
3.3.3	Diskussion der Ergebnisse und Ausblick	269

Kapitel IV

Kartellrechtliche Entscheidungspraxis.....	271
1 Deutsche Fusionskontrolle	271
1.1 Einführung: Die Übernahme des SIEC-Tests in die deutsche Fusionskontrolle.....	271
1.1.1 Prüfungsvoraussetzungen des neuen Untersagungskriteriums.....	273
1.1.2 Erste praktische Erfahrungen mit der Anwendung des SIEC-Tests.....	277
1.2 Statistischer Überblick über die Fusionskontrollpraxis im Berichtszeitraum.....	278
1.3 Parallele internationale Zuständigkeiten und divergierende Entscheidungen	283
1.4 Marktabgrenzung.....	285
1.5 Marktbeherrschung	288
1.5.1 Marktbeherrschung bei Kabelnetzbetreibern.....	289
1.5.2 Marktbeherrschung auf regionalen Märkten für Finanzprodukte.....	290
1.5.3 Unterschiedliche Bewertung eines Fusionsvorhabens je nach Untersagungskriterium	291
1.6 Anwendung der Abwägungsklausel.....	294
1.7 Sanierungsfusionen.....	295
1.8 Abhilfemaßnahmen.....	298
2 Europäische Fusionskontrolle.....	300
2.1 Einführung.....	300

2.2	Statistischer Überblick.....	300
2.3	Zuständigkeit.....	302
2.3.1	Keine Verweisung bei kleinteiligen, aber grenzüberschreitenden Märkten.....	302
2.3.2	Verweisungsanträge im Mobilfunkmarkt.....	303
2.3.3	Reform des Verweisungsregimes.....	305
2.4	Wettbewerbliche Beurteilung.....	307
2.4.1	Maßgebliches „Counterfactual“ und Sanierungsfusion.....	308
2.4.2	Gegengewichtige Nachfragemacht der Abnehmer und Verhandlungsmacht der Zusammenschlussparteien.....	309
2.4.3	Quantitative Analysen.....	314
2.4.3.1	Anwendung des UPP-Ansatzes und Merger Simulation.....	315
2.4.3.2	Wettbewerbliches Näheverhältnis	321
2.4.3.3	Quantifizierung des Effizienzeinwands.....	323
2.4.4	Effizienzen.....	326
2.4.4.1	Voraussetzungen des Effizienzeinwands	328
2.4.4.2	Teilweise Anerkennung von Effizienzgewinnen.....	329
2.4.4.3	Synergien in Fusionskontrollfällen.....	330
2.5	Abhilfemaßnahmen.....	331
2.5.1	Veräußerungszusagen.....	331
2.5.2	Lebensfähigkeit des zu veräußernden Geschäftsbereichs.....	332
2.5.3	Marktöffnungs- und Verhaltenszusagen.....	333
2.5.4	Upfront-Buyer-Zusagen.....	334
2.5.5	Unzureichende Zusagenangebote.....	335
2.6	Rechtsprechung.....	336
2.7	Legislative Entwicklungen.....	340
2.7.1	Verfahrensvereinfachung in der ersten Verfahrensphase.....	340
2.7.2	Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb.....	341
3	Marktmachtmissbrauch bei der Versorgung mit Fernwärme?.....	344
3.1	Grundlegende Wettbewerbssituation und Sektoruntersuchung des Bundeskartellamtes.....	345
3.2	Wärmemarkt oder Markt für Fernwärme?.....	346
3.3	Wirkung von Preismisbrauchsverfahren als regulierungsähnliche Marktaufsicht.....	348
4	Kartelle und Kartellverfahren.....	351
4.1	Ökonomische Methoden einer proaktiven Kartellverfolgung	351
4.1.1	Einführung.....	351
4.1.2	Konzepte.....	352
4.1.2.1	Struktureller Ansatz.....	352
4.1.2.2	Verhaltensorientierter Ansatz.....	354
4.1.3	Stand der Amtspraxis	356

4.1.4	Würdigung	357
4.2	Schwerpunktbereiche der Kartellverfolgung.....	358
4.2.1	Drogerieartikel.....	358
4.2.2	Schienen, Weichen und Schwellen.....	363
4.2.3	Baustoffe.....	368
5	Vertriebsbeschränkungen (insbesondere: Internetvertrieb).....	375
5.1	Preisbindungen (Festool, Dr. Hauschka).....	376
5.2	Bestpreisklauseln: Bindung von Wettbewerbern des Plattformbetreibers (Plattformneutralität) (Amazon).....	376
5.3	Bestpreisklauseln: Bindung von (reinen) Nutzern einer Plattform (Hotelbuchungsportale) ..	377
5.4	Behinderung des Internetabsatzes (Haus- und Gartengeräte sowie Sportartikel).....	379
6	Sanktionen und Schadenersatz.....	384
6.1	Verfassungsrechtliche Fragen.....	384
6.1.1	Bußgeldhöhe.....	385
6.1.2	Vergleichsverfahren.....	386
6.1.3	Verzinsungspflicht bei Kartellgeldbußen.....	387
6.2	Private Kartellverfolgung.....	388
6.3	Bedeutung von Compliance.....	392
7	Spezielle Wirtschaftsbereiche.....	394
7.1	Geistiges Eigentum im Wettbewerb.....	394
7.1.1	Grundlegende Elemente der Anwendung des Kartellrechts im Bereich des geistigen Eigentums.....	396
7.1.2	Zugang zu standardessenziellen Patenten (SEP).....	399
7.1.2.1	Überblick: Patente und Standards.....	400
7.1.2.2	Vorreiterfunktion des BGH: Der Orange Book-Standard und dessen Weiterentwicklung ..	401
7.1.2.3	Stellungnahme der Monopolkommission.....	403
7.1.2.4	Ausblick: Lösungsansätze jenseits des Wettbewerbsrechts.....	405
7.1.3	Reform des europäischen Technologietransfer-Regimes.....	406
7.1.4	Nutzung von proprietären Informationen als Marktstandards.....	408
7.1.4.1	Datenstandards als Plattform.....	409
7.1.4.2	Wertpapiercodes als Plattform: Standard & Poor's und Reuters Instruments Codes.....	411
7.1.4.3	Kollektive Lizenzverweigerung: Credit Default Swap-Informationen.....	413
7.1.4.4	Fazit: Interoperabilität durch kartellrechtliche Einhegung von geistigem Eigentum an Marktstandards.....	414
7.1.5	Europäisierung der audiovisuellen Leistungsschutzrechte?.....	415
7.2	Medien.....	418
7.2.1	Besondere Verantwortung des Staates.....	418
7.2.2	Videoportale privater und öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten.....	419

7.2.3	Verteidigung des Systems des deutschen Presse-Grosso.....	422
7.3	Krankenversicherung.....	423
7.3.1	Rechtswegzersplitterung im Verfahrensrecht.....	423
7.3.2	Gemischtes Bild im materiellen deutschen Recht.....	423
7.3.3	Anwendungsbereich des europäischen Wettbewerbsrechts.....	424
7.3.4	Betrachtung des Gesamtmarkts und Ausblick.....	426
8	Verfahrensrelevanz quantitativer Methoden	426
9	Ex-post-Evaluation der Amtspraxis.....	429
9.1	Einführung.....	429
9.2	Stand der Evaluationspraxis.....	430
9.3	Würdigung	431
10	Markttransparenzstelle für Kraftstoffe.....	432
10.1	Einführung.....	432
10.2	Funktionalität	433
10.3	Resonanz und Entwicklung.....	434
10.4	Würdigung.....	437

Kapitel V

Kommunale Wirtschaftstätigkeit und der Trend zur Rekommunalisierung.....439

1	Aktuelle Entwicklungen: Rekommunalisierung und unternehmerische Tätigkeit der kommunalen Hand.....	439
1.1	Entwicklung kommunalen Unternehmertums.....	439
1.2	Motive für die Ausdehnung kommunaler Wirtschaftstätigkeit.....	447
2	Rahmenbedingungen der kommunalen Tätigkeit	449
2.1	Rechtliche Grundlagen der wirtschaftlichen Tätigkeit von Kommunen.....	449
2.1.1	Grundlegende Beschränkungen des kommunalen Tätigkeitsfeldes.....	449
2.1.2	Erfordernis eines öffentlichen Zwecks und länderspezifische Regelungen der Kommunalverfassung.....	450
2.1.3	Wettbewerbsrechtliche Schranken kommunaler unternehmerischer Tätigkeit.....	453
2.1.3.1	Anwendung des Kartellrechtes und die Frage der Preishöhenkontrolle.....	453
2.1.3.2	Grenzen aus der Anwendung des Beihilfe- und Vergaberechtes.....	454
2.2	Ökonomische Theorie und Empirie kommunaler Unternehmen.....	456
2.2.1	Effizienz kommunaler Betreiber natürlicher Monopole.....	457
2.2.2	Probleme der Verfolgung kommunalpolitischer Ziele und fiskalischer Interessen.....	460
2.2.3	Fazit: Wenige Argumente können im Einzelfall für kommunale Wirtschaftstätigkeit sprechen.....	462
2.3	Umsetzungsmöglichkeiten öffentlicher Aufgaben.....	462

2.3.1	Organisationsformen kommunaler Unternehmen.....	462
2.3.2	Public-Private-Partnerships.....	464
3	Allgemeiner Handlungsbedarf: Verbessern von Transparenz und Gebührenaufsicht.....	465
3.1	Transparenz über kommunale Wirtschaftstätigkeit.....	465
3.1.1	Zunehmende Transparenz und Vergleichbarkeit durch neue Rechnungslegung.....	466
3.1.2	Unterschiede in den Beteiligungsberichtspflichten der Bundesländer.....	467
3.1.3	Verbesserung der Transparenz über kommunale Wirtschaftstätigkeit notwendig.....	468
3.2	Gebührenaufsicht und Gebührentransparenz.....	470
3.2.1	Warum Entgelte kommunaler Unternehmen kontrollieren?.....	470
3.2.2	Konzepte zur Aufsicht über Entgelte kommunaler Unternehmen.....	472
3.2.3	Praktische Wirksamkeit von Entgeltregulierung und kartellrechtlicher Preisaufsicht.....	474
3.2.4	Eingeschränkte Wirksamkeit der Gebührenaufsicht.....	475
3.2.4.1	Entgeltmaßstab im Gebührenrecht.....	475
3.2.4.2	Praktische Probleme der Gebührenaufsicht.....	476
3.2.5	Gebührenaufsicht durch Erlöstransparenz kommunaler Leistungen stärken.....	478
4	Analyse spezifischer Probleme in ausgewählten Wirtschaftsbereichen.....	479
4.1	Wassersektor.....	479
4.1.1	Forderungen der Monopolkommission im XVIII. Hauptgutachten.....	480
4.1.2	Preismissbrauchsverfahren.....	481
4.1.3	Weitere Initiativen.....	483
4.1.4	Handlungsbedarf.....	484
4.2	Telekommunikation.....	484
4.2.1	Art und Umfang kommunaler Tätigkeit.....	484
4.2.2	Motivation für kommunales Engagement auf Telekommunikationsmärkten.....	487
4.2.3	Wettbewerbsverzerrungen durch kommunales Engagement.....	487
4.2.4	Folgerungen.....	488
4.3	Energiesektor.....	489
4.3.1	Keine überzeugenden Gründe für die (Re-)Kommunalisierung im Energiesektor.....	489
4.3.2	Wettbewerbslichere Gestaltung der Konzessionsvergabe notwendig.....	492
5	Aktuelle Probleme in der Entsorgungswirtschaft	494
5.1	Der gegenwärtige Ordnungsrahmen in Deutschland.....	494
5.1.1	Entsorgung des Hausmülls.....	495
5.1.2	Duales System.....	497
5.1.3	Gewerbliche Sammlungen.....	499
5.2	Probleme und Empfehlungen im Bereich Hausmüll.....	500
5.2.1	Die Doppelfunktion der Kommunen.....	500
5.2.2	Empfehlung: Wettbewerb zwischen kommunalen und privaten Entsorgern von Hausmüll schaffen.....	501

5.3	Probleme und Empfehlungen im Bereich des dualen Systems.....	503
5.3.1	Instabilitäten des dualen Systems.....	503
5.3.2	Empfehlung: keine Kommunalisierung des dualen Systems.....	505
5.4	Probleme und Empfehlungen im Bereich der gewerblichen Sammlungen.....	506
5.4.1	Gesetzesnovelle erschwert Wettbewerb privater gewerblicher Sammler.....	506
5.4.2	Empfehlung: keine Priorisierung kommunaler Sammlungen.....	508
6	Fazit mit Handlungsempfehlungen.....	510

Kapitel VI

Wettbewerb auf den Finanzmärkten.....	512
1 Einleitung.....	512
2 Die Finanzmärkte.....	513
2.1 Funktionen.....	513
2.2 Die Bankensysteme.....	514
2.2.1 Das deutsche Bankensystem.....	514
2.2.2 Europäische Banken- und Finanzsysteme.....	521
2.3 Relevanz von sonstigen Aspekten.....	525
3 Systemrelevanz und Systemstabilität.....	525
3.1 Einleitung.....	525
3.2 Die Stabilisierung der Finanzmärkte auch an wettbewerbspolitischen Zielen ausrichten.....	526
3.3 Systemrelevanz als Stabilitätsproblem.....	528
3.3.1 Merkmale von Systemrelevanz.....	528
3.3.2 Ausprägungen von Systemrelevanz (too big/too connected/too many to fail).....	530
3.4 Implizite Staatsgarantien als Wettbewerbsproblem.....	531
3.4.1 Inhalt und Wirkung impliziter Garantien.....	532
3.4.2 Rettungserwartungen als Ursache.....	533
3.4.3 Inadäquate Regulierung als tiefere Ursache.....	536
3.5 Implizite Staatsgarantien in der Finanzkrise.....	537
3.5.1 Entwicklung von impliziten Garantien.....	538
3.5.1.1 Begünstigung von mit impliziten Garantien einhergehenden Unternehmensstrukturen.....	538
3.5.1.2 Begünstigung von potenziell systemgefährdenden Geschäften.....	539
3.5.1.3 Von Intransparenz und Informationsasymmetrien geprägtes Geschäftsumfeld.....	542
3.5.1.4 Besondere Situation der Landesbanken.....	544
3.5.1.5 Krisenfall der HRE.....	545
3.5.2 Inanspruchnahme der impliziten Garantien und Marktergebnis	545
3.5.3 Rechtsrahmen in EU-Beihilfverfahren.....	555
3.6 Beurteilung der neueren Regulierung – Verminderung der Wettbewerbsverzerrungen?.....	559

3.6.1	Neutralisierung der impliziten Garantien bei Marktaustritt.....	559
3.6.1.1	Abwicklung und Bankenabgabe.....	559
3.6.1.2	Aufspaltung bzw. interne Auslagerung von Geschäftsaktivitäten (Trennbankenlösung).....	576
3.6.1.3	Einlagensicherung und verbandsgetragene Sicherungssysteme.....	581
3.6.2	Internes Wachstum: Begrenzung von riskanten Aktivitäten.....	585
3.6.2.1	Eigenmittel- und Liquiditätsvorgaben.....	585
3.6.2.2	Weitere regulatorische Begrenzung von Handelsaktivitäten.....	605
3.6.2.3	Steuerliche Begrenzung von Handelsaktivitäten (Finanzmarktsteuer).....	614
3.6.2.4	Sanktionen.....	617
3.6.3	Externes Wachstum: Einführung einer Finanzfusionskontrolle?.....	618
3.6.4	Erhöhung der Transparenz.....	619
3.6.4.1	Ebene der Aufsichtsbehörden.....	619
3.6.4.2	Ebene der professionellen Marktteilnehmer.....	622
3.6.4.3	Ebene der Verbraucherinnen und Verbraucher.....	625
3.6.4.4	Ratings.....	626
3.7	Notwendige Erweiterung der Regulierung (Schattenbanken).....	627
3.7.1	Probleme der regulatorischen Erfassung.....	628
3.7.2	Implizite Garantien im Schattenbankwesen.....	629
3.7.2.1	Private Equity.....	630
3.7.2.2	Hedgefonds.....	631
3.7.2.3	Geldmarktfonds.....	633
3.7.2.4	Andere Organismen und Investoren.....	634
3.7.3	Regulierungsarbitrage über Schattenbanken.....	634
3.7.4	Bisherige Regulierungsansätze: Schritte in die richtige Richtung.....	635
3.8	Mittel- und langfristige Weiterentwicklung der Regulierung.....	637
3.8.1	Wettbewerbsverzerrungen durch ungleichmäßige regulatorische Belastung vermeiden bzw. abbauen.....	637
3.8.2	Wettbewerbsfähigkeit der deutschen und europäischen Marktteilnehmer schützen.....	641
3.8.3	Einer weiteren Fragmentierung der Finanzmärkte entgegenwirken.....	642
3.9	Zwischenergebnis.....	644
4	Die Drei-Säulen-Struktur des deutschen Bankensystems.....	646
4.1	Überblick.....	646
4.2	Öffentlicher Auftrag der Staatsbanken ist klarer zu fassen.....	647
4.2.1	Sparkassen.....	650
4.2.2	Landesbanken.....	652
4.2.3	Förderbanken.....	654
4.3	Verbundstrukturen und -kooperation sind schärfer zu beobachten.....	657
4.3.1	Allgemeines Wettbewerbsrecht innerhalb der Verbundgruppen grundsätzlich anwendbar.....	657

4.3.1.1	Die Sparkassen-Finanzgruppe im Finanzverbund der öffentlichen Banken.....	658
4.3.1.2	Die genossenschaftliche Finanzgruppe im Finanzverbund der Genossenschaftsbanken.....	659
4.3.2	Wettbewerbliche Beurteilung der Verbundstrukturen.....	661
4.3.2.1	Wegfall der wirtschaftlichen Selbstständigkeit?.....	661
4.3.2.2	Strukturelle Verfestigung?.....	663
4.3.3	Wettbewerbliche Beurteilung der sonstigen Beziehungen im Verbund.....	665
4.3.3.1	Besonderheiten der Verbundkooperation von Sparkassen und Genossenschaftsbanken.....	665
4.3.3.2	Gesetzliche Ausgestaltung der Verbundkooperation in der öffentlichen Säule.....	666
4.3.3.3	Die Rolle der Verbände.....	667
4.3.3.4	Die Rolle der Zentralbanken und überregionalen Verbundinstitute.....	675
4.3.3.5	Sonstige Koordination der Verbundmitglieder.....	678
4.3.4	Zwischenergebnis.....	679
4.4	Wettbewerbspolitische Beurteilung des Regionalprinzips in den Sparkassengesetzen.....	680
4.4.1	Unterscheidung zwischen wirtschaftlicher Strategie und gesetzlicher Vorgabe.....	680
4.4.2	Verbot wettbewerbswidriger Maßnahmen in Bezug auf öffentliche Unternehmen (Art. 106 Abs. 1 AEUV).....	682
4.4.3	Keine wettbewerbliche Rechtfertigung.....	686
4.4.4	Keine Rechtfertigung durch den Vorrang zwingenden Verfassungsrechts.....	689
4.4.5	Keine Rechtfertigung durch Gemeinwohlinteressen (Daseinsvorsorge).....	690
4.4.6	Keine sonstige Rechtfertigung aus Rechtsgründen.....	693
4.4.7	Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit (Art. 101 Abs. 1 lit. c AEUV i. V. m. Art. 4 Abs. 3 EUV).....	694
4.4.8	Zwischenergebnis.....	695
4.5	Handlungsbedarf in Teilbereichen aufgrund beihilferechtlicher Risiken.....	695
4.5.1	Mögliche Beihilfen zugunsten der Sparkassen-Finanzgruppe.....	696
4.5.1.1	Wegfall von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung?.....	696
4.5.1.2	Fortbestehende Beihilfen für die Landesbanken.....	697
4.5.1.3	Fortbestehende gesetzliche Vorteile für die Sparkassen.....	698
4.5.2	Beihilfen zugunsten der Förderbanken.....	701
4.5.3	Zwischenergebnis.....	707
4.6	Die Öffnung der Sparkassengruppe für mögliche Privatisierungen fortsetzen.....	707
4.6.1	Bisherige Entwicklungen in Richtung einer möglichen Privatisierung.....	707
4.6.2	Privatisierungsoption zur besseren Durchsetzung von Gemeinwohlinteressen.....	710
4.6.3	Zwischenergebnis.....	714
5	Finanzprodukte und -transaktionen.....	715
5.1	Allgemeine Marktsituation.....	715
5.2	Kartellprobleme bei Referenzwerten und anderen Finanzinformationen.....	716
5.3	Sonstige Wettbewerbsrisiken auf den Kapitalmärkten.....	724

5.4	Missbrauchsprobleme im Zahlungsverkehr.....	725
5.4.1	Karten- und elektronische Zahlungen.....	725
5.4.2	Geldautomatenentgelte.....	729
5.5	Wettbewerbs- und Verbraucherschutz.....	731
5.6	Implizite Garantien für Finanzprodukte.....	732
5.6.1	Pfandbriefe und vergleichbare besicherte Anleihen (Covered Bonds).....	732
5.6.2	Staatsanleihen und andere Anleihen zur Finanzierung öffentlicher Aufgaben.....	733
6	Zusammenfassung: Grundthesen und Empfehlungen.....	734
Anhang A:	Anhang Kapitel II.....	736
Anhang B:	Anhang Kapitel III.....	755
Anhang C:	Anhang Kapitel VI.....	758
Anhang D:	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Auszug: §§ 44 bis 47).....	776
Anhang E:	Untersagungen durch das Bundeskartellamt.....	779
Anhang F:	Veröffentlichungen von im Auftrag der Monopolkommission erstellten Gutachten....	797
Anhang G:	Gutachten der Monopolkommission.....	802
Summary.....		806

Abbildungsverzeichnis

Abbildung I.1:	Europäische Kommission – verhängte Geldbußen im Zeitraum 1990 bis 2014 (ohne Änderungen durch den EuGH).....	90
Abbildung I.2:	Europäische Kommission – verfolgte Kartellfälle im Zeitraum 1990 bis 2014.....	91
Abbildung I.3:	Europäische Kommission – Zahl der Entscheidungen (gegenüber Unternehmen und Unternehmensvereinigungen) im Zeitraum 1990 bis 2014.....	91
Abbildung I.4:	Jährliche, vom Bundeskartellamt verhängte Gesamtgeldbußen im Zeitraum 1993 bis 2012.....	92
Abbildung II.1:	Entwicklung der Wertschöpfung im Zeitraum 1978 bis 2012.....	178
Abbildung II.2:	Kumulierter Anteil an der Wertschöpfung der „100 Größten“ nach Zehner-Ranggruppen.....	184
Abbildung II.3:	Regionale Verteilung der „100 Größten“ nach dem Sitz der Konzernobergesellschaften und nach Wirtschaftsbereichen im Berichtsjahr 2012....	185
Abbildung II.4:	Entwicklung der Beschäftigung im Zeitraum 1978 bis 2012.....	188
Abbildung II.5:	Entwicklung des Geschäftsvolumens der 50 größten sowie aller Industrieunternehmen im Zeitraum 1978 bis 2012.....	197
Abbildung II.6:	Entwicklung des Geschäftsvolumens der zehn größten sowie aller Handelsunternehmen im Zeitraum 1978 bis 2012.....	199
Abbildung II.7:	Entwicklung des Geschäftsvolumens der zehn größten sowie aller Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen im Zeitraum 1978 bis 2012.....	201
Abbildung II.8:	Entwicklung des Geschäftsvolumens der zehn größten sowie aller Kreditinstitute im Zeitraum 1978 bis 2012.....	203
Abbildung II.9:	Entwicklung des Geschäftsvolumens der zehn größten sowie aller Versicherungskonzerne im Zeitraum 1978 bis 2012.....	205
Abbildung II.10:	Entwicklung der Kapitalverflechtungen zwischen den „100 Größten“ im Zeitraum von 1978 bis 2012.....	220
Abbildung II.11:	Personelle Verflechtungen der „100 Größten“ in den Jahren 1978 bis 2012.....	225
Abbildung II.12:	Häufigkeit der Beteiligung der Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ an Unternehmenszusammenschlüssen nach Ranggruppen.....	232
Abbildung III.1:	Wettbewerbsmaß im Beobachtungszeitraum 2005 – 2011.....	244
Abbildung III.2:	Wettbewerbsintensität nach Branchen in Deutschland und der EU im Jahr 2011....	245
Abbildung III.3:	Nationale und internationale personelle Unternehmensverflechtungen nach Ländern im Berichtsjahr 2011.....	247
Abbildung III.4:	Netzwerk aus länderübergreifenden personellen Verbindungen im Berichtsjahr 2011.....	248
Abbildung III.5:	Horizontale und vertikale personelle Unternehmensverflechtungen nach Branchen im Berichtsjahr 2011.....	250

Abbildung III.6:	Über Minderheitsbeteiligungen verflochtene Unternehmen nach Ländern im Berichtsjahr 2011.....	252
Abbildung III.7:	Über Minderheitsbeteiligungen verflochtene Unternehmen nach Branchen im Berichtsjahr 2011.....	253
Abbildung III.8:	Personelle Unternehmensverflechtungen über Geschäftsführungsmitglieder im Berichtsjahr 2011.....	255
Abbildung III.9:	Verflechtungen über Minderheitsbeteiligungen im Berichtsjahr 2011.....	256
Abbildung III.10:	Simultane personelle und Kapitalbeteiligungen im Berichtsjahr 2011.....	257
Abbildung III.11:	Lerner Index nach Branche für personell verflochtene und nicht-verflochtene Unternehmen im Zeitraum 2005 bis 2011.....	259
Abbildung III.12:	Lerner Index für horizontal und vertikal verflochtene Unternehmen im Zeitraum 2005 bis 2011.....	260
Abbildung III.13:	Lerner Index nach Branche von über Kapitalbeteiligungen verflochtenen und nicht-verflochtenen Unternehmen im Jahr 2011.....	261
Abbildung III.14:	Lerner Index für horizontal und vertikal verflochtene Unternehmen im Jahr 2011...	262
Abbildung IV.1:	Anzahl der Fusionskontrollverfahren und der Untersagungsentscheidungen.....	279
Abbildung IV.2:	Anzahl der Fusionskontrollanmeldungen und der Hauptprüfverfahren.....	281
Abbildung IV.3:	Monatliche reale Durchschnittspreise für Diesel und Super E10 in Deutschland von 2011-2014.....	436
Abbildung V.1:	Entwicklung der Anzahl und Umsatzerlöse kommunaler Unternehmen.....	440
Abbildung V.2:	Betriebsergebnisse und Umsatzerlöse kommunaler Unternehmen im Verhältnis zum BIP.....	441
Abbildung V.3:	Umsatzerlöse kommunaler Unternehmen ausgewählter Branchen im Verhältnis zum BIP.....	442
Abbildung V.4:	Betriebsergebnisse aller kommunalen Unternehmen im Jahr 2011.....	446
Abbildung V.5:	Entwicklung der durchschnittlichen Eigenkapitalrendite kommunaler Unternehmen.....	446
Abbildung V.6:	Regionalspezifischer Breitbandausbau kommunaler Unternehmen.....	486
Abbildung V.7:	Entwicklung der Anteile kommunaler und privater Unternehmen an der Restmüllerrfassung.....	497
Abbildung VI.1:	Struktur eines Verbriefungsgeschäfts.....	542
Abbildung VI.2:	Beihilfen ausgewählter EU-Länder für Bankenrettungen (in Mrd. Euro; > EUR 100 Mrd.) von 1. Oktober 2008 bis 1. Oktober 2012 (genehmigt) bzw. bis 31. Dezember 2011 (abgerufen).....	547
Abbildung VI.3:	Genehmigte Beihilfen (kumuliert) je Bankensäule von 1. Oktober 2008 bis 1. Oktober 2012.....	549
Abbildung VI.4:	Konsolidierte Auslandsforderungen von Banken in Deutschland und Frankreich gegenüber Griechenland, Irland, Italien, Portugal und Spanien (kumuliert).....	553

Abbildung VI.5:	Grenzüberschreitende Finanzkapitalströme im Euroraum (intra und extra Zu- und Abflüsse in Prozent des BIP).....	643
Abbildung VI.6:	Kreditvergabeprozess für öffentliche Aufträge.....	648
Abbildung VI.7:	Sparkassen-Verbund.....	658
Abbildung VI.8:	Genossenschaftlicher Finanzverbund.....	660
Abbildung VI.9:	Nachfragezyklus bei Kreditkartenzahlungen im Vier-Partner-System.....	727

Tabellenverzeichnis

Tabelle I.1:	Einrichtungen, Plätze und Personal in der Kinder- und Jugendhilfe nach Trägerart in Deutschland; 1990 bis 2010/2011; Angaben absolut, Verteilung in Prozent.....	131
Tabelle II.1:	Die nach Wertschöpfung 100 größten Unternehmen 2010 und 2012.....	170
Tabelle II.2:	Wertschöpfung der 100 Größten.....	179
Tabelle II.3:	Die inländische und die weltweite Wertschöpfung der größten Unternehmen 2010 und 2012.....	180
Tabelle II.4:	Aufschlüsselung der 100 größten Unternehmen 2010 und 2012 nach Wirtschaftsbereichen.....	185
Tabelle II.5:	Die nach Beschäftigten zehn größten Unternehmen 2012.....	187
Tabelle II.6:	Die nach Sachanlagen zehn größten Unternehmen 2012 (ohne Kreditinstitute und Versicherungen).....	189
Tabelle II.7:	Die nach Cashflow zehn größten Unternehmen 2012 (ohne Kreditinstitute und Versicherungen).....	190
Tabelle II.8:	Rechtsformen der „100 Größten“ 2010 und 2012.....	191
Tabelle II.9:	Die nach Umsatz 50 größten deutschen Industrieunternehmen 2010 und 2012.....	193
Tabelle II.10:	Die nach Umsatz zehn größten deutschen Handelsunternehmen 2010 und 2012.....	198
Tabelle II.11:	Die nach Umsatz zehn größten deutschen Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen 2010 und 2012.....	200
Tabelle II.12:	Die nach Bilanzsumme zehn größten deutschen Kreditinstitute 2010 und 2012.....	202
Tabelle II.13:	Die nach Beitragseinnahmen zehn größten deutschen Versicherungsunternehmen 2010 und 2012.....	204
Tabelle II.14:	Die Anteilseigner der 100 größten Unternehmen 2010 und 2012 nach Gruppen.....	208
Tabelle II.15:	Aufschlüsselung der 100 größten Unternehmen 2010 und 2012 nach Arten der Beteiligungsverhältnisse.....	216
Tabelle II.16:	Kapitalverflechtungen aus dem Kreis der „100 Größten“ 2010 und 2012.....	217
Tabelle II.17:	Die personellen Verflechtungen zwischen den 100 größten Unternehmen 2010 und 2012.....	222
Tabelle II.18:	Aufschlüsselung der Mandatsträger in den Kontrollgremien der 100 größten Unternehmen 2010 und 2012 nach Gruppen.....	226
Tabelle II.19:	Beteiligung der „100 Größten“ an den beim Bundeskartellamt angemeldeten Zusammenschlüssen und der Zahl der Freigabeentscheidungen.....	229
Tabelle III.1:	Fallzahlen und Verteilung der in der Stichprobe erfassten Unternehmen nach Ländern im Beobachtungszeitraum 2005 – 2011.....	238
Tabelle III.2:	Fallzahlen und Verteilung der in der Stichprobe erfassten Mandatsträger nach Ländern.....	239
Tabelle III.3:	Fallzahlen und Verteilung der in der Stichprobe erfassten Unternehmen nach Branchen im Beobachtungszeitraum 2005 – 2011.....	240

Tabelle III.4:	Anzahl Europäischer Patentanmeldungen und Anteil patentaktiver Unternehmen im Beobachtungszeitraum 2005 – 2011 nach Ländern.....	242
Tabelle III.5:	Deskriptive Statistiken (5.574 Beobachtungspunkte).....	266
Tabelle III.6:	Regressionsergebnisse (Poisson – Schätzung mit fixen Effekten).....	269
Tabelle IV.1:	Übersicht über die Anzahl der angezeigten und vollzogenen Zusammenschlüsse und der vom Bundeskartellamt ausgesprochenen Untersagungen, gegliedert nach Berichtszeiträumen der Monopolkommission.....	280
Tabelle IV.2:	Übersicht über den Stand der deutschen Zusammenschlusskontrolle 2012 und 2013.....	282
Tabelle IV.3:	Art des Zusammenschlusstatbestandes der beim Bundeskartellamt zwischen 2011 und 2013 angemeldeten Unternehmenszusammenschlüsse.....	283
Tabelle IV.4:	Kartellrechtswidriges Verhalten begünstigende Marktfaktoren.....	353
Tabelle IV.5:	Markteffekte kartellrechtswidrigen Verhaltens.....	355
Tabelle IV.6:	Vermutungsregeln der Rechtsprechung für kartellrechtswidriges Verhalten.....	356
Tabelle IV.7:	Anzeichen konspirativen Bieterverhaltens.....	356
Tabelle IV.8:	Überblick zu Kartellfällen bei Drogerieartikeln in der EU.....	360
Tabelle IV.9:	Überblick über die behördliche Kartellverfolgung.....	369
Tabelle V.1:	Regelungen der Gemeindeordnungen zu kommunalen unternehmerischen Tätigkeiten.....	452
Tabelle V.2:	Organisationsformen kommunaler Unternehmen.....	463
Tabelle VI.1:	Umfang von Beihilfemaßnahmen zugunsten deutscher Banken.....	547
Tabelle VI.2:	Gewährte Maßnahmen im Zeitraum von 1. Oktober 2008 bis 1. Oktober 2012 (Durchschnittsvolumina).....	550
Tabelle VI.3:	Gewährte Maßnahmen – ausstehend per 31. Dezember 2013.....	554
Tabelle VI.4:	Vorschläge für Trennbankensysteme.....	577
Tabelle VI.5:	Übersicht Eigenkapitalquoten für systemrelevante Institute nach CRR/CRD IV.....	588
Tabelle VI.6:	Relevante Aufsichtsinstitutionen.....	621

Vorwort

[1.] Gemäß § 44 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkung (GWB)¹ legt die Monopolkommission der Bundesregierung ihr Zwanzigstes Zweijahresgutachten (Hauptgutachten 2012/ 2013) vor.² Es trägt den Titel

Eine Wettbewerbsordnung für die Finanzmärkte

[2.] Das Gutachten besteht aus einem Kapitel, in dem in kürzerer Form unterschiedliche aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik behandelt werden, drei Kapiteln zur Konzentrationsentwicklung und zur Würdigung der Amtspraxis der Kartellbehörden sowie zwei weiteren Kapiteln, in denen die Monopolkommission ausführlich zu aus ihrer Sicht wichtigen Themen der Wettbewerbspolitik Stellung nimmt. In diesem Hauptgutachten sind das die Themen Rekommunalisierung der Wirtschaftstätigkeit und Wettbewerbsordnung für die Finanzmärkte. Das letztere Thema bestimmt zugleich den Titel dieses Hauptgutachtens, weil die Wettbewerbsverzerrungen im Bankensektor von aktueller und zugleich herausragender Bedeutung sind. Die Monopolkommission schlägt mit dieser Untersuchung zugleich einen Bogen zurück zu ihrem ersten Hauptgutachten, in dem sie vor 40 Jahren das Thema „Banken und Konzentration“ behandelt hatte.

[3.] Kapitel I behandelt aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik:

- Bedeutende Internetunternehmen wie Google, Facebook oder Amazon sind in der jüngeren Vergangenheit zunehmend zum Gegenstand der öffentlichen Diskussion geworden. Die dabei vorgetragenen Vorwürfe entstammen unterschiedlichen Bereichen, wie dem Schutz personenbezogener Daten, dem Wettbewerbsrecht oder dem Urheberrecht und münden vielfach in der Forderung nach staatlichen Eingriffen, wobei teilweise auch sehr weitgehende Maßnahmen gefordert werden. Die Monopolkommission nimmt an dieser Stelle eine erste Prüfung vor und wird sich zu einem späteren Zeitpunkt ausführlicher mit dem Thema auseinandersetzen.
- In der Energiepolitik haben sich neue Entwicklungen durch das im Dezember 2013 eingeleitete Beihilfeverfahren und die Einigung zwischen der Bundesregierung und der Europäischen Kommission über eine Reform des EEG ergeben. Die Monopolkommission würdigt die geplante EEG-Reform als ersten Schritt in Richtung eines marktkonformeren Systems und befürwortet eine zügige Umstellung auf das Ausschreibungsmodell. Bedenklich sind beihilferechtliche Risiken, die daraus folgen, dass die Änderungen des EEG 2012 ohne Berücksichtigung des europäischen Rechtsrahmens vorgenommen worden waren.
- Die Monopolkommission analysiert verschiedene Optionen für eine Erweiterung des kartellrechtlichen Sanktionensystems. Es bestehen Anhaltspunkte dafür, dass die bestehenden Sanktionen keine ausreichende Abschreckungswirkung gegenüber aktuellen und potenziellen Kartelltätern haben. Daher ist eine weitergehende Kriminalisierung von sogenannten Hardcore-Kartellen (Preis-, Mengen und Gebietskartelle) sowie die Einführung von Berufsverboten außerhalb des Strafrechts näher zu prüfen.
- Wettbewerbsdefizite auf den deutschen Taximärkten sind ein bisher wenig beachtetes Thema der Wettbewerbspolitik. Die strikte Regulierung der Taximärkte verhindert in vielen Regionen Deutschlands den Marktzutritt neuer Taxiunternehmer und schaltet den Preiswettbewerb weitgehend aus. Nach Auffassung der Monopolkommission ist die Regulierung in ihrer derzeitigen Form nicht mit der Sicherstellung der Funktionsfähigkeit des Taxigewerbes sowie einem notwendigen Verbraucherschutz zu rechtfertigen.
- In der Kinder- und Jugendhilfe ist mit dem Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten und der Vorgabe, dass die Jugendhilfe durch eine Vielfalt von Trägern, Inhalten, Methoden und Arbeits-

1 BGBl. I S. 2114. Ein Auszug aus dem Gesetz (§§ 44 bis 47 GWB) ist im Anhang des Gutachtens (Teil A) abgedruckt.

2 Die bisher veröffentlichten Haupt- und Sondergutachten der Monopolkommission sind im Anhang dieses Gutachtens (Teil D) aufgelistet.

formen gekennzeichnet ist, das Wettbewerbsprinzip bereits im Sozialgesetzbuch VIII angelegt. Trotz erkennbarer Fortschritte in den letzten Jahren sieht die Monopolkommission weiteren Verbesserungsbedarf, um in Anbetracht begrenzter öffentlicher Finanzmittel und steigenden Bedarfes auch in Zukunft qualitativ hochwertige Leistungen in der Kinder- und Jugendhilfe kosteneffizient erbringen zu können. Hierzu sollten im Sinne einer wettbewerbslichen Leistungserstellung wettbewerbsverzerrende Steuerprivilegien und finanzielle Förderungen etablierter Anbieter abgebaut und Beteiligungsmöglichkeiten in institutionellen Einrichtungen wie dem Jugendhilfeausschuss anbieterneutral ausgestaltet werden.

- Weiterhin nicht gewährleistet ist ein uneingeschränktes Akteneinsichtsrecht der Monopolkommission beim Bundeskartellamt. Ohne die Möglichkeit, mit den in Sektoruntersuchungen und in einzelnen Verfahren erhobenen Markt- und Unternehmensdaten eigene Berechnungen anzustellen, sind fundierte Stellungnahmen zu der Amtspraxis der Kartellbehörde und zu sonstigen wettbewerbspolitischen und -rechtlichen Fragestellungen im Rahmen des gesetzlichen Auftrags der Monopolkommission nicht möglich.

[4.] Kapitel II des Hauptgutachtens enthält eine Fortschreibung der Analyse der Konzentration und Verflechtung von Großunternehmen (aggregierte Konzentration) auf Basis der Wertschöpfung der größten deutschen Konzerne bzw. der größten inländischen Konzernbereiche.

[5.] In Kapitel III setzt die Monopolkommission die im XVIII. Hauptgutachten begonnene Untersuchung zur Entwicklung und den Wirkungen personeller Verflechtungen zwischen börsennotierten Unternehmen in den sogenannte EU-15 Mitgliedstaaten (zuzüglich Norwegen und der Schweiz) fort. Des Weiteren wurden erstmalig auch die kapitalmäßigen Verflechtungen für die besagten Länder untersucht.

[6.] In den methodischen und statistischen Anlagen zu den Kapiteln II und III dieses Gutachtens sind ergänzende empirische Ergebnisse der Untersuchungen in tabellarischen Übersichten zusammengestellt sowie methodische Erläuterungen enthalten. Die methodischen und statistischen Anlagen werden ausschließlich in elektronischer Form auf der Homepage der Monopolkommission veröffentlicht.

[7.] In Kapitel IV würdigt die Monopolkommission die kartellrechtliche Entscheidungspraxis im Berichtszeitraum des Gutachtens. Das betrifft in erster Linie das deutsche Kartellrecht mit der Anwendung der Vorschriften zum Kartellverbot, zur Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen und zur Fusionskontrolle.³ Einen zweiten Schwerpunkt bilden die Ausführungen zur Entscheidungspraxis der europäischen Fusionskontrolle. Neben der amtlichen Entscheidungspraxis werden auch Gerichtsentscheidungen in die Betrachtung mit einbezogen, soweit sie im Sinne des gesetzlichen Auftrags für die Richterstattung relevant sind.

[8.] Kapitel V behandelt das Thema kommunale Wirtschaftstätigkeit und den zu beobachtenden Trend einer zunehmenden Rekommunalisierung. Vielerorts und in zahlreichen Wirtschaftsbereichen zeigen sich Bestrebungen von Kommunen, die eigenen wirtschaftlichen Aktivitäten zu erweitern. Die Monopolkommission geht vor diesem Hintergrund der Frage nach, welche ökonomischen Auswirkungen sich durch die kommunale Wirtschaftstätigkeit ergeben und inwiefern ordnungspolitischer Handlungsbedarf besteht.

[9.] In Kapitel VI schließlich untersucht die Monopolkommission die Wettbewerbsverhältnisse auf den Finanzmärkten. Im Vordergrund des Interesses stehen dabei systemische Wettbewerbsverzerrungen zugunsten von Banken und Schattenbanken, die durch implizite Staatsgarantien verursacht werden, Wettbewerbsverzerrungen zugunsten einzelner Bankengruppen im deutschen Drei-Säulen-System sowie aktuelle Wettbewerbsprobleme auf der Ebene von Finanzprodukten und -transaktionen.

³ Im Anhang dieses Gutachtens (Teil B) ist eine Zusammenstellung aller Untersagungen durch das Bundeskartellamt seit Bestehen der Fusionskontrolle (1974) aufgeführt.

[10.] Zur Vorbereitung des Hauptgutachtens war die Monopolkommission erneut auf die Mitarbeit und den fachlichen Rat von Sachverständigen aus den verschiedensten Bereichen angewiesen. Die Kommission dankt allen im Gutachten genannten Wissenschaftlern sowie Angehörigen von Behörden, Unternehmen und Verbänden für ihre Unterstützung.

[11.] Der Präsident des Bundeskartellamtes, Herr Andreas Mundt, der Vizepräsident Herr Dr. Peter Klocker sowie die zuständigen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter aus den Beschlussabteilungen und der Grundsatzabteilung haben zu den Vorarbeiten maßgeblich beigetragen. Sie haben der Monopolkommission und ihrem wissenschaftlichen Stab in gemeinsamen Sitzungen und zahlreichen Einzelgesprächen Gelegenheit zur Erörterung der Entscheidungspraxis wie auch allgemeiner wettbewerbspolitischer Fragestellungen gegeben.

[12.] Die Unternehmen aus dem Berichtskreis der Untersuchungen zur aggregierten Konzentration stellten mit teilweise erheblichem Aufwand Jahresabschlussdaten für ihre inländischen Konzernteile zusammen. Das Bundeskartellamt lieferte der Monopolkommission Angaben zur Beteiligung der „100 Größten“ an den gemäß § 39 GWB vor dem Vollzug anzumeldenden Zusammenschlüssen sowie den im Berichtszeitraum freigegebenen Zusammenschlussvorhaben.

[13.] In einer schriftlichen Befragung hat sich die Monopolkommission an Verbände und Marktteilnehmer des Taxigewerbes gewandt. Stellung genommen haben:

- Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände
- Deutscher Industrie- und Handelskammertag e. V. (DIHK)
- Deutscher Taxi- und Mietwagenverband e. V. (BZP)
- Freie und Hansestadt Hamburg (Behörde für Wirtschaft, Verkehr und Innovation)
- Intelligent Apps GmbH (mytaxi)
- MD Digital Mobility GmbH & Co. KG (myDriver)
- Stadt Berlin (Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Umwelt)
- Taxiverband Deutschland e. V. (TVD)

[14.] Bei einer nicht-öffentlichen mündlichen Anhörung zur Vorbereitung der Stellungnahme zu Wettbewerbsproblemen in der Kinder- und Jugendhilfe waren am 16. April 2014 folgende Institutionen vertreten:

- Bundesverband privater Träger der freien Kinder-, Jugend- und Sozialhilfe e. V. (VPK)
- Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege (BAGFW)
- Gesellschaft für Jugendhilfe mbH
- Deutscher Städte- und Gemeindebund
- Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend

Der VPK, der BAGFW, die Gesellschaft für Jugendhilfe und der Deutsche Städte- und Gemeindebund (in Form der Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände) haben ihre mündlichen Diskussionsbeiträge durch schriftliche Stellungnahmen ergänzt. Des Weiteren haben Stellung genommen:

- Dr. Stephan Stephan Grohs (Universität Konstanz)
- Prof. Dr. Wolfram Cremer (Universität Bochum)
- Vergabekammern des Bundes und der Länder
- Landesrechnungshöfe Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern und Nordrhein-Westfalen
- LVR-Landesjugendhilfeausschuss Rheinland
- Arbeitsgemeinschaft für Kinder- und Jugendhilfe (AGJ)
- Sozialassistenten gUG
- Institut der deutschen Wirtschaft Köln (IW)

[15.] Im Rahmen der Vorbereitungen für das Sonderkapitel Kommunale Wirtschaftstätigkeit und der Trend zur Rekommunalisierung wurden Gespräche auf der „Arbeitsebene“ von Mitgliedern des wissenschaftlichen Stabs der Monopolkommission geführt mit:

- Bund der Steuerzahler Deutschland e. V.
- Bundesverband der Deutschen Entsorgungs-, Wasser- und Rohstoffwirtschaft e. V. (BDE)
- Deutscher Städtetag
- Deutscher Städte- und Gemeindebund e. V.
- Verband kommunaler Unternehmen e. V. (VKU)

[16.] Die Monopolkommission hat zur Vorbereitung ihrer Stellungnahme zu den Wettbewerbsverhältnissen auf den Finanzmärkten eine Reihe von Anhörungen durchgeführt. Am 25. Februar 2014 hat sie in einer nicht-öffentlichen Anhörung mit Vertretern der folgenden öffentlichen Institutionen gesprochen:

- Europäische Kommission (GD Binnenmarkt und Wettbewerb)
- Bundesministerium der Finanzen
- Deutsche Bundesbank
- Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht

Der Finanzstabilitätsrat (FSB) hatte vorab eine schriftliche Stellungnahme abgegeben.

Ebenfalls am 25. Februar 2014 wurden in einer nicht-öffentlichen Sitzung die folgenden Verbände angehört:

- Bundesverband deutscher Banken (Bankenverband e. V., BdB)
- Bundesverband der Volks- und Raiffeisenbanken e. V. (BVR)
- Bundesverband Öffentlicher Banken Deutschlands e. V. (VÖB)
- Deutscher Industrie- und Handelskammertag e. V. (DIHK)

- Deutscher Sparkassen- und Giroverband e. V. (DSGV)
- Verband der Auslandsbanken e. V. (VAB)
- Verbraucherzentrale Bundesverband e. V. (vzbv)

Mit dem Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung (Sachverständigenrat) bestand ein laufender Austausch zu zentralen Fragen der Bankenregulierung. In diesem Zusammenhang haben der Sachverständigenrat und die Monopolkommission gemeinsam ein Gutachten von Herrn Prof. Dr. Michael Koetter von der Frankfurt School of Finance eingeholt. Gemeinsam haben die Monopolkommission und der Sachverständigenrat am 17. Dezember 2013 ein wissenschaftliches Kolloquium in Bonn ausgerichtet. Teilnehmer waren Frau Prof. Dr. Claudia Buch für den Sachverständigenrat, Herr Prof. Martin Hellwig, Ph.D., Herr Prof. Dr. Roman Inderst, Herr Prof. Dr. Jan-Pieter Krahn und Herr Prof. Dr. Michael Koetter, der Generalsekretär sowie Mitarbeiter des wissenschaftlichen Stabs des Sachverständigenrates.

Des Weiteren haben Vertreter der Monopolkommission eine größere Anzahl von Hintergrundgesprächen mit Vertretern öffentlicher Institutionen, mehrerer Bankenverbände sowie einzelnen Banken, Sparkassen und Förderbanken im In- und Ausland sowie Ratingagenturen und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften geführt.

Schriftliche Stellungnahmen wurden von folgenden Verbänden und Organisationen eingeholt:

- Bankenverbände: Bundesverband deutscher Banken (Bankenverband, BdB), Bundesverband der Volks- und Raiffeisenbanken (BVR) und Verband der PSD Banken, Deutscher Sparkassen- und Giroverband (DSGV), Verband Öffentlicher Banken Deutschlands (VÖB), Verband der Auslandsbanken (VAB), Verband der Pfandbriefbanken (VDP), Verband der Bürgschaftsbanken (VDB)
- Verbände sonstiger Finanzmarktteilnehmer: Bundesverband der Wertpapierfirmen (bwf), Bundesverband Investment und Asset Management (BVI), Bundesverband Deutscher Kapitalbeteiligungsgesellschaften (BVK), Bundesverband Alternative Investment (BAI), Bundesverband Sachwerte und Investmentvermögen (bsi), Deutscher Derivate Verband (DDV), True Sale International (TSI), Deutsches Aktieninstitut (DAI), AfW Bundesverband Finanzdienstleistung
- Industrie-, Verbraucherschutz- und Steuerzahlerverbände: Deutscher Industrie- und Handelskammertag (DIHK), Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI), Verbraucherzentrale Bundesverband (vzbv), Bund der Steuerzahler (BdSt)
- Förderbanken: KfW Bankengruppe und Landesförderbanken Nordrhein-Westfalen (NRW.Bank) und Thüringen (Thüringer Aufbaubank)

Daneben gab es weitere Kontakte zu Institutionen, die hier nicht weiter aufgeführt werden sowie auf der Mitarbeiterebene mit Vertretern des Bundeskartellamtes und der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht. Informationen lieferten zudem die Bank für Internationalen Zahlungsausgleich (BIZ), die Europäische Kommission, die Bundesministerien der Finanzen, für Wirtschaft und Energie und für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz sowie die österreichische Bundeswettbewerbsbehörde.

[17.] Während der Berichtsperiode blieb die Zusammensetzung der Monopolkommission unverändert. Änderungen ergeben sich für die kommende Berichtsperiode: Am 30. Juni 2014 endet die Amtszeit des Kommissionsmitglieds Prof. Dr. Justus Haucap, der aus der Monopolkommission ausscheidet. Er war in den Berichtsperioden 2008/2009 und 2010/2011 Vorsitzender der Monopolkommission. Die Monopolkommission bedankt sich bei Herrn Prof. Dr. Justus Haucap für die außerordentlich engagierte und wertvolle Arbeit.

[18.] Die Vorarbeiten zu diesem Zweijahresgutachten und zu den Sondergutachten in dieser Berichtsperiode wurden von den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Monopolkommission geleistet. Dem wissenschaftlichen Stab gehörten in diesem Zeitraum Herr Dr. Klaus Holthoff-Frank als Generalsekretär, Frau Dr.

Juliane Scholl als Geschäftsführerin sowie Herr Marc Bataille, Herr Dr. Oliver Bischoff, Herr Dr. Achim Buchwald, Frau Dr. Ulrike Hösel, Herr Daniel Richter, Herr Nils-Peter Schepp, Herr Kai Schmidt, Herr Dr. Alexander Steinmetz, Frau Dr. Susanne Thorwarth und Herr Dr. Thomas Weck an. Bei der Erstellung des Gutachtens haben außerdem Herr Peter Göbel, Frau Marion Gottschalk-Cselovszky, Frau Elke Windscheidt und in der Anfangsphase Frau Roswitha Möller mitgewirkt. Die Monopolkommission dankt allen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern für die geleistete Arbeit, die insbesondere in der Schlussphase der Gutachtenerstellung weit über die Erfüllung der Dienstpflichten hinausgegangen ist.

Bonn, den 1. Juli 2014

Daniel Zimmer

Justus Haucap

Dagmar Kollmann

Thomas Nöcker

Angelika Westerwelle

Kurzfassung

I. Aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik

Google, Facebook & Co – eine Herausforderung für die Wettbewerbspolitik

- 1.* Die Monopolkommission untersucht in einer ersten, vorläufigen Analyse die Wettbewerbseffekte auf Internetdiensteanbieter, die sich aus der zunehmenden Erhebung, Verfügbarkeit und Nutzung von Daten ergeben. Prominente Beispiele für relevante Unternehmen sind hier etwa Amazon, Apple, eBay, Facebook, Google, Microsoft oder Yahoo!.
- 2.* Die im Zentrum der Diskussion stehenden Internetdienste sind Intermediäre, deren Vermittlungsleistung zwischen verschiedenen Nutzergruppen auf zwei- oder mehrseitigen Märkten erfolgt (Plattformmärkte). Diese Märkte sind von Netzwerkeffekten geprägt. Netzwerkeffekte liegen vor, wenn der Nutzen einer Plattform für eine Kundengruppe zunimmt, wenn eine andere Kundengruppe wächst. Das ermöglicht es, eine Dienstleistung für eine Kundengruppe unentgeltlich anzubieten, um mit der dadurch vergrößerten Nutzerbasis die Attraktivität der Plattform für eine andere (zahlende) Nutzergruppe zu erhöhen. Außerdem profitieren die relevanten Diensteanbieter von Größenvorteilen.
- 3.* Der Nutzung personenbezogener Daten kommt eine zentrale Rolle im Geschäftsmodell vieler Internetdienste in Bezug auf alle Nutzerseiten zu. Durch die Nutzung von Netzwerkeffekten und von personenbezogenen Daten können Diensteanbieter sich Vorteile im Wettbewerb mit konkurrierenden Anbietern verschaffen. Daneben dürften Konzentrationstendenzen durch weitere Faktoren beeinflusst werden; auch Konglomerat- und Portfolioeffekte sind insofern relevant.
- 4.* Bei der Beurteilung der Marktmacht von Internetdiensten sind die Interdependenzen zwischen unterschiedlichen Marktseiten der betroffenen Plattformen von besonderer Bedeutung. Die durch diese ermöglichten „unentgeltlichen“ Angebote sind in kartellrechtlichen Marktabgrenzungen nur schwierig abzubilden. Eine „wesentliche Einrichtung“ stellen derartige Plattformen in Bezug auf Suchdienste für Nutzer regelmäßig nicht dar. Das schließt aber nicht aus, dass sie für ihre Nutzer in Bezug auf andere Plattformdienstleistungen eine besondere wirtschaftliche Bedeutung haben (z. B. für Inhalteanbieter, Werbetreibende).
- 5.* In bisherigen kartellbehördlichen Verfahren stand der Verdacht eines Marktmachtmissbrauchs von Google durch Beeinträchtigung der Suchneutralität und die Verhinderung von Skaleneffekten bei Wettbewerbern im Vordergrund. Die Monopolkommission hält die Kritik an den Ergebnissen der Kartellbehörden nicht ohne Weiteres für berechtigt. Es fällt aber auf, dass die Kartellbehörden sich aufgrund der bestehenden Rechtslage vorrangig mit Wettbewerbsproblemen zum Nachteil von (kommerziellen) Inhalteanbietern und Werbetreibenden befassen (primäre Marktebene). Etwaige Probleme des Zugriffs auf die Nutzerdaten (sekundäre Marktebene) wurden bislang nur sehr mittelbar adressiert.
- 6.* Das Problem einer Einhegung eines übermäßig weitreichenden Datenzugriffs bedarf aus wettbewerbspolitischer Sicht einer tieferen Prüfung. Zunächst ist auf allen Ebenen (wettbewerblich, datenschutzbezogen usw.) ein besseres Verständnis der Problematik des Datenzugriffs erforderlich, bevor weitreichende wettbewerbliche Maßnahmen (insbesondere Änderung der Anpassung der Fusionskontrollregeln, Erweiterung der Möglichkeiten zu strukturellen Maßnahmen) gutgeheißen werden können. Hingegen sollten die Möglichkeiten der Nutzer zum selbstbestimmten Umgang mit ihren Daten (Datensouveränität) gestärkt werden. Eine baldige Verabschiedung der europäischen Datenschutz-Grundverordnung ist deshalb auch aus wettbewerbspolitischer Perspektive zu befürworten.

Neuere Entwicklungen im Energiebereich

7.* Am 8. April 2014 hat das Bundeskabinett den Entwurf eines Gesetzes zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts beschlossen, der zum 1. August 2014 in Kraft treten soll. Am 7. Mai 2014 hat das Kabinett ein ergänzendes Gesetz beschlossen (Entwurf eines Gesetzes zur Reform der Besonderen Ausgleichsregelung für stromkosten- und handelsintensive Unternehmen). Die Neuregelungen binden im Besonderen die am 9. April 2014 von der Europäischen Kommission beschlossenen Vorgaben aus den Umwelt- und Energiebeihilfeleitlinien ein. Das Gesetz wurde am 27. Juni 2014 durch den Deutschen Bundestag verabschiedet.

8.* Mit der Reform des Erneuerbaren Energien Gesetzes (EEG) soll der Anteil erneuerbarer Energien an der deutschen Stromversorgung stetig erhöht (bis 2050 sollen mindestens 80 Prozent des deutschen Bruttostromverbrauchs durch erneuerbare Energien gedeckt werden), der weitere Kostenanstieg deutlich gebremst und der Ausbau der erneuerbaren Energien planvoll gesteuert und die Marktintegration der erneuerbaren Energien vorangetrieben werden. Wesentliche Neuerungen sind jährliche Ausbaupfade für Wind-, Solar- und Bioenergie sowie die stufenweise Einführung der verpflichtenden Direktvermarktung für einen Teil der Neuanlagen. Ferner besteht die Absicht, technologiespezifische Ausschreibungen spätestens bis 2017 einzuführen, wobei die Umstellung der Förderung großer Photovoltaik-Freiflächenanlagen als Pilotmodell es ermöglichen soll, Erfahrungen mit dem Ausschreibungsmodell zu sammeln. Darüber hinaus sollen die Kosten angemessen durch die Einbeziehung der Eigenstromerzeugung und des Selbstverbrauchs verteilt werden und es sind Änderungen der Besonderen Ausgleichsregelung für stromkosten- und handelsintensive Unternehmen zwecks Europarechtskonformität geplant.

9.* Aus volkswirtschaftlicher Sicht würdigt die Monopolkommission die Reform des EEG als einen Schritt in die richtige Richtung und fordert eine zügige Umstellung auf den – im Gesetzentwurf lediglich angekündigten – Fördermechanismus des Ausschreibungsmodells. Die Monopolkommission bedauert, dass das von ihr präferierte Quotenmodell von der Bundesregierung verworfen worden ist, denn um die Energiewende bezahlbar und damit möglicherweise zu einem Vorbildprojekt für andere Länder zu machen, braucht es Wettbewerb um die günstigsten und effizientesten grünen Technologien. Die geplante Deckelung des Zubaus von Onshore-Windenergie, einem kostengünstigen Energieträger, ist ebenso kritisch zu sehen wie die Begrenzung der künftigen Direktvermarktungspflicht auf große Anlagen. Bereits in ihrem letzten Energie Sondergutachten hatte die Monopolkommission darauf hingewiesen, dass auch für kleine Anlagen eine Vermarktung möglich ist, bspw. mithilfe spezialisierter Stromhändler. Grundsätzlich ist positiv zu würdigen, dass die Bundesregierung eine zukünftig stärker in den europäischen Kontext eingebettete Energiepolitik anstrebt. Als wichtig erachtet die Monopolkommission in diesem Kontext eine Rückkopplung nationaler Emissionseinsparungen mit dem Europäischen Emissionshandelssystem. Das von der Bundesregierung angestrebte Ausschreibungsmodell stellt nach Ansicht der Monopolkommission gegenüber dem derzeitig dominierenden Fördersystem fixer Einspeisetarife gleichwohl eine deutliche Verbesserung dar.

10.* Bei Ausnahmeregelungen für stromkosten- und handelsintensive Unternehmen geht es um eine Umverteilung der Kosten der Energiewende; im Kern ist stets ein effizientes Förderregime der beste Weg, Unternehmen und Verbraucher gleichermaßen von hohen Stromkosten zu entlasten. Grundsätzlich scheint empirisch prüfenswert, inwieweit die Ausnahmeregelungen zu Wettbewerbsverzerrungen führen. Ausnahmen für stromintensive Unternehmen von den hohen Kosten der Energiewende, die nicht zuletzt Folge des Förderregimes sind, führen die Problematik nationaler Alleingänge auch im Beihilferecht vor Augen.

11.* Die Europäische Kommission hat im Dezember 2013 von Amts wegen ein Beihilfeverfahren gegen Deutschland eingeleitet. Gegenstand ist die Ausgestaltung der im EEG vorgesehenen EEG-Umlage. Die Europäische Kommission hat die Förderung der Erzeuger von EE-Strom und von Grubengas über die Ein-

speisevergütung als Beihilfe betrachtet. Diese Beihilfe rufe jedoch keine Bedenken hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt hervor. Auch mehrere andere Elemente des Förderungs- und Finanzierungsmechanismus nach dem EEG sind nach vorläufiger Einschätzung der Europäischen Kommission mit dem Binnenmarkt vereinbar.

12.* Eingehender zu prüfen war hingegen die Begrenzung der EEG-Umlage für energieintensive Unternehmen. Hierbei handele es sich entgegen der Auffassung der Bundesrepublik um einen beihilferechtlich relevanten Vorteil aus staatlichen Mitteln. Diesbezüglich sei entscheidend, dass die Stromverbraucher nach dem Gesetz zur Zahlung eines Tarifaufschlags verpflichtet sind und der Staat die Übertragungsnetzbetreiber mit der Verwaltung der Beihilfe beauftragt habe. Es handele sich in zweierlei Hinsicht um eine Beihilfe. Denn der Vorteil durch die Begrenzung der EEG-Umlage werde durch einen weiteren Vorteil ergänzt, welcher sich aus der Erhöhung der EEG-Umlage für die übrigen Unternehmen ergebe.

13.* Die Rechtfertigung für die mit der Begrenzung der EEG-Umlage für energieintensive Unternehmen verbundene Beihilfe ist nach der vorläufigen Einschätzung der Europäischen Kommission fraglich. Eine solche Rechtfertigung ist zwar dahin gehend nicht auszuschließen, dass zusätzliche Stromkosten dazu führen können, dass Unternehmen, die im internationalen Wettbewerb stehen, ihre Standorte aus der EU hinaus verlagern. Soweit die Bundesregierung diesbezüglich allerdings vorbringe, dass die Begrenzung der EEG-Umlage zur Sicherung der deutschen Wettbewerbsfähigkeit innerhalb der EU erforderlich sei, handle es sich um kein Ziel von gemeinsamem Interesse.

14.* Die Europäische Kommission hat zwischenzeitlich ihre Umwelt- und Energiebeihilfeleitlinien in einer Weise überarbeitet, die eine beihilferechtskonforme Umgestaltung des EEG möglich macht. Nach den Leitlinien können Unternehmen aus 68 Branchen, die im internationalen Wettbewerb stehen, von einem Beitrag zur Förderung erneuerbarer Energien wie bspw. der EEG-Umlage entlastet werden. Voraussetzung ist allerdings, dass die Unternehmen weiter grundsätzlich mindestens 15 Prozent der betreffenden Umlage zahlen. Energieintensive Unternehmen sollen für ihren Energieverbrauch jedoch maximal 0,5 Prozent ihrer Bruttowertschöpfung (Umsatz abzüglich Vorleistungen) zahlen müssen. Diese Prinzipien sollen auch im Rahmen des Beihilfeverfahrens in Bezug auf das deutsche EEG Berücksichtigung finden.

15.* Bei einer wettbewerbspolitischen Würdigung ist davon auszugehen, dass die Energiewende in ihrem Ausgangspunkt ein Projekt politischer Gestaltung ist. Die Politik muss bei einem solchen Gestaltungsprojekt jedoch Grenzen beachten, die sich aus dem vorgegebenen Rechtsrahmen und grundlegenden wirtschaftlichen Zusammenhängen ergeben.

16.* Die Auffassung der Bundesregierung, dass das EEG keine Beihilfen enthalte, weil es keinen Vorteil aus staatlichen Mitteln vorsehe, dürfte auf einem überholten Verständnis der Beihilferegeln beruhen. Die bislang ausschließlich an nationalen Interessen orientierte Regelungen in Bezug auf die EEG-Umlage sind außerdem nicht ohne Weiteres mit den Beihilferegeln vereinbar. Eine beihilferechtliche Rechtfertigung dürfte zwar dann in Betracht kommen, wenn die mit einem Fördersystem verbundene Wettbewerbsverzerrung allein auf der Tatsache beruht, dass es sich um ein nationales System handelt. Im Fall des EEG ist allerdings nicht auszuschließen, dass der Fördermechanismus mit darüber hinausgehenden Wettbewerbsverzerrungen verbunden ist, weil er nicht marktwirtschaftlich ausgestaltet ist. Die Monopolkommission wirbt vor diesem Hintergrund erneut für die Weiterentwicklung des EEG im Sinne des von ihr vorgeschlagenen Quotenmodells.

17.* Die Monopolkommission weist abschließend auf beihilferechtliche Risiken für deutsche Unternehmen hin, die aufgrund der Tatsache bestehen können, dass die Bundesrepublik die Änderungen des EEG 2012 nicht zur beihilferechtlichen Überprüfung angemeldet hatte.

Kriminalisierung von Kartellrechtsverstößen in Deutschland?

18.* Die angemessene Ausgestaltung der behördlichen und privaten Kartellrechtsdurchsetzung bildet gegenwärtig einen Schwerpunkt in der wettbewerbsrechtlichen und wettbewerbspolitischen Diskussion in Deutschland und Europa. Teil der Diskussion um ein effektives Sanktionensystem ist in den letzten Jahren verstärkt auch die Frage, ob es im Interesse einer verbesserten Kartellrechtsdurchsetzung empfehlenswert ist, über den Submissionsbetrug hinaus andere schwerwiegende Verstöße gegen das Kartellrecht zu kriminalisieren. Als Gegenstand einer Kriminalisierung kommen besonders schwerwiegende Kartellrechtsverstöße, sogenannte Hardcore-Kartelle, d. h. Preis-, Mengen- und Gebietskartelle, in Betracht. Derartige Kartelle gelten übereinstimmend als in hohem Maße schädlich. Zudem besteht hinreichende Klarheit über ihre Voraussetzungen und ihre Unzulässigkeit, sodass nicht das Risiko entsteht, Entscheidungsträger im Unternehmen aufgrund der angedrohten strafrechtlichen Verfolgung auch von legitimem Verhalten abzuschrecken.

19.* Eine Erweiterung des bestehenden Sanktionensystems ist insbesondere in Betracht zu ziehen, sofern festgestellt werden kann, dass die gegenwärtig verfügbaren Instrumente der Kartellrechtsdurchsetzung aktuelle und potenzielle Kartelltäter nicht wirksam von der Eingehung bzw. Beibehaltung von Kartellen abhalten. Gegen eine ausreichende Präventionswirkung könnte der Umstand sprechen, dass trotz der seit einigen Jahren drastisch erhöhten Geldbußen gegenüber kartellbeteiligten Unternehmen immer wieder neue, umfangreiche Kartellfälle bekannt werden.

20.* Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass es im Bereich der behördlichen und der privaten Kartellrechtsdurchsetzung in den letzten Jahren weitreichende Entwicklungen gegeben hat und auch gegenwärtig noch gibt. Diese beziehen sich sowohl auf die rechtlichen Rahmenbedingungen als auch auf die Anwendungspraxis der Kartellbehörden. So wird die hohe Zahl der aufgedeckten und verfolgten Kartellfälle im Wesentlichen auf die Einführung von Kronzeugenregelungen durch die Europäische Kommission und das Bundeskartellamt zurückgeführt. Diese Regelungen führen auch dazu, dass die Kartellbekämpfung seit einiger Zeit einen Schwerpunkt der Behördentätigkeit bildet, für die vermehrt Ressourcen bereitgestellt werden. Daneben sind in Deutschland erst mit der Siebten GWB-Novelle von 2005 umsatzbezogene Geldbußen eingeführt worden. Dies trägt zu einer deutlichen Erhöhung der Geldbußen ebenso bei wie die veränderte Nutzung der Kartellbehörden von Geldbußen als Mittel der Abschreckung kartellrechtswidrigen Verhaltens. Darüber hinaus dürfte die bessere Zusammenarbeit und gegenseitige Information im Netzwerk der europäischen Kartellbehörden eine erfolgreiche Kartellbekämpfung erleichtern.

21.* Bezüglich der privaten Kartellrechtsdurchsetzung in Deutschland wurden die rechtlichen Rahmenbedingungen im Zuge der Siebten GWB-Novelle insbesondere dadurch verbessert, dass die behördliche Feststellung eines Kartellverstoßes Bindungswirkung für einen sich anschließenden Schadenersatzprozess entfaltet. Ferner ist der Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie zu privaten Schadenersatzklagen bei kartellrechtlichen Zuwiderhandlungen zu nennen, dem das Europäische Parlament bereits zugestimmt hat. Zwar bleiben in der Praxis Verurteilungen zu Schadenersatzzahlungen bislang noch die Ausnahme, in Einzelfällen konnte aber im Vergleichsweg eine erhebliche finanzielle Kompensation erlangt werden.

22.* Diese – zum Teil ganz aktuellen – Entwicklungen machen eine abschließende Einschätzung der von dem bestehenden Sanktionensystem ausgehenden Abschreckungswirkung schwierig. Es ist ferner nicht auszuschließen, dass dieses derzeit noch nicht seine volle Präventionswirkung entfaltet, weil eine Reihe der in den letzten Jahren aufgedeckten und verfolgten Kartelle bis in die 1990er Jahre zurückreichen. Die zentrale Frage der angemessenen Abschreckung bedarf daher mittelfristig weiterer Untersuchung.

23.* Allerdings existiert eine Reihe von Anhaltspunkten dafür, dass die Abschreckungswirkung des kartellrechtlichen Sanktionensystems gesteigert werden sollte. Theoretische Überlegungen zu der Höhe wirksamer Sanktionen legen nahe, dass die derzeitigen Geldbußen gegenüber kartellbeteiligten Unternehmen bei Inrechnungstellung der begrenzten Aufdeckungswahrscheinlichkeit deutlich zu niedrig bemessen sind, um eine ausreichende Prävention zu erreichen. Eine weitere Erhöhung der Geldbußen könnte allerdings mit negativen sozialen Auswirkungen verbunden sein und ist daher kritisch zu sehen. Des Weiteren können Unternehmen aufgrund der Kronzeugenprogramme darauf hoffen, dass sie doch bußgeldfrei bleiben oder nur ein verringertes Bußgeld auferlegt bekommen; dadurch verringert sich die von behördlichen Sanktionen ausgehende Abschreckungswirkung. Auch Geldbußen gegenüber den direkt handelnden Mitarbeitern von kartellbeteiligten Unternehmen entfalten wahrscheinlich keine ausreichende Abschreckungswirkung. Insoweit ist zu bedenken, dass die Europäische Kommission keine Geldbußen gegenüber natürlichen Personen verhängen kann und die deutschen Kartellbehörden lediglich einen Teil der persönlich Verantwortlichen mit Geldbußen sanktioniert. Außerdem kann nicht ausgeschlossen werden, dass Unternehmensmitarbeiter, die mit einer Geldbuße belegt wurden, von ihrem Arbeitgeber finanziell kompensiert werden. Überlegungen dahin gehend, dass Unternehmen von kartellverantwortlichen Mitarbeitern Schadenersatz fordern oder personalrechtliche Konsequenzen ziehen, stehen hingegen oft noch am Anfang. Ebenso verhält es sich mit der privatrechtlichen Durchsetzung von kartellbedingten Schadenersatzansprüchen. Bislang sind nur wenig Fälle bekannt geworden, in denen Schadenersatz von kartellbeteiligten Unternehmen geleistet wurde.

24.* Sollten künftige Analysen die mangelnde Abschreckungswirkung des bestehenden Sanktionensystems bestätigen, ist nach Auffassung der Monopolkommission in erster Linie über die Einführung von Maßnahmen nachzudenken, mit denen Verhaltensanreize direkt bei den persönlich Handelnden gesetzt werden. Damit kann das Problem gelöst werden, dass in einem Unternehmen stets natürliche Personen für eine Kartellbeteiligung verantwortlich sind, Sanktionen in Form hoher Geldbußen aber das dahinter stehende Unternehmen treffen (Principal-Agent-Problem). Eine etwaige strafrechtliche Sanktionierung setzt unmittelbar bei dem betreffenden Unternehmensmitarbeiter an und entfaltet eine gesteigerte Abschreckungswirkung, weil diese ein wesentlich stärkeres Unwerturteil beinhaltet als eine bloße Geldbuße. Mit einer Kriminalstrafe ist ein gewisser Stigmatisierungseffekt verbunden, der vor allem für im Übrigen unbescholtene und sozial eingegliederte Täter im Bereich der Wirtschaftskriminalität besonders spürbar sein wird. Dabei ist zu berücksichtigen, dass auch eine Bewährungsstrafe als Vorstrafe gilt. Jedenfalls bei einer Freiheitsstrafe ist eine finanzielle Kompensation erheblich schwieriger als bei einer Geldbuße. Eine Erhöhung der Präventionswirkung ginge mit der strafrechtlichen Verfolgung von Hardcore-Kartellen auch deshalb einher, weil damit die Androhung eines Berufsverbots verbunden ist.

25.* Um die Wirksamkeit einer etwaigen strafrechtlichen Sanktionierung sicherzustellen und negative Rückwirkungen auf die behördliche Kartellrechtsdurchsetzung zu vermeiden, müssten flankierende Maßnahmen ergriffen werden. Notwendig erscheint insofern vor allem die Schaffung einer strafrechtlichen Kronzeugenregelung für Kartelltäter. Daneben wäre die Stellung der Kartellbehörden im Strafprozess zu stärken, etwa indem diese anstelle der Staatsanwaltschaft die Ermittlungen führen.

26.* Ein anderes Instrument zur Erhöhung der Prävention kartellrechtlicher Sanktionen, das ebenfalls unmittelbar auf die handelnden Personen abzielt, wäre die Befugnis der Kartellbehörden zur Verhängung von Berufsverboten. Ein Berufsverbot, das an eine Geldbuße geknüpft werden könnte, würde eine starke präventive Wirkung entfalten. Zum einen wäre eine finanzielle Kompensation durch den Arbeitgeber schwierig, da die angestammte Tätigkeit im Unternehmen nicht mehr ausgeübt werden darf. Zum anderen dürfte es gerade für bislang im (höheren) Management tätige Personen einen erheblichen persönlichen Nachteil darstellen, für längere Zeit keine adäquate Tätigkeit mehr ausüben zu dürfen.

27.* Daneben wäre zu überlegen, die Wahrscheinlichkeit der Aufdeckung von Kartellen durch eine gesetzlich vorgesehene Entlohnung von Hinweisgebern zu erhöhen. Ein solches Whistleblowing-System könnte vorsehen, dass jedenfalls Hinweisgeber, die nicht an einem Kartellverstoß beteiligt waren, eine Prämie erhalten. Dagegen sollte ein Hinweisgeber, der Anführer eines Kartells ist oder andere zur Begehung eines Kartellverstoßes gezwungen hat, von der Möglichkeit einer Belohnung ausgeschlossen sein.

28.* Die Einführung eines Unternehmensstrafrechts sieht die Monopolkommission hingegen jedenfalls für den Bereich des Kartellrechts als nicht zielführend an. Problematisch ist, dass die damit verbundenen Verhaltensanreize nicht bei den unmittelbar handelnden natürlichen Personen ansetzen. Aus der Sicht eines Unternehmens oder seiner Eigentümer könnte es von geringerer Bedeutung sein, ob es mit einer Geldstrafe oder mit einer Geldbuße geahndet wird. Wichtiger erscheint insofern die Bekanntgabe des kartellrechtswidrigen Verhaltens in der Öffentlichkeit, weil damit ein Reputationsverlust verbunden sein wird. Insoweit sind gerade im Kartellrecht allerdings keine Defizite zu verzeichnen, da die Europäische Kommission und das Bundeskartellamt regelmäßig über Kartellverfahren und Sanktionen gegen Unternehmen berichten. Schließlich sind keine Defizite aufseiten der Europäischen Kommission und der deutschen Kartellbehörden beim Aufgreifen von rechtswidrigen Kartellen ersichtlich.

Wettbewerbsdefizite auf Taximärkten

29.* Der Taxiverkehr in Deutschland ist genehmigungspflichtig und unterliegt gemäß den Vorschriften des Personenbeförderungsgesetzes (PBefG) einer strikten Regulierung. Die Erteilung einer Konzession ist an die Erfüllung subjektiver (qualitativer) sowie objektiver (quantitativer) Zulassungskriterien gebunden. Eine Genehmigung ist zu versagen, wenn der Antragsteller nicht über die persönlichen Voraussetzungen zum Betrieb eines Taxiunternehmens verfügt oder wenn das örtliche Taxigewerbe durch die Erteilung weiterer Konzessionen in seiner Funktionsfähigkeit bedroht und somit die öffentlichen Verkehrsinteressen beeinträchtigt wären. Die Genehmigung ist weitgehend auf das Gebiet der für die Lizenzvergabe zuständigen Behörde beschränkt. Außerhalb dieses Pflichtfahrbereiches dürfen Taxifahrer i. d. R. keine Fahrgäste vom Straßenrand und von Taxiständen mitnehmen.

30.* Darüber hinaus wird im Taxiverkehr der Preiswettbewerb durch eine Tarifpflicht weitgehend unterbunden. Die von der Genehmigungsbehörde festgesetzten Beförderungsentgelte dürfen im Pflichtfahrbereich weder über- noch unterschritten werden, bei Verlassen des Pflichtfahrbereiches ist eine freie Preissetzung möglich. Einher mit der Tarifpflicht geht eine Betriebs- und Beförderungspflicht.

31.* Bei der ökonomischen Analyse des Taxiverkehrs ist zwischen drei Marktsegmenten zu unterscheiden, die in unterschiedlichem Maße von Marktversagen betroffen sein können. Hierbei handelt es sich um Funktaxis, die vorab bestellt werden, Ruftaxis, die am Straßenrand herangewunken werden sowie den Bereich der Taxistände. Kaum regulierungsbedürftig ist grundsätzlich der Funktaximarkt, etwas differenzierter sind die Bereiche der Ruftaxis und Taxistände zu beurteilen.

32.* Die quantitative Beschränkung des Marktzutritts (§ 13 Abs. 4 PBefG) stellt einen schwerwiegenden Eingriff in die Berufsfreiheit gemäß § 12 GG dar, der nicht zu rechtfertigen ist und aufgehoben werden sollte. Eine Gefährdung der Funktionsfähigkeit des Taxigewerbes infolge von Überkapazitäten ist aufgrund geringer Marktaustrittsbarrieren und eines funktionsfähigen Gebrauchtwagenmarktes nicht gegeben. Notwendig ist hingegen eine qualitative Regulierung des Marktzugangs aufgrund von Informationsasymmetrien in Bezug auf die nicht-beobachtbare Qualität der Dienstleistung Taxifahrt (z. B. Verkehrssicherheit des Pkw).

33.* Das bisherige Verbot der Aufnahme von Fahrgästen an Taxiständen sowie am Straßenrand außerhalb des eigenen Pflichtfahrbereiches sollte aufgehoben werden. Ein solches Verbot führt zu unnötigen Leerfahrten und längeren Wartezeiten für die Fahrgäste und ist ökologisch wie wirtschaftlich abzulehnen.

34.* Eine den Preiswettbewerb unterbindende Tarifpflicht (§ 51 i. V. m. § 39 Abs. 3 PBefG) ist ein besonders schwerwiegender Eingriff in die unternehmerische Preisgestaltungsfreiheit und im Taxigewerbe zum Schutz der Fahrgäste vor Übervorteilung nicht notwendig. Eine Liberalisierung der Beförderungsentgelte könnte den Wettbewerb im Taxiverkehr beleben und eine Ausdifferenzierung unterschiedlicher Preis-Qualitäts-Kombinationen ermöglichen. Die Monopolkommission empfiehlt zur Gewöhnung der Fahrgäste an die Liberalisierung, zunächst für einen Übergangszeitraum von drei Jahren Höchstpreise einzuführen, die von den Behörden festgesetzt und sich an den aktuellen Tarifen orientieren sollten. Nach Ablauf dieser Übergangsphase sollte im Funktaximarkt ein freier Preiswettbewerb gelten, da hier die Preistransparenz aufgrund guter Preisvergleichsmöglichkeiten besonders hoch ist. In den anderen Marktsegmenten sollte eine solche Preisfreigabe erfolgen, sofern eine hinreichende Markttransparenz gesichert ist.

35.* Die Monopolkommission hat zudem das Wettbewerbsverhältnis zwischen dem Taxi- und dem Mietwagenverkehr betrachtet. Sie empfiehlt eine Aufhebung der Rückkehrpflicht für Mietwagen sowie der Vorschrift, dass der Beförderungsauftrag am Betriebssitz des Mietwagenunternehmers eingehen muss (§ 49 Abs. 4 Satz 2 und 3 PBefG). Zudem sollten die Umsatzsteuersätze des Taxi- und Mietwagenverkehrs harmonisiert werden. Weitere Anpassungen wären im Rahmen einer Liberalisierung des Taxiverkehrs geboten. Hier ergäben sich unterschiedliche Gestaltungsmöglichkeiten, die letztlich von der konkreten Ausgestaltung der Liberalisierung des Taxiverkehrs abhängen würden.

36.* Schließlich hat die Monopolkommission den Markt für Taxivermittlungen betrachtet. Sie begrüßt die positive Wettbewerbsentwicklung im Zuge des Eintritts alternativer Vermittlungsdienste, die Taxifahrten mittels Taxi-Apps vermitteln. Gleichzeitig teilt sie die Sichtweise der deutschen Justiz, dass die von einigen Taxizentralen angewandten Ausschließlichkeitsklauseln (Doppelfunk-Verbote) und Fremdwerbeverbote unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen darstellen.

Wettbewerb in der deutschen Kinder- und Jugendhilfe

37.* Die Kinder- und Jugendhilfe umfasst neben der Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und in der Kindertagespflege u.a. umfängliche Beratungsleistungen, Aufgaben des Kinder- und Jugendschutzes (z. B. durch die Inobhutnahme von Kindern bzw. Jugendlichen im Falle gewalttätiger Eltern), Leistungen der Jugendhilfe (z. B. durch Förderung von Jugendzentren) sowie die Erziehungs- und Familienhilfe, z. B. in Form betreuter Wohngruppen.

38.* Bundesgesetzliche Grundlage der Ausgestaltung der Kinder- und Jugendhilfe ist das Achte Buch Sozialgesetzbuch (SGB VIII), das in landesrechtlichen Ausführungsgesetzen konkretisiert wird. Daneben bestehen weitere Vorschriften; von besonderer Bedeutung sind insoweit etwa die Kindertagesstätten-Gesetze bzw. Kinderförderungs-Gesetze auf Landesebene.

Bei der Kinder- und Jugendhilfe wird zwischen öffentlicher und freier Wohlfahrtspflege unterschieden, § 3 Abs. 2 SGB VIII. Zu den „freien“ Trägern zählen alle nicht-öffentlichen Institutionen, also bspw. Betriebskindergärten, Elterninitiativen sowie Einrichtungen der sogenannten Freien Träger der Wohlfahrtspflege wie der Arbeiterwohlfahrt, dem Paritätischen Gesamtverband, dem Deutschen Roten Kreuz, der Diakonie Deutschland, dem Deutschen Caritasverband sowie der Zentralwohlfahrtsstelle der Juden in Deutschland.

39.* Die öffentlichen Träger der Kinder- und Jugendhilfe haben nach §§ 3 Abs. 2 Satz 2, 79 Abs. 1, 2 SGB VIII die Gewährleistungsverantwortung für die gesetzlich vorgesehenen Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe. Dabei wird zwischen örtlichen und überörtlichen öffentlichen Trägern der Kinder- und Jugendhilfe unterschieden. Die Zuweisung dieser Funktionen erfolgt durch Landesrecht; typischerweise sind die Kommunen i. w. S., also Landkreise, kreisfreie sowie teilweise kreisangehörige Städte und Gemeinden als örtliche sowie das Land als überörtlicher öffentlicher Träger zuständig. § 4 Abs. 2 SGB VIII sieht ein spezielles Subsidiaritätsprinzip vor, wonach die Träger der öffentlichen Jugendhilfe von eigenen Maß-

nahmen absehen sollen, soweit anerkannte Träger der freien Kinder- und Jugendhilfe die Aufgaben übernehmen können. Seit 1990 ist der Anteil der öffentlichen Träger bezogen auf Einrichtungen, Betreuungsplätze und beschäftigte Personen rückläufig, was auch die effektive Ausübung des Wunsch- und Wahlrechtes der Leistungsberechtigten stärkt, § 5 SGB VIII. Wettbewerb ist insoweit explizit im SGB VIII angelegt.

40.* Die Leistungsabwicklung im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe erfolgt weitgehend im Rahmen des „jugendhilferechtlichen Dreiecksverhältnisses“ zwischen Leistungsberechtigtem, Leistungsverpflichtetem und Leistungserbringer. Dieses Verhältnis zwischen den verschiedenen Ebenen der öffentlichen Hand, den übrigen Sachleistungsträgern (Sozialversicherungen) und der Freien Wohlfahrtspflege zeichnet sich durch ein enges Kooperations- und Austauschgeflecht aus, das im Einzelnen wettbewerblichen Bedenken begegnen kann.

41.* Die Besonderheiten sozialer Dienstleistungen (so handelt es sich im Wesentlichen um Vertrauensgüter) erfordern besondere Marktordnungen. Die Überwindung von Informationsnachteilen für die Nachfrager gelingt neben regulatorischen Lösungen wie bspw. fachlichen und räumlichen Voraussetzungen für den Betrieb einer Einrichtung (§ 45 SGB VIII) überdies mit Marktlösungen wie (freiwilligen) Qualifikationsnachweisen der Leistungserbringer, Reputation und Transparenz. So erscheint dringend wünschenswert, die Transparenz hinsichtlich wirtschaftlich relevanter, disaggregierter Daten (z. B. konkrete Fördersummen der öffentlichen Hand) in der Kinder- und Jugendhilfe zu erhöhen.

42.* Bei den Dienstleistungen in der Kinder- und Jugendhilfe gibt es eine Reihe positiver Externalitäten, d. h. die Gesellschaft als Ganze profitiert von einer bestimmten Maßnahme. Auch für den Ausbau der Tagesbetreuungsmöglichkeiten für Kinder in Deutschland waren nicht zuletzt derartige Gründe ausschlaggebend. So hat sich inzwischen die Einschätzung etabliert, dass die institutionalisierte Kinderbetreuung eine wichtige Rolle für die Integration, Sozialisation und Bildungsgrundlage von Kindern spielt. Zudem können Eltern am Erwerbsleben teilnehmen oder vermeiden, aus der Erwerbstätigkeit auszusteigen; dies kommt auch den Unternehmen zugute, welche mitunter zusätzlich mit (defizitären) Betriebskindergärten ihr Personal an das Unternehmen zu binden versuchen.

43.* Neben den Grundfreiheiten sind besonders Kartell-, Beihilfe- und Wettbewerbsrecht im Bereich der sozialen Dienstleistungen von Bedeutung. Auch wenn die Durchsetzung des Kartellrechts durch die deutschen und europäischen Wettbewerbsbehörden in diesem Bereich bisher nur wenig ausgeprägt ist, weist die Monopolkommission betroffene Marktteilnehmer auf die Möglichkeit der privatinitiativen Durchsetzung hin.

44.* Das deutsche und europäische Kartellrecht sowie das europäische Beihilferecht sind je nach Konstellation, Sachbereich und genauer Ausgestaltung der einzelnen Beziehungen auch im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe anwendbar. Ausgeschlossen ist dies lediglich, wenn nicht wirtschaftliche Tätigkeiten betroffen sind, insbesondere, sofern die Leistungen als Teil des Bildungssystems staatlich in der Erbringung ihrer Leistungen determiniert werden. Soweit die Leistungsträger jedoch frei sind, ihr Angebot nach Umfang und Qualität im Wettbewerb auszugestalten, liegt i. d. R. eine unternehmerische, dem Kartell- und Beihilferecht unterworfenen Tätigkeit vor.

45.* Ob das Vergaberecht auf die Kinder- und Jugendhilfe Anwendung findet, ist noch nicht vollständig geklärt. Entscheidend kommt es dabei immer auf die genaue Ausgestaltung des Leistungsverhältnisses an. Dabei verkennt die Monopolkommission nicht die Schwierigkeiten bei der Anwendung des Vergaberechts durch die Kommunen. Der Aufbau auf Verfahrens- und Dokumentmustern, Best-Practices etc. sowie auf institutionenübergreifenden Erfahrungen und Lerneffekten kann jedoch diese Transaktionskosten erheblich minimieren. Vielversprechend erscheint in diesem Kontext die Umstellung auf die e-Vergabe nach dem

neuen Richtlinienpaket, da elektronische Informations- und Kommunikationsmittel die Bekanntmachung von Aufträgen vereinfachen und Effizienz und Transparenz der Vergabeverfahren steigern können.

Aktuell unterliegt das europäische Vergaberecht einer Reformierung. Die Monopolkommission begrüßt das neue europäische Vergaberichtlinienpaket, da es bisherigen Bedenken gegen die Anwendung des Vergaberechts auf die Kinder- und Jugendhilfe in Form eines neuen „Sozialvergaberechts“ Rechnung trägt. Über die in den neuen Vergaberichtlinien vorgesehene und dringend erforderliche Vereinfachung von Vergaben hinaus müssen die Möglichkeiten zum zentralen Aufbau von Verfahrenswissen und zur Erleichterung Institutionen übergreifenden Erfahrungsaustauschs ausgeschöpft werden. Zentral erscheint der Monopolkommission weiter, die Potenziale einer Steigerung der Transparenz auch im sozialen Bereich zu nutzen. Nicht zuletzt die durch die neuen Vergaberichtlinien vorgeschriebene e-Vergabe und darauf aufbauende öffentliche und verwaltungsinterne Plattformen bieten hier vielfältige Anknüpfungspunkte. Es ist zu erwarten, dass Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe in Zukunft und insbesondere unter Geltung des zu schaffenden Sozialvergaberechts verstärkt ausgeschrieben werden. So werden etwa ab 2016 auch Dienstleistungskonzessionen als vergaberechtlich relevant eingestuft.

46.* Bis zur Einführung betriebswirtschaftlicher Elemente in Form einzelfallbezogener Leistungs-, Entgelt- und Qualitätsentwicklungsvereinbarungen erfolgte die Finanzierung freier Träger weitgehend über die Zuwendungsfinanzierung. Aus der Praxis berichten Marktteilnehmer, dass die Umsetzung der Entgeltreform auf halbem Wege stecken geblieben sei. Kosten- und Qualitätsaspekte seien eher nachrangig, vielmehr würden Akteure kommunaler Körperschaften auf „pauschalisiertes Vertrauen und den Gerüchtemarkt vor Ort“ als auf objektiv nachvollziehbare Inhalte aus Leistungsvereinbarungen setzen. Die Monopolkommission ermutigt die Kommunen, die Umsetzung der Entgeltreform weiter voranzutreiben. Dabei verkennt die Monopolkommission nicht die besonderen Schwierigkeiten bei der Beurteilung der Qualität von Leistungen. Nach Auffassung der Monopolkommission scheint insoweit für Kommunen ein Überblick über Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe in Form landes- sowie möglicherweise bundesweiter Datenbanken hilfreich, um hieraus für die Zukunft Bewertungsregeln und -kriterien ableiten zu können, die Kostentransparenz zu verbessern und Anbieter so besser vergleichen zu können. In diesem Kontext erachtet die Monopolkommission auch die Möglichkeit einer Leistungsbewertung durch Eltern und Kinder sowie standardisierte Leistungsüberprüfungen als hilfreich für eine Leistungs- und Qualitätsmessung.

47.* In Anbetracht steigender Ausgaben für den Ausbau von Kindertageseinrichtungen und begrenzter finanzieller Ressourcen öffentlicher Haushalte stellt sich die Frage nach einer bedarfsgerechten und effizienten Bereitstellung von Betreuungsangeboten. Gutscheinsysteme zur Vergabe von Betreuungsplätzen, wie sie bereits teilweise in Städten wie Hamburg und Berlin erfolgreich eingesetzt werden, können als Alternative zur herkömmlichen Objektförderung ein effizientes Instrument einer zielgenauen Bildungs- und Sozialpolitik dienen. Sie stärken das elterliche Wunsch- und Wahlrecht und erlauben es ihnen, mehr Einfluss auf die quantitative und qualitative Ausgestaltung des Betreuungsangebotes zu nehmen. Gleichzeitig wird der Wettbewerb zwischen verschiedenen Anbietern gestärkt, wenn diese mehr als in einem System mit Objektförderung, ihr Angebot an den Wünschen der Eltern ausrichten müssen und staatliche Förderungen nicht den Einrichtungsträgern, sondern direkt den Eltern zuteilwerden. Dabei dürften die positiven Effekte eines Gutscheinsystems umso größer ausfallen, je höher das bestehende Angebot an Betreuungsplätzen ist. Bislang ist allerdings unklar, ob ähnliche Erfolge wie in Hamburg auch in eher unterversorgten ländlichen Gebieten möglich sind.

48.* Das jahrzehntelange partnerschaftliche Zusammenwirken öffentlicher Stellen und Träger der Freien Wohlfahrtspflege machte und macht es auch heute noch Dritten häufig schwer, Dienstleistungen auf dem Markt der Kinder- und Jugendhilfe anzubieten. Das SGB VIII von 1990 hat zu einer zumindest partiellen

Aufwertung privater Träger, die nicht in den sechs Spitzenverbänden organisiert sind, geführt. Dennoch existieren noch immer zahlreiche Privilegien, die i. d. R. eng mit dem Status der Gemeinnützigkeit der Leistungserbringer verbunden sind.

49.* Im Gegensatz zu privat-wirtschaftlichen Anbietern profitieren gemeinnützige Organisationen von einer Vielzahl von Steuerprivilegien, wie etwa der Befreiung von der Körperschaftsteuer, dem Spendenprivileg und dem Übungsleiterprivileg. Die Monopolkommission steht einer solchen Privilegierung einzelner, als gemeinnützig anerkannter Einrichtungen grundsätzlich kritisch gegenüber. Ökonomisch betrachtet kann eine steuerliche Subventionierung etwa im Bereich der Mildtätigkeit gerechtfertigt sein, wenn eine Leistung von privaten Anbietern nicht oder in geringerem Maße bereitgestellt würde, als dies gesamtwirtschaftlich wünschenswert wäre. Zu einer solchen Unterversorgung kann es kommen, wenn der Nutzen, den bestimmte Güter oder Leistungen für Dritte haben, bei der Bereitstellung nicht ausreichend berücksichtigt (internalisiert) wird. Bei vielen entgeltlichen Angeboten in der Kinder- und Jugendhilfe, für deren Inanspruchnahme regelmäßig ein Rechtsanspruch besteht, ist jedoch davon auszugehen, dass eine steuerliche Förderung im Sinne der Gemeinnützigkeit nicht nur nicht notwendig, sondern in vielfacher Hinsicht als problematisch zu bewerten ist. Dies gilt umso mehr, wenn es dadurch zu Wettbewerbsverzerrungen kommt.

50.* Die Monopolkommission kritisiert, dass auf Länderebene z. T. die Förderung von Kindertageseinrichtungen privat-wirtschaftliche Anbieter ausschließt. Aus Sicht der Monopolkommission sind notwendige Fördermaßnahmen, besonders mit Blick auf den massiven erforderlichen Ausbaubedarf an Kindertageseinrichtungen, unabhängig von der Trägerschaft zu gewähren. Eine vielfältige Trägerlandschaft ist nach § 3 Abs. 1 SGB VIII gesetzlich vorgesehen und hat den Vorteil, dass verschiedenen Bedürfnissen schneller und differenzierter begegnet werden kann und dass die gestiegene Konkurrenz zwischen den Anbietern die Chancen dafür erhöht, dass sich innovative Ideen und neue fachliche Arbeitskonzepte und Organisationsformen entwickeln.

51.* Der Jugendhilfeausschuss hat als zentrales Steuergremium des Jugendamtes einen hohen Stellenwert. Er hat Beschlussrecht in Angelegenheiten der Jugendhilfe im Rahmen der von der Vertretungskörperschaft bereitgestellten Mittel, der von ihr erlassenen Satzung und der von ihr gefassten Beschlüsse, § 71 Abs. 3 Satz 1 SGB VIII. Im Jugendhilfeausschuss verfügen neben den öffentlichen die anerkannten freien Träger über ein wesentliches Mitspracherecht hinsichtlich der Jugendhilfeplanung, der finanziellen Ausstattung und der Auswahl der zu fördernden Maßnahmen. Die Monopolkommission sieht einen Interessenkonflikt und eine Minderung der Entscheidungsqualität, wenn Vertreter der anerkannten freien Jugendhilfe an Entscheidungen beteiligt sind, von denen sie mitunter in erheblichem Maße selbst tangiert werden. Die Monopolkommission fordert daher, ein Stimmrecht ausschließlich dem öffentlichen Wohl verpflichteten politisch legitimierten Mitgliedern der Vertretungskörperschaft des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe bzw. von der Vertretungskörperschaft gewählten Personen einzuräumen, die in der Jugendhilfe erfahren sind. Andere Akteure sollten eine Beratungsfunktion innehaben und auf diese Weise ihre Erfahrungen und Vorschläge einbringen.

Datenzugang der Monopolkommission

52.* Ein Problem, das die Arbeitsfähigkeit der Monopolkommission anhaltend beeinträchtigt, resultiert aus der Weigerung des Bundeskartellamtes, der Monopolkommission im Rahmen ihres Akteneinsichtsrechts gemäß § 46 Abs. 2a GWB umfassenden Zugang zu den beim Amt vorliegenden Daten, z. B. zu Kosten, Preisen und Absatzmengen, zu gewähren. Das Amt führt mit den Daten empirische Analysen durch und bezieht die Ergebnisse bei seinen Überlegungen zu Kartellrechtsverfahren sowie bei Sektoruntersuchungen ein.

53.* Die Bestimmung des § 46 Abs. 2a GWB räumt der Monopolkommission die Befugnis ein, Einsicht in die von der Kartellbehörde geführten Akten einschließlich Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse und

personenbezogener Daten zu nehmen, soweit dies zur ordnungsgemäßen Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich ist. Die Reichweite des Akteneinsichtsrechts unterliegt lediglich einer einzigen Einschränkung – sie muss für die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung seitens der Monopolkommission erforderlich sein. In diesem Rahmen ist das Akteneinsichtsrecht, das die Monopolkommission in die Lage versetzen soll, ihre gesetzlich festgelegten Aufgaben zu erfüllen, lückenlos. Der notwendige Schutz Dritter wird durch die in § 46 Abs. 3 GWB verankerte Verpflichtung zur Verschwiegenheit der Mitglieder der Monopolkommission und der Angehörigen der Geschäftsstelle gewährleistet. Die Verschwiegenheitspflicht reicht damit ebenso weit wie die entsprechenden Pflichten der Mitarbeiter des Bundeskartellamtes.

54.* Das Akteneinsichtsrecht umfasst auch den unbeschränkten Zugang zu den von der Kartellbehörde erhobenen oder von Dritten eingebrachten Daten. Die zunehmende Anwendung moderner empirischer Methoden ist die wichtigste Entwicklung in der neueren Anwendungspraxis der Kartellbehörden. Die Monopolkommission ist deshalb nur imstande, ihre gesetzlichen Aufgaben – etwa die fundierte Würdigung der Kartellamtspraxis – auch künftig wahrzunehmen, wenn sie auch das methodische Vorgehen und die Ergebnisse der empirischen Analysen der Kartellbehörde evaluieren kann. Eine solche Evaluierung setzt den Zugang zu den Einzeldaten und damit die Möglichkeit voraus, Vergleichsrechnungen anzustellen und Robustheitsprüfungen durchzuführen. Eine bloße „Einsicht“ in die Daten und die vom Bundeskartellamt angewendeten Methoden reicht dazu ebenso wenig aus wie ein bloßes „Nachrechnen“.

55.* Bei der Akteneinsicht und dem zugehörigen Datenzugang geht es nicht darum geht, „private“ Interessen der Monopolkommission zu bedienen. Die Monopolkommission leitet ihre Gutachten mit den darin enthaltenen Stellungnahmen zur kartellrechtlichen Amtspraxis und zu anderen wettbewerbspolitischen und -rechtlichen Themen der Bundesregierung zu, die diese unverzüglich den gesetzgebenden Körperschaften vorlegt. Die Monopolkommission informiert und berät also Verfassungsorgane. Es kann nicht im Interesse der Bundesregierung und der gesetzgebenden Körperschaften liegen, dass die Möglichkeiten der Monopolkommission soweit beschnitten werden, dass ein wesentlicher Teil ihrer Aufgaben nur noch eingeschränkt erfüllt werden kann.

56.* Die Monopolkommission bleibt bei ihrer schon vor zwei Jahren geäußerten Auffassung, dass der umfassende Zugang zu Einzeldaten aus kartellrechtlichen Fällen und Sektoruntersuchungen einschließlich deren Nutzung für die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung der Monopolkommission durch das geltende Recht zur Akteneinsicht gemäß § 46 Abs. 2a GWB gedeckt ist. Eine ausdrückliche Klarstellung im GWB erscheint nicht erforderlich. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie könnte als oberste Bundesbehörde in dieser Hinsicht für eine rasche Klärung sorgen. Sollte gleichwohl eine gesetzliche Klarstellung zum Datenzugang der Monopolkommission für vorzugswürdig gehalten werden, schlägt die Monopolkommission vor, § 46 Abs. 2a GWB um den Satz zu ergänzen:

„Das Recht auf Akteneinsicht schließt ein, dass der Monopolkommission die bei der Kartellbehörde vorliegenden Daten zur Verfügung gestellt werden.“

II. Stand und Entwicklung der Konzentration und Verflechtung von Großunternehmen

57.* Mit ihren Untersuchungen zum Stand und der Entwicklung der gesamtwirtschaftlichen Bedeutung sowie des Verflechtungsgrades der größten Unternehmen der Bundesrepublik Deutschland folgt die Monopolkommission ihrem gesetzlichen Auftrag, die Entwicklung der Unternehmenskonzentration in der Bundesrepublik Deutschland regelmäßig zu begutachten (§ 44 Abs. 1 Satz 1 GWB). Die Analysen verfolgen das Ziel, die wirtschaftliche Bedeutung der größten Unternehmen in Deutschland zu identifizieren sowie interne bzw. externe Wachstumsvorgänge und Verflechtungsbeziehungen zwischen den einzelnen Akteuren aufzuzeigen.

58.* Die Monopolkommission stützt sich bei ihren Erhebungen auf die nach dem Merkmal der inländischen Wertschöpfung 100 größten Unternehmen aller Wirtschaftsbereiche für das aktuelle Berichtsjahr 2012. Neben der Wertschöpfung werden die Merkmale Anzahl der Beschäftigten, Sachanlagevermögen, Cashflow und Rechtsform analysiert. Die Analyse der inländischen Konzernbereiche wird ergänzt durch die Darstellung der weltweiten Wertschöpfung der betrachteten Unternehmen. Auch werden Verflechtungen zwischen den Unternehmen im Untersuchungskreis über Minderheitsbeteiligungen und personelle Verbindungen ausgewertet. Die Bedeutung von Großunternehmen in einzelnen Branchen wird auf Grundlage des Umsatzes der größten Industrie-, Handels- und Dienstleistungsunternehmen, der Bilanzsumme der größten Kreditinstitute und der Bruttobeitragseinnahmen von Versicherungsunternehmen untersucht. Die Berichterstattung endet mit der Untersuchung der Beteiligung der „100 Größten“ an den beim Bundeskartellamt angemeldeten Zusammenschlussvorhaben und der Zahl der Freigabeentscheidungen.

59.* Gegenüber dem Vergleichsjahr 2010 erhöhten die 100 größten Unternehmen die inländische Wertschöpfung um 5,9 Prozent auf EUR 289 Mrd. im Berichtsjahr 2012. Die Gesamtwertschöpfung aller Unternehmen erhöhte sich zwischen den Jahren 2010 und 2012 um 6,8 Prozent auf EUR 1.803 Mrd. Der Anteil der „100 Größten“ an der gesamtwirtschaftlichen Vergleichsgröße verringerte sich in der Folge nur geringfügig um 0,2 Prozentpunkte auf 16,0 Prozent. Allerdings liegt der Anteil unverändert deutlich unter dem langjährigen Durchschnitt von 18,1 Prozent.

60.* Die Gegenüberstellung der inländischen und weltweiten Wertschöpfung von 54 Unternehmen mit Tätigkeitsschwerpunkt in den Wirtschaftsbereichen Produzierendes Gewerbe, Handel, Verkehr und Dienstleistungen, deren Hauptsitz im Inland lag und die in beiden Berichtsperioden 2010 und 2012 zum Kreis der „100 Größten“ zählten zeigt, dass der Inlandsanteil nur unwesentlich von durchschnittlich 55,5 Prozent auf 54,1 Prozent sank. Im Ergebnis finden sich somit keine Hinweise auf eine Verlagerung wesentlicher Teile der Wertschöpfungskette ins Ausland.

61.* Als Ergänzung zu den „100 Größten“ nach Wertschöpfung erfasst die Monopolkommission die 100 größten Unternehmen, gemessen an der Zahl der inländischen Beschäftigten. Die 100 größten Arbeitgeber in Deutschland beschäftigten zum Ende des Jahres 2012 etwa 3,57 Mio. Personen. Dies entspricht einem Anstieg um 3,6 Prozent gegenüber der Vorperiode. Die Mitarbeiterzahl der Gesamtkonzerne erhöhte sich im gleichen Zeitraum um 4,2 Prozent. Der Anteil der im Inland Beschäftigten an den Konzernmitarbeitern stagnierte im Jahr 2012 bei 34,4 Prozent (2010: 34,6 Prozent).

62.* Die Monopolkommission betrachtet alternativ zu der inländischen Wertschöpfung als Größenkriterium branchenspezifische Merkmale zur Beurteilung der Unternehmensgröße, um die Bedeutung von Großunternehmen in einzelnen Sektoren zu erfassen. Die 50 größten Industrieunternehmen erhöhten die inländischen Umsatzerlöse gegenüber dem Jahr 2010 nominal um 22,2 Prozent, das Geschäftsvolumen aller Unternehmen des Produzierenden Gewerbes erhöhte sich im gleichen Zeitraum um 11,8 Prozent. Der Anteil der 50 Großunternehmen an der gesamtwirtschaftlichen Vergleichsgröße stieg in der Folge um drei Prozentpunkte auf 34,8 Prozent. Der Anteil der zehn größten Handelsunternehmen verringerte sich infolge des relativ stärkeren Umsatzwachstums aller Handelsunternehmen in Deutschland leicht auf 9,5 Prozent im Jahr 2012. Aus dem gleichen Grund sank der Anteil der zehn größten Versicherungskonzerne an den nominalen unkonsolidierten Bruttobeitragseinnahmen aller Versicherungskonzerne geringfügig auf 59,11 Prozent. Dagegen erhöhten die zehn größten Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen ihren Anteil an den Umsätzen aller Unternehmen in der Branche leicht auf 13,7 Prozent. Dem Anstieg der unkonsolidierten inländischen Bilanzsumme der zehn größten Kreditinstitute zwischen den Jahren 2010 und 2012 um 12,2 Prozent steht ein Rückgang der Bilanzsumme aller Kreditinstitute um zwei Prozent gegenüber. Die Inlandsrelation stieg im Jahr 2012 auf 56,3 Prozent.

63.* Bei der Analyse der Anteilseignerstruktur werden die betrachteten Unternehmen zum einen nach verschiedenen Gruppen von Eigenkapitalgebern, zum anderen nach Kapitalverflechtungen über Minderheitsbeteiligungen innerhalb des Kreises der „100 Größten“ ausgewertet. Im aktuellen Berichtsjahr 2012 wurden 26 Unternehmen mehrheitlich durch Einzelpersonen, Familien oder Familienstiftungen kontrolliert. 23 Unternehmen befanden sich überwiegend in Streubesitz und 21 Unternehmen mehrheitlich in ausländischem Einzelbesitz. Die öffentliche Hand hielt in 15 Fällen die Mehrheit an den Stimmrechten. Die höchste durchschnittliche Wertschöpfung erzielten mit knapp EUR fünf Mrd. die Unternehmen, die einen Streubesitz von über 50 Prozent aufwiesen.

64.* Gegenüber der Vorperiode ist ein Anstieg der Zahl der Kapitalbeteiligungen zwischen den Unternehmen im Untersuchungskreis festzustellen, wenngleich die Vergleichbarkeit zwischen beiden Beobachtungszeitpunkten 2010 und 2012 aufgrund eines Wechsels in der Datenbasis nur eingeschränkt möglich ist. Die Gesamtzahl der Beteiligungsfälle erhöhte sich von 37 auf 58. Die Anzahl der identifizierten Anteilseigner stieg von 15 auf 18, die Anzahl der Beteiligungsunternehmen von 22 auf 35. Die Ergebnisse der Untersuchung zeigen aber auch, dass der Grad der Interdependenz als Maß für den Anteil der durch Kapitalbeteiligungen kontrollierten Wertschöpfung an der Gesamtwertschöpfung aller 100 Unternehmen nach einem Rückgang um drei Prozentpunkte zwischen den Jahren 2008 und 2010 bis zum Jahr 2012 erneut um weitere 0,5 Punkte auf nunmehr 4,6 Prozent sank. Bei der Interpretation der Ergebnisse ist allerdings auch zu berücksichtigen, dass ein abnehmender Verflechtungsgrad infolge von Unternehmensübernahmen und Fusionen zumindest teilweise einen konzentrationserhöhenden Vorgang widerspiegeln kann.

65.* In der Untersuchung zu personellen Unternehmensverbindungen finden diejenigen Fälle Berücksichtigung, bei denen eine oder mehrere Personen den Geschäftsführungs- oder Kontrollgremien von mindestens zwei Unternehmen aus dem Untersuchungskreis angehören. Im Berichtsjahr 2012 wurden 42 Verbindungen (2010: 62 Verbindungen) über Geschäftsführungsmitglieder in den Kontrollgremien von dritten Unternehmen festgestellt. Die Gesamtzahl von Verflechtungsbeziehungen über sonstige gemeinsame Träger von Aufsichtsmandaten verringerte sich zwischen 2010 und 2012 von 176 auf 155 Fälle. In der Folge sank auch der Anteil bestehender Kontakte an der Anzahl möglicher Verbindungen als Indikator für den Verflechtungsgrad von 3,6 Prozent auf 3,1 Prozent. Insgesamt setzt sich der seit 1996 zu beobachtende stetige Auflösungsprozess von personellen Unternehmensverbindungen im Jahr 2012 weiter fort.

66.* Von den insgesamt 1.520 Mitgliedern der Kontrollgremien im Jahr 2012 wurden 840 Mandate (55,3 Prozent) durch Anteilseignervertreter besetzt. 5,8 Prozent dieser 840 Mandate wurden durch Geschäftsführungsmitglieder ausgeübt. 11,8 Prozent der Mandate sind Vertretern der öffentlichen Hand zuzuordnen, die in der Mehrzahl der Fälle Kapitalbeteiligungen der öffentlichen Hand überwachen. Die Vorsitzenden der Kontrollgremien üben in knapp einem Drittel der Fälle mindestens ein weiteres Geschäftsführungs- bzw. Kontrollmandat in dritten Unternehmen aus. Die Analysen zeigen weiter, dass 33 Prozent der amtierenden Vorsitzenden des Kontrollgremiums vormals dem Geschäftsführungsgremium desselben Unternehmens angehörten. In 12 der 32 Fälle ist das entsprechende Unternehmen im DAX 30 notiert. Deutliche Unterschiede zeigen sich bei der Präsenz von Frauen in den Geschäftsführungs- und Kontrollgremien.

67.* Das Kapitel zur aggregierten Konzentration von Großunternehmen schließt mit der Untersuchung des Anteils der 100 größten Unternehmen an den beim Bundeskartellamt nach § 39 GWB vor dem Vollzug anzumeldenden Unternehmenszusammenschlüssen und an der Zahl der Freigabeentscheidungen. Die „100 Größten“ waren im Zeitraum 2012/13 an 299 angemeldeten Zusammenschlüssen (2010/11: 341) sowie an 296 Freigabeentscheidungen (2010/11: 282) beteiligt. Die zugehörigen Anteilswerte an allen angemeldeten Zusammenschlüssen bzw. an allen Freigabeentscheidungen betrugen 13,5 bzw. 14,4 Prozent (2010/11: 16,3 bzw. 14,9 Prozent).

III. Europäisches Verflechtungsnetzwerk

68.* Die Monopolkommission erweitert im XX. Hauptgutachten vor dem Hintergrund der fortschreitenden Internationalisierung und dem Zusammenwachsen von Märkten die empirische Analyse zum Stand und der Entwicklung von Unternehmensnetzwerken in und zwischen ausgewählten EU-Mitgliedstaaten. Die Analyse ergänzt die in Kapitel II vorgenommene Untersuchung zur aggregierten Konzentration und Verflechtung deutscher Großunternehmen um eine internationale Perspektive.

69.* Für das aktuelle Hauptgutachten hat die Monopolkommission einen umfassenden Datensatz zu 5.370 börsennotierten Unternehmen in den EU-15 Mitgliedstaaten sowie Norwegen und der Schweiz für die Jahre 2005 bis 2011 systematisch aufbereitet, um die nationale und internationale Bedeutung personeller Unternehmensverflechtungen im Zeitverlauf zu veranschaulichen. Für die Darstellung personeller Verflechtungen wurden 67.995 verschiedene Personen in den Leitungs- bzw. Kontrollgremien berücksichtigt. Zudem wurden den Unternehmen weitere Informationen zur Eigentümerstruktur, Bilanzdaten sowie der Patentaktivität zugespielt. Der vorliegende Datensatz erlaubt somit neben der Analyse von personellen Verbindungen und Unternehmensverflechtungen über Kapitalbeteiligungen auch erste Analysen zum Zusammenhang zwischen unterschiedlichen Verflechtungstatbeständen und wettbewerbsrelevanten Zielgrößen.

70.* Bei rund 60 Prozent an allen in der Stichprobe erfassten Unternehmen handelt es sich um Großunternehmen. Es gilt jedoch zu berücksichtigen, dass auf Grundlage des Datensatzes keine Rückschlüsse auf die gesamte Unternehmenslandschaft getroffen werden können. In gut einem Drittel der Fälle liegt der Hauptsitz der Unternehmen im Vereinigten Königreich gefolgt von Deutschland mit 12,9 Prozent, Frankreich (12,2 Prozent) und Schweden (8,6 Prozent). Für die Untersuchungen wurden Unternehmen in den Branchen Finanz- und Versicherungsdienstleistungen aus dem Datensatz entfernt. Die größte Anzahl von Unternehmen in der Stichprobe ist mit 36,6 Prozent dem Verarbeitenden Gewerbe zuzuordnen, gefolgt von Unternehmen in der Branche „Sonstige Dienstleistungen“ (15,1 Prozent) und „Handel und Gastgewerbe“ mit einem Anteil von 10,6 Prozent.

71.* Im Jahr 2011 waren durchschnittlich 57,4 Prozent aller Unternehmen im Datensatz über geschäftsführende und beaufsichtigende Organe mit mindestens einem weiteren Unternehmen personell verbunden. Deutsche Unternehmen liegen mit einem Anteil von 43,4 Prozent deutlich unter dem internationalen Durchschnitt. Die Ergebnisse zeigen weiter, dass nationale Kontakte mit 53,3 Prozent das dominante Verflechtungsmuster darstellen. 19 Prozent aller Unternehmen weisen Verflechtungen über Ländergrenzen hinweg auf. Internationale personelle Unternehmensverflechtungen bestehen häufig zwischen Unternehmen benachbarter Länder. Neben der räumlichen Nähe dürften auch die Unternehmensdichte, eine gemeinsame Sprache und geringe kulturelle Unterschiede personelle Verflechtungsbeziehungen zwischen zwei oder mehr Unternehmen begünstigen.

72.* In einem weiteren Schritt wurden die identifizierten personellen Verflechtungen auf Branchenebene ausgewertet, um ihre Bedeutung in und zwischen unterschiedlichen Wirtschaftsbereichen zu veranschaulichen. Hierbei wurde für die Qualifizierung der Verflechtungsbeziehungen nicht nur der Tätigkeitsschwerpunkt, sondern sämtliche Branchen berücksichtigt, in denen ein Unternehmen wesentliche Umsätze erzielt. 53,3 Prozent der Unternehmen weisen Branchenverflechtungen im Vertikalverhältnis auf. 17,7 Prozent der Unternehmen sind mit weiteren Unternehmen derselben Branche verflochten. Die höchste Verflechtungsintensität ist mit einem Anteil von jeweils 67,1 Prozent für Unternehmen in den Branchen „Herstellung chemischer und pharmazeutischer Erzeugnisse“ und „Metallerzeugung und Metallerzeugnisse“ festzustellen. Die Ergebnisse der Untersuchung deuten darauf hin, dass personelle Verbindungen häufig als Instrument zur Koordination von Zuliefer- bzw. Abnehmerbeziehungen zwischen einzelnen Wirtschaftszweigen genutzt werden.

73.* Die Darstellung kapitalmäßiger Verflechtungen über Minderheitsbeteiligungen für das Jahr 2011 zeigt, dass 17 Prozent der Unternehmen über entsprechende Kapitalbeteiligungen verflochten waren (Deutschland: 12,1 Prozent). 5,3 Prozent der Unternehmen sind als Anteilseigner und 12,9 Prozent sind als Beteiligungsunternehmen in das Verflechtungsnetzwerk eingebunden. Unternehmen in den Branchen „Energieversorgung und Umweltdienstleistungen“, „Herstellung Holz-, Papier-, Druckwaren und Mineralölverarbeitung“ sowie „Baugewerbe und Infrastruktur“ weisen die höchsten Anteile von Verflechtungen über Kapitalbeteiligungen auf. Eine Gegenüberstellung von personellen und kapitalmäßigen Verflechtungen zeigt, dass 66 von 708 personellen Verbindungen über Geschäftsführungsmitglieder von einer parallelen Kapitalbeteiligung begleitet werden (insgesamt 508 Minderheitsbeteiligungen).

74.* In einer weiteren Analyse wird der Zusammenhang zwischen Unternehmensverbindungen und finanziellen Erfolgsgrößen untersucht. Es zeigt sich, dass der Medianwert der Lerner-Indizes als Indikator für die Marktmacht von personell verflochtenen Unternehmen den Medianwert von nicht-verflochtenen Unternehmen übersteigt. Die Ergebnisse veranschaulichen zudem, dass Unternehmen, welche horizontal verflochten sind, eine statistisch signifikant höhere Umsatzrendite aufweisen bzw. marktmächtiger sind als Unternehmen, welche vertikal verflochten sind. Qualitativ vergleichbare Befunde ergeben sich auch im Falle von Unternehmensverflechtungen über Minderheitsbeteiligungen. Die höchsten Umsatzrenditen werden bei denjenigen Unternehmen beobachtet, welche auf der gleichen Marktstufe über Minderheitsbeteiligungen verflochten sind. Im Gegensatz zu den personellen Verflechtungen lässt sich jedoch kein statistisch signifikanter Unterschied nachweisen. Insgesamt deuten die deskriptiven Ergebnisse auf einen positiven Zusammenhang zwischen Verflechtungen und dem Unternehmenserfolg hin. Da es sich bei der betrachteten Stichprobe um keine repräsentative Auswahl handelt, können die Ergebnisse nicht auf gesamte Branchen übertragen werden. Zudem ist zu erwarten, dass eine Reihe weiterer Faktoren die Wettbewerbsposition eines Unternehmens beeinflussen. Aus diesem Grund sind die hier durchgeführten deskriptiven Vergleiche nur eingeschränkt, als Hinweis auf wettbewerbsmindernde Wirkungen von Unternehmensverflechtungen, zu interpretieren.

75.* Abschließend wird im Rahmen von Kapitel III der Zusammenhang zwischen personellen Verflechtungen und der Innovationstätigkeit von Unternehmen in einer empirischen Analyse untersucht. Für die gesamte Stichprobe findet sich kein statistisch signifikanter Zusammenhang zwischen beiden Merkmalen. In Branchen mit unterdurchschnittlicher Wettbewerbsintensität senkt ein steigender Anteil nicht-geschäftsführender Mehrfachmandatsträger im Kontrollgremium die Zahl der Patentanmeldungen. Dieses Ergebnis könnte auf eine restriktive Aufsichtstätigkeit der nicht-geschäftsführenden Direktoren hindeuten. Ein vergleichsweise höherer Wettbewerbsdruck könnte dagegen das Management zu einer Ausdehnung der Innovationsaktivitäten zwingen. Mit dem Ergebnis vereinbar wäre zudem die Erklärung, dass entsendende Unternehmen ihr Einflusspotenzial über die personelle Verbindung in Märkten mit geringerer Wettbewerbsintensität dahin gehend nutzen, die Innovationsaktivitäten des Zielunternehmens abzuschwächen.

76.* Mit der gewählten Methodik, insbesondere der relativ aggregierten Darstellung, lässt sich die Frage nach den Wirkungen personeller Unternehmensverflechtungen nicht abschließend klären. Die Befunde geben allerdings begründeten Anlass, dass die betrachteten personellen und kapitalmäßigen Verflechtungen aus wettbewerbstheoretischer Sicht zu berücksichtigen und im Rahmen weiterer Analysen auf Grundlage des vorhandenen Datensatzes tiefer gehend zu erforschen sind. Um die skizzierten möglichen Zusammenhänge vertiefend zu analysieren, sollten weiterführende Untersuchungen an verschiedenen Stellen ansetzen. Erstens sollte eine exaktere Qualifizierung der Verflechtungsbeziehungen vorgenommen werden, um in den empirischen Analysen entsendende und empfangende Unternehmen zu berücksichtigen. Neben der Richtung der Verbindung sollten auch die institutionelle Struktur der Beziehungen (horizontal oder vertikal, vor- oder nachgelagerte Stufe) und insbesondere auch (parallele) personelle und kapitalmäßige Unternehmensver-

bindungen über Minderheitsbeteiligungen berücksichtigt werden. Auf der Basis entsprechender verfeinerter Verflechtungsmaße ließe sich auch der Einfluss spezifischer Verflechtungsmuster auf die Wettbewerbsposition bzw. den Innovationserfolg der beteiligten Unternehmen differenziert analysieren. Zweitens erscheint es zur Beurteilung der Aufsichts- und Beratungsexpertise von Mehrfachmandatsträgern sinnvoll, Informationen über spezifische Merkmale der Mandatsträger systematisch auszuwerten. Vorliegende empirische Studien verdeutlichen, dass sich unterschiedliche Gruppen von Mandatsträgern im Kontrollgremium hinsichtlich ihrer Kompetenzen und Anreize unterscheiden.

Zukünftigen Studien bleibt es vorbehalten, durch Umsetzung einiger der genannten Punkte einen weiteren Erkenntnisgewinn zu ermöglichen. Entsprechend sollten Analysen zu den Motiven für die Entstehung von Unternehmensnetzwerken und deren wettbewerblichen Wirkungen verstärkt Eingang in die wirtschaftspolitische Diskussion und in theoriegestützte empirische Forschungsarbeiten finden.

IV. Kartellrechtliche Entscheidungspraxis

Deutsche Fusionskontrolle

77.* Die wichtigste Neuerung für die Fusionskontrolle war im Berichtszeitraum der Monopolkommission die Einführung des SIEC-Test (SIEC = Significant Impediment of Effective Competition = erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs), der im Zuge der 8. GWB-Novelle Eingang in das deutsche Recht gefunden hat. Der SIEC-Test ersetzt seit dem 30. Juni 2013 den vorher geltenden Marktbeherrschungstest, der seit jeher das materielle Untersagungskriterium in der deutschen Fusionskontrolle bildete.

78.* Nach dem novellierten § 36 Abs. 1 GWB bleibt die Marktbeherrschung das im Gesetz ausdrücklich genannte (Regel-)Beispiel für die Annahme einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs. Das dabei zugrunde liegende Regel-/Ausnahmeverhältnis wirft allerdings Fragen auf. Sowohl die Gesetzesbegründung als auch das Bundeskartellamt und das OLG Düsseldorf gehen davon aus, dass die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung „stets“ eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs darstellt. Einer solchen Einschätzung muss in dieser Absolutheit widersprochen werden. Ist ein Regelbeispiel verwirklicht, kann zwar regelmäßig auf eine bestimmte, vom Gesetz vorgesehene Annahme geschlossen werden, zwingend ist dies jedoch nicht. Der Gebrauch von Regelbeispielen soll die Gesetzesanwendung erleichtern, sie befreit den Gesetzesanwender allerdings nicht von der Prüfung des Vorliegens etwaiger außergewöhnlicher Konstellationen, in denen eine Ausnahme von der gesetzlichen Regel geboten ist.

79.* Das neue Untersagungskriterium erlangt vor allem dann Bedeutung, wenn mit einem Zusammenschluss keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, von ihm aber gleichwohl eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs zu erwarten ist. Dies gilt namentlich für Oligopolsachverhalte, in denen jenseits einer kollektiven Marktbeherrschung unilaterale Verhaltensweisen einzelner Unternehmen nunmehr besser erfasst werden können. Zudem ermöglicht das neue Untersagungskriterium eine einfachere Beurteilung von vertikalen oder konglomeraten Zusammenschlüssen, bei denen weniger die Marktstrukturverschlechterungen, sondern vielmehr die verbesserten Möglichkeiten und stärkeren Anreize zu wettbewerbsschädlichem Verhalten im Vordergrund stehen.

80.* Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum nur vergleichsweise wenige Fälle nach dem neuen Recht geprüft. Einen Zusammenschluss, den das Bundeskartellamt unter Geltung des SIEC-Tests wegen der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs trotz fehlender zu erwartender Marktbeherrschung untersagt hätte, hat es noch nicht gegeben. Bei der Prüfung der Wettbewerbswirkungen beschränkt sich das Bundeskartellamt bisher im Wesentlichen auf die Prüfung einer marktbeherrschenden Stellung ohne zusätzlich die erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs zu untersuchen. Es hält auch an seiner Praxis fest, zunächst

sachlich und räumlich relevante Märkte abzugrenzen. Letzteres steht infrage, da mit dem Übergang auf den SIEC-Test als Eingriffskriterium der Fusionskontrolle stärker auf die Wettbewerbswirkungen statt auf die Folgen für die Marktstrukturen abgestellt wird. Die Monopolkommission teilt die Auffassung, dass eine direkte Messung des Wettbewerbsdrucks oder der wettbewerblichen Nähe von Unternehmen mittels ökonomischer Verfahren in bestimmten Fällen, etwa bei horizontalen Fusionen, ein guter Indikator für das Vorliegen unilateraler Effekte sein kann. Die klassische Marktabgrenzung kann damit allerdings nur in Ausnahmefällen ersetzt werden.

81.* Die Anzahl der beim Bundeskartellamt zur Prüfung angemeldeten Zusammenschlussvorhaben ist im Berichtszeitraum 2012/2013 gegenüber dem Berichtszeitraum 2010/2011 leicht angestiegen. Nach 2.095 Anmeldungen im Berichtszeitraum 2010/11 waren in den Jahren 2012/13 2.218 Anmeldungen zu verzeichnen.

82.* Das Bundeskartellamt hat im April 2012 das Zusammenschlussvorhaben der beiden Hersteller von Metallverpackungsbeschichtungen Akzo Nobel (Niederlande) und Metlac Holding (Italien) im Hauptprüfungsverfahren freigegeben. Geprüft wurde der Zusammenschluss zudem in einer Reihe weiterer Jurisdiktionen. Während der Zusammenschluss in Deutschland, Österreich, Zypern, der Türkei, Russland, Brasilien, Pakistan und Kolumbien freigegeben wurde, hat die britische Competition Commission (CC) die Fusion im Dezember 2012 untersagt. Die divergierenden Entscheidungen lassen zwei Themenkomplexe relevant erscheinen. Zum einen zeigt sich hier das Problem paralleler internationaler Zuständigkeiten unterschiedlicher Wettbewerbsbehörden für manche Fusionsvorhaben. Zum anderen stellt sich die Frage, ob die unterschiedliche substantielle Bewertung der gleichen Transaktion durch Unterschiede im Verfahren begründet sein kann.

83.* Die Monopolkommission sieht in divergierenden Entscheidungen unterschiedlicher Wettbewerbsbehörden zu einheitlichen Fusionskontrollvorhaben auch bei identisch abgegrenzten Märkten kein grundsätzliches Problem. Diese sind vielmehr Indiz für Meinungs- und Methodenwettbewerb, der die evolutorische Offenheit und Weiterentwicklung der Fusionskontrolle garantiert. Darüber hinaus haben die Parteien die Möglichkeit, innerhalb der EU auf eine (zentrale) Zuständigkeit der Europäischen Kommission durch Verweisung hinzuwirken. Daneben können sie durch entsprechende Anmeldezeitpunkte, die Zustimmung zu Fristverlängerungen und zu Informationsaustausch zwischen den beteiligten Wettbewerbsbehörden in erheblichem Maße auf einheitliche Entscheidungen hinwirken.

84.* Wesentlich für die Entscheidungsdivergenz in dem konkreten Fall Akzo/Metlac waren nach Auffassung der Monopolkommission die Differenzen bei der Marktabgrenzung und bei der wettbewerblichen Einschätzung. Eingriffskriterium im britischen Wettbewerbsrecht ist die „beträchtliche Verminderung des Wettbewerbs“ (SLC). Das Bundeskartellamt hat den Fall nach altem Recht auf der Grundlage eines traditionellen Marktbeherrschungstests entschieden. Die Freigabe des Bundeskartellamtes beruht entscheidend darauf, dass nicht auszuschließen war, dass der verbleibende Restwettbewerb eine Marktbeherrschung der fusionierten Einheit verhindern würde. Ebenso wenig konnte zuverlässig prognostiziert werden, dass koordiniertes Verhalten und damit eine gemeinschaftliche Marktbeherrschung Folge der Fusion sein würde. Nach Analyse des Amtes sind Akzo und Metlac keine besonders nahen Wettbewerber, da sie schwerpunktmäßig auf unterschiedlichen Märkten aktiv sind. Demgegenüber berücksichtigte die CC in Anwendung des stärker auf die ökonomischen Effekte ausgerichteten SLC-Tests entscheidend, dass zwischen Akzo und Metlac in einem bestimmten Marktsegment ein deutlich engeres Wettbewerbsverhältnis bestehe, als es die Analyse des Gesamtmarktes zeigt. Insgesamt bestätigt sich die Intuition, dass die unter dem Marktbeherrschungstest erforderliche Marktbeherrschung schwieriger nachzuweisen ist als eine erhebliche Verringerung der Wettbewerbsintensität (SLC). Die Vermutung liegt nahe, dass jedenfalls dem Grunde nach auch der Nachweis

erheblicher Behinderung wirksamen Wettbewerbs (SIEC) insbesondere in komplexen Märkten einfacher zu führen ist als der einer Marktbeherrschung.

85.* Wichtige Strukturanpassungen und kartellrechtliche Entscheidungen gab es in der deutschen Kabelnetzbranche. Im November 2011 hatte das Bundeskartellamt die Übernahme von Kabel Baden-Württemberg durch Liberty Global mit Nebenbestimmungen freigegeben. Im August 2013 hat das OLG Düsseldorf die Freigabeentscheidung wegen unzureichender Nebenbestimmungen aufgehoben. Bereits im Februar 2013 hat das Bundeskartellamt ein weiteres Fusionsvorhaben von Kabelnetzbetreibern, die Übernahme von TeleColumbus durch Kabel Deutschland, untersagt.

86.* Das Bundeskartellamt grenzt bei Zusammenschlussverfahren von Kabelnetzbetreibern seit der Entscheidung im Fall Liberty/Kabel BW die Endkundenmärkte für die Belieferung mit Programmsignalen sachlich nach Kundengruppen differenziert ab – Einzelnutzer versus Mehrnutzer. Räumlich relevant ist bei Einzelnutzerverträgen das Ausbreitungsgebiet des Kabelnetzbetreibers und bei Mehrnutzerverträgen das Bundesgebiet. Begründet wurde diese Marktabgrenzung damit, dass die Versorgung von Einzelnutzern sowie von Wohnungsbaugesellschaften im Rahmen sogenannter Gestattungsverträge unterschiedlichen Bedingungen unterliege und es signifikante Unterschiede im Wettbewerbsgeschehen auf den Märkten gebe. Dieser Auffassung folgte das OLG Düsseldorf sowohl im Hinblick auf die sachliche als auch die räumliche Marktabgrenzung nicht. Danach gehören beide Marktsegmente weiterhin zu demselben sachlich relevanten Markt, der räumlich regional gemäß dem Ausbreitungsgebiet des jeweiligen Kabelnetzes abzugrenzen sei.

87.* Die Abgrenzung der relevanten Märkte für die Lieferung von Rundfunk- und TV-Signalen an Endkunden ist schwierig, weil es sich um Märkte im Wandel handelt. Die sich ändernden technischen Möglichkeiten verändern das Angebotsverhalten der Netzbetreiber, was bei der Marktabgrenzung zu berücksichtigen ist. Für die Abgrenzung räumlich relevanter Märkte gilt, dass das Festhalten an einer Abgrenzung von Regionalmärkten Ausdruck einer eher statischen und an den aktuellen Gegebenheiten orientierten Sicht der Endkundenmärkte für die Lieferung von Rundfunk- und TV-Signalen ist. Besser wäre es nach Auffassung der Monopolkommission, die Marktabgrenzung aus einer dynamischen und eher zukunftsgerichteten Perspektive vorzunehmen, was für eine bundesweite Marktabgrenzung spricht. Für die Abgrenzung getrennter sachlich relevanter Märkte spricht, dass es sich bei Einzelnutzern und Wohnungsbaugesellschaften um unterschiedliche Nachfragergruppen handelt, die aus Sicht der Anbieter auch mit unterschiedlichen Marktstrategien angesprochen werden.

88.* Bei der Beurteilung der Wettbewerbswirkungen von Kabelnetzfusionen ist nach Auffassung der Monopolkommission zu berücksichtigen, dass der Wettbewerbsdruck auf den Endkundenmärkten für die Lieferung von Programmsignalen an Wohnungsbaugesellschaften und Einzelnutzer zunehmend auch von Telekommunikationsunternehmen ausgeht. Dies ist vor allem dem Umstand geschuldet, dass insbesondere auf dem Markt für Einzelnutzer zunehmend Triple-Play-Produkte nachgefragt werden. Die Aussicht, dass Kabelnetzbetreiber der Netzebene 3 aktiven Wettbewerb im Footprint eines anderen Kabelnetzbetreibers machen, ist auf dem Gestattungsmarkt größer als auf dem Markt für Einzelnutzerverträge. Die Monopolkommission sieht, ähnlich wie das Bundeskartellamt im Fall Liberty/Kabel BW, die negativen Wettbewerbseffekte von Kabelnetzfusionen auf der gleichen Netzebene als weniger gravierend an. Anders als das Bundeskartellamt sieht die Monopolkommission allerdings die Chancen solcher Fusionen für die Belebung des Wettbewerbs auf anderen Märkten, insbesondere den Telekommunikationsmärkten, als groß an.

89.* Im Februar 2012 untersagte das Bundeskartellamt eine Minderheitsbeteiligung der Haspa Finanzholding (Haspa), zu der insbesondere die Sparkasse Hamburg gehört, an der Kreissparkasse Herzogtum Lauenburg (KSK) sowie den damit verbundenen Beteiligungs- und Kooperationsvertrag. Das Vorhaben hätte nach Erkenntnissen des Amtes zu einer Verstärkung oder jedenfalls zu der Entstehung einer markt-

beherrschenden Stellung der Haspa auf den sachlich relevanten Märkten für Privatgirokonten und für Kredite an Geschäftskunden im Gebiet der Kreissparkasse Lauenburg geführt. Die Feststellung der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung bei Sparkassenfusionen setzt voraus, dass die Institute miteinander im Wettbewerb stehen, was bei Sparkassen in kommunaler Trägerschaft aufgrund gesetzlicher Vorgaben in den Sparkassengesetzen der Länder und wegen des sogenannten Regionalprinzips oftmals nicht gegeben ist. Vorliegend war das der Fall, weil die Haspa als sogenannte freie Sparkasse, die nicht in öffentlicher Trägerschaft steht und als privatrechtliche Aktiengesellschaft organisiert ist, für sich eine besondere Rolle in der Metropolregion Hamburg in Anspruch nimmt. Dort verfolgt sie seit Jahren eine Expansionspolitik, zu der die Gründung von Filialen auch in den angrenzenden Bundesländern gehört. Die geplante Fusion war allerdings zu Recht zu untersagen, weil sie zu einer Vermachtung der betroffenen Märkte geführt hätte.

90.* Im Berichtszeitraum wurde die sogenannte Abwägungsklausel in zwei Fällen geprüft. Danach ist ein Zusammenschluss, durch den eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird bzw. durch den wirksamer Wettbewerb erheblich behindert würde dann nicht zu untersagen, wenn durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und diese Wettbewerbsverbesserungen die Wettbewerbsverschlechterungen überwiegen. Den Nachweis haben die Unternehmen zu führen. Das Bundeskartellamt erkennt im Rahmen der Abwägungsklausel Wettbewerbsverbesserungen zu Recht regelmäßig nur dann an, wenn diese auf anderen als den betroffenen relevanten Märkten eintreten. Verbesserungen auf demselben Markt betreffen schon den Vergleich der Marktstruktur vor und nach einem Zusammenschluss. Würde dieser zu Gunsten der Wettbewerbsverbesserungen ausgehen, würde keine marktbeherrschende Stellung entstehen oder verstärkt.

91.* Sanierungsfusionen stellen in der Praxis eine Ausnahme von der Kausalität zwischen einem Zusammenschluss und der Entstehung bzw. Verstärkung von Marktmacht gemäß § 36 GWB dar. Das Bundeskartellamt macht die Annahme einer Sanierungsfusion von drei Voraussetzungen abhängig, die kumulativ erfüllt sein müssen. Erstens darf das Zielunternehmen ohne den Zusammenschluss nicht überlebensfähig sein. Zweitens darf es keine wettbewerblich weniger schädlichen Alternativen zu dem angemeldeten Zusammenschluss geben und drittens müsste im Falle der Insolvenz die Marktposition des erworbenen Unternehmens auch ohne den Zusammenschluss im Wesentlichen dem erwerbenden Unternehmen zuwachsen. Für das Vorliegen dieser Voraussetzungen tragen die Unternehmen die Beweislast. Mit der 8. GWB-Novelle werden Pressefusionen durch eine spezielle Pressesanierungsklausel im neuen § 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 GWB erleichtert. Dahinter steht der Gedanke, dass eine Fusion im Vergleich zu einem Marktaustritt von Zeitungstiteln oder gar ganzen Zeitungsverlagen die oftmals bessere Lösung ist, um die Presse- und Angebotsvielfalt zu erhalten. Die Reichweite der neuen Pressesanierungsklausel ist allerdings auf die Übernahme kleiner oder mittlerer Zeitungsverlage begrenzt. Im Berichtszeitraum hat das Bundeskartellamt das Vorliegen der Voraussetzungen einer Sanierungsfusion in zwei Fällen geprüft. Im Fall der Übernahme der Frankfurter Rundschau (FR) durch die Frankfurter Allgemeine Zeitung GmbH (FAZ) wurde das Vorliegen der Voraussetzungen zu Recht als gegeben angesehen. Fraglich ist, ob es bei der Geltung des neuen § 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 GWB leichter gewesen wäre, den Fall FAZ/FR als Sanierungsfusion freizugeben. Die Monopolkommission geht nicht davon aus.

92.* Die Freigabe eines Zusammenschlusses kann bei Vorliegen von Wettbewerbsbedenken mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden. Eine Freigabe mit Nebenbestimmungen ist nur dann zulässig, wenn dadurch die Verschlechterung der Marktstruktur wirksam verhindert werden kann. Das OLG Düsseldorf hielt die vom Bundeskartellamt im Fall Liberty/Kabel BW entgegengenommen marktöffnenden Zusagen, insbesondere die Einräumung von Sonderkündigungsrechten, für unzureichend. Da sich die Zusammenschlusskontrolle gegen strukturelle Verschlechterungen der Wettbewerbsbedingungen richte,

kommen nach Auffassung des Gerichts als Nebenbestimmungen auch nur strukturelle Maßnahmen in Betracht. Die Monopolkommission teilt eher die vom Bundeskartellamt vertretene Auffassung, dass es nicht darauf ankommt, ob von Sonderkündigungsmöglichkeiten tatsächlich gebraucht gemacht wird. Entscheidend ist, dass diese bestehen. Kommt es auf dieser Grundlage zu Nachverhandlungen, um die Ausnutzung des Sonderkündigungsrechtes abzuwehren oder ist der bisherige Gestattungsnehmer bei der Neuvergabe des Gestattungsvertrages erfolgreich, ist dies Ausdruck von Wettbewerb und nicht Ausdruck einer strukturell unwirksamen Nebenbestimmung.

Europäische Fusionskontrolle

93.* Im Berichtszeitraum 2012/2013 wurden 560 Zusammenschlussvorhaben bei der Europäischen Kommission in Brüssel angemeldet. Auf das Jahr 2012 entfielen 283, auf das Jahr 2013 277 Anmeldungen. Im Vergleich zu den beiden vorangegangenen Berichtszeiträumen ging die Anzahl der angemeldeten Transaktionen erneut leicht zurück. In 506 Fällen (254 in 2012 und 252 in 2013) beendete die Europäische Kommission das Verfahren in der ersten Phase, ohne ernsthafte wettbewerbliche Bedenken gegen das jeweilige Zusammenschlussvorhaben zu erheben. In 20 Fällen äußerte die Europäische Kommission ernsthafte Bedenken und gab die Vorhaben nur unter Bedingungen und Auflagen in der ersten Verfahrensphase frei. Die Europäische Kommission leitete in 16 Fällen die zweite Verfahrensstufe gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. c FKVO ein. Im Hauptprüfverfahren gab sie drei Vorhaben ohne Bedingungen und Auflagen nach Art. 8 Abs. 1 FKVO frei. In acht Fällen erfolgte die Freigabe nur unter Bedingungen und Auflagen gemäß Art. 8 Abs. 2 FKVO.

94.* Während im letzten Berichtszeitraum lediglich ein Vorhaben nach Art. 8 Abs. 3 FKVO verboten worden war, sprach die Europäische Kommission in den Jahren 2012 und 2013 drei Untersagungen aus. Dies entspricht der Anzahl aller Untersagungsentscheidungen in den letzten zehn Jahren zuvor. Das Vorhaben Deutsche Börse/NYSE Euronext wurde mit Entscheidung vom 1. Dezember 2012 verboten, die Untersagungsverfügungen in den Fällen UPS/TNT Express und Ryanair/Aer Lingus III erfolgten am 30. Januar 2013 und am 27. Februar 2013. Damit stieg die Gesamtzahl der Untersagungen seit Schaffung der europäischen Fusionskontrolle auf 24.

95.* Die weit überwiegende Zahl der Vorhaben, die im Berichtszeitraum zu wettbewerblichen Bedenken Anlass gaben und zu Entscheidungen nach Art. 6 Abs. 1 lit. b i.V.m. Abs. 2 oder Art. 8 FKVO führten, betrafen horizontale Zusammenschlüsse. In einer Reihe von Fällen traten neben horizontalen auch vertikale Effekte auf. Nur vereinzelt, z. B. in dem Verfahren GE/Avio, lag der Schwerpunkt der wettbewerblichen Prüfung auf den vertikalen Effekten des Zusammenschlussvorhabens. Konglomerate Auswirkungen prüfte die Europäische Kommission – soweit ersichtlich – nur ganz selten und lediglich der Vollständigkeit halber, z. B. in dem Verfahren Universal Music Group/EMI Music. Während des Berichtszeitraums wurden im Wesentlichen nicht koordinierte Auswirkungen analysiert; in wenigen Fällen ging die Europäische Kommission auch kurz der Frage nach koordinierten Effekten nach.

96.* Die europäische Fusionskontrollpraxis ist im Berichtszeitraum 2012/2013 nicht durch grundlegende Neuerungen geprägt. So blieben bei der Beurteilung von Zusammenschlussvorhaben weiterhin die sachliche und räumliche Marktabgrenzung sowie die Betrachtung der Marktanteile und weiterer Strukturmerkmale maßgeblich. Diese qualitative Analyse erfolgte in Anlehnung an die Horizontal-Leitlinien der Europäischen Kommission und berücksichtigte unter anderem die wettbewerbliche Nähe der Zusammenschlussparteien und sonstiger Marktteilnehmer, die wettbewerbliche Dynamik der Parteien, die Ausweichmöglichkeiten der Abnehmer sowie die bestehenden Marktzutrittsschranken.

97.* Im Rahmen der qualitativen Analyse hat sich die Europäische Kommission in mehreren Fällen mit dem Aspekt der gegengewichtigen Nachfragemacht befasst. In keinem dieser Fälle hat die – i. d. R. von den Parteien eingeführte – Argumentation der gegengewichtigen Nachfragemacht dazu geführt, dass die festgestellten Wettbewerbsbedenken beseitigt wurden. Maßgeblich hierfür waren im Wesentlichen zwei Gründe: Zum einen stellte die Europäische Kommission in mehreren Fällen fest, dass nach Durchführung des Zusammenschlusses allenfalls einzelne Nachfrager oder einzelne Nachfragegruppen eine gewisse Nachfragemacht würden ausüben können. Nach Auffassung der Europäischen Kommission muss indes stets gewährleistet sein, dass Wettbewerbsbeeinträchtigungen für die Gesamtheit aller Nachfrager ausgeschlossen sind. Zum anderen argumentierte die Europäische Kommission damit, dass gegengewichtige Nachfragemacht nicht nur vor dem Zusammenschluss bestehen müsse, sondern auch danach. Diese Voraussetzung sah sie in den genannten Fällen nicht als erfüllt an.

98.* Eine wesentliche Entwicklung im Berichtszeitraum 2012/2013 betrifft die stärkere Einbindung theoretischer und empirischer Analysen auf Basis ökonomischer Modelle – sogenannter quantitativer Analysen – in die fusionskontrollrechtliche Entscheidungsfindung. In mehreren Erste-Phase-Verfahren hat die Europäische Kommission Analysen von Ausschreibungsdaten erstellt. Daneben nahm sie quantitative Analysen vornehmlich in Zweite-Phase-Verfahren vor. Besonders erwähnenswert ist das Verfahren Hutchison 3G Austria/Orange Austria, in dem die Europäische Kommission erstmals mittels des GUPPI-Ansatzes einen möglichen, durch den Zusammenschluss ausgelösten Preisdruck analysierte. Eine Alternative hierzu stellt die Simulation etwaiger Preisveränderungen dar, welche im Verfahren Outokumpu/Inoxum durchgeführt wurde. Im Verfahren Universal Music Group/EMI Music wurde eine ökonometrische Analyse der infolge des Zusammenschlusses potenziell entstehenden Verhandlungsmacht durchgeführt. Das Verfahren Ryanair/Aer Lingus III zeigte, dass ökonometrische Methoden sowohl zur Marktabgrenzung als auch zur wettbewerblichen Beurteilung – hier des wettbewerblichen Näheverhältnisses – genutzt werden können. Von besonderem Interesse ist außerdem der Fall Deutsche Börse/NYSE Euronext, in dem die Europäische Kommission erstmalig die Quantifizierung von vorgebrachten Effizienzvorteilen vorgenommen hat.

99.* Inwieweit empirische Analysen, vor allem mittels ökonometrischer Methoden, bei der Prüfung von Zusammenschlüssen zur Anwendung kommen, ist vom Sachverhalt, der Datenverfügbarkeit sowie von der Bereitschaft seitens der Europäischen Kommission sowie der beteiligten Unternehmen abhängig, derartige Analysen durchzuführen. Die Monopolkommission hat sich bereits in früheren Gutachten grundsätzlich positiv gegenüber einer verstärkten Einbeziehung quantitativer Analysen in die fusionskontrollrechtliche Entscheidungspraxis geäußert. Insbesondere dort, wo die qualitative Analyse nicht zu eindeutigen Ergebnissen kommt, können quantitative Untersuchungen zusätzliche Indizien liefern und die Entscheidungsfindung verbessern. Die Monopolkommission erkennt allerdings auch die zum Teil erheblichen Kosten von zusätzlichen quantitativen Analysen; diese entstehen vor allem durch den erforderlichen, zum Teil massiven Ressourceneinsatz bei Wettbewerbsbehörden, Zusammenschlussparteien und sonstigen Marktteilnehmern sowie durch häufig unumgängliche Verzögerungen des Verfahrensablaufs. Daher muss die Europäische Kommission grundsätzlich in jedem Einzelfall zwischen Nutzen und Kosten einer von ihr vorgenommenen quantitativen Analyse abwägen. Nach Ansicht der Monopolkommission ist die Wettbewerbsbehörde keinesfalls verpflichtet, in jedem untersuchten Zusammenschlussfall eine quantitative Untersuchung durchzuführen. Die Monopolkommission hat in mehreren Fällen die vorgenommenen quantitativen Analysen näher untersucht und – auf Grundlage der ihr vorliegenden Informationen – teilweise Verbesserungspotenzial festgestellt.

100.* Eine weitere bemerkenswerte Entwicklung im Berichtszeitraum betrifft das zunehmende Vorbringen des Effizienzeinwands seitens der Zusammenschlussparteien, etwa in den Fällen Deutsche Börse/NYSE Euronext, Ryanair/Aer Lingus III und UPS/TNT Express. Nach Erwägungsgrund 29 der VO 139/2004 soll

die Europäische Kommission begründeten und wahrscheinlichen Effizienzvorteilen bei der Beurteilung von Zusammenschlussvorhaben Rechnung tragen. In den Horizontal-Leitlinien legt die Europäische Kommission näher dar, unter welchen Voraussetzungen sie derartige Vorteile bei der Beurteilung eines Zusammenschlusses berücksichtigt. Die Beweislast für das Bestehen von Effizienzen liegt bei den Zusammenschlussparteien.

101.* Im Ergebnis hat der Effizienzeinwand in keinem Fall dazu geführt, dass anfänglich erhobene ernsthafte Wettbewerbsbedenken vollständig ausgeräumt wurden. In der Regel fehlte es zumindest an einer der in den Horizontal-Leitlinien niedergelegten Voraussetzungen. In zwei Fällen hatte der Effizienzeinwand allerdings – wenn auch nur partiell – Erfolg. In dem Verfahren Deutsche Börse/NYSE Euronext bejahte die Europäische Kommission teilweise das Vorliegen der geltend gemachten Effizienzen, sah diese aber nicht als ausreichend an, um die prognostizierten negativen Wettbewerbseffekte zu beseitigen. In dem – noch unveröffentlichten – Fall UPS/TNT Express hat der Effizienzeinwand offenbar dazu geführt, dass Wettbewerbsbedenken auf einigen der betroffenen räumlichen Märkte entfielen. Die Zusammenschlussparteien konnten dennoch die Untersagung ihres Vorhabens nicht verhindern.

102.* Die Monopolkommission begrüßt ausdrücklich, dass die Europäische Kommission bei der Prüfung von möglichen Effizienzgewinnen grundsätzlich an der zweistufigen Untersuchung der potenziellen negativen und positiven Zusammenschlusseffekte festhält. Dieses Vorgehen gewährleistet größtmögliche Transparenz der Entscheidungsgründe und erhöht damit ihre Nachvollziehbarkeit für Beteiligte und Dritte. Daneben wird die Anwendung der in den Horizontal-Leitlinien festgelegten Beweislastregelung sichergestellt. Die Monopolkommission erkennt nicht, dass im Rahmen von quantitativen Untersuchungen eine zweistufige Vorgehensweise aus methodischen Gründen nicht immer möglich oder praktikabel ist. Dies ist unter der Voraussetzung hinzunehmen, dass die Beweislast für Effizienzen auch insofern bei den Zusammenschlussparteien verbleibt.

103.* In einer Reihe von Fällen brachten die Zusammenschlussparteien den Einwand der Sanierungsfusion vor. Die Europäische Kommission akzeptierte den Einwand in den Fällen Nynas/Shell/Harburg Refinery sowie Aegean Airlines/Olympic Air II, die sie daraufhin bedingungslos erlaubte. In dem Verfahren IAG/BMI verneinte sie hingegen das Vorliegen einer Sanierungsfusion und sprach eine Freigabe unter Bedingungen und Auflagen aus.

104.* Bemerkenswert häufig kam die Europäische Kommission während des Berichtszeitraums zu dem Schluss, dass ein Vorhaben zu einer Monopol- oder monopolartigen Stellung führen würde. Dies trifft z. B. auf die Untersagungsfälle Ryanair/Aer Lingus III und Deutsche Börse/NYSE Euronext zu, aber auch auf Zusammenschlüsse, die nach Art. 8 Abs. 2 FKVO unter Bedingungen und Auflagen erlaubt wurden wie Munksjö/Ahlstrom, UTC/Goodrich, Syniverse/MACH und J&J/Synthes. Selbst in dem Erste-Phase-Verfahren US Airways/American Airlines ermittelte die Europäische Kommission eine Monopolstellung der Parteien nach dem Zusammenschluss. In einer Reihe von Fällen stellte die Europäische Kommission sowohl in der ersten als auch in der zweiten Verfahrensphase ausdrücklich auf die Marktbeherrschung der beteiligten Unternehmen nach dem Zusammenschluss ab, z. B. in den Verfahren Kinnevik/Billerud/Korsnäs und DS Smith/SCA Packaging. Dagegen gab es – soweit ersichtlich – nur einen so genannten „Lückenfall“ in der zweiten Verfahrensphase. Es handelt sich um das Vorhaben Hutchison 3G Austria/Orange Austria, bei dem die Parteien auch nach dem Zusammenschluss nicht die Marktführerschaft auf dem österreichischen Mobilfunkmarkt erlangten.

105.* In einer Reihe von Zusammenschlussfällen erfolgte die Freigabe während des Berichtszeitraums nur unter Bedingungen und Auflagen. Positiv ist zu werten, dass die Europäische Kommission bei horizontalen Zusammenschlüssen in aller Regel Veräußerungsangebote angenommen hat. Diese strukturellen Abhilfe-

maßnahmen haben sich bereits in vorangegangenen Entscheidungen als das wirkungsvollste Mittel erwiesen, um wettbewerbliche Bedenken nachhaltig zu beseitigen. Im Gegensatz zu bloßen Verhaltenszusagen dienen die Veräußerungszusagen, entsprechend der Funktion der Fusionskontrolle im Allgemeinen, der Aufrechterhaltung kompetitiver Marktstrukturen. Der Umfang kann bei Veräußerungszusagen stark variieren und ist stets von der Wettbewerbssituation auf dem betroffenen Markt abhängig. Besondere Bedeutung legte die Europäische Kommission während des Berichtszeitraums auf die Lebensfähigkeit des zu veräußernden Geschäftsbereichs. Zur Sicherstellung der Lebensfähigkeit hielt sie in einigen Fällen zusätzliche Maßnahmen wie Belieferungsverpflichtungen, die Zurverfügungstellung von Know-how oder die Gewährung von Lizenzen gegenüber dem Erwerber für erforderlich. Im Rahmen von Veräußerungsangeboten nahm die Europäische Kommission auch alternative Zusagen entgegen. Dieses Vorgehen ist nach Auffassung der Monopolkommission sachgerecht, sofern bei Durchführung jeder der Alternativen die aufgeworfenen Wettbewerbsbedenken beseitigt werden. Unter dieser Voraussetzung ist es positiv zu bewerten, dass durch eine alternativ ausgeformte Abhilfemaßnahme die unternehmerische Entscheidungsfreiheit der beteiligten Unternehmen so weit wie möglich gewahrt wird.

106.* Der Fall SCA/Georgia-Pacific Europe zeigt, dass die Europäische Kommission auch in der ersten Verfahrensphase komplexe Zusagenpakete, die sich aus strukturellen und verhaltensorientierten Zusagen zusammensetzen und zum Teil sogar über die aufgeworfenen Wettbewerbsprobleme hinausgehen, annimmt. Das Vorbringen derartiger Paketlösungen in dieser kurzen Frist ist ein Indiz dafür, dass dem informellen Vorverfahren eine wesentlich bedeutendere Rolle beizumessen ist, als die Bezeichnung vermuten lässt. Die Monopolkommission erkennt ein gewisses Bedürfnis der Verfahrensbeteiligten für eine erste informelle Kontaktaufnahme an. Sie bewertet eine weitgehende Verlagerung des Verfahrens in die Prä-Notifizierungsphase allerdings unter anderem deshalb als problematisch, weil auf diese Weise die gesetzlich festgelegten Beteiligungsrechte der Mitgliedstaaten erheblich eingeschränkt werden.

107.* Im Berichtszeitraum hat die Europäische Kommission Zusagenangebote in einigen Fällen, z. B. im Verfahren Hutchison 3G Orange/Austria Orange, nur unter der Bedingung angenommen, dass bereits eine bindende Vereinbarung mit einem Käufer vorgelegt wurde (upfront-buyer-Lösung). Dieses Vorgehen ist grundsätzlich zu begrüßen, da es die Wahrscheinlichkeit erhöht, dass eine auferlegte Abhilfemaßnahme auch tatsächlich umgesetzt wird. Laut Presseberichten hat sich allerdings nach dem Zusammenschluss trotz der upfront-buyer-Zusage die wettbewerbliche Situation auf dem betroffenen Markt verschlechtert. Ein maßgeblicher Grund hierfür dürfte sein, dass der Marktzutritt des Käufers bis heute nicht stattfand. Nach Auffassung der Monopolkommission wird die Europäische Kommission in Zukunft noch stärker darauf achten müssen, dass der mit der upfront-buyer-Zusage verfolgte Erfolg auch tatsächlich und zeitnah eintritt, z. B. indem dem Erwerber in der schuldrechtlichen Vereinbarung eine Frist für seinen Marktzutritt bzw. die Nutzung der erworbenen Kapazitäten auf dem betroffenen Markt vorgegeben wird.

108.* Während des Berichtszeitraums sind mehrere Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Union im Bereich der Fusionskontrolle ergangen. Von besonderer Bedeutung sind die Urteile Agrofert Holding/Europäische Kommission und Édition Odile Jacob SAS/Europäische Kommission des Gerichtshofs, in denen Fragen des Aktenzugangs in Fusionskontrollverfahren entschieden wurden. Im Ergebnis stellte der Gerichtshof darauf ab, dass ein grundsätzlicher Zugang zu den Dokumenten eines Zusammenschlussverfahrens das in der FKVO hergestellte Gleichgewicht zwischen der Verpflichtung der Parteien zur Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen einerseits und der garantierten Geheimhaltung von sensiblen Informationen andererseits stören würde. Daraus leitete der Gerichtshof eine allgemeine Vermutung ab, der zufolge die Aufdeckung der mit den Anmeldern und Dritten im Rahmen eines Fusionskontrollverfahrens ausgetauschten Dokumente grundsätzlich den Schutz der geschäftlichen Interessen der betreffenden Unternehmen gefährdet. Daneben sah der Gerichtshof eine Gefährdung des Zwecks der Untersuchungstätigkeit,

und zwar auch bei Antragstellung nach Abschluss des Fusionskontrollverfahrens. Nach Ansicht der Monopolkommission dürfte auf dieser Grundlage die Möglichkeit von Dritten zur erfolgreichen Anfechtung von Fusionskontrollentscheidungen, der schon bislang wegen des gerichtlich eingeräumten Beurteilungsspielraums der Europäischen Kommission bei komplexen wirtschaftlichen Sachverhalten hohe Hürden entgegenstehen, künftig noch eingeschränkter sein.

109.* Die Europäische Kommission verfolgte im Berichtszeitraum zwei wichtige legislative Projekte. Zum einen hat sie im Dezember 2013 ein Paket zur Vereinfachung des Fusionskontrollverfahrens angenommen. Damit dehnte sie den Anwendungsbereich des vereinfachten Verfahrens für unproblematische Zusammenschlussfälle aus. Außerdem wurde der Umfang der für eine Anmeldung vorzulegenden Informationen verringert.

110.* Nach Auffassung der Monopolkommission sind die neuen Regelungen vertretbar. Die Europäische Kommission zeigt zwar einerseits Bestrebungen, ihren Kompetenzbereich auszuweiten (insbesondere im Bereich der Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb), andererseits hat sie bereits vor 2014 ca. 60 Prozent der Fälle im vereinfachten Verfahren erledigt; mit der Modifizierung der Bekanntmachung werden voraussichtlich etwa 70 Prozent der Fälle in den Anwendungsbereich des vereinfachten Verfahrens fallen. Allerdings zeigen die Erfahrungen mit der Amtspraxis, dass die Europäische Kommission auch seit der Geltung des SIEC-Tests kaum Wettbewerbsbedenken in Fällen geäußert hat, in dem die nun modifizierten, höheren Marktanteilsschwellen des vereinfachten Verfahrens erreicht worden sind. Kritischer sieht die Monopolkommission den neu eingeführten Tatbestand der geringen HHI-Differenz, weil mit diesem eine Art Spürbarkeitsschwelle in der europäischen Zusammenschlusskontrolle errichtet wird, die dem deutschen Fusionskontrollrecht fremd ist. Die neu aufgenommene Schwelle für das vereinfachte Verfahren in der europäischen Fusionskontrolle erscheint jedoch vor dem Hintergrund akzeptabel, dass die Europäische Kommission jederzeit in das normale Verfahren zurückkehren kann, wenn sich die Prüfung eines Zusammenschlusses doch als komplexer als zunächst erwartet erweist.

111.* Zu gewährleisten ist nach Auffassung der Monopolkommission daher in erster Linie, dass die Wettbewerbsbehörde über alle notwendigen Informationen zu dem jeweiligen Zusammenschlussvorhaben verfügt. Dies scheint auch nach der Verschlinkung der Anmeldeformulare der Fall zu sein. Im Vergleich zu nationalen Erfordernissen sind die Informationsanforderungen im europäischen Fusionskontrollverfahren nach allgemeiner Meinung sehr hoch. Gerade das Beispiel des deutschen Wettbewerbsrechts zeigt jedoch, dass auch auf der Grundlage geringerer Informationsanforderungen eine sachgerechte Beurteilung von Fusionsvorhaben möglich ist.

112.* Zum anderen führt die Europäische Kommission eine umfassende Überprüfung der Fusionskontrollverordnung und deren Anwendung durch. Einen Schwerpunkt dieser Initiative bildet die Frage, ob und in welchem Ausmaß die Zuständigkeit der Europäischen Kommission für Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb erweitert werden soll. Daneben werden Überlegungen zu einer möglichen Reform des Verweisungsregimes angestellt. Die Europäische Kommission hat ihre Überlegungen nach Abschluss des Konsultationsprozesses weiterentwickelt und plant die Vorlage eines Weißbuchs noch für den Sommer 2014.

113.* Nach Auffassung der Europäischen Kommission besteht gesetzgeberischer Bedarf für eine Verfahrenserleichterung und -beschleunigung bezüglich der Verweisungen an sie. So sollen die Zusammenschlussparteien künftig ihre Anmeldung (mit dem Verweisungsantrag) nicht mehr an die originär zuständigen nationalen Wettbewerbsbehörden, sondern direkt an die Europäische Kommission richten. Außerdem wird eine Fristverkürzung für die Ausübung des Vetorechts der Mitgliedstaaten von 15 auf 10 Arbeitstage vorgeschlagen.

114.* Die Monopolkommission befürwortet die geplante Vereinfachung des Verweisungsverfahrens. Mit der direkten Vorlage von Anmeldung und Verweisungsantrag bei der Europäischen Kommission, an die verwiesen werden soll, ist eine Verringerung des bürokratischen Aufwands für die Zusammenschlussparteien und die beteiligten Wettbewerbsbehörden verbunden. Zwar dürften diese Gründe gleichermaßen bei Anträgen auf Verweisung an einen Mitgliedstaat gelten. Allerdings ist insoweit zu berücksichtigen, dass die Europäische Kommission von solchen Verweisungsanträgen von Anfang an informiert sein muss, da sie am besten feststellen kann, ob der angemeldete Zusammenschluss sich tatsächlich nur in diesem Mitgliedstaat auswirkt. Nach Ansicht der Monopolkommission ist jedenfalls eine Vereinfachung der materiellen Voraussetzungen für eine Verfahrensabgabe an den jeweiligen Mitgliedstaat empfehlenswert. Es liegt nahe, dass die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen von der Antragstellung nach Art. 4 Abs. 4 FKVO dadurch abgehalten werden, dass sie als Voraussetzung für eine Verweisung darlegen müssen, dass ihr Vorhaben eine „erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung“ in einem Mitgliedstaat zur Folge haben wird, und sich damit quasi selbst belasten. Die gegenwärtige Ausgestaltung der Verweisungsvoraussetzungen dürfte daher einer optimalen Zuständigkeitsverteilung abträglich sein.

115.* Kritik gegenüber dem Ermessensspielraum der Europäischen Kommission bei Verweisungsentscheidungen, die auf der Befürchtung gründet, die Europäische Kommission könne sich bei ihrer Entscheidung zu sehr von industriepolitischen Aspekten leiten lassen und damit wichtige Grundsätze nationaler Ordnungspolitik zugunsten der europäischen Integration unberücksichtigt lassen, erscheint nach einem Blick auf die Verweisungspraxis jedenfalls derzeit nicht begründet. Darüber hinaus ist daran zu erinnern, dass einzelne Mitgliedstaaten immer wieder Bestrebungen zeigen, bei Zusammenschlüssen nationale Lösungen bis hin zur Bildung von sogenannten national champions zu fördern. Nach Auffassung der Monopolkommission kann die Europäische Kommission ein erforderliches Gegengewicht zu derartigen Bestrebungen bilden, sofern ihre Zuständigkeit als Wettbewerbsbehörde gegeben ist. Die Monopolkommission sieht daher keine Notwendigkeit, das Regelungsgefüge der FKVO hinsichtlich Zuständigkeitsverteilung und Verweisungsmöglichkeit grundsätzlich zugunsten einer vermehrten Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zu verschieben.

116.* Eine Regelung, welche die Zuständigkeit der Europäischen Kommission auf Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb erweitert, sollte nach Auffassung der Monopolkommission unter Berücksichtigung von Nutzen und Kosten ausgestaltet werden. Wichtig ist dabei, dass in Wissenschaft und Praxis Einigkeit darin besteht, dass auch Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb negative Wettbewerbseffekte auslösen können. Allerdings sind negative Auswirkungen nicht in jedem Fall derartiger Minderheitsbeteiligungen zu erwarten; außerdem können solche Beteiligungen auch Effizienzgewinne hervorrufen. Eine entsprechende Regelung sollte daher einerseits sicherstellen, dass sämtliche wettbewerblich bedenklichen Fälle aufgegriffen werden können. Andererseits ist sie so zu gestalten, dass die zusätzliche bürokratische Belastung für Unternehmen und Wettbewerbsbehörden möglichst gering bleibt, keine Überregulierung erfolgt, sowie ein hohes Maß an Rechtssicherheit auch in Zukunft besteht. Ferner ist zu berücksichtigen, dass in einigen Mitgliedstaaten – unter anderem in Deutschland – bereits gegenwärtig eine Kontrolle von Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb stattfindet. Eine Zuständigkeitserweiterung der Europäischen Kommission sollte nicht zur Folge haben, dass das bestehende Schutzniveau in diesen Mitgliedstaaten gesenkt wird.

117.* Nach Auffassung der Monopolkommission sollte eine Regelung in der FKVO daher sowohl einen relativ hoch ansetzenden, quantitativen Aufgreifatbestand als auch einen qualitativen Aufgreifatbestand enthalten, der schon bei niedriger Beteiligung eingreift, sofern weitere Einflussfaktoren erfüllt sind. Der quantitative Tatbestand sorgt für schnelle Erkennbarkeit und Rechtssicherheit aufseiten der Unternehmen und Wettbewerbsbehörden. Mithilfe des qualitativen Aufgreifkriteriums werden Umgehungsversuche verhindert und sämtliche problematischen Fallkonstellationen erfassbar gemacht.

118.* Dabei kann das Ziel, mit der Erweiterung der Kommissionszuständigkeit möglichst geringe zusätzliche bürokratische Lasten für betroffene Unternehmen zu schaffen, nach Auffassung der Monopolkommission auf zwei Wegen erreicht werden. Zum einen ist an die gesetzliche Verankerung von sogenannten safe harbours zu denken, d. h. von Konstellationen, die von vornherein nicht in den Anwendungsbereich der FKVO fallen. Von einer kartellbehördlichen Kontrolle ausgenommen werden könnten z. B. konglomerate Beteiligungen. Zum anderen ließe sich die zusätzliche bürokratische Belastung der beteiligten Unternehmen und der Europäischen Kommission durch geeignete Verfahrensregeln begrenzen. Nach den Vorstellungen der Monopolkommission könnte das Verfahren so ausgestaltet sein, dass die betroffenen Unternehmen zunächst nur eine beschränkte Mitteilungspflicht trifft. An diese Mitteilung könnte sich eine relativ kurze Frist (z. B. zehn Arbeitstage) anschließen, in der einerseits das Vollzugsverbot gilt, andererseits die Zuständigkeit zwischen Europäischer Kommission und mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden geklärt wird. Nach dieser Klärung würden unmittelbar die Verfahrensregeln des jeweiligen Mitgliedstaats oder der FKVO gelten, das heißt gegebenenfalls auch die Anmeldepflicht und das Vollzugsverbot.

119.* Als materieller Test sollte nach Auffassung der Monopolkommission auch für Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb der SIEC-Test des Art. 2 FKVO Anwendung finden. Die möglichen Wettbewerbsprobleme bei derartigen Minderheitsbeteiligungen unterscheiden sich nicht grundsätzlich von den Wettbewerbsproblemen bei Minderheitsbeteiligungen mit Kontrollerwerb oder Mehrheitsbeteiligungen. Daher besteht kein sachlicher Grund, in den erstgenannten Fällen einen anderen materiellen Prüfungsmaßstab anzuwenden. Gegen die Aufspaltung des Prüfungsmaßstabs spricht außerdem die damit verbundene Rechtsunsicherheit für die betroffenen Unternehmen.

Fernwärme

120.* Unter Fernwärme wird eine Form der Versorgung von Industrie und Bevölkerung mit zentral erzeugter Wärme verstanden. Fernwärmeversorger produzieren die Wärme typischerweise in dedizierten Heizwerken oder als Nebenprodukt der Stromerzeugung in Heizkraftwerken und transportieren sie durch ein Rohrleitungssystem in die Fläche, um sie vor allem als Heizwärme für Gebäude zu vermarkten. Die Anbieter von Fernwärme sind vertikal integrierte Unternehmen und als Betreiber von Fernwärmenetzen, im Vertrieb und oftmals auch als Produzenten der Wärme aktiv. Ein Wechsel zwischen verschiedenen Fernwärmeversorgern ist für die Kunden nicht möglich.

121.* Das Bundeskartellamt hat 2012 eine Sektoruntersuchung der Fernwärmebranche veröffentlicht, in der es die Auffassung vertritt, dass die Fernwärme sich auch nicht in einem hinreichend wirksamen Wettbewerb zu anderen Heizungsformen befindet. Das Bundeskartellamt nimmt daher an, dass die Fernwärmeversorger über eine marktbeherrschende Stellung verfügen. Aus Sicht der Monopolkommission erschwert die Gemengelage vieler unterschiedlicher institutioneller Wirkungen es jedoch, den Wettbewerbsdruck, der von alternativen Heizformen ausgeht, verlässlich einzuschätzen. Zur weiteren Überprüfung der Marktabgrenzung sind nach Auffassung der Monopolkommission vor allem ergänzende empirische Analysen notwendig. Die Monopolkommission prüft derzeit die Möglichkeit einer eigenen Untersuchung und weist in diesem Zusammenhang auf das Problem des Datenzugangs beim Bundeskartellamt hin.

122.* Im Moment laufen mehrere Preismissbrauchsverfahren gegen einzelne Fernwärmeversorger, die zuletzt insbesondere durch das Bundeskartellamt infolge der Sektoruntersuchung eingeleitet wurden. Die Monopolkommission ist der Auffassung, dass in erster Linie die Marktabgrenzung im Fernwärmesektor weiter fundiert werden sollte, um den Bedarf eines Eingriffs zu begründen. Allerdings ist der Nachweis eines Preismissbrauchs insbesondere aufgrund möglicher struktureller Kostenunterschiede zwischen den Versorgungsgebieten nur schwer zu führen. Auch scheinen die Probleme lokal und dauerhaft aufzutreten. Dies

spricht dafür, dass eine potenzielle marktbeherrschende Stellung der Fernwärmeversorger eine sektorspezifische und dauerhafte Lösung, insbesondere eine Entgeltregulierung, erfordern könnte.

Kartellverfolgung

123.* Zur Identifizierung von kartellrechtswidrigen Absprachen gemäß § 1 GWB und Art. 101 AEUV stehen dem Bundeskartellamt prinzipiell Instrumentarien der reaktiven Kartellverfolgung und Instrumentarien der proaktiven Kartellverfolgung zur Verfügung. Bei Instrumentarien der reaktiven Kartellverfolgung beginnt die Behörde erst mit dem Ermittlungsprozess, wenn ihr verlässliche Informationen von den Marktteilnehmern übermittelt werden, die einen hinreichenden Verdacht auf kartellrechtswidrige Absprachen begründen (z. B. Bonusanträge, Beschwerden). Das Anfallen von Ermittlungskosten ist somit an den Zeitpunkt der Übermittlung verlässlicher Informationen geknüpft. Die Effektivität einer reaktiven Kartellverfolgung ist entscheidend von der Kooperationsbereitschaft der Marktteilnehmer abhängig. Bei Instrumentarien der proaktiven Kartellverfolgung initiiert die Behörde den Ermittlungsprozess. Zu den Instrumenten zählen vornehmlich empirisch geprägte ökonomische Analysen. Ermittlungskosten fallen auch bei ergebnisoffenen Ermittlungen an, zudem können mittels empirischer Analysen zunächst ausschließlich Indizien und keine Belege ermittelt werden. Dafür ist eine frühzeitige Erkennung rechtswidriger Absprachen möglich, was den Wohlfahrtsschaden zeitnah mindern und die Abschreckungswirkung existierender Sanktionsmaßnahmen steigern kann.

124.* Das Bundeskartellamt hat in bisherigen Kartellverfahren ausschließlich auf Instrumente der reaktiven Verfolgung zurückgegriffen. Ausländische Wettbewerbsbehörden, insbesondere in den USA und vereinzelt in Europa, haben bereits Erfahrungen mit einer proaktiven Kartellverfolgung gesammelt. Obgleich eine erhebliche Bedeutung einer proaktiven Kartellverfolgung für den Verfahrensausgang bislang nicht festzustellen war, ist seit geraumer Zeit eine vermehrte Anwendung derartiger Instrumente zu verzeichnen.

125.* Die Monopolkommission sieht in einer proaktiven Kartellverfolgung mit ökonomischen Analysemethoden insbesondere als Komplement zur reaktiven Kartellverfolgung zwar durchaus das Potenzial, die Wettbewerbsaufsicht umfassender zu gestalten. Sie empfiehlt zum gegenwärtigen Zeitpunkt jedoch nur, die Entwicklungen vor allem in den europäischen Ländern, in denen Maßnahmen zur proaktiven Kartellverfolgung zur Anwendung kommen oder derzeit implementiert werden, eingehend zu verfolgen und den Erfahrungsaustausch mit den betreffenden Behörden zu intensivieren.

126.* Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum seine Ermittlungen im Konsumgüterbereich fortgesetzt und Verfahren zu Marken-Konsumgütern durchgeführt (Bier, Kartoffeln, Schokoladenwaren, Instant-Kaffee und -Spezialitäten, Tiernahrung, Tiefkühlpizza, Waschmittel und Drogerieartikel). Weitere Kartellverfahren betrafen den Chemiegroßhandel, Porzellan, Tapeten, Schienen und ähnliche Produkte für Eisenbahnen sowie Baustoffe. Die Monopolkommission würdigt speziell die Amtspraxis zu Drogerieartikeln, Schienen und anderen Produkten für Eisenbahnen sowie Baustoffen, um wichtige gegenwärtige Entwicklungen der deutschen Kartellverfolgungspraxis aufzuzeigen.

127.* Die Verfahren zum Kartellfall betreffend Drogerieartikel wurden im Zeitraum 2007-2013 durchgeführt. Der Kartellfall war ein eigenständiger Fall, stand inhaltlich allerdings im Zusammenhang mit einer Reihe von Kartellverfahren betreffend Luxuskosmetik-Produkte und Verbrauchskemikalien, die in den vergangenen Jahren in Deutschland und in anderen europäischen Mitgliedstaaten durchgeführt worden sind. Das Bundeskartellamt hatte schon 2008 außerdem Verfahren gegen Markenartikelhersteller von Konsumgütern wegen des Verdachts des Informationsaustauschs in mehreren Produktbereichen (u. a. Süßwaren, Waschmittel und Tiernahrung) und in einem Fall wegen des Verdachts abgestimmter Preiserhöhungen ein-

geleitet, in denen zwischenzeitlich ebenfalls Geldbußen verhängt worden sind. Die genannten Verfahren weisen hinsichtlich der Verfahrensbeteiligten zum Teil Überschneidungen auf.

128.* Die Monopolkommission begrüßt die Kartellverfolgung im Konsumgüterbereich, insbesondere in dem beispielhaft dargestellten Fall betreffend Drogerieartikel. Das Aufgreifen derartiger Fälle ist – neben der Verfolgung reiner Kernbeschränkungen – sehr wichtig, um die präventive Wirkung der Kartellvorschriften zu erhöhen. Die festgesetzten Geldbußen tragen dem Umstand Rechnung, dass die Schädigung des Wettbewerbs regelmäßig um so stärker ist, je intensiver Wettbewerber ihr Marktverhalten durch den Austausch strategischer Informationen koordinieren.

129.* Einen außergewöhnlich schwerwiegenden und umfangreichen Wettbewerbsverstoß betraf der Kartellfall um die sogenannten „Schienenfreunde“. Dabei handelt es sich um die Selbstbezeichnung der Beteiligten eines Kartells, dessen Ursprünge möglicherweise über fünfzehn bis zwanzig Jahre zurückliegen und in dessen Rahmen Preise und/oder Mengen für Schienen, Weichen und Eisenbahnschwellen abgesprochen wurden. Das Bundeskartellamt untersuchte in zwei Verfahren mehrere Tatkomplexe, die sich über den Tatzeitraum von zumindest 2001 bis 2008 und zum Teil bis 2011 erstreckten.

130.* Der Fall um das Schienenkartell zeigt deutlich die Risiken und Nachteile von Kartellen für die Täter, die Geschädigten und andere Betroffene auf – und zwar auch unabhängig von der Belastung der Kartelltäter durch Geldbußen. Er ist insofern für die Berichterstattung der Monopolkommission aus mehreren Gründen von Interesse:

- Erstens verdeutlicht er die hohe Relevanz, die im Rahmen der Regeln zur behördlichen Kartellverfolgung ein strategisch durchdachtes Vorgehen mittlerweile für die am Kartellverfahren beteiligten Unternehmen gewinnt.
- Zweitens zeigt er die möglichen gravierenden Risiken auf, die Unternehmensverantwortliche in finanzieller Hinsicht und in Bezug auf den Unternehmensruf eingehen, wenn sie Wettbewerbsverstöße in ihrer Bedeutung unterschätzen und Compliance-Maßnahmen unterlassen.
- Drittens lassen sich an diesem Fall mögliche Risiken aufzeigen, die am Kartell nicht Beteiligte (Abnehmer, Mitarbeiter) zu gewärtigen haben, wenn sie nicht selbst hinreichend Acht auf mögliche Kartellverstöße geben, die anschließend von den zuständigen Behörden aufgedeckt werden.

131.* Die Kartellverfolgung in der Baustoffindustrie bildet seit Jahren einen Schwerpunkt der Tätigkeit des Bundeskartellamtes. Das liegt an der Marktstruktur und dabei insbesondere an vielfältigen Verflechtungen der Baustoffunternehmen untereinander und an bestehenden Überkapazitäten. Die Verfolgungspraxis der letzten Jahrzehnte zeigt, dass die Wettbewerbsverstöße in der Baustoffbranche ungeachtet der kleinteiligen Marktstruktur häufig sehr umfangreich und schwerwiegend sind.

132.* Das Bundeskartellamt hat auch in diesem Berichtszeitraum mehrere Kartellverfahren im Baustoffbereich eingeleitet bzw. durchgeführt, namentlich in den Bereichen Betonpflastersteine und andere Betonbauteile. Daneben hat das Bundeskartellamt die Sektoruntersuchung im Bereich Walzasphalt abgeschlossen, die es Mitte des Jahres 2010 eingeleitet hatte. Im Anschluss an die Sektoruntersuchung wurden Verwaltungsverfahren eingeleitet und bundesweit bereits zahlreiche Gemeinschaftsunternehmen entflochten. Darüber hinaus hat das Amt Ende 2013 eine Sektoruntersuchung des Transportbetonsektors eingeleitet und behält sich weitere Sektoruntersuchungen und Einzelverfahren auch in anderen Bereichen der Baustoffbranche (z. B. Sand und Kies, aufgehendes Hintermauerwerk) vor.

133.* Die Monopolkommission begrüßt die systematische Überprüfung der Marktstrukturen durch das Bundeskartellamt und die damit abgestimmte Fortsetzung der Kartellverfolgung im Baustoffbereich. Sie an-

erkennt die Bereitschaft der Marktteilnehmer, gewachsene Strukturen im Falle kartellrechtlicher Bedenken zu überprüfen. Ergänzend spricht sie sich dafür aus, dass die öffentliche Hand den Wettbewerbsrisiken im Baustoffbereich im Rahmen von Vergabeverfahren verstärkt Rechnung trägt.

Vertriebsbeschränkungen (insbesondere Internetvertrieb)

134.* Die Kontrolle der Vertriebskette durch den Hersteller (oder Importeur) ist bei wirtschaftlicher Betrachtung ambivalent. Einerseits wird dadurch die Freiheit der Vertragspartner im Wettbewerb beschränkt. Andererseits lassen sich über solche Vereinbarungen Effizienzen vertikaler Integration realisieren. Bei einigen Typen vertikaler Beschränkungen ist anerkannt, dass sie regelmäßig besonders schädlich sind. Derartige Vertragsbedingungen sind jedoch nicht schlichtweg kartellrechtswidrig; vielmehr kommt unter Berücksichtigung der genauen Konstellation eine Einzelfreistellung in Betracht. Allerdings tragen in diesem Fall die Vertragsparteien bzw. der Verwender die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der Freistellungsvoraussetzungen.

135.* Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum seine Verfolgung von Wettbewerbsbeschränkungen in Vertriebsbeziehungen fortgesetzt und dabei ein besonderes Augenmerk auf die Verfolgung von Wettbewerbsverstößen im Internetvertrieb gelegt. Die Verfahren des Amtes lassen sich verschiedenen Fallgruppen zuordnen.

136.* Das Bundeskartellamt hat insbesondere in mehreren Verfahren die Verfolgung vertikaler Preisbindungen fortgesetzt (Festool, Dr. Hauschka). In diesen Fällen übten die Hersteller auf die Händler in der Vertriebskette Druck zur Durchsetzung eines vorgegebenen Preisniveaus aus.

137.* In Bezug auf sogenannte Bestpreisklauseln hat das Bundeskartellamt die Geschäftsbedingungen von Amazon untersucht. Das Unternehmen betreibt eine Internetplattform, auf der Waren zum einen durch Amazon selbst, zum anderen durch dritte Händler angeboten werden. Diese Händler waren durch Amazon zur Einhaltung einer Preisparitätsklausel verpflichtet worden. Das Bundeskartellamt sah die Preisparitätsklausel schwerpunktmäßig als horizontale Wettbewerbsbeschränkung an, da der Plattformbetreiber (Amazon) und die Dritthändler direkte Wettbewerber auf den betroffenen Handelsmärkten sind. Das Verfahren konnte Ende 2013 eingestellt werden. Die Monopolkommission hält auf Basis des Ermittlungsergebnisses die wettbewerbliche Beurteilung des Falles durch das Bundeskartellamt für zutreffend.

138.* In weiteren Verfahren hat das Amt die Praxis einiger Plattformbetreiber aufgegriffen, Hotels, die auf deren Plattform Zimmer anbieten, zur Einhaltung einer Bestpreisklausel zu verpflichten. Diese Bestpreisklausel ist ausschließlich als vertikale Wettbewerbsbeschränkung zu überprüfen, da die betroffenen Plattformbetreiber kein eigenes Zimmerangebot unterhalten. Die Vorgabe der Bestpreisklausel beschränkt den Wettbewerb der Anbieter von Hotelzimmern, indem sie diesen die Freiheit nimmt, Hotelzimmer außerhalb der Plattform zu einem frei wählbaren Preis anzubieten.

139.* Bei der Würdigung der Amtspraxis ist der Entwicklung des Internetvertriebs Rechnung zu tragen. Bestpreisklauseln ermöglichen eine wirkungsvolle Werbung gegenüber Verbrauchern, die auf garantierte Bestpreise hingewiesen werden können. Solche Klauseln waren deshalb ein wirkungsvolles Mittel bei der Etablierung von Hotelbuchungsportalen als neuem Angebot zur Erleichterung der Recherche nach Hotelzimmern. Zugleich schützten sie das Buchungsportal davor, dass Hotels dieses zwar nutzten, die Zimmerbuchung jedoch direkt beim Hotel stattfand (Freifahrer- bzw. Trittbrettfahrerproblematik). Allerdings ist noch ungeklärt, inwiefern hier ein Trittbrettfahrerproblem besteht, und ob Bestpreisklauseln erforderlich sein können, um zu verhindern, dass Hotels die mit der Plattform verbundenen Vorteile (bessere Auffindbarkeit usw.) ohne entsprechende Vergütung nutzen. Die verfahrensbetroffenen Plattformbetreiber haben bislang ihr

Vorbringen insoweit nicht substantiieren können. Allerdings erscheint ein Nachweis insoweit nur schwer möglich, sodass die Beweislastverteilung hier regelmäßig ausschlaggebend sein dürfte.

140.* Der Wettbewerb hat sich offenbar zunehmend auf das Verhältnis der Buchungsplattformen zueinander verlagert. Eine Trittbrettfahrerproblematik ist in diesem Wettbewerbsverhältnis auch unwahrscheinlich. Die Monopolkommission hält den Ansatz des Bundeskartellamtes in juristischer Hinsicht für zutreffend, weist aber darauf hin, dass aus ökonomischer Sicht noch viele Fragen offen sind.

141.* Eine weitere Fallgruppe der Amtspraxis betrifft Fälle, in denen ein Markenhersteller versucht, Einfluss auf die Vertriebskanäle zu nehmen, über die seine Produkte (weiter) vertrieben werden, und zwar zum Nachteil von Online-Händlern. Er kann dies insbesondere tun, indem er unterschiedliche Preise für die Belieferung von stationären Händlern und Online-Händlern verlangt (Doppelpreissystem; Fälle zu Haus- und Gartengeräten) oder indem er ein selektives Vertriebssystem mit Qualitätsanforderungen aufbaut, die sich vor allem über den stationären Vertrieb erfüllen lassen (Fälle zu Sportartikeln). Die Etablierung eines Doppelpreissystems hat dabei denselben Zweck, knüpft anders als Anforderungen für den selektiven Vertrieb jedoch nicht unmittelbar an den Produktvertrieb der Vertriebs Händler an, sondern an die Preise für die vertriebenen Produkte (Gegenleistungen).

142.* Diese Fälle betreffen einen Grenzbereich zwischen Marken- und Wettbewerbsschutz. Umstritten ist insbesondere, inwiefern Hersteller den Internetvertrieb beschränken dürfen, um ein bestimmtes Preissignal (hoher Preis) gegenüber den Verbrauchern als Bestandteil ihrer auf Prestige bzw. Exklusivität ausgerichteten Markenstrategie abzusichern. Das Bundeskartellamt erkennt Vertriebskriterien, welche die „Aura des Exklusiven“ bzw. das Prestige der Herstellermarke schützen sollen, nicht an. Es verweist insofern auf die europäische Rechtsprechung, die Wettbewerbsbeschränkungen zum Schutz eines etwaigen Markenimages kritisch beurteilt und damit auch die Ausführungen in den Kommissionsleitlinien zu vertikalen Beschränkungen infrage stelle.

143.* Die Monopolkommission teilt nicht ohne Weiteres die Auffassung des Amtes, dass die europäische Rechtsprechung die Kommissionsleitlinien infrage stelle. Sie hebt hervor, dass die Leitlinien einen Kompromiss hinsichtlich der schwierig zu ziehenden Grenze zwischen Aspekten des Marken- und des Wettbewerbsschutzes darstellen und für die Marktteilnehmer deshalb bisher auch als Beurteilungsmaßstab für das unternehmerische Handeln begriffen werden. Sofern die Leitlinien als allgemeiner Beurteilungsmaßstab dem Einzelfall nicht gerecht werden, ist aus Sicht der Monopolkommission zu berücksichtigen, dass gerade das Internet noch einen relativ neuen Vertriebskanal darstellt, den die Hersteller als Teil einer – grundsätzlich vom jeweiligen Hersteller einseitig entwickelten – Geschäftsstrategie in ihre Geschäftsmodelle integrieren. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass Vertriebsvorgaben grundsätzlich keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken hervorrufen, sofern sie einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Markenschutz und den Belangen des Wettbewerbs herbeiführen. Schließlich dürfte eine Einzelfreistellung für Maßnahmen zum Schutz einer Marke insbesondere dann in Betracht zu ziehen sein, wenn Händler ein Trittbrettfahrerverhalten zeigen, indem sie sich über graue Kanäle Markenprodukte verschaffen und vertreiben, um so am guten Ruf eines Markenprodukts zu partizipieren, ohne sich jedoch an den in den Aufbau der Marke geflossenen Investitionen zu beteiligen.

144.* Aus Sicht der Monopolkommission ist das Vorgehen des Bundeskartellamtes in der konkreten bisherigen Fallpraxis nicht zu beanstanden. Dabei ist maßgeblich, dass es sich typischerweise um Fälle handelte, in denen marktstarke Hersteller bei ihren Vorgaben für den Internetvertrieb ihnen zukommende Verhaltensspielräume ausnutzen konnten bzw. in denen mehrere Hersteller gleichförmige Selektivvertriebsnetze über den gesamten Markt hinweg legten. In solchen Fällen ist sicherzustellen, dass Markenhersteller die Vertriebswege nicht in einem Umfang unter ihre Kontrolle bringen, der die freie Entwicklung des Inter-

nethandels auf die Dauer spürbar behindert. Die Amtspraxis ist darauf ausgerichtet, eine solche Behinderung auszuschließen. Allerdings kann eine derartige Regulierung der Vertriebswege die vertikale Integration fördern.

Sanktionen und Schadenersatz

145.* Die deutschen Gerichte hatten im Berichtszeitraum in mehreren Fällen zu verfassungsrechtlichen Fragen in Bezug auf die Sanktionen in Kartellfällen zu entscheiden. Die Monopolkommission nimmt zu dieser Entscheidungspraxis aus wettbewerbspolitischer Perspektive Stellung.

146.* Im sogenannten Grauzementfall hat der BGH die Verfassungsmäßigkeit einzelner Vorschriften des GWB zum Bußgeldrahmen bejaht, ohne allerdings alle offenen Streitfragen zu klären. Das Bundeskartellamt hat auf die Rechtsprechung des BGH hin seine Bußgeldleitlinien überarbeitet, um eine Anpassung der Verfahrenspraxis an jene Rechtsprechung zu ermöglichen. Die Monopolkommission hält es gleichwohl für geboten, dass das deutsche Kartellbußgeldrecht überarbeitet wird. Es ist problematisch, dass die vielen seit Längerem offenen Streitfragen die Entwicklung einer einheitlichen und vorhersehbaren Bußgeldpraxis und ihre Akzeptanz durch die Rechtsunterworfenen fortlaufend behindern.

147.* Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum Verfahren in mehreren Fällen durch einvernehmliche Verfahrensbeendigung (sogenannte Settlements) zum Abschluss gebracht. Derartige Vergleichsverfahren sind für das Bundeskartellamt ein wichtiges Instrument zum effizienten Ressourceneinsatz und haben mittlerweile eine erhebliche praktische Bedeutung. Das Amt hat kürzlich in einem Merkblatt die für Vergleichsverfahren wesentlichen Verfahrensgrundsätze niedergelegt. Es betont darin, dass die Voraussetzungen für einvernehmliche Verfahrensbeendigungen einfachgesetzlich nicht geregelt sind und insbesondere die Regelung der StPO zu strafprozessualen Verständigungen im Rahmen von kartellbehördlichen Vergleichsverfahren nicht gilt. Das Bundesverfassungsgericht hat in Bezug auf strafrechtliche Verständigungsverfahren im Berichtszeitraum allerdings rechtsstaatliche Defizite festgestellt. Eine Reihe der Risiken, die das Bundesverfassungsgericht sieht, ist in zumindest ähnlicher Form auch bei kartellbehördlichen Vergleichsverfahren nicht von der Hand zu weisen. Die Monopolkommission sieht in einvernehmlichen Verfahrensbeendigungen ein wettbewerbspolitisch notwendiges Instrument und mahnt eine baldige Reform der Vorschriften über das kartellbehördliche Ordnungswidrigkeitenverfahren an.

148.* Das Bundesverfassungsgericht hat schließlich die Verfassungsmäßigkeit der Pflicht zur Verzinsung von kartellbehördlichen Geldbußen nach den Vorschriften des GWB bestätigt. Die Monopolkommission begrüßt die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, da sie mit Blick auf die Pflicht zur Verzinsung von Geldbußen für Rechtssicherheit sorgt.

Private Kartellverfolgung

149.* Die Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen wegen Wettbewerbsverstößen stößt für private Kläger in der Praxis nach wie vor auf erhebliche Schwierigkeiten. Die Europäische Kommission hat deshalb einen neuen Vorschlag für eine Richtlinie zu privaten Schadenersatzklagen vorgelegt. Der Vorschlag berücksichtigt im Berichtszeitraum ergangene Entscheidungen der europäischen und nationalen Gerichte zum Verhältnis von öffentlicher (= kartellbehördlicher) und privater Kartellverfolgung. Das Gesetzgebungsverfahren konnte im April 2014 inhaltlich noch knapp vor dem Ende der Legislaturperiode abgeschlossen werden.

150.* Die Richtlinie ist als wegweisende Neuregelung von Kartellzivilprozessen anzusehen, die eine Reihe lange streitiger Fragen für alle Mitgliedstaaten regelt (z. B. Schadensabwälzung und Rechte mittelbar Geschädigter, Schadensvermutungen). In Bezug auf einige Einzelfragen wäre es gleichwohl wünschenswert gewesen, wenn nach der Veröffentlichung des Vorschlags mehr Zeit für die Ausarbeitung der endgültigen

Richtlinienfassung verblieben wäre. So werfen insbesondere die gesetzlichen Beschränkungen für die Offenlegung bestimmter Beweismittelkategorien (Art. 6) Fragen auf.

151.* Eine im Gesetzgebungsverfahren besonders umstrittene Frage betraf die Rechtsposition von direkten und indirekten Geschädigten zueinander. Zu hinterfragen ist, weshalb die Richtlinie insofern eine Vollharmonisierung vornimmt und den Mitgliedstaaten keinen Ausgestaltungsspielraum belässt.

152.* Eine bewusste Überkompensation aufgrund von mehrfachem Schadenersatz (etwa in der Form von Strafschadenersatz) bleibt nach der endgültigen Richtlinienfassung nur noch aufgrund einer ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung nach nationalem Recht möglich. Die Monopolkommission hatte sich bereits zuvor für eine derartige Regelung ausgesprochen. Die Richtlinie wählt rechtspolitisch einen anderen Ansatz, indem sie den Kartellbehörden die Möglichkeit gibt, eine freiwillige Entschädigungsregelung seitens der Mitglieder von Kartellen positiv auf mögliche Kartellbußgelder anzurechnen. Die Auswirkungen dieser Regelung bleiben abzuwarten.

153.* Einige Fragen bleiben auch nach Annahme der Richtlinie offen, die zwar in Schadenersatzprozessen relevant geworden sind, aber auch außerhalb davon eine Rolle spielen. Dies betrifft insbesondere die Haftung von Unternehmensteilen, denen der Wettbewerbsverstoß zurechenbar ist, ohne dass sie Adressat einer Bußgeldentscheidung sind. Diese Frage ist nach der zitierten europäischen Rechtsprechung eine Frage des materiellen Rechts (Tatbestandsseite) und nicht lediglich eine Frage des bußgeldrechtlichen Haftungsadressaten (Rechtsfolgenrechte). Es bedarf dringend der gesetzlichen Klarstellung, dass das deutsche Recht einer Haftungszurechnung nach europäischem Recht nicht entgegen steht.

154.* In Bezug auf die Rechtsposition von Schadenersatzklägern im Rahmen des Kartellverfahrens hält die Monopolkommission die Entscheidung des Richtliniengebers für eine Haftungsfreistellung für vertretbar. Die Praktikabilität der Haftungsprivilegierung für kleine und mittlere Unternehmen mit niedrigem Marktanteil erscheint hingegen fraglich.

155.* Die Richtlinie wird durch eine Empfehlung der Europäischen Kommission zu kollektiven Unterlassungs- und Schadenersatzverfahren flankiert. In Abhängigkeit von der Umsetzung der Empfehlung in anderen Mitgliedstaaten tritt die Monopolkommission dafür ein, die geltenden Verfahrensregeln für Schadenersatzklagen mit Blick auf die Kommissionsempfehlung zu kollektiven Unterlassungs- und Schadenersatzverfahren zu überprüfen.

Bedeutung von Compliance

156.* Die Verfolgungspraxis des Bundeskartellamtes kann die Entwicklung einer Compliance-Kultur bei den Marktteilnehmern unterstützen. Durch die weitgehende Nichtbehandlung des Themas Compliance in der Öffentlichkeitsarbeit des Amtes bleibt jedoch ein wirksames Mittel ungenutzt, Unternehmen zusätzlich zu kartellrechtmäßigem Verhalten anzuregen. Die Monopolkommission gibt hierzu einige begrenzte Empfehlungen.

Spezielle Wirtschaftsbereiche - Geistiges Eigentum im Wettbewerb

157.* Schutzrechte verleihen dem Inhaber ein Ausschließlichkeitsrecht über geistige Schöpfungen und werden daher auch als geistiges Eigentum (Intellectual Property, IP) zusammengefasst. Das Kartellrecht kann einer Verschließung von Märkten durch die wettbewerbswidrige Ausübung von geistigen Eigentumsrechten entgegenwirken. Dabei lässt das Kartellrecht diese Rechte als solche in aller Regel im Bestand unberührt und beschränkt lediglich deren Ausübung, indem etwa statt der Verhinderung von Markteintritten lediglich (diskriminierungsfrei zu ermittelnde) Lizenzgebühren geltend gemacht werden können.

158.* Bei Anwendung des Kartellrechts sind hier allerdings einige Besonderheiten zu beachten. Diese ergeben sich vor allem daraus, dass das Recht des geistigen Eigentums wesentlich auf eine bestimmte Facette der Innovationseffizienz und auf Rechtssicherheit fokussiert ist, während das Kartellrecht einen erheblich breiteren Zielkatalog verfolgt und stark nach dem konkreten Einzelfall differenziert.

159.* Der kartellrechtlich begründete Zugang zu standardessenziellen Patenten (SEP) relativiert die Marktposition der Inhaber dieser Schutzrechte, da jene nicht am Markt, sondern durch die Standardisierungsvereinbarung erworben wurde. Von besonderer Bedeutung ist insoweit die Möglichkeit für Nutzer eines SEP, dessen Inhaber einen sogenannten kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwand entgegenzuhalten. Denn die vom Patentrecht grundsätzlich vorgesehene Möglichkeit des Patentinhabers, Dritte nach Belieben und bedingungslos von der Nutzung der Patentlehre auszuschließen, kann Wettbewerber erheblich behindern, jeglichen Wettbewerb ausschließen und dem Patentinhaber so ungerechtfertigte Monopolgewinne ermöglichen.

160.* Die Monopolkommission würdigt die international anerkannte Vorreiterrolle des BGH bei der Entwicklung dieses Einwandes im Urteil „Orange Book“. Sie zeigt jedoch, dass die vom BGH und insbesondere die von nachfolgend befassten Instanzgerichten dafür geforderten Voraussetzungen den Schutzzwecken des Kartellrechts nicht in ausreichendem Maße Geltung verleihen.

161.* In einem vom LG Düsseldorf ausgehenden Vorlageverfahren hat der EuGH aktuell zu klären, ob und unter welchen Voraussetzungen sich der Inhaber eines SEP, der sich verpflichtet hat, dieses an Dritte zu fairer, zumutbaren und diskriminierungsfreier (Fair, Reasonable and Non-Discriminatory = FRAND) Bedingungen zu lizenzieren, die Zwangslizenz einrede entgegenhalten lassen muss.

162.* Parallel zu der beschriebenen Entwicklung hat die Europäische Kommission Verfahren gegen Google/Motorola und Samsung vor allem gegen die Zusagen eingestellt, zukünftig keine Benutzungsverbote mehr für (FRAND-behaftete) SEP durchzusetzen. Nach dieser Entscheidungspraxis genügt es, wenn der Lizenzsucher sich grundsätzlich bereit erklärt hat, zu „FRAND“-Bedingungen einen Lizenzvertrag abzuschließen.

163.* Die Monopolkommission begrüßt die Etablierung des Zwangslizenz Einwands und weist nachdrücklich auf den Plattformcharakter von SEP hin. Entscheidend erscheint insoweit auch, dass der Patentinhaber mit der Einbringung dieses Patents in den Standard gerade (schlüssig) erklärt, er wünsche dessen Verwendung. Solange das Patentrecht keine (wirksamen) Instrumente zur Einbeziehung derartiger Besonderheiten aufweist, sind die Gerichte, aber auch die Kartellbehörden, angehalten, diesen auf kartellrechtlicher Grundlage Rechnung zu tragen. Jedenfalls bei FRAND-behafteten SEP erscheint daher regelmäßig eine Entrichtung bzw. Hinterlegung des Lizenzentgeltes vor Benutzung des Patents verzichtbar, wenn der Lizenzsucher konkret verhandlungsbereit ist.

164.* Im Ausblick werden einige Lösungsansätze jenseits des Wettbewerbsrechts für SEP-spezifische Probleme untersucht. Neben der breitflächigen Einführung von FRAND-Verpflichtungen im Rahmen einer Einbeziehung von Schutzrechten in Standards erscheint insbesondere eine verbesserte Transparenz im Zusammenhang mit Standardisierungsprozessen und Standards wünschenswert. Nicht zuletzt im internationalen Vergleich erscheint auch naheliegend, dass eine Intensivierung der teilweise bereits bestehenden Kooperation zwischen Standardisierungsorganisationen, Patent- und Wettbewerbsbehörden Informationsdefiziten begegnen und erhebliche Steuerungspotenziale realisieren könnte.

165.* Im März 2014 wurde auf europäischer Ebene das überarbeitete Regelwerk für Technologietransfer (TT-) Vereinbarungen angenommen, das eine Gruppenfreistellungsverordnung und Leitlinien umfasst. Die Bedeutung dieser Regeln ergibt sich auch daraus, dass die von den Unternehmen geschlossenen Verträge für die Kartellbehörden allenfalls punktuell transparent sind und diesbezügliche Streitigkeiten nur selten vor die

Gerichte kommen. Die TT-Novellierung stellt eine behutsame Modernisierung dar, die einzelne vormalig freigestellte Vereinbarungen in einigen Bereichen deutlich kritischer behandelt, aber etwa auch für bestimmte Technologiepools eine Art „Safe Harbour“ einrichtet.

166.* Die Monopolkommission begrüßt sowohl das Verfahren als auch das Ergebnis der TT-Reform. Eine grundsätzliche Kritik der Monopolkommission, die nicht allein die TT-Regelungen betrifft, zielt allerdings auf die regelmäßig geringe Übersicht der Kartellbehörden über die in einzelnen Märkten tatsächlich vorherrschenden Vertragsstrukturen. Aus Sicht der Monopolkommission erscheint problematisch, dass die allgemein vorgesehene Entziehung der Vorteile von Gruppenfreistellungsverordnungen bei bestimmten Marktstrukturen vor allem aus diesem Grund sowie wegen des Fehlens von Präzedenzfällen bislang keine praktische Bedeutung erlangt hat.

167.* Ein wiederkehrendes und zunehmend bedeutsames Problem kann dadurch entstehen, dass von Unternehmen geschaffene und als geistiges Eigentum geschützte Datendefinitionen die Geltung von Marktstandards erlangen. Wenn ohne die Nutzung solcher Datenstandards die Teilnahme an (abgeleiteten) Märkten nicht oder kaum möglich ist, kann in der Verweigerung einer Lizenz der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung liegen.

168.* Illustrativ für die Probleme derartiger proprietärer Datenstandards ist die aktuellste Entwicklung eines der bekanntesten europäischen Fälle in diesem Bereich, IMS Health. Der Rechtsstreit dauert seit dem Jahr 2000; aktuell steht die Sache zur (erstmaligen) Entscheidung durch den BGH an. Als Rechtsproblem liegt der urheberrechtliche Schutz einer Datenbankstruktur zugrunde, welche das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland in 1860 einzelne regionale Segmente aufgeteilt hatte. Streitgegenstand ist die Markteinführung mit diesen Datendefinitionen kompatibler Informationen durch einen Wettbewerber. Bereits 2004 hat der EuGH in der Sache eine Grundlagenentscheidung getroffen, welche daran erinnerte, dass eine Lizenzverweigerung nur unter außergewöhnlichen Umständen ein missbräuchliches Verhalten i. S. d. Kartellrechts darstellt. Aus der Rechtsprechung wurden drei Kriterien abgeleitet, deren Erfüllung die nationalen Gerichte selbst zu beantworten hatten. LG und OLG Frankfurt gingen grundsätzlich von einem urheberrechtlichen Schutz der zugrunde liegenden Datendefinitionen aus und verneinten die Entstehung eines neuen Produkts sowie das Eingreifen eines Zwangslizenzeinwandes.

169.* In diesem Zusammenhang weist die Monopolkommission darauf hin, dass die in der früheren Rechtsprechung des EuGH wiederholt referenzierten Kriterien, anders als weithin angenommen, lediglich Beispiele für die Voraussetzungen eines kartellrechtlichen Missbrauchs darstellen dürften. Entscheidend ist insoweit die Beeinträchtigung der Verbraucherinteressen. Hier erscheint auch die enge Verwandtschaft zwischen standardessenziellen Patenten und Datenstandards von besonderer Bedeutung. Entsprechend kann in Bezug auf Datenbankrechte unter Umständen ein urheberrechtliches Verwendungsverbot aus dem Gesichtspunkt des kartellrechtlichen Missbrauchs von Marktmacht schon dann ausgeschlossen sein, wenn dadurch Verbraucherinteressen ungerechtfertigt beeinträchtigt werden.

170.* Vergleichbare Fälle betrafen die Lizenzierung von Wertpapiercodes, die sich teils auf Grundlage von Standardsetzungsprozessen, teils durch Pfadabhängigkeiten als Marktstandards durchgesetzt haben und dabei urheberrechtlich geschützt sind. Die Europäische Kommission hat hier durch Verpflichtungszusagen den Teilverzicht auf die Ausübung teilweise bestrittener Ausschließlichkeitsrechte sowie die Teilöffnung eines Datenstandards für den Wettbewerb erreicht. Dadurch wird neben der Ermöglichung von Wettbewerb insbesondere die Preissetzungsmacht der Rechteinhaber beschränkt.

171.* Die Monopolkommission begrüßt dem Grunde nach die Anwendung des Kartellrechts zur Öffnung proprietärer Datenstandards. Sie weist darauf hin, dass den Inhaber einer marktbeherrschenden Stellung eine

gesteigerte Sorgfaltspflicht für den (Rest-)Wettbewerb auf betroffenen Märkten trifft. Missbraucht der Rechteinhaber seine marktbeherrschende Stellung entgegen dieser besonderen Verantwortung, kommt insbesondere die kartellrechtliche Erzwingung von Interoperabilität in Betracht. Soweit einer marktverschließenden Ausübung von Schutzrechten wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen zugrunde liegen, kommt auch unabhängig von einem konkreten Missbrauch die Anwendung des Kartellverbots in Betracht.

172.* Die Öffnung einer Vielzahl aktuell abgeschotteter Märkte erscheint durch eine an den Orange Book-Standard des BGH angelehnte Regel möglich, welche die rechtliche Konsequenz aus der sachlichen Vergleichbarkeit von im Kern gewerblichen Schutzrechten mit an Datendefinitionen zu Patenten zieht. Eine solche Regel scheint volkswirtschaftlich jedenfalls dann gerechtfertigt, wenn die durch Schutzrechte an Datendefinitionen vermittelten monopolartigen Marktstellungen nicht auf besonderer Innovationskraft oder besonderen Investitionen, sondern vor allem auf zeitlicher Priorität und auf Netzwerkeffekten beruhen. In derartigen Fällen kann nicht nur auf Grundlage des Kartellrechts, sondern auch der Verfassung geboten erscheinen, die bislang weitestgehend unbeschränkte Ausübung von Urheberrechten kartellrechtlich einzuhängen. Durch angemessene Lizenzgebühren und Anerkennung der Urhebererschaft kann in solchen Ausnahmefällen den berechtigten Interessen der Urheber durchaus Rechnung getragen werden.

173.* Insbesondere mittel- und langfristig erscheint die Einbeziehung von Interoperabilitätsaspekten und Wettbewerbsoffenheit bereits bei der Konzeption, Festlegung, Einführung und Weiterentwicklung von Daten- und Schnittstellenstandards vorzugswürdig gegenüber einer nachträglichen Beschränkung der Ausübung individueller Schutzrechte im Einzelfall. Dafür spricht nicht allein die damit verbundene Rechtssicherheit ex ante und die Einsparung erheblicher Transaktions- und Unsicherheitskosten. Denn insbesondere die positiven dynamischen Effekte einer Ausgestaltung von Daten- und Schnittstellenstandards als wettbewerbsoffene Plattform können die statischen Vorteile um ein Vielfaches übersteigen.

174.* Das Premier League Urteil des EuGH hat die Grenzen des Rechts des Lizenzgebers audiovisueller Leistungsschutzrechte auf Grundlage der Grundfreiheiten und der Wettbewerbsregeln der europäischen Verträge aufgezeigt, Lizenznehmern über den Schutzbereich des Leistungsschutzrechts hinaus Vorgaben zu machen. Dieses Urteil wurde zu Unrecht teilweise als Auftakt zu einer kartellrechtsbasierten Europäisierung der audiovisuellen Leistungsschutzrechte gedeutet. Rechteinhaber dürfen Lizenzen im Rahmen der (nationalen) Grundlage der Leistungsschutzrechte weiterhin sachlich und räumlich beschränken. Allerdings müssen derartige Beschränkungen, soweit sie die Grundfreiheiten und/oder den Wettbewerb betreffen, zum Schutz des relevanten Rechts geeignet und erforderlich sein.

175.* Diese Grundsätze hat der EuGH in einer Reihe weiterer Urteile im Einzelnen ausgeführt und bekräftigt. Dabei erscheint insbesondere von Bedeutung, dass von Verwertungsgesellschaften auferlegte Beschränkungen auch dadurch gerechtfertigt sein können, dass diese eine effektive Kontrolle der Nutzung geschützter Werke im Rahmen der Lizenz und der ordnungsgemäßen Entrichtung der geschuldeten Gebühren sicherstellen. Diese europäische Rechtsprechung kann allerdings trotz der Durchsetzung der Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln auch neue Marktverzerrungen und Verbrauchernachteile nach sich ziehen. Vor diesem Hintergrund begrüßt die Monopolkommission die Konsultation der Europäischen Kommission zur Überprüfung der Regeln zum EU-Urheberrecht.

Spezielle Wirtschaftsbereiche - Medien

176.* Medien erbringen nach weit geteilter Ansicht mit der Übermittlung von Meinungen und Inhalten Dienstleistungen von allgemeinem Interesse. Die Ausübung der Meinungs-, Informations-, Presse- und Rundfunkfreiheit ist grundrechtlich besonders geschützt. Wenn der Staat im Rundfunk einen Wettbewerb zwischen medialen Anbietern zulässt, muss er allerdings verhindern, dass Konzentrationsentwicklungen zu

einer verfassungsrechtlich problematischen Beschränkung der Kanäle zur Übermittlung von Inhalten und Meinungen führen.

177.* Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum seine Verfahrenspraxis zum Aufbau von On-line-Videoportalen im Rahmen von Gemeinschaftsunternehmen (Joint Ventures) fortgesetzt. In diesem Rahmen hat es Bedenken gegen eine gemeinsame Videoplattform von ARD und ZDF geltend gemacht („Germany's Gold“). Die beiden Sendergruppen haben das Projekt zwischenzeitlich aufgegeben. In einem weiteren Fall bestätigte das OLG Düsseldorf eine frühere Verfügung des Bundeskartellamtes, in welcher den Sendern RTL und ProSiebenSat.1 der Aufbau und Betrieb einer gemeinsamen Videoplattform untersagt wurde („Amazonas“).

178.* Die Entscheidungspraxis zu Videoplattformen hat bei den Marktteilnehmern deutliche Kritik hervorgerufen. Diese Kritik ist aus der Perspektive der Monopolkommission zwar verständlich, erscheint allerdings nicht berechtigt. Das Plattformprojekt der privaten Sendergruppen RTL und ProSiebenSat1 war nicht freistellungsfähig, nicht zuletzt gerade wegen der in diesem Fall zuungunsten der Beteiligten wirkenden cross-medialen Effekte auf den Fernsehwerbemarkt. Das Bundeskartellamt hat auch im Fall der Videoplattform von ARD und ZDF marktübergreifende Wirkungen berücksichtigt, hier indem es den beihilfebedingten Wettbewerbsvorteil in Rechnung gestellt hat, der den staatlichen Sendeunternehmen aufgrund ihrer Beitragsfinanzierung zugute kommt. Zentrales wettbewerbliches Problem in beiden Fällen war, dass die Vereinbarungen weit über das für den Betrieb der Plattformen notwendige Maß hinaus den Marktauftritt der Beteiligten vereinheitlichen sollten. Die Monopolkommission behält sich angesichts der Dynamik in diesem Bereich eine ausführlichere Untersuchung der Wettbewerbssituation auf den Medienmärkten vor.

179.* Ein Gegenstand gerichtlicher Entscheidung war im Berichtszeitraum auch die Frage, ob das zentrale Verhandlungsmonopol des Bundesverbands Presse-Grosso gegen europäisches Wettbewerbsrecht verstößt. Das OLG Düsseldorf hat eine Entscheidung des LG Köln im Ergebnis bestätigt, wonach die im Presse-Grosso-System vorgesehene Beschränkung des Preis- und Konditionenwettbewerbs mit dem europäischen Wettbewerbsrecht unvereinbar ist. Die Monopolkommission hält die Entscheidungen der beiden Gerichte im Ergebnis für zutreffend und fordert den Gesetzgeber auf, die in der 8. Novelle ins GWB eingefügte Sonderregelung für das Presse-Grosso wieder zu streichen.

Spezielle Wirtschaftsbereiche - Krankenversicherung

180.* Die deutschen Wettbewerbsregeln im Bereich der Krankenversicherung sind auch nach der 8. GWB-Novelle nicht zufriedenstellend. Besonders kritisch ist die weitergehende Rechtswegzersplitterung im wettbewerblichen Verfahrensrecht zu sehen. Im materiellen Recht hat die Novelle Verbesserungen gebracht, doch ist zu kritisieren, dass der Anwendungsbereich des allgemeinen Kartellrechts bislang nicht auf das Verhältnis der Krankenkassen untereinander und im Verhältnis zu den Versicherten erstreckt worden ist.

181.* Hinsichtlich des europäischen Rechts ist die Rechtsauffassung der gesetzgebenden Körperschaften auf Basis der europäischen Rechtsprechung im Berichtszeitraum und der einschlägigen Kommissionsleitlinien unzutreffend. Die gesetzliche Krankenversicherung ist als teilweise unternehmerische Tätigkeit im Sinne des europäischen Rechts ausgestaltet und unterliegt insoweit schon gegenwärtig den europäischen Wettbewerbsregeln.

182.* Im Berichtszeitraum haben sich allerdings auch Hinweise auf strukturelle Wettbewerbsprobleme in der privaten Krankenversicherung ergeben, da dort ein Versicherungswechsel in der Praxis weiter auf erhebliche Schwierigkeiten trifft. Die Monopolkommission behält sich deshalb vor, die Krankenversicherungsmärkte in absehbarer Zeit erneut zu begutachten.

Verfahrensrelevanz quantitativer Methoden

183.* Für das Bundeskartellamt besteht die verfahrensrechtliche Notwendigkeit, innerhalb der vorgegebenen Fristen verlässliche Informationen für eine sachverhaltsgerechte Entscheidungsfindung zu sammeln. Im aktuellen Berichtszeitraum kamen vielschichtige quantitative Methoden im Rahmen der Datenanalyse in Verfahren des Bundeskartellamtes vereinzelt zur Anwendung. Die Wahl der quantitativen Methoden erfolgte in allen Verfahren einzelfallbezogen und konzentrierte sich vorwiegend auf die der deskriptiven Statistik; vergleichsweise komplexe Methoden der induktiven Statistik, wie z. B. ökonometrische Methoden in Form von Regressionsanalysen stellten soweit die Ausnahme dar. Die Auswertung von Daten mit herkömmlichen quantitativen Methoden spielt z. B. bei der Marktabgrenzung und bei Sektoruntersuchungen bereits eine grundlegende Rolle für die Amtspraxis. Zudem prüft das Bundeskartellamt die vermehrt eingereichten Untersuchungen gemäß der Standards für ökonomische Gutachten. Dass das Bundeskartellamt empirischen Analysen sowie der Anwendung quantitativer Methoden eine größere Bedeutung beizumessen scheint und als integralen Bestandteil der Ausübung seiner Amtstätigkeiten auffasst, zeigt sich in dem im Januar 2014 neu aufgestellten Referat G 3 A „Datenerfassung und Ökonometrie“.

184.* Die Monopolkommission begrüßt die Bereitschaft des Bundeskartellamtes zu einer stärkeren Einbindung quantitativer Methoden in die Amtspraxis. Die bisher durchgeführten quantitativen Analysen trugen zu den Verfahrensentscheidungen des Bundeskartellamtes unterstützend bei. Die Monopolkommission betont, dass für eine Etablierung neuartiger und komplexer Methoden eine stets genaue und konsistente Anwendung eine unabdingbare Voraussetzung darstellt. Insbesondere eine konsistente Methodenanwendung sollte für Effizienzsteigerungen und vermehrte Transparenz in der Amtspraxis förderlich sein. Beispielsweise könnten im Rahmen von Fusionsentscheidungen zur Beurteilung der wettbewerblichen Nähe der beteiligten Unternehmen auf Märkten mit heterogenen Produkten verstärkt sogenannte Umlenkungskennziffern (diversion ratios) berechnet werden, für welche es keiner a priori spezifizierten Marktabgrenzung bedarf. Die Aussagekraft empirischer Analysen ist generell an die Qualität und Quantität der zur Verfügung stehenden Daten geknüpft. Hier können nach Auffassung der Monopolkommission unter Berücksichtigung des Budgets eventuell auch private Datenquellen, z. B. Scanningdaten im Lebensmitteleinzelhandel, womöglich eine hochwertige Alternative zu den eigens erhobenen sowie zu den von den Unternehmen übermittelten Daten sein.

Ex-post-Evaluation der Amtspraxis

185.* Mit einer Ex-post-Evaluation der Amtspraxis besteht die Möglichkeit, mit zeitlichem Abstand die faktischen Auswirkungen einer Amtshandlung zu messen. Die Zielsetzungen von Ex-post-Evaluationen variieren gemäß der OECD zwischen einer Berichterstattung über die (Gesamt-)Tätigkeit der entsprechend zu evaluierenden Behörde, detaillierten Nachuntersuchungen zu spezifischen Verfahrensentscheidungen und deren Auswirkungen auf die betroffenen Märkte sowie einer Ermittlung des Einflusses der Wettbewerbspolitik auf die Volkswirtschaft als Ganzes. Mithilfe von Ex-post-Evaluationen können die betreffenden Behörden die gesetzgebenden Körperschaften, Verbraucher und Unternehmen über die zurückliegende Amtspraxis informieren, den volkswirtschaftlichen Nutzen einer effektiv agierenden Wettbewerbsaufsicht dokumentieren, Erkenntnisse zur Effektivierung der behördlichen Entscheidungspraxis erlangen sowie die von den Amtsentscheidungen etwaig ausgehenden Impulse auf makroökonomische Faktoren eruieren.

186.* Den Vorteilen von Ex-post-Evaluationen stehen Kosten – insbesondere der Ressourcenaufwand – gegenüber. Gleichwohl hält die Monopolkommission grundsätzlich eine stärkere Ex-post-Evaluation der Verfahrensentscheidungen des Bundeskartellamtes – z. B. hinsichtlich Fusionskontrollverfahren in oligopolistischen Märkten, aber auch Kartell- und Missbrauchsverfahren – für wünschenswert. Mögliche Reputationsverluste oder Schadenersatzklagen aufgrund negativer Ex-post-Evaluationen stellen hingegen aus

Sicht der Monopolkommission keine überzeugenden Gegenargumente dar. Vielmehr sollten der langfristig mit objektiven und auch kritischen Evaluierungen einhergehende Nutzen einer optimierten Entscheidungspraxis und die gestiegene Glaubwürdigkeit eventuelle Bedenken beseitigen und kurzfristig auftretende Kosten überkompensieren. In Betracht kommt eine Evaluation durch das Bundeskartellamt, wobei bei einem solchen Vorgehen die Gefahr einer Befangenheit der (sich selbst) evaluierenden Institution nicht von der Hand zu weisen ist. Dieser Einwand bestünde nicht, wenn eine andere Einrichtung als das Bundeskartellamt mit der Evaluation betraut werden würde. Hier käme zum einen eine Betrauung der Monopolkommission, zum anderen eine solche einer anderen Institution in Betracht. Dass die Monopolkommission mit der Würdigung der Amtspraxis bereits eine Form der Evaluation vornimmt, spricht grundsätzlich für ihre Betrauung.

Markttransparenzstelle für Kraftstoffe

187.* Das Bundeskartellamt hat die Markttransparenzstelle für Kraftstoffe (MTS-K) am 31. August 2013 in Betrieb genommen. Nach § 47k Abs. 2 GWB sind Betreiber von öffentlichen Tankstellen sowie Unternehmen, die über Preissetzungshoheit an öffentlichen Tankstellen verfügen, in Deutschland zur elektronischen Übermittlung der Verkaufspreise für die Kraftstoffe Super E5, Super E10 und Diesel an die MTS-K innerhalb von fünf Minuten nach einer Änderung verpflichtet. Die so erhobenen Kraftstoffpreise werden anschließend an die bei der MTS-K zugelassenen Anbieter privater Verbraucher-Informationsdienste weitergegeben, welche diese den Verbrauchern über eine elektronische Informationsplattform zum Abruf zur Verfügung stellen. Bei den Informationsdiensten ist zugleich jeweils eine Beschwerdestelle angesiedelt, gegenüber der Verbraucher unzutreffende Kraftstoffpreise reklamieren können. Das Informationsangebot der MTS-K wird von den Verbraucher-Informationsdiensten und den Verbrauchern bislang in vermehrtem Umfang nachgefragt.

188.* Die Monopolkommission erkennt das Bemühen des Gesetzgebers, durch die Verbreitung von Preisinformationen die Marktstellung der Verbraucher zu stärken, grundsätzlich an. Die Informationsverbreitung könnte die Verbraucher in die Lage versetzen, Druck auf die Anbieter auszuüben und so den Wettbewerb zu fördern. Allerdings bleibt fraglich, ob es Aufgabe staatlicher Stellen sein kann, durch Sammlung und Verbreitung von Preisdaten in einem bestimmten Markt die Position der Nachfrager zu stützen. Die Monopolkommission heißt es vor diesem Hintergrund gut, dass § 47l S. 3 GWB eine Evaluierung der MTS-K drei Jahre nach Beginn der Meldepflicht vorsieht.

189.* Die Monopolkommission empfiehlt im Hinblick auf die gegenwärtig von vertikaler Integration gekennzeichneten oligopolistischen Marktstrukturen eine Ausweitung der Meldepflicht auf die abgesetzten Kraftstoffmengen und die entsprechenden Raffinerie-, Verrechnungs- und Großhandelspreise. Zur Wahrung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Mineralölunternehmen und aufgrund des Fehlens einer unmittelbaren Bedeutung für Verbraucher sollten die erhobenen Absatzmengen jedoch nicht an die Verbraucher-Informationsdienste weitergeleitet werden dürfen. Für Analysezwecke und aus Gründen der Praktikabilität sollte es ausreichend sein, dass die Übermittlung der Daten zu den Absatzmengen nicht wie bei den Preisdaten in Echtzeit, sondern gebündelt und mit einem gewissen zeitlichen Abstand, etwa einmal wöchentlich, erfolgt. Die Monopolkommission begrüßt außerdem die im September 2012 erfolgte Einleitung einer Sektoruntersuchung Raffinerien und Mineralölgroßhandel durch das Bundeskartellamt. Mit dieser Sektoruntersuchung sollen die Wettbewerbsbedingungen auf die den Tankstellenmärkten vorgelagerten Produktions- und Großhandelsstufen der Mineralölwirtschaft untersucht werden. In diesem Zusammenhang weist die Monopolkommission erneut auf die Bedeutung einer Prüfung der Abgabenpreise der Mineralöllieferanten und Großhändler sowie der Vertikal- und der Mengenaustauschverträge hin.

V. Kommunale Wirtschaftstätigkeit und der Trend zur Rekommunalisierung

190.* In einer beträchtlichen Anzahl von Kommunen und in zahlreichen Wirtschaftsbereichen zeigen sich seit einigen Jahren Bestrebungen, die eigenen wirtschaftlichen Tätigkeiten zu erweitern. Im Zeitraum 2000 bis 2011 stieg der Anteil der Umsatzerlöse kommunaler Unternehmen am nominalen Bruttoinlandsprodukt um annähernd 60 Prozent. Die Ausdehnung der kommunalen Wirtschaftstätigkeiten der letzten Jahre beschränkt sich jedoch nicht darauf, dass Kommunen ihre zuvor privatisierten Aktivitäten „rekommunalisieren“. Daneben werden Kommunen durch Expansion der Tätigkeiten auch in bisher privatwirtschaftlich organisierten Bereichen tätig. Kommunen sind dabei in nahezu allen Wirtschaftsbereichen aktiv, jedoch wächst deren Wirtschaftstätigkeit nicht über alle Bereiche hinweg in gleichem Maße. Die Monopolkommission legt den Fokus der vorliegenden Untersuchung der Ausweitung kommunaler Wirtschaftstätigkeit auf die Sektoren der Energie- und der Wasserversorgung, der Telekommunikation sowie der Entsorgung. Im Allgemeinen lassen sich drei zentrale Motive für die Ausdehnung kommunaler Wirtschaftstätigkeit beobachten: der Wunsch einer verbesserten Leistungserstellung, fiskalische Interessen und die Verfolgung kommunalpolitischer Ziele insbesondere bezüglich der Industrie-, Sozial- und Umweltpolitik.

191.* Der Tätigkeit von Kommunen bei der Gründung, Führung und Rekommunalisierung wirtschaftlich tätiger Unternehmen sind durch die Rechtsordnung Grenzen gesetzt. Durch diese rechtlichen Schranken soll insbesondere ordnungs- und wettbewerbspolitischen Motiven Rechnung getragen werden. Wichtige Vorgaben für die Tätigkeit der öffentlichen Hand liegen in den Regelungen des Wettbewerbs-, des Vergabe- und des Beihilferechtes. Grundsätzlich ergeben sich zudem Grenzen für eine unternehmerische Betätigung von Kommunen aus der Reichweite des kommunalen Selbstverwaltungsrechts gemäß Artikel 28 Grundgesetz, für das z. B. die Bundesländer in den Gemeindeordnungen spezielle Regelungen getroffen haben. Eine zentrale Beschränkung für jede kommunalwirtschaftliche Tätigkeit liegt hierbei in der Erforderlichkeit dieser Betätigung auf Grundlage eines öffentlichen Zwecks.

192.* Grundsätzlich ist die Anforderung, dass die wirtschaftliche Betätigung der Kommune tatsächlich erforderlich sein muss so zu verstehen, dass eine öffentliche Institution die Aufgabe besser übernehmen kann als eine private. Wissenschaftliche Studien zeigen sehr deutlich, dass - sofern keine besonderen Bedingungen vorliegen - die Leistung öffentlicher Unternehmen im Allgemeinen hinter der privater Unternehmen zurücksteht. Daher ist im Einzelfall abzuwägen, ob eine gravierende Störung der Marktfunktion vorliegt, die eine kommunale Tätigkeit erforderlich macht, um die Wohlfahrt zu verbessern. Die Wirtschaftstätigkeit der Kommunen sollte sich vor diesem Hintergrund vor allem auf Bereiche natürlicher Monopole, bspw. den Betrieb von Netzen, konzentrieren, wenn vertraglich schwer fixierbare Qualitätskriterien eine wichtige Rolle spielen und dem Wettbewerbsversagen nicht durch eine Regulierung begegnet wird. Demgegenüber stellt die Verfolgung anderer kommunalpolitischer Ziele in aller Regel keinen öffentlichen Zweck dar, der eine unternehmerische Tätigkeit der Kommunen erfordert. Die Durchsetzung kommunaler Ziele wie der Sicherung von Arbeitsplätzen oder einer lokalen Wertschöpfung bedeutet oft einen ineffizienten Einsatz von Ressourcen, die an anderer Stelle besser genutzt werden könnten. Zudem ergeben sich erhebliche Transparenz- und damit Kontrolldefizite.

193.* Die Monopolkommission hat die allgemeine Situation und die wettbewerblichen Wechselwirkungen kommunaler Wirtschaftstätigkeit untersucht. Ein Kernaspekt betrifft dabei die Transparenz des kommunalen Handelns. Damit Informationsprobleme reduziert werden und sowohl Bürger als auch politische Entscheidungsträger die Risiken aus der kommunalen Unternehmertätigkeit entsprechend bewerten können, sollte gerade das kommunale Handeln möglichst ausreichend transparent sein und durch einen effizienten Ordnungsrahmen gesteuert werden. Grundsätzlich gilt für die öffentliche Haushaltsführung eine Vielzahl von Transparenzvorschriften. Die relativ komplexen Regelungen ermöglichen jedoch insbesondere im Hin-

blick auf Unternehmensbeteiligungen nicht immer eine ausreichende Transparenz über die von der Kommune eingegangenen Risiken. Einnahmen und Ausgaben kommunaler Unternehmen sind - mit Ausnahme von Regiebetrieben - nicht im Kernhaushalt und dessen Jahresabschluss erfasst.

194.* Einen Überblick über die kommunalen Beteiligungen gibt vor allem der sogenannte kommunale Gesamtabschluss. Dabei handelt es sich um einen neueren Ansatz der öffentlichen Haushaltsführung, um die Transparenz über öffentliche Beteiligungen zu verbessern. Der Gesamtabchluss basiert auf dem Gedanken, dass eine Kommune - vergleichbar mit einer Konzernholding - neben der Kernverwaltung auch verschiedene Beteiligungen hält, deren Einzelabschlüsse im Gesamtabchluss der Holding zusammengefasst werden. Obgleich der kommunale Gesamtabchluss die Transparenz über die Beteiligungen der Kommunen tendenziell erheblich verbessert, wird er erst nach und nach von den Bundesländern verpflichtend eingeführt.

195.* Solange noch nicht alle Kommunen einen kommunalen Gesamtabchluss vorlegen müssen, wird eine Transparenz kommunaler Wirtschaftstätigkeit vor allem durch den sogenannten Beteiligungsbericht hergestellt. Dieser von einer Kommune gewöhnlich jährlich anzufertigende Bericht dient primär dazu, einen komprimierten und strukturierten Überblick über die wirtschaftliche Lage all derjenigen Unternehmen zu geben, an denen die berichtende öffentliche Gebietskörperschaft direkt oder indirekt beteiligt ist. Die Erstellung und Veröffentlichung eines Beteiligungsberichtes ist grundsätzlich in nahezu allen Gemeindeordnungen der Bundesländer vorgesehen, aber nicht überall gleich umfassend geregelt.

196.* Sofern entsprechende Regelungen noch nicht bestehen, empfiehlt die Monopolkommission den Bundesländern in ihrer jeweiligen Gemeindeordnung zu normieren, dass kommunale Gesamtabschlüsse einschließlich aller Einzelabschlüsse erstellt werden bzw. die Beteiligungsberichte der Kommunen Informationen über alle kommunalen Beteiligungen, unabhängig von der Rechtsform oder der Höhe der Beteiligung erfassen müssen. Weiter sollten in den Beteiligungsberichten sämtliche Erfolgskennziffern, die Vermögenssituation sowie alle Finanzbeziehungen kommunaler Unternehmen zur Kommune und zwischen den Beteiligungen untereinander offengelegt werden. Die Kommunen sollten verpflichtet werden, den öffentlichen Zweck der Beteiligungen in den Berichten zu beschreiben und die öffentliche Wertschöpfung dieser Unternehmen im laufenden Jahr zu bewerten. Schließlich sollten kommunale Gesamtabschlüsse und Beteiligungsberichte transparent für alle Bürger im Internet veröffentlicht werden.

197.* Ein anderer Aspekt der Transparenz und Überprüfbarkeit des kommunalen Handelns betrifft die von kommunalen Unternehmen verlangten Entgelte. Ein Problem vieler Leistungen kommunaler Unternehmen ist darin zu sehen, dass diese oftmals keinem bzw. keinem ausreichend wirksamen Preis- oder Qualitätswettbewerb ausgesetzt sind. Fällt der Wettbewerb jedoch als Kontrollinstrument für die Entgelte aus, ist die Frage zu stellen, ob andere Schutzinstrumente bestehen, die den Bürger vor überhöhten Entgelten schützen. Verschiedenen Problemen einer alleinigen demokratischen Legitimation von Entgelten für öffentliche Leistungen wird Rechnung getragen, indem die Preissetzung kommunaler Unternehmen nicht allein der indirekten Entscheidungsfindung durch die Bürger unterliegt. Vielmehr kennt die Rechtsordnung mit der kartellrechtlichen Entgeltaufsicht, der Entgeltregulierung und der kommunalrechtlichen Gebührenaufsicht verschiedene Schutz- bzw. Aufsichtsmechanismen. Deren Wirksamkeit ist allerdings nicht einheitlich, sondern hängt mitunter auch von den Prüfbedingungen und den Möglichkeiten zur Kalkulation eines fiktiven Wettbewerbsentgeltes als Entgeltmaßstab ab.

198.* In diesem Zusammenhang erscheint der Monopolkommission insbesondere die Aufsicht über die Gebühren unzureichend. Bei Gebühren handelt es sich neben Steuern und Beiträgen um eine typische Einnahmequelle der öffentlichen Hand. Vor allem viele Benutzungsgebühren stellen Gegenleistungen für einen Service kommunaler Unternehmen dar und sind aufgrund faktischer Parallelen mit einer privaten unternehmerischen Preissetzung vergleichbar. Die Ausübung von Kontrollaufgaben ist im Rahmen der Ge-

bührenaufsicht zweigeteilt: Auf der einen Seite sind in den Gemeindeordnungen länderspezifisch entsprechende Aufgaben der Aufsichtsbehörden vorgesehen, auf der anderen Seite üben auch die Verwaltungsgerichte auf Klagen von Bürgern hin eine Gebührenaufsicht aus. Eine besonders gravierende Hürde für deren Effektivität sieht die Monopolkommission in der Dezentralität der Gebührenprüfung. Den zuständigen Einrichtungen obliegt die Prüfung der Gebührenhöhe auf Basis eines unbestimmten und schwierig operationalisierbaren Kostenmaßstabs etwa der Kommunalabgabengesetze. Die wirksame Anwendung eines Kostenmaßstabs bedarf jedoch besonderer ökonomischer Expertise und spezialisierter personeller Ressourcen, die von einer Vielzahl einzelner, dezentraler Einrichtungen oftmals nicht adäquat aufgebaut und unterhalten werden können.

199.* Die Monopolkommission empfiehlt vor diesem Hintergrund, die Transparenz über die Gebührenhöhe für Kommunalpolitiker, sachkundige Bürger, die Kommunalaufsicht und die Verwaltungsgerichte zu verbessern. Zudem sollten die Prüfungsmaßstäbe, die die Verwaltungsgerichte an Benutzungsgebühren anlegen, den Besonderheiten öffentlicher Aufgaben, insbesondere möglichen Effizienzpotenzialen, verstärkt Rechnung tragen. Eine bessere Überprüfbarkeit der Gebühreneffizienz lässt sich unter den gegebenen Bedingungen am besten durch einen Vergleichsmarktansatz erreichen, der jedoch eine Standardisierung der Gebührenerlöse erfordert. Deshalb sollten die Bundesländer für Benutzungsgebühren eine Pflicht zur Veröffentlichung des Erlöses pro Mengeneinheit der Leistung normieren. Dies könnte eine relativ starke Wirkung erzeugen, während der Aufwand für die Kommunen relativ gering bleibt, da die notwendigen Daten bereits vorliegen sollten. Eine entsprechende Vorgabe in den Kommunalabgabengesetzen der Länder könnte wie folgt lauten:

„Die Kommunen sind verpflichtet, den Erlös, der innerhalb eines Jahres auf eine Einheit des relevanten Gebührenmaßstabes einer Benutzungsgebühr entfällt, innerhalb des darauf folgenden Jahres zu veröffentlichen. Näheres zu dem bei der Erlöskalkulation anzulegenden Gebührenmaßstab für bestimmte Leistungen regelt eine Verordnung.“

200.* In verschiedenen Branchen ist auf spezifische Wettbewerbsprobleme im Zusammenhang mit kommunaler Tätigkeit hinzuweisen. Im Hinblick auf die Trinkwasserversorgung verweist die Monopolkommission zunächst auf ihre Analyse in ihrem XVIII. Hauptgutachten. Darin hatte sie insbesondere empfohlen, mittelfristig eine einheitliche und an der effizienten Bereitstellung von Trinkwasser orientierte sektorspezifische (Anreiz-)Regulierung der deutschen Trinkwasserversorger einzuführen. Festzustellen ist allerdings, dass seitens der Bundes- bzw. Landesregierungen bisher keine erkennbaren Anstrengungen unternommen wurden, den angesprochenen Prüferfordernissen weiter nachzugehen. Derweil waren in den letzten Jahren kartellrechtliche Preismissbrauchsverfahren ein wesentlicher Ansatzpunkt, dem Machtproblem im Wassersektor zu begegnen. Infolge der Neuregelungen der 8. GWB-Novelle und der expliziten Herausnahme von Gebührentatbeständen aus der Kompetenz zur Prüfung von Missbräuchen erscheint die Wirksamkeit der Verfahren nun allerdings beeinträchtigt. Vielmehr liegt mit der angesprochenen Änderung des GWB nun eine gewisse Rechtssicherheit dafür vor, dass durch eine (Schein-)Rekommunalisierung eine „Umgehung“ der kartellrechtlichen Entgeltaufsicht möglich ist. Zwar begrüßt die Monopolkommission im Grundsatz weitere Initiativen, z. B. den Widerstand von Bürgerinitiativen gegen überhöhte Wasserentgelte oder verschiedene Benchmarkingprojekte der Wasserversorger. Allerdings sind diese Ansätze aus verschiedenen Gründen nicht als ausreichend wirksam zu betrachten. Deshalb ist die Veröffentlichung der Gebühren nach dem zuvor dargestellten Erlösstandard dringend notwendig, damit eine Effizienzkontrolle durch die Gebührenaufsicht kurzfristig erfolgen kann. Darüber hinaus hält die Monopolkommission an ihrer Aussage fest, dass mittelfristig eine Entgeltregulierung der deutschen Trinkwasserversorger erforderlich ist.

201.* Auf Telekommunikationsmärkten spielen kommunale Unternehmen seit Beginn der Liberalisierung als Vorleistungsanbieter, als Netzbetreiber und in den letzten Jahren zunehmend auch als integrierte Anbieter eines breiten Spektrums von Telekommunikationsdiensten eine aktive Rolle. Mit ihrem Schwerpunkt auf dem Ausbau von Glasfaserinfrastrukturen sind sie im Hinblick auf das Erreichen der Breitbandziele der Bundesregierung und der Europäischen Kommission ein wichtiger Player. Gleichwohl ist darauf zu achten, dass Wettbewerbsverzerrungen als Folge eines zunehmenden kommunalen Engagements vermieden werden. Weitgehend unproblematisch ist es, wenn sich kommunale Unternehmen auf den Bau und den Betrieb passiver Netzinfrastrukturen beschränken. Für den Fall, dass sie als integrierte Netzbetreiber und Diensteanbieter auftreten, müssen wettbewerbswidrige Quersubventionierungen innerhalb kommunaler Unternehmen oder Konzerne ausgeschlossen sein. Dazu ist zwingend erforderlich, dass Versorgungsunternehmen ihre Aktivitäten in einem separaten Unternehmen oder in einem separaten Geschäftsbereich organisieren. Im Sinne der Subsidiarität sollte kommunales Engagement dort seine Grenzen haben, wo diese Leistungen durch private Unternehmen zur Verfügung gestellt werden können.

202.* In der Energiewirtschaft ist seit einigen Jahren ein deutlicher Zuwachs kommunaler Tätigkeiten zu beobachten. Hier hat sich der Anteil der Umsatzerlöse am nominalen Bruttoinlandsprodukt zwischen 2000 und 2011 mehr als verdoppelt. Da Gestaltungsmöglichkeiten für die Kommunen auf den Märkten für leitungsgebundene Energien sehr viel kleiner sind als oftmals unterstellt, liegen hier keine besonderen Gegebenheiten vor, die eine unternehmerische Tätigkeit der öffentlichen Hand insbesondere im Wettbewerb zu privaten Unternehmen rechtfertigen könnten. Daher sieht die Monopolkommission keine überzeugenden Gründe für die Ausweitung des energiewirtschaftlichen Engagements der Kommunen. Der zu beobachtende Rekommunalisierungstrend wird derzeit dadurch verstärkt, dass viele Konzessionen für den Netzbetrieb auslaufen und neu vergeben werden müssen. Konzessionsverträge unterliegen nicht dem GWB-Vergaberecht, sodass ein wettbewerbliches Vergabeverfahren nicht immer gewährleistet ist. Dies ist insbesondere dann problematisch, wenn das Wegenutzungsrecht auf einen kommunalen Eigenbetrieb oder eine Eigengesellschaft übertragen wird. Daher sollte der Gesetzgeber die Aufnahme von Konzessionen zum Betrieb von Energieversorgungsnetzen in den Anwendungsbereich des förmlichen Vergabeverfahrens prüfen. Als wesentlicher Wettbewerbsparameter sollte die Höhe eines angebotenen Abschlags vom Netznutzungsentgelt bzw. der jährlichen Erlösobergrenze fungieren.

203.* In der Abfallwirtschaft steht die Rollenverteilung der kommunalen und privaten Unternehmen derzeit in verschiedenen Bereichen in der Diskussion. Bei Abfällen von Privathaushalten tragen zunächst grundsätzlich die Kommunen als öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger mit der Begründung der Daseinsvorsorge die Verantwortung für die Entsorgung. Mit der Verpackungsverordnung wurde in den neunziger Jahren die Rolle der Privatwirtschaft wichtiger, da diese verpflichtet wurde, in Umlauf gebrachte Verpackungen nach Gebrauch zurückzunehmen und bei deren Entsorgung mitzuwirken. Damit sollten Umweltaspekte bereits bei der Produktgestaltung sehr viel stärker berücksichtigt werden. Einen dritten wichtigen Bereich der Entsorgungslandschaft stellen die sogenannten gewerblichen Sammlungen dar, deren Zweck die Einnahmenerzielung ist und die sich daher vorwiegend auf gewinnbringende Stoffe wie Altpapier, Elektroschrott oder Altkleider konzentrieren. Hier sind traditionell private Entsorger tätig. Die Erfassung und Verwertung von Siedlungsmüll, das duale System zur Verpackungsentsorgung und die gewerbliche Sammlung bilden drei Kernbereiche der Entsorgungswirtschaft mit jeweils eigenen wettbewerblichen Rahmenbedingungen und unterschiedlichen Rollen der Kommunen und der Privatwirtschaft.

204.* Im Bereich der Entsorgung von Siedlungsabfällen und insbesondere Hausmüll ist seit einigen Jahren ein deutlicher Anstieg der Betätigung kommunaler Unternehmen zu verzeichnen. Kommunale Unternehmen sind dabei auf dicht besiedelte Gebiete konzentriert, während in Flächenkreisen fast ausschließlich private Unternehmen aktiv sind. Insgesamt ist die wettbewerbliche Situation im Falle der Hausmüllentsorgung der-

zeit unbefriedigend. Hier verfügen die Kommunen mit ihren öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern über faktische Monopolrechte, welche durch die Möglichkeiten der Inhouse-Vergabe an die kommunalen Entsorgungsträger übertragen werden kann. Die damit bestehende wettbewerbsferne Grundordnung lehnt die Monopolkommission ab. Hier muss der Wettbewerb „um den Markt“ gestärkt werden, indem Kommunen, welche die Entsorgung derzeit noch eigenständig durchführen, den Übergang zu einer Ausschreibung der Hausmüllentsorgung anstreben. Die seit Langem sehr erfolgreichen Ausschreibungen insbesondere im ländlichen Raum zeigen, dass private Unternehmen die erforderlichen Leistungen mindestens ebenso hochwertig erbringen können wie kommunale Entsorger. Eine Ausschreibung böte zudem den Vorteil der besseren Kontrolle ökologischer Standards, da so eine klare Trennung zwischen dem beauftragten Entsorgungsunternehmen und dem Träger der kommunalen Entsorgungsverantwortung erfolgt. Allgemein sieht die Monopolkommission im Entsorgungsbereich sehr geeignete Rahmenbedingungen, um Qualitätskriterien transparent und überprüfbar vertraglich festzuschreiben. Im Gegenzug lassen sich keine überzeugenden Gründe für die Erforderlichkeit einer exklusiven Aufgabenwahrnehmung durch kommunale Unternehmen feststellen. In jedem Fall sollte die Transparenz über die Höhe kommunaler Benutzungsgebühren dadurch erhöht werden, dass die Kommunen den Stückerlös nach dem oben dargestellten Erlösstandard verpflichtend ausweisen.

205.* Im Hinblick auf alternative Modelle eines Wettbewerbs konkurrierender Hausmüllentsorgungsunternehmen läge eine prüfungswerte Möglichkeit darin, jeden Haushalt frei wählen zu lassen, ob er an dem grundsätzlich kommunal organisierten Entsorgungssystem teilnimmt oder stattdessen die Abfallentsorgung mithilfe von zugelassenen Entsorgungsanbietern selbst regelt. In einem solchen wettbewerblichen System übernimmt ein vom öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger beauftragtes Unternehmen als „Grundentsorger“ die Entsorgung, von dem aus die Bürger nach eigener Wahl zu einem anderen Entsorger wechseln können.

206.* Im Gegensatz zur Hausmüllentsorgung wird das duale System zur Verpackungsentsorgung privatwirtschaftlich verantwortet. Entgegen einiger Darstellungen und Beschwerden hat sich die Übertragung der Verantwortung der Verpackungsentsorgung auf die Hersteller und die Öffnung des dualen Systems für den Wettbewerb prinzipiell als erfolgreich erwiesen. So kam es nach Ansicht der Monopolkommission auch durch die Öffnung des Wettbewerbs und die daraufhin erfolgten Markteintritte zu einer Halbierung der Entsorgungskosten bei einer gleichzeitigen Steigerung der Qualität der Verpackungsentsorgung. Allerdings zeigen sich in jüngster Zeit erhebliche Probleme. Die aktuelle Entwicklung deutet darauf hin, dass Unternehmen in jüngerer Vergangenheit Ausnahmemöglichkeiten teilweise dazu nutzen, ihre Pflicht zur Beteiligung an einem dualen System zu umgehen und dadurch Kosten zu sparen. Dies führt zu erheblichen Verzerrungen zwischen den einzelnen dualen Systemen und kann sogar die Stabilität der flächendeckenden haushaltsnahen Erfassung insgesamt gefährden. Die Bundesregierung hat auf die Entwicklung bereits reagiert und eine Änderung der Verpackungsverordnung beschlossen. Mit der geplanten Novelle werden die bestehenden Möglichkeiten, Verpackungsmengen der Lizenzierungspflicht zu entziehen, deutlich eingeschränkt. Die Monopolkommission vertraut darauf, dass die intendierten Änderungen der Verpackungsverordnung zur Restabilisierung des Systems führen werden.

207.* Auch mit Hinweis auf diese zuletzt aufgetretenen Probleme im dualen System wird von kommunalen Entsorgern und Teilen der Privatwirtschaft eine Abschaffung des Wettbewerbs gefordert. Während die private Entsorgungswirtschaft teilweise eine Übertragung der Verantwortung auf eine zentrale Stelle und damit eine Art Rückkehr zum System mit nur einem Betreiber wünscht, setzen sich Kommunen dafür ein, dass sie jeweils selbst die Entsorgung verantworten. Die Monopolkommission spricht sich klar gegen alle Bestrebungen aus, die vor allem eine Beschränkung des Wettbewerbs und eine Verstärkung von Marktpositionen zur Folge hätten. Die Vergabe der Entsorgungsleistungen durch die öffentlich-rechtlichen Ent-

sorgungsträger würde erhebliche Risiken und sogar Anreize für eine ineffizientere Leistungserbringung erzeugen. Dieses System ist daher besonders nachteilig und nachdrücklich abzulehnen.

208.* Als problematisch beurteilt die Monopolkommission die aktuelle Entwicklung des Wettbewerbs bei gewerblichen Sammlungen. Hier weiten kommunale Entsorger ihre Tätigkeiten in jüngster Zeit deutlich aus. Dies ist insbesondere auf gerichtliche Entscheidungen und gesetzliche Neuerungen zugunsten der öffentlich-rechtlichen Entsorgung des Abfalls aus privaten Haushalten zurückzuführen. Vor allem durch die umfangreichere Anzeigepflicht mit der Novellierung des Kreislaufwirtschaftsgesetzes wurden die Tätigkeiten der privaten Sammler erheblich erschwert. Zwar begrüßt die Monopolkommission die Intention des Gesetzgebers, diese Anzeige bei einer vom öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger unabhängigen Behörde anzusiedeln, jedoch ist diese Unabhängigkeit durch die Entscheidung einiger Bundesländer, die Verantwortung dafür den unteren Abfallbehörden zu übertragen, nicht ausreichend gewährleistet. So sind Interessenkonflikte auf kommunaler Ebene nicht auszuschließen. Daher ist es aus Sicht der Monopolkommission essenziell, die Unabhängigkeit der Behörde sicherzustellen, die gewerbliche Sammlungen untersagen kann. Entsprechend der ursprünglichen Gesetzesfassung ist diese Aufgabe deshalb in allen Bundesländern einer zentralen Stelle zu übertragen.

209.* Langfristig sollte aus Sicht der Monopolkommission der Ordnungsrahmen der gewerblichen Sammlung grundsätzlich neu gestaltet werden, um fairen und wirksamen Wettbewerb zu ermöglichen und den Kommunen gleichzeitig die Wahrnehmung ihrer Gewährleistungsverantwortung zu erlauben. Die Kommunen sollten in einem solchen System nur in klar abzugrenzenden Fällen im Bereich der gewerblichen Sammlung auftreten, da die öffentliche Tätigkeit hier nicht generell erforderlich ist.

210.* Im Ergebnis der detaillierten Analyse sieht die Monopolkommission übermäßige öffentliche Wirtschaftstätigkeit und Tendenzen zur zunehmenden Rekommunalisierung eher skeptisch. Vor diesem Hintergrund hält sie es vor allem für wichtig, durch mehr Transparenz und die aufgezeigten Instrumente Entscheidungsträger und Aufsichtsinstanzen in die Lage zu versetzen, eine Bewertung im Einzelfall vorzunehmen.

VI. Wettbewerb auf den Finanzmärkten

211.* Die Finanz- und Wirtschaftskrise sowie die folgenden Regulierungsinitiativen haben die Monopolkommission dazu veranlasst, den Wettbewerb auf den Finanzmärkten und insbesondere auf den Bankenmärkten zu untersuchen. In diesem Rahmen geht sie auf die Auswirkungen der Regulierung auf implizite Staatsgarantien, die Struktur des deutschen Drei-Säulen-Modells im Hinblick auf die Verbundgruppen sowie ausgewählte Wettbewerbsfragen in Bezug auf Finanzprodukte und -transaktionen ein.

212.* In Deutschland besteht im Wesentlichen ein bankbasiertes Finanzsystem, d. h. Banken kommt hierzulande im Verhältnis zu den Kapitalmärkten eine ungleich wichtigere Rolle bei der Kapitalallokation zu. Das deutsche Bankensystem ist durch die drei Säulen der privaten, staatlichen und genossenschaftlichen Banken geprägt. Zu den Besonderheiten dieses Systems gehören die Förderbanken und die staatlichen und genossenschaftlichen Verbundgruppen. Die Verbundgruppen sind durch ein hohes Maß an Arbeitsteilung geprägt. Zudem stehen die den jeweiligen Verbundgruppen angehörenden Institute aufgrund ihrer regionalen Ausrichtung nur eingeschränkt miteinander im Wettbewerb.

213.* In den letzten zwei Jahrzehnten hat sich im deutschen Bankensektor ein deutlicher Konsolidierungsprozess vollzogen, der aufgrund der strikten Trennung der drei Säulen vor allem innerhalb der Säulen und nicht Säulen übergreifend stattfand. Die sinkende Anzahl an Instituten hat zu einem Anstieg der durchschnittlichen Größe der deutschen Banken sowie zu einer höheren Marktkonzentration geführt. Gleichwohl ist das deutsche Bankensystem im internationalen Vergleich weiter stark fragmentiert. Hieraus lässt sich

jedoch nicht zwangsläufig folgern, dass das deutsche Bankensystem per se wettbewerbsintensiver als Systeme in anderen Staaten ist. International vergleichende Studien haben für den deutschen Bankensektor in der Vergangenheit allenfalls eine leicht überdurchschnittliche Wettbewerbsintensität festgestellt. Zudem ist zu berücksichtigen, dass der Wettbewerb im Bankensektor produktspezifisch und häufig regional geprägt ist und innerhalb einer Volkswirtschaft stark variieren kann. Studien für Deutschland zeigen eine von Nordosten nach Südwesten ansteigende Wettbewerbsintensität.

Implizite Garantien

214.* In der Finanzkrise haben insbesondere die Förderbanken und die Sparkassen und Genossenschaftsbanken vor Ort dafür gesorgt, dass die Kreditversorgung erfolgreich aufrechterhalten werden konnte. Die Verbundgruppen haben allerdings eine in manchen Aspekten konzernähnliche Aufgabenteilung. Die Bilanz fällt insbesondere bei der Sparkassengruppe weniger vorteilhaft aus, wenn man berücksichtigt, dass die Landesbanken ebenfalls zu dieser Gruppe gehören. Denn abgesehen von einzelnen Privatbanken haben insbesondere die meisten Landesbanken in der Finanzkrise massive Probleme gehabt, die umfangreiche Staatshilfen erforderlich gemacht haben.

215.* Die Finanzkrise hat gezeigt, dass sogenannte implizite Staatsgarantien eine nicht hinnehmbare, systemisch bedingte Wettbewerbsverzerrung darstellen. Diese Wettbewerbsverzerrung beruht darauf, dass Banken nicht wie sonstige Marktteilnehmer aus dem Markt scheiden können, weil sie zu groß sind (too big to fail), weil sie zu verflochten sind (too connected to fail) oder weil sie in großer Zahl gleichartige Geschäftsmodelle haben (too many to fail) und weil ihr Geschäft infolgedessen mit derartigen Risiken verbunden ist, dass ihr Marktaustritt zu unkontrollierten Ansteckungseffekten führen könnte. Banken und andere Finanzmarktakteure, die deshalb von anderen Marktteilnehmern für systemrelevant gehalten werden, profitieren von einer impliziten Staatsgarantie. Diese implizite Garantie wirkt unmittelbar als Bestandsgarantie. Daneben ist sie mit mittelbar wirkenden Vorteilen (insbesondere Refinanzierungsvorteilen) verbunden, da sie von den anderen Marktteilnehmern fortlaufend berücksichtigt wird. Die besagte Staatsgarantie ist deshalb implizit, weil sie im Gegensatz zu einer Beihilfe nicht auf einer ausdrücklichen staatlichen Maßnahme beruht.

216.* Die Messung impliziter Garantien ist schwierig. Eine Möglichkeit ist die empirische Ermittlung von Erwartungen der Marktteilnehmer in Bezug auf die Rettung möglicherweise systemrelevanter Finanzmarktakteure. Die Monopolkommission hat mit diesem Ziel ein Gutachten in Auftrag gegeben, das zu dem Ergebnis kam, dass eine im Durchschnitt höhere Rettungserwartung sowohl die Risikoneigung der verantwortlichen Personen wie auch die Marktmacht von den bereits in Schieflage geratenen Banken signifikant erhöht. Die Studie lieferte zudem Indizien dafür, dass die umfangreichen Rettungsmaßnahmen durch die FMSA im Vergleich zu denen der bankspezifischen Sicherungssysteme einen zusätzlich verstärkenden Effekt auf die Risikoneigung und die Marktmacht der betreffenden Banken hatten. Studien der OECD anhand von Kreditratings zeigen zudem, dass der Refinanzierungsvorteil aufgrund der impliziten Garantien im Verlauf der Finanzkrise deutlich angestiegen war, seit Mitte 2011 jedoch rückläufig ist. Für die betrachteten zehn deutschen Institute wurde Mitte 2013 ein Wert der impliziten Garantie in Höhe von EUR 10 Mrd. festgestellt. Der Umfang bestehender Rettungserwartungen lässt sich darüber hinaus an den Ratings ablesen, die Investoren bei der Anlage in Produkte zur Refinanzierung der systemrelevanten Unternehmen zugrunde legen. Auch die Veröffentlichungen systemrelevanter Banken selbst zeigen mitunter das Bestehen impliziter Garantien an.

217.* Die Rettungserwartungen, die einer impliziten Staatsgarantie zugrunde liegen, können auf verschiedene Ursachen zurückzuführen sein. Ein wesentlicher Grund liegt allerdings in einer Regulierung, die nicht ausreichend an den geschäftlichen Risiken ausgerichtet ist und die es Finanzmarktteilnehmern ermög-

licht, systemische Risiken aufzubauen und sie auf den Staat – und damit letztlich die Allgemeinheit – zu überwälzen. Eine zentrale Lehre der Finanzkrise ist, dass Regulierung unbedingt darauf gerichtet sein muss, die impliziten Garantien den davon profitierenden Unternehmen zu nehmen und zu beseitigen. Zur Beseitigung impliziter Garantien kommen grundsätzlich wettbewerbs- oder aufsichtsrechtliche Maßnahmen in Betracht.

218.* Der mit einer impliziten Garantie verbundene Wettbewerbsvorteil ist über das bestehende Wettbewerbsrecht allerdings nicht direkt fassbar. Das Wettbewerbsrecht (Kartellrecht) bezieht sich auf Vorteile, die Unternehmen haben, weil sie sich allein oder gemeinsam Verhaltensspielräume verschaffen oder solche Verhaltensspielräume ausnutzen, die durch andere Marktteilnehmer nicht infrage gestellt werden können. Im Fall von impliziten Garantien können Finanzmarktteilnehmer dagegen den Staat (und darüber andere Marktteilnehmer) für ihre Verluste in Haftung nehmen.

219.* Implizite Garantien wurden vor der Finanzkrise auch nicht als aufsichtsrechtliches Problem angesehen, weil die mit der Ansammlung systemischer Risiken verbundenen Gefahren für die Systemstabilität lange vernachlässigt wurden. Die Finanzkrise hat allerdings deutlich gemacht, dass Finanzmarktteilnehmer, die über eine implizite Garantie verfügen, dadurch Staaten für ihre Verluste in einer Weise in Haftung nehmen können, die einzelne Staaten stark belasten oder sogar überfordern kann.

220.* Die Europäische Kommission hat dem Problem impliziter Garantien in der Finanzkrise im Rahmen ihrer Beihilfverfahren Rechnung zu tragen versucht. Das Beihilferecht ist immerhin mittelbar geeignet, um dem aus impliziter Garantie folgenden Wettbewerbsvorteil zu begegnen. Das Beihilferecht erfordert grundsätzlich zwar keinen unmittelbaren Ausgleich für die implizite Bestandsgarantie, über die einzelne Finanzmarktteilnehmer verfügen. Im Fall der Inanspruchnahme einer impliziten Garantie erfordert es aber einen Ausgleich für die dann geleistete Beihilfe. Darüber hinaus hat die Europäische Kommission in den genannten Fällen auch einen Ausgleich für die Wettbewerbsverzerrung verlangt, welche daraus folgte, dass Banken mit einer impliziten Garantie an endogenen Problemen litten und in der Krise nur aufgrund der Inanspruchnahme dieser Garantie überlebensfähig waren.

221.* Die Regulierung infolge der Finanzkrise soll das Risiko einer staatlichen Inanspruchnahme vermindern, indem sie bestehende implizite Garantien neutralisiert oder ihren Neuaufbau verhindert. Dabei ist es vorrangiges Ziel der Regulierung, ein Tätigwerden des Staates zur Sicherung der Finanzstabilität entbehrlich zu machen. Die Abschöpfung des Wettbewerbsvorteils und der damit verbundenen Marktverzerrung steht im Rahmen dieser Regulierung bisher nicht im Vordergrund.

222.* Es besteht Einigkeit, dass im Rahmen der Regulierung ein kombinierter Ansatz die höchste Aussicht hat, das Problem impliziter Garantien zu beheben. Dabei sind die folgenden Regelungen mit Blick auf implizite Staatsgarantien relevant:

- Regelungen zur Neutralisierung solcher Garantien, insbesondere Abwicklungs- und Entflechtungsregeln (einschließlich Trennbankenregeln) sowie Regelungen über Sicherungssysteme (z. B. die gesetzliche Einlagensicherung);
- Regelungen zur Vermeidung des Aufbaus von impliziten Garantien durch die Ansammlung systemischer Risiken, insbesondere Eigenkapital- und Liquiditätsregeln, flankierende Regelungen zu geld- und kapitalmarktbasierten Hebelfinanzierungen (z. B. über Wertpapierleih- und Derivategeschäfte), Boni-Begrenzungen und Sanktionsregeln, die Einführung einer (antizyklisch ausgestalteten) Finanztransaktionssteuer, eventuell absolute Geschäftsbegrenzungen und die Einführung einer Finanzfusionskontrolle mit Blick auf die Begründung oder Verstärkung einer systemrelevanten Stellung; zuletzt

- Regelungen zur Erhöhung der Transparenz mit Blick auf die Ansammlung systemischer Risiken, sowohl für Behörden als auch für professionelle und nicht-professionelle Marktteilnehmer (einschl. Regelungen für Ratingagenturen und deren Rating).

Ein weiterer relevanter Bereich ist die Erweiterung der Regulierung auf sogenannte Schattenbanken bzw. Schattenbankgeschäfte. Die meisten dieser Regelungsbereiche sind seit der Finanzkrise Gegenstand grundlegender Reformen gewesen.

223.* Die Monopolkommission hat die Regulierung daraufhin untersucht, inwiefern sie die in der Krise zutage getretenen Wettbewerbsverzerrungen durch implizite Garantien vermindern kann. Als das wohl wirksamste Mittel zur Neutralisierung von impliziten Garantien befürwortet die Monopolkommission die Errichtung eines Abwicklungsmechanismus. Diesbezüglich ist mittlerweile sowohl auf EU-Ebene als auch auf nationaler Ebene ein wichtiger erster Schritt getan. Positiv ist hierbei die enge Verknüpfung mit den Regeln über das EU-Beihilfverfahren hervorzuheben. Der Abwicklungsmechanismus wird jedoch nur dann effektiv sein, wenn bei Ausbruch der nächsten Krise hinreichend durch die Marktteilnehmer kapitalisierte Finanzierungsquellen zur Verfügung stehen (Sicherungssysteme, Abwicklungsfonds) und wenn das staatliche Ermessen hinsichtlich einer Haftungsfreistellung für einzelne Marktteilnehmer auf ein Minimum vermindert ist. Aus Sicht der Monopolkommission ist dazu eine laufende Überprüfung und Weiterentwicklung der bestehenden Abwicklungs- und Restrukturierungsmechanismen erforderlich.

224.* Demgegenüber erscheinen die von der Politik befürworteten Trennbankenregeln als Symbolpolitik von einem zweifelhaften Nutzen. Die Weiterentwicklung der gesetzlichen Einlagensicherung als Bestandteil der bestehenden privaten Sicherungssysteme kann hingegen einen wirksamen Beitrag zur Verminderung impliziter Staatsgarantien leisten.

225.* Die Eigenkapitalregeln sind das Kernstück der Regulierung zur Erschwerung des Aufbaus von Risiken, die in eine implizite Staatsgarantie münden können. Seit Januar 2014 gelten diesbezüglich neue Regelungen auf EU-Ebene, welche die Empfehlungen des Basler Ausschusses (Basel III) größtenteils umsetzen und zu einer quantitativen Erhöhung der risikogewichteten Mindesteigenkapitalquote führen. Die Monopolkommission begrüßt grundsätzlich diese Maßnahmen zur Stärkung der Eigenkapitalbasis von Banken. Zu bedauern ist, dass Deutschland sich im Rahmen der Reform der Eigenmittelvorgaben zunächst für eine sogenannte Maximalharmonisierung und damit dagegen eingesetzt hat, dass einzelne Mitgliedstaaten schärfere Regeln einführen. Die nunmehr geltenden Eigenkapitalregeln stellen zwar einen Schritt in die richtige Richtung dar, sind aus Sicht der Monopolkommission aber weiterhin zu niedrig.

226.* Die risikogewichteten Eigenkapitalvorgaben sollen durch die Einführung einer (Höchst-)Verschuldungsquote (Leverage Ratio) ergänzt werden, um die absolute Verschuldung im Bankensektor zu begrenzen und aus dieser resultierende destabilisierende Schuldenabbauprozesse zu verhindern. Die Verschuldungsquote setzt als einfache, nicht-risikobasierte Kennzahl das Kernkapital in Relation zu den ungewichteten Gesamtaktiva. In der EU soll die Verschuldungsquote erst nach einer Sammlung von Erfahrungen mit diesem Instrument bis 2018 verbindlich eingeführt werden. Die Monopolkommission begrüßt grundsätzlich die Einführung einer Verschuldungsquote, erachtet jedoch die bisher angestrebte Höhe von drei Prozent als zu gering.

227.* Die Finanzkrise hat aufgezeigt, dass Risiken für die Finanzstabilität nicht nur aus einer zu geringen Eigenkapitalunterlegung, sondern auch aus Liquiditätsengpässen erwachsen können. Im Rahmen der Umsetzung von Basel III sollen daher in der EU Liquiditätsvorgaben eingeführt werden. Diese wirken im Fall von krisenverstärkenden (prozyklischen) Verhaltensweisen präventiv dagegen, dass der Markt austrocknet und implizite Garantien in Anspruch genommen werden. Die Einführung einer Mindestliquiditätsquote

(Liquidity Coverage Ratio) soll die kurzfristige Widerstandskraft des Liquiditätsrisikoprofils von Banken stärken und sicherstellen, dass diese ihren kurzfristigen Zahlungsverpflichtungen nachkommen können. In der EU soll sie schrittweise von 2015 bis 2019 eingeführt werden. Die Einführung einer Mindestliquiditätsquote in der EU ist grundsätzlich zu begrüßen, ihre Ausgestaltung allerdings wettbewerbspolitisch nicht unproblematisch. Die geplante strukturelle Liquiditätsquote (Net Stable Funding Ratio), welche die Widerstandsfähigkeit von Banken durch eine Verbesserung der mittel- bis langfristigen Finanzierung stärken soll, wirft derzeit noch eine Reihe von Fragen auf. Hinsichtlich beider Liquiditätskennziffern erscheint – jedenfalls aus gegenwärtiger Sicht – eine Ausgestaltung im Einklang mit den Vorschlägen des Basler Ausschusses geboten, um internationale Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden.

228.* Die bestehenden Eigenkapital- und Liquiditätsregeln müssen durch spezielle Regeln für sogenannte Hebelfinanzierungen auf den Geld- und Kapitalmärkten ergänzt werden. Als Hebelfinanzierungen lassen sich Geschäfte wie z. B. Wertpapierleih- und -pensionsgeschäfte und Derivategeschäfte zusammenfassen. Die Monopolkommission befürwortet insofern die konsequente Umsetzung der Empfehlung, welche die Liikanen-Kommission als Alternative zu ihrem Trennbankenvorschlag vorgelegt hatte. Diese Empfehlung sieht eine allgemeine Risikobegrenzung über nicht-risikogewichtete Eigenkapitalvorgaben für Handelsaktiva vor. Daneben sollen die Aufsichtsbehörden die Befugnis haben, die Abtrennung riskanter Handelsgeschäfte im Einzelfall zu verlangen. Im Übrigen erscheint eine Mischung Risiko begrenzender bzw. Transparenz schaffender Regelungen und ein auf den Einzelfall hin angepasstes behördliches Vorgehen sinnvoll, wie es unter anderem vom Finanzstabilitätsrat empfohlen wird.

229.* Die Auswirkungen der Boni-Regulierung als flankierender Maßnahme sind abzuwarten. Die geplante Finanztransaktionssteuer ist kritisch zu sehen, insbesondere wenn die Steuer nicht antizyklisch ausgestaltet werden sollte. Als Alternative hierzu wäre die Einführung einer Finanzstabilitätsabgabe zu erwägen, wie sie der Internationale Währungsfonds ins Spiel gebracht hat. Strafsanktionen sollten am eigentlichen Problem ansetzen, nämlich der Ausnutzung von impliziten Garantien, und nicht nur – wie gegenwärtig – am Verstoß gegen administrative Vorgaben.

230.* Als weiteres Instrument zur Begrenzung des Aufbaus systemischer Risiken regt die Monopolkommission in Anlehnung an das Kartellrecht die Einführung einer Finanzfusionskontrolle für Übernahmen an, die eine systemrelevante Stellung begründen oder verstärken.

231.* Aus Sicht der Monopolkommission ist es dringend erforderlich, dass die Transparenz auf den Finanzmärkten in kohärenter Weise erhöht wird, um den Behörden und den Marktteilnehmern die bessere Bewertung von Risiken zu ermöglichen. Die einseitige Zuweisung immer neuer Einzelkompetenzen an die Behörden ist dagegen kritisch zu sehen.

232.* Die Entwicklung der Schattenbankenregulierung bleibt abzuwarten. Die bisherigen Ansätze sieht die Monopolkommission positiv.

233.* Das hier untersuchte Regelungsgerüst kann dazu beitragen, die mit impliziten Garantien verbundenen systemischen Wettbewerbsverzerrungen zu reduzieren. Bei der Ausgestaltung des Regelungsgerüsts sollte die Politik die vorhandenen Spielräume nutzen, um einer einseitigen regulatorischen Bevorzugung der kapitalmarktbasierten Unternehmensfinanzierung entgegenzuwirken, soweit diese mit ungerechtfertigten regulatorisch bedingten Wettbewerbsnachteilen insbesondere für kleine Institute einhergeht. Die internationale Regulierungskonvergenz ist zu stärken, um die Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Finanzmärkte zu fördern und einer weiteren Zersplitterung der Finanzmärkte entgegenzuwirken. Dabei sollten im internationalen Vergleich weitergehende nationale Maßnahmen möglich bleiben.

Drei-Säulen-System

234.* Die Monopolkommission hat im Anschluss an die systemischen Wettbewerbsfragen die Struktur des deutschen Bankensystems aus wettbewerbsrechtlicher und -ökonomischer Perspektive näher untersucht.

235.* Das deutsche Drei-Säulen-System ist vom Nebeneinander privater, staatlicher und genossenschaftlicher Banken geprägt. Die staatlichen Banken unterliegen ungeachtet ihres öffentlichen Auftrags grundsätzlich den Wettbewerbsregeln, soweit sie unternehmerisch tätig sind. Dieser öffentliche Auftrag ist allerdings so vage definiert, dass der konkrete Inhalt dieses Auftrags schon seit Längerem nicht mehr erkennbar ist. Die Monopolkommission empfiehlt, den konkreten Auftrag der Staatsbanken klarer zu fassen, um ungerechtfertigte Wettbewerbsverfälschungen aufgrund der Erfüllung nur vermeintlich öffentlicher Aufgaben zu verhindern. Leitlinie sollte sein, ob mit den Aufgaben nachweisbare Vorteile für Verbraucherinnen und Verbraucher verbunden sind, die über im Wettbewerb generierbare Marktergebnisse hinausgehen.

236.* Die Sparkassengruppe und die genossenschaftliche FinanzGruppe haben ihre Verbundstrukturen seit der Jahrtausendwende in einer Weise weiterentwickelt, die zum Teil der Bildung einer wirtschaftlichen Einheit relativ nahe kommt. Die Monopolkommission erkennt zwar die mit der Verbundkooperation generierbaren Effizienzen als positives Element einer solchen Zusammenarbeit an. Die Verbundkooperation ist angesichts der bislang starken regionalen Marktstellung der Verbundgruppen allerdings nicht unproblematisch (Marktabschottungsrisiko). Es ist deshalb um so wichtiger, dass die Wettbewerbsregeln bei der Zusammenarbeit innerhalb der Verbünde eingehalten werden. Ein erhebliches Problem stellt insofern die Intransparenz der verbundgruppeninternen Zusammenarbeit nach außen dar. Die Monopolkommission empfiehlt dringend, diese Transparenz zu erhöhen. Zugleich spricht sie sich dafür aus, dass die Kartellbehörden die weitere Entwicklung der Verbundkooperation aufmerksam mitverfolgen.

237.* Die Monopolkommission hat durchgreifende Bedenken gegen das sparkassenrechtliche Regionalprinzip. Diese Bedenken betreffen nur die gesetzliche Regelung und nicht die autonome Entscheidung jeder Sparkasse für oder gegen eine regional begrenzte Geschäftstätigkeit. Das gesetzliche Regionalprinzip ließ sich ursprünglich daraus erklären, dass die Sparkassen öffentliche Aufgaben in der Region ihres Trägers erfüllen sollten, der für sie deshalb eine gesetzliche Haftungsgarantie übernahm. Die Trägerhaftung musste aus beihilferechtlichen Gründen abgeschafft werden. Alleine zur Sicherstellung des öffentlichen Auftrags ist das Regionalprinzip aber bei den Sparkassen ebenso wenig erforderlich wie bei anderen kommunalen Unternehmen, für die es entsprechende spezielle Regelungen nicht gibt. Auch die ebenfalls regional tätigen Genossenschaftsbanken unterliegen keinem gesetzlichen Regionalprinzip.

238.* Die Anbindung der staatlichen Banken an die öffentliche Hand ist – jedenfalls in Anbetracht des nur vage definierten öffentlichen Auftrags dieser Banken – weiterhin nicht unproblematisch. Die Monopolkommission nimmt an, dass der mit Anstaltslast und Gewährträgerhaftung verbundene Vorteil für die Institute der Sparkassengruppe wahrscheinlich nicht mehr fortbesteht. Die Regelungen der Sparkassengesetze zur Überschussverwendung und Abgabenbefreiung dürften allerdings beihilferelevante Vorteile enthalten, deren Rechtfertigung fraglich ist. Hinsichtlich der Landesbanken ist eine konsequente Beachtung der Beihilfenvorschriften anzumahnen. Dasselbe gilt hinsichtlich der Förderbanken, sofern diese nicht lediglich in Fällen von Marktversagen tätig werden (insbesondere die KfW).

239.* Die Monopolkommission befürwortet schließlich – ungeachtet des Zeitgeistes – eine weitergehende Ermöglichung der Beteiligung Privater an der Sparkassengruppe. Die bisherigen Initiativen zu einer Öffnung der Sparkassenfinanzgruppe für private Investoren ermöglichen eine marktkonforme Stärkung der Sparkassengruppe und sind grundsätzlich zu begrüßen. Die von der Politik gegen eine Fortsetzung der Öffnung der Sparkassengruppe geäußerten Bedenken lassen sich zwar nachvollziehen, erscheinen allerdings un-

berechtigt bzw. übertrieben. Eine solche Öffnung kann in einer Weise erfolgen, dass die Erfüllung des öffentlichen Auftrags der Institute der Sparkassengruppe dauerhaft sichergestellt ist. Die bisherige rein öffentliche Trägerschaft erscheint sowohl vom Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Effizienz wie auch mit Blick auf die Erfüllung des öffentlichen Auftrags unbefriedigend. Eine bessere Beaufsichtigung der zur Sparkassengruppe gehörigen Kreditinstitute dürfte bisher nicht zuletzt durch die engen Verflechtungen zwischen der Gruppe und der Politik verhindert werden. Die Definition des öffentlichen Auftrags der Sparkassen durch die Politik und die Ausübung der Aufsichtsverantwortung im Verwaltungsrat der Sparkassen sollten personell voneinander getrennt werden.

Finanzprodukte und -transaktionen

240.* Der Wettbewerb mit Finanzprodukten ist stark durch die strukturellen Rahmenbedingungen auf den Finanzmärkten geprägt, namentlich durch intensive Regulierung und in Deutschland durch die Drei-Säulen-Struktur des deutschen Bankensystems. Der Markt ist freilich in Bewegung. Sowohl die Nachfrage als auch das Angebot an Finanzdienstleistungen differenziert sich immer weiter aus. Dies ist bei der Einschätzung der Wettbewerbssituation in Bezug auf Finanzprodukte und -transaktionen zu berücksichtigen. Die Monopolkommission beschränkt sich hier darauf, aktuelle Marktentwicklungen aufzugreifen, in denen sich strukturelle Probleme zeigen.

241.* Die Aufsichts- und Kartellbehörden haben weltweit in mehreren Fällen Ermittlungen gegen internationale Großbanken und andere Finanzmarktunternehmen wegen bekannt gewordener Manipulationen von Referenzzinssätzen (z. B. Libor, ISDAfix) und Referenzkursen (für Devisen) durchgeführt und teilweise bereits abgeschlossen. Die Monopolkommission hat Bedenken, dass es auf einigen Märkten des internationalen Finanzgeschäfts eine strukturell begründete Kartellneigung geben könnte. Die bekannt gewordenen Manipulationsfälle werden derzeit zwar aufgearbeitet, wobei neben der Ahndung auch Maßnahmen getroffen werden, um die strukturellen Ursachen der aufgedeckten Manipulationen zu beheben. Es ist gleichwohl fraglich, ob die bisher getroffenen Maßnahmen ausreichen. Die Monopolkommission befürwortet eine dauerhaft stärkere aufsichts- und kartellbehördliche Kontrolle der Ermittlung von Referenzwerten durch die Marktteilnehmer. Daneben empfiehlt die Monopolkommission, das Sanktionenspektrum für Kartellverstöße zu überprüfen, da die bislang verhängten Geldbußen offenbar nicht hinreichend abschrecken.

242.* Wettbewerbsprobleme im Handel auf den Kapitalmärkten geraten international seit einiger Zeit zunehmend ins Blickfeld, seien es Submissionskartelle in Übernahmefällen, das koordinierte „Anschleichen“ an Übernahmeziele, die Koordinierung von Börsenemissionen oder von Handelsgeschäften (z. B. durch sogenannte Ringgeschäfte) oder Marktmachtmissbräuche (Cornering). Die Monopolkommission sieht insofern Aufklärungsbedarf.

243.* Wettbewerbsprobleme im Zusammenhang mit Zahlungsverkehrsdienstleistungen beschäftigen die europäischen und deutschen Wettbewerbsbehörden seit Längerem. Sowohl die Europäische Kommission als auch das Bundeskartellamt haben in den letzten Jahren eine Reihe von Verfahren gegen die Betreiber von Kartensystemen (z. B. Kreditkartenunternehmen) und anderen Zahlungsinfrastrukturen durchgeführt. Die unterschiedlichen Zahlungssysteme sind Plattformen und durch Netzeffekte gekennzeichnet. Probleme bereiten insbesondere die sogenannten Interbankenentgelte bei Kartenzahlungen und wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen in den Klauselwerken der Zahlungssysteme. Die Erfahrungen mit den bisher getroffenen Gegenmaßnahmen sind zwiespältig. Die Monopolkommission beobachtet die Marktentwicklung.

244.* Ein für die Verbraucher unmittelbar spürbares, mit wettbewerbsrechtlichen Instrumenten aber nur schwer lösbares strukturelles Problem besteht bei den Gebühren für Geldautomatenabhebungen. Dieses Problem ist dem Bundeskartellamt bekannt und wird untersucht. Aus Sicht der Monopolkommission ist es

dessen ungeachtet allerdings von grundlegender Bedeutung, die Kosten- und Gebührentransparenz für die Verbraucher weiter zu verbessern.

245.* Fragen des Anleger- und Verbraucherschutzes gegenüber Finanzdienstleistern haben eine wettbewerbspolitische Komponente, wenn etwaige Probleme auf Wettbewerbsverzerrungen zulasten einzelner Verbraucher oder zulasten der Verbraucher als „Marktgegenseite“ zurückzuführen sind. Die Monopolkommission begrüßt die gesetzgeberischen Maßnahmen der EU zur Vereinfachung des Kontowechsels und zur Erhöhung der Vergleichbarkeit von Kontogebühren sowie zur Erhöhung der Kostentransparenz bei Finanzanlagen. Außerdem regt sie an, die bisherigen Maßnahmen zum Verbraucherschutz in der Finanzberatung vor dem Hintergrund der Verordnung über Basisinformationsblätter für Anlageprodukte grundlegend zu überprüfen.

246.* Schließlich sieht die Monopolkommission Anhaltspunkte dafür, dass implizite Staatsgarantien nicht nur für Banken und andere Marktteilnehmer bestehen, sondern auch für Finanzprodukte. Das gilt insbesondere mit Bezug auf Pfandbriefe und vergleichbare besicherte Anleihen (Covered Bonds) sowie Staatsanleihen und andere Anleihen zur Finanzierung öffentlicher Aufgaben. Die Monopolkommission tritt dafür ein, regulatorische Privilegierungen, die mit solchen impliziten Garantien einhergehen, nach Möglichkeit abzuschaffen und die Benachteiligung konkurrierender Finanzprodukte (insbesondere Verbriefungen), soweit sie nicht sachlich gerechtfertigt ist, zu beseitigen.

Kapitel I

Aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik

Google, Facebook & Co – eine Herausforderung für die Wettbewerbspolitik

1 Problemaufriss

1. Das Wachstum neuer, vor allem ausländischer, Anbieter von Internetdiensten wird von nicht wenigen Beobachtern und Experten mit Sorge betrachtet. Insbesondere das Sammeln und Verknüpfen großer Datenbestände löst öffentlich in Teilen ebenso Unbehagen und sogar Angst aus wie auch der disruptive¹ Strukturwandel, welchen das Internet ausgelöst hat und immer noch auslöst.²

2. Zugleich nutzen Unternehmen und Verbraucher das Internet zunehmend und stellen dabei den Anbietern von Internetdiensten ihre Daten von sich aus zur Verfügung. Die großen Diensteanbieter wie z. B. Amazon, Apple, eBay, Facebook, Google, Microsoft und Yahoo! haben in den letzten Jahren einen enormen wirtschaftlichen Bedeutungszuwachs erfahren.³ Diese Anbieter entwickeln sich durch die Übernahme und Integration, aber auch durch eigene Entwicklung weiterer Dienste und Produkte zu Konglomeraten, die eine Vielzahl aufeinander abgestimmter Dienstleistungen anbieten können.⁴ Diesen Konglomeraten ist gemeinsam, dass sie Daten ihrer Nutzer sammeln und verknüpfen, um daraus einen Mehrwert für die Nutzer sowie eigene Umsätze zu generieren.⁵

3. In der Internetökonomie bauen viele Geschäftsmodelle auf der Nutzung personenbezogener Daten auf, prominent etwa bei Google und Facebook. Neben Diensteanbietern, auf deren Plattformen Daten gesammelt werden, gibt es eine Reihe weniger bekannter Unternehmen, die sich auf die Sammlung, die Aufbereitung und den Weiterverkauf solcher Daten spezialisiert haben, insbesondere Informationsdienstleister und Datenhändler.⁶ Die Funktionsfähigkeit datenbasierter Geschäftsmodelle hängt entscheidend vom rechtlichen Rahmen der Datensammlung und -nutzung sowie insbesondere von der Durchsetzung dieses Rahmens ab.

4. Unabhängig davon erweitert das Internet die Reichweite von Informationen. Nutzer können Informationen bekommen und Produkte kaufen, von denen sie ohne Internet keine Kenntnis hätten. Viele große Anbieter von Internetdiensten haben eine Mittlerstellung zwischen Inhaltenanbietern, Nutzern und Unternehmen, die Daten bzw. Datenanalysen abnehmen, z. B. Werbetreibenden oder Auskunfteien. Es ist vor allem diese Mittlerstellung, die den Anbietern von Internetdiensten weitreichenden Datenzugriff im oben genannten Sinn verschaffen kann. Diese kann wettbewerbs-, datenschutz- und verbraucherschutzbezogene Fragen aufwerfen. Diese Fragen sind besonders schwierig zu adressieren, wenn personenbezogene und nicht-personenbezogene

1 Disruptive Innovationen verursachen im Sinne schöpferischer Zerstörung Umbrüche in Produktions- und Marktstrukturen; zum Begriff etwa Tushman, M./Anderson, P., *Technological Discontinuities and Organizational Environments*, *Administrative Science Quarterly* 1986, S. 439 - 465; Christensen, C., *The Innovator's Dilemma: When New Technologies Cause Great Firms to Fail*, Boston 1997.

2 Vgl. bspw. Döpfner, M., *Warum wir Google fürchten*, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 16. April 2014; Maier, R., *Angst vor Google*, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 3. April 2014.

3 Anschaulich hinsichtlich der Entwicklung in der Zeit etwa Sun, L., Plackett, B., *The Expanding Consolidation Of The Consumer Internet*, *The Connectivist online*, 25. Juni 2013.

4 Listen von externem Wachstum finden sich etwa unter:
http://en.wikipedia.org/wiki/List_of_mergers_and_acquisitions_by_Facebook;
http://en.wikipedia.org/wiki/List_of_mergers_and_acquisitions_by_Google, Abruf am 17. Juni 2014.

5 Eingehender aus Datenschutzperspektive mit Bezug auf Google etwa Dutch Data Protection Authority, *Investigation into the Combining of Personal Data by Google*, Report of Definitive Findings [inoffizielle englische Übersetzung], Den Haag 2013.

6 Vgl. anschaulich für ein Teilsegment dieser Märkte etwa die Untersuchungen im Bereich des Datenhandels: Office of Oversight and Investigations, *A Review of the Data Broker Industry: Collection, Use, and Sale of Consumer Data for Marketing Purposes*, Washington Dezember 2013; FTC, *Data Brokers – A Call for Transparency and Accountability*, Washington, Mai 2014.

Daten nicht gehandelt, sondern ausschließlich innerhalb eines Unternehmens oder Unternehmensnetzwerks ausgewertet und genutzt werden.

5. Eine Schwierigkeit für den Umgang mit den damit verbundenen, vielfältigen Problemen liegt darin, dass die Anbieter von Internetdiensten ganz unterschiedliche Geschäftsmodelle verfolgen. So sind Suchmaschinen (wie die von Bing, Google oder Yahoo! betriebenen) rein im Internet angesiedelte Plattformen, auf denen Anbieter von Informationen, Werbetreibende und Informationssuchende zusammentreffen. Soziale Netzwerke und Kommunikationsdienste (z. B. Facebook, Skype, Snapchat, WhatsApp) bilden Plattformen primär für die aktive Interaktion ihrer Nutzer. Andere Unternehmen erlauben die Suche von Produkten im Internet, ermöglichen dadurch aber den Kauf realer Güter (z. B. Amazon, eBay).⁷

6. Die dynamische Entwicklung des Internets hat ihrerseits Rückwirkungen auf viele Lebensbereiche. Indem das Internet die Reichweite von Informationen erweitert, kommt es zu Verschiebungen der Verhandlungspositionen von Unternehmen und Verbrauchern als Marktteilnehmern. Die Bedeutung von geistigem Eigentum wird infrage gestellt, weil nationale Schutzrechte (z. B. Urheber-/Markenrechte) im World Wide Web nicht ohne Weiteres durchgesetzt werden können.⁸ Außerdem geht die Möglichkeit zum umfassenden Datenzugriff über das Internet mit neuen Anforderungen an den Schutz von Persönlichkeitsrechten einher.⁹

7. Zunehmend ist darüber hinaus eine Erweiterung der Geschäftsfelder von ehemals vergleichsweise engen Geschäftsmodellen auf weitere Märkte zu beobachten. Hier werden Synergien zu bestehenden Unternehmensaktivitäten genutzt, aber auch damit nicht oder kaum verbundene Märkte erschlossen. So haben etwa Google die Videoplattform Youtube sowie das Mobiltelefonbetriebssystem Android und Facebook Instagram und WhatsApp erworben. Daneben sind Diensteanbieter infolge der Entwicklung eigener neuer Dienste gewachsen.

8. Die öffentlich geführte Debatte kreist zurzeit insbesondere um den Schutz der Bürger vor einem übermäßigen Datenzugriff. Diesbezüglich werden teilweise drastische Maßnahmen diskutiert,¹⁰ die mitunter allerdings über das hinausgehen, was auf Grundlage der aktuellen Erkenntnisbasis angezeigt oder gerechtfertigt erscheinen kann. Es erscheint geboten, die Diskussion zu versachlichen und – ausgehend von einer Abgrenzung und Analyse der Problembereiche – genauer zu ermitteln, in welcher Hinsicht ein konkreter Handlungsbedarf besteht und mit welchen Mitteln feststellbare Probleme behoben werden können.

9. Insgesamt sind hinsichtlich der Datenwertschöpfungskette viele rechtliche Grundlagen und Details noch ungeklärt. So sind zwar die Gültigkeit und die wirksame Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) von grundlegender Bedeutung.¹¹ Denn in AGB willigen Internetnutzer darin ein, dass ihre Daten für die Zwecke des von ihnen genutzten Dienstes genutzt werden, aber auch in die Nutzung und Weitergabe zu Werbezwecken. Doch ist fraglich, ob sich die Diensteanbieter in AGB weitreichend freizeichnen können, ohne gegen Daten- und Verbraucherschutzregeln zu verstoßen. Entscheidend dürfte es hier auch auf den Einwilligungshorizont der Nutzer ankommen.¹² Zur Anwendbarkeit des europäischen Daten-

7 Im Online-Handel wurden bislang vor allem von Fragen des Datenzugriffs klar zu unterscheidende Probleme wie insbesondere Plattform- und Nachfragemacht bekannt. Vgl. zu Nachfragemacht im Einzelhandel Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, 2010/2011, Stärkung des Wettbewerbs bei Handel und Dienstleistungen, Baden-Baden 2012, Tz. 1001 ff., zu Marktmachtproblemen auf Plattformmärkten dies., ebenda, 729 ff. sowie zu kartellverbotswidrigen Verträgen im Online-Handel unten Tz. 884. ff.

8 Vgl. unten Tz. 968. ff., insbesondere Tz. 973. ff. Kap. IV – Internetvertrieb und Leistungsschutzrechte.

9 Vgl. etwa zu Google EuGH, Urteil vom 13. Mai 2014, C-131/12 – Google Spain, S.L., Google, Inc./Agencia de Protección de Datos (AEPD) u.a.

10 So zu Entflechtungsmaßnahmen etwa Hoppe, T., Google ist ein Fall fürs Kartellamt, Handelsblatt, 7. Mai 2014; Gabriel, S., Unsere politischen Konsequenzen aus der Google-Debatte, Frankfurter Allgemeine Zeitung online, 16. Mai 2014.

11 Vgl. mit Hinblick auf Google etwa LG Berlin, Urteil vom 19. November 2013, 15 O 402/12 (nicht rechtskräftig), mit Hinblick auf Facebook KG Berlin, Urteil vom 24. Januar 2014, 5 U 42/12, (Umdruck S. 35 ff.; nicht rechtskräftig).

12 Vgl. hierzu etwa Friedewald, M. u.a., Privacy, data protection and ethical issues in new and emerging technologies:

schutzrechts auf außerhalb der EU ansässige Suchmaschinenbetreiber hat im Mai 2014 der EuGH eine erste Grundlagenentscheidung getroffen.¹³ Die Geltung unterschiedlicher Datenschutzniveaus für vergleichbare Dienste kann jedoch auch weiterhin substantielle wettbewerbliche Auswirkungen haben. Insoweit erscheint es jedenfalls nicht fernliegend, dass Anbieter mit Sitz in der Bundesrepublik wettbewerbliche Nachteile gegenüber etwa in den USA ansässigen Unternehmen haben.

10. Die Monopolkommission nähert sich dem Problem des weitreichenden Datenzugriffs im vorliegenden Gutachten aus wettbewerbspolitischer Perspektive. Nach ihrem Verständnis lassen sich die folgenden Problembereiche unterscheiden:

- Die (rechtswidrige) Erhebung, Speicherung und Nutzung von personenbezogenen Daten (Datenschutzproblem).
- Die missbräuchliche Ausnutzung einer (datenbasierten) wirtschaftlichen Machtstellung (Wettbewerbsproblem).
- Die Ausbeutung der Stellung gegenüber dem Verbraucher (Verbraucherschutzproblem).¹⁴

Diese Problembereiche überlappen sich teilweise. Dennoch sollte dies nicht dazu führen, dass Probleme bei der Suche nach Lösungen miteinander vermengt werden.

11. Es ist bereits abzusehen, dass eine wettbewerbspolitische Stellungnahme nicht alle Aspekte weitreichenden Datenzugriffs erfassen kann, sondern dass vielmehr eine Kooperation aller relevanten Behörden und betroffenen Marktteilnehmer notwendig ist, um eine umfassende Lösung zu erzielen. Die Monopolkommission ist in diesem Zusammenhang bereits in Diskussion mit verschiedenen zuständigen Behörden, befindet sich jedoch noch in einem frühen Stadium der Untersuchung. Sie nimmt daher nur vorläufig Stellung zu einigen herausgehobenen Punkten.

12. Im einzelnen werden im vorliegenden Abschnitt die folgenden Fragen untersucht: Besonderheiten datenbasierter Geschäftsmodelle großer Internetunternehmen (2.) und deren Bedeutung in wettbewerbspolitischer Hinsicht (3. und 4.), ausgewählte bisherige Erfahrungen der Wettbewerbsbehörden mit diesem Thema (5.) sowie einzelne Anknüpfungspunkte für die Einhegung weitreichenden Datenzugriffs (6.).

2 Besonderheiten von Internetdiensten

13. In der Entwicklung von Internetdiensten lässt sich jedenfalls bisher eine Abfolge starker Marktstellungen beobachten. Dabei ersetzen neue Diensteanbieter in einem Prozess schöpferischer Zerstörung ehemals dominante Anbieter.¹⁵ So löste etwa Google die bis 2001 marktstärkste Suchmaschine Altavista in ihrer Marktposition ab. Die vormals marktstarken sozialen Netzwerke von MySpace und der VZ-Gruppe haben ihre Marktbedeutung weitgehend an Facebook und andere später eingetretene Marktteilnehmer verloren. Diese Entwicklungen zeigen, wie Innovationen von kreativen Newcomern die Marktentwicklung bestimmen können. Dabei sind die Kosten eines Marktzutritts einerseits zwar vielfach gering, wenn auch regelmäßig hohe Anfangsinvestitionen und Anlaufverluste zum Erreichen einer kritischen Nutzerbasis erforderlich sind.

Assessing citizens' concerns and knowledge of stored personal data, Karlsruhe 2012.

13 Vgl. zu Google EuGH, Urteil vom 13. Mai 2014, C-131/12 – Google Spain, S.L., Google, Inc./Agencia de Protección de Datos (AEPD) u.a., Tz. 55; vgl. etwa zu Facebook OVG Schleswig, Beschlüsse vom 22. April 2013, 4 MB 10/13 und 4 MB 11/13 einerseits und KG Berlin, Urteil vom 24. Januar 2014, 5 U 42/12 (Umdruck S. 24 ff.; nicht rechtskräftig) andererseits.

14 Weiter zu unterscheiden sind die hier oft in die Diskussion eingebrachten Fragen der Grenzen der Nutzung fremden geistigen Eigentums durch Internetdiensteanbieter, die maßgeblich eine Frage des Inhalts und der Reichweite geistigen Eigentums darstellen, vgl. etwa zum Verleger-Leistungsschutzrecht unten Tz. 973.

15 Vgl. etwa Agarwal, M./Round, D., The Emergence of Global Search Engines: Trends in History and Competition, Competition Policy International 2011, S. 115 - 134; Argenton, C./Prüfer, J., Search Engine Competition with Network Externalities, Journal of Competition Law and Economics 2012, S. 73 - 105.

Andererseits sind jedoch Internetdienste auch von teils erheblichen Netzwerkeffekten, sinkenden Zusatzkosten, Portfolioeffekten und Wechselkosten geprägt, die Wettbewerb erschweren können.¹⁶ Diese Effekte werden nachfolgend näher erläutert.

2.1 Plattformstruktur

14. Die im Zentrum der Diskussion stehenden Internetdienste wie Amazon, eBay, Facebook und Google sind Intermediäre, die allenfalls eingeschränkt eigene Inhalte produzieren. Ihre Intermediationsleistung zwischen verschiedenen Nutzergruppen erfolgt auf sogenannten zwei- oder mehrseitigen Märkten.¹⁷ Bei derartigen Plattformmärkten steigt die Attraktivität für eine Nutzergruppe (z. B. Händler oder Werbetreibende) mit der Attraktivität für eine andere Nutzergruppe (z. B. Verbraucher) an. Dabei sind Plattformmärkte keine Besonderheit gerade des Internets; Marktplätze oder Börsen in der realen Welt etwa weisen vergleichbare Charakteristika auf. Allerdings fallen bei Internetdiensten nur geringe spezifische Infrastruktur-, Transport- und Suchkosten an.

15. Die Anbieter von Internetplattformen profitieren von direkten und indirekten Netzwerkeffekten (auch: Netzeffekte). So steigt etwa die Attraktivität von sozialen Netzwerken wie Facebook oder Twitter ähnlich wie bei Telefonanschlüssen direkt mit der Anzahl der Nutzer. Von besonderer Bedeutung für Plattformmärkte sind daneben indirekte Netzeffekte. Diese liegen vor, wenn der Nutzen einer Plattform für die Kunden zunimmt, wenn die Plattform wächst. Das ist etwa auf Werbemärkten der Fall, in denen die Reichweite und damit die Attraktivität für Werbetreibende unmittelbar mit der Anzahl derjenigen zusammenhängt, die das Werbemedium – typischerweise aus anderen Gründen – nutzen.

16. Für soziale Netzwerke entscheidende direkte Netzwerkeffekte in Form einer großen Anzahl von Nutzern spielen aus Nutzersicht bei Suchmaschinen typischerweise eine eher untergeordnete Rolle. Die Attraktivität der Suchmaschine folgt vielmehr daraus, dass sie unbezahlte Treffer nach Relevanz filtert – je besser sie dies tut, desto nützlicher ist sie für die Nutzer. Dagegen sind indirekte Netzwerkeffekte bei Suchmaschinen durchaus relevant, denn die Suchmaschine nutzt die Daten aus dem Verhalten eines Nutzers zur Verbesserung der Suchergebnisse für alle weiteren Nutzer.¹⁸ Neben dem hohen technischen Aufwand bringt es die Notwendigkeit guter und laufend verbesserter Suchalgorithmen mit sich, dass Etablierung und Betrieb einer Suchmaschine typischerweise mit hohen Kosten verbunden sind. Dagegen ist die Bindungswirkung im Vergleich zu sozialen Netzwerken für die Nutzer relativ gering. Dennoch ist sie nicht ganz unerheblich, wenn Suchergebnisse im zeitlichen Verlauf durch die Verwendung personenspezifischer Informationen individuell angepasst werden.

17. Dieser Plattformcharakter ermöglicht, Dienstleistungen für eine Kundengruppe unentgeltlich anzubieten, um mit der dadurch vergrößerten Nutzerbasis die Attraktivität der Plattform für eine andere (zahlende) Nutzergruppe zu erhöhen. So bietet etwa Google seine Suchdienstleistung unentgeltlich an, während es den Großteil seiner Umsätze durch Werbung erzielt. Dabei steigt die Attraktivität der Plattform für Werbekunden aufgrund indirekter Netzwerkeffekte mit der Anzahl der Nutzer der Suchfunktion. Ähnliches gilt etwa für Facebook und eBay.

18. Davon abgesehen weisen insbesondere auf Plattformmärkten tätige Internetdienste regelmäßig eng mit Netzwerkeffekten verwandte, oft ganz erhebliche Größenvorteile auf. Dabei treffen vergleichsweise hohe

16 Vgl. hierzu noch ohne Berücksichtigung von datenbasierten Effekten bereits Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft, Wettbewerbspolitik für den Cyberspace, Berlin 2001.

17 Vgl. etwa Rochet, J./Tirole, J., Platform Competition in two-sided markets, Journal of the European Economic Association 2003, S. 990 - 1029; Evans, D./Schmalensee, R., The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses, NBER Working Paper No. 18783, 2013.

18 Allerdings nimmt der Grenznutzen der durch zusätzliche Nutzer gewonnenen Informationen für eine weitere Optimierung der Suchmaschine ab; vgl. Haucap, J./Kehder, C., Suchmaschinen zwischen Wettbewerb und Monopol: Der Fall Google, in: Dewenter, R., dies. (Hrsg.), Wettbewerb und Regulierung in Medien, Politik und Märkten, Festschrift Kruse, Baden-Baden 2013, S. 115 - 154, 120 f.

Fixkosten, etwa für die Erstellung der Plattformsoftware, mit niedrigen Zusatzkosten für die Erstellung einzelner Leistungen zusammen. Derartige (konstante) Kostensubadditivitäten stellen zwar ein wichtiges Merkmal natürlicher Monopole dar. Denn dadurch könnte grundsätzlich ein einzelnes Unternehmen die Gesamtheit der Nutzer zu geringeren Kosten als mehrere Unternehmen bedienen. Allerdings waren in der Entwicklung der letzten 50 Jahre auf Märkten der Informationstechnologie Innovationen von weitaus größerer Bedeutung als Kostenvorteile.¹⁹ Insoweit hat bislang jedenfalls mittelfristig dynamischer Wettbewerb auf Produktebene in vielen Bereichen dauerhafte Marktmacht verhindert.

19. Wenn auch diese Effekte nicht zwingend eine Monopolisierung einzelner Märkte zur Folge haben, führen sie dennoch regelmäßig zu starken Marktstellungen einzelner Plattformen im Internet, so bei eBay, Facebook, Google oder Twitter. Im Fall von sozialen Netzwerken können direkte Netzwerkeffekte zu einer Bindung der Nutzer an das Netzwerk führen, da diese aufgrund der Netzwerkvorteile nicht ohne Weiteres bereit sind, dauerhaft zu neuen Diensten zu wechseln (sogenannter Lock-in). Die Konkurrenz zwischen Plattformen und die Marktkonzentration wird besonders durch die Stärke der Netzeffekte, das Ausmaß steigender Größenvorteile, Überlastungsgefahren, die Differenzierung von Plattformen und die Möglichkeit für die Nutzer zur Mehrfachanbindung (Multihoming) sowie zu Anbieterwechseln beeinflusst.²⁰

2.2 Daten als Wettbewerbsfaktor

20. Der Nutzung personenbezogener Daten kommt eine zentrale Rolle im Geschäftsmodell vieler Internetdienste in Bezug auf alle Nutzerseiten zu. So erlaubt die Verwendung der Daten die Bereitstellung einer qualitativ hochwertigen Dienstleistung für die nicht zahlenden Nutzer. Dabei steigt die Attraktivität sozialer Netzwerke wie Facebook oder Xing nicht nur mit der Anzahl der Nutzer, sondern auch mit der Menge der Informationen, die über andere Nutzer verfügbar ist. Im Falle von Suchmaschinenanbietern wie Google, Yahoo! oder Bing erlaubt mitunter erst die Berücksichtigung verfügbarer Nutzerdaten die Anzeige relevanter Suchergebnisse. Da die Suchdienstleistung unentgeltlich angeboten wird und damit eine Preisdifferenzierung nicht möglich ist, kommt der Qualität der Suchergebnisse und damit der Nutzung persönlicher Daten für die Orientierung an den Präferenzen des Suchenden eine besondere Rolle zu.

21. Auch die zahlenden Nutzerseiten können, zusätzlich zu den bereits erwähnten indirekten Netzwerkeffekten, von einer Auswertung persönlicher Daten profitieren. Dabei handelt es sich etwa um Werbekunden, die bereit sind, für eine kundenspezifische Werbung mehr zu zahlen als für eine weniger zielgerichtete Werbung, da hierbei Streueffekte eher vermieden werden können. Durch die Verwendung personenbezogener Informationen der Nutzer kann Werbung im Internet also zielgerichteter geschaltet werden, als dies in vielen Bereichen außerhalb des Internets möglich ist.

22. Aus den genannten Gründen können sich Internetplattformen durch die Nutzung von Netzwerkeffekten und von personenbezogenen Daten Vorteile im Wettbewerb mit konkurrierenden Anbietern verschaffen. Das Ausmaß der Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten steigt dabei mit der Ausweitung der Geschäftsfelder der Internetunternehmen. So bietet bspw. Google seinen Nutzern neben der Internetsuche eine Fülle weiterer oft unentgeltlicher Dienstleistungen und Produkte an, die es dem Unternehmen erlauben, mehr Daten über seine Nutzer zu sammeln.²¹ Infolge dessen gibt es Konzentrationstendenzen, wodurch aus dem Wettbewerb auf dem Markt zunehmend ein Wettbewerb um den Markt werden kann.²²

19 Vgl. etwa Panzar, J./Willig, R., Free Entry and the Sustainability of Natural Monopoly, The Bell Journal of Economics 1977, S. 1 - 22; Langlois, R., Design, Institutions, and the Evolution of Platforms, Journal of Law, Economics and Policy 2012, S. 1 - 14.

20 Dazu Haucap, J./Kehder, C., Suchmaschinen zwischen Wettbewerb und Monopol: Der Fall Google, a. a. O., S. 117 ff.

21 Zu den bekanntesten Angeboten gehören Gmail, Google Maps oder Google Kalender, aber auch über sein Betriebssystem Android oder Endgeräte wie Smartphones und Tablets erhält Google Zugriff auf weitere Kundeninformationen.

22 Vgl. etwa Shelanski, H., Information, Innovation, and Competition Policy for the Internet, University of

23. Neben den genannten Effekten dürften Konzentrationstendenzen durch weitere Faktoren beeinflusst werden, bei Suchmaschinen bspw. dadurch, welche Nachfrage nach differenzierten Alternativen im konkreten Fall besteht (insbesondere bei vertikaler Suche) und inwieweit Wechselkosten für die Nutzer durch die Möglichkeit von „Multihoming“ beeinflusst werden.²³ In der Regel scheinen auf Netzwerkeffekte zurückführbare Monopole im Internet zudem bestreitbar (= nicht resistent) zu sein.²⁴ Denn eine etwaige Marktmacht dürfte typischerweise zu erheblichen Teilen auf Innovationen beruhen und nicht allein auf Marktzutrittsschranken zurückzuführen sein.²⁵

2.3 Portfolio- und Konglomerateffekte

24. Die zunehmende Diversifikation der großen Internetdiensteanbieter in benachbarte und weiter entfernte Tätigkeitsbereiche kann zu Portfolio- und konglomeraten Effekten führen. Dabei verstärken sich die Marktpositionen auf unterschiedlichen Märkten gegenseitig. Unter Portfolioeffekten werden typischerweise nachfrageseitige Synergien durch den Bezug unterschiedlicher Produkte aus einer Hand verstanden. Sonstige positive Konglomerateffekte können etwa durch Verbundeffekte bei der Erstellung unterschiedlicher Produkte und Dienstleistungen entstehen. Beispiele sind etwa mögliche Effekte zwischen Such-, E-Mail-, Video- und Einkaufsangeboten sowie Browsern und Mobiltelefonbetriebssystemen, zwischen sozialen Netzwerken und Messenger-Diensten oder zwischen Auktions- und Zahlungsdienstplattformen.

25. Diese Kombination verschiedener Produkte und Dienste kann erhebliche positive Effekte, aber auch Marktverschließung zur Folge haben. Insbesondere soweit dadurch Netzwerk- und Skaleneffekte verstärkt werden, können dadurch Wettbewerber und Marktentwicklungen behindert werden.²⁶ Konglomerateffekte ermöglichen weiter die Übertragung der Marktposition von einem beherrschten Markt auf andere Märkte (Hebeleffekte). Zwar zeigen nicht zuletzt die Entwicklung des Google+-Netzwerks und die des Facebook-Messenger, dass auch große Anbieter nur begrenzt ihre Marktpositionen in andere Märkte übertragen können. Dennoch sind Hebelwirkungen nicht auszuschließen; abhängig von der genauen Konstellation können daraus erhebliche Machtpotenziale erwachsen.

3 Datenzugriff und Marktmacht

26. In der öffentlichen Diskussion wird immer wieder vorgebracht, einzelne Online-Diensteanbieter seien „marktmächtig“ oder gar „übermächtig“. Diese Diagnose wird etwa hinsichtlich der Suchmaschine Google vielfach daran geknüpft, dass sie in Deutschland und auch sonst in Europa einen „Marktanteil von über 90 Prozent“ habe.²⁷ Dabei wird überwiegend nicht recht deutlich, auf welche Märkte genau sich die Marktanteile oder genannte Diagnose beziehen.²⁸

27. Marktmacht ist zentraler Anknüpfungspunkt von kartell- und regulierungsrechtlichen Pflichten und

Pennsylvania Law Review 2013, S. 1663 - 1690, 1678 ff.; Pasquale, F., Privacy, Antitrust, and Power, George Mason Law Review 2013, S. 1009 – 1024; Newman, N., Search, Antitrust and the Economics of the Control of User Data, SSRN Working Paper Nr. 2309547, 2013.

23 Vgl. etwa Doganoglu, T./Wright, J., Multihoming and compatibility, International Journal of Industrial Organization 2006, S. 45 - 67.

24 Vgl. etwa EU-Kommission, Entscheidung vom 7. Oktober 2011, COMP/M.6281 – Microsoft/Skype, Tz. 108 ff.

25 Haucap, J./Kehder, C., Suchmaschinen zwischen Wettbewerb und Monopol: Der Fall Google, a. a. O., S. 145.

26 Vgl. etwa EU-Kommission, Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 265 vom 18. Oktober 2008, S. 6, Tz. 101.

27 Die Zahlen schwanken dabei je nach Quelle und betrachteten Indikatoren um diese Schwelle; so etwa bei <http://www.webhits.de/deutsch/index.shtml?webstats.html> 85 Prozent zum 1. Mai 2014, Abruf am 17. Juni 2014.

28 Dies ist deshalb problematisch, weil Marktanteile auf Plattformmärkten bzw. im Fall indirekter Netzwerkeffekte grundsätzlich nur eine geringe Aussagekraft haben; vgl. BKartA, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, 29. März 2012, Tz. 36.

Verboten.²⁹ Im Kern werden mit dem Begriff nicht oder nur unzureichend durch den Wettbewerbsdruck und die Marktgegenseite kontrollierte Verhaltensspielräume erfasst.

28. Marktmacht kann entweder direkt oder indirekt festgestellt werden. Eine direkte Bestimmung versucht, den Wettbewerbsdruck als solchen zu messen und stellt meist auf die Preissetzungsmacht eines Unternehmens ab.³⁰ Da derartige Verfahren jedoch meist aufwendig und auf nur selten verfügbare Daten angewiesen sind, wird in der Praxis regelmäßig auf eine indirekte Bestimmung der Marktmacht zurückgegriffen. Insofern können, ausgehend von strukturellen Gegebenheiten der relevanten Märkte, Marktanteile eines Unternehmens ein Indikator für dessen Marktmacht sein.³¹ Die Feststellung von Marktanteilen setzt jedoch zunächst eine Abgrenzung des relevanten Marktes voraus.³² Die Marktabgrenzung erfolgt nach traditionellem Verständnis insbesondere anhand der zumutbaren wirtschaftlichen Alternativen für die jeweilige Marktgegenseite (Bedarfsmarktkonzept).³³

29. Entsprechend liegen bei Plattformmärkten eigenständige Teilmärkte typischerweise für jeden einzelnen Kundenkreis vor. Mit Hinblick auf Internet-Suchmaschinen lassen sich etwa Märkte für die Internetsuche, für die Listung in Suchmaschinen und für (dort platzierte) Werbung unterscheiden.³⁴ Allerdings ist bereits für die Internetsuche eine klare Marktabgrenzung und damit eine verlässliche Bestimmung von Marktanteilen keinesfalls trivial. Neben direkten Konkurrenten wie z. B. Google, Bing oder Yahoo! bieten auch eine Reihe anderer Plattformen wie Reiseportale oder Onlinehändler Suchfunktionen an, mit denen sie Nutzern Inhalte von Dritten verfügbar machen; daneben stehen integrierte Suchfunktionen auf den Seiten von Inhalteanbietern wie Zeitungen, Online-Händlern oder Videoportalen. Hilfreich ist daher eine Unterscheidung nach „horizontalen“ Suchmaschinen wie Google oder Bing, die Ergebnisse listen, ohne nach Themengebieten zu differenzieren und „vertikalen“ Suchmaschinen wie HRS oder Amazon, die eine spezialisierte Suche innerhalb eines festgelegten Bereiches ermöglichen. Auch eine Kombination beider Suchangebote innerhalb einer „universellen“ Suchmaschine ist möglich.

30. Betrachtet man speziell den Markt für Werbung, auf dem bspw. Google den wesentlichen Teil seiner Umsätze erzielt, zeigt sich ebenfalls, dass eine Marktabgrenzung schwierig ist und Google nur schwerlich als Monopolist angesehen werden kann. Bei einer weiten Definition des Werbemarktes konkurriert Google mit vielen anderen Medien wie Fernsehen oder Zeitungen um Werbekunden, die prinzipiell frei entscheiden können, welches Medium sie nutzen möchten. Engt man den relevanten Markt auf das Internet ein, bestehen auch hier eine große Anzahl von Alternativen zu Google wie Facebook, Twitter oder kleinere Werbenetzwerke. Auch bieten andere Suchmaschinen Werbeplätze an, sodass selbst bei einer sehr engen Marktabgrenzung nicht davon ausgegangen werden kann, dass eine wirkungsvolle Platzierung von Werbung ausschließlich bei Google möglich wäre.

29 Dabei kann unterschieden werden zwischen Marktbeherrschung (etwa Art. 102 AEUV, §§ 18, 19 GWB, §§ 10, 19, 25, 28 PostG), beträchtlicher Marktmacht (etwa §§ 9 ff., 19 ff., 27 ff. TKG) sowie relativer oder überlegener Marktmacht (§ 20 GWB).

30 Verbreitete Methoden sind hier etwa der Lerner-Index und die Ermittlung der Preiselastizität der Residualnachfrage, vgl. eingehender zuletzt Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 672 ff. sowie Tz. 510. ff. in Kapitel IV.

31 So stellt etwa § 18 Abs. 4 GWB die Vermutung von Marktbeherrschung eines Unternehmens ab einem Marktanteil von 40 Prozent auf, für zwei und mehr Unternehmen sehen § 18 Abs. 5 und 6 GWB weitere Vermutungen vor; diese sind allerdings sämtlich widerleglich, § 18 Abs. 7 GWB.

32 Vgl. hierzu zuletzt eingehender Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 543 ff. sowie etwa Schwalbe, U./Zimmer, D., Kartellrecht und Ökonomie, 2. Aufl., Frankfurt a. M. 2011, S. 69 ff.; zur Feststellung von Marktbeherrschung auch BKartA, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, 29. März 2012.

33 Vgl. EU-Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. C 372 vom 9. Dezember 1997, S. 5; im deutschen Recht z. B. BGH Beschluss vom 6. Dezember 2011, KVR 95/10 – Total/OMV, BGHZ 192, 18 = WuW/E DE-R 3591, Rz. 27 ff., vgl. eingehender zuletzt Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten 2008/2009, Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen, Baden-Baden 2010, Tz. 543 ff.

34 Vgl. etwa Paal, B., Suchmaschinen, Marktmacht und Meinungsbildung, Rechtsstudie im Auftrag von ICOMP, Freiburg 2012, S. 24 ff.

31. Von besonderer Bedeutung sind hier die Interdependenzen zwischen unterschiedlichen Marktseiten der betroffenen Plattformen. Die durch diese ermöglichten „unentgeltlichen“ Angebote sind in kartellrechtlichen Marktabgrenzungen nur schwierig abzubilden.³⁵ Eine solche Marktabgrenzung kann etwa ausgehend von der Erwägung vorgenommen werden, dass die betreffenden Dienste nur aufgrund einer anderweitigen Finanzierung unentgeltlich sind. Bei für die Nutzer unentgeltlichen Internetdiensten bezahlen die Internetnutzer für den betreffenden Dienst zudem mit ihrer Aufmerksamkeit bzw. mit ihren Daten, wodurch sie die anderweitige Finanzierung erst praktisch möglich machen.

32. Erweist sich eine genaue Marktabgrenzung auch als schwierig, so lässt sich andererseits doch feststellen, dass verschiedene Effekte den etablierten Anbietern im Internet gewisse Verhaltensspielräume ermöglichen dürften. So sind hier regelmäßig, wenn auch in unterschiedlichem Maße, direkte und indirekte Netzwerkeffekte zu beobachten. Der weitreichende Zugriff auf Nutzerdaten eröffnet einzelnen Anbietern zudem Möglichkeiten, auf die Nutzer ausgerichtete neue und verbesserte Produkte zu entwickeln. Andererseits schöpfen die betreffenden Anbieter so unter Umständen die Datenbasis ab, die für Wettbewerber zur Erstellung eines wettbewerbsfähigen Angebots erforderlich wäre. In solch einem Fall können Alternativen für den Nutzer also mehr als „nur einen Mausklick entfernt“ sein.³⁶ Derartige Lock-in-Effekte sind bei Suchmaschinen mit individualisierter Suchfunktion typischerweise geringer ausgeprägt als etwa bei sozialen Netzwerken.

33. Dieses mögliche Risiko wird potenziert, soweit die Kombination verschiedener Produkte für Nachfrager einen besonderen Mehrwert hat oder der Anbieter sich in diesem Zusammenhang Verbundeffekte nutzbar machen kann. Insbesondere wenn im Zusammenhang mit unterschiedlichen Diensten erhobene Daten kombiniert werden, kann dadurch die Marktposition der betreffenden Unternehmen verstärkt werden. Eine wettbewerbsfeindliche Ausnutzung dieser Marktposition zur Abschottung bzw. Verschließung von Märkten kann kartellrechtswidrig sein.³⁷

4 Internetplattformen als wesentliche Einrichtungen?

34. In der Debatte um große Betreiber von Suchportalen und sozialen Netzwerken fällt immer wieder die Äußerung, solche Dienste seien „systemrelevant“ oder „Gatekeeper“ für die Datennutzung und den Datenaustausch im Internet bzw. im Web 2.0. Darin kommt das Bewusstsein zum Ausdruck, dass solche Unternehmen eine Infrastruktur bereitstellen, die für die Gesellschaft und für das gesellschaftliche Zusammenleben heutzutage von grundlegender Bedeutung ist.

35. Fraglich ist jedoch, inwieweit es sich bei Suchportalen oder sozialen Netzwerken auch im wettbewerblichen Sinne um sogenannte wesentliche Einrichtungen („essential facilities“) handelt.³⁸ Das Konzept der wesentlichen Einrichtungen bezieht sich auf Unternehmen, die marktbeherrschend sind, weil sie eine wesentliche Einrichtung kontrollieren, d. h. ein Eingangsprodukt (Input), das für einen Marktzutritt auf einem vor- oder nachgelagerten Markt unerlässlich ist. Ein solches Unternehmen darf seine Position nicht ausnutzen, indem es möglichen Zugang zu der wesentlichen Einrichtung auf vorgelagerter Ebene verweigert und dadurch wirksamen Wettbewerb auf der nachgelagerten Ebene ausschließt.³⁹ Die Theorie der essential facilities wurde zu nicht duplizierbaren physischen Infrastrukturen wie Brücken und Häfen entwickelt. In

35 Vgl. zuletzt etwa Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 571 ff.

36 Vgl. auch EU-Kommission, Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EU C265 vom 18. Oktober 2008, S. 6 ff., Tz. 104; BKartA, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, a. a. O., Tz. 45.

37 Vgl. EU-Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. C 45 vom 24. Februar 2009, S. 7, Tz. 19 ff., 52 ff.

38 Vgl. etwa § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB.

39 Vgl. etwa EuGH, Urteil vom 26. November 1998, C-7/97 – Bronner; EuG, Urteil vom 17. September 2007, T-201/04 – Microsoft.

Fällen, in denen die besondere Marktposition nicht auf physischen Begrenzungen, sondern Netzwerkeffekten beruht, ist nicht ohne Weiteres offensichtlich, wann eine Zugangsermöglichung zu einzelnen Bestandteilen einer Plattform für die Entwicklung von Wettbewerbsprodukten unerlässlich sein kann.

36. Es gibt jedenfalls zurzeit jedoch keine Anhaltspunkte, dass etwa die großen Suchportale unerlässlich wären, um das Internet zu nutzen oder darin zu suchen.⁴⁰ Auch hinsichtlich der bestehenden sozialen Netzwerke erscheint die Annahme einer wesentlichen Einrichtung eher fernliegend, jedenfalls mit Blick auf die Nutzung solcher Netzwerke im sozialen Kontext.

37. Das schließt es freilich nicht aus, dass die besagten Dienste für Webseitenbetreiber, Werbetreibende und sonstige Nutzer eine hohe (wirtschaftliche) Bedeutung haben können.⁴¹ Diese Bedeutung kann zu einer marktbeherrschenden Stellung einzelner Anbieter führen, ohne dass dafür das Vorliegen der besonderen Voraussetzungen einer essential facility erforderlich wäre. Bei Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung gilt das kartellrechtliche Verbot, diese Marktmacht zu missbrauchen. Daraus folgt eine besondere Verantwortung des marktbeherrschenden Unternehmens dafür, dass es durch sein Verhalten den wirksamen und unverfälschten Wettbewerb auf den betreffenden Märkten nicht beeinträchtigt.⁴² Zwar begründet die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung für sich allein keinen Vorwurf gegenüber dem betreffenden Unternehmen. Allerdings sind Verhaltensweisen eines Unternehmens in beherrschender Stellung auf einem Markt, dessen Wettbewerbsstruktur allein dadurch geschwächt ist, schon dann missbräuchlich, wenn sie zu einer zusätzlichen Beschränkung dieser Wettbewerbsstruktur führen.⁴³ Indiz für einen Missbrauch kann etwa sein, dass Markteintrittsbarrieren errichtet werden. Typische Missbräuche sind auch die unbillige bzw. ungerechtfertigte Diskriminierung von Wettbewerbern und Nachfragern.

5 Ausgewählte Missbrauchsverfahren

38. Im Bereich der Internetdienstleister ist in den letzten Jahren weltweit eine Vielzahl von kartellbehördlichen Verfahren zu beobachten.⁴⁴ Dabei war der Zugriff auf die Daten der Internetnutzer bisher nur mittelbar relevant. Das bedeutet nicht notwendigerweise, dass das wettbewerbliche Instrumentarium für den Schutz der Verbraucher ungeeignet wäre. So ist in den letzten Jahren weltweit eine starke Zunahme der kartellbehördlichen Missbrauchsverfahren gegen Internetdienstleister festzustellen.⁴⁵ Dabei ging es nicht zuletzt um Fragen der Suchneutralität und der Abschottung zugunsten eigener Dienste.

5.1 Schutz der Suchneutralität (Google)

39. In Bezug auf Vorwürfe einer Beeinflussung der Suchneutralität musste sich der Internetkonzern Google u. a. sowohl in den USA als auch in Europa verantworten. Der Vorwurf lautete im Kern, Google zeige bevorzugt eigene Dienste an und nutze außerdem fremde Inhalte zur Steigerung der Attraktivität des eigenen

⁴⁰ KinderStart.com v. Google Inc., C-06-2057 IF (N.D. Cal 2007) (zu Google).

⁴¹ Siehe aber Sambreel Holdings LLC v. Facebook, Inc., 2012 WL 5995240 (S.D. Cal. Nov. 29, 2012) (zu Facebook).

⁴² Ständige Rechtsprechung, vgl. etwa EuGH, Urteil vom 9. November 1983, 322/81 – Michelin, Rn. 57; EuGH, Urteil vom 17. Februar 2011, C-52/09 – Telia-Sonera, Rn. 24; BGH, Urteil vom 4. November 2003, KZR 16/02 – Strom und Telefon I; BGH, Beschluss vom 4. März 2008, KVR 21/07 – Soda-Club II.

⁴³ Vgl. etwa Mestmäcker, J./Schweitzer, H., EG-Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., 2004, § 15 Rn. 39; ständige Rechtsprechung, vgl. etwa EuGH, Urteil vom 13. Februar 1979, 85/76 – Hoffmann-La Roche, Rn. 91; EuGH, Urteil vom 14. Dezember 2010, C-280/08 P – Deutsche Telekom, Rn. 174; EuGH, Urteil vom 17. Februar 2011, C-52/09 – Telia-Sonera, Rn. 27.

⁴⁴ Neben den USA und der Europäischen Union sind oder waren Verfahren bei Wettbewerbsbehörden etwa der EFTA, Frankreich, Indien, Italien, Japan, Kanada, Korea besonders prominent, vgl. etwa die Artikel unter <http://searchengineland.com/library/google/google-antitrust>, Abruf am 15. Juni 2014.

⁴⁵ Anschaulich etwa bereits Anfang 2010 Mundt, A., Der Wettbewerbsgedanke muss in die Köpfe, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 4. Februar 2010: „Es gibt im Moment wohl keine Wettbewerbsbehörde in Europa, der keine Beschwerden über Google vorliegen.“

Suchdienstes. Dabei ist allerdings eine Suchneutralität im (engen) Wortsinne von vornherein unmöglich. Denn Suchmaschinen sollen gerade übermittelte Inhalte mit Hinblick auf die individuelle Suchanfrage filtern. Verfahrensgegenstand war somit vielmehr die diskriminierende Darstellung von Suchergebnissen.

40. Die Möglichkeiten zur Aufdeckung eines Missbrauchs waren von vornherein skeptisch gesehen worden, da der Vorwurf wesentlich daran anknüpfte, der Such- und Auflistungsalgorithmus von Google sei zu intransparent. Hierbei handelt es sich jedoch um Googles wesentliches Betriebsgeheimnis.⁴⁶ Davon abgesehen war fraglich, ob eine diskriminierende Darstellung von Suchergebnissen für Google überhaupt langfristig profitabel wäre. Denn das wesentliche Geschäft des Unternehmens besteht im Verkauf von Werbeplätzen, die bestmöglich auf Präferenzen der Nutzer („Bedarfsdisponenten“) abgestimmt sind, die sich in Klicks zeigen und für die Werbekunden eine Vergütungspflicht auslösen. Würden eigene Dienste bevorzugt, bestünde das Risiko, dass die Nutzer zu anderen Suchmaschinen wechseln, die stärker an ihren Präferenzen orientierte Ergebnisse anzeigen. Dies gilt zumindest unter der Annahme, dass die Nutzer die Bevorzugung erkennen können.⁴⁷

41. Im Verfahren gegen Google vor der Europäischen Kommission zeichnet sich Mitte 2014 eine Beendigung durch Zusagen ab.⁴⁸ Die Europäische Kommission hat unter anderem als Marktmachtmissbrauch geprüft, ob Wettbewerbsdienste benachteiligt und eigene Dienste bevorzugt wurden.⁴⁹ Das vermutete Mittel für diesen Missbrauch soll eine Diskriminierung zwischen bezahlten und unbezahlten Diensten über den sogenannten Quality Score sein, der die Stellung einzelner Suchergebnisse bei der Ergebnisanzeige bestimmt. Die Europäische Kommission hat bisher keinen Verstoß festgestellt. Google hat allerdings Anfang 2014 das mittlerweile dritte Paket an Verpflichtungszusagen vorgelegt, um besser sicherzustellen, dass Dienste von Wettbewerbern neutraler angezeigt werden, und um eine bessere Information der Nutzer darüber zu gewährleisten, welche der angezeigten Dienste eigene Dienste bzw. Dienste von Dritten sind. Außerdem sollen die Zusagen die Möglichkeiten der Wettbewerber stärken, die Präsentation von Werbeanzeigen zu kontrollieren und damit ihr Geschäftsmodell zu schützen.⁵⁰

42. Das auf einer Anzahl von Vorwürfen basierende kartellrechtliche⁵¹ Verfahren vor der amerikanischen Federal Trade Commission (FTC) endete bereits 2013 mit einem weitgehenden Erfolg für Google, da eine einseitig verzerrte Suche (search bias) nicht nachweisbar und mögliche Verzerrungen zumindest damit zu rechtfertigen seien, dass sie erst das Angebot innovativer Dienste ermöglichten.⁵² Allerdings machte Google Zusagen für die Ermöglichung einer Portabilität von Werbekampagnen und für die erleichterte Beschränkbarkeit der Anzeige von Inhalten konkurrierender Anbieter im Rahmen der Google-Ergebnisliste.⁵³ Von besonderer Bedeutung in dieser Hinsicht erscheint auch eine Aktualisierung der Leitlinien der FTC, die Vorgaben für die Kennzeichnung von Werbung auf Ergebnisseiten von Suchmaschinenbetreibern machen.⁵⁴

46 Ähnlich mit Hinblick auf den datenschutzrechtlichen Auskunftsanspruch BGH, Urteil vom 28. Januar 2014, VI ZR 156/13 – Schufa.

47 Vgl. Haucap, J./Kehder, C., Suchmaschinen zwischen Wettbewerb und Monopol: Der Fall Google, a. a. O., S. 141 ff.; siehe auch Körber, WRP 2012, 761.

48 Vgl. jedoch etwa Moritz, H., Wittlich, S., Neue Härte gegen Google?, Focus online, 11. Mai 2014.

49 EU-Kommission, Pressemitteilung vom 30. November 2010, IP/10/1624.

50 EU-Kommission, Memo/14/87 vom 5. Februar 2014.

51 Die FTC ist auch für den Verbraucherschutz zuständig und übt insoweit auch Kompetenzen im Bereich des Datenschutzes aus, vgl. etwa Ramirez, E., The Privacy Challenges Of Big Data: A View From The Lifeguard's Chair, Technology Policy Institute Aspen Forum, Colorado, Redemanskript vom 19. August 2013.

52 FTC Entscheidung vom 23. Juli 2013, In the Matter of Motorola Mobility LLC, and Google Inc., File No. 1210120. Vorwürfe in Bezug auf die Suchneutralität liegen auch schon Beschwerden von Foundem bei der FCC (2010) und Klagen des Unternehmens in mehreren US-Bundesstaaten zugrunde (CA, TX, NY, Mississippi, Ohio).

53 Vgl. FTC, Google agrees to change its business practices, Pressemitteilung vom 3. Januar 2013.

54 Neben AOL, Ask.com, Bing, Blekko, DuckDuckGo, Google und Yahoo! wurden 17 weitere Suchmaschinenbetreiber direkt angesprochen, vgl. FTC, FTC Consumer Protection Staff Updates Agency's Guidance to Search Engine Industry on the Need to Distinguish Between Advertisements and Search Results, Pressemitteilung vom 25. Juni 2013.

5.2 Verhinderung der Nutzung von Skaleneffekten durch Wettbewerber

43. In den bisherigen kartellbehördlichen Verfahren und in gerichtlichen Verfahren mit Wettbewerbsbezug standen daneben Vorwürfe im Vordergrund, dass Internetdienstleister Wettbewerber auch außerhalb ihres Angebots an Verbraucher (z. B. der Suchfunktion) benachteiligen würden. Die Vorwürfe bezogen sich also auf weitere Strategien, um Wettbewerber daran zu hindern, die notwendige Größe zu erreichen, um im Wettbewerb auf Augenhöhe zu konkurrieren. Auch in diesem Fall richteten sich die kartellbehördlichen Verfahren bisher primär gegen Google.

44. So prüfte die Europäische Kommission, in welcher Weise Google Ausschließlichkeitsvereinbarungen gegenüber Werbepartnern, Geräteherstellern und Websitebetreibern einsetzen und die Übertragbarkeit („portability“) von Online-Werbekampagnendaten auf Werbeplattformen von Wettbewerbern beschränkt.⁵⁵ Es bestand unter anderem der Verdacht, dass Google durch das Vorenthalten von Nutzungsdaten gegenüber Werbepartnern vertikale Suchdienste behindere (Foundem, IplusV/eJustice).⁵⁶ Außerdem wurde vermutet, dass Google durch Verbote gegenüber Werbekunden, Daten bei Werbekampagnen zwischen verschiedenen Suchmaschinen abzugleichen, auf dieser Ebene auch Möglichkeiten zum Multihoming erschwere.

45. Dabei war zu berücksichtigen, dass Google nicht nur bezahlte Suchergebnisse (bezahlte Treffer, suchkontextbezogene Links) als Werbeträger einsetzt, sondern auch nicht-suchgebundene Werbung (sogenannte Display-Werbung) und die Möglichkeit zur Werbung auf von Google unabhängigen Websites anbietet oder zumindest anbieten kann.

46. Die bereits abgeschlossenen kartellbehördlichen Verfahren wurden auf Basis von Verpflichtungszusagen beendet. Dabei erscheinen die von der FTC und der Europäischen Kommission angenommenen Verpflichtungserklärungen eng verwandt. So verpflichtete sich Google in dem gegen das Unternehmen geführten Kommissionsverfahren unter anderem für die Dauer von fünf Jahren, für bestimmte Dienste Links zu drei spezialisierten Wettbewerberdiensten anzuzeigen, die grundsätzlich neutral ermittelt werden. Konkurrierende spezialisierte Suchdienste erhalten die Möglichkeit, einer Verwendung ihrer Inhalte zu widersprechen (Opt-out). Ausschließlichkeitsbindungen für Verleger, die dazu führen, dass sie ihre gesamte Website-Werbung über Google steuern, werden abgeschafft. Google wird nicht länger Softwareentwickler daran hindern, Softwarewerkzeuge anzubieten, um Werbekampagnen zu managen oder zu übertragen.⁵⁷ Dadurch soll die Übertragbarkeit von Onlinesuch-Werbekampagnen von Googles AdWords zu Wettbewerberplattformen verbessert werden. Die erhobenen Klagen sind dagegen i. d. R. ohne Erfolg geblieben.⁵⁸

5.3 Erste Stellungnahme zum bisherigen Vorgehen der Kartellbehörden

47. In der Öffentlichkeit und vonseiten vieler Fachkommentatoren entsteht mitunter der Eindruck, dass die bisherigen Verfahren gegen große Internetdienstleister im Wesentlichen gescheitert seien. Es sei insbesondere zu keinen Maßnahmen gekommen, um den als bedrohlich angesehenen Zugriff der Unternehmen auf Nutzerdaten zu begrenzen.

48. Dieser Kritik ist teilweise entgegenzutreten. Insbesondere stellt es kein Versagen der Kartellbehörden oder des wettbewerbsrechtlichen Regelungsrahmens dar, wenn die Behörden auf die Festsetzung hoher Bußen verzichten und statt dessen Zusagen des betroffenen Unternehmens akzeptieren. Die Kartellbehörden

⁵⁵ EU-Kommission, Pressemitteilung vom 30. November 2010, IP/10/1624.

⁵⁶ Vgl. EU-Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. C 45 vom 24. Februar 2009, S. 7, Tz. 39.

⁵⁷ EU-Kommission, Memo/14/87 vom 5. Februar 2014.

⁵⁸ Vgl. jedoch etwa das französische Verfahren *Bottin Cartographes/Google France, Google Inc.*, Tribunal de commerce de Paris 15^{ème} chambre, Urteil vom 31. Januar 2012, zu dem die französische Wettbewerbsbehörde im Berufungsverfahren zu einer Stellungnahme aufgefordert wurde, vgl. Cour d'appel de Paris, Pôle 5 – chambre 4, Beschluss vom 20. November 2013.

können Bußgelder und Zusagen alternativ einsetzen, je nachdem, welches Mittel das relevante Problem besser behebt.⁵⁹ Eine Bestrafung steht bei der Durchsetzung der Wettbewerbsregeln zumeist nicht im Vordergrund. Insbesondere auf den sich schnell verändernden Internetmärkten erscheinen Zusagen im Rahmen des bestehenden Rechtsrahmens zumeist wirksamer als ein langwieriges konfrontatives Verfahren.⁶⁰ Soweit Wettbewerber das Vorgehen der Kartellbehörden als „nicht hart genug“ kritisieren, ist daran zu erinnern, dass die Wettbewerbsregeln nicht die Wettbewerber, sondern den Wettbewerb als solchen schützen.⁶¹

49. Zu berücksichtigen ist ferner, dass die Einschätzung von Wettbewerbsproblemen angesichts der bislang häufig noch kaum erforschten Marktkräfte im Internet schwierig ist. So ist nicht nur angesichts dynamischer Technologieentwicklung schon unklar, welche Größe ein Wettbewerber im Bereich von Internetdiensten haben muss, um selbst ein konkurrenzfähiges Produkt zu entwickeln. Unklar sind auch die konkreten Auswirkungen der auftretenden Netzwerkeffekte.⁶²

50. Dessen ungeachtet hat die Kritik am Ergebnis der bisherigen Verfahren gegen Internetdienstleister einen berechtigten Kern. Es fällt auf, dass die Kartellbehörden sich aufgrund der bestehenden Rechtslage vorrangig mit Wettbewerbsproblemen zum Nachteil von (kommerziellen) Inhalteanbietern und Werbetreibenden befassen (primäre Marktebene). Etwaige Probleme des Zugriffs auf die Nutzerdaten (sekundäre Marktebene) werden bislang nur sehr mittelbar adressiert. Dies kann zu der Frage führen, ob die bestehenden Wettbewerbsregeln für die Bewältigung derartiger Probleme überhaupt geeignet sind. Die Monopolkommission behält sich vor, diese Frage vertieft zu prüfen.

6 Einzelne Ansatzpunkte zur Einhegung eines übermäßig weitreichenden Datenzugriffs

51. Die mit dem Zugriff auf Nutzerdaten verbundenen Probleme dürften einen umfassenden Lösungsansatz erfordern. Wettbewerbliche Instrumente können dabei zur Problemlösung beitragen. Hinsichtlich einer Erweiterung des Instrumentariums ist die Monopolkommission gegenwärtig zurückhaltend, weist aber erneut darauf hin, dass sie angesichts der stark im Fluss befindlichen Diskussion und angesichts der vielen noch ungeklärten Fragen im Bereich der Internetökonomie hier nur eine erste, vorläufige Einschätzung trifft.

6.1 Anpassung der Fusionskontrollregeln?

52. Die im Berichtszeitraum erfolgten Unternehmenskäufe von großen Internetdienstleistern könnten eine Überprüfung oder Anpassung der Fusionskontrollregeln nahelegen. So gab es mehrere Transaktionen, die nicht der deutschen Fusionskontrolle unterlagen, obwohl sie umfangreiche Daten- bzw. Nutzerportfolios betrafen. Zuletzt scheiterte eine Überprüfung des Erwerbs von WhatsApp durch Facebook an der 2009 neu eingeführten zweiten Umsatzschwelle.⁶³ Insoweit hat sich einer der Nachteile verwirklicht, mit der zweiten Umsatzschwelle materiell die Kompetenz des Bundeskartellamtes zu beschränken statt nur formell die Anmeldepflicht.⁶⁴ Bei der Prüfung der Fusionskontrollpflichtigkeit durch das Bundeskartellamt wurden allerdings auch – entsprechend der Geschäftsbedingungen von WhatsApp, die eine Speicherung und Auswertung der Nutzerdaten nicht zulassen –⁶⁵ mögliche datenbezogene Umsätze nicht berücksichtigt. Eine

59 Vgl. Almunia, J., Statement on the Google investigation, SPEECH/14/93, Brüssel, Redemanuskript vom 5. Februar 2014.

60 EU-Kommission, Memo/14/87 vom 5. Februar 2014.

61 Vgl. Budras, C./Siedenbiedel, C., Google ist viel besser als sein Ruf, FAZ online, 28. April 2014.

62 Dazu etwa BKartA, Leitfaden zur Marktherrschaft in der Fusionskontrolle, a. a. O., Tz. 176; außerdem ebendort, Tz. 55 zur Relevanz der zur Verfügung stehenden finanziellen Ressourcen.

63 § 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB.

64 Dazu Monopolkommission, XVII. Hauptgutachten 2006/2007, Weniger Staat, mehr Wettbewerb, Baden-Baden 2008, Tz. 529; XVIII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 473.

65 Diese Geschäftsbedingungen waren als auch zentraler Bestandteil der (datenschutzorientierten) Erinnerung der FTC gegenüber Facebook im Zusammenhang mit der Übernahme von WhatsApp, vgl. FTC, FTC Notifies Facebook, WhatsApp of Privacy Obligations in Light of Proposed Acquisition, Pressemitteilung vom 10. April 2014.

Anmeldepflicht hätte sich ergeben können, wenn das deutsche Recht auch z. B. eine Marktanteilsschwelle oder ein Transaktionsvolumen als Aufgreifkriterium vorsehen würde. Dabei ist das Transaktionsvolumen im Gegensatz zu Marktanteilen einfach zu ermitteln und könnte zumindest bei Fusionen zwischen Unternehmen in benachbarten Märkten die Bedeutung zukünftiger Wettbewerbsdefizite zutreffend abbilden.

53. Allerdings unterliegen wichtige Zusammenschlussvorhaben wie diese meist Fusionskontrollregimes anderer Staaten, sodass im Regelfall eine gewisse wettbewerbliche Überprüfung trotz deutscher Unzuständigkeit gewährleistet ist. So wurde das konkrete Vorhaben Facebook/WhatsApp in verschiedenen Mitgliedstaaten der EU (Großbritannien, Spanien und Zypern) fusionskontrollrechtlich geprüft, was Ende Mai 2014 offenbar zu einem Verweisungsantrag von Facebook an die Europäische Kommission geführt hat.⁶⁶ Insoweit erscheint zum jetzigen Zeitpunkt eine Überprüfung der Fusion an den europäischen Fusionskontrollregeln zumindest möglich.

54. Eine fusionskontrollrechtliche Überprüfung von Übernahmen wie in dem genannten Fall kann sinnvoll sein, um der Nutzung von Daten als Wettbewerbsfaktor Rechnung zu tragen. Dabei ist zu bedenken, dass die unkontrollierte Bildung von Internetkonglomeraten durch den Kauf vielversprechender Nischendienste in ihren Wirkungen sich schwer einschätzen lässt. Denn es ist durchaus nicht gesagt, dass eine einmal aufgebaute Marktmacht durch zukünftige Marktveränderungen wieder beseitigt wird.⁶⁷

55. Dennoch erscheint es nach dem derzeitigen Untersuchungsstand noch nicht angezeigt, eine Ausweitung der Fusionskontrolle zu fordern, und zwar auch dann, wenn eine solche Maßnahme auf Transaktionen im Internet beschränkt würde. Die Fusionskontrolle ist eine Marktstrukturkontrolle und als solche nur bedingt zum Schutz des Wettbewerbs bei sich schnell verändernden Marktverhältnissen geeignet, wie sie im Internet typisch sind. Die Hauptprobleme in den relevanten Fällen liegen auch weniger in den Marktstrukturen, sondern eher im notwendigen Schutz der Nutzer vor einer missbräuchlichen Nutzung ihrer Daten. Zudem bedarf weiterer Untersuchung, in welchem Verhältnis Wettbewerbs- und Datenschutzrisiken zueinander und zu den Rechten der Internetkonzerne (insbesondere deren geistiges Eigentum und der Schutz ihrer Innovationsfähigkeit) stehen.

6.2 Strukturelle Maßnahmen, insbesondere Entflechtung

56. Eine in der Diskussion vereinzelt als ultima ratio geforderte Entflechtung ist zwar – ungeachtet der praktischen Probleme extraterritorialer Eingriffe in die unternehmerische Freiheit von Unternehmen mit Sitz im Ausland – grundsätzlich nach Art. 7 Abs. 1 EU-Kartellverfahrensverordnung, § 32 Abs. 2 GWB bereits auf Grundlage des bestehenden Kartellrechts rechtlich möglich. Sie bleibt aber, auch bei einer spezialgesetzlichen Neuregelung, immer an hohe Voraussetzungen geknüpft.⁶⁸ Insbesondere ist jede konkrete Maßnahme immer auch am (verfassungsrechtlichen) Verhältnismäßigkeitsgebot zu messen.

57. Dabei lässt das aktuelle Kartellrecht grundsätzlich ein breites Spektrum verhaltensorientierter und struktureller Maßnahmen der Kartellbehörde zu. Das auf derartige Konstellationen ausgerichtete Regulierungsrecht kennt etwa Pflichten zu buchhalterischer, informatorischer, rechtlicher, personeller, operationeller und eigentumsrechtlicher Trennung von Aktivitäten. Im Kartellrecht sind jedoch für die Anordnung derartiger Maßnahmen jedenfalls die Nachweise einer marktbeherrschenden Stellung und deren Missbrauchs erforderlich; zudem dürfte zur Abhilfe kein milderer Mittel möglich sein. Die Monopol-

⁶⁶ Vgl. Fairless, T./Schechner, S., Facebook Seeks EU Antitrust Review of WhatsApp Deal, Wallstreet Journal online, 28. Mai 2014.

⁶⁷ Vgl. Italianer, A., Competition Policy in the Digital Age, Innsbruck, 47th Innsbruck Symposium- “Real sector economy and the internet – digital interconnection as an issue for competition policy”, Redemanuskript vom 7. März 2014; „[I]t’s anybody’s guess what will happen tomorrow. We enforce competition law in the present, not in the future.“

⁶⁸ Vgl. eingehender Monopolkommission, Sondergutachten 58: Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung, Baden-Baden 2010.

kommission weist in diesem Zusammenhang allerdings darauf hin, dass eine Reihe von Datenschutzvorschriften bereits heute eine Reihe von entsprechenden Vorgaben für Datenverarbeitende macht, die teilweise sogar strafbewehrt sind. So ähnelt das datenschutzrechtliche Gebot der Datentrennung einer informatorischen Entflechtung.⁶⁹

58. Ein weitergehendes wettbewerbsrechtliches Entflechtungsinstrument de lege ferenda erscheint jedenfalls aus heutiger Sicht nicht geeignet, die mit dem Zugriff auf Nutzerdaten zusammenhängenden Probleme zu lösen. Im Gegenteil würde sich die Einführung eines solchen Instruments wahrscheinlich nur schwer mit marktwirtschaftlichen Grundprinzipien vereinbaren lassen. Das gilt jedenfalls dann, wenn ein solches Entflechtungsinstrument an das bloße Vorhandensein von Marktmacht anknüpfen würde. Es ist daran zu erinnern, dass die Wettbewerbsregeln sich keineswegs gegen Größe an sich richten, zumal wenn diese durch den eigenen Markterfolg und nicht durch bloße Übernahme zustande kommt. Die Aussicht auf die Erlangung von Marktmacht ist ein wichtiger Treiber des Wettbewerbs. Eine Integration von Diensten bietet zudem Anreize für Innovationen, die es unter Umständen gerade erst möglich machen, einen bestimmten Mehrwert für die Nutzer zu generieren.⁷⁰

6.3 Regulierungsmaßnahmen

59. Ähnliche Vorbehalte können derzeit gegenüber Überlegungen bestehen, Internetdienstleister einer speziellen Regulierung zu unterwerfen. So sind jedenfalls klassische Regulierungsinstrumente wenig geeignet, grenzüberschreitend aus dem Ausland erbrachte Internetdienstleistungen zu erfassen. Die für eine Unterwerfung von Unternehmen unter ein Regulierungsregime typischerweise erforderliche Marktmacht von gewisser Dauer ist hier schon schlecht messbar und dürfte häufig nicht oder nur unter erheblichen Schwierigkeiten nachweisbar sein. Schließlich erscheint noch nicht erkennbar, mit welchen Maßstäben und Zielen eine derartige Regulierung operieren sollte.

60. Als nicht von vornherein abwegig könnte möglicherweise eine „Regulierung“ des Umgangs mit personenbezogenen Daten in Weiterführung des Datenschutzrechts unter Einbeziehung wettbewerblcher Gesichtspunkte erscheinen. Eine derartige Regulierung könnte allerdings – abhängig von ihrer genauen Ausgestaltung – die Gefahr mit sich bringen, einen dynamischen Wettbewerb um den Schutz der Privatsphäre unmöglich zu machen oder zu behindern.⁷¹ Auch ist unklar, wie die tatsächlichen Präferenzen der betroffenen Bürger ermittelt werden sollten, um eine Regulierung entsprechend auszurichten.

6.4 Datensouveränität und Transparenz

61. Nicht allein aus wettbewerblcher Sicht ist zentral, dass die Nutzer über die Verwendung ihrer Daten durch Internetdienstleister Kontrolle ausüben können. Als ein nach gegenwärtigem Stand markadäquates Mittel zur Reduzierung der damit verbundenen Risiken erscheint die weitere Verbesserung der Transparenz. So können Nutzer bisher immer noch nicht ohne Weiteres erkennen, wenn Betreiber von Internetdiensten eigene Dienste bevorzugen. Die Zusagen von Google im Missbrauchsverfahren der Europäischen Kommission sind insofern zumindest als ein wichtiger Schritt in die richtige Richtung zu werten.

62. Allerdings dürfte es für Nutzer auch weiterhin sehr schwierig sein, eine missbräuchliche Verwendung ihrer Daten durch die Betreiber von Internetdiensten zu erkennen und abzustellen. Die Diskussion und das Gesetzgebungsverfahren zu dem Vorschlag für eine europäische Datenschutz-Grundverordnung⁷² gehen aus

69 Vgl. Nr. 8 der Anlage 1 § 9 S. 1 BDSG.

70 Vgl. Haucap/J., Kehder, C., Suchmaschinen zwischen Wettbewerb und Monopol: Der Fall Google, a. a. O., S. 149.

71 Vgl. etwa Der Europäische Datenschutzbeauftragte, Privacy and Competitiveness in the Age of Big Data: The Interplay between Data Protection, Competition Law and Consumer Protection in the Digital Economy [Preliminary Opinion], Brüssel 2014, Tz. 14, 73 ff.; o. A., Hiding from big data, The Economist Technology Quarterly, Online-Ausgabe, 7. Juni 2014.

72 Vgl. EU-Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz

Datenschutzperspektive bereits auf einige der beschriebenen Probleme ein. Von besonderer Bedeutung für den Wettbewerb sind dabei – neben einer Klarstellung des räumlichen Anwendungsbereichs und Maßnahmen zur Vereinheitlichung der Anwendungspraxis – das „Recht auf Vergessenwerden“ (Art. 17) und die Datenportabilität (Art. 18).⁷³ Mittels solcher Regeln würde den Nutzern ermöglicht, selbstbestimmt über ihre Daten zu entscheiden und den Diensteanbietern auf Augenhöhe entgegenzutreten. Dadurch könnten die auf Sammlungen persönlicher Daten beruhenden Machtpositionen einzelner Marktteilnehmer angreifbarer werden.⁷⁴ Die Monopolkommission tritt deshalb dafür ein, dass die Bundesregierung sich für eine baldige Verabschiedung der europäischen Datenschutz-Grundverordnung einsetzt, um möglichst schnell europaweite Mindestmaßstäbe in Bezug auf den Datenschutz sicherzustellen.

63. Angesichts der dynamischen Entwicklungen bei der Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung sind allerdings auch bei einer Annahme dieses Vorschlags durch den europäischen Gesetzgeber eine dynamische Anwendung und Nachführung des regulatorischen Rahmens notwendig.⁷⁵

7 Ausblick: Datenzugriff und Wettbewerb

64. Die zentralisierte und automatisierte Erhebung, Verfügbarkeit und Nutzung von Daten stellt Staat, Bürger und Gesellschaft vor neue Herausforderungen.⁷⁶ Die Diskussion kreist aktuell vor allem um personenbezogene Daten.⁷⁷ Neben solchen Daten sind allerdings insbesondere in wirtschaftlicher Hinsicht auch nicht oder nicht unmittelbar personenbezogene Daten von erheblicher Bedeutung.⁷⁸ Auf Grundlage von im Zusammenhang mit verschiedenen Diensten und Produkten erhobenen Daten können Machtpositionen entstehen, deren Auswirkungen in ihrer Dynamik nur teilweise von bestehenden Regeln erfasst werden.

65. Den Nutzern im Internet kommt aufgrund ihrer Daten eine Schlüsselfunktion zu. Das Kartellrecht ist nach vorläufiger Beurteilung der Monopolkommission – jedenfalls in seiner heutigen Form – jedoch nur eingeschränkt geeignet, Probleme eines Missbrauchs in Fällen weitreichenden Datenzugriffs wirksam zu erfassen. Das schließt Einzelmaßnahmen auf Basis der geltenden Wettbewerbsregeln nicht aus. Davon abgesehen dürfte dem (modernisierten) Datenschutz eine entscheidende Rolle zukommen. Das Zusammenspiel von Wettbewerbs- und Datenschutzaspekten ist allerdings noch weitgehend ungeklärt. Es lässt sich an dieser Stelle somit auch noch nicht abschätzen, inwiefern dieses Zusammenspiel auf die Dauer internetspezifische Sonderregeln notwendig werden ließe. Die mit einem weitreichenden Datenzugriff verbundenen Wett-

natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung) vom 25. Januar 2012, KOM(2012) 11.

73 Vgl. anschaulich etwa Almunia, J., Competition and personal data protection, SPEECH/12/860, Brüssel, Redemanuskript vom 26. November 2012.

74 Vgl. anschaulich Lanier, J. Whoever owns our data will determine our fate, Frankfurter Allgemeine Zeitung online, 24. April 2014. Ähnlich etwa Brown, I./Marsden, P., Regulating Code: Good Governance and Better Regulation in the Information Age, Cambridge 2013; Pickles, N., Why Privacy Is the Future of Competition, Huffington Post Blog, 1. November 2012 sowie Brill, J., Privacy, Consumer Protection, and Competition, 12th Annual Loyola Antitrust Colloquium Institute for Consumer Antitrust Studies Loyola University Chicago School of Law, Chicago, Redemanuskript vom 27. April 2012.

75 Vgl. illustrativ etwa Deutscher Anwaltverein (Ausschuss Informationsrecht), Stellungnahme zur Anwendung des TKG auf neue Kommunikationsplattformen (bspw. WhatsApp), Stellungnahme Nr. 55/2013, Berlin 2013.

76 Vgl. aus der umfangreichen Diskussion beispielhaft Cukier, K./Meyer-Schönberger, V., Big Data: A Revolution That Will Transform How We Live, Work, and Think, New York 2013; Podesta, J. u.a., Big Data: Seizing Opportunities, Preserving Values, Washington 2014; Kroes, N., Ich bin nicht naiv, und Europa darf es auch nicht sein, Frankfurter Allgemeine Zeitung online, 23. März 2014.

77 Vgl. beispielhaft Schaar, P., Big Brother und Big Data – Was heißt eigentlich Datenschutz auf Amerikanisch? 41. Römerberggespräche am 26. Oktober 2013 in Frankfurt a. M., Redemanuskript vom 26. Oktober 2013; Krempel, S./Voßhoff, A., Datenschützer müssen mehr sein als Mahner in der Wüste, Heise online vom 26. März 2014 sowie im Überblick o. A., Hiding from big data, The Economist Technology Quarterly, Online-Ausgabe, 7. Juni 2014; Rieger, F., Unser Jahr mit Edward Snowden, Frankfurter Allgemeine Zeitung online vom 7. Juni 2014.

78 Vgl. etwa Manyika, J./Chui, M. u.a., Big data: The Next Frontier for Innovation, Competition, and Productivity, Washington, London 2011, S. 21 ff.; Weber, R./Weber, R., Internet of Things, Heidelberg 2010.

bewerbsprobleme sind noch unzureichend erforscht und dürften darüber hinaus einer erheblichen Dynamik unterliegen. Die Monopolkommission behält sich vor, in einem zukünftigen Gutachten eingehender Stellung zu nehmen.

66. Bereits zum jetzigen Zeitpunkt lässt sich jedoch festhalten, dass eine verstärkte Kooperation nicht allein von Datenschutz- und Wettbewerbsbehörden in diesem Bereich geboten ist. Der interinstitutionelle und transdisziplinäre Austausch nicht allein auf Arbeitsebene könnte das Verständnis der betroffenen Märkte und der zugrunde liegenden Austauschverhältnisse sowie der Spannungsverhältnisse zwischen den verschiedenen betroffenen Rechtsgütern, Interessen und Entwicklungen möglicherweise substanziell fördern.

Neuere Entwicklungen im Energiebereich

67. Im Anschluss an das Sondergutachten 65, in dem die Monopolkommission die Entwicklung des Wettbewerbs in Zeiten der Energiewende zuletzt gewürdigt hatte, hat es eine Reihe energiepolitisch bedeutender Entwicklungen gegeben.⁷⁹ Dazu gehören die EEG-Reform (vgl. Abschnitt 1) und die Vorschläge zur Reform der Besonderen Ausgleichsregelung für stromkosten- und handelsintensive Unternehmen (vgl. Abschnitt 2), sowie die Einleitung eines Beihilfeverfahrens gegen Deutschland aufgrund der Ausgestaltung der Energiewende (vgl. Abschnitt 3).

1 EEG-Reform

68. Die schnelle und grundlegende Reform des EEG ist eines der Hauptziele der neuen Bundesregierung.⁸⁰ Am 8. April 2014 hat das Bundeskabinett den Entwurf eines Gesetzes zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts (EEG-E) beschlossen, der zum 1. August 2014 in Kraft treten soll.⁸¹ Am 7. Mai 2014 hat das Kabinett einen ergänzenden Gesetzentwurf beschlossen, der Ausgleichsregelungen für stromkosten- und handelsintensive Unternehmen enthält (Entwurf eines Gesetzes zur Reform der Besonderen Ausgleichsregelung für stromkosten- und handelsintensive Unternehmen) und in dem die erst am 9. April 2014 von der Europäischen Kommission beschlossenen Umwelt- und Energiebeihilfeleitlinien⁸² umgesetzt wurden⁸³ (s. zu den Ausgleichsregelungen für stromkosten- und handelsintensive Unternehmen Abschnitt 2). Am 27. Juni 2014 wurde das reformierte EEG vom Bundestag verabschiedet (BT-Drs. 18/1304). Die nachfolgenden Ausführungen dieses Kapitels basieren auf dem Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 8. April und 7. Mai 2014; die grundlegende Würdigung der EEG-Reform durch die Monopolkommission bleibt auch durch die inzwischen vorgenommenen Änderungen an dem Regierungsentwurf unverändert.

1.1 Gesetzentwurf der Bundesregierung

69. Mit dem Gesetzentwurf zur Reform des EEG vom 8. April 2014 sollen der Anteil erneuerbarer Energien an der deutschen Stromversorgung stetig erhöht (bis 2050 sollen mindestens 80 Prozent des deutschen Bruttostromverbrauchs durch erneuerbare Energien gedeckt werden), der weitere Kostenanstieg deutlich gebremst, der Ausbau der erneuerbaren Energien planvoll gesteuert und die Marktintegration der erneuerbaren Energien vorangetrieben werden.⁸⁴ Auch sollen mithilfe der Besonderen Ausgleichsregelung die Wettbewerbsfähigkeit und damit die Arbeitsplätze der stromintensiven Industrie, die im Vergleich zur internationalen Konkurrenz jetzt schon hohe Strompreise zahlt, nicht weiter gefährdet werden.⁸⁵

79 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 65, Energie 2013: Wettbewerb in Zeiten der Energiewende, Baden-Baden 2014.

80 Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD: Deutschlands Zukunft gestalten, 18. Legislaturperiode, 2013, S. 36.

81 Vgl. Bundesregierung, Gesetzentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts, <http://www.bmwi.de/DE/Themen/Energie/Erneuerbare-Energien/eeg-reform.htm>, Abruf am 23. Juni 2014. Der Gesetzentwurf wurde am 11. April 2014 in den Bundesrat eingebracht; BR-Drs. 157/14.

82 Vgl. EU-Kommission, Guidelines on State aid for environmental protection and energy 2014-2020, C(2014) 2322/3.

83 Vgl. Bundesregierung, Gesetzentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Reform der Besonderen Ausgleichsregelung für stromkosten- und handelsintensive Unternehmen, BT-Drs. 18/1572 vom 28. Mai 2014.

84 Vgl. Bundesregierung, Gesetzentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts, a. a. O. S., 1 f.

85 Vgl. ebenda, S. 136.

70. Wesentliche Neuerungen nach dem Regierungsentwurf sind:

- jährliche Ausbaupfade für Wind-, Solar- und Bioenergie;
- die stufenweise Einführung der verpflichtenden Direktvermarktung für einen Teil der Neuanlagen;
- die Ankündigung, dass spätestens 2017 die finanzielle Förderung und ihre Höhe für die erneuerbaren Energien wettbewerblich über technologiespezifische Ausschreibungen ermittelt werden sollen, wobei die Umstellung der Förderung der Photovoltaik-Freiflächenanlagen als Pilotmodell es ermöglichen soll, Erfahrungen mit dem Ausschreibungsmodell zu sammeln und
- eine angemessene Verteilung der Kosten durch Einbeziehung der Eigenstromerzeugung und des Selbstverbrauchs.

71. Der Anteil der erneuerbaren Energien am Stromverbrauch soll von derzeit knapp 25 Prozent bis zum Jahr 2025 auf 40 bis 45 Prozent und bis zum Jahr 2035 auf 55 und 60 Prozent ansteigen. Diese Vorgaben für den Ausbaukorridor sollen Planungssicherheit schaffen. Dabei soll eine Fokussierung auf die kostengünstigen Technologien, d. h. insbesondere die Windenergie an Land und die Photovoltaik⁸⁶, bei einer Begrenzung der Vergütungszahlungen und einer Stabilisierung der EEG-Umlage⁸⁷ erfolgen. Aufgrund differierender technischer und ökonomischer Eigenschaften verschiedener Stromerzeugungstechnologien werden Ausbaukorridore in Abhängigkeit von der Technologie ausgestaltet. Atmende Deckel, d. h. automatische Anpassungen von Fördersätzen an den tatsächlichen Ausbau, sollen bei der Windenergie an Land und weiterhin bei der Solarenergie dafür sorgen, dass der vorgesehene Ausbaukorridor eingehalten und nicht dauerhaft über- oder unterschritten wird (§§ 28, 29 EEG-E).

Bei der Windenergie an Land und der Solarenergie wird ein jährlicher Zubau von 2,5 GW angestrebt, § 3 EEG-E. Bei der Bioenergie sollen die Konzentration auf eine überwiegende Nutzung von Abfall und Reststoffen, § 42 ff. EEG-E, sowie eine ambitionierte Degression zu einem Zubau von ca. 100 MW pro Jahr (brutto) führen, § 27 Abs. 1 EEG-E.⁸⁸ Bei der Bioenergie erhöht sich die Degression auf 1,27 Prozent, wenn in einem Jahr mehr als 100 MW neu installiert worden sind, § 27 Abs. 1, 3 EEG-E.

Bei der Windenergie auf See sollen insgesamt 6,5 GW bis 2020 und 15 GW bis 2030 installiert werden (§ 3 Nr. 2 EEG-E). Da der Ausbau kaum vorankommt, ist die wesentliche Änderung für die Offshore-Windenergie die Verlängerung des Stauchungsmodells um zwei Jahre. Dieses Modell bedeutet eine höhere, aber verkürzte Anfangsvergütung.⁸⁹

Bei der Geothermie, der Wasserkraft sowie Deponie-, Klär- und Grubengas sind aufgrund der Marktentwicklung nach Ansicht der Bundesregierung keine Maßnahmen zur Mengensteuerung erforderlich.

Daneben legt die EEG-Novelle die Grundlage für ein öffentliches Anlagenregister für erneuerbare Energien, welches die Bundesnetzagentur nach § 5 Satz 2 EEG-E errichtet und betreibt und das den Ausbau dokumentieren wird. Dies soll die Einführung und Umsetzung des Ausbaupfades flankieren und die Steuerung des Ausbaus der erneuerbaren Energien entsprechend dem Ausbaukorridor erleichtern.⁹⁰

72. Mit der verpflichtenden Direktvermarktung für einen Teil der neuen Anlagen, § 32 ff. EEG-E, soll die Marktintegration erneuerbarer Energien verbessert werden. Die Einführung erfolgt in Stufen, indem eine Untergrenze eingeführt und jährlich abgesenkt wird. Danach müssen ab 1. August 2014 alle Neuanlagen ab einer Leistung von 500 kW, ab 1. Januar 2016 alle Neuanlagen ab einer Leistung von 250 kW und ab 1. Januar 2017 alle Neuanlagen ab einer Leistung von 100 kW ihren Strom direkt vermarkten. Die bisher

⁸⁶ Vgl. ebenda, S. 131.

⁸⁷ Vgl. ebenda, S. 134.

⁸⁸ Vgl. ebenda, S. 126 ff.

⁸⁹ Vgl. ebenda, S. 221 f.

⁹⁰ Vgl. ebenda, S. 133.

gewährte Managementprämie entfällt und wird „angemessen in die Förderung eingespeist“, ⁹¹ um so die Gesamtförderkosten senken zu können. Es wird im Rahmen der verpflichtenden Direktvermarktung eine Ausfallvermarktung eingeführt, sodass Anlagenbetreiber die Möglichkeit erhalten, auch bspw. im Falle einer Insolvenz ihres Direktvermarktungsunternehmers ihren Strom den Übertragungsnetzbetreibern anzudienen, die als Ausfallvermarkter einspringen. Diese Option ist lediglich eine Notfalloption, bei der Anlagenbetreiber nur 80 Prozent des mit der Marktpremie erzielten Wertes erhalten.

Die Bundesregierung prüft derzeit, ob für die Marktpremie auch ein negativer Wert zugelassen werden sollte, sodass z. B. der Anlagenbetreiber eine Zahlungspflicht gegenüber dem Netzbetreiber hätte. ⁹²

Für Bestandsanlagen bleibt die Direktvermarktung weiterhin optional, wird aber ab 2015 an die Fernsteuerbarkeit der Anlagen geknüpft; auch wird die Managementprämie bei fluktuierenden erneuerbaren Energien abgesenkt. ⁹³

73. Mit dem Ausschreibungsmodell für große Freiflächenanlagen für Photovoltaik sollen im Rahmen eines Pilotvorhabens Erfahrungen mit Ausschreibungen zur Ermittlung der Förderhöhe für EEG-Anlagen gesammelt werden, § 53 EEG-E. Die Pilotausschreibung bezieht sich mit Freiflächenanlagen auf eine Technologie, von der angenommen wird, dass sie in besonderem Maße für einen schnellen Start von Ausschreibungen geeignet ist. Die ausgeschriebenen Mengen in der Größenordnung von jährlich 400 MW werden auf den Zubaukorridor angerechnet. ⁹⁴ § 85 EEG-E sieht für die Bundesregierung eine Verordnungsermächtigung für die Ausschreibungsmodalitäten vor.

74. Daneben gibt es eine Reihe weiterer Änderungen. So entfällt bspw. das Grünstromprivileg als Direktvermarktungsform, gegen die die EU-Kommission europarechtliche Bedenken hatte, da Elektrizitätsversorger nur dann privilegiert würden, wenn sie Strom von heimischen Grünstromproduzenten kaufen. ⁹⁵ Im neu gefassten EEG sollen auch neue Anlagen für den Zweck der Eigenstromversorgung (mit Ausnahme des Kraftwerkseigenverbrauchs) grundsätzlich an der EEG-Umlage beteiligt werden. Eine Bagatellgrenze (für Anlagen mit einer installierten Leistung von höchstens 10 kW und weniger als 10 MWh Eigenversorgung im Jahr) soll einen unverhältnismäßigen Aufwand zur Umsetzung der Regelung verhindern (§ 58 EEG-E). ⁹⁶

1.2 Volkswirtschaftliche Würdigung

75. Aus volkswirtschaftlicher Sicht begrüßt die Monopolkommission den vorgelegten Gesetzentwurf als ersten Schritt in die richtige Richtung. Das von der Monopolkommission präferierte Quotenmodell als effizienter Fördermechanismus für erneuerbare Energien wurde, ebenso wie eine technologieneutrale Förderung, von der Bundesregierung geprüft, jedoch im Hinblick auf die Ziele und Grundsätze des Gesetzes verworfen. ⁹⁷ Die Monopolkommission bedauert dies. Um die Energiewende bezahlbar und damit möglicherweise zu einem Vorbildprojekt für andere Länder zu machen, braucht es Wettbewerb um die günstigsten und effizientesten grünen Technologien. Allerdings ist es positiv zu würdigen, dass die Bundesregierung ein Ausschreibungsmodell verfolgen möchte, wodurch sich ebenfalls eine Stärkung wettbewerblicher Elemente ergeben würde. Es ist nunmehr entscheidend, dass das Ausschreibungsmodell zügig umgesetzt wird.

76. Das avisierte Ausschreibungsmodell, welches für seine Einführung freilich einer erneuten EEG-Reform bedarf, findet bereits in verschiedenen Wirtschaftsbereichen, z. B. im Schienenpersonennahverkehr, An-

⁹¹ Vgl. ebenda, S. 128.

⁹² Vgl. ebenda, S. 283.

⁹³ Vgl. ebenda, S. 129.

⁹⁴ Vgl. ebenda, S. 130.

⁹⁵ Vgl. ebenda, S. 133.

⁹⁶ Vgl. ebenda, S. 133.

⁹⁷ Vgl. ebenda, S. 3, S. 130. Vgl. ausführlich zum Quotenmodell zuletzt Monopolkommission, Sondergutachten 65, a. a. O., Tz. 258 ff.

wendung. Bei einem Ausschreibungsmodell ist zu beachten, dass eine Vielzahl wesentlicher Angebotsparameter ex ante festgelegt werden muss, sodass Ausschreibungen typischerweise sowohl für den Ausschreibenden, in diesem Falle die Bundesnetzagentur, § 53 EEG-E, als auch für die teilnehmenden Unternehmen einen erheblichen Verwaltungsaufwand verursachen. Der Einfluss des Marktes wird insofern gegenüber einer staatlichen Planung der Angebotsbedingungen zurückgedrängt. Zudem tendieren Ausschreibungsmärkte, wie z. B. vom deutschen Schienenpersonennahverkehr bekannt, oft eher zu einer Marktkonzentration, da die Markteintrittshürden in Form der Ausschreibungsbedingungen, festen Ausschreibungszeiträumen und Skaleneffekten höher liegen als in einem Open-access-Verfahren. Diesbezüglich hat ein Quotenmodell, welches z. B. flexible Vertragsgestaltungen zulässt, Vorteile. Wenngleich das Ausschreibungsmodell nach Ansicht der Monopolkommission gegenüber dem Quotenmodell folglich eine weniger effiziente Alternative darstellt, so ist es gegenüber dem derzeitig dominierenden Fördersystem fixer Einspeisetarife gleichwohl eine erhebliche Verbesserung.

77. Die geplante Deckelung des Zubaus von Onshore-Windenergie, einem kostengünstigen Energieträger, ist dagegen kritisch zu sehen, ebenso wie die Begrenzung der künftigen Direktvermarktungspflicht auf große Anlagen. Bereits in ihrem letzten Energiesondergutachten hatte die Monopolkommission darauf hingewiesen, dass auch für kleine Anlagen eine Vermarktung möglich ist, bspw. mithilfe spezialisierter Stromhändler durch ein Zusammenfassen kleiner Anlagen in einem „virtuellen Kraftwerk“, wodurch Größen- und Verbundvorteile generiert werden können.⁹⁸

78. Positiv ist allerdings zu würdigen, dass die Bundesregierung eine zukünftig stärker in den europäischen Kontext eingebettete Energiepolitik anstrebt. Als wichtig erachtet die Monopolkommission in diesem Kontext eine Rückkopplung nationaler Emissionseinsparungen mit dem Europäischen Emissionshandelsystem. Ausschließlich nationale Klimaschutzbemühungen reichen nicht aus, denn wenn Deutschland durch das EEG weniger Emissionszertifikate benötigt, fällt der Preis der Verschmutzungsrechte. Die Nachfrage in der restlichen EU steigt, d. h. Deutschland lagert die Emissionen nur aus, anstatt sie insgesamt zu vermeiden.⁹⁹ Durch die jüngsten Änderungen am EEG und die hier mit einem Ausbaukorridor versehenen jährlichen Mengenzubauziele für Onshore Windkraft, Photovoltaik und (in etwas abgewandelter Form) für Biomasse zeigt sich ein vergleichbares Problem nun jedoch auch innerhalb Deutschlands. So kann ein zusätzlicher Ausbau von Windkraftanlagen an einem Standort bei einer Überschreitung der Mengenziele durch geringere Vergütungen auch zu einer geringeren Förderung führen. Dadurch wird der Ausbau des jeweiligen Energieträgers in ganz Deutschland gebremst.¹⁰⁰

2 Reform der Besonderen Ausgleichsregelung für stromkosten- und handelsintensive Unternehmen

2.1 Gesetzentwurf der Bundesregierung

79. Am 7. Mai 2014, einen Monat nach dem Beschluss der Bundesregierung zur EEG-Reform, wurde vom Kabinett ein ergänzender Gesetzentwurf beschlossen, der Ausgleichsregelungen für stromkosten- und handelsintensive Unternehmen enthält und in dem die erst am 9. April 2014 von der Europäischen Kommission beschlossenen Umwelt- und Energiebeihilfeleitlinien¹⁰¹ Berücksichtigung finden.¹⁰² Der Gesetzentwurf vom 7. Mai 2014 enthält Vorschläge für Änderungen der besonderen Ausgleichsregelung für stromkosten- und handelsintensive Unternehmen im Verhältnis zu ihrer Bruttowertschöpfung zu Faktor-

⁹⁸ Vgl. bereits Monopolkommission, Sondergutachten 65, a. a. O., Tz. 231.

⁹⁹ Vgl. bereits Monopolkommission, Sondergutachten 54, Strom und Gas 2009: Energiemärkte im Spannungsfeld von Politik und Wettbewerb, Baden-Baden 2009, Tz. 62 ff., 102.

¹⁰⁰ Vgl. Abschnitt 4.3.1 in Kapitel V dieses Gutachtens.

¹⁰¹ Vgl. EU-Kommission, Guidelines on State aid for environmental protection and energy 2014-2020, a. a. O..

¹⁰² Vgl. Bundesregierung, Gesetzentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Reform der Besonderen Ausgleichsregelung für stromkosten- und handelsintensive Unternehmen, a. a. O.

kosten, §§ 60 ff. EEG-E.¹⁰³ Von insgesamt 45.000 Betrieben in Deutschland sind von der besonderen Ausgleichsregel derzeit 2.000 Betriebe betroffen, künftig werden es 1.600 sein.¹⁰⁴ Ziel der vorgeschlagenen Änderungen ist eine angemessene Verteilung der Kosten, ohne dabei die internationale Wettbewerbsfähigkeit der stromintensiven Unternehmen zu gefährden.

80. Zukünftig können diejenigen Unternehmen von der Ausnahme profitieren, welche Branchen angehören, die in den Umwelt- und Energiebeihilferichtlinien der EU-Kommission als stromkosten- und handelsintensiv eingestuft werden. Diese Branchen werden in den Listen 1 und 2 der Anlage 4 zum EEG-E aufgeführt. Antragsberechtigt sind Unternehmen aus den in den beiden Listen genannten Branchen, die eine Mindeststromintensität aufweisen. Antragsberechtigt sind Unternehmen, deren Anteil der Stromkosten an der Bruttowertschöpfung zu Faktorkosten für Unternehmen aus den genannten Branchen der Liste 1 mindestens 16 (für die Begrenzung im Kalenderjahr 2015) bzw. 17 Prozent (für die Begrenzung ab dem Kalenderjahr 2016) und für Unternehmen aus den genannten Branchen der 2. Liste mindestens 20 Prozent („Eintrittsschwelle für die Inanspruchnahme der Besonderen Ausgleichsregel“) beträgt. Im EEG 2012 lag dieser Prozentsatz bei einheitlich 14 Prozent, die Anhebung wird mit dem Anstieg der EEG-Umlage in den beiden vergangenen Jahren und dem damit verbundenen Anstieg der Stromkosten bei den privilegierten Unternehmen begründet. Die Anhebung der Eintrittsschwelle zielt darauf ab zu verhindern, dass der Kreis der privilegierten Unternehmen sich künftig vergrößert.¹⁰⁵

81. Die Höhe der Umlage beträgt für privilegierte Unternehmen nun grundsätzlich 15 Prozent der EEG-Umlage. Die Belastung wird jedoch auf vier (sofern die Stromkostenintensität des Unternehmens weniger als 20 Prozent betragen hat) bzw. 0,5 Prozent der Bruttowertschöpfung des Unternehmens (sofern die Stromkostenintensität mindestens 20 Prozent betragen hat) begrenzt (§ 61 Abs. 2 Nr. 3 EEG-E). Einen Grundbeitrag zum Umlagesystem leisten die Unternehmen, in dem sie die volle EEG-Umlage für die erste Gigawattstunde zahlen und für alle weiteren mindestens 0,1 Cent. Die neue Regelung gilt grundsätzlich ab dem Antragsjahr 2014. Für Unternehmen, die zukünftig stärker belastet werden sollen, gilt eine schrittweise Umstellung. So erhalten sie bis 2019 Zeit, sich auf den Anstieg ihrer Belastung einzustellen. Für diese Unternehmen gilt, dass sich die EEG-Umlage zunächst Jahr für Jahr höchstens verdoppeln darf.¹⁰⁶ Unternehmen, die bislang begünstigt wurden und zukünftig nicht mehr antragsberechtigt sein werden, zahlen ab 2015 für die erste Gigawattstunde die volle EEG-Umlage und im Übrigen mindestens 20 Prozent der Umlage. Diese Regelung soll Härtefälle vermeiden und wird nicht befristet.

82. Bei den Schienenbahnen wird die Eintrittsschwelle für den ermäßigten EEG-Satz auf 2 GWh abgesenkt, wodurch kleine und große Schienenbahnunternehmen gleich gestellt werden. Gleichzeitig muss für den unmittelbar für den Fahrbetrieb im Schienenbahnverkehr verbrauchten Strom, der von Schienenbahnen bezogen wird, ein höherer Anteil der EEG-Umlage gezahlt werden als bislang. Bisher musste für 10 Prozent des Stroms die volle Umlage getragen werden und für die übrige Strommenge wurde die Umlage auf 0,05 Cent/kWh begrenzt. Das ergab bei einer Mischkalkulation knapp 11 Prozent der EEG-Umlage.¹⁰⁷ Die neue Begrenzung greift bereits ab der ersten verbrauchten Kilowattstunde; die gesamte selbst verbrauchte Strommenge wird damit mit 20 Prozent der EEG-Umlage belastet.¹⁰⁸

¹⁰³ Vgl. ebenda.

¹⁰⁴ Vgl. hierzu die Pressekonferenz von Sigmar Gabriel, <http://www.bmwi.de/DE/Mediathek/videos,did=634298.html>, Abruf a, 23. Juni 2014.

¹⁰⁵ Vgl. Bundesregierung, Gesetzentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Reform der Besonderen Ausgleichsregel für stromkosten- und handelsintensive Unternehmen, § 61 EEG-E und S. 2.

¹⁰⁶ Vgl. ebenda, § 61 EEG-E und S. 2 ff.

¹⁰⁷ Vgl. ebenda, S. 46.

¹⁰⁸ Vgl. ebenda, § 62 EEG-E, und Bundesregierung, Gesetzentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts, a. a. O., S. 235.

2.2 Würdigung des Gesetzentwurfs

83. Die Ausnahmen für stromintensive Unternehmen von den hohen Kosten der Energiewende, die Folge des Förderregimes sind, haben zu der Eröffnung eines Beihilfeverfahrens geführt und führen die Problematik nationaler Alleingänge auch im Beihilferecht vor Augen.¹⁰⁹ Die Monopolkommission weist erneut darauf hin, dass es bei Ausnahmeregelungen für stromkosten- und handelsintensive Unternehmen lediglich um eine Umverteilung der Kosten der Energiewende geht.¹¹⁰ Im Kern ist allerdings stets ein effizientes Förderregime der beste Weg, Unternehmen und Verbraucher gleichermaßen von hohen Stromkosten zu entlasten.

84. Ob die gesamten Neuerungen der Besonderen Ausgleichsregelung, wie die Bundesregierung meint, im Vergleich zum EEG 2012 einen kostendämpfenden Effekt auf die EEG-Umlage haben werden,¹¹¹ muss abgewartet werden. So lässt sich aufgrund der Komplexität der Regelungen nicht generell sagen, wie sehr sich die Beiträge für die betroffenen Unternehmen verändern werden. Grundsätzlich scheint empirisch prüfenswert, inwieweit die Ausnahmeregelungen zu Wettbewerbsverzerrungen führen.¹¹²

3 EEG-Beihilfeverfahren

3.1 Darstellung

85. Die Europäische Kommission hat am 18. Dezember 2013 ein Beihilfeverfahren gegen Deutschland in Bezug auf die im Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) vorgesehenen Ausnahmen von der EEG-Umlage eingeleitet. Zeitgleich hat sie einen Konsultationsentwurf für Leitlinien zu staatlichen Umwelt- und Energiebeihilfen 2014-2020 vorgestellt.¹¹³

86. Die Europäische Kommission hat das Verfahren gegen Deutschland von Amts wegen eingeleitet, weil die Bundesrepublik das EEG seit seiner letzten Überprüfung geändert hatte, ohne die Änderungen bei der Europäischen Kommission nach Art. 108 Abs. 3 S. 1 AEUV anzumelden.¹¹⁴

87. Das Beihilfeverfahren richtet sich allerdings nicht primär gegen die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien. Der hauptsächliche Gegenstand des Verfahrens sind vielmehr die Begrenzungen der EEG-Umlage (§ 37 Abs. 2 EEG 2012 i. V. m. § 3 AusglMechV) für eine bestimmte Zahl von Unternehmen und die Belastung der übrigen Unternehmen mit einer entsprechend höheren Umlage.

88. Die Europäische Kommission hat in der Eröffnungsentscheidung mehrere mögliche Beihilfen geprüft:

- Beihilfen zugunsten der Erzeuger von Strom aus erneuerbaren Energien (EE-Strom) und von Grubengas, die aus der durch die EEG-Umlage finanzierten Einspeisevergütung einen Vorteil erhalten. Dabei stellte die Europäische Kommission fest, dass die Erzeuger eine Aufstockung gegenüber dem Marktpreis von EUR 16,5 Mrd. erhalten, also immerhin des 5 ½-fachen.¹¹⁵

¹⁰⁹ Vgl. hierzu den folgenden Abschnitt 3.

¹¹⁰ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 65, a. a. O., Tz. 13.

¹¹¹ Vgl. Bundesregierung, Gesetzentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Reform der Besonderen Ausgleichsregelung für stromkosten- und handelsintensive Unternehmen, a. a. O., S. 32. Der Bundesrat konstatiert, dass die Bundesregierung mit den Maßnahmen die Gesamtsumme der Industrie-Rabatte von etwa EUR 5,1 Mrd. im laufenden Jahr in etwa konstant halten will; vgl. Bundesrat, <http://www.bundesrat.de/DE/plenum/plenum-kompakt/14/922/922-pk.html#top-16b>, Abruf am 23. Juni 2014.

¹¹² Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 65, a. a. O., Tz. 11 ff.

¹¹³ EU-Kommission, Arbeitspapier der Dienststellen der GD Wettbewerb vom 18. Dezember 2013, Entwurf der Leitlinien für staatliche Umwelt- und Energiebeihilfen 2014-2020.

¹¹⁴ Vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 18. Dezember 2013, C(2013) 4424 final, SA.33995 (2013/C) (ex 2013/NN) – Deutschland, Tz. 151.

¹¹⁵ Ebenda, Tz. 76.

- Beihilfen zugunsten von energieintensiven Unternehmen aufgrund der für diese Unternehmen geltenden Begrenzung der EEG-Umlage. Entsprechend ergibt sich ein beihilferechtlich relevanter Vorteil für Elektrizitätsversorger aus der mit dem Grünstromprivileg verbundenen Begrenzung der EEG-Umlage.¹¹⁶

89. Bisher ist zwischen der Europäischen Kommission und Deutschland umstritten, ob der Vorteil für energieintensive Unternehmen aufgrund der Begrenzung der EEG-Umlage im Sinne des Beihilfeverbots (Art. 107 Abs. 1 AEUV) aus staatlichen Mitteln gewährt wird.

90. Die Europäische Kommission hat sich in der Eröffnungsentscheidung auf den Standpunkt gestellt, dass als staatliche Mittel alle Geldmittel anzusehen seien, auf welche die öffentliche Hand zur Unterstützung von Unternehmen tatsächlich zurückgreifen kann. Es sei nicht entscheidend, ob die Unterstützung unmittelbar aus dem Staatshaushalt finanziert werde oder ob es sich um Mittel privater Herkunft handle.¹¹⁷ Entscheidend sei vielmehr, dass die Stromverbraucher nach dem Gesetz zur Zahlung eines Tarifaufschlags verpflichtet sind und der Staat eine öffentliche oder private Einrichtung mit der Verwaltung der Beihilfe beauftragt.¹¹⁸

91. Im vorliegenden Fall sieht die Europäische Kommission die Übertragungsnetzbetreiber als mit der Aufgabe betraut an, alle mit der Einspeisevergütung und der EEG-Umlage zusammenhängenden Finanzflüsse zu zentralisieren und zu verwalten.¹¹⁹ Daraus folge, dass die Erlöse aus der EEG-Umlage staatliche Mittel und dem entsprechend die Begrenzung der EEG-Umlage ein Verzicht auf staatliche Mittel seien.¹²⁰

92. Die Begrenzung der EEG-Umlage führt nach den Feststellungen der Europäischen Kommission dazu, dass die Umlage für die übrigen Stromabnehmer steigt. Der mit dem staatlichen Verzicht verbundene Vorteil für die Unternehmen, deren EEG-Umlage begrenzt ist, werde infolgedessen durch einen weiteren Vorteil ergänzt, welcher sich aus der Erhöhung der EEG-Umlage für die übrigen Unternehmen ergebe.¹²¹ Dieser Vorteil komme den Erzeugern von EE-Strom zugute, die von der Erhöhung der EEG-Umlage profitieren.

93. Die Bundesrepublik hat den Standpunkt eingenommen, ein beihilferelevanter Vorteil aus staatlichen Mitteln liege nicht vor. Zur Begründung hat sie im Wesentlichen darauf verwiesen, dass mehrere Unternehmen mit der Verwaltung des Tarifaufschlags durch die EEG-Umlage befasst seien. Außerdem würden die Übertragungsnetzbetreiber die Höhe der EEG-Umlage selbst bestimmen. Schließlich seien die Elektrizitätsversorgungsunternehmen in der Entscheidung frei, ob sie die Kosten der EEG-Umlage auf die Stromverbraucher umlegen. In einer gegen die Eröffnungsentscheidung erhobenen Nichtigkeitsklage stützt sich die Bundesrepublik weiterhin auf das Fehlen eines Vorteils aus staatlichen Mitteln.¹²²

94. Die Europäische Kommission hat die von der Bundesrepublik vorgebrachten Argumente allerdings zurückgewiesen. Es sei nicht richtig, dass eine Betrauung mit der Verwaltung staatlicher Mittel nicht möglich sei.¹²³ In Bezug auf die Rolle der Übertragungsnetzbetreiber sei zu berücksichtigen, dass der Staat eine detaillierte Methode zur Berechnung der EEG-Umlage festgelegt habe und die Übertragungsnetzbetreiber die

¹¹⁶ Ebenda, Tz. 77 ff., 144-148. Die Begünstigung der Elektrizitätsversorger wurde im Zusammenhang mit der Beihilfe für EIU geprüft.

¹¹⁷ Vgl. EuGH, Urteil vom 30. Mai 2013, C-677/11 – Doux Elevage SNC, Rz. 34; Urteil vom 19. März 2013, C-399/10 P u. C-401/10 P – Boygues Telecom, Rz. 100; EuG, Urteil vom 12. Dezember 1996, T-358/94 – Air France, Slg. 1996, I-2109, Rz. 63-65.

¹¹⁸ Vgl. EuGH, Urteil vom 17. Juli 2008, C-206/06 – Essent, Slg. 2008, I-5497, Rz. 45-47, 66, 74.

¹¹⁹ EU-Kommission, Entscheidung vom 18. Dezember 2013, C(2013) 4424 final, SA.33995 (2013/C) – Deutschland, Tz. 96 ff., 138.

¹²⁰ Ebenda, Tz. 139, 142.

¹²¹ Ebenda, Tz. 143.

¹²² Bundesrepublik Deutschland, Klage vom 28. Februar 2014, T-134/14 – Deutschland, Kommission, Vierter Klagegrund.

¹²³ EU-Kommission, Entscheidung vom 18. Dezember 2013, C(2013) 4424 final, SA.33995 (2013/C) – Deutschland, Tz. 119.

Erlöse aus der EEG-Umlage nicht nach eigenem Ermessen verwenden könnten.¹²⁴ Die EEG-Umlage gehe auf keine Initiative der Übertragungsnetzbetreiber zurück.¹²⁵ Es komme auch nicht darauf an, dass die Elektrizitätsversorgungsunternehmen darin frei seien, die Kosten der EEG-Umlage auf die Stromverbraucher umzulegen, sondern vielmehr darauf, dass die Zahlung der EEG-Umlage für die Elektrizitätsversorgungsunternehmen obligatorisch ist.¹²⁶ Die Europäische Kommission stellt außerdem fest, dass die Umlage so konzipiert ist, dass sie zwangsläufig auf Verbraucher umgelegt wird.¹²⁷

95. Auffällig ist, dass die Europäische Kommission in der Eröffnungsentscheidung keinen beihilferelevanten Vorteil zugunsten von Unternehmen prüft, die Strom zum Eigenverbrauch erzeugen. Auch diese Unternehmen profitieren von einer Kostenentlastung, da sie nicht zur EEG-Umlage herangezogen werden. Die Kommission hat sich im weiteren Verfahrensgang mit Blick auf eine mögliche Diskriminierung auch kritisch gegenüber der Befreiung für die Stromerzeugung zum Eigenverbrauch positioniert.¹²⁸ Die Problematik der Begünstigung von eigenstromverbrauchenden Unternehmen dürfte im weiteren Verlauf des Beihilfverfahrens allerdings dadurch an Bedeutung verlieren, dass die Bundesregierung auch solche Unternehmen künftig in einem gewissen Umfang zur Zahlung der EEG-Umlage heranziehen will.¹²⁹

96. Die in der Eröffnungsentscheidung geprüften Beihilfen hat die Europäische Kommission auf ihre Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt hin überprüft. Dabei hat sie nach vorläufiger Prüfung durchgreifende Bedenken allein gegen die Begrenzung der EEG-Umlage für energieintensive Unternehmen geäußert. Die Bundesrepublik habe insofern nichts zur Untermauerung der Ansicht vorgelegt, dass es sich hierbei um eine Beihilfe im Sinne der Umweltschutzleitlinien (2008) handle, welche die Durchführung eines wichtigen Vorhabens von gemeinsamem europäischem Interesse fördere.¹³⁰ Es sei überhaupt fraglich, ob eine lediglich im nationalen Rahmen gewährte Förderung einem Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse dienen könne.¹³¹

97. Die Europäische Kommission hat außerdem zwar anerkannt, dass die Beihilfe möglicherweise als (sonstige) Beihilfe zur Förderung gewisser Wirtschaftszweige oder -gebiete gerechtfertigt sein könne (Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV). So ist auch nach ihrer Ansicht nicht auszuschließen, dass zusätzliche Stromkosten dazu führen können, dass Unternehmen, die im internationalen Wettbewerb stehen, ihre Standorte aus der EU hinaus verlagern und dass sich hieraus eine mögliche Rechtfertigung ergeben kann.¹³² Soweit die Bundesregierung diesbezüglich allerdings vorbringe, dass die Begrenzung der EEG-Umlage zur Sicherung der deutschen Wettbewerbsfähigkeit innerhalb der EU erforderlich sei, handele es sich um kein Ziel von gemeinsamem Interesse.¹³³ Hinsichtlich der Gefahr der Standortverlagerung in Drittländer lege Deutschland schließlich andere Kriterien als die insofern heranzuziehenden ETS-Leitlinien (Leitlinien für bestimmte Beihilfemaßnahmen im Zusammenhang mit dem System für den Handel mit Treibhausgasemissionszerti-

124 Ebenda, Tz. 120 f.

125 Ebenda, Tz. 125.

126 Ebenda, Tz. 129.

127 Ebenda, Tz. 131.

128 Siehe Mihm, A., EU torpediert die EEG-Reform, FAZ, 20. Juni 2014; ders., Berlin will mit dem Kopf durch die Wand, FAZ, 23. Juni 2014.

129 Vgl. ferner EU-Kommission, Leitlinien für bestimmte Beihilfemaßnahmen im Zusammenhang mit dem System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten nach 2012, ABl. 2012 C 158/4 vom 5. Juni 2012, Anhang IV, hinsichtlich einer mögl. beihilferechtlichen Rechtfertigung.

130 EU-Kommission, Entscheidung vom 18. Dezember 2013, C(2013) 4424 final, SA.33995 (2013/C) – Deutschland, Tz. 210.

131 Ebenda, Tz. 211 ff.

132 Ebenda, Tz. 225 f.

133 Ebenda, Tz. 231.

fikaten (The EU Emissions Trading System, ETS) nach 2012) zugrunde.¹³⁴ Die Notwendigkeit und die Verhältnismäßigkeit der Beihilfe seien nicht nachgewiesen.¹³⁵

98. Davon abgesehen hat die Europäische Kommission auch Zweifel hinsichtlich der Vereinbarkeit der EEG-Umlage mit Art. 30, 110 AUEV geäußert. Zwar seien die Mitgliedstaaten grundsätzlich in der Ausgestaltung ihrer Steuergesetzgebung frei. Eine differenzierende Gesetzgebung sei mit dem Unionsrecht jedoch nur vereinbar, wenn die Differenzierung eine ihrerseits mit dem Unionsrecht in Einklang stehende Zielsetzung verfolge. Diskriminierungen von Einfuhren oder der Schutz inländischer Erzeugnisse vor Konkurrenz aus anderen Mitgliedstaaten seien unzulässig.¹³⁶

99. Die Europäische Kommission hat in der Eröffnungsentscheidung indes Bedenken geäußert, dass insbesondere das Grünstromprivileg eine diskriminierende Wirkung habe.¹³⁷ Die Bundesregierung hat sich zwar unter anderem mit Verweis auf ihre Freiheit hinsichtlich der Entscheidung verteidigt, in welchem Ausmaß sie ihr nationales Fördersystem für in anderen Mitgliedstaaten erzeugten EE-Strom öffnen wolle. Die Europäische Kommission hat dieses Vorbringen allerdings im Wesentlichen deshalb zurückgewiesen, weil eine Diskriminierung nicht deshalb zulässig sei, weil Deutschland in seiner Entscheidung über die Öffnung seines Fördersystems für ausländischen EE-Strom grundsätzlich frei sei.¹³⁸

100. Die Bundesregierung hat im Anschluss an die Eröffnung des Beihilfeverfahrens mit der Europäischen Kommission über eine Umgestaltung des nationalen Förderregimes nach dem EEG verhandelt.

Die Europäische Kommission ist aus Sicht von Marktbeobachtern ihrerseits der Bundesregierung weit entgegengekommen. So hat sie einen großzügigen Beurteilungsansatz gewählt und die Prüfung auf mögliche Beihilfen nach dem EEG 2012 beschränkt. Außerdem hat sie die Leitlinien für staatliche Umwelt- und Energiebeihilfen 2014-2020 in einer Weise überarbeitet, welche die Risiken für die deutsche Industrie im Falle einer endgültigen Entscheidung mindert, dass die mit der Begrenzung der EEG-Umlage verbundenen Beihilfen mit dem Binnenmarkt unvereinbar sein sollten.

Die Bundesregierung hat im Gegenzug die Reform des EEG in die Wege geleitet, die das deutsche Fördersystem für erneuerbare Energien weiterentwickeln und die zukünftige Vereinbarkeit der deutschen EEG-Förderung mit dem europäischen Beihilferecht gewährleisten soll.

101. Die Europäische Kommission hat am 9. April 2014 „im Prinzip“ die endgültige Fassung ihrer Leitlinien für staatliche Umwelt- und Energiebeihilfen 2014-2020 veröffentlicht.¹³⁹ Die Leitlinien tragen der deutschen Position in weiten Teilen Rechnung.

102. Insbesondere ist in den neuen Leitlinien für die gesamte EU geregelt, dass die Mitgliedstaaten künftig Unternehmen aus 68 Branchen, die im internationalen Wettbewerb stehen, von einem Beitrag zur Förderung erneuerbarer Energien wie bspw. der EEG-Umlage entlasten können. Voraussetzung ist allerdings, dass die Unternehmen weiter grundsätzlich mindestens 15 Prozent der betreffenden Umlage zahlen.¹⁴⁰ Energieintensive Unternehmen sollen für ihren Energieverbrauch jedoch maximal vier bzw. 0,5 Prozent ihrer Bruttowertschöpfung (Umsatz abzüglich Vorleistungen) zahlen müssen.¹⁴¹ Außerdem sollen Ausschreibungsverfahren für die Zuweisung staatlicher Förderungen eingeführt werden.

134 Ebenda, Tz. 233 mit Verweis auf EU-Kommission, Leitlinien für bestimmte Beihilfemaßnahmen im Zusammenhang mit dem System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten nach 2012, a. a. O.

135 EU-Kommission, Entscheidung vom 18. Dezember 2013, C(2013) 4424 final, SA.33995 (2013/C) – Deutschland, Tz. 235, 237 ff.

136 Ebenda, Tz. 245.

137 Ebenda, Tz. 247.

138 Ebenda, Tz. 251 f.

139 EU-Kommission, Guidelines on State aid for environmental protection and energy 2014-2020, a. a. O. Kommissionswebsite: „Adopted in principle on 9 April 2014“.

140 Ebenda, Tz. 186, 189.

141 Ebenda, Tz. 190.

103. Die Europäische Kommission hat in den Leitlinien außerdem eine Möglichkeit dafür eröffnet, dass das deutsche Förderregime an die Leitlinien angepasst werden kann. So soll die Umsetzung der Regeln über Umlagebegrenzungen erst zum Jahr 2018 erfolgen. Abweichende Umlagebegrenzungen können übergangsweise für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt werden, wenn sie einem vom Mitgliedstaat vorzulegenden Anpassungsplan entsprechen. Ein solcher Plan kann jedoch auch für den Zeitraum vor Inkrafttreten der Leitlinien vorgelegt werden. Damit ergibt sich die Möglichkeit, einen Anpassungsplan auch für den Zeitraum vorzulegen, der Gegenstand des laufenden Beihilfeverfahrens ist.

3.2 Wettbewerbspolitische Würdigung

104. Das von der Europäischen Kommission eingeleitete Beihilfeverfahren deutet darauf hin, dass die Bundesrepublik die Vorgaben der europäischen Wettbewerbsregeln und der Regeln über den einheitlichen Binnenmarkt nicht beachtet hat. Dies geschah offenbar infolge der Auffassung, dass das EEG 2012 keine Beihilfe enthalte und etwaige Beihilfen ohnehin durch die Verfolgung von nationalen Interessen und insbesondere den Schutz der Wettbewerbsfähigkeit deutscher Unternehmen gerechtfertigt wären.

105. Die Auffassung, dass das EEG keine Beihilfen enthalte, weil es keinen Vorteil aus staatlichen Mitteln vorsehe, dürfte indes auf einem überholten Verständnis der Beihilferegeln beruhen.¹⁴² Die bislang ausschließlich an nationalen Interessen orientierten Regelungen in Bezug auf die EEG-Umlage sind außerdem nicht ohne Weiteres mit den Beihilferegeln vereinbar, da sie dem Ziel der Herstellung eines von unverfälschtem Wettbewerb geprägten europäischen Binnenmarkts keine Rechnung tragen.

106. Ein vor dem Hintergrund des europäischen Beihilfeverfahrens häufig zur Rechtfertigung herangezogenes Argument lautet, die Energiewende belaste in erster Linie die deutsche Wirtschaft mit den Kosten der Energiewende. Die Begrenzung der EEG-Umlage diene somit dazu, die internationale Wettbewerbsfähigkeit deutscher Unternehmen zu erhalten. Dass dieses Argument die Europäische Kommission nicht davon abgehalten hat, gegen die konkrete Ausgestaltung des EEG-Fördersystems vorzugehen, dürfte auf die Kompetenzverteilung zwischen den Mitgliedstaaten und der EU zurückgehen.

Den Mitgliedstaaten verbleibt – worauf auch die Europäische Kommission in ihrer Eröffnungsentscheidung selbst hinweist¹⁴³ – nach dem europäischen Recht die Freiheit, Abgaben zur Förderung von Zielen vorzusehen, die nach Auffassung der Politik der Mitgliedstaaten im nationalen Interesse liegen. Die Bundesrepublik hat mit der EEG-Umlage eine derartige Abgabe eingeführt, um dadurch die Energiewende im nationalen Alleingang finanzieren zu können. Ein solcher Alleingang ist nach europäischem Recht grundsätzlich zulässig, soweit der nationale Regelungsgeber die sich aus dem europäischen Recht ergebenden Grenzen beachtet. Das europäische ist in Bezug auf Abgaben innerhalb dieser Grenzen neutral; es beurteilt sie weder positiv noch negativ.

Von der Beurteilung einer nach mitgliedstaatlichem Recht eingeführten Abgabe zu trennen ist freilich die Beurteilung von Ausnahmen von dieser Abgabe aufgrund der europäischen Beihilferegeln. Derartige Ausnahmen können für sich genommen einen beihilferelevanten Vorteil enthalten. Das schließt zwar eine beihilferechtliche Rechtfertigung nicht aus. Eine Rechtfertigung kann sich aus Sicht der Europäischen Kommission jedoch grundsätzlich nicht daraus ergeben, dass jene Ausnahmen eingeführt wurden, um Unterschiede zwischen den Stromkosten in den Mitgliedstaaten auszugleichen und die Wettbewerbsfähigkeit heimischer Unternehmen gegenüber Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten zu erhalten. Denn eine auf den Schutz der Wettbewerbsfähigkeit (allein) inländischer Unternehmen ausgerichtete Regelung ist mit dem europäischen Ziel der Herstellung eines einheitlichen Binnenmarkts grundsätzlich nicht zu vereinbaren.

¹⁴² Dies ergibt sich zuletzt aus EuGH, Urteil vom 19. Dezember 2013, C-262/12 – Vent De Colère, noch nicht in amtl. Slg., Rz. 19 ff., einem kurz nach der Eröffnungsentscheidung ergangenen Urteil.

¹⁴³ EU-Kommission, Entscheidung vom 18. Dezember 2013, C(2013) 4424 final, Fall SA.33995 (2013/C) – Deutschland, Tz. 245.

107. Der europäische Gerichtshof hat in einem kurz vor Fertigstellung des Hauptgutachtens ergangenen Urteil allerdings hervorgehoben, dass Unterschiede im Strombinnenmarkt, die sich aus unterschiedlichen mitgliedstaatlichen Förderregelungen ergeben, unter Umständen hingenommen werden müssen. Da auf Unionsebene keine vollständige Harmonisierung der nationalen Regelungen zur Förderung grünen Stroms erfolgt ist, stehe es den Mitgliedstaaten grundsätzlich frei, durch solche Regelungen nur die in ihrem Hoheitsgebiet stattfindende Erzeugung von grünem Strom zu fördern.¹⁴⁴

108. Die Auswirkungen des Urteils auf das laufende Beihilfeverfahren lassen sich noch nicht in vollem Umfang abschätzen. Auch nach diesem Urteil sind jedoch die Vorgaben des europäischen Rechts zu beachten. Hierzu gehören zum einen die Voraussetzungen für die Beschränkungen der Grundfreiheiten und deren Rechtfertigung, welche im Urteil umfangreich geprüft werden. Zum anderen gehören dazu die EU-Beihilfenvorschriften, welche kein Gegenstand des genannten Urteils waren.

109. Eine Rechtfertigung für beihilfebedingte Wettbewerbsverzerrungen kann für nationale Fördersysteme dann in Betracht kommen, wenn die mit einem Fördersystem verbundene Wettbewerbsverzerrung zur Sicherstellung der Funktion des nationalen Fördersystems erforderlich ist.

110. Demgegenüber erscheint zweifelhaft, ob eine Rechtfertigung auch dann in Betracht kommt, wenn das Fördersystem zusätzliche wettbewerbsverzerrende Elemente enthält.

Das kann etwa dann der Fall sein, wenn das Fördersystem nicht marktwirtschaftlich ausgestaltet ist, sodass das Risiko von Wettbewerbsverzerrungen minimiert wird, sondern vielmehr planwirtschaftliche Züge aufweist. Das schwedische Fördersystem basierte auf einem Quotenmodell, wie es die Monopolkommission ähnlich auch schon länger für Deutschland fordert. Ein Quotenmodell ist wesentlich stärker marktwirtschaftlich ausgestaltet, als es das EEG – jedenfalls bislang – war. Etwaige Wettbewerbsverzerrungen gehen im Rahmen des schwedischen Systems also auch weniger über das hinaus, was zur Ausgestaltung des nationalen Fördersystems erforderlich ist, als dies beim EEG 2012 der Fall sein dürfte. Die Ergebnisse der Überprüfung durch die Europäische Kommission bleiben vor diesem Hintergrund abzuwarten.

111. Die Monopolkommission wirbt an dieser Stelle jedoch erneut nachdrücklich für eine Weiterentwicklung des EEG im Sinne des von ihr vorgeschlagenen Quotenmodells.

3.3 Verbleibende Risiken für deutsche Unternehmen

112. Die Monopolkommission weist abschließend auf beihilferechtliche Risiken hin, die aus der Tatsache folgen können, dass die Bundesrepublik die Änderungen des EEG 2012 von vornherein nicht zur beihilferechtlichen Überprüfung angemeldet hatte.

113. Derartige Risiken bestehen bis zur endgültigen Entscheidung der Europäischen Kommission über die Vereinbarkeit der EEG-Regelungen mit europäischem Recht. Dies betrifft zwar weniger die Erzeuger von EE-Strom und die anderen potenziellen Beihilfeempfänger, deren Begünstigung nach der Eröffnungsentcheidung der Europäischen Kommission keinen Anlass zu Bedenken in Hinblick auf die Vereinbarkeit mit den europäischen Beihilferegeln gibt. Anders ist dies jedoch für Unternehmen, die in einer von der Europäischen Kommission als bedenklich angesehenen Weise von Begrenzungen der EEG-Umlage profitieren, im Zweifel auch für Unternehmen, die Strom zum Eigenverbrauch erzeugen.

114. Der Europäische Gerichtshof hat im November 2013 entschieden, dass die Gerichte der Mitgliedstaaten Wettbewerber schützen müssen, wenn Beihilfemaßnahmen durchgeführt werden, ohne angezeigt und genehmigt worden zu sein.¹⁴⁵ Der Gerichtshof hat hervorgehoben, dass die praktische Wirksamkeit des Durch-

¹⁴⁴ EuGH, Urteil vom 1. Juli 2014, C-573/12 – Ålands Vindkraft, noch nicht in amtl. Slg., Rz. 94.

¹⁴⁵ EuGH, Urteil vom 21. November 2013, C-284/12 – Lufthansa/Flughafen Frankfurt-Hahn, noch nicht in amtl. Slg., Rz. 29.

führungsverbots gemäß Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV unterlaufen würde, wenn nationale Gerichte die fragliche Maßnahme nicht als Beihilfe ansehen müssten, obwohl die Europäische Kommission in der Entscheidung über die Einleitung eines förmlichen Prüfverfahrens festgestellt hat, dass die Maßnahme Beihilfeelemente aufweist.¹⁴⁶ Eine derartige Situation liegt in Bezug auf die Begrenzungen der deutschen EEG-Umlage vor, wobei freilich auch die Einigung der Europäischen Kommission und der Bundesrepublik im April 2014 über mögliche Ausnahmen von dieser Umlage zu berücksichtigen sein dürfte.¹⁴⁷

115. Für den Fall, dass die Gerichte eine Maßnahme überprüfen, ohne dass die Europäische Kommission zuvor eine Entscheidung über die Eröffnung des Prüfverfahrens erlassen hat, ist es nach Auffassung des Gerichtshofs Aufgabe der nationalen Gerichte, die Konsequenzen aus einem eventuellen Verstoß gegen das Durchführungsverbot zu ziehen.¹⁴⁸ Eine derartige Situation kann in Bezug auf die Befreiung von Unternehmen von der deutschen EEG-Umlage vorliegen, die Strom zum Eigenverbrauch produzieren.

116. Der Gerichtshof hat hervorgehoben, dass auch die Möglichkeit einer Genehmigung der potenziellen Beihilfe nichts an der Verpflichtung der nationalen Gerichte zum Rechtsschutz ändere. Denn selbst wenn die Europäische Kommission in einer endgültigen Entscheidung das Vorliegen einer Beihilfe verneinen sollte, verlange es die Zielsetzung von Art. 108 Abs. 3 AEUV, dass die von ihr überprüfte Maßnahme aufgeschoben werde, bis die Zweifel hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt durch die endgültige Entscheidung beseitigt würden.¹⁴⁹ Zudem folge aus der Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Kommission und den nationalen Gerichten, dass letztere, wenn sie angerufen werden, keine Maßnahmen treffen, die einer – wenn auch nur vorläufigen – Entscheidung der Kommission zuwiderlaufen.¹⁵⁰

117. Die nationalen Gerichte hätten somit alle erforderlichen Maßnahmen zu treffen und könnten insbesondere gehalten sein, die Durchführung der betreffenden Maßnahme auszusetzen und die Rückforderung der bereits gezahlten Beträge anzuordnen.¹⁵¹ Bei Zweifeln über die zu treffenden Maßnahmen könnten die nationalen Gerichte die Kommission um Erläuterung bitten oder dem Europäischen Gerichtshof eine Frage zur Vorabentscheidung vorlegen.¹⁵²

146 EuGH, Urteil vom 21. November 2013, C-284/12 – Lufthansa/Flughafen Frankfurt-Hahn, noch nicht in amtl. Slg., Rz. 36, 38; bestätigt durch EuGH Beschl. v. 04.04.2014, Rs. C-27/13 – Flughafen Lübeck/Air Berlin, noch nicht in amtl. Slg., Rz. 21.

147 Vgl. EuGH, Urteil vom 21. November 2013, C-284/12 – Lufthansa/Flughafen Frankfurt-Hahn, noch nicht in amtl. Slg., Absatz 3 des Tenors und Rz. 44, wonach nationale Gerichte verbleibende Zweifel am Vorliegen einer Beihilfe durch die Europäische Kommission klären lassen können.

148 Ebenda, Rz. 34.

149 Ebenda, Rz. 40.

150 Ebenda, Rz. 41.

151 Ebenda, Rz. 42 f.

152 Ebenda, Rz. 44.

Kriminalisierung von Kartellrechtsverstößen in Deutschland?

1 Aktuelle Impulse für die Debatte um eine Kriminalisierung

118. Die optimale Ausgestaltung der behördlichen und privaten Kartellrechtsdurchsetzung bildet gegenwärtig einen Schwerpunkt in der wettbewerbsrechtlichen und -politischen Diskussion in Deutschland und Europa. Die Konzeption des behördlichen Sanktionensystems, insbesondere des Ordnungswidrigkeitenrechts, ist Gegenstand breiter Diskussion in Deutschland und umfasst verfassungsrechtliche und verfahrensrechtliche Probleme¹⁵³ sowie Aspekte der Unternehmenshaftung.¹⁵⁴ Aktuelle Entwicklungen sind daneben die rechtlichen Rahmenbedingungen für die private Kartellrechtsdurchsetzung unterworfen. Zu nennen ist hier in erster Linie der Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie zu privaten Schadenersatzklagen bei kartellrechtlichen Zuwiderhandlungen, dem das Europäische Parlament im April 2014 zugestimmt hat¹⁵⁵. Dieser Vorschlag wird von einer Empfehlung der Europäischen Kommission zu kollektiven Rechtsschutzverfahren begleitet, die sich nicht auf kartellrechtliche Sachverhalte beschränkt.¹⁵⁶

119. Teil der Diskussion um ein effektives Sanktionensystem ist in den letzten Jahren verstärkt auch die Frage, ob es im Interesse einer verbesserten Kartellrechtsdurchsetzung empfehlenswert ist, über den Submissionsbetrug hinaus andere schwerwiegende Verstöße gegen das Kartellrecht zu kriminalisieren. Eine solche Debatte hat in Deutschland bereits bei Einführung des GWB sowie in den 1970er und 1980er Jahren stattgefunden, allerdings ohne einen Niederschlag im Gesetz zu finden.¹⁵⁷ Erst im Jahr 1997 wurde mit § 298 StGB der Tatbestand des Submissionsbetrugs im Rahmen des Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption in das deutsche Strafrecht eingeführt.¹⁵⁸ Aktuelle Impulse für Überlegungen zu einer erweiterten Kriminalisierung von Kartellrechtsverstößen kommen vorwiegend aus den USA, die solche Verstöße traditionell auch strafrechtlich ahnden, sowie aus einigen EU-Mitgliedstaaten, die in jüngerer Zeit entsprechende Kriminalstrafen eingeführt haben.¹⁵⁹ Auch die OECD hat sich in den letzten Jahren wiederholt mit der Thematik auseinandergesetzt.¹⁶⁰

2 Gegenstand einer möglichen Kriminalisierung

120. Die Diskussion um eine erweiterte Kriminalisierung von Kartellrechtsverletzungen konzentriert sich auf die strafrechtliche Ahndung von sogenannten Hardcore-Kartellen, d. h. horizontalen Preis-, Mengen- und Gebietskartellen. Auch die Monopolkommission hält eine Beschränkung möglicher gesetzgeberischer Maßnahmen auf Hardcore-Kartelle für sachgerecht und – aus verfassungsrechtlichen Gründen – für geboten.

¹⁵³ Vgl. Kapitel IV, Abschnitt 6; insbesondere BGH, Beschluss vom 26. Februar 2013, KRB 20/12 – Grauzementkartell.

¹⁵⁴ Insoweit wurde das kartellrechtliche Ordnungswidrigkeitenrecht mit der im Juni 2013 in Kraft getretenen Achten GWB-Novelle weiterentwickelt. Die künftige Konzeption des Kartellbußgeldverfahrens war ebenfalls Gegenstand des Arbeitskreis Kartellrecht des Bundeskartellamts im Jahr 2012, vgl. BKartA, Kartellbußgeldverfahren zwischen deutschem Systemdenken und europäischer Konvergenz, Hintergrundpapier zur Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht am 4. Oktober 2012.

¹⁵⁵ Richtlinie 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, vorl. Fassung der Entschließung des Europäischen Parlaments vom 15. April 2014, P7_TA-PROV(2014)0451.

¹⁵⁶ EU-Kommission, Empfehlung vom 11. Juni 2013 Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadenersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten, ABl. EU L 201 vom 26. Juli 2013, S. 60.

¹⁵⁷ Vgl. Dreher, WuW 2011, S. 232, 233 Fn. 11 m. w. N.

¹⁵⁸ Gesetz vom 13. August 1997, BGBl. I, S. 2038.

¹⁵⁹ Kriminalstrafen wurden z. B. in Irland und dem Vereinigten Königreich eingeführt; allerdings gibt es auch Tendenzen zur Dekriminalisierung, z. B. in Österreich und den Niederlanden.

¹⁶⁰ Vgl. OECD, Policy Roundtables 2003 Cartel Sanctions against Individuals, DAF/COMP(2004)39, 10. Januar 2005.

121. Zum einen besteht allgemeine Übereinstimmung hinsichtlich der besonders hohen Schädlichkeit derartiger Kartelle, die daher in sämtlichen Kartellrechtsordnungen der EU-Mitgliedstaaten, im Recht der Europäischen Union und in vielen anderen Rechtsordnungen verboten sind. Zum anderen wird mit der ausschließlichen Androhung strafrechtlicher Sanktionen auf horizontale Hardcore-Kartelle der Gefahr einer Überregulierung begegnet. Bejaht man das Potenzial von Kriminalstrafen für eine erhöhte Abschreckungswirkung, könnte die Gefahr bestehen, dass sich Unternehmensverantwortliche aus Angst vor strafrechtlichen Konsequenzen auch von legalen, wettbewerblich effizienten Verhaltensweisen abschrecken lassen. Eine solche Gefahr ist besonders dann gegeben, wenn die Abgrenzung von legalen und illegalen Verhaltensweisen schwierig ist. Dies ist im Bereich der vertikalen Vereinbarungen, aber auch bei einseitigen Verhaltensweisen im Bereich der Missbrauchsaufsicht anzunehmen. Entsprechende Schwierigkeiten treten indes bei horizontalen Preis-, Mengen- und Gebietskartellen nicht auf. Insoweit gibt es keine rechtlichen Graubereiche, vielmehr besteht bei Hardcore-Kartellen allgemein hinreichende Klarheit bezüglich ihrer Rechtswidrigkeit. Die Beschränkung einer strafrechtlichen Ahndung auf besonders schwerwiegende Kartellrechtsverstöße hätte den weiteren Vorteil, dass umfangreiche wirtschaftliche Abwägungsprozesse im Rahmen des Strafprozesses vermieden werden.

122. Bei einer Kriminalisierung von Zuwiderhandlungen gegen das Kartellrecht ist darüber hinaus das in Art. 103 Abs. 2 GG festgelegte Gebot der Gesetzesbestimmtheit zu berücksichtigen. Der Garantiegehalt der Bestimmung umfasst im Einzelnen den Vorbehalt des Gesetzes (*nulla poena sine lege*), das Bestimmtheitsgebot, das Analogieverbot sowie ein generelles Rückwirkungsverbot. Insbesondere kann eine Tat nur dann bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. Daraus folgt auch, dass für jedermann erkennbar sein muss, welche Rechtsfolgen sich aus seinem Verhalten ergeben können. Auch unter diesem Gesichtspunkt ist eine Beschränkung strafrechtlicher Verfolgung auf Hardcore-Kartelle angezeigt. Rechtsanwender sehen sich in Bezug auf solche Kartelle weder mit unbestimmten Rechtsbegriffen noch mit rechtlichen Graubereichen konfrontiert, Unsicherheiten über das Verbot derartiger Verhaltensweisen können daher nicht aufkommen.

123. Weiterhin folgt aus dem Bestimmtheitsgebot, dass eine Verweisung im StGB auf materielles Kartellrecht wie bei § 81 GWB nicht möglich sein dürfte. Vielmehr müssten autonome Straftatbestände formuliert werden, die eine enumerative Aufzählung verbotener Verhaltensweisen enthalten. Auch insoweit ist eine Beschränkung der strafrechtlichen Ahndung auf Preisabsprachen, Gebiets- und Kundenaufteilungen vorzugswürdig. Schließlich erscheint eine solche Begrenzung wegen des grundsätzlich geltenden Verfolgungszwangs bei Straftaten (Legalitätsprinzip) sachgerecht.

3 Rechtliche Rahmenbedingungen

124. Das europäische Kartellrecht unterscheidet in der VO 1/2003 zwischen Entscheidungen und Sanktionen.¹⁶¹ Die Europäische Kommission kann bei Verletzungen der Art. 101 und 102 AEUV zum einen Entscheidungen nach Art. 7 ff. der Verordnung treffen, z. B. eine Zuwiderhandlung feststellen, einstweilige Maßnahmen treffen und Verpflichtungszusagen für bindend erklären. Zum anderen ergibt sich aus Art. 23 und 24 der Verordnung die Befugnis der Europäischen Kommission, bei kartellrechtlichen Zuwiderhandlungen Geldbußen und Zwangsgelder zu verhängen. Geldbußen können gemäß Art. 23 Abs. 1 VO 1/2003 nur gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen festgesetzt werden, nicht jedoch gegen natürliche Personen. Die Geldbußenentscheidungen der Europäischen Kommission haben nach Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003 ausdrücklich „keinen strafrechtlichen Charakter“.

125. Mit Geldbußen bis zu zehn Prozent des im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes können insbesondere Verletzungen von Art. 101 und 102 AEUV verfolgt werden. Verletzungen von Aus-

¹⁶¹ Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. EG L 1 vom 4. Januar 2003, S. 1.

kunfts- und ähnlichen Pflichten unterliegen Geldbußen bis zu einem Prozent des im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes. Die Europäische Kommission hat Leitlinien für die Festsetzung von Geldbußen aufgestellt.¹⁶² 2006 veröffentlichte sie ferner eine Mitteilung zu Geldbußenerlass und -ermäßigung (leniency-, Kronzeugenregelung).¹⁶³ Mitte 2008 folgten eine Verordnung und eine Mitteilung zur Durchführung von Vergleichsverfahren in Kartellfällen (Settlements).¹⁶⁴

126. Das europäische Recht überlässt den einzelnen Mitgliedstaaten die Wahl und Ausgestaltung der kartellrechtlichen Sanktionen auf nationaler Ebene. Nach Art. 5 der VO 1/2003 können die mitgliedstaatlichen Behörden Verstöße gegen das Kartell- und Missbrauchsverbot unter anderem mittels Geldbußen, Zwangsgeldern oder sonstigen im innerstaatlichen Recht vorgesehenen Sanktionen ahnden. Strafrechtliche Maßnahmen sind hiernach nicht ausgenommen.¹⁶⁵ Auch aus Art. 12 Abs. 3 der VO 1/2003, mit dem die Möglichkeiten zum Informationsaustausch zwischen Europäischer Kommission und den Mitgliedstaaten in bestimmten Fällen eingeschränkt werden, lässt sich die Zulässigkeit strafrechtlicher Sanktionen im Verfahrensrecht der Mitgliedstaaten ableiten. Nach dieser Bestimmung dürfen ausgetauschte Informationen nur als Beweismittel verwendet werden, um Sanktionen gegen natürliche Personen zu verhängen, wenn das Recht des übermittelnden Mitgliedstaats ähnlich geartete Sanktionen vorsieht oder bei der Erhebung der Informationen die Verteidigungsrechte der Personen in gleicher Weise gewahrt wurden wie nach dem für die empfangende Behörde geltenden innerstaatlichen Recht. Im letzteren Fall dürfen die Informationen allerdings von der empfangenden Behörde nicht genutzt werden, um Haftstrafen zu verhängen. Bereits heute werden Kartellrechtsverletzungen in einer Reihe von Mitgliedstaaten (auch) strafrechtlich verfolgt. In Deutschland ist der Tatbestand des Submissionsbetrugs unter Kriminalstrafe gestellt.

127. In Deutschland werden Kartellrechtsverstöße regelmäßig im Wege des Verwaltungsverfahrens und des Ordnungswidrigkeitenverfahrens, ausnahmsweise auch strafrechtlich geahndet. Im Verwaltungsverfahren können das Bundeskartellamt und die Landeskartellbehörden unter anderem Abstellungsverfügungen nach § 32 GWB erlassen und den wirtschaftlichen Vorteil, den ein Unternehmen kartellrechtswidrig erlangt hat, gemäß § 34 GWB abschöpfen. Im Rahmen des Ordnungswidrigkeitenverfahrens nach dem Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG) und den §§ 81 ff. GWB können die Kartellbehörden – Bundeskartellamt und Landeskartellbehörden – bei vorsätzlichen und fahrlässigen Zuwiderhandlungen gegen kartellrechtliche Vorschriften Geldbußen auferlegen.¹⁶⁶ Eine Ausnahme gilt für Submissionsabsprachen, die strafrechtlich geahndet werden können (§§ 298, 263 StGB).

128. Die Vorschrift des § 81 GWB benennt die Kartellrechtsverletzungen, die eine Ordnungswidrigkeit darstellen. Zu den schwerwiegenden Verstößen gehören insbesondere Zuwiderhandlungen gegen die Art. 101 und 102 AEUV sowie die §§ 1, 19, 20 Abs. 1 bis 3 Satz 1 oder Absätze 5 und 29 Satz 1 GWB. Einen schwerwiegenden Verstoß begeht auch, wer gegen das bei Zusammenschlüssen geltende Vollzugsverbot gemäß § 41 GWB verstößt. Weniger schwerwiegende Tatbestände sind z. B. erfüllt, wenn Auskunfts- oder Anzeigepflichten verletzt wurden.

129. Täter können nach dem OWiG nur natürliche Personen sein; dies sind bei den Tatbeständen des GWB, die sich an Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen richten, gemäß § 9 OWiG die Inhaber, Organe,

¹⁶² EU-Kommission, Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, ABl. EU C 210 vom 1. September 2006, S. 2.

¹⁶³ EU-Kommission, Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. EU C 298 vom 8. Dezember 2006, S. 17.

¹⁶⁴ Verordnung (EG) Nr. 622/2008 der Kommission vom 30. Juni 2008 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 773/2004 hinsichtlich der Durchführung von Vergleichsverfahren in Kartellfällen, ABl. EU L 171 vom 1. Juli 2008, S. 3 sowie Mitteilung der Kommission über die Durchführung von Vergleichsverfahren bei dem Erlass von Entscheidungen nach Artikel 7 und Artikel 23 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates in Kartellfällen, ABl. EU C 167 vom 2. Juli 2008, S. 1.

¹⁶⁵ Vgl. Wils, W., *Efficiency and Justice in European Antitrust Enforcement*, Oxford 2008, Tz. 515 ff.

¹⁶⁶ Die Auferlegung von Zwangsgeldern kann gemäß § 86a GWB im Rahmen der Vollstreckung von Anordnungen der Kartellbehörden erfolgen.

Organmitglieder, Vertreter und Beauftragte der Unternehmen. Eine Haftung besteht nach § 130 OWiG auch für die Verletzung von Aufsichtspflichten. Eine Zurechnung zum Unternehmen, die zu einer Unternehmensgeldbuße führt, erfolgt über § 30 OWiG. Anders als im europäischen Recht können nach deutschem Recht demnach neben juristischen Personen und Personenvereinigungen auch natürliche Personen mit Geldbußen belegt werden. Nach § 47 Abs. 1 OWiG gilt das Opportunitätsprinzip, d. h. die Verfolgung eines Verstoßes liegt im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde. Die Verfahrensregelungen des OWiG werden durch die §§ 81 ff. GWB ergänzt bzw. modifiziert.

130. Die Untergrenze des gesetzlichen Bußgeldrahmens ergibt sich aus § 17 Abs. 1 OWiG und beträgt einheitlich EUR 5. Die schwerwiegenden Verstöße werden gegenüber natürlichen Personen mit Geldbußen bis zu EUR 1 Mio. geahndet, § 81 Abs. 4 Satz 1 GWB. Im Fall von Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen kann die Geldbuße gemäß § 81 Abs. 4 Satz 2 GWB über diesen Betrag hinaus bis zu zehn Prozent des jeweils im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes betragen. Bei fahrlässiger Zuwiderhandlung liegt die Obergrenze gemäß § 17 Abs. 2 OWiG bei der Hälfte des angedrohten Höchstbetrages, bei schwerwiegenden Verstößen von Unternehmen und Unternehmensvereinigungen also bei fünf Prozent des erzielten Gesamtumsatzes. Die sonstigen Ordnungswidrigkeiten sind mit einem Bußgeld von bis zu EUR 100.000 bewehrt.

131. Die gesetzlichen Vorschriften werden durch allgemeine Verwaltungsgrundsätze des Bundeskartellamtes ergänzt. Hier ist in erster Linie die Bonusregelung des Amtes aus dem Jahr 2006 zu nennen (leniency-, Kronzeugenregelung).¹⁶⁷ Daneben hat das Amt im Jahr 2006 Leitlinien für die Festsetzung von Geldbußen nach § 81 Abs. 4 Satz 2 GWB veröffentlicht, die es im Juni 2013 in überarbeiteter Form veröffentlicht hat.¹⁶⁸ Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, ein Bußgeldverfahren durch eine einvernehmliche Verfahrensbeendigung (Settlement) abzuschließen. Ein Merkblatt vom Dezember 2013 erläutert die Rahmenbedingungen für ein solches Settlement.¹⁶⁹

132. Die Submissionsabsprache ist als einziger Kartellrechtsverstoß in Deutschland mit Strafe bewehrt. Der eigenständige Tatbestand des § 298 StGB sieht für „Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen“ eine Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe vor und gilt für Taten seit dem 20. August 1997. Daneben ist der Betrugstatbestand des § 263 StGB anwendbar. Die Regelung in § 298 StGB als abstraktes Gefährdungsdeldikt vermeidet jedoch die bei § 263 StGB auftretenden Schwierigkeiten hinsichtlich der Beweisbarkeit des Vermögensschadens und der Täuschungshandlung. Mögliche Täter sind ausschließlich natürliche Personen.

133. Zuständig für die strafrechtliche Verfolgung sind die Staatsanwaltschaften und die Strafgerichtsbarkeit. Führt die Kartellbehörde in derselben Sache Untersuchungen durch, muss sie das Verfahren gemäß § 41 Abs. 1 OWiG an die Staatsanwaltschaft abgeben. Nach § 82 GWB bleiben die Kartellbehörden allerdings für das Verfahren wegen der Festsetzung der Unternehmensgeldbuße auch dann zuständig, wenn die Staatsanwaltschaft gegen eine natürliche Person wegen einer strafrechtlichen Anknüpfungstat ermittelt. Im Strafverfahren gilt das Legalitätsprinzip, d. h. die Staatsanwaltschaft ist verpflichtet, bei hinreichenden Anhaltspunkten zu ermitteln. Im Unterschied zur Kartellbehörde verfügt die Strafverfolgungsbehörde über weiter-

¹⁶⁷ Vgl. BKartA, Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen – Bonusregelung – vom 7. März 2006. Auch die Landeskartellbehörden haben entsprechende Bonusregelungen veröffentlicht, vgl. für die Landeskartellbehörde NRW, http://www.wirtschaft.nrw.de/wirtschaft/strukturfoerderung/foerderung_von_regionen/_pdf_container/Bonusregelung_NRW.pdf, für die Landeskartellbehörde Bayern, http://www.bayerische-landeskartellbehoerde.de/fileadmin/user_upload/landeskartellbehoerde/Dokumente/Veroeffentlichungen/Bonusregelung_2006.pdf; jeweils Abruf am 24. Juni 2014.

¹⁶⁸ Vgl. BKartA, Leitlinien für die Bußgeldzumessung in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren, Bekanntmachung vom 25. Juni 2013.

¹⁶⁹ Vgl. BKartA, Das Settlement-Verfahren des Bundeskartellamtes in Bußgeldsachen, Merkblatt vom 23. Dezember 2013.

gehende Befugnisse, denen wiederum ausgeprägtere Verfahrensrechte des mutmaßlichen Täters gegenüberstehen.

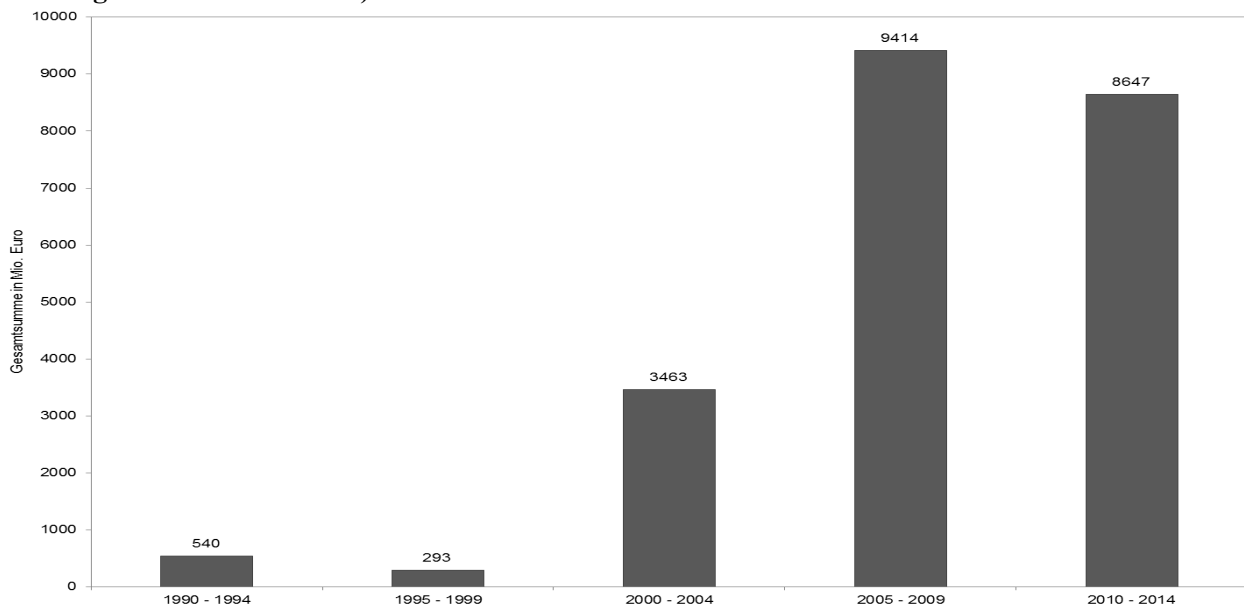
4 Anwendungspraxis

134. In den letzten Jahren haben die von der Europäischen Kommission und dem Bundeskartellamt verhängten Bußgeldsanktionen drastisch zugenommen. Die Höhe der Geldbußen überschreitet mittlerweile in einzelnen Kartellfällen die Schwelle von EUR 1 Mrd.¹⁷⁰

135. Abbildung I.1 verdeutlicht den Anstieg der von der Europäischen Kommission verhängten Geldbußen seit dem Zeitraum 2005 bis 2009. Abbildung I.2 zeigt die signifikante Erhöhung der von der Europäischen Kommission verfolgten Kartellfälle seit dem Zeitraum 2000 bis 2004.

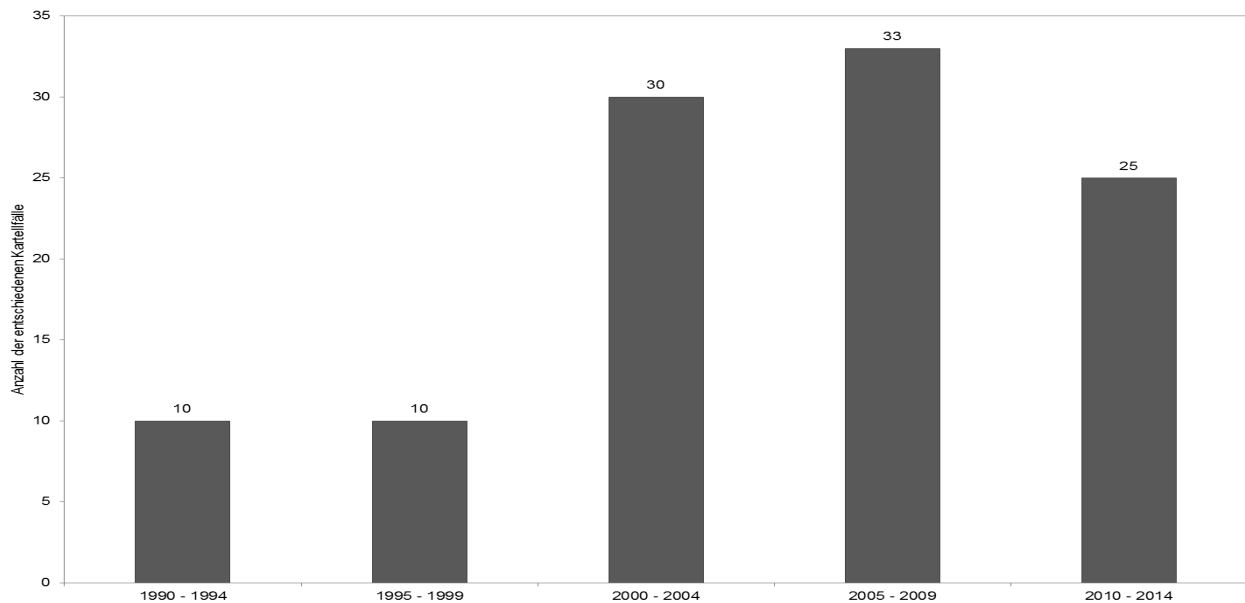
136. Bei der Zahl der Kommissionsentscheidungen gegen einzelne Unternehmen und Unternehmensvereinigungen kann eine so deutliche Änderung am Anfang des ersten Jahrzehnts dieses Jahrhunderts hingegen nicht gezeigt werden. Vielmehr lag die Zahl der Entscheidungen in den Jahren 1990 bis 2014 – mit Ausnahme des Zeitraums von 1995 bis 1999 – kontinuierlich bei über 150 (vgl. Abbildung I.3).

Abbildung I.1: Europäische Kommission – verhängte Geldbußen im Zeitraum 1990 bis 2014 (ohne Änderungen durch den EuGH)

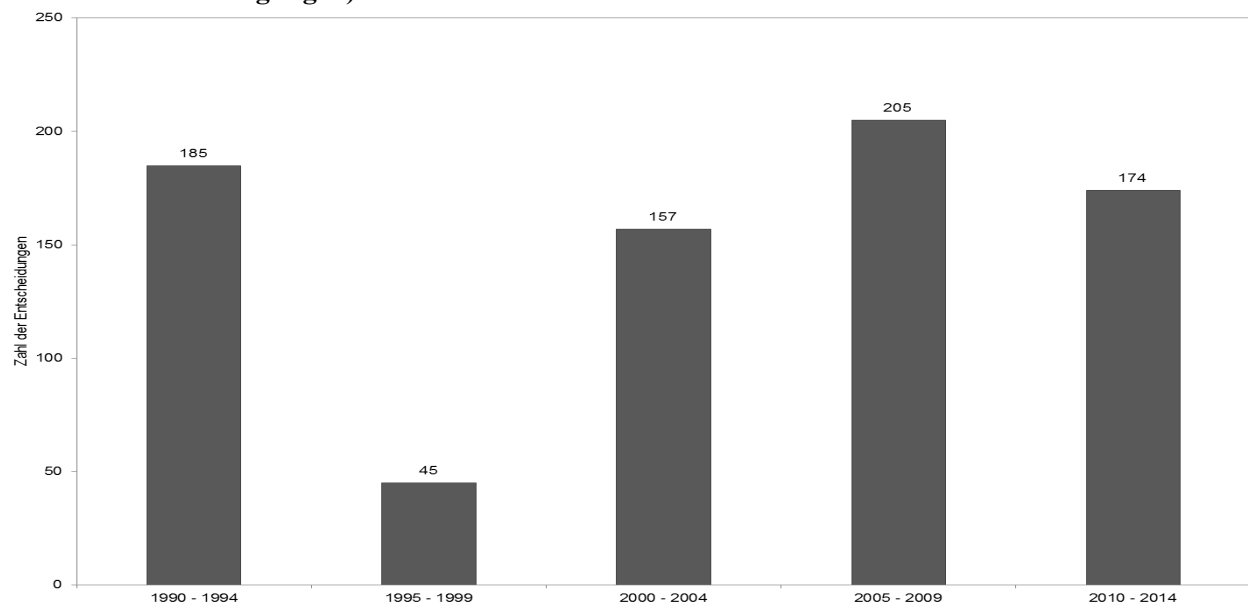


Quelle: Europäische Kommission, Cartel Statistics, Stand: 2. April 2014

¹⁷⁰ EU-Kommission, Pressemitteilung vom 5. Dezember 2012, IP/12/1317, „Kartellrecht: Hersteller von Bildröhren für Fernsehgeräte und Computerbildschirmen ein Jahrzehnt lang an zwei Kartellen beteiligt – Kommission verhängt Geldbuße in Höhe von 1,47 Mrd. EUR“; dies., Pressemitteilung vom 4. Dezember 2013, IP/13/1208, „Kartellrecht: Kommission verhängt Geldbußen in Höhe von EUR 1,71 Mrd. für Teilnahme an Zinskartellen in der Derivatebranche“.

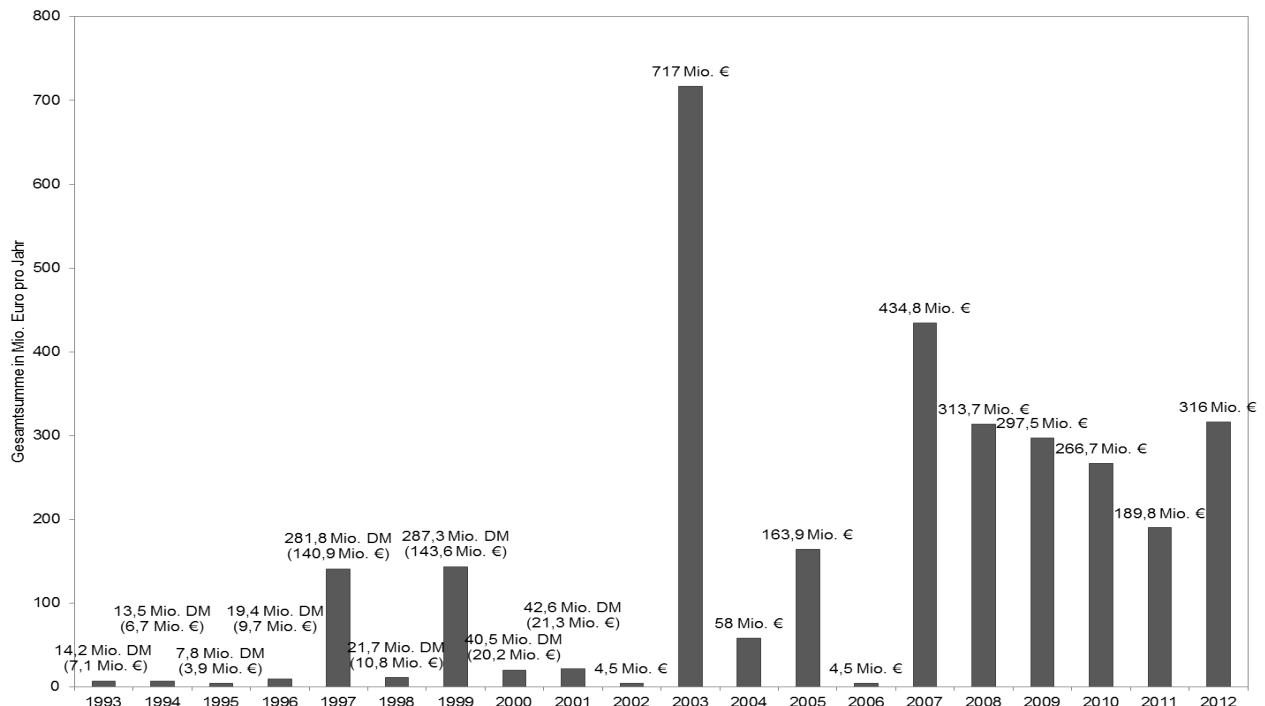
Abbildung I.2: Europäische Kommission – verfolgte Kartellfälle im Zeitraum 1990 bis 2014

Quelle: Europäische Kommission, Cartel Statistics, Stand: 2. April 2014. In einem Kartellfall können Entscheidungen gegenüber mehreren Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen ergehen; aufgeführt sind nur Kartellfälle, in denen ein Bußgeld verhängt wurde

Abbildung I.3: Europäische Kommission – Zahl der Entscheidungen (gegenüber Unternehmen und Unternehmensvereinigungen) im Zeitraum 1990 bis 2014

Quelle: Europäische Kommission, Cartel Statistics, Stand: 2. April 2014

137. Einen Überblick über die Höhe der jährlichen Gesamtgeldbußen, die das Bundeskartellamt in den Jahren 1993 bis 2012 gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen sowie gegen natürliche Personen verhängt hat, gibt Abbildung I.4. Hiernach liegen die jährlichen Gesamtgeldbußen seit 2007 kontinuierlich bei über EUR 180 Mio. und zum Teil weit darüber. Nach Angaben des Amtes sind die Gesamtgeldbußen im Jahr 2013 im Vergleich zu 2012 nochmals gestiegen.

Abbildung I.4: Jährliche, vom Bundeskartellamt verhängte Gesamtgeldbußen im Zeitraum 1993 bis 2012

Quelle: Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2011/2012, BT-Drs. 17/13675 vom 29. Mai 2013, S. 30

138. Umfassende statistische Angaben zu der Zahl der verfolgten Kartellfälle und erlassenen Bußgeldentscheidungen veröffentlicht das Bundeskartellamt nicht. Die jüngeren Tätigkeitsberichte geben aber Auskunft über eine Reihe wichtiger Kartellfälle und die getroffenen Einzelentscheidungen gegenüber Unternehmen, Unternehmensvereinigungen und natürlichen Personen. Der Tätigkeitsbericht 2011/2012 weist allein 19 Kartellfälle von größerer Bedeutung und über 220 Bußgeldentscheidungen aus.¹⁷¹

139. Die Kriminalstatistik zu § 298 StGB weist seit Jahren nicht unwesentliche Fallzahlen auf. So wurden im Zeitraum 2003 bis 2012 jährlich zwischen 42 und 230 Fälle erfasst. In den Jahren 2011 und 2012 sind 53 bzw. 115 Fälle vermerkt. Die Kriminalstatistik umfasst allerdings alle polizeilich registrierten Delikte; es muss also nicht in allen Fällen zur Erhebung einer Anklage durch die Staatsanwaltschaft, der Eröffnung des Hauptverfahrens durch das Gericht oder gar einer Verurteilung gekommen sein. Einen besseren Eindruck verschaffen daher die Angaben des Statistischen Bundesamts, wonach es in den Jahren 2008 bis 2012 zu je 20, 19, 17, 20 und 22 Verurteilungen gekommen ist.¹⁷² Verurteilungen zu Freiheitsstrafen wurden in 2008 in fünf Fällen, in 2009 in drei Fällen, in 2010 in einem Fall und in 2011 in sieben Fällen ausgesprochen; im Jahr 2012 wurden lediglich Geldstrafen verhängt.¹⁷³

5 Ausreichende Abschreckungswirkung des derzeitigen Sanktionensystems?

140. Zentral in der Diskussion um die weitergehende Kriminalisierung von Kartellrechtsverstößen ist die Frage, ob die Abschreckungswirkung, die von den bestehenden behördlichen und privaten Sanktions-

¹⁷¹ Vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht 2011/2012, BT-Drs. 17/13675 vom 29. Mai 2013, S. 30 f.

¹⁷² Vgl. Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 3, 2008, S. 70, 2009, S. 70, 2010, S. 72, 2011, S. 70 und 2012, S. 72. Wagner-von Papp (2009) weist darauf hin, dass in der Statistik bei Tateinheitlicher und Tateinheitlicher Begehung ein Fall nur unter dem Delikt mit der höchsten Strafandrohung erscheint; vgl. Wagner-von Papp, WuW 2009, S. 1236 ff., 1243 und Fn. 51.

¹⁷³ Vgl. Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 3, 2008, S. 102, 2009, S. 102, 2010, S. 106, 2011, S. 102 und 2012, S. 106.

möglichkeiten gegenüber Unternehmen und natürlichen Personen ausgeht, ausreicht. Mit der Androhung und Verhängung von Sanktionen sollen Anreize zu einem kartellrechtskonformen Verhalten gesetzt werden. Aktuelle Kartellmitglieder sollen vom Weiterführen des Kartells, potenzielle Kartellmitglieder von der Eingehung neuer Kartelle abgehalten werden. Gegen eine ausreichende Prävention könnten – oberflächlich betrachtet – die angestiegenen Fallzahlen und Bußgelder sprechen. Eine solche Argumentation würde allerdings zu kurz greifen, denn es ist zu berücksichtigen, dass sich die rechtlichen Rahmenbedingungen der Kartellbekämpfung in den letzten Jahren stark geändert und die Kartellbehörden ihre diesbezüglichen Aktivitäten erheblich intensiviert haben.

141. Ein entscheidender Grund für den Anstieg der Geldbußen gegenüber Unternehmen und Unternehmensvereinigungen in Deutschland ist die grundlegende Umgestaltung der Bestimmungen über die Bußgeldhöhe und -zumessung im Rahmen der Siebten GWB-Novelle von 2005. Von besonderer Bedeutung ist insoweit die Ersetzung des mehrerlösbezogenen Sonderbußgeldrahmens in § 81 Abs. 2 a.F. durch die umsatzbezogene Obergrenze in § 81 Abs. 4 Satz 2 GWB. Ferner wurde der Regelbußgeldrahmen von EUR 500.000 auf EUR 1 Mio. für die schwerwiegenden bzw. von EUR 25.000 auf EUR 100.000 für die leichteren Kartellordnungswidrigkeiten angehoben. Darüber hinaus geht das Bundeskartellamt zunehmend auch gegen natürliche Personen im Wege des Ordnungswidrigkeitenrechts vor.¹⁷⁴

142. Bezüglich der hohen Fallzahlen ist insbesondere die Einführung der Bonusregelung durch das Bundeskartellamt im Jahr 2000 zu erwähnen, die im Jahr 2006 geändert und erweitert wurde. Nach Auskunft des Amtes hat die Bonusregelung erheblichen Anteil an der Aufdeckung von Kartellverstößen, und zwar sowohl in direkter als auch in indirekter Weise. Denn bei der Verfolgung der direkt angezeigten Kartelle erhält das Amt vielfach Hinweise auf weitere Kartellverstöße, die sonst unerkannt geblieben wären. Zu nennen ist in diesem Zusammenhang ferner die Einführung eines Hinweisgebersystems im Juni 2012, das anonyme Anzeigen von Kartellrechtsverstößen erleichtert. Es lässt sich ferner beobachten, dass die Kartellbehörden in den letzten Jahren einen Schwerpunkt ihrer Tätigkeit auf die Kartellverfolgung gelegt haben, was sich schon in der Bildung von drei Abteilungen des Bundeskartellamtes, die ausschließlich die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten in Verbindung mit Verstößen gegen § 1 GWB und Art. 101 AEUV zur Aufgabe haben, widerspiegelt. Diese Schwerpunktverlagerung dürfte wiederum in engem Zusammenhang mit der Einführung der Bonusregelung und der Möglichkeit der einvernehmlichen Verfahrensbeendigung durch Settlements stehen, die eine Aufdeckung und zügige Verfolgung von Kartellen erleichtern. Nicht auszuschließen ist ferner, dass die Kartellbehörden ihr Ermessen im Rahmen des Opportunitätsprinzips häufiger als früher zugunsten des Aufgreifens von möglichen Kartellrechtsverstößen ausüben. Schließlich dürfte eine bessere Zusammenarbeit und wechselseitige Information im Netzwerk der europäischen Kartellbehörden zu einer häufigeren und erfolgreichen Verfolgung von Kartellverstößen beitragen.

143. Neben den Rahmenbedingungen für die behördliche Verfolgung von Kartellrechtsverletzungen haben sich auch die Bedingungen für die private Kartellrechtsdurchsetzung in den letzten Jahren weiterentwickelt. Mit der Siebten GWB-Novelle wurden unter anderem die Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen für Schadenersatzansprüche geschädigter Dritter sowie die Verzinsungspflicht für Schadenersatzansprüche eingeführt. Die Achte GWB-Novelle hat zu einer Erweiterung des Verbandsklagerechts geführt, indem § 33 Abs. 2 Nr. 2 GWB nunmehr insbesondere den Verbraucherverbänden sowohl einen Unterlassungs- als auch einen Anspruch auf Vorteilsabschöpfung für den Fall von Massen- oder Streuschäden einräumt. Auf die jüngsten Entwicklungen des europäischen Rechts wurde bereits hingewiesen.¹⁷⁵

144. Zwar handelt es sich bei privaten Schadenersatzklagen nach wie vor in aller Regel um Follow-on-Klagen Kartellgeschädigter, die nicht unmittelbar zur Aufdeckung von Kartellrechtsverstößen beitragen. Allerdings wächst in jüngerer Zeit das Risiko für kartellbeteiligte Unternehmen, mit erheblichen Schaden-

¹⁷⁴ Die höchste bisher verhängte Geldbuße gegen eine natürliche Person lag nach Auskunft des Amtes allerdings weit unter dem gesetzlichen Höchstbetrag von EUR 1 Mio.

¹⁷⁵ Vgl. Tz. 118.

ersatzansprüchen der Geschädigten konfrontiert zu werden.¹⁷⁶ Dieses Risiko ist dann besonders groß, wenn der Kartellschaden nicht beim Endverbraucher, sondern bei Unternehmen oder anderen juristischen Personen eingetreten ist. Zwar bleiben Verurteilungen zu Schadenersatzzahlungen auch insofern bislang die Ausnahme¹⁷⁷, in Einzelfällen konnte aber im Vergleichsweg eine erhebliche finanzielle Kompensation erlangt werden.¹⁷⁸ Nicht auszuschließen ist ferner, dass geschädigte Unternehmen, die ihre Geschäftsbeziehungen mit kartellbeteiligten Unternehmen weiterführen, in diesem Rahmen eine gewisse Kompensation, z. B. in Form von künftigen Rabatten, erhalten.

145. Auch bedingt durch die verstärkte behördliche und private Kartellrechtsdurchsetzung in der jüngeren Vergangenheit dürfte sich darüber hinaus das Bewusstsein für die Problematik von kartellrechtswidrigem Verhalten in Unternehmenskreisen gewandelt haben. Zwar dürfte das Ausmaß dieses Bewusstseinswandels branchen- und unternehmensabhängig unterschiedlich ausgeprägt sein. Festzustellen ist indes, dass die Bedeutung von Compliance-Maßnahmen in Unternehmen insgesamt in den letzten Jahren zugenommen hat. Zunehmend thematisiert werden ferner Möglichkeiten und Pflichten von Vorstand und Aufsichtsgremien des kartellbefangenen Unternehmens, Schadenersatzforderungen gegenüber kartellverantwortlichen Mitarbeitern geltend zu machen und personalrechtliche Konsequenzen zu ziehen.¹⁷⁹ Von derartigen Maßnahmen, die unmittelbar den verantwortlich Handelnden treffen, kann eine erhebliche Abschreckungswirkung ausgehen, wenn sie konsequent angewendet werden. Allerdings ist festzustellen, dass diese Entwicklung derzeit noch am Anfang steht.

146. Der Umstand, dass sowohl die behördliche als auch die private Kartellverfolgung aktuellen Entwicklungen unterliegen, macht eine abschließende Einschätzung der von ihnen ausgehenden Abschreckungswirkung sehr schwierig. Es ist ferner nicht auszuschließen, dass das bestehende Sanktionensystem derzeit noch nicht seine volle Präventionswirkung entfaltet. Dazu trägt der Umstand bei, dass eine Reihe der in den letzten Jahren aufgedeckten und verfolgten Kartelle, z. B. das Wasserstoffperoxid- und das Rolltreppenkartell, in den Anfang des ersten Jahrzehnts dieses Jahrhunderts oder sogar in die 1990er Jahre zurückreichen. Allerdings sprechen nach Auffassung der Monopolkommission einige Gründe für die Annahme, dass vom derzeitigen Sanktionensystem generell nur eine begrenzte Abschreckungswirkung ausgeht.

147. Mit der Androhung und Verhängung von Sanktionen wird die Abschreckung von aktuellen und potenziellen Kartellbeteiligten bezweckt. Da die gesetzlich angedrohten und behördlich auferlegten Geldbußen gegenüber Unternehmen jedenfalls derzeit im Mittelpunkt der Ahndung von Kartellrechtsverletzungen stehen, ist die Frage entscheidend, bei welcher Höhe jene eine ausreichende Präventivwirkung entfalten.

Nach der Theorie der optimalen Sanktionen stellen Unternehmen eine mögliche Geldbuße bei der Entscheidung über kartellrechtskonformes oder kartellrechtswidriges Verhalten in Rechnung.¹⁸⁰ Der erwartete Nutzen eines Kartellrechtsverstößes und die voraussichtlichen Kosten eines Verstößes werden unter Berücksichtigung der Ahndungswahrscheinlichkeit abgewogen. Theoretisch handelt es sich bei der Bestimmung der wirksamen Geldbuße um einen Vergleich von Erwartungswerten. Eine ausreichende Abschreckungswirkung ist nur dann gegeben, wenn die Geldbuße mindestens den Betrag erreicht, der sich aus der Multiplikation des erwarteten Kartellgewinns mit dem Kehrwert der erwarteten Aufdeckungswahrscheinlichkeit ergibt. Für die Aufdeckungswahrscheinlichkeit eines Kartells liegen Schätzungen vor, deren

176 Vgl. dpa, Deutsche Bahn reicht Klage gegen Schienenkartell ein, Frankfurter Rundschau, 20. Dezember 2012, Ott, K., Städtische Verkehrsbetriebe klagen gegen Schienenkartell, Süddeutsche Zeitung, 21. Februar 2013; Wiederholungstäter Thyssen-Krupp droht Millionenzahlung, Süddeutsche Zeitung, 4. Dezember 2012; EU-Kommission, Pressemitteilung vom 24. Juni 2008, IP/08/998.

177 LG Mannheim Urteil vom 4. Mai 2012, 7 O 463/11 Kart – Feuerlöschfahrzeuge.

178 Vgl. ARD, <http://www.tagesschau.de/wirtschaft/thyssen128.html>, Abruf am 11. März 2014; es wird berichtet, dass Deutsche Bahn und ThyssenKrupp im Fall des Schienenkartells einen Vergleich über EUR 150 Mio. geschlossen haben.

179 Vgl. Fleischer, BB 2008, S. 1070 ff.; Altemeier, C., Verantwortlichkeit des Vorstands für Kartellrechtsverstöße: Ein Beitrag zur Organhaftung und zur Organuntreue, Frankfurt 2013; Säcker, WuW 2009, S. 3.

180 Vgl. Landes, W., Optimal Sanctions for Antitrust, University of Chicago Law Review 50 1983, 652 ff.

Ergebnisse von unter 20 Prozent bis 33 Prozent reichen.¹⁸¹ Nach verbreiteter Auffassung reicht die derzeitige Höhe der Geldbußen daher nicht aus, um alle Unternehmen von der Eingehung oder Weiterführung eines Kartells abzuhalten.¹⁸² Vielmehr müssten die Geldbußen – bei gleich bleibender Aufdeckungswahrscheinlichkeit – weit höher als die gegenwärtig verhängten Geldbußen bemessen werden.¹⁸³

148. Abgesehen davon, dass häufig die notwendigen Daten fehlen, um im konkreten Kartellfall die optimale Geldbuße zu ermitteln, werden nochmals drastisch erhöhten Geldbußen auch verfassungsrechtliche Bedenken, etwa das Verhältnismäßigkeitsprinzip betreffend, entgegen gehalten.¹⁸⁴ Des Weiteren könnte eine nochmalige Erhöhung der verhängten Geldbußen insbesondere zur Existenzgefährdung von betroffenen Unternehmen führen, die mit weiteren sozialen Folgen für Dritte, insbesondere Arbeitnehmer und Gläubiger, einhergehen würde. Zwar können Bundeskartellamt und Europäische Kommission die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines Unternehmens im konkreten Einzelfall bei der Bußgeldbemessung in Rechnung stellen.¹⁸⁵ Mit einer entsprechenden Ankündigung in den Bußgeld-Leitlinien, der zufolge Geldbußen bei eingeschränkter wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit bzw. der Gefahr der wirtschaftlichen Überlebensfähigkeit gegebenenfalls abgesenkt werden, verringert sich jedoch gleichzeitig die Abschreckungswirkung der angedrohten Sanktionen.

149. Des Weiteren können Unternehmen im bestehenden System aufgrund der Bonusregelung darauf hoffen, im Fall eigenen geschickten Verhaltens doch bußgeldfrei zu bleiben oder nur ein verringertes Bußgeld auferlegt zu bekommen, wenn sie eines Tages das Kartell aufdecken bzw. an seiner Aufdeckung mitwirken.¹⁸⁶ Somit lässt sich der Bonusregelung zwar einerseits ein gewisser Erfolg bei der Kartellverfolgung nicht absprechen. Andererseits trägt sie aber dazu bei, die von behördlichen Sanktionen ausgehende Abschreckungswirkung zu vermindern, da durch geschicktes Verhalten der Kartelltäter ein Erlass oder Teilerlass der Geldbuße erreicht werden kann.¹⁸⁷ Auch derartige Überlegungen werden ökonomisch rational vorgehende Unternehmensverantwortliche in ihr Kalkül einbeziehen. Dementsprechend müssten Androhung und Verhängung von abschreckenden Geldbußen nach der Theorie der optimalen Sanktion wiederum entsprechend höher ausfallen.

150. Schließlich ist daran zu erinnern, dass jedenfalls vor Inkrafttreten der Achten GWB-Novelle eine Sanktionslücke im Hinblick auf die Rechtsnachfolge von kartellbeteiligten juristischen Personen und Personenvereinigungen bestand.¹⁸⁸ Durch eine Umstrukturierung oder Veräußerung konnten sie sich der

181 Vgl. Bryant, P./Eckhard, E., Price Fixing: The Probability of Getting Caught, Review of Economics and Statistics 1991, S. 531 ff. (13 bis 17 Prozent Aufdeckungswahrscheinlichkeit). Diese Schätzung basiert allerdings auf dem Zeitraum von 1961 bis 1988, der vor Einführung der Kronzeugenprogramme durch die Europäische Kommission und das Bundeskartellamt liegt; Wils (2008) legt seiner Schätzung daher eine Aufdeckungswahrscheinlichkeit von 33 Prozent zugrunde und hält eine ausreichende Abschreckungswirkung erst bei Geldbußen ab einer Höhe von 150 Prozent des mit den kartellbefangenen Produkten erwirtschafteten jährlichen Umsatzes für gegeben, Wils, W., Efficiency and Justice in European Antitrust Enforcement, a. a. O., Tz. 550 ff.

182 Vgl. hierzu schon Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten 2010/2011, Stärkung des Wettbewerbs bei Handel und Dienstleistungen, Baden-Baden 2012, Tz. 476 m. w. N.

183 So wird für US-Bußgelder eine Verfünfachung diskutiert, vgl. Lande, R./Connor, J., Cartels As Rational Business Strategy: Crime Pays, Cardozo Law Review 34, 427-490.

184 Vgl. Möschel, WuW 2010, S. 869 ff., der das Verhältnismäßigkeitsprinzip bereits bei der derzeitigen Geldbußenhöhe als verletzt ansieht.

185 Europäische Kommission, Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, a. a. O., Tz. 35; vgl. BKartA, Leitlinien für die Bußgeldzumessung in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren vom 25. Juni 2013, Tz. 2, 16.

186 Diese Überlegung gilt grundsätzlich auch hinsichtlich der Möglichkeit der einverständlichen Verfahrensbeendigung durch Settlements. Allerdings ist die Reduzierung des Bußgelds insoweit auf zehn Prozent beschränkt, sodass auch die Verminderung des Abschreckungseffekts begrenzter als bei der Bonusregelung sein dürfte, vgl. BKartA, Das Settlement-Verfahren des Bundeskartellamtes in Bußgeldsachen, Merkblatt vom 23. Dezember 2013.

187 Vgl. Stockmann, FS für Bechtold, 2006, S. 559, 567.

188 BGH WuW/ DE-R 3455 ff.; Monopolkommission, Sondergutachten 63, Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht, Baden-Baden 2012, Rz. 127.

gegen sie verhängten Geldbuße relativ einfach entziehen. Insofern bleibt abzuwarten, ob die punktuellen Gesetzesänderungen durch die letzte GWB-Novelle wirksame Abhilfe schaffen.

151. Die Abschreckungswirkung von Geldbußen gegenüber natürlichen Personen dürfte noch deutlich geringer ausfallen. Wie bereits dargelegt, liegt die Aufdeckungswahrscheinlichkeit bei Zuwiderhandlungen gegen das Kartellrecht nach heutigen Erkenntnissen bei ca. 30 Prozent. Geht man davon aus, dass an Kartellen regelmäßig eine Vielzahl von natürlichen Personen mitwirkt, die Europäische Kommission diese jedoch überhaupt nicht mit einer Geldbuße belegen kann und das Bundeskartellamt nur einen Teil der verantwortlichen natürlichen Personen pro Kartellfall ordnungswidrigkeitenrechtlich verfolgt, ist die Verfolgungswahrscheinlichkeit nochmals deutlich kleiner als im Falle einer Ahndung kartellbeteiligter Unternehmen. Demnach muss auch die Abschreckungswirkung gegenüber natürlichen Personen als zusätzlich verringert angesehen werden. Unter diesen Voraussetzungen erscheint es sehr fraglich, ob die Erhöhung des Regelbußgeldrahmens von EUR 500.000 auf EUR 1 Mio. für die schwerwiegenden bzw. von EUR 25.000 auf EUR 100.000 für die leichteren Kartellordnungswidrigkeiten im Rahmen der Siebten GWB-Novelle für eine wirksame Abschreckung genügt.

152. Zweifelhaft ist die von Geldbußen gegenüber natürlichen Personen ausgehende präventive Wirkung ferner, sofern diese damit rechnen können, von ihrem Arbeitgeber eine entsprechende Kompensation zu erhalten. Eine solche Entschädigung kann sowohl ex ante als auch ex post geleistet werden, z. B. indem schon zu einem Zeitpunkt vor der behördlichen Entdeckung des Kartells ein höheres Gehalt oder zusätzliche Leistungen vereinbart werden oder nach Durchführung eines Ordnungswidrigkeitenverfahrens die Summe, die der Geldbuße entspricht, an den Mitarbeiter erstattet wird.

Die rechtliche Zulässigkeit solchen Kompensationsleistungen wird zwar zunehmend infrage gestellt. Diskutiert werden in diesem Zusammenhang insbesondere Fragen der gesellschafts- und strafrechtlichen Haftung jener Personen, die eine Entschädigung aus Unternehmensvermögen veranlassen. In Betracht gezogen werden etwa Schadenersatzansprüche wegen Pflichtenverstoßes nach § 93 AktG oder eine Strafbarkeit wegen Untreue gemäß § 266 StGB.¹⁸⁹ Eine Strafbarkeit wegen Strafvereitelung kommt hingegen in aller Regel nicht in Betracht, weil als Anknüpfungstat jedenfalls derzeit keine Straftat – mit Ausnahme des Submissionsbetrugs – vorliegt. Außerdem ist zu konstatieren, dass jedenfalls dann, wenn keine direkte Erstattung im Nachgang der Geldbuße erfolgt, der Nachweis einer Kompensation oft schwer zu führen sein dürfte.

153. Schließlich würde die Abschreckungswirkung von persönlichen Geldbußen gänzlich entfallen, wenn das Risiko, eine mögliche Geldbuße wirklich aus der eigenen Tasche zahlen zu müssen, mittels entsprechender Versicherungen ausgeschlossen werden könnte. In Bezug auf Leistungen von Versicherungen für Führungskräfte, sogenannte D&O-Versicherungen, dürfte indes davon auszugehen sein, dass ein Täter jedenfalls bei nachgewiesenem vorsätzlichem Verhalten keine entsprechenden Ansprüche hat.

6 Präventivwirkung von Kriminalstrafen

154. Die Einführung von Kriminalstrafen für kartellverantwortliche natürliche Personen ist grundsätzlich zu empfehlen, wenn die strafrechtliche Verfolgung eine gegenüber dem jetzigen Sanktionensystem, das in erster Linie auf Geldbußen gegenüber kartellbeteiligten Unternehmen basiert, gesteigerte Abschreckungswirkung von aktuellen und potenziellen Kartelltätern entfaltet.¹⁹⁰ In diesem Fall würde die Zahl der Kartellrechtsverletzungen sinken, die (optimalen) Geldbußen könnten reduziert, Insolvenzen und sonstige soziale Kosten für Dritte vermieden werden. Die Bundesregierung sah allerdings noch im Jahr 2008 anlässlich einer Anfrage im

¹⁸⁹ Vgl. Fleischer, BB 2008, S. 1070 ff.; Altemeier, C., Verantwortlichkeit des Vorstands für Kartellrechtsverstöße: Ein Beitrag zur Organhaftung und zur Organuntreue, a. a. O.

¹⁹⁰ Zu Bestrebungen, ein Unternehmensstrafrecht in das deutsche Recht aufzunehmen, vgl. Abschnitt 11.3 in diesem Kapitel.

Bundestag keinen Anlass, ihre bisherige ablehnende Haltung zur Kriminalisierung kartellrechtlicher Verstöße zu ändern. Erfahrungen aus anderen Ländern hätten bislang keine Anhaltspunkte dafür erbracht, dass die strafrechtliche Ahndung auf die Zahl oder das Ausmaß von Wettbewerbsverstößen signifikante Auswirkungen habe.¹⁹¹ Nach Ansicht der OECD gibt es zwar keine systematische empirische Evidenz für eine verstärkte Abschreckungswirkung von Kriminalstrafen im Kartellrecht, sondern lediglich „anekdotische“ Belege. Sie geht aber davon aus, dass viele Staaten eine höhere Abschreckungswirkung von Kriminalstrafen als offensichtlich ansehen.¹⁹²

155. Dass von strafrechtlichen Sanktionen eine große Abschreckungswirkung ausgeht, legen die Ergebnisse mehrerer Umfragen nahe. Obgleich die Umfragen in verschiedenen Ländern mit unterschiedlichen institutionellen Rahmenbedingungen in unterschiedlichen Zeiträumen durchgeführt wurden, ergibt sich ein einheitliches Bild. So weist nach Ansicht von im Jahr 2007 befragten Unternehmen in Großbritannien die strafrechtliche Verfolgung mit Mündung in einer Freiheitsstrafe die größte Abschreckungswirkung auf, gefolgt von einem Berufsverbot, Geldbußen und privaten Schadenersatzklagen.¹⁹³ Eine Umfrage unter U.S.-amerikanischen Juristen im Jahr 1980 ergab, dass Freiheitsstrafen und private Schadenersatzklagen als wirksamste Sanktionen gelten.¹⁹⁴ Zu einem ähnlichen Resultat kam auch eine Befragung unter in Brüssel tätigen Juristen Anfang der 1980er Jahre.¹⁹⁵ Dass Freiheitsstrafen eine wesentliche Abschreckungswirkung entfalten können, geht indirekt ebenfalls aus einer Befragung von Schweizer Unternehmen, Verbänden und Juristen in 2008 hervor.¹⁹⁶ Berichte aus den USA, in denen die strafrechtliche Verfolgung eine lange Tradition hat, sprechen ebenfalls für eine hohe Abschreckungswirkung von Kriminalstrafen. Diese zeige sich insbesondere in einem Rückgang inländischer Kartelle; außerdem würden Kartelle wegen der in den USA drohenden strafrechtlichen Sanktionen häufig nicht auf das Hoheitsgebiet der USA ausgedehnt.¹⁹⁷

156. Nach Auffassung der Monopolkommission ist eine besondere Abschreckungswirkung von Kriminalstrafen für Entscheidungsträger in Unternehmen kaum bestreitbar. Zwar kennt das deutsche Strafrecht sehr kurze Freiheitsstrafen nur im Ausnahmefall; kurze Freiheitsstrafen werden zudem i. d. R. zur Bewährung ausgesetzt. So verhängt das Gericht gemäß § 47 Abs. 1 StGB eine Freiheitsstrafe unter sechs Monaten nur, wenn besondere Umstände, die in der Tat oder der Persönlichkeit des Täters liegen, die Verhängung einer Freiheitsstrafe zur Einwirkung auf den Täter oder zur Verteidigung der Rechtsordnung unerlässlich machen. Ferner werden Freiheitsstrafen von nicht mehr als einem Jahr unter den in § 56 Abs. 1 StGB genannten Voraussetzungen zur Bewährung ausgesetzt; eine Aussetzung zur Bewährung ist gemäß § 56 Abs. 2 StGB unter besonderen Umständen auch bei Freiheitsstrafen bis zu zwei Jahren möglich. Selbst kurze Freiheitsstrafen, die zur Bewährung ausgesetzt wurden, sowie Geldstrafen beinhalten indes ein wesentlich stärkeres Unwerturteil als bloße Geldbußen. Kriminalstrafen haben somit einen Stigmatisierungseffekt, der vor allem für im Übrigen unbescholtene und sozial eingegliederte Täter im Bereich der Wirtschaftskriminalität besonders spürbar sein wird.¹⁹⁸

191 Vgl. Antwort der Bundesregierung auf eine Anfrage von MdB Sabine Zimmermann et al., BT-Drs. 16/8681 vom 1. April 2008, Antwort zu Frage 7.

192 Vgl. OECD, Policy Roundtables 2003 Cartel Sanctions against Individuals, DAF/COMP(2004)39, 10. Januar 2005, S. 7.

193 Vgl. Deloitte, The deterrent effect of competition enforcement by the OFT, A report prepared for the OFT by Deloitte, OFT962, a. a. O.

194 Vgl. Beckenstein, A.R./Gabel, L.H., antitrust compliance: results of a survey of legal opinion, *Antitrust Law Journal* 51(3), 1982, S. 459-516.

195 Vgl. Feinberg, R.M., The Enforcement and Effects of European Policy: Results of a Survey of Legal Opinion, *Journal of Common Market Studies* 23(4), 1985, S. 373-384.

196 Vgl. ZEW, Studien zu den Wirkungen des Kartellgesetzes, Endbericht für das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Bern, geringfügig überarbeitete Version vom 20. September 2008. Alternativ könnte die Dauer einer Freiheitsstrafe gesenkt und ein Berufsverbot ausgesprochen werden; vgl. Ginsburg, D.H./Wright, J.D., *Antitrust Sanctions*, *Competition Policy International* 6(2), 2010, S. 3-39.

197 Vgl. Wils, W., *Efficiency and Justice in European Antitrust Enforcement*, a. a. O., Tz. 568 ff.

198 Vgl. Wagner-von Papp, WuW 2010, S. 268, 273.

157. Dazu trägt der Umstand bei, dass Kriminalstrafen - anders als Geldbußen - in das Bundeszentralregister aufgenommen werden (§§ 3, 4 BZRG). Dies gilt grundsätzlich auch bei auf Bewährung ausgesetzten Strafen. Ferner erfolgt eine Aufnahme ins Führungszeugnis bei Verurteilungen zu Geldstrafe von mehr als neunzig Tagessätzen und Freiheitsstrafe von mehr als drei Monaten, § 32 BZRG. Eine Person gilt als vorbestraft, sobald gegen sie eine Strafe in einem Strafprozess ausgesprochen wurde, diese Maßnahme rechtskräftig geworden und nicht im Bundeszentralregister getilgt worden ist. Auch eine Verurteilung auf Bewährung gilt als Vorstrafe.

158. Des Weiteren darf der Umstand, dass heute nach §§ 298, 263 StGB aufgegriffene Sachverhalte häufig „nur“ zu einer Verurteilung zu Geldstrafe oder zur Verfahrenseinstellung führen, nicht zu der Annahme verleiten, dass auch bei einer erweiterten strafrechtlichen Verfolgung von Kartellrechtsverletzungen keine höheren Strafen zu erwarten seien. Vielmehr ist davon auszugehen, dass persönlich verantwortliche Unternehmensmitarbeiter wesentlich höhere Strafen zu erwarten hätten, wenn neben den in aller Regel weniger wirtschaftlich bedeutsamen Fällen des Submissionsbetrugs auch solche Hardcore-Kartelle verfolgt werden, deren hohe volkswirtschaftliche Bedeutung schon darin zum Ausdruck kommt, dass Geldbußen gegen die beteiligten Unternehmen in Millionen- oder sogar Milliardenhöhe verhängt werden. In derartigen Fällen müssten strafrechtlich verfolgte Täter künftig durchaus auch mit der Verhängung von – längeren – Freiheitsstrafen rechnen.

159. Eine Erhöhung der Präventionswirkung ginge mit der strafrechtlichen Verfolgung von Hardcore-Kartellen auch deshalb einher, weil damit die Androhung eines Berufsverbots verbunden ist. Sogenannte „Director disqualification orders in competition cases“ sind vor allem aus dem britischen Wettbewerbsrecht, wo ein Verstoß gegen das Kartellverbot strafrechtliche Folgen nach sich ziehen kann, bekannt.¹⁹⁹ Dort kann ein Berufsverbot bis zu einer Dauer von 15 Jahren verhängt werden; eine Zuwiderhandlung gegen ein solches Berufsverbot ist strafbewehrt.²⁰⁰

Im deutschen Strafrecht ist ein Berufsverbot als Maßregel der Besserung und Sicherung vorgesehen. Nach § 70 Abs. 1 StGB kann das Gericht jemanden, der wegen einer rechtswidrigen Tat, die er unter Missbrauch seines Berufs oder Gewerbes oder unter grober Verletzung der mit ihnen verbundenen Pflichten begangen hat, verurteilt ist, die Ausübung des Berufs, Berufszweiges, Gewerbes oder Gewerbebezweiges für die Dauer von einem Jahr bis zu fünf Jahren verbieten, wenn die Gesamtwürdigung des Täters und der Tat die Gefahr erkennen lässt, dass er bei weiterer Ausübung des Berufs, Berufszweiges, Gewerbes oder Gewerbebezweiges erhebliche rechtswidrige Taten der bezeichneten Art begehen wird. Hiernach können Personen, die Organe juristischer Personen sind, die Berufsausübung verboten werden.²⁰¹ Ebenso kann das Gericht eine Tätigkeit in leitender oder selbstständiger Stellung untersagen.²⁰² Das Berufsverbot kann unter bestimmten Voraussetzungen sogar für immer angeordnet werden. Eine Zuwiderhandlung gegen ein ergangenes Berufsverbot ist ebenfalls strafbar, § 145c StGB.²⁰³

199 Vgl. dazu die Richtlinien des Office of Fair Trading (dessen Aufgaben zum 1. April 2014 von der neu gegründeten Competition and Markets Authority übernommen worden sind), http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.oft.gov.uk/shared_of/business_leaflets/enterprise_act/oft510.pdf, Abruf am 24. Juni 2014.

200 Vgl. ebenda, Tz. 2.10.

201 Leipziger Kommentar-Hanack, StGB § 70, Rn. 6.

202 Leipziger Kommentar-Hanack, StGB § 70, Rn. 52, 54.

203 Zu erwägen wäre darüber hinaus, im Falle einer Kriminalisierung schwerwiegender Kartellrechtsverstöße die Verurteilung wegen einer solchen Tat in den Katalog der Ausschlussgründe nach § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 GmbHG und § 76 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 AktG aufzunehmen. Hiernach kann Geschäftsführer einer GmbH oder Mitglied des Vorstands einer AG nicht sein, wer wegen einer oder mehrerer vorsätzlich begangener Straftaten nach den §§ 283 bis 283d des Strafgesetzbuchs (Insolvenzstraftaten) oder nach den §§ 263 bis 264a oder den §§ 265b bis 266a des Strafgesetzbuchs zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verurteilt worden ist. Dieser Ausschluss gilt für die Dauer von fünf Jahren.

Zwar ist nicht auszuschließen, dass auch insoweit eine finanzielle Kompensation des Täters durch seinen Arbeitgeber erfolgen kann.²⁰⁴ Diese dürfte aber wesentlich schwieriger zu praktizieren sein als im Falle einer Geldbuße, zumal der Verurteilte seine angestammte Tätigkeit im Unternehmen nicht mehr fortführen darf. Daneben dürfte es gerade für bislang im höheren Management tätige Personen einen erheblichen persönlichen Nachteil darstellen, auf Jahre hinaus keine adäquate Tätigkeit mehr ausüben zu dürfen.

7 Principal-Agent-Problem

160. Für eine erweiterte Kriminalisierung von Kartellrechtsverletzungen spricht darüber hinaus, dass die damit verbundene Abschreckung auf die unmittelbar handelnden Unternehmensmitarbeiter zielt und das sogenannte Principal-Agent-Problem löst. Dieses besteht darin, dass die Kartellrechtsverletzung von einer natürlichen Person begangen wird, die Sanktion aber zumeist nur das dahinter stehende Unternehmen trifft. Zuwiderhandlungen von Unternehmen gegen kartellrechtliche Ge- und Verbote werden stets von natürlichen Personen veranlasst, die für das jeweilige Unternehmen handeln. Im derzeitigen Sanktionensystem richten sich hohe Geldbußen oder Schadenersatzforderungen indes in erster Linie an die kartellbeteiligten Unternehmen. Derartige Sanktionen könnten zwar aus dem Blickwinkel der Unternehmen bzw. ihrer Eigentümer eine gewisse Abschreckung bewirken, für die verantwortlichen Mitarbeiter folgen daraus aber Anreize zu kartellrechtskonformem Verhalten nicht in demselben Ausmaß. Ein Grund hierfür ist der Umstand, dass Geldbußen oder Schadenersatzforderungen gegenüber dem Unternehmen keine unmittelbare Auswirkungen auf den einzelnen Mitarbeiter haben. Der aufgezeigte Widerspruch kann nur aufgelöst werden, indem die Anreize zu kartellrechtskonformem Verhalten direkt bei den handelnden Personen ansetzen. Wie oben gesehen, werden Geldbußen gegenüber natürlichen Personen in Deutschland nach wie vor eher selten und sehr wahrscheinlich in unter dem Aspekt der Abschreckung zu geringer Höhe verhängt; nach europäischem Kartellrecht sind sie überhaupt nicht zulässig. Eine ausreichende Präventivwirkung dürfte mit diesem Sanktionensystem nicht verbunden sein. Dagegen könnten mit der Androhung strafrechtlicher Verfolgung gegenüber dem kartellverantwortlichen Unternehmensmitarbeiter wirksame Verhaltensanreize gesetzt werden.

8 Strafrechtsdogmatische Anforderungen und Kohärenz

161. Bei der Frage einer weiteren Kriminalisierung von Kartellrechtsverstößen sind notwendigerweise auch strafrechtsdogmatische Anforderungen zu berücksichtigen. Straftat und Ordnungswidrigkeit stehen in einem quantitativen Verhältnis, d. h. sie unterscheiden sich nicht dem Wesen, sondern nur dem Grad nach.²⁰⁵ Daraus folgt, dass Bagatellunrecht vom Ordnungswidrigkeitenrecht, schwerere Unrechtstatbestände vom Strafrecht erfasst werden. Erst mit der Rechtsfolge tritt ein qualitatives Element hinzu, da im Unterschied zur Geldbuße die Kriminalstrafe ein sozialetisches Unwerturteil enthält.

162. Das Strafrecht ist somit als Instrument zur gesellschaftlichen Steuerung nur ultima ratio. Es gelten das Subsidiaritätsprinzip und das verfassungsrechtliche Gebot der Verhältnismäßigkeit. Das bedeutet, dass Strafrecht nur zum Schutz gegen qualifizierte Eingriffe in ein wesentliches, sozial erhebliches Rechtsgut in Betracht kommt. Im Wesentlichen müssen zwei Anforderungen erfüllt sein – die Strafwürdigkeit und die Strafbedürftigkeit. Strafwürdigkeit meint im Wesentlichen die Sozialgefährlichkeit oder -schädlichkeit einer Rechtsgutsverletzung. Strafbedürftigkeit ist gegeben, wenn keine anderen wirksameren oder gleich wirksamen Mittel zur Verfügung stehen, um bestimmten Verhaltensweisen zu begegnen. Der Gesetzgeber hat bei der Frage, ob ein Verhalten als Ordnungswidrigkeit oder als Straftat zu behandeln ist, ein weites Ermessen.

²⁰⁴ Dies gilt prinzipiell auch im Hinblick auf eine verhängte Freiheitsstrafe; allerdings ist ein individueller, finanzieller Ausgleich einer Freiheitsstrafe deutlich schwieriger als die Kompensation einer Geldbuße.

²⁰⁵ Vgl. Dannecker/Biermann, in: Mestmäcker/Immenga, GWB, 4. Aufl., 2007, vor § 81, Tz. 21 ff.

163. In der Strafrechtslehre ist weitgehend anerkannt, dass nach den heutigen Maßstäben der Abgrenzung von Straftat und Ordnungswidrigkeit die Einstufung der gravierenden Kartellverstöße als bloße Ordnungswidrigkeit verfehlt und im Gesamtsystem des Strafrechts nicht mehr zu rechtfertigen ist.²⁰⁶ Die den Wettbewerb schützenden Ge- und Verbote des GWB gewährleisten die Offenhaltung der Märkte, den umfassenden Schutz der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit aller sowie fundamentale Funktionen der Wirtschaftssteuerung. In den letzten Jahren nimmt daneben der Schutz der Verbraucher eine zunehmende Bedeutung ein. Die Beeinträchtigung dieser Funktionen ist für die Wirtschaftsordnung in hohem Maße schädlich; insbesondere beim horizontalen Hardcore-Kartell sind Handlungs- und Erfolgsunrecht gravierend.²⁰⁷

164. Demgegenüber werden Verhaltensweisen als Ordnungswidrigkeiten eingestuft, die typischerweise massenhaft auftreten und von geringerem Handlungs- und Erfolgsunrecht geprägt sind, so etwa im Straßenverkehrsrecht. Daneben werden typischerweise Verstöße gegen Auskunft-, Buchführungs-, Melde- und andere Ordnungspflichten mit Geldbußen geahndet. Schwerwiegende Kartellverstöße, die mit Geldbußen in Höhe von bis zu EUR 1 Mio. und darüber hinaus bei Zuwiderhandlungen von Unternehmen und Unternehmensvereinigungen mit bis zu zehn Prozent des von diesen erzielten Gesamtumsatzes geahndet werden können, fallen offensichtlich aus diesem Rahmen.

165. Insbesondere von den Kritikern einer erweiterten Kriminalisierung wird die Strafwürdigkeit von Kartellrechtsverstößen bezweifelt, da in der Allgemeinheit kein Konsens über deren Verwerflichkeit bestehe.²⁰⁸ Fraglich ist jedoch, ob ein solcher Konsens innerhalb der Allgemeinheit und insbesondere innerhalb der gegebenenfalls kartellrechtswidrig handelnden Wirtschaftskreise tatsächlich notwendige Voraussetzung einer strafrechtlichen Ahndung ist.²⁰⁹ Insbesondere ein Vergleich mit anderen im Nebenstrafrecht verankerten Straftatbeständen, z. B. im Recht des unlauteren Wettbewerbs (UWG), im Außenwirtschaftsgesetz (AWG) und im Wertpapierhandelsgesetz (WpHG), macht deutlich, dass insofern kein höherer Grad an allgemeiner Übereinstimmung bezüglich der Strafwürdigkeit als bei Hardcore-Kartellen bestehen dürfte; der Gesetzgeber würde seinen Ermessensspielraum deshalb bei einer entsprechenden Kriminalisierung auch nicht überschreiten. Festzustellen ist außerdem, dass gerade aufgrund von Verhaltensweisen in jüngerer Zeit – insbesondere bezüglich Insiderhandel, Korruptions- und Kartellierungsvorgängen – sowie einer diesbezüglich intensivierten Berichterstattung das Wirtschaftsstrafrecht allgemein verstärkt in das Bewusstsein der Öffentlichkeit gerückt ist. Das Argument eines mangelnden Konsenses könnte schließlich auch in sein Gegenteil gewendet werden: Ein Gefühl der Verwerflichkeit wird sich bei den Adressaten des Kartellrechts und der Allgemeinheit nicht spontan, sondern gerade als Folge einer weitergehenden Kriminalisierung entwickeln.²¹⁰

166. Die Frage der Strafbedürftigkeit von Zuwiderhandlungen gegen das Kartellrecht steht in engem Zusammenhang mit der Frage der Wirksamkeit des gegenwärtig bestehenden Sanktionensystems. Gerade zu der wichtigen Frage einer ausreichenden Prävention lassen sich – wie oben dargelegt – derzeit keine abschließenden Feststellungen treffen. Allerdings gibt es Anzeichen dafür, dass insoweit erhebliche Defizite bestehen.

Demgegenüber werden zum Teil auch die Effektivität und Praktikabilität einer etwaigen strafrechtlichen Sanktionierung infrage gestellt. Beispielhaft genannt seien hier nur Verweise auf mangelnde kartellrechtliche Erfahrungen bei den Staatsanwaltschaften, auf die wahrscheinliche Verlängerung der Verfahrensdauer sowie die zu erwartende Überlastung der zuständigen Verfolgungsbehörden aufgrund des im Strafrecht geltenden Legalitätsprinzips.²¹¹ Hierzu ist festzustellen, dass auch nach Auffassung der Monopolkommission eine

²⁰⁶ Vgl. Dannecker/Biermann, a. a. O., vor § 81, Rn. 17 m. w. N. zu beiden Meinungen.

²⁰⁷ Vgl. Stockmann, a. a. O., S. 559, 566; Wagner-von Papp, WuW 2010, S. 268, 276 f.

²⁰⁸ Vgl. Dreher, WuW 2011, S. 232, 236 f.

²⁰⁹ Vgl. Baumann/Arzt, ZHR 1970, S. 24 ff., 32.

²¹⁰ Vgl. Wagner-von Papp, WuW 2010, S. 268, 275.

²¹¹ In Österreich und den Niederlanden wurden Kriminalstrafen (mit Ausnahme des Submissionsbetrugs) u.a. mit der Begründung mangelnder kartellrechtlicher Expertise der Staatsanwaltschaft in den Jahren 2002 bzw. 1997 abgeschafft.

etwaige verstärkte strafrechtliche Ahndung von Kartellrechtsverstößen nur dann ihre volle Wirksamkeit erlangen kann, wenn sie von entsprechenden Verfahrensregelungen flankiert wird.²¹²

9 Erfahrungen im Ausland

167. Sowohl von Gegnern als auch von Befürwortern einer verstärkten strafrechtlichen Kartellbekämpfung werden die Erfahrungen ausländischer Rechtsordnungen im Hinblick auf die Kriminalisierung von Wettbewerbsverstößen als Beleg für die jeweilige Auffassung angeführt.

168. Allen voran die USA verfügen über langjährige Erfahrungen mit der strafrechtlichen Durchsetzung ihres Antitrust Law. Der Sherman Act sieht dort bereits seit 1890 Kriminalstrafen sowohl für Unternehmen („corporates“) als auch für natürliche Personen („individuals“) vor. Strafrechtliche Sanktionen wurden bis in die 1980er Jahre zwar nur sehr zögerlich angewandt; spätestens seit Einführung der Sentencing Guidelines im Jahr 1987 verhängten die Gerichte jedoch immer wieder – auch mehrjährige – Haftstrafen gegenüber In- wie Ausländern. Im Jahr 1974 wurde die gesetzliche Höchststrafe von einem auf drei Jahre und im Jahr 2004 nochmals auf zehn Jahre verschärft. Neben der hohen Strafandrohung wird insbesondere die konsequente Ermittlungsarbeit der Antitrust Division des Department of Justice für die erfolgreiche Durchsetzung des US-amerikanischen Wettbewerbsrechts verantwortlich gemacht.²¹³

169. In jüngerer Zeit haben das Vereinigte Königreich und Irland Kriminalstrafen für einige Wettbewerbsverstöße eingeführt. Im Vereinigten Königreich sieht der Enterprise Act 2002 strafrechtliche Sanktionen ausschließlich für natürliche Personen vor; die Höchststrafe beträgt dort fünf Jahre. In Bezug auf Unternehmen bleibt es bei der Verhängung von (bloßen) Bußgeldern, was den Überlegungen zur Ausgestaltung des deutschen Kartellrechts entspricht. Bislang wurden im Vereinigten Königreich erst zwei Kartellstrafverfahren abgeschlossen, wobei es lediglich in einem Fall („Marine Hose“) und nur aufgrund der Unterstützung der US-amerikanischen Behörden sowie Gerichte zu der Verhängung von Haftstrafen gegen die Angeklagten kam. In dem zweiten Verfahren („British Airways“) scheiterte eine Verurteilung daran, dass die damalige britische Wettbewerbsbehörde, das Office of Fair Trading (OFT), den vier Angeklagten kein strafbares Verhalten nachweisen konnte. Das Scheitern des Verfahrens wird – neben Ermittlungsfehlern des OFT – vor allem auf die Anforderungen an das Tatbestandsmerkmal „dishonestly“²¹⁴ in Section 188 (1) Enterprise ACT 2002 zurückgeführt. Fraglich war hier, ob es erforderlich ist, dass alle an dem Kartell Beteiligten dieses Merkmal erfüllen oder nur die jeweiligen Angeklagten. Da das Kartell nur aus zwei Unternehmen (British Airways und Virgin Atlantic Airways) bestand, Virgin einen Kronzeugenantrag stellte und dessen Angestellten darauf hin versichert wurde, dass nicht gegen sie ermittelt werde („no action letter“), und das OFT in der Folge bei diesen keine Beweise sicherte, konnte nicht geklärt werden, ob auch die Vertreter von Virgin „dishonestly“ handelten.²¹⁵ Im Jahr 2011 gab es deshalb Reformüberlegungen, die darauf abzielten, das Tatbestandsmerkmal „dishonestly“ abzuschaffen oder zu ersetzen.²¹⁶ Nach Section 47 (2) Enterprise and Regulatory Reform Act 2013 ist dieses Merkmal in Section 188 (1) nunmehr ersatzlos gestrichen.²¹⁷

212 Vgl. hierzu Abschnitt 10 in diesem Kapitel.

213 Vgl. Wagner-von Papp, WuW 2009, 1236, 1137 f.

214 Im Deutschen etwa „unredlicherweise“. Das Merkmal dürfte – jedenfalls ganz grob – mit einer Schädigungsabsicht zu umschreiben sein. Zum Hintergrund vgl. Furse, M., *The Criminal Law of Competition in the UK and in the US. Failure and Success*, Cheltenham 2012, S. 115.

215 Vgl. dazu ebenda, S. 113 ff., 153 ff. Gegen British Airways verhängte die OFT später allerdings eine Geldbuße in Höhe von Pfund 58,5 Mio., während Virgin Atlantic Airways von der Kronzeugenregelung profitierte; vgl. OFT, Pressemitteilung vom 19. April 2012, <http://www.of.gov.uk/news-and-updates/press/2012/33-12>, Abruf am 24. Juni 2014.

216 Vgl. Furse, M., *The Criminal Law of Competition in the UK and in the US. Failure and Success*, a. a. O., 2012, S. 160 ff.

217 Vgl. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/24/section/47/enacted>, Abruf am 24. Juni 2014.

170. In quantitativer Hinsicht stellt sich die Kartellverfolgung in Irland als deutlich erfolgreicher dar als im Vereinigten Königreich. Einerseits wurden in mehreren Kartellverfahren bereits über 30 natürliche Personen und Unternehmen zu Haft- und/oder Geldstrafen verurteilt, obgleich die irische Wirtschaft deutlich kleiner ist als die des Vereinigten Königreichs. Andererseits fielen die Strafen sehr moderat aus. Zudem wurde die Vollstreckung der Haftstrafen bislang stets ausgesetzt, sodass – soweit ersichtlich – noch niemand wegen eines Kartellrechtsverstößes tatsächlich inhaftiert wurde. Zudem hat Irland sein Kartellstrafrecht ausschließlich auf nationale Kartelle angewandt.²¹⁸

171. Während also die Erfahrungen mit der Kriminalisierung des Kartellrechts im Vereinigten Königreich und in Irland als eher ambivalent beschrieben werden können, geht von dem US-amerikanischen Vorgehen eine große Abschreckungswirkung aus, die sogar soweit reicht, dass weltweit operierende Kartelle aus Angst vor möglichen Kriminalstrafen nicht auf die USA ausgedehnt wurden. Die Erfahrungen in den USA führen allerdings auch deutlich vor Augen, dass die Effektivität einer Kriminalisierung von Hardcore-Kartellen entscheidend von der Umsetzung flankierender Maßnahmen abhängt.

Demgegenüber erscheint es nicht gerechtfertigt, von den Erfahrungen aus dem Vereinigten Königreich auf eine ähnliche Entwicklung in einem etwaigen deutschen Kartellstrafrecht schließen zu wollen. Zwar wären die rechtlichen Voraussetzungen insofern vergleichbar, als es auch in Deutschland ein „duales System“ mit Bußgeldern für Unternehmen einerseits und Kriminalstrafen für natürliche Personen andererseits gäbe. Allerdings war der Misserfolg im Fall „British Airways“, der die Wahrnehmung von der Kriminalisierung des Kartellrechts im Vereinigten Königreich maßgeblich zu prägen scheint, auf Ermittlungsfehlern des OFT und der Existenz des „dishonestly“-Merkmals, das im deutschen Kartellrecht keine Entsprechung findet, begründet. Schließlich dürften auch die Erfahrungen in Irland kaum gegen eine Kriminalisierung in Deutschland sprechen, da die hiesige Wirtschaft deutlich größer als die irische ist und dementsprechend bedeutendere Kartellverfahren mit höheren Strafen zu erwarten sind.

10 Flankierende Maßnahmen

172. Gegen eine erweiterte Kriminalisierung von Kartellrechtsverletzungen wird die mangelnde Praktikabilität und Effektivität einer strafrechtlichen Ahndung angeführt. Neben Problemen, die das strafrechtliche Verfahren selbst betreffen, werden negative Rückwirkungen auf das kartellbehördliche Verfahren gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen befürchtet. Zweifel an der Effektivität strafrechtlicher Verfolgung werden mit dem Hinweis auf die regelmäßig überlastete Staatsanwaltschaft und ihr mangelndes Know-how in kartellrechtlichen Fragen begründet. Ferner sei damit zu rechnen, dass die Durchsetzung des Kartellrechts nicht gleichermaßen im Mittelpunkt des Interesses der Staatsanwaltschaft stehe, wie dies bei den Kartellbehörden der Fall sei; als Folge wird eine regelmäßige Verfahrenseinstellung erwartet. Hohe Verfahrens- und Beweisstandards würden zu äußerst umfangreichen und lang andauernden Prozessen führen. In der Folge wäre – aufgrund begrenzter Ressourcen – weniger Kartellverfolgung in der Breite möglich, was die Rechtsdurchsetzung letztlich schwächen würde. Dazu trage auch der Umstand bei, dass eine Konzentration auf die wichtigen Fälle wegen des im Strafprozess geltenden Legalitätsprinzips anders als im Ordnungswidrigkeitenverfahren nicht möglich sei. Daneben wird auf die zunehmende Zuständigkeitspaltung von Straf- und Ordnungswidrigkeitenverfahren hingewiesen, die einen vermehrten Abstimmungsaufwand zur Folge hätte und Ressourcen auch aufseiten der Kartellbehörden binden würde. Negative Rückwirkungen auf die behördliche Kartellverfolgung werden daneben vor allem in Bezug auf die Bonusregelung und das Settlement-Verfahren befürchtet.

173. Die vorgebrachten Einwände gegen eine weiter gehende Kriminalisierung sind nach Auffassung der Monopolkommission nicht alle gleichermaßen substantiell. Was das Know-how und das Interesse an einer strafrechtlichen Kartellbekämpfung aufseiten der Staatsanwaltschaft betrifft, dürfte gerade die Erweiterung

²¹⁸ Vgl. zum Ganzen Furse, M., a. a. O., 2012, S. 177, 186 f.

der Strafbarkeit von Kartellrechtsverletzungen dazu führen, dass entsprechende Kompetenzen und Kapazitäten aufgebaut werden. Daneben dürfen die Erfahrungen mit der bisherigen Einstellungspraxis, die sich lediglich auf die i. d. R. unbedeutenderen Fälle des Submissionsbetrugs beziehen, nicht ohne Weiteres auf schwerwiegende Hardcore-Kartelle, die schon jetzt mit Geldbußen in mehrstelliger Millionenhöhe geahndet werden, übertragen werden. Gerade im Hinblick auf derartige Kartelle scheint darüber hinaus die Geltung des Opportunitätsprinzips nicht zwingend; die erforderliche Flexibilität der Verfolgungsbehörden lässt sich auch im Rahmen des im Strafprozess geltenden Legalitätsprinzips über die Möglichkeit der Verfahrenseinstellung nach den §§ 153 ff. StPO erreichen.

Darüber hinaus ist nicht zu erwarten, dass die Strafgerichtsbarkeit durch Verfahren mit Bezug zum Kartellrecht überfordert wird. Die auf Wirtschaftsstrafrecht spezialisierten Kammern müssen auch in anderen Bereichen komplexe Fälle bewältigen. Zudem gelten im gerichtlichen Ordnungswidrigkeitenverfahren prinzipiell die strafprozessualen Grundsätze. Soweit im Strafverfahren ausgeprägtere Verfahrensrechte und Beweisstandards zu beachten sind, stehen diesen erweiterte Ermittlungsbefugnisse der Verfolgungsbehörden gegenüber. Außerdem kann im Strafprozess von der Möglichkeit der Verständigung nach § 257c StPO Gebrauch gemacht werden. Im Zusammenhang mit der Befürchtung einer weniger breiten Kartellverfolgung ist daran zu erinnern, dass kartellrechtliche Ordnungswidrigkeiten gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen weiterhin vonseiten der Kartellbehörden geahndet werden können, und zwar grundsätzlich unabhängig von der Verfahrensdauer und dem Ausgang des Strafprozesses.

174. Allerdings erscheint die Befürchtung negativer Rückwirkungen auf die Effektivität der kartellbehördlichen Ordnungswidrigkeitenverfahren aufgrund einer vermehrten Verfahrensspaltung begründet. Ferner ist davon auszugehen, dass sich eine verstärkte strafrechtliche Kartellverfolgung auf die Bereitschaft zu Bonusanträgen auswirken wird; eine ähnliche Entwicklung könnte bei Settlement-Verfahren eintreten. Insoweit kann nach Ansicht der Monopolkommission die Effektivität einer erweiterten Kriminalisierung von Kartellrechtsverletzungen nur durch zusätzliche Vorkehrungen sichergestellt werden.

10.1 Kronzeugen-Regelung

175. Einer Empfehlung zur Kriminalisierung einiger – aktuell noch als Bußgeldtatbestände ausgestalteter – Kartellrechtsverletzungen von natürlichen Personen könnte eine etwaige Beeinträchtigung der Bonus- bzw. Kronzeugenregelung des Bundeskartellamtes und der Europäischen Kommission entgegenstehen. Es wird die Befürchtung geäußert, dass die gesetzliche Androhung strafrechtlicher Sanktionen für natürliche Personen zu einem Rückgang von Bonusanträgen führen wird. Da Kronzeugenregelungen als tendenziell positiv eingeschätzt werden²¹⁹ und die Bonusregelung nach Auskunft des Amtes die Einleitung zahlreicher Kartellverfahren bewirkt,²²⁰ hätte es erhebliche negative Effekte auf die hoheitliche Durchsetzung des Kartellrechts, wenn Letztere zukünftig nicht mehr in Anspruch genommen würde.

176. Nach Auffassung der Monopolkommission ist deshalb als flankierende Maßnahme zur Kriminalisierung von horizontalen Hardcore-Kartellen die Schaffung einer strafrechtlichen Kronzeugenregelung für das Kartellrecht notwendig. Zwar existiert im deutschen Strafrecht mit § 46b StGB bereits eine allgemeine Kronzeugenregelung, außerdem haben die Staatsanwaltschaften sowie die Strafgerichte mit den §§ 153 ff.

²¹⁹ Vgl. etwa Miller, N.H., Strategic Leniency and Cartel Enforcement, *American Economic Review* 99(3), 2009, S. 750-768; Brenner, S., An Empirical Study of The European Corporate Leniency Program, *International Journal of Industrial Organization* 27(6), 2009, S. 639-645; De, O., Analysis of Cartel Duration: Evidence from EC Prosecuted Cartels, *International Journal of the Economics of Business* 17, 2010, S. 33-65; Borell, J.-R./Jiménez, J.L./García, C., Evaluating antitrust leniency programs, *Journal of Competition Law and Economics*, 2014, doi:10.1093/joclec/nht017. Diese Einschätzung gilt insbesondere für die USA und das Vereinigte Königreich, da die dortige Teilnahme an Kronzeugenprogrammen mit der Befreiung von zivilrechtlicher und strafrechtlicher Sanktionierung verbunden ist.

²²⁰ Vgl. Der Präsident des Bundeskartellamtes, Herr Andreas Mundt, in, o. V., Kampf gegen Preisabsprachen: 635 Millionen Euro: Kartellamt steuert auf Bußgeldrekord zu, *Focus Money online*, 30. Mai 2014: „Allein rund die Hälfte der Fälle des Bundeskartellamtes ging auf Hinweise von Kronzeugen zurück, berichtete Mundt.“

StPO grundsätzlich die Möglichkeit, auf die Erhebung der öffentlichen Anklage bzw. eine Verurteilung zu verzichten.²²¹ Als nachteilig erweist sich allerdings insoweit, dass der Sanktionsverzicht nach den genannten Vorschriften im Ermessen der zuständigen Stelle liegt. Nach Ansicht der Monopolkommission kann die reibungslose Anwendung der behördlichen Bonusregelung nur durch einen automatischen Straferlass im Gegenzug für die Aufklärung eines Kartellrechtsverstößes wirkungsvoll gewährleistet werden.

177. Eine automatische Immunität vor strafrechtlicher Verfolgung sehen einzelne Normen des Besonderen Teils des StGB sowie die Selbstanzeige im Steuerrecht gemäß § 371 Abgabenordnung (AO) vor. Nach § 298 Abs. 3 StGB wird nicht wegen Submissionsbetrugs bestraft, wer freiwillig verhindert, dass der Veranstalter das Angebot annimmt oder dieser seine Leistung erbringt. Daneben ist auf die Vorschriften der §§ 261 Abs. 9 StGB (Geldwäsche), 266a Abs. 6 Satz 2 StGB (Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt) sowie auf 371 AO hinzuweisen. Gemein ist diesen Vorschriften, dass sie – verkürzt dargestellt – vom Täter das freiwillige Offenbaren der begangenen Tat und das Begleichen des eingetretenen Schadens verlangen.²²²

178. Letzteres scheint im Kartellrecht zwar nicht möglich, da aufgrund von Wettbewerbsbeschränkungen verursachte Schäden zum einen nur schwierig zu beziffern und zum anderen durch den Täter finanziell kaum auszugleichen wären. Dennoch ist die Einführung einer strafrechtlichen Kronzeugenregelung im Kartellrecht – wie auch die der Bonusregelung durch das Bundeskartellamt – damit begründbar, dass es in diesem Bereich eine hohe Dunkelziffer an Verstößen gibt, die ohne den Anreiz einer strafbefreienden Offenlegung niemals aufgeklärt und abgeurteilt werden könnten.

179. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen § 371 AO wegen einer Verletzung des Gleichheitssatzes aus Art. 3 GG hat das Bundesverfassungsgericht in einem obiter dictum zurückgewiesen; die Gültigkeit der Norm sei nicht dadurch berührt, dass der Gesetzgeber in anderen Bereichen keine strafbefreiende Selbstanzeige geschaffen habe.²²³ Während der Selbstanzeige im Steuerrecht vor allem fiskalische Interessen zugrunde liegen, würde die Einführung einer strafbefreienden Kronzeugenregelung im Kartellrecht dem Wettbewerbsschutz dienen. Vor diesem Hintergrund wäre eine etwaige Ungleichbehandlung in Form der Einführung einer bereichsspezifischen Kronzeugenregelung jedenfalls gerechtfertigt.

180. Auch eine Verletzung des Grundsatzes schuldangemessenen Strafens im Sinne eines Untermaßverbotes²²⁴ ist nicht gegeben. Zwar würde einerseits auf die Bestrafung des Kronzeugen verzichtet und dadurch das Rechtsbewusstsein der Allgemeinheit tangiert werden, sodass insofern den Strafzwecken der Repression und Prävention nur unzureichend genügt würde. Um schwerwiegende Verwerfungen zu vermeiden, wäre daher bei der Ausgestaltung der strafrechtlichen Kronzeugenregelung – in Entsprechung der Bonusregelung des Bundeskartellamtes – daran zu denken, den alleinigen Anführer des Kartells und denjenigen, der andere zur Teilnahme an dem Kartell gezwungen hat, von der Straffreiheit auszunehmen. Andererseits ist damit zu rechnen, dass eine Kronzeugenregelung zu einer hohen Aufdeckungs- sowie Sanktionswahrscheinlichkeit führen würde und damit einen großen Abschreckungseffekt für potenzielle Kartelltäter entfaltet; insofern wäre wiederum dem Strafzweck der (General-)Prävention gedient. Gleichzeitig würde aber auch der Repressionszweck verwirklicht, da nun solche Kartelltäter, deren Verstöße anderenfalls möglicherweise unentdeckt blieben, sanktioniert werden könnten. Damit würden beide Strafzwecke durch die Einführung der Kronzeugenregelung in der Summe sogar gestärkt. Im Übrigen wird selbst

221 Während § 46b StGB voraussetzt, dass es sich bei dem in Rede stehenden Delikt um ein solches mit im Mindestmaß erhöhter Freiheitsstrafe handelt, kommt eine Verfahrenseinstellung nach §§ 153 ff. StPO vor allem bei weniger schweren Delikten in Betracht.

222 Nach Wagner-von Papp, WuW 2010, S. 268, 276, Fn.63, könnte eine entsprechende Regelung an § 129 Abs. 6 a. F. angelehnt werden.

223 BVerfG, Urteil vom 28. Juni 1983 – 1 Bv 31/82, wistra 1983, 251.

224 Vgl. BGH, NJW 1971, 61, sowie BGH, NJW 1981, 692, 693: „Von ihrer Bestimmung als gerechter Schuldausgleich darf sich die Strafe weder nach oben noch nach unten inhaltlich lösen.“. Vgl. auch Miebach, in: Münchener Kommentar, StGB, 2. Aufl. 2012, § 46 Rn. 209.

das Unterschreiten der schuldangemessenen Strafe bei besonders bedeutsamen Aufklärungsbeiträgen für vertretbar gehalten.²²⁵

181. Schließlich verstößt das In-Aussicht-Stellen eines Straferlasses im Rahmen einer Kronzeugenregelung nicht gegen den *nemo tenetur*-Grundsatz, da der Täter nicht zur Kooperation gezwungen wird, sondern ihm lediglich die – zusätzliche – Möglichkeit einer solchen eröffnet wird.²²⁶

10.2 Settlements

182. Ein weiterer, im Zusammenhang mit der Kriminalisierung von Kartellrechtsverstößen problematisierter Punkt betrifft die Auswirkungen auf das Settlement-Verfahren des Bundeskartellamtes. Aktuell wird der ganz überwiegende Teil der Bußgeldverfahren vor dem Bundeskartellamt mit den (Neben-)Betroffenen²²⁷ einvernehmlich beendet. Settlements sind für das Bundeskartellamt zu einem wichtigen Instrument der Kartellrechtsdurchsetzung geworden, da sie eine nicht unwesentliche Verkürzung des Bußgeldverfahrens zur Folge haben und außerdem deutlich weniger Rechtsmittelverfahren nach sich ziehen.

183. Kernaspekt der Settlements ist seitens des Betroffenen die Abgabe eines Geständnisses (bzw. seitens der Nebenbetroffenen einer sogenannten Settlement-Erklärung) sowie der Verzicht auf bestimmte Verfahrensrechte, wie etwa eine vollständige Akteneinsicht oder eine umfassende Begründung des Bußgeldbeschlusses. Im Gegenzug gewährt das Bundeskartellamt dem Betroffenen eine Bußgeldermaßigung; bei Hardcore-Kartellen (Preis-, Mengen- und Gebietsabsprachen) ist diese – in Entsprechung zum Vergleichsverfahren der Europäischen Kommission – auf zehn Prozent begrenzt. Die Teilnahme an dem Settlement-Verfahren ist für die Betroffenen freiwillig, und das Angebot zur Durchführung eines solchen steht im Ermessen des Bundeskartellamtes. Die Vorschriften über die Verständigung in Strafverfahren, insbesondere § 257c StPO, gelten in behördlichen Bußgeldverfahren zwar nicht; deren rechtsstaatliche Grundsätze finden hier aber gemäß § 46 Abs. 1 OWiG sinnngemäße Anwendung.²²⁸

184. Fraglich ist, ob die Ausgestaltung einiger kartellrechtlicher Verbotstatbestände als Straftaten einen negativen Einfluss auf die Settlement-Praxis des Bundeskartellamtes in Bußgeldverfahren haben wird. Dabei gilt es zunächst zu berücksichtigen, dass die Einführung von Kriminalstrafen überhaupt nur in Bezug auf natürliche Personen beabsichtigt ist, während es hinsichtlich der Zuwiderhandlungen durch juristische Personen bei der Ausgestaltung als bloße Ordnungswidrigkeiten bleiben soll. Folglich gäbe es eine Zerteilung des kartellrechtlichen Sanktionenrechts mit Strafverfahren für natürliche Personen einerseits und Bußgeldverfahren für juristische Personen (bzw. Personenvereinigungen) andererseits. Nur für die Bußgeldverfahren vor den Kartellbehörden, insbesondere dem Bundeskartellamt, kommt auch zukünftig die Anwendung der eingangs geschilderten Settlement-Praxis in Betracht.

185. Möglicherweise entscheiden sich Unternehmen vermehrt gegen eine Teilnahme an dem Settlement-Verfahren, wenn die für den Kartellverstoß verantwortlichen natürlichen Personen im Nachgang eine Verurteilung in einem Strafverfahren fürchten müssen. Die Bereitschaft der in den Unternehmen zuständigen

²²⁵ Vgl. Maier, in Münchener Kommentar, StGB, 2. Aufl. 2012, § 46b Rn. 8, 112. Das Bundesverfassungsgericht bezeichnet die Kronzeugenregelung des § 31 BtMG gar als „schuldunabhängigen Strafmilderungsgrund“; vgl. BVerfG, NJW 2002, 908, 909.

²²⁶ Vgl. exemplarisch zum Kartellordnungswidrigkeitenrecht Wiesner, Der Kronzeuge im Kartellrecht, 2004, S. 147 ff., sowie Zagrosek, Kronzeugenregelungen im U.S.-amerikanischen, europäischen und deutschen Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 2006, S. 168 ff., jeweils m. w. N.

²²⁷ Settlements gibt es sowohl mit Unternehmen als auch mit den jeweiligen, für den Verstoß verantwortlichen natürlichen Personen. Da Ordnungswidrigkeiten nach der Konzeption des deutschen Rechts ausschließlich von natürlichen Personen begangen werden können, wird deren kartellrechtswidriges Handeln den Unternehmen nach § 30 OWiG zugerechnet. Deshalb werden im Bußgeldverfahren natürliche Personen als Betroffene und Unternehmen (nur) als Nebenbetroffene bezeichnet. Der Einfachheit halber wird im Folgenden für alle Bußgeldadressaten der Begriff „Betroffene“ verwendet.

²²⁸ Vgl. Bundesregierung, Gesetzentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren mit ausdrücklichem Hinweis auf Kartellordnungswidrigkeiten, BT-Drs. 16/12310 vom 18. März 2009, S. 15 f.

Leitungspersonen zur einvernehmlichen Verfahrensbeendigung könnte sinken. Denn im Falle der Existenz eines vorausgegangenen Settlements zwischen Unternehmen und Bundeskartellamt – einschließlich des obligatorischen Geständnisses – dürfte dieses zumindest faktisch eine gewisse präjudizielle Wirkung entfalten; die Aussichten der jeweiligen natürlichen Personen auf eine erfolgreiche Verteidigung vor den Strafgerichten wäre geschmälert. Zwar gibt es auch im Strafprozess die Möglichkeit der Verständigung, § 257c StPO. Es steht aber im Ermessen des Gerichts, einen entsprechenden Vorschlag zu machen, dem auch die Staatsanwaltschaft zustimmen muss. Angesichts einer drohenden Geld- oder sogar Freiheitsstrafe könnten sich die Angeklagten daher tendenziell eher zu einer streitigen Verteidigung entschließen.

186. Andererseits ist daran zu erinnern, dass das Settlement-Verfahren für Unternehmen gewichtige (Kosten-)Vorteile mit sich bringt. Das Unternehmen erreicht im Wege des Settlements eine deutliche Verkürzung des Kartellverfahrens und gelangt schnell aus der öffentlichen Berichterstattung, was etwaige Reputationsverluste mindert. Ob ein Unternehmen auf diese Vorteile verzichtet, um einzelne Mitarbeiter vor strafrechtlicher Verfolgung zu schützen, dürfte von vielen verschiedenen Umständen – der Ernsthaftigkeit von Compliance-Bestreбungen, der Stellung des Mitarbeiters im Unternehmen etc. – abhängen.

187. Je nachdem, wie schwerwiegend das aufgezeigte Problem bewertet wird, bieten sich verschiedene Vorgehensweisen an. Zum einen würde sich die Situation entschärfen, wenn die Entscheidung für ein Settlement auf Unternehmensebene einen Strafmilderungsgrund nach § 49 Abs. 1 Nr. 2 StGB darstellen würde. Ein entsprechender Passus müsste in eine Norm, die schwerwiegende Kartellrechtsverstöße unter Strafe stellt, aufgenommen werden. Gegenüber den verantwortlichen Unternehmensmitarbeitern dürfte dann bei zeitiger Freiheitsstrafe höchstens auf drei Viertel des angedrohten Höchstmaßes erkannt werden, bei Geldstrafe würde dasselbe für die Höchstzahl der Tagessätze gelten.

Einen entgegengesetzten Weg hat Australien eingeschlagen, wo im Jahr 2009 Hardcore-Kartelle kriminalisiert worden sind. Mitarbeiter der australischen Wettbewerbsbehörde haben sich dahin gehend geäußert, dass in den Fällen, in denen eine strafrechtliche Verfolgung in Betracht komme, die bisherigen Verständigungsmöglichkeiten entfallen. Die Wettbewerbsbehörde werde dann keine Verhandlungen führen.²²⁹ Nach Auffassung der Monopolkommission könnte ein Vorteil dieser Verwaltungspraxis darin liegen, dass sich damit die Anreize, ein Kartell selbst aufzudecken, um in den Genuss der Kronzeugenregelung zu kommen, erhöhen. Denn kartellbeteiligte Unternehmen und persönlich Verantwortliche müssen davon ausgehen, dass sie im Fall einer anderweitigen Aufdeckung eines strafbaren Kartells nicht von den Vorteilen eines Settlement-Verfahrens, insbesondere einer Bußgeldreduktion, profitieren können.

10.3 Zuständigkeit und Koordination der Behörden

188. Nach gegenwärtiger Rechtslage liegt die Kompetenz zur Verfolgung von Kartellrechtsverstößen in erster Linie bei den Kartellbehörden, § 81 Abs. 10 Nr. 3 GWB. Nur bei Anhaltspunkten für einen Submissionsbetrug gibt die Kartellbehörde das Verfahren gegen die betreffenden natürlichen Personen gemäß § 41 Abs. 1 OWiG an die Staatsanwaltschaft ab. Für die Verfolgung der juristischen Personen oder Personenvereinigungen bleiben die Kartellbehörden aber auch dann zuständig, wenn die Staatsanwaltschaft gegen eine natürliche Person wegen einer strafrechtlichen Anknüpfungstat ermittelt, § 82 GWB. Wegen der gespaltenen Zuständigkeit bestimmt Nr. 242 der Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV) eine enge Zusammenarbeit zwischen Kartellbehörden und Staatsanwaltschaft. Legt ein Betroffener Einspruch gegen den Bußgeldbescheid ein, leiten die Kartellbehörden den Vorgang ebenfalls an die Staatsanwaltschaft weiter. Gemäß § 82a GWB haben die Kartellbehörden im gerichtlichen Bußgeldverfahren ein Fragerecht.

189. Eine Kriminalisierung von Kartellrechtsverletzungen hätte zur Folge, dass Verfolgungszuständigkeiten vermehrt auf die Staatsanwaltschaften übergingen. Es besteht die Befürchtung, dass damit negative Rück-

²²⁹ Vgl. Bueren, E., Verständigungen – Settlements in Kartellbußgeldverfahren, Baden-Baden 2011, S. 424 m. w. N.

wirkungen auch auf die kartellbehördliche Ahndung von Unternehmen und Unternehmensvereinigungen verbunden wären. Aufgrund der häufigeren Verfahrensspaltung könnten sich Reibungsverluste ergeben, die z. B. aus den zahlreichen Abstimmungserfordernissen bei der Vorbereitung und Durchführung von Ermittlungshandlungen resultieren. Die Notwendigkeit eines vermehrten Ressourceneinsatzes bei den Kartellbehörden und eine längere Verfahrensdauer auch im Hinblick auf das behördliche Ordnungswidrigkeitenverfahren könnten die Folge sein. Dies könnte letztlich zu einer Situation führen, in der noch weniger Kartellverstöße (gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen) geahndet werden.

190. Um dieses Problem zu lösen, müssten die Kartellbehörden verstärkt in das strafrechtliche Verfahren eingebunden werden. Als Vorbild könnte insofern die Regelung der §§ 386 ff. AO dienen, der zufolge den Finanzbehörden im Steuerstrafverfahren zentrale Funktionen im Ermittlungsverfahren zugewiesen sind.²³⁰ Sie führen das Ermittlungsverfahren wegen einer Steuerstraftat nach § 386 Abs. 2 AO selbstständig und ohne Weisungsmöglichkeit der Staatsanwaltschaft, solange diese das Verfahren nicht an sich zieht. Selbst wenn die Staatsanwaltschaft Herrin des Ermittlungsverfahrens ist, bleibt die Finanzbehörde Ermittlungsperson der Staatsanwaltschaft, § 402 AO. Gemäß § 403 AO haben die Finanzbehörden weitere Teilnahme-, Informations- und Anhörungsrechte. Beabsichtigt die Staatsanwaltschaft die Einstellung des Verfahrens, muss sie zuvor gemäß § 403 Abs. 4 AO die zuständige Finanzbehörde hören. Zur Begründung dieser Regelungen wird vor allem auf die besondere Sachkunde der Finanzbehörden hingewiesen. Mit demselben Argument könnte eine entsprechende Stellung der Kartellbehörden in Kartellstrafverfahren geschaffen werden.²³¹

191. Gleichzeitig sollte eine enge Zusammenarbeit zwischen Kartellbehörden einerseits und Staatsanwaltschaft und Polizei andererseits sichergestellt werden. Auf diese Weise könnte die Kartellverfolgung von den Erfahrungen der Staatsanwaltschaft und Polizei bei der Ermittlungsarbeit und entsprechenden personellen Ressourcen profitieren.

11 Sonstige Optionen zur Erweiterung des Sanktionensystems

192. In der aktuellen Debatte um eine Erweiterung des (kartell-)rechtlichen Sanktionensystems werden neben der verstärkten strafrechtlichen Verfolgung von Zuwiderhandlungen weitere Optionen erörtert. Im Folgenden diskutiert die Monopolkommission einige der Vorschläge, die für die Kartellverfolgung besonders relevant erscheinen.

11.1 Berufsverbot

193. Bei einer erweiterten strafrechtlichen Ahndung von Kartellrechtsverletzungen würde die Bestimmung des § 70 StGB dem Gericht im Hinblick auf die neu erfassten Verhaltensweisen die Möglichkeit eröffnen, dem Täter die Ausübung seines Berufs für eine befristete Dauer oder auch unbefristet zu verbieten. Die Monopolkommission ist der Auffassung, dass von der Androhung eines Berufsverbotes – ähnlich wie von der Androhung von Kriminalstrafen – eine erhöhte Abschreckungswirkung gegenüber den verantwortlichen natürlichen Personen ausgehen würde. Zudem würde das Berufsverbot den Handelnden selbst treffen und somit das „Principal-Agent-Problem“ lösen, das besteht, wenn der Kartellrechtsverstoß zwar von einer natürlichen Person begangen wird, die Sanktion aber das dahinter stehende Unternehmen trifft.

194. Für den Fall, dass der Gesetzgeber auch in Zukunft von einer stärkeren strafrechtlichen Verfolgung absehen sollte, ist daher die Einführung von Berufsverboten im GWB, die an die Verhängung einer Geldbuße geknüpft sein könnten, zu erwägen. Damit eine Befolgung des Berufsverbotes sichergestellt ist und Zuwiderhandlungen hiergegen effektiv geahndet werden können, wäre ferner eine entsprechende Änderung des

²³⁰ Vgl. Biermann, ZWeR 2007, S. 1 ff., 43 f.

²³¹ Vgl. Klocker/Ost, in FS Rainer Bechtold, 2006, S. 229, 245 f., die eine Zuständigkeit der Kartellbehörden als Verfolgungsbehörde auch nach Einlegung des Einspruchs gegen den Bußgeldbescheid vorschlagen.

§ 145c StGB erforderlich, da die Bestimmung in der geltenden Fassung lediglich Zuwiderhandlungen gegen strafgerichtlich verhängte Berufsverbote sanktioniert.

195. Eine bereichsspezifische Vorschrift, die einen bußgeldbewehrten Verstoß sanktioniert, existiert de lege lata in Gestalt des § 25 Abs. 2 Satz 1 i. V. m. Abs. 1 JarbSchG. Dieser verbietet es Personen, gegen die wegen einer Ordnungswidrigkeit nach § 58 Abs. 1 bis 4 JarbSchG wenigstens dreimal eine Geldbuße rechtskräftig festgesetzt worden ist, Jugendliche zu beschäftigen, zu beaufsichtigen, etc. Ein Verstoß gegen das Beschäftigungsverbot des § 25 Abs. 2 Satz 1 i. V. m. Abs. 1 JarbSchG ist wiederum gemäß § 58 Abs. 2 JarbSchG bußgeldbewehrt. Eine gesonderte gerichtliche oder behördliche Untersagung ist nicht erforderlich; das Verbot greift vielmehr von Gesetzes wegen. Die Vorschrift zeigt, dass selbst ein solch schwerwiegender Eingriff wie die Verhängung eines Berufsverbotes nicht lediglich im Falle einer strafrechtlichen Verurteilung, sondern auch bei der Festsetzung einer Geldbuße in Betracht kommt. Im Kartellordnungswidrigkeitenrecht kann die überragende Bedeutung des Wettbewerbsschutzes ein Berufsverbot in gleichem Maße rechtfertigen.

196. Die Monopolkommission gibt ferner zu bedenken, dass das Berufsverbot des § 70 StGB als Maßregel der Besserung und Sicherung in erster Linie präventiv wirkt, indem es die Allgemeinheit vor spezifischen, mit der Ausübung eines Berufes oder Gewerbes verbundenen Gefahren schützt.²³² Dieser Schutzzweck beansprucht auch im Kartellordnungswidrigkeitenrecht Geltung. Denn es ist zu befürchten, dass sich eine Leitungsperson, die bereits gegen das Verbot von Hardcore-Kartellen verstoßen hat, erneut in ähnlicher Weise verhalten und damit der Allgemeinheit ganz erheblichen Schaden zufügen wird.

197. Darüber hinaus sind berufs- bzw. gewerbebezogene Ausübungsbeschränkungen mit präventivem Charakter auch dem deutschen Verwaltungsrecht nicht fremd. So kann gemäß § 21 Abs. 1 GastG die Beschäftigung einer Person in einem Gaststättenbetrieb dem Gewerbetreibenden untersagt werden, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die Person die für ihre Tätigkeit erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt. Im Unterschied zu dem Berufsverbot im Sinne des § 70 Abs. 1 StGB richtet sich hier die Maßnahme gegen den Gewerbetreibenden und nicht gegen den Beschäftigten. Nach § 35 Abs. 1 GewO ist die Ausübung eines Gewerbes von der zuständigen Behörde ganz oder teilweise zu untersagen, wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden oder einer mit der Leitung des Gewerbebetriebes beauftragten Person in Bezug auf dieses Gewerbe dartun. Weitere Voraussetzung der Untersagung ist ihre Erforderlichkeit zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten. Die Untersagung kann bei ausreichenden Anhaltspunkten für die Unzuverlässigkeit auch auf die Tätigkeit als Vertretungsberechtigter eines Gewerbetreibenden oder als mit der Leitung eines Gewerbebetriebes beauftragte Person sowie auf Einzelne andere oder auf alle Gewerbe erstreckt werden.

198. Gemein ist diesen Regelungen, dass sie die Untersagungsmöglichkeit an die Unzuverlässigkeit des Handelnden knüpfen. Dieser Rechtsgedanke ist auf das Wettbewerbsrecht übertragbar. So lässt sich kaum bestreiten, dass eine Leitungsperson, die dem Verbot von Hardcore-Kartellen in bußgeldbewehrter Weise zuwiderhandelt, unzuverlässig ist.

11.2 Erhöhte Aufdeckungswahrscheinlichkeit durch Belohnung von Whistleblowing?

199. Grundsätzlich gibt es zwei Möglichkeiten, die Präventivwirkung von kartellrechtlichen Sanktionen zu steigern; zum einen durch eine Erhöhung der angedrohten Sanktionen, zum anderen durch eine Intensivierung der Aufdeckungswahrscheinlichkeit. Letztere könnte erreicht werden, indem Personen, die Hinweise auf einen aktuellen oder vergangenen Kartellrechtsverstoß geben (sogenannte „Whistleblower“ bzw. „Whistleblowing“), hierfür finanziell entlohnt werden.

²³² Vgl. Athing/Bockemühl, Münchener Kommentar, StGB, 2. Aufl., München 2012, § 70 Rn. 2.

200. Es gibt grundsätzlich zwei verschiedene Ansätze, Anreize für Whistleblower zu setzen: interne sowie externe Whistleblowing-Systeme. Während bei Ersteren die Vorteile für die Aufdeckung von Missständen im Unternehmen durch diesen selbst ausgelobt werden (also von innen), erfolgt bei Letzteren die Belohnung für die Meldung von Verstößen seitens des Unternehmens durch staatliche Stellen (mithin von außen).

201. In den USA wird die Inanspruchnahme beider Whistleblowing-Varianten gesetzlich besonders nachdrücklich gefördert. Die Installierung von unternehmensinternen Whistleblowing-Systemen in den dortigen Compliance-Programmen wird durch den Sarbanes-Oxley Act für an US-Börsen notierte Publikumsgesellschaften sowie die Federal Sentencing Guidelines vorgeschrieben. Im Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, mit dem die US-Finanzaufsicht umfassend reformiert wurde, sind zudem Belohnungen für Hinweise auf Straftaten durch die jeweils zuständige Aufsichtsbehörde, d. h. extern, vorgesehen. Diese zahlt dem Hinweisgeber dabei zwischen 10 und 20 Prozent der gegen das Unternehmen verhängten Geldstrafe bzw. -buße.²³³

202. In Deutschland existieren zurzeit weder gesetzliche Regelungen, die ein internes Whistleblowing-System vorschreiben, noch solche, die ein externes Whistleblowing-System vorsehen. Im Jahr 2012 gab es aus der SPD-Bundestagsfraktion zwar einen Gesetzentwurf, der die Regelung der „Rahmenbedingungen für Hinweise von Beschäftigten über innerbetriebliche Missstände, um insbesondere Benachteiligungen von Hinweisgeberinnen und Hinweisgebern zu verhindern und zu beseitigen“ (vgl. § 1 HinwGebSchG-E), vorgeschlagen hat.²³⁴ Dieser Vorschlag enthielt aber keine finanziellen Anreize für Whistleblower in Form von Belohnungen. Ein ähnlicher Gesetzentwurf kam ferner aus der Bundestagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN²³⁵, und auch die Bundestagsfraktion DIE LINKE. hat einen Antrag für einen besseren Schutz von Whistleblowern vorgelegt.²³⁶ Der Bundestag hat sich indes gegen die Gesetzesinitiativen ausgesprochen und die Vorschläge abgelehnt.²³⁷ Die Europäische Kommission hat offenbar im Jahr 2012 einen Verordnungsentwurf vorbereitet, der finanzielle Anreize für Hinweise im Bereich von Kapitalmarktverbrechen vorsieht.²³⁸ Mittlerweile lehnt sie die Schaffung einer Verordnung für einen unionsweiten, einheitlichen Schutz von Whistleblowern aber ebenfalls ab.²³⁹

203. Im Schrifttum werden vorwiegend moralische Bedenken gegen die Schaffung von Whistleblowing-Systemen vorgebracht. Es wird eine Intensivierung des Denunziantentums befürchtet, wobei interne Systeme insofern als weniger problematisch gelten, als ohne die Einschaltung externer Stellen die – vermeintliche – Loyalitätsverletzung des Hinweisgebers gegenüber dem eigenen Unternehmen als weniger gravierend angesehen wird. Ferner wird auf das Missbrauchsrisiko hingewiesen, das bestehe, wenn Mitarbeiter aus rein finanziellen Interessen und aus nichtigen Anlässen Kollegen – schlimmstenfalls wahrheitswidrig – beschuldigen. Besonders groß ist die Kritik an etwaigen Prämien für Hinweisgeber, die selber an Verstößen beteiligt sind; mit einer an Recht und Moral orientierten Unternehmensethik sei dies nicht vereinbar.²⁴⁰

²³³ Vgl. Buchert, CCZ 2013, 144, 146; Wrase/Fabritius, CCZ 2011, 69, 70.

²³⁴ Vgl. Bundestagsfraktion der SPD, Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Hinweisgebern – Whistleblowern (Hinweisgeberschutzgesetz – HinwGebSchG), BT-Drs. 17/8567 vom 7. Februar 2012. Zur Kritik an dem Entwurf vgl. Mengel, CCZ 2012, 146 ff.

²³⁵ Vgl. Bundestagsfraktion von Bündnis 90/Die Grünen, Entwurf eines Gesetzes zur Förderung von Transparenz und zum Diskriminierungsschutz von Hinweisgeberinnen und Hinweisgebern (Whistleblower-Schutzgesetz), BT-Drs. 17/9782 vom 23. Mai 2012.

²³⁶ Vgl. Bundestagsfraktion von Die Linke, Die Bedeutung von Whistleblowing für die Gesellschaft anerkennen – Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber schützen, Antrag, BT-Drs. 17/6492 vom 5. Juli 2011.

²³⁷ Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales (11. Ausschuss), BT-Drs. 17/12577 vom 28. Februar 2013.

²³⁸ So ein Bericht des Handelsblattes vom 25. Oktober 2012, <http://www.handelsblatt.com/politik/international/wirtschaftskriminalitaet-eu-kommission-will-whistleblower-praemie-einfuehren/7301992.html>, Abruf am 24. Juni 2014. Vgl. dazu auch Buchert, CCZ 2013, 144.

²³⁹ Vgl. <http://deutsche-wirtschafts-nachrichten.de/2013/11/01/eu-lehnt-gesetz-zum-schutz-von-whistle-blowern-ab/>, Abruf am 24. Juni 2014.

²⁴⁰ Vgl. zum Ganzen Buchert, CCZ 2013, 144, 146; Wrase/Fabritius, CCZ 2011, 69 (70).

204. In rechtlicher Hinsicht werden bei externen Systemen Konflikte mit der arbeitsrechtlichen Treuepflicht des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber befürchtet. Im deutschen Recht besteht hier lediglich die allgemein gehaltene Vorschrift des § 612a BGB, der die Benachteiligung eines Arbeitnehmers verbietet, sofern dieser in zulässiger Weise seine Rechte ausübt, sowie die bereichsspezifische Bestimmung des § 17 Abs. 2 ArbSchG, die es dem Arbeitnehmer bei unzureichenden Maßnahmen im Bereich Sicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz erlaubt, sich an die zuständige Behörde zu wenden, wenn der Arbeitgeber einer entsprechenden Beschwerde zuvor nicht abgeholfen hat.²⁴¹

205. Im Hinblick auf die Förderung von Whistleblowing speziell im Wettbewerbsrecht sind diese Vorschriften allerdings kaum weiterführend: Während § 612a BGB voraussetzt, dass der Arbeitnehmer seine Rechte in zulässiger Weise ausübt, was in Bezug auf Whistleblower gerade noch nicht geklärt ist, betrifft § 17 Abs. 2 ArbSchG ausschließlich Aspekte des Arbeitsschutzes. Bei Schaffung eines Whistleblowing-Systems für kartellrechtliche Missstände müsste daher eine dem § 17 Abs. 2 ArbSchG entsprechende Regelung geschaffen werden.

206. In Betracht kommt ferner eine Strafbarkeit des Whistleblowers nach § 17 Abs. 1 UWG. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass der Hinweisgeber ein „Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis“ offenbart hat. Um ein solches annehmen zu können, muss der Wille des Betriebsinhabers indes auf einem berechtigten wirtschaftlichen Interesse beruhen; allein sein Wille macht eine bestimmte Tatsache noch nicht zu einem Geheimnis im Sinne des § 17 Abs. 1 UWG.²⁴² An der Geheimhaltung eines bloßen Kartellrechtsverstößes besteht nach Auffassung der Monopolkommission jedoch kein schutzwürdiges Interesse, sodass es sich bei einem solchen auch nicht um ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis handeln dürfte. Zweifelhaft ist darüber hinaus, ob die Offenbarung kartellrechtlicher Missstände im Unternehmen das Tatbestandsmerkmal der Preisgabe zu Zwecken des Wettbewerbs, aus Eigennutz, zugunsten eines Dritten oder in der Absicht, dem Inhaber des Unternehmens Schaden zuzufügen, erfüllt. Im Falle der Existenz eines externen Whistleblowing-Systems liegt es jedenfalls nahe, den Tatbestand des § 17 Abs. 1 UWG, der eine Preisgabe voraussetzt, insofern teleologisch zu reduzieren, als die Preisgabe von Hinweisen über unternehmensinterne Missstände an staatliche Stellen nicht tatbestandsmäßig ist; anderenfalls käme es zu einem Wertungswiderspruch, weil ein vom Staat aktiv gefördertes Verhalten strafbar wäre.²⁴³

207. Entsprechend der Situation in den USA könnten Vorgaben zur Schaffung bzw. Ausgestaltung interner Whistleblowing-Systeme in den Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) inkorporiert werden. Bei diesem Regelwerk, das von einer Regierungskommission erarbeitet worden ist und Verhaltensempfehlungen für börsennotierte Unternehmen enthält, handelt es sich zwar nur um „soft law“, da sein Inhalt für die Unternehmen nicht verbindlich ist. Allerdings wird der DCGK von vielen Unternehmen freiwillig befolgt, sodass eine weitgehende faktische Bindungswirkung von ihm ausgeht.

208. Gegenüber internen Whistleblowing-Systemen hat die externe Variante aber den Vorzug größerer Rechtssicherheit – sowohl für den Hinweisgeber als auch im Hinblick auf die Aufdeckungs- bzw. Verfolgungswahrscheinlichkeit von Verstößen. Wendet sich der Hinweisgeber im Rahmen der Inanspruchnahme eines internen Systems an die zuständige Stelle im Unternehmen, wird das kartellrechtswidrige Verhalten im Unternehmen aber allgemein – unter anderem auch von der Geschäftsführung – gebilligt, erhält der Hinweisgeber möglicherweise nicht nur die in Aussicht gestellte Belohnung nicht; vielmehr könnte er zusätzlich erst recht als „Netzbeschmutzer“ angesehen werden. In einem solchen Fall dürfte der Verstoß seitens der Geschäftsführung des Unternehmens darüber hinaus kaum an die zuständige staatliche Stelle weitergeleitet werden, sodass jener weder beendet noch aufgedeckt bzw. verfolgt wird.

²⁴¹ Vgl. dazu Weber-Rey, AG 2006, 406, 410 f., mit ergänzenden Hinweisen aus der Rechtsprechung des BVerfG einerseits sowie des BAG andererseits.

²⁴² Vgl. Diemer, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 197. Erg.-Lfg. 2014, § 17 UWG Rn. 9.

²⁴³ Vgl. Buchert, CCZ 2013, 144, 148.

209. Daher dürfte ein externes Whistleblowing-System trotz der genannten moralischen Bedenken der internen Variante gerade im Bereich kartellrechtlicher Verstöße vorzuziehen sein. Jedenfalls für Hinweisgeber, die an dem Verstoß nicht beteiligt waren, könnte eine Prämie ausgelobt werden. Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit dürfte es geboten sein, die Belohnung jedenfalls solchen Hinweisgebern zu verweigern, die Anführer des offen gelegten Verstoßes waren oder andere zur Begehung eines Verstoßes gezwungen haben. Eine entsprechende Einschränkung macht das Bundeskartellamt auch bei der Gewährung eines Bußgelderlasses für die Inanspruchnahme seiner Bonusregelung.²⁴⁴

11.3 Unternehmensstrafrecht

210. Fraglich ist, ob die Einführung strafrechtlicher Sanktionen für Unternehmen und sonstige Verbände (sogenannte „Verbandsstrafe“) im Rahmen der Überlegungen zur Kriminalisierung von Kartellrechtsverstößen vorteilhaft wäre. Im September 2013 hat das Justizministerium des Landes Nordrhein-Westfalen einen Gesetzentwurf zur Einführung von Verbandsstrafen²⁴⁵ vorgelegt, nachdem dies zuvor bereits Thema auf der Konferenz der Justizminister/-innen im Herbst 2012 gewesen ist. Im November 2013 hat die Konferenz den Gesetzentwurf begrüßt und beschlossen, ihn zur Befassung durch den Bundesrat weiter abzustimmen.

211. Der Entwurf sieht die Einführung eines Verbandsstrafgesetzbuchs („VerbStrG“) vor, soweit die originär strafrechtliche Sanktionierung von Verbänden eine abweichende Regelung von den allgemeinen strafrechtlichen bzw. -prozessualen Vorschriften erfordert. Es soll eine strafrechtliche Haftung von Verbänden für solche Verstöße eingeführt werden, die zwar von den Mitarbeitern/Mitgliedern des Verbandes begangen werden, aber eine den Verband selbst treffende Pflicht verletzen oder diesen bereichern (sollen). Vorgesehen sind Verbandsstrafen (Verbandsgeldstrafe²⁴⁶, Verbandsverwarnung mit Strafvorbehalt, öffentliche Bekanntmachung der Verurteilung) sowie Verbandsmaßregeln (Ausschluss von Subventionen, Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge, Verbandsauflösung), vgl. § 4 VerbStrG-E.

212. Die Einführung von Verbandsstrafen wird vor allem damit begründet, dass nur mit der Verhängung von Kriminalstrafen ein sozial-ethisches Unwerturteil verbunden sei, während bloße Ordnungswidrigkeiten sowohl von den Handelnden als auch von der Öffentlichkeit überwiegend als harmlose Pflichtenverstöße verstanden würden. Kriminalstrafen entfalteten damit eine größere Abschreckungswirkung und seien aus Präventionsgesichtspunkten sinnvoll. Aufgrund der Geltung des Opportunitätsprinzips im Ordnungswidrigkeitenrecht statt des Legalitätsprinzips im Strafprozessrecht sei eine konsequente und gleichmäßige Verfolgung sowie Sanktionierung von Unternehmen aktuell nicht sichergestellt. Verwiesen wird insofern auf eine Praxisbefragung durch das Justizministerium in NRW, nach der im Zeitraum 2006 bis 2011 (nur) neun von 19 Staatsanwaltschaften in insgesamt 27 Fällen die Verhängung einer Unternehmensgeldbuße wegen einer Straftat gemeldet haben. Des Weiteren werde die Einführung eines Unternehmensstrafrechts der wachsenden Bedeutung von Unternehmen in der Wirtschaft und der steigenden Wirtschaftskriminalität nicht gerecht. Schließlich werde die Schaffung von effektiven Sanktionen für Rechtsverstöße von Unternehmen unionsrechtlich gefordert, und es bestehe in den Mitgliedstaaten ein Trend zur Kriminalisierung von Sanktionen gegen Unternehmen.²⁴⁷

²⁴⁴ Vgl. BKartA, Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen – Bonusregelung – vom 7. März 2006, Tz. 3, 4, 19.

²⁴⁵ Land Nordrhein-Westfalen, Gesetzentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden, <http://justiz.nrw.de/JM/justizpolitik/schwerpunkte/korruption/index.php>, Abruf am 24. Juni 2014.

²⁴⁶ Zur Höhe der Geldstrafe: Die Anzahl der Tagessätze der Geldstrafe beträgt mindestens fünf und höchstens 360, vgl. § 6 Abs. 1 VerbStrG-E. Die Höhe der Tagessätze entspricht dem 360. Teil des Jahresertrages des Verbandes, mindestens jedoch EUR 100, vgl. § 6 Abs. 4 Satz 2 VerbStrG-E. Die Geldstrafe darf zehn Prozent des durchschnittlichen Gesamtumsatzes des Unternehmens bzw. der Unternehmensvereinigung nicht übersteigen, § 6 Abs. 4 Satz 3 VerbStrG-E.

²⁴⁷ Vgl. insbesondere die Begründung des Gesetzentwurfs (Fn. 153) sowie Kutschaty, ZRP 2013, 74 f.

213. Dem werden im Wesentlichen folgende Argumente entgegengehalten:²⁴⁸ Die geltende Rechtslage sehe ausreichende Sanktionsmöglichkeiten vor. Bereits jetzt könnten Geldbußen im Millionenbereich verhängt werden; notfalls sei der Bußgeldrahmen zu erweitern. Gegen die handelnden natürlichen Personen sei die Verhängung von Kriminalstrafen ohnehin in weiten Teilen möglich. Darüber hinaus sei es realitätsfern, dass sich die Handelnden von einer rechtstheoretischen Überlegung wie der des sozial-ethischen Unwerturteils beeinflussen lassen. Vielmehr werde der Verstoß durch eine rationelle Entscheidung auf Basis einer Kosten-Nutzen-Rechnung begangen. Eine Reduzierung von Regelverstößen sei nicht zu erwarten. Auf die Intensivierung der Strafverfolgungspraxis der Staatsanwaltschaften im Hinblick auf Unternehmen hätten diese bereits zahlreiche interne Vorkehrungen getroffen und etwa Compliance-Programme installiert oder ausgebaut. Die Einführung von Kriminalstrafen sei unionsrechtlich nicht angezeigt; vielmehr werde die Art der Haftung juristischer Personen für begangene strafrechtliche Handlungen den Mitgliedstaaten überlassen. Aufgrund der bußgeldrechtlichen Haftung sowie der Möglichkeit, Gewinne abzuschöpfen, sei das deutsche Unternehmensstrafrecht (im weiteren Sinne) nicht defizitär, sondern strenger als in vielen anderen Mitgliedstaaten. Darüber hinaus könnten nur natürliche Personen schuldhaft handeln, sodass die Einführung einer originären strafrechtlichen Verantwortlichkeit eines Verbandes im deutschen Recht zumindest problematisch sei.

214. Die Monopolkommission steht der Einführung eines Unternehmensstrafrechts im Kartellrecht skeptisch gegenüber. Ihrer Ansicht nach ist es für eine effektive Kartellrechtsdurchsetzung entscheidend, Anreize für kartellrechtskonformes Verhalten bei den unmittelbar handelnden Unternehmensmitarbeitern zu setzen. Gegenüber der Verhängung von Geld- und insbesondere Haftstrafen gegen natürliche Personen erscheint der mit der Einführung der Verbandsstrafe verbundene Ausspruch eines sozial-ethischen Unwerturteils nur von untergeordneter Bedeutung. Denn vom Standpunkt eines Unternehmens bzw. seiner Eigentümer könnte es einen geringeren Unterschied machen, ob es mit einer Geldstrafe oder einer Geldbuße sanktioniert wird. Bedeutsamer als die Einführung von Geldstrafen gegen Unternehmen erscheint insofern die Veröffentlichung der verhängten Sanktionen, weil damit bedeutende Reputationsverluste für das Unternehmen einhergehen können. Insoweit sind gerade im Kartellrecht allerdings keine Defizite zu verzeichnen, da die zuständigen Behörden – insbesondere das Bundeskartellamt und die Europäische Kommission – regelmäßig über Kartellverfahren und Sanktionen gegen Unternehmen berichten. Schließlich ist bei Hardcore-Kartellen eine mangelnde Verfolgung durch das Bundeskartellamt und die Europäische Kommission trotz der Geltung des Opportunitätsprinzips nicht ersichtlich; insofern bedarf es der Geltung des Legalitätsprinzips nicht.

12 Fazit

215. Die Frage einer möglichen erweiterten Kriminalisierung von Kartellrechtsverletzungen bildet einen wichtigen Aspekt in der aktuellen wettbewerbsrechtlichen und -politischen Diskussion um ein angemessenes Sanktionensystem. Die behördliche wie die private Kartellverfolgung unterliegen in den letzten Jahren und auch noch gegenwärtig weitreichenden Entwicklungen – sowohl was die rechtlichen Rahmenbedingungen als auch was die Anwendungspraxis betrifft. Dies macht eine abschließende Einschätzung der von dem bestehenden Sanktionensystem ausgehenden Abschreckungswirkung schwierig. Es ist ferner nicht auszuschließen, dass dieses derzeit noch nicht seine volle Präventionswirkung entfaltet. Zu dieser Einschätzung trägt der Umstand bei, dass eine Reihe der in den letzten Jahren aufgedeckten und verfolgten Kartelle bis in die 1990er Jahre zurückreichen. Die zentrale Frage der angemessenen Abschreckung bedarf daher mittelfristig weiterer Untersuchung.

216. Allerdings existieren einige Anhaltspunkte dafür, dass die Abschreckungswirkung des kartellrechtlichen Sanktionensystems gesteigert werden sollte. Sollten künftige Analysen dies bestätigen, erachtet die

²⁴⁸ Vgl. insbesondere Leipold, ZRP 2013, 34 ff.; Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme Nr. 9/2013, <http://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2013/>, Abruf am 24. Juni 2014.

Monopolkommission insbesondere Maßnahmen für erwägenswert, mit denen Anreize direkt bei den persönlich handelnden Unternehmensmitarbeitern gesetzt werden. Insofern könnte in erster Linie eine – über den Submissionsbetrug hinausgehende – strafrechtliche Verfolgung von Hardcore-Kartellen in Betracht gezogen werden. Um die Wirksamkeit einer etwaigen strafrechtlichen Sanktionierung zu erhöhen, wären flankierende Maßnahmen zu ergreifen; insbesondere müsste eine strafrechtliche Kronzeugenregelung für Kartelltäter geschaffen und die Stellung der Kartellbehörden im Strafprozess gestärkt werden.

217. Ein anderes Instrument zur Erhöhung der Prävention kartellrechtlicher Sanktionen, das ebenfalls unmittelbar auf die handelnde Person abzielt, wäre die Befugnis der Kartellbehörden zur Verhängung von Berufsverboten. Daneben könnte die Wahrscheinlichkeit der Aufdeckung von Kartellen durch eine gesetzlich vorgesehene Entlohnung von Hinweisgebern erhöht werden. Die Einführung eines Unternehmensstrafrechts sieht die Monopolkommission hingegen jedenfalls für den Bereich des Kartellrechts als nicht zielführend an.

Wettbewerbsdefizite auf Taximärkten

1 Einleitung

218. Der Taxiverkehr unterliegt in Deutschland seit jeher einer strikten Regulierung. Der Marktzugang wird durch ein Konzessionssystem stark beschränkt und der Preiswettbewerb durch eine Tarifpflicht unterbunden. Ausnahmen hiervon existieren nur in wenigen Regionen Deutschlands, insbesondere in Berlin und Hamburg. Hieran hat selbst der in vielen anderen Bereichen des Verkehrssektors vorherrschende Deregulierungstrend der 1980er und 1990er Jahre nichts geändert. Frühere Empfehlungen einer Deregulierung des Taxigewerbes²⁴⁹ wurden seitens des Gesetzgebers nicht aufgegriffen und auch zum derzeitigen Zeitpunkt sind keine diesbezüglichen Änderungen geplant.

219. Im Vergleich hierzu wurde das Taxigewerbe in vielen anderen Staaten, die zuvor ein ähnlich striktes Regulierungsregime wie Deutschland hatten, seit Ende der 1980er Jahre dereguliert, um mehr Wettbewerb zu ermöglichen. Dabei zeigt sich, dass eine weniger restriktive Zugangsordnung sowie zumindest ein partieller Preiswettbewerb im Taxigewerbe möglich sind, der Erfolg von Deregulierungen jedoch maßgeblich von deren genauer Ausgestaltung abhängt.²⁵⁰

220. Der technische Fortschritt hat in jüngerer Zeit zu Markteintritten neuer Unternehmen in den angestammten Bereich des Taxigewerbes sowie zur Entwicklung alternativer Mobilitätskonzepte geführt. Die Monopolkommission nimmt diese Entwicklungen zum Anlass, die aktuelle Situation im Taxigewerbe zu untersuchen und die Regulierung des Taxigewerbes erneut auf den Prüfstand zu stellen. Hierzu wird zunächst das aktuelle Regulierungsregime kurz vorgestellt und auf seine Notwendigkeit hin untersucht. Anschließend wird die Wettbewerbssituation zwischen dem Taxigewerbe und dem mit diesem eng verwandten Mietwagenverkehr betrachtet sowie Entwicklungen im Bereich der Taxivermittlung beleuchtet. Hiervon ausgehend werden Handlungsempfehlungen für einen neuen Regulierungsrahmen gegeben. Die Analyse beschränkt sich dabei auf den Bereich des regulären Taxiverkehrs und klammert Sonderbereiche wie Krankenfahrten aus.

2 Rechtlicher Rahmen

221. Die gesetzlichen Grundlagen für den Taxiverkehr in Deutschland bilden insbesondere das Personenbeförderungsgesetz (PBefG) sowie die Verordnung über den Betrieb von Kraftfahrunternehmen im Personenverkehr (BOKraft). Gemäß § 46 Abs. 2 Nr. 1 PBefG handelt es sich beim Taxiverkehr um Gelegenheitsverkehr. Er gehört zum öffentlichen Personennahverkehr, wenn seine wesentliche Aufgabe darin besteht, den Linienverkehr im ÖPNV zu ersetzen, zu ergänzen oder zu verdichten (§ 8 Abs. 2 PBefG). Der Taxiverkehr ist gemäß § 2 Abs. 1 PBefG genehmigungspflichtig. Zuständig für die Lizenzvergabe ist eine örtliche, von der Landesregierung bestimmte Behörde, in deren Bezirk der Unternehmer seinen Sitz oder seine Niederlassung im Sinne des Handelsrechts hat (§ 11 Abs. 1 und 2 PBefG).²⁵¹ Hierzu erlassen die örtlichen Genehmigungsbehörden eigene Taxi- und Taxitarifordnungen. Aktuell existieren in Deutschland über 800 Tarifgebiete.²⁵²

²⁴⁹ Vgl. Deregulierungskommission, Unabhängige Expertenkommission zum Abbau marktwidriger Regulierungen, Markttöffnung und Wettbewerb, März 1990.

²⁵⁰ Vgl. Bekken, J.-T., Experiences with (De-)Regulation in the European Taxi Industry, in: OECD/ECMT, (De)Regulation of the Taxi Industry, Round Table No. 133, Transport Research Centre, 2007, S. 31-58; OECD Policy Roundtables, Taxi Services: Competition and Regulation, 2007, S. 17-49.

²⁵¹ Im Allgemeinen sind die Landkreise bzw. kreisfreien Städte für die Lizenzvergabe zuständig, in Hessen die jeweiligen Gemeinden, sofern sie mehr als 7.500 Einwohner haben.

²⁵² Vgl. BZP, Taxitarife, http://www.bzp.org/Content/RUND_UMS_TAXI/Taxitarife/index.php?Z_highmain=5&Z_highsub=5&Z_highsubsub=0, Abruf am 13. Juni 2014.

222. Die erteilte Konzession ist weitgehend auf das Gebiet der für die Lizenzvergabe zuständigen Behörde beschränkt. Insbesondere dürfen Taxifahrer nur innerhalb ihres Pflichtfahrbereiches, d. h. im Geltungsbereich der jeweiligen Genehmigungsbehörde, Fahrgäste vom Straßenrand und von Taxisständen aufnehmen. Außerhalb des Pflichtfahrbereiches ist eine Mitnahme von Fahrgästen nur nach vorheriger Bestellung erlaubt, es sei denn, es bestehen anderweitige Vereinbarungen zwischen den Genehmigungsbehörden, die einen größeren Bezirk festlegen (§ 47 Abs. 2 PBefG). Ein Verlassen des Pflichtfahrbereiches aufgrund des Transportwunsches eines Fahrgastes ist somit zwar gestattet, die Mitnahme neuer Fahrgäste außerhalb des eigenen Genehmigungsbezirks jedoch weitgehend untersagt.

223. Die Genehmigung ist an die Erfüllung subjektiver und objektiver Zulassungskriterien gebunden, die aus ökonomischer Sicht direkte Marktzutrittsschranken darstellen. Bei den subjektiven Zulassungskriterien handelt es sich um qualitative Bestimmungen, die Anforderungen an den Antragsteller formulieren. Gemäß § 13 Abs. 1 PBefG müssen die Sicherheit und finanzielle Leistungsfähigkeit des Betriebs sowie die Zuverlässigkeit des Antragstellers und dessen fachliche Eignung als Unternehmer sichergestellt sein. Einzelheiten sind in der Berufszugangsverordnung für den Straßenpersonenverkehr (PBZugV) geregelt. Demnach ist die finanzielle Leistungsfähigkeit gegeben, wenn der Antragsteller über Eigenkapital und Reserven von EUR 2.250 für das erste Taxi und EUR 1.250 für jedes weitere Fahrzeug verfügt. Die persönliche Zuverlässigkeit wird unter anderem durch Unbedenklichkeitsbescheinigungen, ein polizeiliches Führungszeugnis und eine Auskunft des Kraftfahrt-Bundesamtes belegt. Die fachliche Eignung wird durch eine bestandene Fachkundeprüfung nachgewiesen. Darüber hinaus muss der Antragsteller gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 4 PBefG seinen Betriebssitz oder seine Niederlassung im Sinne des Handelsrechts in Deutschland haben.

224. Die objektiven Zulassungskriterien stellen quantitative Bestimmungen dar und sind in § 13 Abs. 4 PBefG geregelt. Eine Genehmigung ist demnach zu versagen, wenn das örtliche Taxigewerbe durch den beantragten Verkehr in seiner Funktionsfähigkeit bedroht und somit die öffentlichen Verkehrsinteressen beeinträchtigt wären. Zur Beurteilung der Funktionsfähigkeit hat die Genehmigungsbehörde insbesondere die Nachfrage nach Beförderungsaufträgen im Taxiverkehr, die Taxidichte, die Entwicklung der Ertrags- und Kostenlage unter Einbeziehung der Einsatzzeit sowie die Anzahl und Ursachen der Geschäftsaufgaben zu berücksichtigen. Außerdem ist die Behörde angehalten, vor der Entscheidung über neue Genehmigungsanträge die Auswirkungen früherer Genehmigungen auf die öffentlichen Verkehrsinteressen durch Einschaltung eines Beobachtungszeitraums von höchstens einem Jahr seit Erteilung der letzten Genehmigung festzustellen.

Gemäß § 13 Abs. 5 PBefG soll die Lizenzvergabe nach zeitlicher Reihenfolge erfolgen und Neubewerber und etablierte Taxiunternehmer angemessen berücksichtigen, wobei für Neubewerber und Konzessionsinhaber getrennte Wartelisten existieren. In diesem Zusammenhang urteilte etwa das Verwaltungsgericht Münster im Jahr 2002, dass eine Vergabepaxis, die Neubewerber und Altunternehmer im Verhältnis 2:1 berücksichtige, nicht zu beanstanden sei.²⁵³ Sofern eine Genehmigung erteilt wird, ist diese i. d. R. fünf Jahre gültig, Konzessionen für Neubewerber sind zunächst auf zwei Jahre befristet. Der Handel mit Lizenzen ist im Gegensatz zu vielen anderen Staaten verboten, möglich ist gemäß § 2 Abs. 3 PBefG lediglich eine vollständige Übertragung des Betriebes mit allen Rechten und Pflichten auf einen Käufer. Alternativ ist außerdem eine Verpachtung des Betriebes für den bestehenden Genehmigungszeitraum möglich, nach dessen Ablauf die Konzession an die Genehmigungsbehörde zurückfällt.

225. Die Lizenzvergabe erfolgt in Deutschland gemäß den Vorgaben des PBefG. Demnach findet in einem ersten Schritt eine Überprüfung der oben genannten subjektiven Zulassungskriterien gemäß § 13 Abs. 1 PBefG statt.²⁵⁴ Sind diese Voraussetzungen erfüllt, erfolgt in einem zweiten Schritt i. d. R. eine

²⁵³ VG Münster, Urteil vom 08. November 2002, 10 K 169/00.

²⁵⁴ Diese Überprüfungen sind unterschiedlich streng. In Hamburg findet bei der Konzessionsvergabe sowie -verlängerung im Rahmen des sogenannten Hamburger Modells ein verschärftes Genehmigungsverfahren Anwendung, dessen Kern eine intensive Überprüfung der persönlichen Zuverlässigkeit und der finanziellen Leistungsfähigkeit

Überprüfung der objektiven Zulassungskriterien gemäß § 13 Abs. 4 PBefG. Stellt die Genehmigungsbehörde hierbei fest, dass die Funktionsfähigkeit des Taxigewerbes und damit die öffentlichen Verkehrsinteressen bei Vergabe weiterer Konzessionen nicht beeinträchtigt werden, wird die Genehmigung erteilt, andernfalls wird der Antragsteller auf eine Warteliste gesetzt.²⁵⁵

226. Neben den direkten Marktzutrittsschranken existieren mit der Betriebs- (§ 21 i. V. mit § 47 Abs. 3 PBefG) und Beförderungspflicht (§ 22 i. V. mit § 47 Abs. 4 PBefG), den Anforderungen an die fachliche Eignung der Taxifahrer sowie den technischen Mindestanforderungen an die Fahrzeuge, geregelt in der BOKraft, außerdem indirekte Marktzutrittsschranken. Gemäß Betriebspflicht ist der Unternehmer verpflichtet, den Betrieb im durch die Landesregierung bzw. die Genehmigungsbehörde festgelegten Umfang über den gesamten Genehmigungszeitraum aufrechtzuerhalten. Die Beförderungspflicht besagt, dass die Beförderung von Personen im Pflichtfahrbereich nicht verweigert werden darf. Die Ausübung des Berufs des Taxifahrers ist unter anderem an den Besitz eines Personenbeförderungsscheins gebunden, dessen Erwerb eine erfolgreich abgelegte Ortskenntnisprüfung voraussetzt.

227. Nicht zuletzt werden auch die Taxitarife von den lokalen Behörden festgesetzt (§ 51 i. V. m. § 39 Abs. 3 PBefG). Gemäß Tarifpflicht dürfen die festgelegten Beförderungsentgelte innerhalb des Pflichtfahrbereiches weder über- noch unterschritten werden. Die Tarife setzen sich i. d. R. aus einem Grundpreis, gestaffelten Kilometerpreisen und eventuellen Zuschlägen für Koffer, Tiere etc. zusammen. Außerhalb des Pflichtfahrbereiches sind die Preise frei verhandelbar. Zudem gilt die Tarifpflicht nicht für Transportleistungen wie z. B. Kurier- oder Krankenfahrten, die durch die Krankenkassen ausgeschrieben werden.

228. Abzugrenzen ist der Taxiverkehr vom Mietwagenverkehr (§ 49 PBefG), an den insgesamt geringere regulatorische Anforderungen gestellt werden. Die Genehmigung zum Mietwagenverkehr ist lediglich an die Erfüllung der subjektiven Zulassungsvoraussetzungen gebunden, eine Beförderung- und Tarifpflicht existiert nicht. Mietwagen dürfen jedoch nur Beförderungsaufträge ausführen, die am Betriebssitz oder in der Wohnung des Unternehmers eingegangen sind, und müssen nach jeder Beförderung unverzüglich zu diesem zurückkehren. Eine Ausnahme von dieser Rückkehrpflicht besteht nur für den Fall, dass sie bereits vor dieser Fahrt oder während der Fahrt fernmündlich einen neuen Beförderungsauftrag erhalten haben. Im Gegensatz zu Taxis dürfen sie sich nicht an Taxisständen bereithalten und keine Beförderungsaufträge von Passanten auf der Straße entgegennehmen. Zudem ist im Mietwagenverkehr der reguläre Umsatzsteuersatz von 19 Prozent zu entrichten, während der Taxiverkehr im Pflichtfahrbereich sowie bis zu einer Entfernung von 50 km gemäß § 12 Abs. 2 Nr. 10 Umsatzsteuergesetz unter den ermäßigten Umsatzsteuersatz von 7 Prozent fällt. Schließlich verfügen Mietwagen anders als Taxis nicht über bestimmte Privilegien im Straßenverkehr und dürfen z. B. Busspuren nicht mitbenutzen.

229. Darüber hinaus werden gemäß § 1 Abs. 2 PBefG Personenbeförderungen, die unentgeltlich sind oder deren Entgelt die Betriebskosten der Fahrt nicht übersteigt, von den Anforderungen des PBefG freigestellt. Gemäß § 1 Abs. 3 Freistellungs-Verordnung (FVO) betrifft dies unter anderem die Beförderung mit Personenkraftwagen, die nach ihrer Bauart und Ausstattung zur Beförderung von nicht mehr als sechs Personen geeignet sind. Diese Regelung trifft z. B. auf sogenannte Hotel-Shuttles zu, die zumindest partiell im Wettbewerb zum Taxigewerbe stehen. Für solche Fahrten ist demnach auch kein Personenbeförderungsschein notwendig.

der Unternehmer ist. Unplausible Betriebsprüfungen sowie Verstöße gegen Ordnungsvorschriften führen zur Nichterteilung bzw. zum Widerruf von Genehmigungen. In Hamburg ist die Anzahl der Konzessionen im Rahmen dieses verschärften Genehmigungsverfahrens deutlich zurückgegangen.

²⁵⁵ Ein sogenannter Konzessionsstopp wurde von den meisten deutschen Genehmigungsbehörden verhängt, sodass neue Antragsteller dort lediglich auf eine Warteliste gesetzt werden. Zu den wenigen Ausnahmen, die auf eine Konzessionsbeschränkung verzichten, gehören unter anderem die Städte Berlin und Hamburg.

3 Rechtfertigung der Regulierung?

230. Obige Darstellung zeigt, dass der Zutritt zum Taximarkt von den zuständigen Genehmigungsbehörden quantitativ beschränkt werden kann und der Preiswettbewerb durch die bestehende Tarifpflicht ausgeschaltet wird. Diese Eingriffe in den Marktmechanismus können zu einer Unterversorgung der Bevölkerung mit Taxis sowie zu überhöhten Preisen führen. Zudem wird eine Ausdifferenzierung unterschiedlicher Preis-Qualitäts-Kombinationen verhindert. Die Beschränkung des Marktzugangs schützt die etablierten Taxiunternehmer vor Konkurrenz und sichert ihnen in Verbindung mit der Preisregulierung möglicherweise Monopolrenten.²⁵⁶ Beide Regulierungsinstrumente führen zu einer weitgehenden Ausschaltung der Marktprozesse im Taxigewerbe und können die Herausbildung effizienter Gleichgewichtspreise und -mengen verhindern.

Aus ökonomischer Perspektive sind solche Eingriffe in den Marktmechanismus mit dem Auftreten von Marktversagen zu rechtfertigen, wobei die herangezogenen Regulierungsinstrumente notwendig und verhältnismäßig sein müssen. Im Folgenden wird untersucht, inwieweit eine Regulierung des Taximarktes notwendig und die hierzu eingesetzten Instrumente erforderlich sind. Der Literatur folgend wird zwischen einzelnen Marktsegmenten des Taxigewerbes (Funktaxi, Ruftaxi – Abwinken am Straßenrand –, Taxistände) unterschieden, da diese in unterschiedlichem Maße von Marktversagen betroffen sein können und gegebenenfalls einer unterschiedlichen Regulierung bedürfen.²⁵⁷

3.1 Notwendigkeit einer Konzessionsbeschränkung?

231. Die quantitative Beschränkung des Zutritts zum Taximarkt führt zunächst dazu, dass selbst Personen, die die qualitativen Voraussetzungen erfüllen, keine Konzession erhalten, sondern auf eine zumeist lange Warteliste gesetzt werden. Eine solche quantitative Beschränkung stellt grundsätzlich einen schwerwiegenden Eingriff in die Berufsfreiheit gemäß § 12 GG dar, der hinreichend gerechtfertigt sein muss. Die Befürworter der quantitativen Zugangsbeschränkung verweisen insbesondere auf deren Notwendigkeit für die Funktionsfähigkeit des Taxigewerbes. Eine Aufhebung der Konzessionsbeschränkung könne zu Überkapazitäten und einem ruinösen Wettbewerb führen, der die wirtschaftliche Stabilität vieler Taxibetriebe gefährde und zu einer insgesamt schlechteren Qualität im Taxigewerbe führe. Diese könne sich etwa in einer schlechteren Fahrzeugqualität, der – rechtlich verbotenen – Verweigerung von Kurzstrecken oder einer zunehmenden Übervorteilung von Fahrgästen äußern. Eine Aufhebung der Konzessionsbeschränkung sei ohne eine Gefährdung der Funktionsfähigkeit des Taxigewerbes nur bei umfangreicheren qualitativen Kontrollen möglich, die jedoch eine entsprechende Ressourcenausstattung der Behörden voraussetzt. Hingegen sei die Führung von Wartelisten mit deutlich geringeren Bürokratiekosten verbunden. Einige Marktteilnehmer rechtfertigen die Beschränkung des Marktzugangs zudem mit der Funktion des Taxis als Teil des ÖPNV und der damit bestehenden Tarif-, Betriebs- und Beförderungspflicht.

232. Aus Sicht der Monopolkommission stellen die obigen Argumente keine hinreichende Rechtfertigung für eine Konzessionsbeschränkung dar. Insbesondere das Argument einer mangelnden Profitabilität der Taxiunternehmer ist irreführend. Denn wie schon das Bundesverwaltungsgericht im Jahr 1961 feststellte, dürfen Marktzutrittsbeschränkungen im Taxigewerbe nicht dem Schutz der etablierten Taxiunternehmer bzw. deren Profitabilität dienen, sondern lediglich der Sicherstellung der Funktionsfähigkeit des gesamten Taxigewerbes.²⁵⁸ Eine sogenannte ruinöse Konkurrenz infolge von Überkapazitäten ist im Taximarkt jedoch

²⁵⁶ Eine Quantifizierung der Monopolrenten anhand der Preise für Lizenzen gestaltet sich aufgrund des gesetzlich untersagten Lizenzhandels schwierig. Als Indikator kann jedoch der Preis für die komplette Übertragung eines Betriebes herangezogen werden. Je nach Region kann der Betrag für die reine Lizenz im fünfstelligen Euro-Bereich liegen.

²⁵⁷ Vgl. Liston-Heyes, C./ Heyes, H., Regulation of the Taxi Industry: Some Economic Background, in: OECD/ECMT, (De)Regulation of the Taxi Industry, Round Table No. 133, Transport Research Centre, 2007, S. 91-113.

²⁵⁸ BVerwG, Urteil vom 14. Juli 1961, VII C 52/59, NJW 1961, 2274.

nicht zu erwarten, denn diese setzt voraus, dass Anbieter im Markt verbleiben, obwohl sie ihre Gesamtkosten mit den erzielten Preisen nicht mehr decken können. Solche Probleme können auftreten, wenn wesentliche Kostenbestandteile irreversibel sind, sodass die entsprechenden Güter bei Marktaustritt nicht verwertet werden können. Hohe irreversible Kosten wirken dann als (vorübergehende) Marktaustrittsbarriere.²⁵⁹ Im Taximarkt besteht ein solches Problem jedoch nicht, da Taxiunternehmer, die ihre Kosten nicht decken können, jederzeit ihre Konzession zurückgeben und ihre Fahrzeuge auf einem funktionsfähigen Gebrauchtwagenmarkt verkaufen können. Im Rahmen einer Deregulierung des Marktzugangs wären daher allenfalls temporäre Überkapazitäten zu erwarten.²⁶⁰ Geringere Bürokratiekosten durch das Führen von Wartelisten stellen ohnehin kein stichhaltiges Argument für eine Konzessionsbeschränkung dar. Viel eher verhindern sie die Herausbildung eines Marktgleichgewichts, da entweder der Markteintritt in einen rentablen Markt unterbunden oder aber eine Marktbereinigung aufgrund des stetigen Nachrückens von Konzessionsanwärtern verhindert wird.

233. Der Verzicht auf eine quantitative Marktzugangsbeschränkung bedeutet indes nicht, dass im Taxi-gewerbe auch auf eine qualitative Regulierung des Marktzugangs verzichtet werden kann. Entscheidend hierfür sind potenzielle Informationsasymmetrien zulasten der Fahrgäste. Informationsasymmetrien treten insbesondere bei sogenannten Erfahrungs- und Vertrauensgütern auf und sind umso größer, je spezifischer und seltener ein Gut nachgefragt wird.²⁶¹ Sie erschweren es dem Nachfrager, die Qualität und den Wert eines Produkts adäquat zu beurteilen und verschaffen dem Anbieter einen Informationsvorsprung, dessen Überwindung für den Nachfrager mit erheblichen Informations- und Transaktionskosten verbunden sein kann. Mögliche Folgen einer asymmetrischen Informationsverteilung können eine adverse Selektion sowie Moral Hazard sein. Bei einer adversen Selektion kommt es zu einer Negativauslese, wobei die Qualitätsunkenntnis und eine rückläufige Zahlungsbereitschaft der Nachfrager, die sich an einer durchschnittlichen Qualität orientieren, dazu führen können, dass der Preis und die Qualität eines Gutes solange sinken, bis nur noch schlechte Qualität gehandelt wird und der Markt für gute Qualität zusammenbricht.²⁶² Moral Hazard beschreibt die Problematik einer verdeckten Qualitätsverschlechterung während der Leistungserbringung.²⁶³

234. Eine Taxifahrt stellt grundsätzlich ein solches Erfahrungs- oder Vertrauensgut dar, bei dem nicht alle Kunden einzelne Aspekte der Qualität der Dienstleistung (z. B. Verkehrssicherheit des Pkw; Ortskenntnis des Fahrers) hinreichend beurteilen können. Insofern besteht in einem vollständig deregulierten Markt zum einen prinzipiell die Gefahr einer adversen Selektion, d. h. eine Verdrängung seriös kalkulierender durch unseriöse Taxiunternehmer, mit entsprechend negativen Auswirkungen auf die Verkehrssicherheit. Zum anderen kann insbesondere bei ortsfremden Fahrgästen Moral Hazard auftreten, z. B. wenn Taxifahrer nicht die schnellste oder kostengünstigste Strecke fahren, um ihre Einnahmen zu erhöhen.²⁶⁴ Allerdings ist zu beachten, dass diese Formen des Marktversagens in den einzelnen Marktsegmenten unterschiedlich ausgeprägt sind und überwiegend den Ruftaximarkt sowie Taxisstände betreffen dürften, da hier zumeist die weniger informierte und zeitsensitive Laufkundschaft bedient wird. Im Funktaximarkt aufgrund möglicher Wiederholungskäufe eine bessere Möglichkeit zur Beurteilung der Qualität der Unternehmer, sodass ein regulatorischer Eingriff zur Sicherung strenger Qualitätsstandards in diesem Bereich nicht zwangsläufig notwendig ist.

235. Schließlich ist zu beachten, dass insbesondere im Funktaximarkt marktbasierte Lösungen zur Reduzierung von Informationsasymmetrien bereits ausreichend sein können. So haben etwa qualitativ

²⁵⁹ Vgl. Fritsch, M., Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 8. Aufl., München 2011, S. 307-312.

²⁶⁰ Vgl. Laaser, C. F., Wettbewerb im Verkehrswesen. Chancen für eine Deregulierung in der Bundesrepublik, Kieler Studien, No. 236, 1991, S. 89-91.

²⁶¹ Vgl. Nelson, P., Information and Consumer Behavior, Journal of Political Economy 78 (2), 1970, S. 311-329.

²⁶² Vgl. Akerlof, G. A., The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism, The Quarterly Journal of Economics 84(3), 1970, S. 488-500.

²⁶³ Vgl. Fritsch, M., Marktversagen und Wirtschaftspolitik, a. a. O., S. 254-256.

²⁶⁴ Vgl. z. B. Balaoutas, L. u. a., What Drives Taxi Drivers? A Field Experiment on Fraud in a Market for Credence Goods, Review of Economic Studies 80(3), 2013, S. 876-891.

hochwertige Taxiunternehmer grundsätzlich ein Eigeninteresse, Informationsasymmetrien durch den Aufbau einer guten Reputation abzubauen, da Moral Hazard dazu führen kann, dass Beförderungsverträge nicht geschlossen werden. Ein anderes Beispiel sind Taxigenossenschaften, die die Mitgliedschaft an die Erfüllung gewisser Qualitätsstandards binden und diese auch kontrollieren, um sich von ihren Wettbewerbern abzugrenzen. Darüber hinaus tragen technische Innovationen wie Smartphone-Apps zu einer größeren Markttransparenz und zum Abbau von Informationsasymmetrien bei, indem sie neben der reinen Taxivermittlung eine Bewertung von Taxifahrten und eine Vorabkalkulation des ungefähren Fahrpreises ermöglichen. Der Übervorteilung von Fahrgästen kann zudem in allen Segmenten des Taximarktes durch einen verstärkten Einsatz von Navigationsgeräten begegnet werden, die darüber hinaus umfangreiche Ortskenntnisprüfungen überflüssig machen.

236. Insgesamt zeigt sich, dass eine quantitative Beschränkung des Marktzugangs grundsätzlich nicht zu rechtfertigen ist und bei der qualitativen Kontrolle des Marktzugangs eine Differenzierung nach einzelnen Marktsegmenten angezeigt wäre. Da in Deutschland jedoch – anders als in einigen anderen Staaten – eine Vielzahl der Taxiunternehmer in allen Marktsegmenten aktiv ist, sollte sich die qualitative Kontrolle grundsätzlich auf alle Marktsegmente erstrecken und auf die nicht-beobachtbaren Qualitätsmerkmale wie die Verkehrssicherheit der Pkw konzentrieren. Zudem erscheint eine Plausibilitätsprüfung der wirtschaftlichen Verhältnisse der Taxiunternehmer nach dem Hamburger Modell sinnvoll. Dies gilt umso mehr, da es bei einer Aufhebung der Konzessionsbeschränkung zu einem umfangreichen Marktzutritt kommen dürfte, wie internationale Erfahrungen mit Deregulierungsmaßnahmen belegen.²⁶⁵ Eine solche umfangreiche Prüfung ist zwar mit höheren Kosten verbunden, einer Beschränkung von Taxikonzessionen durch die Führung von Wartelisten jedoch vorzuziehen.

Alternativ hierzu könnten die Qualitätskontrollen in einem größeren Umfang auf die Taxigenossenschaften übertragen werden, die dann anstatt der Taxiunternehmer selbst durch die Behörden zu kontrollieren wären. Dies hätte den Vorteil eines geringeren Verwaltungsaufwands für die Behörden, die sich nunmehr auf die kleineren Taxiunternehmer konzentrieren könnten.

237. Im Rahmen der Konzessionsfreigabe sollte zudem das bisherige Verbot der Aufnahme von Fahrgästen an Taxisständen sowie am Straßenrand außerhalb des eigenen Pflichtfahrbereiches aufgehoben werden. Ein solches Verbot führt zwangsläufig zu Leerfahrten und längeren Wartezeiten für die Fahrgäste, welche aus wirtschaftlicher und ökologischer Perspektive vermieden werden sollten. Ein Beispiel hierfür ist der Flughafen Schönefeld. Diesen dürfen Berliner Taxis zwar anfahren, allerdings müssen sie leer nach Berlin zurückfahren, da dieser sich außerhalb ihres Pflichtfahrbereiches befindet und ihnen daher ein Bereithalten bzw. die Aufnahme von Fahrgästen verboten ist.

3.2 Notwendigkeit einer Preisregulierung?

238. Während in einigen Regionen Deutschlands mittlerweile von der Konzessionsbeschränkung Abstand genommen wurde, da keine Gefährdung der Funktionsfähigkeit des Taxigewerbes festgestellt werden konnte, werden die Beförderungsentgelte für Taxifahrten innerhalb des Pflichtfahrbereiches – wie eingangs dargestellt – grundsätzlich durch die Behörden festgesetzt. Diese Ausschaltung des Preiswettbewerbs führt dazu, dass eine Taxifahrt unabhängig von den tatsächlichen Kosten des Unternehmers, die etwa in Abhängigkeit des eingesetzten Fahrzeugs variieren können, gleich viel kostet. Die Befürworter der Tarifpflicht begründen diese insbesondere mit Argumenten des Verbraucherschutzes. Demnach wirke die Tarifpflicht einer Übervorteilung der Fahrgäste durch überhöhte Preise entgegen und verhindere die Ausnutzung von Notlagen durch die Taxifahrer. Festgesetzte Tarife seien insbesondere zum Schutz von Ortsfremden wie Touristen und Geschäftsreisenden erforderlich. Die im Vergleich zum Mietwagenverkehr höheren Taxitarife werden zudem als Ausgleich für mit der Betriebs- und Beförderungspflicht verbundene Standzeiten bzw.

²⁶⁵ Der Umfang des Marktzutritts ist grundsätzlich davon abhängig, inwieweit es vor der Deregulierung ein zu geringes Angebot an Taxis gab.

unrentable Fahrten begründet. Schließlich wird darauf hingewiesen, dass ein Verzicht auf eine Preisregulierung zu einem Anstieg der Steuerhinterziehung im Taxigewerbe führen könnte, der zulasten der regulär arbeitenden Betriebe ginge.

239. Aus ökonomischer Sicht sind individuell festgelegte Preise ein wesentliches Merkmal einer Marktwirtschaft. Eine Preisregulierung stellt einen schwerwiegenden Eingriff in die freie Preisgestaltung der Unternehmer dar und ist entsprechend rechtfertigungsbedürftig. Bezogen auf das Taxigewerbe könnte bei freier Preissetzung grundsätzlich das Problem unvollständiger Preisinformation auftreten, sodass Fahrgäste sich mit unterschiedlichen Preisen für das vermeintlich homogene Gut Taxifahrt konfrontiert sehen. Die Suche nach dem günstigsten Preis ist dann mit Such- sowie Opportunitätskosten der Zeit verbunden, welche je nach Ort, Zeit und Dringlichkeit der Weiterreise stark variieren können. Je höher die Suchkosten, d. h. je schwieriger es ist, sich Preisinformationen zu beschaffen oder aber ein Taxi zu finden, und je höher die Opportunitätskosten der Zeit sind, desto höher sind letztlich die Preisstreuungen sowie die Preise im Taximarkt. Niedrige Suchkosten führen hingegen zu Wettbewerbspreisen. Negativ betroffen von einer kompletten Deregulierung wären also überwiegend Personen mit hohen Suchkosten, insbesondere Ortsfremde, Touristen und Geschäftsleute, die das erste Taxi nehmen.

240. Obige Ausführungen verdeutlichen, dass für einen funktionierenden Preiswettbewerb im Taxigewerbe letztlich eine hinreichende Markttransparenz für den Kunden von entscheidender Bedeutung ist. Mit Blick auf die einzelnen Marktsegmente des Taximarktes bedeutet dies, dass ein funktionierender Preiswettbewerb insbesondere im Bereich der Funktaxis zu erwarten ist, da hier die Suchkosten für den Kunden aufgrund der Möglichkeit eines einfachen Preisvergleichs relativ gering sind. Eine Festsetzung der Tarife ist in diesem Marktsegment somit nicht notwendig.

Im Ruftaximarkt sowie an Taxisständen sind die Suchkosten der Kunden hingegen wesentlich höher, sodass überhöhte Preise und Preisdispersionen auftreten können.²⁶⁶ Wenn der Fahrgast im Extremfall nur ein Taxi zur Auswahl hat, besteht eine zeitlich begrenzte lokale Monopolsituation, die dem Taxifahrer das Setzen überhöhter Preise ermöglichen würde. Eine Festsetzung der Tarife durch die Behörden wäre gleichwohl nur dann gerechtfertigt, wenn keine weniger restriktiven Abhilfemaßnahmen bestünden, um einer Übervorteilung der Fahrgäste in diesen Marktsegmenten zu begegnen. Diesbezüglich ist insbesondere auf das Instrument von Höchstpreisen hinzuweisen, die zum einen die Fahrgäste vor überhöhten Fahrpreisen und insbesondere vor einer Ausnutzung von Notlagen schützen, zum anderen aber einen Preiswettbewerb zwischen den Taxiunternehmen zumindest im Ansatz ermöglichen. Gleichzeitig könnte die Tariftransparenz gefördert werden, indem durch die Behörde eine bestimmte Tarifstruktur vorgegeben wird und die Unternehmer dazu verpflichtet werden, ihre Preise innerhalb und außerhalb der Taxis deutlich kenntlich zu machen. Weniger nützlich sind aus Sicht der Monopolkommission hingegen Maßnahmen, die die Preissetzungsfreiheit der Taxiunternehmer weitergehend beschränken. Hierzu gehören etwa Vorgaben, dass alle Fahrzeuge eines Unternehmers oder einer Taxigenossenschaft zu gleichen Preisen fahren müssen. Diese Maßnahmen würden zwar ebenfalls zu einer erhöhten Markttransparenz beitragen, allerdings zulasten einer Ausdifferenzierung unterschiedlicher Preis-Leistungs-Kombinationen sowie unter der Gefahr einer weitgehenden Ausschaltung des Preiswettbewerbs.

241. Höchstpreise als weniger restriktives Regulierungsinstrument können grundsätzlich in allen Marktsegmenten des Taxiverkehrs bedenkenlos eingeführt werden. Gleichwohl ist zu beachten, dass auch durch Höchstpreise noch ein Eingriff in die Preisgestaltungsfreiheit der Taxiunternehmer vorgenommen wird, der möglicherweise nicht notwendig ist. So könnte eine freie Preissetzung gerade in dicht besiedelten Großstädten unter Umständen nicht nur im Funktaximarkt, sondern in allen Marktsegmenten möglich sein, da hier der Wettbewerb wesentlich besser funktionieren dürfte als in ländlichen Gebieten.²⁶⁷

²⁶⁶ Vgl. Westphal, K., Marktversagen und Regulierung im Taximarkt. Eine industrieökonomische Analyse, Saarbrücken 2009, S. 34-53.

²⁶⁷ Eine solche Differenzierung zwischen städtischen und ländlichen Gebieten existiert z. B. in Norwegen.

Darüber hinaus ist zu beachten, dass Preisvergleiche aufgrund der Verbreitung neuer Informationstechnologien und insbesondere von Smartphones mittlerweile vergleichsweise einfach möglich sind und einem großen Teil der Bevölkerung zur Verfügung stehen. Taxi-Apps ermöglichen unter anderem eine Bewertung von Taxifahrern, die ungefähre Berechnung des Fahrpreises sowie einen Überblick über im näheren Umkreis verfügbare Taxis und tragen hierdurch zur Reduzierung noch bestehender Informationsasymmetrien bei. Da im Rahmen solcher Apps die Bewertung der Fahrer bzw. Taxiunternehmer bei der Zuteilung von Beförderungsaufträgen berücksichtigt werden kann, sinken die Anreize zu einer Übervorteilung des Fahrgastes. Die stärkere Nutzung solcher Taxi-Apps könnte insofern mittelfristig eine Unterscheidung zwischen den einzelnen Marktsegmenten obsolet werden lassen, insbesondere wenn es zu einer weiteren Expansion des kaum regulierungsbedürftigen Funktaximarktes zulasten von Ruftaxis und Taxisständen kommen sollte.²⁶⁸

242. Die Möglichkeit zur Übervorteilung von Fahrgästen wird zudem durch die zunehmende Konkurrenz alternativer Mobilitätsanbieter begrenzt. So treten etwa als Mietwagenverkehr regulierte Limousinenservices verstärkt in Konkurrenz zum Taxigewerbe. Gerade in Großstädten existieren zudem zunehmend Carsharing-Angebote, wenngleich diese derzeit noch eine eher komplementäre Beförderungsform darstellen. Insgesamt steht das Taxigewerbe jedoch mehr denn je im Wettbewerb mit anderen Mobilitätsanbietern, welche die Preissetzungsmöglichkeiten beschränken. Damit sich das Taxigewerbe diesem Wettbewerb stellen kann, bedarf es jedoch der Möglichkeit zu einer freien oder zumindest freieren Preissetzung als bisher.

243. Nicht ersichtlich ist, inwieweit eine Tarifpflicht zur Sicherstellung der Qualität im Taxigewerbe notwendig sein sollte. Tatsächlich bestehen für die Taxiunternehmer bei Einheitstarifen nur dann Anreize zur Investition in eine höhere als die zur Erhaltung der Lizenz notwendige Mindestqualität, wenn diese mit einem entsprechend höheren Fahrtaufkommen einhergeht, da andernfalls jede Qualitätssteigerung ihren Gewinn schmälern würde. Ein solcher Qualitätswettbewerb dürfte jedoch – wenn überhaupt – nur im Funktaximarkt möglich sein, da hier durch Wiederholungskäufe der Aufbau einer hohen Reputation möglich ist. Im Ruftaximarkt sowie im Bereich von Taxisständen ist der Anreiz zur Investition ungleich geringer und konzentriert sich allenfalls auf die sichtbaren Sacheigenschaften, wie etwa auf das Alter oder die Marke des Fahrzeugs. Beschnitten wird dieser Qualitätswettbewerb zusätzlich dadurch, dass der Fahrgast sich in diesen Marktsegmenten häufig nur einem Taxi gegenüber sieht und somit keine Auswahlmöglichkeit hinsichtlich der Qualität des Fahrzeugs besteht.

Zwar würde letzteres Problem grundsätzlich bei einer Deregulierung der Preise fortbestehen. Allerdings würden sich Investitionen in die Qualität in einem deregulierten Markt für die Taxiunternehmer eher rentieren, da höhere Qualitäten zu einem höheren Preis angeboten werden könnten. Ein Preiswettbewerb könnte so zur Ausdifferenzierung unterschiedlicher Preis-Qualitäts-Kombinationen führen und die Angebotsvielfalt im Markt insgesamt erhöhen – und zwar über bisherige Differenzierungen wie Großraumtaxis, Kurzstrecken-, Tag- und Nachttarife hinaus. Qualitätsbewussten Fahrgästen ständen Premium-Taxis zu höheren Preisen zur Verfügung, während preisbewusste Kunden, denen eine günstige Beförderung wichtig ist, auf eine niedrigere beobachtbare Fahrzeugqualität (z. B. schlechtere Ausstattung; günstigere Marke) zurückgreifen könnten. Nicht zuletzt könnte eine freie Preisgestaltung auch den Taxiunternehmern zugutekommen, denen die direkte Berücksichtigung von Betriebskostensteigerungen in ihren Preisen möglich wäre.

244. Die Notwendigkeit einer Tarifpflicht kann auch nicht mit der bestehenden Betriebs- und Beförderungspflicht begründet werden. Insbesondere im Rahmen von Höchstpreisen könnte eine solche Betriebs- und Beförderungspflicht fortbestehen.²⁶⁹ Jedoch wäre es Taxiunternehmern sodann gestattet, für

Vgl. Egeland, W. S./ Tveito, A. J./ Lund, C., Regulation and Competition in the Norwegian Taxi Service Industry, Competition Law International, Juni 2009, S. 34-40.

268 Vgl. Biggar, D., Why and How Should We Regulate Taxis?, August 2011, S. 24ff.; Seymour, D., The End of Taxi Regulation. Why GPS-Enabled Smartphones Will Send Traditional Taxi Regulation the Way of the Dodo, FCPP Policy Series No. 105, Mai 2011.

269 So sind z. B. in Neuseeland Taxizentralen zum Angebot eines 24/7-Service und Taxifahrer zur Bedienung von Kurzstrecken verpflichtet, Land Transport NZ, Land Transport Rule: Operator Licensing 2007. Rule 81001.

kürzere Strecken vergleichsweise höhere Preise zu berechnen, um diese rentabel zu bedienen. Grundsätzlich nicht notwendig wäre eine Betriebs- und Beförderungspflicht allerdings bei freiem Preiswettbewerb, da in diesem Fall eine ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit Taxis zu frei gebildeten Preisen zu erwarten wäre.

245. Festgesetzte Tarife können schließlich auch nicht mit dem Argument gerechtfertigt werden, dass sie zur Vermeidung eines Anstiegs der Steuerhinterziehung notwendig sind. Zum einen scheint im Taxigewerbe Schwarzarbeit und die Verschleierung von Einnahmen bereits heute relativ weit verbreitet zu sein,²⁷⁰ sodass die Tarifpflicht bislang nicht dazu beigetragen hat, diese tatsächlich zu verhindern. Aus eben diesem Grund wird derzeit auch die Einführung sogenannter manipulationssicherer Fiskaltaxameter forciert. Zum anderen ist es nicht plausibel, einen freien Preiswettbewerb im Taxiverkehr mit der Steuerunehrlichkeit einzelner Taxiunternehmer generell abzulehnen. Vielmehr ist es Aufgabe der entsprechenden Behörden, die Steuerunehrlichkeit der Unternehmer zu überprüfen und im Zweifelsfall Maßnahmen zu ergreifen. Die Möglichkeit zur Steuerhinterziehung ist auch kein spezielles Problem des Taxigewerbes, sondern betrifft ebenso andere Branchen wie das Gaststättengewerbe. Hinzuweisen ist zudem darauf, dass bereits heute eine freie Preissetzung für Fahrten außerhalb des Pflichtfahrbereiches möglich ist und auch in einigen ausländischen Märkten ein Preiswettbewerb funktioniert. Die weitere Verbreitung von bargeldlosen Zahlungsmöglichkeiten wird die Möglichkeit zur Steuerhinterziehung zudem weiter beschränken. Insgesamt kann daher auch dieser Einwand gegen einen freien Preiswettbewerb nicht überzeugen.

246. Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass eine Tarifpflicht in ihrer derzeitigen Form in Deutschland ökonomisch nicht zu rechtfertigen ist, da entweder ein freier Preiswettbewerb möglich ist oder aber mit Höchstpreisen ein alternatives Instrument besteht, das weniger stark in die Preissetzungsfreiheit der Unternehmer eingreift. Ein stärkerer Preiswettbewerb im Taxigewerbe könnte zu geringeren Preisen sowie zu einer Ausdifferenzierung unterschiedlicher Preis-Qualitäts-Kombinationen führen. Die Taxiunternehmer könnten unterschiedliche Qualitäten zu differenzierten Preisen anbieten und würden damit erstmalig in die Lage versetzt, unterschiedliche Betriebskosten einzelner Fahrzeuge sowie mögliche Kostensteigerungen, etwa aufgrund eines gesetzlichen Mindestlohns, direkt in ihrer Preissetzung zu berücksichtigen. Die Kunden würden von einer größeren Angebotsvielfalt profitieren.²⁷¹

247. Die Monopolkommission sieht jedoch, dass ein Mischsystem aus Höchstpreisen an Taxiständen sowie für Ruftaxis und einem freien Preiswettbewerb im Funktaximarkt auf Kundenseite möglicherweise gerade zu Beginn der Umstellung zu Irritationen führen könnte. Insofern empfiehlt sie, für einen Übergangszeitraum von zunächst drei Jahren Höchstpreise in allen Marktsegmenten einzuführen. Die Höchstpreise sollten durch die zuständigen Behörden festgelegt werden und könnten zunächst den aktuellen Taxitarifen entsprechen. Nach Ablauf dieser Phase der Höchstpreisregulierung sollte im Funktaximarkt ein freier Preiswettbewerb möglich sein. In den anderen Marktsegmenten sollte ebenfalls eine Preisfreigabe erfolgen, sofern eine hinreichende Markttransparenz gesichert ist.

4 Wettbewerb zwischen dem Taxi- und Mietwagenverkehr

248. Taxis stehen nicht nur untereinander im Wettbewerb, sondern auch mit anderen Mobilitätsanbietern, insbesondere den unterschiedlichen Formen des Mietwagenverkehrs.²⁷² Der Wettbewerb zwischen beiden Beförderungsformen beschränkt sich aufgrund der unterschiedlichen Regulierung jedoch weitgehend auf den

²⁷⁰ Vgl. z. B. Behrendt, M., Berlins Taxifahrer unterschlagen Hälfte ihrer Einnahmen, Berliner Morgenpost, 11. Februar 2013; Mayer, S., In der Taxibranche grassiert die Schwarzarbeit, Die Welt online, 19. Januar 2011.

²⁷¹ Sollte es dabei zu Preissteigerungen kommen, die nicht auf Qualitätsverbesserungen zurückzuführen sind, wie dies in einigen ausländischen Märkten zu beobachten war, ist dies zunächst als Indiz dafür zu werten, dass die durch die Behörden festgelegten Taxitarife zu niedrig waren, um wirtschaftlich zu arbeiten. Dies könnte dann auch eine Erklärung für das von vielen Seiten beklagte hohe Ausmaß an Schwarzarbeit im Taxigewerbe sein.

²⁷² Carsharing-Angebote stellen derzeit eher noch eine komplementäre Form der Personenbeförderung dar, könnten jedoch zukünftig insbesondere in Wettbewerb zu den Marktsegmenten der Taxistände und Ruftaxis treten.

Markt für vorab bestellte Beförderungsaufträge, betroffen sind also vornehmlich im Funktaximarkt aktive Taxiunternehmer. Enge Substitutionsbeziehungen bestehen vor allem zwischen Funktaxis und klassischen Mietwagen, sogenannten Minicars, welche in einem ähnlichen Preis-Leistungs-Spektrum operieren.²⁷³ Darüber hinaus stehen Funktaxis in einem gewissen Rahmen im Wettbewerb mit höherwertigen Formen des Mietwagenverkehrs, insbesondere mit Anbietern sogenannter Limousinenservices, wenn diese Beförderungen zu einem ähnlichen Preis anbieten.

249. Der Wettbewerb zwischen Mietwagen und Taxis hat sich in jüngerer Zeit durch die Verbreitung von Smartphones und den Markteintritt von Mietwagen- sowie insbesondere Limousinenvermittlern intensiviert. Diese Vermittlungsdienste verfügen i. d. R. über keinen eigenen Fuhrpark, sondern vermitteln Fahrten von klassischen Mietwagen und Limousinenservices gegen Provision über das Internet bzw. per Smartphone-App. Der Fahrgast kann aus unterschiedlichen Preis-Qualitäts-Stufen wählen, von Luxus-Limousinen, die aufgrund der Qualitäts- und Preisunterschiede kaum im Wettbewerb mit Taxis stehen dürften, bis hin zur Beförderung in taxiähnlicher Qualität. Anders als im Taxiverkehr werden hierbei häufig Festpreise bestimmt, sodass der Fahrgast die Höhe des Beförderungsentgelts bereits vor Fahrtantritt kennt.

250. Zusätzliche Konkurrenz bekommen Taxis und Mietwagen durch Unternehmen, die ähnlich zu klassischen Mitfahrzentralen eine Vermittlung von Mitfahrerangeboten offerieren, d. h. von Fahrten, die von Privatpersonen durchgeführt werden. Diese müssen hierzu lediglich Inhaber eines Führerscheins und privaten Pkw sein sowie bestimmte Bedingungen des Vermittlungsdienstes erfüllen – ein Personenbeförderungsschein wird hingegen nicht vorausgesetzt. Für die Vermittlungsleistung wird eine Provision erhoben.

251. Die Monopolkommission begrüßt prinzipiell einen hohen Wettbewerb im Bereich der Personenbeförderung und insofern den Markteintritt neuer Anbieter im Gelegenheitsverkehr. Gleichwohl ist zu beachten, dass einige dieser Angebote möglicherweise nicht mit der aktuellen Rechtslage des Personenbeförderungsgesetzes zu vereinbaren sind. Insbesondere das Angebot von Mietwagen- und Limousinenvermittlern verstößt möglicherweise gegen die für Mietwagen bestehende Rückkehrpflicht, da der Beförderungsauftrag zunächst beim Vermittlungsdienst eingeht und erst über Umwege am Betriebssitz des eigentlichen Mietwagenunternehmers (Verstoß gegen § 49 Abs. 4 Satz 2 und 3 PBefG).²⁷⁴ Fraglich ist auch, inwieweit die Vermittlung von Mitfahrerangeboten, deren Fahrer über keine Erlaubnis zur Personenbeförderung verfügen, mit dem PBefG zu vereinbaren ist.²⁷⁵ Die Monopolkommission enthält sich an dieser Stelle einer Stellungnahme zur Rechtmäßigkeit dieser neuen Angebote. Sie stellt jedoch fest, dass sowohl im Taxi- als auch im Mietwagenverkehr zuweilen gegen gesetzliche Auflagen verstoßen wird, sei es gegen die kaum kontrollierbare Rückkehrpflicht im Mietwagenverkehr oder das Bereithalten von Taxis an behördlich nicht zugelassenen und gekennzeichneten Taxiständen.

252. Unabhängig von den aktuellen Marktentwicklungen stellt sich die grundsätzlichere Frage, inwieweit eine Regulierung des Mietwagenverkehrs notwendig ist und welche Anpassungen des Ordnungsrahmens im Rahmen einer Liberalisierung des Taxiverkehrs vorgenommen werden müssten, um Wettbewerbsverzerrungen zwischen beiden Mobilitätsformen auszuschließen. Wie eingangs dargestellt, unterliegen Mietwagen einer Rückkehrpflicht, einem Halteverbot an Taxiständen sowie einem Aufnahmeverbot von Fahrgästen am Straßenrand. Zudem müssen sie den regulären Umsatzsteuersatz entrichten und auf gewisse Privilegien im Straßenverkehr verzichten. Diese Regulierung soll insbesondere dem Schutz des Taxiverkehrs als Teil des ÖPNV dienen und dessen Kostennachteile aufgrund hoher Standzeiten ausgleichen. Aus Sicht

²⁷³ Dies zeigt z. B. die Entwicklung in der Hansestadt Lübeck, wo eine Aufhebung des Konzessionsstopps zu einem Anstieg der Taxilizenzen und einem gleichzeitigen Rückgang der zugelassenen Mietwagen führte, da viele Unternehmer ihre Lizenz umwandelten. Vgl. Taxi heute, Lübeck verschärft die Konzessionsvergabe, <http://www.taxi-heute.de/Taxi-News/News/8550/Luebeck-verschaerft-die-Konzessionsvergabe>, Abruf am 13. Juni 2014.

²⁷⁴ So z. B. LG Berlin, Urteil vom 11. April 2014, 15 O 43/14.

²⁷⁵ Kritisch hierzu Rebler, A., Neue Taxi-App Uber Pop. Schon keine rechtliche Grauzone mehr, Legal Tribune Online, 19. April 2014.

der Monopolkommission sind einige dieser Regulierungsinstrumente grundsätzlich fragwürdig und sollten aufgehoben werden. So führt die Rückkehrpflicht zu vermeidbaren Leerfahrten und somit zu höheren Kosten der Unternehmer, längeren Wartezeiten für Fahrgäste, unnötige Schadstoffemissionen und damit letztlich zu vermeidbaren Wohlfahrtsverlusten. Entfallen sollte zudem die Vorschrift, dass der Beförderungsauftrag im Mietwagenverkehr am Betriebssitz des Mietwagenunternehmers eingehen muss, da hierdurch die Vermittlung von Mietwagenverkehren rechtssicher möglich wäre. Außerdem sollte im Taxi- und Mietwagenverkehr generell der gleiche Umsatzsteuersatz in Abhängigkeit von der Entfernung der zurückgelegten Strecke anfallen. Der reduzierte Umsatzsteuersatz würde aktuell bis zu einer Entfernung von 50 km gelten.

253. Über diese Maßnahmen hinausgehende Anpassungen der Regulierung des Mietwagenverkehrs hängen von dem konkreten Ausmaß der Liberalisierung des Taxiverkehrs ab. Zu unterscheiden sind insbesondere drei Fälle:

- **Konzessions- und generelle Preisfreigabe im Taxiverkehr:** In diesem Fall wäre eine Unterscheidung zwischen dem Taxi- und Mietwagenverkehr grundsätzlich obsolet, da bisherige Mietwagenunternehmer eine Taxilizenz erwerben könnten, um oben genannten regulatorischen Nachteilen zu entgehen. Insofern wäre eine Vereinheitlichung der regulatorischen Bestimmungen für den Taxi- und Mietwagenverkehr vorzunehmen. Beide Mobilitätsanbieter dürften fortan an Taxisständen halten und Fahrgäste vom Straßenrand mitnehmen und hätten die gleichen Privilegien im Straßenverkehr. Eine Betriebs- und Beförderungspflicht wäre aufgrund der freien Preissetzung nicht notwendig.
- **Konzessionsfreigabe und freie Preise im Funktaximarkt:** In diesem Fall könnte – abgesehen von obigen regulatorischen Anpassungen im Mietwagenverkehr (vgl. Tz. 252.) – an der derzeitigen Unterscheidung von Taxis und Mietwagen festgehalten werden. Mietwagen stünden dann weiterhin nur mit Funktaxis in Konkurrenz. Alternativ könnte auch hier eine Vereinheitlichung der Regulierung des Taxi- und Mietwagenverkehrs erfolgen. An Taxisständen sowie beim Aufnehmen von Fahrgästen am Straßenrand würden jeweils Höchstpreise sowie eine Beförderungspflicht gelten.
- **Konzessionsfreigabe und generelle Höchstpreise:** In diesem Fall wäre eine unterschiedliche Regulierung des Taxi- und Mietwagenverkehrs weiterhin notwendig. Mietwagen würden abgesehen von obigen regulatorischen Anpassungen (vgl. Tz. 252.) wie bisher reguliert. Sie dürften nur bestellt werden, könnten Preise freisetzen und unterlägen keiner Betriebs- oder Beförderungspflicht. Als Ausgleich hierfür dürften nur Taxis Fahrgäste an Taxisständen und vom Straßenrand aufnehmen und hätten Privilegien im Straßenverkehr.

254. Die obigen Ausführungen verdeutlichen, dass zwischen der Regulierung der Taximärkte und jener des Mietwagenverkehrs Wechselwirkungen bestehen, die bei einer Liberalisierung des Taxiverkehrs zu beachten sind. Dies gilt insbesondere im Falle einer gestuften Liberalisierung der Taximärkte, wie sie von der Monopolkommission empfohlen wird. Hier wäre darauf zu achten, dass im Mietwagenverkehr zunächst nur die Rückkehrpflicht (einschließlich der Vorschrift, dass der Beförderungsauftrag am Betriebssitz eingehen muss) aufgehoben sowie die Umsatzsteuersätze angepasst werden. Im Zuge einer vollständigen Freigabe der Preissetzung im Taxiverkehr wäre dann die Aufhebung der unterschiedlichen Regulierung angebracht.

5 Wettbewerb bei der Taxivermittlung

255. Die Bedeutung der einzelnen Marktsegmente der Taximärkte ist in Deutschland regional sehr unterschiedlich. Während in manchen Gebieten nahezu alle Fahrten über Funk vermittelt werden, existieren gerade in Großstädten auch eine Vielzahl von Taxiunternehmen, die sich auf Taxisstände sowie das Abwinken am Straßenrand konzentrieren. Insgesamt werden einer aktuellen repräsentativen Studie zufolge jedoch ca. 74 Prozent aller Taxifahrten telefonisch bzw. über Taxizentralen bestellt.²⁷⁶ Im Funktaximarkt

²⁷⁶ Vgl. IFAK Institut, Kundenzufriedenheit mit Taxi-Unternehmen in Deutschland, 2014, 11, <http://www.bzp.org/>

erfolgt die Vermittlung von Fahrten traditionell durch regional agierende Taxizentralen, denen die meisten der im Funktaximarkt tätigen Taxiunternehmer angeschlossen sind. Der wesentliche Vorteil von Taxizentralen liegt in der Bündelung mehrerer, häufig kleiner Taxibetriebe. Hierdurch werden bei der Vermittlung von Beförderungsaufträgen positive Skaleneffekte realisiert, von denen die Taxiunternehmer in Form einer geringeren Anzahl an Leerfahrten und die Fahrgäste durch eine schnellere Fahrtvermittlung profitieren.

256. Diesen Vorteilen steht eine aus wettbewerbspolitischer Sicht häufig nicht unproblematische regional marktbeherrschende Stellung von Taxizentralen gegenüber, da in vielen Regionen Deutschlands der Markt für Taxivermittlungen monopol- bis oligopolistisch geprägt ist. Gerade in Gebieten, in denen der Funktaximarkt das wichtigste Marktsegment darstellt und lediglich eine Taxizentrale operiert, besteht das Problem eines möglichen Marktmachtmissbrauchs, etwa in Form überhöhter Mitgliedsbeiträge.²⁷⁷ Zwar ist die Mitgliedschaft in einer Taxizentrale bzw. Taxi-Genossenschaft in Deutschland im Gegensatz zu einigen anderen Staaten (z. B. Neuseeland, Schweden) für die Taxiunternehmer nicht verpflichtend. Jedoch ist sie für die Betriebe häufig betriebswirtschaftlich notwendig, da sie anderenfalls von einem umfangreichen Kundenkreis ausgeschlossen wären. Die wirtschaftlich selbstständigen Taxiunternehmer können insofern schnell in ein Abhängigkeitsverhältnis zu den regionalen Taxizentralen geraten.

257. In jüngerer Zeit ist in den stark konzentrierten Markt für Taxivermittlungen durch die zunehmende Verbreitung von Smartphones etwas Bewegung gekommen. Insbesondere Start-ups sind als sogenannte „gewerbefremde“ Taxivermittler bundesweit in den Markt eingetreten, konzentrieren sich allerdings bislang weitgehend auf größere Städte. Diese neuen Anbieter ermöglichen eine Taxibestellung mittels Smartphone-App direkt beim Taxifahrer – unter Umgehung der klassischen Taxizentralen und zu teilweise deutlich geringeren Kosten. Eine andere Bestellmöglichkeit, etwa über Telefon, wird hingegen nicht angeboten. Anders als bei den meisten etablierten Taxizentralen wird die Vermittlungsleistung bei diesen Taxi-Apps nicht durch eine monatliche Pauschale entgolten. Stattdessen fallen i. d. R. Provisionszahlungen für jede erfolgreich vermittelte Fahrt an, teilweise ist die Vermittlung aufgrund von Werbefinanzierung sogar entgeltfrei. Vielen Taxiunternehmern eröffnet der Markteintritt dieser neuen Vermittlungsdienstleister erstmals eine Alternative zu ihrer angestammten Taxizentrale und damit prinzipiell eine zusätzliche Einnahmequelle. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass der Marktanteil von Fahrtvermittlungen via Smartphone-Apps noch sehr gering ausfällt.²⁷⁸ Insofern dürfte es dem überwiegenden Anteil der im Funktaximarkt operierenden Taxiunternehmer zum derzeitigen Zeitpunkt kaum möglich sein, komplett auf die Dienste der klassischen Taxizentralen zu verzichten. Die Vermittlung über Smartphone-Apps dürfte vielfach eher eine komplementäre Einnahmequelle für die Taxiunternehmer darstellen.

258. Auf den Wettbewerbsvorstoß der „gewerbefremden“ Anbieter haben die etablierten Taxizentralen auf unterschiedliche Weise reagiert. Neben der Entwicklung einer gemeinsamen inzwischen bundesweit verfügbaren Bestell-App, die den Mitgliedern der „klassischen“ Taxizentralen unentgeltlich zur Verfügung gestellt wird, versuchen einige Taxizentralen, neuen Wettbewerbern durch kartellrechtlich zweifelhafte Mittel den Marktzutritt zu erschweren. Zu nennen sind hier insbesondere sogenannte Doppelfunk-Verbote bzw. Ausschließlichkeitsklauseln, die es den angeschlossenen Taxiunternehmern untersagen, die Vermittlungsdienste mehrerer Anbieter in Anspruch zu nehmen. Darüber hinaus existieren Fremdwerbeverbote, die es den Taxiunternehmern verbieten, an ihren Fahrzeugen für einen konkurrierenden Taxivermittler zu werben.

Content/INFORMATION/Pressemitteilungen/IFAK_Kundenzufriedenheit_Taxi_2014_Komplettfassung.pdf, Abruf am 13. Juni 2014.

²⁷⁷ Dies ist insbesondere in ländlichen und kleinstädtischen Gebieten der Fall. In Großstädten besteht hingegen ein größerer Anteil an Taxiunternehmern, die keiner Zentrale angeschlossen sind und sich allein auf Taxisstände sowie das Abwinken am Straßenrand konzentrieren.

²⁷⁸ Einer aktuellen Befragung zufolge liegt der Anteil der von Smartphone-Apps vermittelten Fahrten im gesamten Funktaximarkt bei lediglich zwei bis drei Prozent, bei Betrachtung des gesamten Taximarktes sogar nur bei ca. 0,4 Prozent. Vgl. IFAK Institut, Kundenzufriedenheit mit Taxi-Unternehmen in Deutschland, a. a. O., S. 11.

Diese Praktiken einiger Taxizentralen waren und sind Gegenstand kartellrechtlicher Gerichtsverfahren. Geprüft wurde insbesondere, inwieweit die im jeweiligen Kartellverfahren betroffene(n) Taxizentrale(n) ihre marktbeherrschende Stellung missbrauchte(n). Erstinstanzliche Urteile haben die beschriebenen Praktiken den beklagten Zentralen weitgehend untersagt.²⁷⁹ In Österreich wurde die Ausschließlichkeitsklausel vieler Taxizentralen hingegen für kartellrechtlich zulässig befunden, sofern diese sich lediglich auf die der Zentrale angeschlossenen Fahrzeuge und nicht auf den gesamten Fahrzeugpool des Unternehmers bezieht.²⁸⁰

259. Die Monopolkommission begrüßt den gestiegenen Wettbewerb im Bereich der Taxivermittlung sowie die bislang ergangenen Urteile der deutschen Justiz. Fremdwerbeverbote sowie Ausschließlichkeitsklauseln können aus wettbewerbsökonomischer Perspektive erhebliche Markteintrittsbarrieren darstellen, die geeignet sind, den Wettbewerb in den stark konzentrierten Märkten für Taxivermittlungen zu beschränken. Denn für den einzelnen Taxiunternehmer dürfte es aufgrund der im Vergleich zu den etablierten Taxizentralen noch deutlich geringeren Kundenbasis solcher Anbieter von „gewerbefremden“ Taxi-Apps kaum rentabel sein, sich allein auf deren Vermittlungsdienste zu stützen. Insofern wäre ein Ausschluss aus der regionalen Taxizentrale mit erheblichen wirtschaftlichen Einbußen des einzelnen Unternehmers verbunden, die einen Wechsel unwahrscheinlich erscheinen lassen. Um den Wettbewerb im Bereich der Taxivermittlungen zu stärken, bedarf es insofern auch eines Abbaus bestehender Markteintrittsbarrieren, zumal die entsprechenden Verbote – wie die Gerichte festgestellt haben – nicht genossenschaftsimmanent sind.²⁸¹

260. Eine neuere Entwicklung im Rahmen der Taxivermittlung stellt der Vorstoß eines Taxi-App-Anbieters dar, Fahraufträge im Rahmen eines Versteigerungssystems zu vergeben.²⁸² Bei diesem System erfolgt die Zuteilung von Fahraufträgen an die Taxifahrer anhand mehrerer Faktoren wie der Nähe zum Kunden, der Qualität des Taxiunternehmers sowie dessen Zahlungsbereitschaft für die Taxivermittlung. Die Taxifahrer bzw. -unternehmer haben dabei die Möglichkeit, die Höhe der an den App-Anbieter zu entrichtenden Vermittlungsprovision selbst einzustellen, wobei die Gebührenspreize zwischen drei und 15 Prozent liegen kann. In diesem Versteigerungssystem wird teilweise ein Verstoß gegen die bestehende Tarifpflicht gesehen. Zudem wird kritisiert, dass hierdurch die Ertragslage der Taxiunternehmer noch weiter geschwächt werde.

Die Monopolkommission hält einen Verstoß gegen die Tarifpflicht für zweifelhaft. Das Versteigerungssystem adressiert lediglich die Zahlungsbereitschaft von Taxifahrern für die Taxivermittlung, nicht jedoch den durch die Behörden festgelegten Tarif, den der Fahrgast unabhängig vom genutzten Vermittlungssystem zu entrichten hat. Insofern ist auch nicht ersichtlich, warum gerade selbstbestimmte Vermittlungsprovisionen die Ertragslage der Taxiunternehmer stärker schwächen sollten als pauschale Monatsbeiträge. In welcher Form die Vermittlung von Taxifahrten erfolgt und wie sie zu entgelten ist, ist letztlich Teil des Geschäftsmodells der Vermittlungsdienste, welche sich am Markt zumindest in einem gewissen Rahmen im Wettbewerb um Taxiunternehmer befinden.

Aus ökonomischer Sicht ist ein Versteigerungssystem ohnehin positiv zu beurteilen, da es zu einer Anpassung von Angebot und Nachfrage von Vermittlungsdienstleistungen führt. Fahrer können frei entscheiden, wie viel ihnen die Vermittlung in Anbetracht der aktuellen Marktsituation wert ist und geben der Taxivermittlung durch die Offenlegung ihrer Zahlungsbereitschaft einen marktgerechten Preis. Wettbewerblich problematisch wäre es lediglich, wenn ein Vermittlungsdienst einzelne Taxiunternehmer systematisch benachteiligen würde, obwohl alle Unternehmer die gleichen monatlichen Beiträge bzw. Vermittlungsprovisionen entrichten.

²⁷⁹ Etwa LG Düsseldorf, Urteil vom 19. Februar 2013, 14c O 238/12; LG Berlin, Urteil vom 09. Juli 2013, 16 O 213/12 Kart; LG Nürnberg-Fürth, Urteil vom 29. Januar 2014, 3 O 1195/13.

²⁸⁰ Österreichischer OGH, Entscheidung vom 27. Juni 2013, 16Ok7/12.

²⁸¹ Etwa LG Düsseldorf, Urteil vom 19. Februar 2013, 14c O 238/12; LG Nürnberg-Fürth, Urteil vom 29. Januar 2014, 3 O 1195/13.

²⁸² Vgl. mytaxi, mytaxi passt neues Preismodell an, Pressemitteilung vom 15. Januar 2014.

261. Insgesamt sieht die Monopolkommission die Wettbewerbsentwicklung im Bereich der Taxivermittlung positiv. Der Markteintritt alternativer Taxivermittler hat den Wettbewerb in diesem Marktsegment gestärkt, indem vielen Taxiunternehmen erstmals eine Alternative zur herkömmlichen Taxizentrale offensteht. Auch dürfte der zusätzliche Wettbewerbsdruck zu Innovationen und einem höheren Qualitätsniveau im Taxi-gewerbe beigetragen haben, etwa in Form der zunehmenden Verbreitung elektronischer Zahlungsmöglich-keiten oder durch die Möglichkeit zur Bewertung von Fahrern. Obgleich ist zu berücksichtigen, dass Smartphone-Apps bislang nur einen geringen Marktanteil haben, sodass der von ihnen ausgehende Wett-bewerbsdruck auf die Taxizentralen nicht überbewertet werden sollte. Die weitere Entwicklung in diesem Bereich bleibt abzuwarten.

6 Handlungsempfehlungen

262. Die Analyse der Regulierung der Taximärkte hat aufgezeigt, dass eine Konzessionsbeschränkung zur Sicherstellung der Funktionsfähigkeit des Taxigewerbes nicht notwendig ist. Die Monopolkommission appelliert daher zunächst an die örtlichen Genehmigungsbehörden, den Konzessionsstopp aufzuheben, um mehr Wettbewerb im Taximarkt zu ermöglichen. Darüber hinaus sollten die Genehmigungsbehörden im Sinne der Fahrgäste verstärkt von der Möglichkeit des § 47 Abs. 2 PBefG Gebrauch machen und durch Vereinbarungen mit anderen Genehmigungsbehörden das Bereithalten von Taxis außerhalb des eigenen Pflichtfahrbereiches ermöglichen. Mittelfristig sollten sowohl die objektiven Zulassungskriterien des § 13 Abs. 4 PBefG zur Genehmigung des Taxiverkehrs aufgehoben und eine generelle Bereithaltung von Taxis außerhalb des eigenen Pflichtfahrbereiches im PBefG ermöglicht werden. Nur hierdurch ließe sich eine dauerhafte Verbesserung der Marktsituation erreichen und eine Einflussnahme von Gewerbevertretern auf die Genehmigungsbehörden zur Einrichtung eines neuerlichen Konzessionsstopps verhindern.

263. Die Monopolkommission empfiehlt zudem eine Aufhebung der Tarifflicht im Taxiverkehr. Dies würde den Wettbewerb im Taxiverkehr beleben und eine Ausdifferenzierung unterschiedlicher Preis-Quali-täts-Kombinationen ermöglichen, die den Bedürfnissen der Fahrgäste besser entsprächen. Um Höchstpreise bzw. einen freien Preiswettbewerb im Taxiverkehr zu ermöglichen, müsste insbesondere § 51 Abs. 5 PBefG gestrichen werden. Damit Fahrgäste sich an die Liberalisierung der Beförderungsentgelte gewöhnen können, empfiehlt die Monopolkommission für einen Übergangszeitraum von zunächst drei Jahren die Einführung von Höchstpreisen. Diese sollten durch die Behörden festgesetzt werden und sich an den aktuellen Tarifen orientieren. Nach Ablauf dieser Übergangsphase sollte im Funktaximarkt ein freier Preiswettbewerb gelten und eine Preisfreigabe in den anderen Marktsegmenten erfolgen, sofern eine hinreichende Markttransparenz gesichert ist.

264. Im Mietwagenverkehr sollte die Rückkehrpflicht einschließlich der Vorschrift, dass der Beförderungs-auftrag am Betriebssitz eingehen muss, aufgehoben werden (§ 49 Abs. 4 Satz 2 und 3 PBefG). Zudem sollten die Umsatzsteuersätze des Taxi- und Mietwagenverkehrs harmonisiert werden. Eine solche Anpassung der Regulierung ist insbesondere im Rahmen einer Liberalisierung des Taxiverkehrs geboten, um Wettbewerbs-verzerrungen auszuschließen. Die genaue Regulierung des Mietwagenverkehrs ist von der konkreten Aus-gestaltung der Liberalisierung des Taxiverkehrs abhängig. Im Falle einer vollständigen Liberalisierung wäre die Regulierung des Taxi- und Mietwagenverkehrs zu vereinheitlichen.

265. Die Monopolkommission begrüßt den zunehmenden Wettbewerb im Bereich der Taxivermittlung sowie das Vorgehen der deutschen Justiz gegen Ausschließlichkeitsklauseln (Doppelfunk-Verbote) und Fremd-werbeverbote. Um die Wettbewerbsentwicklung im Markt für Taxivermittlungen nicht zu gefährden, be-fürwortet sie ein weiteres Vorgehen gegen solche unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen.

Wettbewerb in der deutschen Kinder- und Jugendhilfe

1 Einführung in die Thematik und Problemaufriss

266. Unter dem Begriff der Wohlfahrtspflege werden vor allem die Krankenhilfe, die Kinder-, Jugend- und Sozialhilfe, die Familienhilfe, die Alten- und Behindertenhilfe, die Katastrophenhilfe sowie Aufgabenfelder in der Aus-, Fort- und Weiterbildung zusammengefasst. Die Wohlfahrtspflege hat erhebliche volkswirtschaftliche Bedeutung. So wurden etwa allein in dem Bereich der Kinder- und Jugendhilfe 2012 EUR 32,2 Mrd. seitens der öffentlichen Hand aufgewendet.²⁸³ Der Markt für soziale Dienste ist ein Wachstumsmarkt.²⁸⁴ Waren 1960 noch etwa 96.000 Menschen hauptberuflich in der Freien Wohlfahrtspflege beschäftigt, sind es 2008 etwa 1,5 Mio. Menschen.²⁸⁵

267. Die Wohlfahrtspflege ist in Deutschland in einer Vielzahl von Bundes- und Landesgesetzen, insbesondere dem Sozialgesetzbuch und den entsprechenden Ausführungsgesetzen geregelt. Die institutionelle Struktur der Wohlfahrtspflege ist mehrfach unterteilt. So wird auf einer ersten Ebene zwischen öffentlicher und freier Wohlfahrtspflege unterschieden, vgl. § 3 Abs. 2 Achten Buch Sozialgesetzbuch (SGB VIII).²⁸⁶ Die öffentliche Wohlfahrtspflege umfasst sämtliche Träger der öffentlichen Hand einschließlich abhängiger Organisationen.

Während der Begriff „freier Träger“ in der Diskussion mitunter lediglich für die anerkannten Träger gebraucht wird,²⁸⁷ stellt SGB VIII unmissverständlich klar, dass als „freie“ Träger alle nicht-öffentlichen Träger gelten. Die freien Träger werden gemäß SGB VIII unterteilt in anerkannte und nicht anerkannte Träger der freien Jugendhilfe. Die Anerkennung als freier Träger der freien Jugendhilfe nach § 75 SGB VIII setzt in der Praxis - neben den Voraussetzungen der Tätigkeit auf dem Gebiet der Jugendhilfe, fachlicher und personeller Voraussetzungen sowie der Gewähr für eine den Zielen des Grundgesetzes förderliche Arbeit – i. d. R. das Kriterium der Gemeinnützigkeit voraus, § 75 Abs. 1 SGB VIII. Ist ein freier Träger auf dem Gebiet der Jugendhilfe mindestens drei Jahre tätig gewesen, so hat er bei Erfüllung der Voraussetzungen einen Anspruch auf Anerkennung als Träger der freien Jugendhilfe, § 75 Abs. 2 SGB VIII. Die Kirchen und Religionsgemeinschaften des öffentlichen Rechts sowie die auf Bundesebene zusammengeschlossenen Verbände der freien Wohlfahrtspflege sind bereits gesetzlich anerkannte Träger der freien Jugendhilfe, § 75 Abs. 3 SGB VIII.

Die sechs Spitzenverbände werden als Freie Träger der Wohlfahrtspflege bezeichnet und nehmen auf Grundlage ihrer historisch gewachsenen Bedeutung eine herausgehobene Stellung ein. Mit der Begrifflichkeit „Freie Träger“ werden typischerweise die sechs Spitzenverbände der Freien Wohlfahrtspflege bezeichnet (die Arbeiterwohlfahrt, der Paritätische Gesamtverband, das Deutsche Rote Kreuz, die Diakonie Deutschland, der Deutsche Caritasverband sowie die Zentralwohlfahrtsstelle der Juden in Deutschland), alle ihre Einrichtungen und Dienste, ihre verbandlichen Gliederungen sowie die ihnen angeschlossenen Mitgliedsorganisationen. Die Spitzenverbände entstanden im 19. und 20. Jahrhundert in einer Zeit, die ins-

²⁸³ Vgl. Deutsches Statistisches Bundesamt, Statistiken der Kinder- und Jugendhilfe, Ausgaben und Einnahmen 2012, Wiesbaden 2014, S. 7. Darin enthalten sind bereits Einnahmen in Höhe von etwa EUR 2,4 Mrd., unter anderem aus Gebühren und Teilnahmebeiträgen.

²⁸⁴ Gründe hierfür sind der Anstieg der Lebenserwartung und einem daraus resultierenden Pflegebedarf bei älteren Menschen sowie der Anstieg der Zahl der Kinder und Jugendlichen, deren Eltern die Unterstützung bei der Erziehung und Betreuung in Anspruch nehmen. Darüber haben neue gesetzliche Anspruchsgrundlagen im Bereich der Pflege und der Kinderbetreuung einen Anstieg der Nachfrage bewirkt.

²⁸⁵ Vgl. Boßenecker, K.-H., An Morgen denken - Zukunft sichern! Die Wohlfahrtspflege im Transformationsprozess zur Sozialwirtschaft. Empirie, Trends, Herausforderungen, in: Brinkmann, V. (Hrsg.), Sozialwirtschaft und Soziale Arbeit im Wohlfahrtsverband, Tradition, Professionalisierung und Ökonomisierung, Münster 2014, S. 32 ff. Dabei beziehen sich die Zahlen aus dem Jahr 1960 nur auf das Gebiet der Bundesrepublik.

²⁸⁶ Achten Buch Sozialgesetzbuch, - Kinder- und Jugendhilfegesetz - in der Fassung der Bekanntmachung vom 14. Dezember 2006, BGBl. I S. 3134, zuletzt geändert durch Gesetz vom 29. August 2013, BGBl. I S. 3464.

²⁸⁷ Vgl. hierzu bspw. Cremer, G./Goldschmidt, N./Höfer, S., Soziale Dienstleistungen, Tübingen 2013, S. 88 f.

besondere durch die negativen sozialen Folgen der Industrialisierung geprägt war.²⁸⁸ Neben diesen bereits seit Langem etablierten Akteuren der sogenannten Freien Wohlfahrtspflege nimmt die Bedeutung der übrigen freien Träger insbesondere seit den letzten beiden Jahrzehnten kontinuierlich zu.²⁸⁹

268. Die Monopolkommission hat sich zuletzt in ihrem XII. Hauptgutachten 1996/1997 („Markttöffnung umfassend verwirklichen“) mit der Stellung der Freien Wohlfahrtspflege im sozialen Versicherungssystem beschäftigt und im Zuge dessen neokorporatistische Strukturen kritisiert, die sich als „bilaterales Kartell“ darstellten.²⁹⁰ Für eine Öffnung dieser damals vielfach weitgehend geschlossenen Strukturen der Wohlfahrtspflege forderte die Monopolkommission im Wesentlichen die konsequente Anwendung des GWB als Reformhebel, des Weiteren eine Nichtdiskriminierung anderer Leistungserbringer und einen ungehinderten Marktzugang, eine Reform des Gemeinnützigkeitsprivilegs auf der Grundlage der Nichtdiskriminierung bei einer reinen Orientierung am Förderungszweck sowie eine Subjektförderung anstelle der bislang überwiegend praktizierten Objektförderung.²⁹¹

269. Thema dieses Einleitungskapitels ist der Bereich der Kinder- und Jugendhilfe, in dem die Monopolkommission – trotz erheblicher wettbewerblicher Fortschritte seit dem Erscheinen des 12. Hauptgutachtens 1998 wie dem inzwischen aufgehobenen Vorrang der Aufgabenerfüllung durch Freie Wohlfahrtsverbände – ungerechtfertigte Wettbewerbshindernisse identifiziert hat. Privilegien weniger großer etablierter Anbieter wie der Liga der Spitzenverbände zulasten Dritter be- oder gar verhindern den Wettbewerb. Daraus können negative Folgen wie Überbürokratisierung, geringe Innovationen oder mangelndes Kostenbewusstsein in der Kinder- und Jugendhilfe entstehen.

270. Wettbewerb ist bei der Kinder- und Jugendhilfe mit dem Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten nach § 5 SGB VIII bereits angelegt und findet seine Fortführung in § 3 Abs. 1 SGB VIII, wonach die Jugendhilfe durch die Vielfalt von Trägern unterschiedlicher Wertorientierungen und die Vielfalt von Inhalten, Methoden und Arbeitsformen gekennzeichnet ist. Das Leistungssystem der Kinder- und Jugendhilfe ist zu einem Großteil steuerfinanziert und dennoch von Intransparenz geprägt. Indes lässt es die große Relevanz der Kinder- und Jugendhilfe in finanzieller und gesellschaftlicher Hinsicht, neben anderen wichtigen Gründen wie gestiegener Ausgaben²⁹² bei gleichzeitig angespannter Haushaltssituation der öffentlichen Hand, umso wichtiger erscheinen, dass in diesem Bereich ein Mehr an wettbewerblichen Strukturen hergestellt und so für eine effiziente und transparente Leistungserbringung gesorgt wird. So ist auch mit Blick auf das aktuelle politische Ziel eines Ausbaus der Kinderbetreuungsangebote - bei einem gleichzeitigen Wunsch- und Wahlrecht für Leistungsberechtigte (§ 5 SGB VIII) - ein transparenter, wettbewerblicher Markt mit geringen Markteintrittshürden unabdingbar.

Im Ergebnis sollte die öffentliche Hand die vorrangig privat zu erbringenden Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe vor allem kosteneffizient und qualitativ hochwertig gewährleisten. Es sollten transparente, an den Präferenzen der Leistungsberechtigten orientierte Strukturen geschaffen werden. Anbieter im Arbeitsbereich der Kinder- und Jugendhilfe dürfen nicht diskriminiert werden (Freiheit auf Anbieterseite), und den Leistungsberechtigten als primären Nachfragern muss ein möglichst vielfältiges, bedarfsgerechtes Angebot zur Verfügung stehen (Freiheit auf Nachfragerseite).

288 Vgl. für einen historischen Abriss Cremer, G./Goldschmidt, N./Höfer, S., Soziale Dienstleistungen, a. a. O., S. 21 ff.

289 So liegt etwa der Anteil der nicht unter dem Dach der sechs Spitzenverbände organisierten gemeinnützigen Trägern bei Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe bei 16,9 bzw. 22,8 Prozent (West- bzw. Ostdeutschland), vgl. Bundesregierung, 14. Kinder- und Jugendbericht, Bericht über die Lebenssituation junger Menschen und die Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe, Stellungnahme der Bundesregierung zum Bericht der Sachverständigenkommission und Bericht der Sachverständigenkommission, BT-Drs. 17/12200, 2013, S. 289, Tabelle 9-9.

290 Vgl. Monopolkommission, XII. Hauptgutachten, Markttöffnung umfassend verwirklichen, Baden-Baden 1998, Tz. 641 ff.

291 Vgl. Monopolkommission, XII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 691 ff.

292 Vgl. zu den Ausgaben und deren Entwicklung Abschnitt 2.2 in diesem Kapitel.

2 Organisation und Entwicklung öffentlicher Ausgaben in der Kinder- und Jugendhilfe

2.1 Organisation

271. Die Kinder- und Jugendhilfe²⁹³ umfasst neben umfänglichen Beratungsleistungen unter anderem die Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und in der Kindertagespflege, Aufgaben des Kinder- und Jugendschutzes (z. B. durch die Inobhutnahme von Kindern und Jugendlichen im Falle gewalttätiger Eltern), Leistungen der Jugendhilfe (z. B. durch Förderung von Jugendzentren) sowie die Erziehungs- und Familienhilfe, z. B. in Form betreuter Wohngruppen. „Generelle Aufgabe der Kinder- und Jugendhilfe ist die Übernahme der kinder- und jugendbezogenen Obliegenheiten, die die Systeme der Familie und des Bildungssystems nicht zu leisten vermögen.“²⁹⁴ Die Kinder- und Jugendhilfe ist zu einem zentralen gesellschaftlichen Faktor zur Förderung des Aufwachsens geworden, und ihre Angebote und Leistungen erreichen nahezu alle Kinder und Jugendlichen.²⁹⁵

272. Bundesgesetzliche Grundlage der Ausgestaltung der Kinder- und Jugendhilfe ist das SGB VIII,²⁹⁶ das in landesrechtlichen Ausführungsgesetzen konkretisiert wird.²⁹⁷ Daneben bestehen weitere Vorschriften; von besonderer Bedeutung sind insoweit etwa die Kindertagesstätten-Gesetze bzw. Kinderförderungs-Gesetze auf Landesebene. Die öffentlichen Träger der Kinder- und Jugendhilfe haben nach §§ 3 Abs. 2 Satz 2, 79 Abs. 1, 2 SGB VIII die Gewährleistungsverantwortung für die gesetzlich vorgesehenen Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe. Dabei wird zwischen örtlichen und überörtlichen öffentlichen Trägern der Kinder- und Jugendhilfe unterschieden. Die Zuweisung dieser Funktionen erfolgt durch Landesrecht; typischerweise sind die Kommunen i. w. S., also Landkreise, kreisfreie sowie teilweise kreisangehörige Städte und Gemeinden²⁹⁸ als örtliche sowie das Land als überörtlicher öffentlicher Träger zuständig.²⁹⁹ § 4 Abs. 2 SGB VIII sieht ein spezielles Subsidiaritätsprinzip vor, wonach die Träger der öffentlichen Jugendhilfe von eigenen Maßnahmen absehen sollen, soweit geeignete Einrichtungen, Dienste und Veranstaltungen von anerkannten Trägern der freien Kinder- und Jugendhilfe betrieben werden oder rechtzeitig geschaffen werden können. Hierdurch kann die Trägerpluralität gewährleistet werden, die notwendige Voraussetzung für eine effektive Ausübung des Wunsch- und Wahlrechtes der Leistungsberechtigten ist, § 5 SGB VIII.

273. Entgegen der öffentlichen Wahrnehmung hat sich inzwischen der Anteil an Einrichtungen, Plätzen und Personen im Bereich der privat-wirtschaftlichen³⁰⁰ Träger wenig verändert. Deutschlandweit bewegen sich die Marktanteile dieser Trägergruppe, bezogen auf Einrichtungen/Plätze und Personal, zwischen etwa einem

293 Kind ist, wer noch nicht 14 Jahre alt ist; Jugendlicher, wer 14, aber noch nicht 18 Jahre ist; junger Volljähriger, wer 18, aber noch nicht 27 Jahre alt ist; junger Mensch, wer noch nicht 27 Jahre alt ist, vgl. § 7 Abs. 1 Nr. 1-4.

294 Vgl. Grohs, S., Modernisierung kommunaler Sozialpolitik, Anpassungsstrategien im Wohlfahrtskorporatismus, Wiesbaden 2010, S. 42.

295 Vgl. Bundesregierung, 14. Kinder- und Jugendbericht, a. a. O., S. 5.

296 Das Gesetz zur Neuordnung des Kinder- und Jugendhilferechts (Kinder- und Jugendhilfegesetz – KJHG) von 1990 reformierte den Bereich der Kinder- und Jugendhilfe erheblich und enthielt als ersten Artikel das SGB VIII, vgl. Gesetz vom 26. Juni 1990, BGBl. I S. 1163.

297 Vgl. etwa für NRW das Erste Gesetz zur Ausführung des Kinder- und Jugendhilfegesetzes – AG - KJHG NRW, vom 12. Dezember 1990, GV. NW. 1990 S. 664, zuletzt geändert durch Gesetz vom 14. Februar 2012, GV. NRW, S. 97.

298 Der hier verwendete Begriff der Kommune weist auf die nach Landesrecht jeweils als örtliche Träger der Kinder- und Jugendhilfe zuständige lokale Gebietskörperschaft. Er umfasst damit je nach landesrechtlicher Ausgestaltung Landkreise, kreisfreie und kreisangehörige Städte sowie Gemeinden. Insbesondere in Stadtstaaten können Funktionen auch zusammenfallen bzw. abweichend geregelt sein.

299 Vgl. etwa §§ 1, 8 Abs. 1 des ersten Gesetz zur Ausführung des Achten Buches Sozialgesetzbuch – AG KJHG BB, in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 1997, GVBl. I/97, S. 87, zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 5. Dezember 2013, GVBl. I/13. In NRW jedoch sind etwa die Landschaftsverbände überörtliche öffentliche Träger, vgl. § 8 AG – KJHG.

300 In der Gruppe der privat-wirtschaftlichen Träger werden in dem Kinder- und Jugendbericht die Einrichtungen, Plätze und tätigen Personen subsumiert, die in der Kategorie „Wirtschaftsunternehmen“ erfasst werden. Vgl. Bundesregierung, 14. Kinder- und Jugendbericht, a. a. O., Tabelle 9-5, S. 285, Fn. 283.

und zwei Prozent und haben sich seit Beginn der 1990er Jahre nicht wesentlich verändert (vgl. Tabelle I.1).³⁰¹ Während die Marktanteile der öffentlichen Träger der Kinder- und Jugendhilfe immer weiter abnehmen, nehmen die der freien Träger deutlich zu. Deutschlandweit bewegten sich die Anteile der öffentlichen Trägergruppe jeweils bezogen auf Einrichtungen/Plätze/Personal 1990/91 bei einem Anteil von rund 48/55/57 Prozent; 2010/11 waren es noch rund 30/34/31 Prozent. Bei den freien Trägern bewegten sich die prozentualen Anteile an Einrichtungen/Plätzen/Personal 1990/91 bei 51/44/42 Prozent; 2010/11 waren es bereits 68/65/68 Prozent. Freie Träger dominieren heute mit Abstand den Markt der Kinder- und Jugendhilfe und haben die öffentlichen Träger in ihrer einst dominanten Stellung weit überholt. Insoweit wird heute in der Kinder- und Jugendhilfe ein Großteil der von den Kommunen verantworteten sozialen Dienste von Dritten erbracht.

Tabelle I.1: Einrichtungen, Plätze und Personal in der Kinder- und Jugendhilfe nach Trägerart³⁰² in Deutschland; 1990 bis 2010/2011; Angaben absolut, Verteilung in Prozent

	Insgesamt				Prozentanteile je Kategorie			
	1990/1	2002	2006/7	2010/11	1990/1	2002	2006/7	2010/11
Einrichtungen								
Insgesamt	74.963	79.313	79.837	84.160	100,0	100,0	100,0	100,0
Öffentl. Träger	35.748	27.616	25.263	24.874	47,7	34,8	31,6	29,6
Freie Träger	38.359	50.628	53.358	57.442	51,2	63,8	66,8	68,2
Privatgew. Träger	856	1.069	1.216	1.844	1,1	1,3	1,5	2,2
Plätze								
Insgesamt	3.297.446	3.461.265	3.509.677	3.716.579	100,0	100,0	100,0	100,0
Öffentl. Träger	1.824.608	1.383.831	1.266.492	1.274.140	55,3	40,0	36,1	34,3
Freie Träger	1.450.922	2.053.830	2.213.869	2.395.704	44,0	59,3	63,1	64,5
Privatgew. Träger	21.916	23.604	29.316	46.735	0,7	0,7	0,8	1,3
Tätige Personen								
Insgesamt	536.969	573.628	618.647	732.916	100,0	100,0	100,0	100,0
Öffentl. Träger	306.499	218.416	205.847	224.848	57,1	38,1	33,3	30,7
Freie Träger	224.986	347.605	404.443	494.448	41,9	60,6	65,4	67,5
Privatgew. Träger	5.484	7.607	8.357	13.620	1,0	1,3	1,4	1,9

Quelle: 14. Kinder- und Jugendhilfebericht, Bericht über die Lebenssituation junger Menschen und die Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe, 2013, S. 284 f., Tabelle 9-5

274. Private Akteure sind typischerweise als eingetragene Vereine und zunehmend in Form einer GmbH oder einer Stiftung bürgerlichen Rechts organisiert. Eine förmliche Anerkennung als „freier Träger“ der Kinder- und Jugendhilfe i. S. d. Sozialgesetzbuches ist nach § 75 Abs. 1 Nr. 2 SGB VIII nur für gemein-

³⁰¹ Bezogen auf die Einrichtungen, Plätze und das Personal lagen die privat-wirtschaftlichen Träger 1990/91 bei einem Anteil von etwa 1, 0,5 und 1 Prozent; 2010/11 waren es 2, 1 und 2 Prozent. Vgl. 14. Kinder- und Jugendbericht, a. a. O., S. 284 f., Tabelle 9-5.

³⁰² Unter die freien Träger fallen gemäß des 14. Kinder- und Jugendhilfeberichts alle frei-gemeinnützigen Träger; vgl. Bundesregierung, 14. Kinder- und Jugendhilfebericht, a. a. O., S. 284 f. Die Nomenklatur in der Tabelle unterscheidet sich damit von der in SGB VIII und dieses Einleitungskapitels, wonach zwischen freier und öffentlicher Jugendhilfe unterschieden wird, vgl. § 3 Abs. 2 SGB VIII. „Freie“ Träger sind hiernach alle nicht-öffentlichen Träger. Vgl. zu der Begriffsproblematik des (autonomen) Gemeinnützigkeitsbegriffs Fn. 304 und Tz. 267.

nützige³⁰³ Träger möglich;³⁰⁴ Kirchen und Religionsgemeinschaften des öffentlichen Rechts sowie die sechs auf Bundesebene zusammengeschlossenen Wohlfahrtsverbände sind qua Gesetz anerkannte Träger, § 75 Abs. 3 SGB VIII. Bestimmte Aufgabenbereiche können ausschließlich auf anerkannte Träger der freien Kinder- und Jugendhilfe übertragen werden (§ 76 Abs. 1 SGB VIII). Hierzu zählt z. B. die Mitwirkung in Verfahren vor den Familiengerichten (§ 50 SGB VIII).

275. Die Aufgaben der öffentlichen Träger werden durch die Jugendämter wahrgenommen. Gemäß § 69 Abs. 3 SGB VIII sind die öffentlichen Träger verpflichtet, ein Jugendamt einzurichten; in Deutschland gibt es rund 600 Jugendämter. Das Jugendamt ist als „organisatorisches Herzstück“ der Kinder- und Jugendhilfe eine sozialpädagogische Fachbehörde und für alle Leistungen und Aufgaben der Kinder- und Jugendhilfe gemäß SGB VIII zuständig. So hat das Jugendamt die Aufgabe, Familien mit Kindern zu unterstützen und zu beraten; es vermittelt Plätze in Krippen, Kitas und bei Tagesmüttern; unterstützt Jugendliche und fördert sie mit Angeboten und ist für den Kinderschutz sowie die Unterbringung in Pflegefamilien und Kinderheimen zuständig. Das Jugendamt besteht aus der Verwaltung, durch die konkret die Aufgaben der öffentlichen Jugendhilfe wahrgenommen werden sowie dem Jugendhilfeausschuss (§ 70 Abs. 1 SGB VIII). Der Jugendhilfeausschuss befasst sich mit allen Angelegenheiten der Jugendhilfe; er erörtert insbesondere aktuelle Problemlagen junger Menschen und ihrer Familien, macht Vorschläge für die Weiterentwicklung der Jugendhilfe, ihm obliegt die Jugendhilfeplanung sowie die Förderung der freien Jugendhilfe (§ 71 Abs. 2 SGB VIII).³⁰⁵

276. Die Leistungsabwicklung im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe erfolgt weitgehend im Rahmen des „jugendhilferechtlichen Dreiecksverhältnisses“ zwischen Leistungsberechtigtem, Leistungsverpflichtetem und Leistungserbringer. Dieses Verhältnis zwischen den verschiedenen Ebenen der öffentlichen Hand, den übrigen Sachleistungsträgern (Sozialversicherungen) und der Freien Wohlfahrtspflege zeichnet sich nach wie vor durch ein enges Kooperations- und Austauschgeflecht aus, das im Einzelnen wettbewerblichen Bedenken begegnen kann.³⁰⁶ Die auf Dauer angelegte Kooperation der Akteure beinhaltet eine Gewährleistungsverantwortung durch die Kommune oder den Kreis, die Bedarfsplanung im Rahmen des Jugendhilfeausschusses, eine staatliche Subventionierung freigemeinnütziger Träger im Rahmen der Objektförderung, teilweise die Bereitstellung der Dienste durch eigene Einrichtungen der öffentlichen Hand sowie eine Sach- und Finanzkontrolle unter anderem durch das Jugendamt.³⁰⁷

2.2 Entwicklung öffentlicher Ausgaben

277. Die Kinder- und Jugendhilfe ist, wie der gesamte Markt sozialer Dienstleistungen, eine Wachstumsbranche.³⁰⁸ Die Gesamtausgaben der öffentlichen Kinder- und Jugendhilfe sind zwischen 2001 und 2012 –

303 Der Gemeinnützigkeitsbegriff des SGB VIII ist zwar gegenüber der steuerrechtlichen Anerkennung der Gemeinnützigkeit nach §§ 51 ff. AO autonom; vgl. etwa Hamburgisches Obergerverwaltungsgericht, 4 Bf 104/06, Urteil vom 22. April 2008. In der Praxis wird einem Träger, der von der zuständigen Steuerbehörde als gemeinnützig anerkannt wurde, die Anerkennung nach § 75 SGB VIII i. d. R. zugestanden.

304 Nach § 75 Abs. 1 SGB VIII können als Träger der freien Jugendhilfe juristische Personen und Personenvereinigungen anerkannt werden, wenn sie auf dem Gebiet der Jugendhilfe im Sinne des § 1 tätig sind, gemeinnützige Ziele verfolgen, aufgrund der fachlichen und personellen Voraussetzungen erwarten lassen, dass sie einen nicht unwesentlichen Beitrag zur Erfüllung der Aufgaben der Jugendhilfe zu leisten imstande sind, und die Gewähr für eine den Zielen des Grundgesetzes förderliche Arbeit bieten. Einen Anspruch auf Anerkennung als Träger der freien Jugendhilfe hat unter den Voraussetzungen von § 75 Abs. 1 SGB VIII, wer auf dem Gebiet der Jugendhilfe mindestens drei Jahre tätig gewesen ist (§ 75 Abs. 2 SGB VIII).

305 Vgl. zu der Besetzung des Jugendhilfeausschusses und den daraus folgenden Wettbewerbsmängeln die Kapitel 4.3 und 5.7.

306 vgl. bereits Monopolkommission, XII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 704.

307 Vgl. Meyer, D., Das personengebundene Budget in der Kinder- und Jugendhilfe - Ein Hebel zum Systemwechsel, Diskurs Kindheits- und Jugendforschung, Heft 2-2008, S. 197-207, S. 204.

308 Vgl. zu den Zahlen: Statistisches Bundesamt (Destatis), Kinder- und Jugendhilfe, 2014, <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Soziales/Sozialleistungen/KinderJugendhilfe/Tabellen/AusgabenEinnahmenEntwicklung.html>, Abruf am 7. April 2014.

bei einer rückläufigen Anzahl der unter 27-Jährigen – von über EUR 19 Mrd. auf über EUR 32 Mrd. angestiegen. Wesentliche Ursache hierfür ist der politische Wille einer umfänglichen Kinderbetreuung; so stiegen die Ausgaben für Kindertageseinrichtungen von 2001 (rund EUR 10,5 Mrd.) bis 2012 (rund EUR 19,7 Mrd.) fast auf das Doppelte.³⁰⁹ Doch auch im Bereich der Erziehungshilfen und verwandter Leistungen ist zwischen 2001 und 2012 ein Anstieg von etwa EUR 5 Mrd. auf EUR 8 Mrd. zu verzeichnen. Die Kinder- und Jugendhilfe ist zu einem Bestandteil einer sozialen Infrastruktur geworden, die ihren Auftrag nicht mehr vorrangig in individuellen Notlagen hat, sondern Ausdruck einer sozialpolitischen Grundversorgung ist, deren Leistungen prinzipiell allen zur Verfügung stehen.³¹⁰

278. Die Verteilung der Gesamtausgaben für die Kinder- und Jugendhilfe auf Bund, Länder und Kommunen ist in den letzten Jahren im Wesentlichen unverändert geblieben.³¹¹ Die Hauptlast tragen mit rund 70 Prozent der Kosten die Kommunen; etwas weniger als 30 Prozent werden von den Ländern getragen. Der Bund hat lediglich einen Finanzierungsanteil von zuletzt etwas mehr als einem Prozent, worin allerdings die Anteile des Bundes am Ausbau der Kinderbetreuung für unter Dreijährige nicht enthalten sind.³¹² Inzwischen entfallen auf die Kinder- und Jugendhilfe etwa 14 Prozent der Gesamtausgaben der kommunalen Gebietskörperschaften; vor zwanzig Jahren lag diese Quote noch bei etwa neun Prozent.³¹³

279. Aufgrund steigender Ausgaben und einer steigenden Verantwortung der öffentlichen Hand in diesem Bereich bei gleichzeitig angespannter Lage insbesondere der Haushalte der Kommunen stellt sich auch nach nicht unerheblichen Weiterentwicklungen seit 1990 die Frage, inwieweit die aktuelle Marktordnung den Anforderungen an eine effiziente, bedarfsgerechte und qualitativ hochwertige Dienstleistungserstellung genügt.

3 Grundlagen des Wettbewerbs in der Kinder- und Jugendhilfe

3.1 Besonderheiten sozialer Dienstleistungen in der Kinder- und Jugendhilfe

280. Dienstleistungen der Kinder- und Jugendhilfe sind typischerweise personen- und standortgebunden; Leistungserstellung und Konsum fallen dabei zusammen (uno-actu-Prinzip). Diese Dienstleistungen zeichnen sich i. d. R. durch deutliche Informationsasymmetrien zulasten der Dienstleistungsnachfrager aus, wodurch diese die Qualität einer sozialen Leistung entweder erst im Nachhinein (Erfahrungsgüter) oder selbst im Nachhinein nur unvollständig erfassen können (Vertrauensgüter).³¹⁴ Vertrauensgüter sind dadurch gekennzeichnet, dass der Nachfrager kaum einschätzen kann, welche Wirkung einer konkreten Dienstleistung und welche Wirkung möglicherweise anderen Faktoren zugeschrieben werden kann. So ist bei

309 In den 1990er-Jahren wurde zunächst ein Rechtsanspruch auf einen Kindergartenplatz ab dem vollendeten dritten Lebensjahr – ab 1. Januar 1996 bzw. vollständig dann zum 1. Januar 1999 – eingeführt; seit 2005 besteht auf der Basis des Tagesbetreuungsausbaugesetzes eine objektiv-rechtliche Verpflichtung der örtlichen Träger der Jugendhilfe auf Förderung von Kindern unter drei Jahren für konkret benannte Bedarfsgruppen; ab dem 1. August 2013 haben Kinder ab dem vollendeten ersten Lebensjahr auf der Basis des 2008 beschlossenen Kinderförderungsgesetzes einen Rechtsanspruch auf ein Bildungs-, Betreuungs- und Erziehungsangebot in einer Kindertageseinrichtung oder in Kindertagespflege. Vgl. Bundesregierung, 14. Kinder- und Jugendbericht, a. a. O., S. 306.

310 Vgl. Böllert, K., Kinder- und Jugendhilfe am Scheideweg?, in: Ein Tagungsbericht, vpk - Blickpunkt Jugendhilfe, 19. Jg., Heft 1/2014, S. 36.

311 Es wurden die Jahre 2002 bis 2009 betrachtet. Vgl. Bundesregierung, 14. Kinder- und Jugendbericht, a. a. O., Abbildung 9-2, S. 267.

312 Etwas präziser wird das Bild, wenn man die Stadtstaaten – die Aufgaben einer Kommune und eines Bundeslandes wahrnehmen – außer Acht lässt. Dann zeigt sich, dass die Kommunen in den Flächenländern sogar etwa 80 Prozent der Leistungen finanzieren. Vgl. Bundesregierung, 14. Kinder- und Jugendbericht, a. a. O., S. 48, 268.

313 Vgl. Bundesregierung, 14. Kinder- und Jugendbericht, a. a. O., S. 48.

314 Die Theorie der Erfahrungs- und Vertrauensgüter geht zurück auf Nelson (Erfahrungsgüter) und Darby/Karni (Vertrauensgüter); vgl. Nelson, P., Information and Consumer Behaviour, Journal of Political Economy 78, 1970, S. 311-329; Darby, M.R./Karni, E., Free Competition and the Optimal Amount of Fraud, Journal of Law and Economics 16, 1973, S. 67-88.

Dienstleistungen der Kinder- und Jugendhilfe typisch, dass Familien, Kinder und Jugendliche mit in die Leistungserbringung eingebunden sind und diese demgemäß (positiv oder negativ) beeinflussen können.

281. Bei Vertrauensgütern treten Probleme der Mess- und Vergleichbarkeit auf.³¹⁵ So mag die Bewertung der Betreuungsqualität in einer Kindertagesstätte noch grundsätzlich möglich sein, denn hier zählen nachvollziehbare Kriterien wie der Kind-Betreuer-Schlüssel, das pädagogische Bildungskonzept, Sprachangebote, Öffnungszeiten oder die Lage der Kindertagesstätte zu den offensichtlichen Qualitätskriterien. Bei einer heilpädagogischen Betreuung oder bei einer Zuweisung in eine stationäre erzieherische Einrichtung der Jugendhilfe erscheint die Einschätzung der Qualität indes problematischer. So wäre im Fall eines hilfebedürftigen Jugendlichen zu gewährleisten, dass die Eltern die Bewertung der Einrichtung im Sinne ihres Kindes erfüllen, was jedoch in problematischen Familienkonstellationen nicht unbedingt gegeben ist.³¹⁶ In solchen Fällen schränken Notlagen der Betroffenen deren Konsumentensouveränität ein.

282. Informationsvorsprünge zugunsten der Anbieter von Erfahrungs- und Vertrauensgütern können (sofern Marktmechanismen wie bspw. Reputation außer Acht gelassen werden) zu einer Negativauslese auf dem Markt führen, d. h. zu einer adversen Selektion im Sinne von Akerlof.³¹⁷ So sind Nachfrager zwar an einer guten Qualität interessiert, antizipieren aber ihre Informationsdefizite und verringern daher ihre Zahlungsbereitschaft. Es kommt zu einem Rückgang guter Qualitäten bei rückläufiger Zahlungsbereitschaft und effizienzorientierte Selektionsprozesse unterbleiben.

283. Diese Besonderheiten machen marktliche und/oder regulatorische Lösungen erforderlich, wodurch Nachfragern die Überwindung von Informationsnachteilen möglichst umfassend gelingen kann. Neben regulatorischen Voraussetzungen wie bspw. fachlichen und räumlichen Voraussetzungen für den Betrieb einer Einrichtung (§ 45 SGB VIII) gehören hierzu Marktlösungen wie (freiwillige) Qualifikationsnachweise der Leistungserbringer, Reputation und Transparenz.³¹⁸

284. Bei der Bereitstellung vieler Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe spielt eine Rolle, dass sie z. B. in einer bestimmten Menge, Ausgestaltung, Qualität oder zu einem bestimmten Preis bzw. unentgeltlich für die Nachfrager politisch gewollt sind, da man mit ihnen positive Externalitäten für die Gesellschaft verbindet oder sie als „meritorische Güter“ ansieht.³¹⁹ Bei ihrer Bereitstellung kommt es nicht zu einem klassischen Marktversagen im Sinne der volkswirtschaftlichen Theorie; vielmehr sind die Ergebnisse des Marktes gesellschaftlich so nicht gewünscht. Eine Leistungserstellung der öffentlichen Hand, z. B. ein kommunaler

315 Vgl. hierzu im Kontext der Heimerziehung: Finkel, M., Zur Messbarkeit der Leistungen von Heimerziehung, S. 26-49, in Möller, M., Effektivität und Qualität sozialer Dienstleistungen, Ein Diskussionsbeitrag, Kassel 2003, <http://www.uni-kassel.de/upress/online/frei/978-3-89958-022-8.volltext.frei.pdf>, Abruf am 11. Juni 2014.

316 Vgl. Meyer, D., Das personengebundene Budget in der Kinder- und Jugendhilfe - Ein Hebel zum Systemwechsel, a. a. O., S. 199.

317 Vgl. hierzu im Ursprung Akerlof, G.A., The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism, The Quarterly Journal of Economics 84, S. 488-500. Akerlofs Artikel beschreibt einen Gebrauchtwagenmarkt. Die Gefahr, einen schlechten Gebrauchtwagen auszuwählen (engl. „lemon“ = „Zitrone“), führt bei den Käufern dazu, dass sie im Durchschnitt weniger zahlen, als sie zahlen würden, wenn es ausschließlich Gebrauchtwagen von guter Qualität gäbe. Käufer antizipieren auf diesem Markt das Risiko, einen qualitativ schlechten Wagen zu kaufen. Infolgedessen werden Anbieter mit hoher Qualität und hohem Preis verdrängt, weil niemand bei ihnen kauft, bzw. diese ihre guten Wagen nicht zu niedrigen Preisen anbieten wollen. Damit werden systematisch die Anbieter guter Gebrauchtwagen aus dem Markt gedrängt, sodass am Ende nur noch schlechte Gebrauchtwagen angeboten werden.

318 So gibt es von Transparency International Deutschland e.V. die „Initiative Transparente Zivilgesellschaft“. Hier verpflichten sich freiwillig gemeinnützige Organisationen dazu, die Satzung, die Namen der wesentlichen Entscheidungsträger sowie Angaben über Mittelherkunft, Mittelverwendung und Personalstruktur transparent zu machen; vgl. Transparency International Deutschland, <http://www.transparency.de/Initiative-Transparente-Zivilg.1612.0.html>, Abruf am 11. Juni 2014.

319 Die Theorie der Meritorik wird mit dem Ökonomen Musgrave verbunden, wenngleich die Befassung mit der Problematik (insbesondere im Zusammenhang mit der freien (Grund)Schulabildung) mindestens bis in die Klassik reicht; vgl. Musgrave, R.A., Merit Goods, in: A. Bagchi (Hrsg.): Readings in Public Finance, Oxford 2005, S. 126-131.

Kindergarten, ist im Kontext der Kinder- und Jugendhilfe zu bejahen, sofern die öffentliche Hand den Wettbewerb nicht behindert.³²⁰

3.2 Effizienzbegriff, Wettbewerb und Freiheit

3.2.1 Weiter Effizienzbegriff umfasst auch sozialen Mehrwert

285. Das zentrale Ziel der Wirtschaftspolitik sollte die Erhöhung der gesellschaftlichen Wohlfahrt sein. Diese kann durch einen effizienten Einsatz der vorhandenen Ressourcen bei gegebenen Produkten und Technologien (statische Effizienz) oder durch technischen Fortschritt (dynamische Effizienz) erhöht werden. In der neoklassischen Wohlfahrtsökonomie beschreibt die alloкатive Effizienz den Faktoreinsatz, der bei begrenzten Ressourcen zu einem optimalen Bündel an Gütern und Dienstleistungen bei bestmöglicher Abstimmung auf die Präferenzen der Menschen führt. Daneben gibt es die Produktionseffizienz. Nach diesem Kriterium ist eine Leistungserstellung dann effizient, wenn bei gegebener Technologie jeder Output mit dem geringstmöglichen Ressourceneinsatz erzeugt wird, oder umgekehrt, wenn bei gegebenen Ressourcen der bestmögliche Output erzeugt wird. Das Beurteilungskriterium der dynamischen Effizienz erfasst im Gegensatz zu der Allokations- und der Produktionseffizienz auch Produkt- und Verfahrensinnovationen.³²¹

286. Eine individuelle effiziente Leistungserstellung zweier Marktakteure heißt nicht unbedingt, dass auch die gesellschaftliche Wohlfahrt erhöht wird. Was als effiziente Leistungserbringung angesehen wird, ist stets abhängig von dem verwendeten Effizienzbegriff und den darin enthaltenen Effizienzkriterien. So fasst der Begriff der „Effizienz im Bereich sozialer Dienstleistungen“ oder „sozialen Effizienz“ die ursprünglichen ökonomischen Effizienzkonzepte weiter und bindet neben privaten Kosten- und Nutzenüberlegungen auch zusätzlich Überlegungen hinsichtlich positiver und negativer Externalitäten für die Gesellschaft mit ein, welche sich mitunter erst in der langen Frist zeigen.³²² Leistungserstellung und Konsum werden insoweit auch im Hinblick auf die für die Gesellschaft anfallenden Gesamtkosten und den für die Gesellschaft anfallenden Gesamtnutzen betrachtet. Durch die unmittelbare Beteiligung der öffentlichen Hand im sozialpolitischen Dreieck in der Kinder- und Jugendhilfe durch die Leistungsgewährleistung und/oder -erbringung kann der Staat Auswirkungen von Kinder- und Jugendhilfeleistungen auf die Gesellschaft direkt mitberücksichtigen. Durch die Stellung der öffentlichen Hand im sozialpolitischen Dreieck werden die Externalitäten der Leistungserstellung und -nutzung internalisiert.

287. Konkret spielt bei der Bewertung von Kinder- und Jugendhilfemaßnahmen also zusätzlich eine Rolle, ob über die Zielgruppe hinaus ebenfalls die Gesellschaft als Ganzes von einer bestimmten Maßnahme profitiert.

So belegen Studien die positiven Effekte öffentlicher Ausgaben insbesondere für benachteiligte Kinder. Frühkindliche Betreuungsangebote bewirken langfristig positive Bildungseffekte;³²³ insbesondere bei benachteiligten Kindern bewirken Vorschulprogramme z. B. eine geringere Kriminalitätsrate und eine

³²⁰ Siehe Kapitel V „Kommunale Wirtschaftstätigkeit und der Trend zur Rekommunalisierung“.

³²¹ Die paretianische Wohlfahrtsökonomie verwendet das Pareto-Optimum als Wohlfahrtskriterium, welches besagt, dass in diesem Zustand kein Wirtschaftssubjekt besser gestellt werden kann, ohne dabei die eines anderen zu verschlechtern. Vgl. zu dem Pareto-Kriterium Fritsch, M., Marktversagen und Wirtschaftspolitik, München 2011, S. 23 ff. Vgl. zu den Konzepten der Allokationseffizienz, Produktionseffizienz und dynamischen Effizienz z. B. Kerber, W./Schwalbe, U. in Hirsch, G./Montag, F./Säcker, F.J. (Hrsg.), Europäisches- und Deutsches Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Bd. 1, München 2007, Rn. 1052 ff.

³²² So belegen die empirischen Untersuchungen des Nobelpreisträgers Heckman, der anhand des Scope Perry Preschool Project nachgewiesen hat, dass sich der Besuch vorschulischer Bildungseinrichtungen für Kinder aus schwierigen Verhältnissen positiv auf deren weiteren Lebensweg auswirkt (z. B. geringere Kriminalität als die Vergleichsgruppe, höhere Einkommen, geringere Abhängigkeit von Fürsorgeleistungen). Vgl. zu dem Marktversagen infolge von Externalitäten etwa Fritsch, M., Marktversagen und Wirtschaftspolitik, München 2011, S. 80 ff.

³²³ Vgl. Fritsch, T./Oesch, T., Volkswirtschaftlicher Nutzen von frühkindlicher Bildung in Deutschland, Eine ökonomische Bewertung langfristiger Bildungseffekte bei Krippenkindern, Bertelsmann Stiftung, 2008.

geringere Abhängigkeit von Fürsorgeleistungen.³²⁴ Gleichzeitig führt eine rasche Rückkehr der Eltern in den Beruf zu niedrigeren Ausgaben für das Elterngeld sowie zusätzlichen Steuern und Sozialabgaben für die öffentlichen Haushalte.³²⁵

Auch für den Ausbau der Tagesbetreuungsmöglichkeiten für Kinder in Deutschland waren nicht zuletzt derartige Gründe ausschlaggebend. So hat sich inzwischen die Einschätzung etabliert, dass die institutionalisierte Kinderbetreuung eine wichtige Rolle für die Integration, Sozialisation und Bildungsgrundlage von Kindern spielt. Zudem können Eltern am Erwerbsleben teilnehmen oder vermeiden, aus der Erwerbstätigkeit auszusteigen; dies kommt auch den Unternehmen zugute, welche mitunter zusätzlich mit (defizitären) Betriebskindergärten ihr Personal an das Unternehmen zu binden versuchen.³²⁶ Langfristig können Einsparungen bei der Migrantenintegration, im Sonderschulbereich oder auch bei der Bekämpfung der Jugendkriminalität erzielt werden. Auch ist zu berücksichtigen, dass Kindertagesstätten Beschäftigungs- und Einkommensmöglichkeiten schaffen.³²⁷

Bei diesen Beispielen zeigt sich, dass das Bemühen der Politik um eine Chancengleichheit aller Kinder mit der gesamtwirtschaftlichen Effizienz Hand in Hand geht.

3.2.2 Freiheit als Ergebnis von Wettbewerb

288. Wettbewerb ist durch eine Reihe von Funktionen charakterisiert.³²⁸ Zu den ökonomischen Funktionen zählen die Verteilung der Markteinkommen entsprechend der Marktleistung, die Erstellung und Verteilung des Angebots entsprechend den Konsumentenpräferenzen, die Lenkung knapper Ressourcen in die jeweils produktivste Verwendungsform sowie die Förderung des technischen Fortschritts. Überdies soll der Wettbewerb individuelle Freiheitsspielräume schaffen bzw. offen halten. Wettbewerb ist untrennbar mit individueller Freiheit verbunden. Insbesondere dieser wichtigen Freiheitsfunktion des Wettbewerbs wird dabei nach Ansicht der Monopolkommission in der Diskussion oftmals zu wenig Aufmerksamkeit geschenkt.

289. Wettbewerb sichert die Handlungs- und Wahlfreiheit, die auch im Wunsch- und Wahlrecht des § 5 SGB VIII ihren Niederschlag findet. Ein Markt, der viele Anbieter im Wettbewerb zulässt, ermöglicht es Dienstleistungsanbietern, sich auf diesem Markt frei unternehmerisch zu betätigen. Ein Leistungsnachfrager ist auf einem wettbewerblichen Markt grundsätzlich frei in seiner Entscheidung, welche Dienstleistungen er bei welchem Dienstleistungsanbieter kauft. Diese Freiheit unternehmerischer Tätigkeit und die Wahlfreiheit durch den Konsumenten lassen den Charakter des Wettbewerbs als Entmachtungsinstrument deutlich werden. Ein breites und vielfältiges Angebot an Kinder- und Jugendwohngruppen, Familienerholungs- und -beratungsangeboten und Kindertageseinrichtungen wirkt disziplinierend auf die Anbieter, da diese immer mit einer Abwanderung der Kunden zu einem anderen Anbieter rechnen müssen. Ebenso eröffnet Wettbewerb den Arbeitnehmern im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe die Möglichkeit des Wechsels zu einem attraktiveren Arbeitgeber. Wettbewerb zwingt den Arbeitgeber, für jetzige und künftige Mitarbeiter attraktiv zu sein bzw. zu werden. Die Lohnhöhe ist dabei nur eines von vielen Kriterien.³²⁹

324 Vgl. Heckman, J.J., *Giving Kids a Fair Chance*. Cambridge 2013; Heckman, J.J., *Investing in disadvantaged young children is an economically efficient policy*, 2006, http://www.iowabusinesscouncil.org/documents/filelibrary/ibc_resources_and_pubs/Investing_in_dis_994E73D5F8847.pdf, Abruf am 7. Juni 2014.

325 Vgl. iwd, *Betriebliche Kinderbetreuung*, Rentable Bettchen, Ausgabe 10, 6. März 2014, 40. Jg., S. 4-5.

326 Vgl. ebenda, S. 4-5.

327 Vgl. hierzu Vesper, D., *Finanzierung der Kinder- und Jugendhilfe unter besonderer Berücksichtigung der Kinderbetreuung, Entwicklungstendenzen und Perspektiven*, DJI, *Kinder- und Jugendhilfe in neuer Verantwortung* Materialien zum 14. Kinder- und Jugendbericht Sachverständigenkommission, 14. Kinder- und Jugendbericht, 2013, S. 9.

328 Vgl. eingehender etwa Fritsch, M., *Marktversagen und Wirtschaftspolitik*, München 2011, S. 15 f.

329 Vgl. hierzu auch Monopolkommission, *Sondergutachten 67*, Post 2013: *Wettbewerbschutz effektivieren!*, Baden-Baden 2014, Tz. 231.

3.3 Grundfreiheiten, Kartell-, Beihilfe- und Vergaberecht

3.3.1 Grundfreiheiten

290. Nach Art. 119 Abs. 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) ist die europäische Wirtschaftspolitik dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb verpflichtet. Vor dem Hintergrund der Sicherung offener und wettbewerbblicher Märkte gewährleistet das europäische Recht die vier Grundfreiheiten. Diese kommen allen am Wirtschaftsleben Beteiligten zugute und bestehen namentlich aus dem freien Warenverkehr (Art. 28 ff. AEUV), der Personenfreizügigkeit (Art. 21 ff., 45 ff., 49 ff. AEUV), der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 ff. AEUV) und dem freien Kapital- und Zahlungsverkehr (Art. 63 AEUV). Für die Märkte für soziale Dienstleistungen spielt besonders die Dienstleistungsfreiheit eine wichtige Rolle. Dabei kann es bspw. um die Frage gehen, ob Leistungsträger Sozialleistungsansprüche in anderen europäischen Mitgliedstaaten erfüllen müssen oder darum, dass ausländischen Anbietern von Sozialdienstleistungen ein diskriminierungsfreier Zugang zum heimischen Markt gewährt werden muss.³³⁰

3.3.2 Kartellrecht

291. Daneben ist das deutsche und das europäische Kartellrecht je nach Konstellation, Sachbereich und genauer Ausgestaltung der einzelnen Beziehungen durchaus auch im Bereich des SGB VIII anwendbar.³³¹ Dabei kommt in vollständig hoheitlich determinierten Bereichen zwar ebenso wenig eine Kartellrechtsanwendung in Betracht wie in nichtwirtschaftlichen Bereichen. Auch könnte in einzelnen Bereichen die unionsrechtliche Ausnahme zum Schutz der Funktionsfähigkeit von Dienstleistungen in allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI) nach Art. 106 Abs. 2 AEUV eine gewisse Rolle spielen. Allerdings ist im Bereich des SGB VIII insoweit von erheblicher Bedeutung, dass insbesondere auf Grundlage des Wunsch- und Wahlrechts sowohl auf Ebene der 'Beschaffung' als auch auf Ebene der unmittelbaren Leistungserbringung der Leistungsempfänger im Mittelpunkt steht und insoweit zentral substantielle und weitreichende marktliche Elemente vorgesehen sind. Die Durchsetzung des Kartellrechts seitens der Wettbewerbsbehörden ist im sozialen Bereich zwar bislang nur wenig ausgeprägt, was vor allem auf Opportunitätserwägungen zurückzuführen sein dürfte. Die Monopolkommission weist die betroffenen Marktteilnehmer jedoch ausdrücklich auf die weitreichenden Möglichkeiten einer privatinitiativen Durchsetzung des Kartellrechts hin.³³²

292. Für Märkte sozialer Dienstleistungen sind neben den Grundfreiheiten und dem Kartellrecht besonders das Beihilfe- und das Vergaberecht von Bedeutung. Während Ersteres sicherstellen soll, dass es durch staatliche Subventionen nicht zu Wettbewerbsverzerrungen kommt, soll das Vergaberecht einen diskriminierungsfreien Zugang zu staatlichen Aufträgen sicherstellen.

³³⁰ Vgl. Cremer, G./Goldschmidt, N./Höfer, S., Soziale Dienstleistungen, a. a. O., S. 107 f.

³³¹ Vgl. für den Bereich der stärker mit hoheitlichen Komponenten versehenen und insoweit tendenziell kartellrechtsfernen Sozialversicherung aus Sicht des deutschen Rechts etwa zuletzt BGH, Urteile vom 6. November 2013, KZR 58/11 und KZR 61/11, VBL; aus Sicht des europäischen Rechts etwa EuGH, Urteil vom 16. März 2004, Verb. Rs. C-264/01 u.a. AOK Bundesverband, Rn. 58. Vgl. insoweit auch EuGH Urteil vom 3. Oktober 2013, C-59/12, BKK Mobil Oil, Slg. 2013, Rn. 37. Aus dem bisweilen im Zusammenhang mit der Kinder- und Jugendhilfe angeführten Urteil des EFTA-Gerichtshofs vom 21. Februar 2008, E-5/07, Private Barneholders Landsforbund/EFTA Surveillance Authority (zu Art. 59 Abs. 2 und 61 Abs. 1 EWR-Abkommen, die inhaltlich eng mit Art. 106 Abs. 2, 107 Abs. 1 AEUV verwandt sind) lassen sich insoweit keine Rückschlüsse ziehen. Insbesondere ist die dort zugrunde liegende institutionelle Struktur der Kinderbetreuung in Norwegen der deutschen nur sehr eingeschränkt vergleichbar.

³³² Vgl. etwa anschaulich Monopolkommission, Sondergutachten 67, a. a. O., Tz. 320 ff. Klagen dürften allerdings vor allem vor den ordentlichen und den Verwaltungsgerichten aussichtsreich sein, während die Sozialgerichte hier mitunter entweder schon die Anwendbarkeit oder jedenfalls die Erfüllung der kartellrechtlichen Tatbestände abzulehnen tendieren könnten.

3.3.3 Beihilferecht

293. In Anbetracht der umfangreichen staatlichen Förderung gemeinnütziger Einrichtungen in Form von direkten Zuwendungen³³³ und steuerlichen Privilegierungen³³⁴ stellt sich die Frage, ob es sich hierbei um Beihilfen im Sinne des EU-Beihilferechts handelt. Die grundlegenden beihilferechtlichen Vorschriften sind in den Artikeln 107 bis 109 AEUV geregelt. Danach sind staatliche Beihilfen, soweit sie den Wettbewerb verfälschen und dadurch den Handel zwischen Mitgliedsstaaten beeinträchtigen, grundsätzlich unzulässig und müssen vor ihrer Gewährung bei der Europäischen Kommission notifiziert und gegebenenfalls von ihr genehmigt werden.

294. Eine wichtige Ausnahme ergibt sich aus Art. 106 Abs. 2 AEUV, wonach für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem Interesse (DAWI) betraut sind, die Wettbewerbsregeln nur soweit Anwendung finden, wie dadurch die Erfüllung der ihnen übertragenen Aufgaben nicht verhindert wird. Im Jahr 2003 hat der EuGH mit dem Altmark Trans-Urteil vier Voraussetzungen festgelegt, die erfüllt sein müssen, damit staatliche Leistungen an Unternehmen, die mit der Erbringung von DAWI beauftragt werden, keine staatlichen Beihilfen im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellen: (i) Das durch den Zuschuss begünstigte Unternehmen muss tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut worden sein, (ii) die Parameter zur Ermittlung des Ausgleichs müssen zuvor objektiv und transparent aufgestellt worden sein, (iii) der Ausgleich darf nicht die tatsächlich angefallenen Kosten unter Berücksichtigung eines angemessenen Gewinns übersteigen und (iv) die Höhe des Ausgleichs ist auf Grundlage der Kosten eines durchschnittlich gut geführten Unternehmens zu ermitteln, wenn keine Ausschreibung stattgefunden hat.³³⁵

295. Im Dezember 2011 hat die Europäische Kommission im Anschluss an eine öffentliche Konsultation ein Paket zur Weiterentwicklung der EU-Beihilfavorschriften im Bereich der DAWI verabschiedet. Es tritt an die Stelle des sogenannten Monti-Kroes-Paketes von 2005³³⁶ und umfasst vier Instrumente: (i) eine Mitteilung, die grundlegende Begriffe definiert,³³⁷ (ii) einen Beschluss, mit dem die Mitgliedstaaten von der Anmeldung bestimmter Ausgleichszahlungen freigestellt werden,³³⁸ (iii) einen EU-Rahmen, der die Fälle von Ausgleichszahlungen regelt, die der Europäischen Kommission gemeldet werden müssen³³⁹ und (iv) eine neue De-minimis-Verordnung, derzufolge Ausgleichszahlungen unterhalb eines Schwellenwertes nicht der beihilferechtlichen Kontrolle unterliegen.³⁴⁰

³³³ Vgl. hierzu Abschnitt 4.2.

³³⁴ Vgl. hierzu Abschnitt 4.1.

³³⁵ Vgl. EuGH, C-280/00 Altmark Trans GmbH, Urteil vom 24. Juli 2003.

³³⁶ Entscheidung der Kommission vom 28. November 2005 über die Anwendung von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten, mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden, ABl. EU L 312 vom 29. November 2005, S. 67; Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden, ABl. EU C 297 vom 29. November 2011, S. 4; Änderung der Transparenzrichtlinie 80/723/EWG durch die Richtlinie 2006/111/EG der Kommission vom 16. November 2006 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen, ABl. EU L 318 vom 17. November 2006, S. 17.

³³⁷ Vgl. Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfavorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, ABl. EU C 8 vom 11. Januar 2012, S. 4 ff.

³³⁸ Beschluss der Kommission über die Anwendung von Artikel 106 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, ABl. EU L 7 vom 11. Januar 2012, S. 3 ff.

³³⁹ Rahmen der Europäischen Union für staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen (2011), ABl. EU C 8 vom 11. Januar 2012, S. 15 ff.

³⁴⁰ Verordnung (EU) Nr. 360/2012 der Kommission vom 25. April 2012 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen, ABl. EU L 114 vom 26. April 2012, S. 8 ff.

296. In dem Paket werden wichtige Grundsätze für staatliche Beihilfen im Bereich von DAWI erläutert. So geht aus den Erwägungsgründen des genannten Beschlusses hervor, dass es im Wesentlichen im Ermessen der Mitgliedstaaten liegt, welche Dienstleistungen im Detail als DAWI einzustufen sind und es Aufgabe der Europäischen Kommission ist zu prüfen, ob es bei der Festlegung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zu Fehlern seitens des Mitgliedstaates gekommen ist.³⁴¹

297. Die Beihilfevorschriften erfassen gemäß Art. 107 Abs. 1 AEUV Leistungen an „Unternehmen“. Nach der Rechtsprechung des EuGH umfasst der Begriff Unternehmen jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und Art ihrer Finanzierung.³⁴² Eine wirtschaftliche Tätigkeit ist nach dieser Rechtsprechung jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten.³⁴³ Damit fallen auch öffentlich-rechtliche und gemeinnützige Einrichtungen unter diesen funktionalen Unternehmensbegriff, wenn sie eine entsprechende wirtschaftliche Tätigkeit ausüben. Dies gilt selbst dann, wenn die Einheit keine Gewinnabsicht verfolgt. Vielmehr entscheidend ist die Frage, ob es sich um eine wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Tätigkeit handelt. Eine Antwort hierauf bedarf also einer Einzelfallprüfung.

298. Nicht wirtschaftlich sind nach der europäischen Rechtsprechung hingegen Beschaffungen der öffentlichen Hand mit der Zielsetzung, die nachgefragten Güter oder Dienstleistungen zu sozialen Zwecken zu verwenden. Danach ist die Tätigkeit des Kaufs des Erzeugnisses nicht von dessen späterer Verwendung zu trennen und der wirtschaftliche oder nicht wirtschaftliche Charakter der späteren Verwendung des erworbenen Erzeugnisses bestimmt den Charakter der Einkaufstätigkeit.³⁴⁴

299. Nichtwirtschaftliche Tätigkeiten können, in Abhängigkeit von der konkreten Ausgestaltung, z. B. Systeme der sozialen Sicherheit oder Gesundheitssysteme sein.³⁴⁵ Gleiches kann für Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe gelten, sofern diese als Teil des nationalen Bildungssystems staatlich in der Erbringung ihrer Leistungen determiniert sind. Soweit sie jedoch frei sind, ihr Angebot nach Umfang und Qualität im Wettbewerb auszugestalten, liegt i. d. R. eine unternehmerische Tätigkeit vor. Dabei kann, abhängig von der Art der Einbindung der Leistung in das öffentliche Bildungssystem, auch die Kostentragung mitentscheidend sein. Wenn die Leistungsempfänger die Leistung (im Wesentlichen) selbst finanzieren, liegt eine wirtschaftliche Tätigkeit vor. Bei einer vollständigen staatlichen Finanzierung kann dennoch eine wirtschaftliche Tätigkeit nicht prinzipiell ausgeschlossen werden.³⁴⁶ Entscheidend kommt es also für die – auch privatinitiativ vor den deutschen Gerichten durchsetzbare – Anwendbarkeit des Beihilferechts immer auf die genaue Ausgestaltung im Einzelfall an.

³⁴¹ Vgl. Beschluss der Kommission über die Anwendung von Artikel 106 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, ABl. EU L 7 vom 11. Januar 2012, Erwägungsgrund 8.

³⁴² EuGH, Urteil vom 23. April 1991, C-41/90, Höfner und Elser, Rn. 21; ders., Urteil vom 12. Dezember 2000, Verb. Rs. C-180/98 u.a., Pavlov u.a., Rn. 74; ders., Urteil vom 16. März 2004, Verb. Rs. C-264/01 u.a., AOK Bundesverband u.a., Rn. 46; ders., Urteil vom 10. Januar 2006, C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze u.a., Rn. 107.

³⁴³ Vgl. etwa EuGH, Urteil vom 18. Juni 1998, C-35/96, Kommission/Italien, Rn. 36; ders., Urteil vom 12. Dezember 2000, C-180/98 bis C-184/98, Pavlov u. a., Rn. 75; ders., Urteil vom 10. Januar 2006, C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze u.a., Rdnr. 108.

³⁴⁴ Vgl. EuG, Urteil vom EuG, 4. März 2003, T-319/99, FENIN, Rn. 36 ff., bestätigt durch EuGH, Urteil vom 11. Juli 2006, C-205/03 P, FENIN, Rn. 26.

³⁴⁵ Vgl. Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfevorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI-Leitlinien), ABl. der EU C 8 vom 11. Januar 2012, S. 6 f.

³⁴⁶ Vgl. Europäische Kommission, DAWI-Leitlinien, Rn. 28. Vgl. demgegenüber allerdings (zu Art. 59 Abs. 2 und 61 Abs. 1 EWR-Abkommen, die inhaltlich eng mit Art. 106 Abs. 2, 107 Abs. 1 AEUV verwandt sind) EFTA-Gerichtshof, Urteil vom 21. Februar 2008, E-5/07, Slg. 2008, S. 62, Private Barnehagers Landsforbund/EFTA Surveillance Authority, Rn. 83.

3.3.4 Vergaberecht

300. Die Grundlagen des nationalen Vergaberechts sind in den §§ 97 ff. GWB geregelt; die Vergabe- und Vertragsordnungen enthalten die Detailvorschriften für die Auftragsvergabe. Ziel des Vergaberechts ist es, die Vergabe öffentlicher Aufträge diskriminierungsfrei, transparent und wettbewerblich zu gestalten. Ziel der Vergabeverfahren ist es, einen fairen Zugang zu Aufträgen der öffentlichen Hand zu ermöglichen. Steuergelder sollen bei einer öffentlichen Auftragsvergabe sparsam und sachgerecht verwendet werden und die Vergabe des Auftrags soll an fachkundige, leistungsfähige, zuverlässige und gesetzestreue Unternehmen erfolgen. Mittelständische Interessen sind bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen. Zudem dient das Vergaberecht der Einhegung der Nachfragemacht der öffentlichen Hand, vgl. etwa § 97 Abs. 3 GWB.

301. Die öffentliche Hand ist frei in ihrer Entscheidung, ob sie eine Dienstleistung selbst erbringt (Eigenherstellung bzw. In-house-Vergabe) oder einen Dritten damit betraut (Fremdvergabe). Erfolgt keine In-house-Vergabe, d. h. öffentliche Träger erbringen Leistungen nicht selbst oder intern über eigene Dienstleister, dann gelten grundsätzlich die Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, da bspw. die Kommune Leistungen einkauft, um sie den Leistungsberechtigten zur Verfügung zu stellen.

302. Bei den zwei Vergabekammern des Bundes hat es keinen, bei den Vergabekammern der Länder hat es bislang, soweit ersichtlich, nur vereinzelt Nachprüfungsverfahren im Bereich des SGB VIII gegeben.³⁴⁷ Ob das Vergaberecht Anwendung auf die Kinder- und Jugendhilfe findet, ist umstritten, eine höchstgerichtliche Rechtsprechung gibt es nicht. Als Argument gegen eine Anwendung des Vergaberechts wird das Fehlen eines öffentlichen Auftrags aufgrund des Wahlrechts des Leistungsberechtigten vorgebracht.³⁴⁸ Das Wunsch- und Wahlrecht im Sinne des § 5 Abs. 1 SGB VIII und auch das Prinzip der Vielfalt der sozialen Einrichtungen gemäß § 3 Abs. 1 SGB VIII gerieten in Konflikt mit dem Vergaberecht, bei dem nur ein Bieter den Zuschlag erhalte.³⁴⁹ Auch fehle es am Vorliegen einer Marktleistung, da das Rechtsverhältnis zwischen öffentlichen und freien Trägern der Jugendhilfe nicht auf einen gegeneinander gerichteten Wettbewerb, sondern auf Zusammenarbeit bei der Bewältigung der gemeinsamen Aufgabe angelegt sei.³⁵⁰ Für die Befürworter der Anwendbarkeit des Vergaberechts ist eine Vereinbarung, die den freien Leistungserbringern eine Erstattung der Kosten unter bestimmten Voraussetzungen zusagt, durchaus ein vergabepflichtiger Dienstleistungsvertrag.³⁵¹ Es liege im Risikobereich des jeweiligen freien Trägers der Jugendhilfe, ob überhaupt Leistungsberechtigte Leistungen von diesem Träger in Anspruch nehmen. Daher sei im Regelfall von einer, bislang allerdings nur eingeschränkt vergabepflichtigen, Dienstleistungskonzession auszugehen und das auch, wenn die Kostenerstattung durch den öffentlichen Träger der Jugendhilfe erfolge.³⁵² Die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen erfolgt, zumindest wenn an dem betreffenden Vertrag ein grenzüberschreitendes Interesse besteht, nicht losgelöst von europa- und vergaberechtlichen Bindungen. Die Grundregeln des AEUV im Allgemeinen, die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit (Art. 94 AEUV und Art. 56 AEUV) und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Besonderen sind zu beachten. Dies bedeutet, auch wenn eine förmliche Ausschreibung nicht notwendig ist, soll die Vergabe von

347 Vgl. letztlich OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. September 2004, Verg 35/04 und Beschluss vom 22. September 2004, Verg 44/04.

348 Vgl. OVG Münster, Beschluss vom 18. März 2005, 12 B 1931/04; OVG Berlin, Beschluss vom 4. April 2005, OVG 6 S 415.04. Ebenso die Auffassung der Bundesregierung, Antwort auf eine kleine Anfrage der FDP-Fraktion vom 14. Mai 2007, BT-Drs. 16/5 347.

349 Vgl. Frenz, W., Handbuch Europarecht, Beihilfe- und Vergaberecht Bd. 3, Berlin, Heidelberg 2007, Rn. 2089.

350 Vgl. VK Hamburg, Beschluss vom 3. August 2004, VgK FB 4/04.

351 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. September 2004, VII Vergabe 35/04.

352 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. September 2004, VII Vergabe 44/04. Vgl. auch Ott, M., Fachblog des Deutschen Vergabernetzwerks (DVNW), Vergaberecht und Sozialrecht: Das Beispiel der Vergabe von Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe gemäß SGB VIII - Teil 1, <http://www.vergabeblog.de/2012-08-23/vergaberecht-und-sozialrecht-das-beispiel-der-vergabe-von-leistungen-der-kinder-und-jugendhilfe-gemas-sgb-viii-teil-1/>, Abruf am 1. Juni 2014.

Leistungserbringungsvereinbarungen auf dem Gebiet des Kinder- und Jugendhilferechts i. d. R. im Wege eines wettbewerblichen und diskriminierungsfreien Verfahrens erfolgen.³⁵³

303. Die eine Anwendbarkeit des Vergaberechts ablehnenden Stimmen stellen regelmäßig entscheidend auf das Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsempfänger ab, dieses steht jedoch einer vom Vergaberecht vorgesehenen, auf Lose aufgeteilten Vergabe, vgl. § 97 Abs. 3 GWB, nicht entgegen. Entscheidend kommt es für die Anwendbarkeit des Vergaberechts aus Sicht der Monopolkommission auf die genaue Ausgestaltung des Leistungsverhältnisses an. Wenn, wie typischerweise, die öffentliche Hand durch Vorgaben einen Rahmen für die Leistung setzt und diese bezahlt, insbesondere wenn der Leistungserbringer kein oder nur ein geringes Risiko trägt, seine Leistungen tatsächlich in vollem Umfang zu erbringen, muss Vergaberecht grundsätzlich Anwendung finden. Dabei kann den Besonderheiten der Kinder- und Jugendhilfe, insbesondere dem Wunsch- und Wahlrecht, etwa durch Teilloosvergabe oder entsprechende Rahmenverträge, durchaus Rechnung getragen werden.

Die Monopolkommission verkennt nicht die Schwierigkeiten bei der Anwendung des Vergaberechts durch die Kommunen.³⁵⁴ Der Aufbau auf Verfahrens- und Dokumentmustern, Best-Practices etc. sowie auf institutionenübergreifenden Erfahrungen und Lerneffekten kann jedoch diese Transaktionskosten erheblich minimieren.³⁵⁵ Vielversprechend erscheint in diesem Kontext die Umstellung auf die e-Vergabe nach dem neuen Richtlinienpaket,³⁵⁶ da elektronische Informations- und Kommunikationsmittel die Bekanntmachung von Aufträgen vereinfachen und Effizienz und Transparenz der Vergabeverfahren steigern können.

304. Aktuell unterliegt das europäische Vergaberecht einer Reformierung. Das im Frühjahr 2014 endgültig verabschiedete Richtlinienpaket zum Vergaberecht ist im Wesentlichen bis spätestens 18. April 2016 umzusetzen. Das Richtlinienpaket besteht aus a) der Richtlinie über die Vergabe öffentlicher Aufträge (RL 2014/24/EU)³⁵⁷, welche die bisherige Vergabekoordinierungsrichtlinie (2004/18/EG)³⁵⁸ ersetzt, b) die Richtlinie über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (Sektoren-Richtlinie, RL 2014/25/EU)³⁵⁹, welche die Richtlinie 2004/17/EG³⁶⁰ ersetzt sowie c) der neuen Konzessions-Richtlinie (RL 2014/23/EU)³⁶¹.

353 Vgl. EuGH, Urteil vom 10. März 2011 – C-274/09. Vgl. hierzu auch Ott, M., Fachblog des Deutschen Vergabernetzwerks (DVNW), EuGH: Vergabe von Rettungsdienstleistungen im Konzessionsmodell ist als Dienstleistungskonzession zu qualifizieren, <http://www.vergabeblog.de/2011-03-20/eugh-vergabe-von-rettungsdienstleistungen-im-konzessionsmodell-ist-als-dienstleistungskonzession-zu-qualifizieren-urteil-v-10-marz-2011-rs-c-27409/>, Abruf am 1. Juni 2014.

354 So ergeben sich Schwierigkeiten in der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe nach SGB VIII daraus, dass Leistungsträger vielfach kleine Gebietskörperschaften mit kleinem Aufgabenbereich sind und anders als Krankenkassen nicht bundesweit handeln. Um das Verfahren rechtmäßig betreiben zu können, entstehen hohe Rechtsberatungskosten, die zu einem Missverhältnis zwischen kommunalem und finanzwirtschaftlichem Nutzen führten. Das Vergaberecht ist daher für die Kommunen häufig keine attraktive Beschaffungsmöglichkeit; vgl. Fahlbusch, J., Vergabe in der Kinder- und Jugendhilfe, Kommentar aus der Praxis, S. 85-92., in: Beschaffung von Sozialleistungen durch Vergabe, Bundestagung des Deutschen Sozialrechtsverbandes e.V., 3./4. November 2010 in Nürnberg, 2010.

355 Vgl. hierzu bereits Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 60, Bahn 2011: Wettbewerbspolitik unter Zugzwang, Baden-Baden 2013, Tz. 279 f. sowie Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 64, Bahn 2013: Reform zügig umsetzen!, Baden-Baden 2013, Tz. 188 ff.

356 Vgl. hierzu die folgenden Textziffern.

357 Vgl. Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. EU Nr. L 94 vom 26. Februar 2014.

358 Vgl. Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge ABl. EU L 134 vom 31. März 2004.

359 Vgl. Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG, ABl. EU Nr. L 94 vom 26. Februar 2014.

360 Vgl. Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl. EU Nr. L 134 vom 31. März 2004.

361 Vgl. Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über die Konzessionsvergabe, ABl. EU

305. Die Vorschriften wurden unter anderem mit dem Ziel überarbeitet, öffentliche Gelder effizienter einzusetzen, die Teilnahme kleiner und mittlerer Unternehmen (KMU) an öffentlichen Vergabeverfahren (durch teilweise Auftragsvergaben und geringeren Anforderungen an den Jahresumsatz) zu erleichtern und es den Vergabestellen zu ermöglichen, die öffentliche Auftragsvergabe in stärkerem Maße zur Unterstützung gemeinsamer gesellschaftlicher qualitäts-, umwelt-, sozial- und industriepolitischer Ziele zu nutzen. So wird das Zuschlagskriterium des „wirtschaftlich günstigsten Angebots“ um Qualitäts-, Umwelt- und Sozialaspekte erweitert. Außerdem soll die Innovation eines Angebots stärker berücksichtigt werden können, ohne den Preis außer Acht zu lassen.³⁶²

Wichtiger Aspekt der Novellierung ist zudem die verpflichtende Einführung eines elektronischen Beschaffungswesens („e-Vergabe“) zur Vereinfachung der Vergabeverfahren. Auf diese Weise können Auftragsbekanntmachungen und Ausschreibungsunterlagen im Internet veröffentlicht und Angebote elektronisch übermittelt werden. Die öffentlichen Auftraggeber sollten, von spezifischen Sonderfällen abgesehen, elektronische Kommunikationsmittel nutzen, die nicht diskriminierend, allgemein verfügbar sowie mit den allgemein verbreiteten Erzeugnissen der IKT kompatibel sind und den Zugang der Wirtschaftsteilnehmer zum Vergabeverfahren nicht einschränken.³⁶³

Durch die Neuschaffung einer Konzessionsrichtlinie soll auch im Bereich der Dienstleistungskonzessionen mehr Wettbewerb durch Rechtssicherheit und effektiven Rechtsschutz gewährleistet werden.

306. Für soziale und andere besondere Dienstleistungen sind in den neuen Richtlinien spezifische Beschaffungsregeln vorgesehen.³⁶⁴ Für die Mitgliedstaaten ist ein Gestaltungsauftrag vorgesehen, einzelstaatliche Regeln für die Beauftragung von sozialen Dienstleistungen zu schaffen. Mitgliedstaaten gewährleisten, dass die öffentlichen Auftraggeber Aspekten wie Qualität, Zugänglichkeit, Bezahlbarkeit, Verfügbarkeit und Innovation Rechnung tragen können. Die Mitgliedstaaten können auch vorsehen, dass die Auswahl der Dienstleister auf der Grundlage des Angebots mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis unter Berücksichtigung von Qualitäts- und Nachhaltigkeitskriterien für soziale Dienstleistungen getroffen wird.

307. Die Monopolkommission begrüßt das neue europäische Vergaberichtlinienpaket, auch da es bisherigen Bedenken gegen die Anwendung des Vergaberechts auf die Kinder- und Jugendhilfe in Form eines neuen „Sozialvergaberechts“ Rechnung trägt. Die Monopolkommission fordert die Politik auf, bei der unionsrechtlich zwingenden Reform des Vergaberechts den Potenzialen des Wettbewerbs insbesondere im sozialen Bereich voll Rechnung zu tragen. Über die in den neuen Vergaberichtlinien vorgesehene und dringend erforderliche Vereinfachung von Vergaben hinaus müssen die Möglichkeiten zum zentralen Aufbau von Verfahrenswissen und zur Erleichterung institutionenübergreifenden Erfahrungsaustauschs ausgeschöpft werden. Zentral erscheint der Monopolkommission auch, die kaum zu überschätzenden Potenziale einer Steigerung der Transparenz auch im sozialen Bereich zu nutzen. Nicht zuletzt die durch die neuen Vergaberichtlinien vorgeschriebene e-Vergabe und darauf aufbauende öffentliche und verwaltungsinterne Plattformen bieten hier vielfältige Anknüpfungspunkte. Insgesamt ist zu erwarten, dass Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe in Zukunft und insbesondere unter Geltung des zu schaffenden Sozialvergaberechts verstärkt ausgeschrieben werden. So werden etwa ab 2016 auch Dienstleistungskonzessionen als vergaberechtlich relevant eingestuft. Die Anwendung des Vergaberechts in der Kinder- und Jugendhilfe kann es

Nr. L 94 vom 26. Februar 2014.

362 Vgl. in RL 2014/24/EU die Erwägungsgründe Nr. 2, 92 und Art. 67 Abs. 2 sowie in RL 2014/25/EU die Erwägungsgründe Nr. 4, 57, 98 und Art. 82 Abs. 2.

363 Vgl. in RL 2014/24/EU die Erwägungsgründe Nr. 52 ff. und Art. 33 ff. (Titel II Kapitel II) der Richtlinie. Vgl. in RL 2014/25/EU die Erwägungsgründe Nr. 63 ff. und Art. 51 ff. (Titel II Kapitel II).

364 Vgl. Art. 74 ff. RL 2014/24/EU sowie Art. 91 ff. 2014/25/EU. Die Anhänge XIV der Richtlinie 2014/24/EU und XVII der Richtlinie 2014/25/EU fassen unter die Dienstleistungen nach Art. 74 (RL 2014/24/EU) bzw. Art. 91 (RL 2014/25/EU) z. B. Dienstleistungen des Gesundheits- und Sozialwesens und zugehörige Dienstleistungen sowie sonstige gemeinschaftliche, soziale und persönliche Dienstleistungen und Dienstleistungen von Jugendverbänden und von sonstigen Organisationen und Vereinen.

Newcomern erleichtern, in den Markt einzutreten und durch angemessene Ausgestaltung der Ausschreibungen dem Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsempfänger zusätzliche Realität verleihen. Eine Ausschreibung erhöht die Transparenz und führt dazu, dass die öffentlichen Träger stärker zu Erklärung und Nachvollziehbarkeit ihrer Vergabeentscheidung in die Pflicht genommen werden. Insoweit kann die Vergabe einen wichtigen Beitrag zur Erhöhung der Effizienz in diesem Bereich leisten. In diesem Zusammenhang dürfte der bereits 2009 erweiterten Pflicht öffentlicher Auftraggeber nach § 97 Abs. 3 S. 2 GWB zur Aufteilung von Aufträgen in Teil- und Fachlose erhebliche Bedeutung zukommen.³⁶⁵

3.4 Beispiele der Einführung von Wettbewerb in die Kinder- und Jugendhilfe

3.4.1 Wettbewerbliche Neuordnung der Kinder- und Jugendhilfe

308. Die beginnende Implementierung von Wettbewerb in den 1990er Jahren war in erster Linie eine Antwort auf die Expansionsphase sozialer Dienste in den 1970er- und 1980er-Jahren, die zu einer zunehmenden Krise der öffentlichen Haushalte geführt hatte.³⁶⁶ Zunehmend rückten die Verschwendung knapper Ressourcen durch eine teure, kostenineffiziente, nicht bedarfsgerechte Leistungserbringung in den Fokus. Mit dem Ziel des effizienten Mitteleinsatzes wurde eine Reformdiskussion mit Blick auf die vornehmlich planwirtschaftlich-korporatistische Steuerung angestrengt.³⁶⁷ Die im Hinblick auf eine geringe Flexibilität, Ineffizienz, Überbürokratisierung und Intransparenz geäußerte Kritik betraf die kommunalen Verwaltungsstrukturen ebenso wie die Strukturen der Freien Wohlfahrtspflege.³⁶⁸ Auch sollte die Kinder- und Jugendhilfe aufgrund ihrer wachsenden Bedeutung mehr als bisher Transparenz über ihre Leistungen und deren Wirkung herstellen und den Anforderungen einer effizienten Erbringung der größtenteils öffentlich finanzierten Leistungen entsprechen.

309. Wesentliche Wettbewerbsimpulse entfalten in der Kinder- und Jugendhilfe das Wunsch- und Wahlrecht und die Öffnung der Märkte für privat-wirtschaftliche Leistungsanbieter sowie nicht in den traditionellen Verbandsstrukturen organisierte Nonprofit-Organisationen. Nachfolgend sollen zwei konkrete Reformschritte beleuchtet werden: Die Einführung betriebswirtschaftlicher Elemente in das Entgeltsystem Ende der 1990er-Jahre sowie das Gutscheinsystem in der Kinderbetreuung als eine Ausprägung des gesetzlich implementierten Wunsch- und Wahlrechts der Leistungsempfänger nach § 5 Abs. 1 SGB VIII.

3.4.2 Einführung betriebswirtschaftlicher Elemente: Einzelfallbezogene Leistungs-, Entgelt- und Qualitätsentwicklungsvereinbarungen

310. Bis zur Einführung betriebswirtschaftlicher Elemente in Form einzelfallbezogener Leistungs-, Entgelt- und Qualitätsentwicklungsvereinbarungen erfolgte die Finanzierung freier Träger weitgehend über die Zuwendungsfinanzierung. Die Zuwendungsfinanzierung umfasst, flankiert von einer staatlichen Bedarfsplanung, typischerweise eine institutionelle Förderung inklusive einer objektbezogenen Investitionskostenförderung. Wettbewerb ist im Rahmen einer solchen pauschalen Objektförderung weitgehend ausgeschlossen. Neben der mitunter ineffizienten Mittelverwendung ist hier insbesondere die zentralistische

³⁶⁵ Vgl. Art. 1 Nr. 2 des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts vom 20. April 2009, BGBl. I S. 790.

³⁶⁶ Vgl. Grohs, S./Bogumil, J., Management sozialer Dienste, in: Adalbert Evers u.a. (Hrsg.), Handbuch Soziale Dienste, Wiesbaden 2011, S. 299-314, S. 299 f. S. zu den Finanzierungsdefiziten der Gemeinden nach Bundesländern. Vgl. auch Vesper, D., Finanzierung der Kinder- und Jugendhilfe unter besonderer Berücksichtigung der Kinderbetreuung, Entwicklungstendenzen und Perspektiven, in: Sachverständigenkommission 14. Kinder- und Jugendbericht (Hrsg.), Kinder- und Jugendhilfe in neuer Verantwortung, Materialien zum 14. Kinder- und Jugendbericht, München 2013, S. 21.

³⁶⁷ Vgl. u. a. Meyer, D., Das sozialhilferechtliche Verhältnis im Wandel – Von einer korporatistischen hin zu einer wettbewerblichen Prägung, RsDE Nr 68, 17-35, 2009, S. 18.

³⁶⁸ Vgl. z. B. Pfadenhauer, B., Das Wunsch- und Wahlrecht der Kinder- und Jugendhilfe, Wiesbaden 2011. Pfadenhauer (2011, S. 132) konstatiert: „Die Wachstumsgrenzen öffentlicher Haushalt schienen vorerst erreicht.“

Angebotslenkung kritikwürdig, wodurch Abhängigkeiten erzeugt und bedarfsgerechte Leistungsangebote durch den Ausschluss von Wettbewerb verhindert werden.³⁶⁹

311. Mitte der 1990er Jahre begannen, in erster Linie mit dem Ziel der Kostendämpfung, die Überlegungen, die Entgeltfinanzierung der Jugendhilfe neu zu gestalten.³⁷⁰ Es sollten mehr Transparenz in den Leistungsangeboten und ein besserer Vergleich der verschiedenen Leistungsangebote untereinander ermöglicht werden. 1998/99 wurden für bestimmte Leistungen Leistungs-, Entgelt- und Qualitätsvereinbarungen zwischen öffentlichen Trägern und Leistungserbringern in das Finanzierungssystem der Kinder- und Jugendhilfe eingeführt, §§ 78a-78g SGB VIII. Dabei sind Leistungsvereinbarungen Kostensatzrahmenvereinbarungen, bei denen sich die Kommune lediglich die Leistungsbereitstellung, wie etwa Beratungsstellen für Familien, zu bestimmten Kostensätzen, Qualitätsstandards und Mengen sichert. Ein konkretes Leistungsverhältnis tritt erst fallbezogen in Kraft.³⁷¹

312. Hatten bis dahin die (pauschalen) Zuwendungsfinanzierungen nach dem Selbstkostendeckungsprinzip dominiert, sollten nun mit den Instrumenten der Leistungs-, Entgelt- und Qualitätsentwicklungsvereinbarungen „leistungsgerechte“, prospektive Entgelte mit einer an der tatsächlichen Leistungserbringung orientierten Vertragsgestaltung eingeführt werden. Die Möglichkeit eines nachträglichen Verlustausgleichs ist hier ausgeschlossen.³⁷² Zur Implementierung qualitativer Leistungsaspekte werden Vereinbarungen zu Qualitätsentwicklung, -messung und -kontrolle getroffen.

313. Die Leistungsfinanzierung wird gemäß § 78a vor allem für stationäre und teilstationäre Leistungen dort angewendet, wo es um die Erfüllung individueller Rechtsansprüche geht. Dagegen kommt die Zuwendungsfinanzierung bei der Schaffung von Strukturen oder der Bereitstellung niederschwelliger Zugänge ohne vorheriges Verwaltungsverfahren zur Anwendung; in diesen Bereichen findet die Leistungsfinanzierung ihre Grenzen. In der Praxis ist auch eine Vermischung der beiden Finanzierungsformen anzutreffen. So wird im nordrhein-westfälischen Kinder-Bildungsgesetz (KiBiz³⁷³) der individuelle Rechtsanspruch auf den Platz einer Kindertagesstätte über eine Zuwendung an den Träger der Tagesstätte erfüllt, die wiederum nach der Anzahl der betreuten Kinder (Leistungsfinanzierung) berechnet wird.

314. Aus der Praxis berichten Marktteilnehmer gegenüber der Monopolkommission, dass die Umsetzung der Entgeltreform auf halbem Weg stecken geblieben sei. Kosten- und Qualitätsaspekte seien eher nachrangig, vielmehr würden Akteure kommunaler Körperschaften auf „pauschalisiertes Vertrauen und den Gerüchtemarkt vor Ort“ als auf objektiv nachvollziehbare Inhalte aus Leistungsvereinbarungen setzen.³⁷⁴ Das liege, einer empirischen Untersuchung von Grohs (2010) zufolge, vor allem an der Zusammensetzung des Jugendhilfeausschusses aus überwiegend kommunalen Trägern und Trägern Freier Spitzenverbände und den dort seit Langem „eingespielten Handlungsweisen“, welche sich unbeirrt fortsetzten.³⁷⁵

315. Die Monopolkommission ermutigt die Kommunen, die Umsetzung der Entgeltreform weiter voranzutreiben. Dabei verkennt die Monopolkommission nicht die besonderen Schwierigkeiten bei der Beurteilung

369 Vgl. hierzu Grohs, S., Modernisierung kommunaler Sozialpolitik, Anpassungsstrategien im Wohlfahrtskorporatismus, a. a. O., S. 75 ff.

370 Vgl. hierzu Grohs, S., Modernisierung kommunaler Sozialpolitik, Anpassungsstrategien im Wohlfahrtskorporatismus, a. a. O., S. 75 ff. und Pfadenhauer, B., Das Wunsch- und Wahlrecht der Kinder- und Jugendhilfe, a. a. O., S. 134 ff.

371 Vgl. Grohs, S., Modernisierung kommunaler Sozialpolitik, Anpassungsstrategien im Wohlfahrtskorporatismus, a. a. O., S. 75.

372 § 78d Abs. 1 Satz 2 SGB VIII. Dazu auch Hammerschmidt, P./Rock, J., Internationale Perspektiven der deutschen Wohlfahrtsverbände, Internationale Perspektiven Sozialer Arbeit, 2009, S. 211-226, S. 215.

373 § 18 ff. SGB VIII des Gesetzes zur frühen Bildung und Förderung von Kindern (Kinderbildungsgesetz - KiBiz), Viertes Gesetz zur Ausführung des Kinder- und Jugendhilfegesetzes - SGB VIII, vom 30. Oktober 2007, Gesetz- und Verordnungsblatt (GV. NRW.), Ausgabe 2007 Nr. 25 vom 16. November 2007, Seite 461 bis 480.

374 So auch das Ergebnis von Grohs, S., Modernisierung kommunaler Sozialpolitik, Anpassungsstrategien im Wohlfahrtskorporatismus, a. a. O., S. 239.

375 Vgl. hierzu Abschnitt 5.7 „Institutionelles Wettbewerbshemmnis: Der Jugendhilfeausschuss“ in diesem Kapitel.

der Qualität von Leistungen. So kann eine Beurteilung aufgrund ihrer Eigenschaft als Erfahrungs- und Vertrauensgut, aber auch aufgrund des Auseinanderfallens der Leistungs- bzw. Kostenträger und der Leistungsnutzer schwierig erscheinen.³⁷⁶ Dies drückt sich auch in dem Begriff „Qualitätsentwicklung“³⁷⁷ im Kontext von Vereinbarungen über Leistungsangebote und Entgelte aus, wodurch Qualität nicht statisch, sondern vielmehr dynamisch als Entwicklungsprozess zu fassen ist. Qualitätskriterien und Verfahren sind bspw. bereits von der sogenannten Nationalen Qualitätsinitiative im System der Tageseinrichtungen für Kinder entwickelt worden. Hierbei handelt es sich um einen 1999 vom Bundesfamilienministerium veranlassten länder- und trägerübergreifenden Forschungsverbund mit dem Ziel, Instrumente zur Feststellung der Qualität der Arbeit in Tageseinrichtungen - Krippen, Kindergärten und Horten - zu entwickeln. In fünf Teilprojekten der besagten Nationalen Qualitätsinitiative wurden Qualitätskriterien für Kindertageseinrichtungen erstellt, geeignete Evaluationsverfahren entwickelt und praktisch erprobt.³⁷⁸

316. Die Kommunen sind als Kostenträger für das Leistungsangebot verantwortlich; folglich hängen die bereitgestellten Leistungen und auch die Auswahl der Anbieter stark von deren Präferenzen ab. Wenn ein Jugendamt bspw. bei der Unterbringung eines Jugendlichen das kostengünstigste Angebot im Blick hat, kommt es zu Wettbewerbsverzerrungen auf diesem Markt, denn ein Anbieter mit einem teureren, aber qualitativ höherwertigen Angebot würde keine Berücksichtigung finden. Bspw. gibt es in der Kindertagespflege kein einheitliches System der Vergütung, vielmehr handelt es sich um ein sehr heterogenes Feld ohne festen Orientierungsrahmen für die Kommunen.³⁷⁹ Dabei sind die effektive Beurteilung von Qualität und deren Kontrolle entscheidende Kriterien und Voraussetzung zur Sicherung und Weiterentwicklung von Qualitätsstandards.

317. Nach Auffassung der Monopolkommission scheint insoweit für Kommunen ein Überblick über Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe in Form landes-³⁸⁰ sowie möglicherweise bundesweiter Datenbanken hilfreich, um hieraus für die Zukunft Bewertungsregeln und -kriterien ableiten zu können, die Kostentransparenz zu verbessern und Anbieter so besser vergleichen zu können. In diesem Kontext erachtet die Monopolkommission auch die Möglichkeit einer Leistungsbewertung hinsichtlich bestimmter Kriterien in allen Bereichen der Kinder- und Jugendhilfe durch betroffene Familien, Eltern und Kinder als hilfreich für eine Leistungs- und Qualitätsmessung.

Bezogen auf die frühkindliche Bildung in Kindertageseinrichtungen gibt es, im Unterschied zur Schule, keine standardisierten Leistungsüberprüfungen und keine Zertifikate. Allerdings gewinnen beim Übergang in die Schule Fragen nach der Wirkung der Bildung und Förderung in Kindertageseinrichtungen an Bedeutung, hier stehen vor allem sprachliche Kompetenzen der Kinder im Vordergrund. Daher wird seit Jahren in 14 Ländern durch landesweite Sprachstandserhebungen die sprachliche Entwicklung der Kinder 6 bis 24 Monate vor der Einschulung untersucht. Dies ist ein Anknüpfungspunkt, die Qualität von Kindertageseinrichtungen besser einschätzen zu können.³⁸¹

376 Vgl. zu Fragen der Messung der Qualität Möller, M., Effektivität und Qualität sozialer Dienstleistungen, a. a. O.

377 Vgl. hierzu bspw. den Dritten amtlichen Titel des Abschnitts im SGB VIII: Vereinbarungen über Leistungsangebote, Entgelte und Qualitätsentwicklung, §§ 78 a ff. SGB VIII.

378 Vgl. Freudenberg, U., SGB VIII, Kinder- und Jugendhilfe, Kommentar 2. Aufl., Freiburg, Berlin 2008, S. 215 ff. (§ 22a SGB VIII). Siehe zur „Nationalen Qualitätsinitiative im System der Tageseinrichtungen für Kinder“ die Informationen auf der Seite des Bildungsservers, <http://www.bildungsserver.de/Nationale-Qualitaetsinitiative-im-System-der-Tageseinrichtungen-fuer-Kinder-3768.html>, Abruf am 7. April 2014.

379 Vgl. Sell, S./Kukula, N., DJI Online März 2013, Kindertagespflege auf dem Prüfstand, Leistungsorientierte Vergütung in der Kindertagespflege – Systementwicklung zwingend notwendig, <http://www.dji.de/index.php?id=42965&L=0>, Abruf am 2. April 2014.

380 So auch ein Landesrechnungshof in seiner Stellungnahme gegenüber der Monopolkommission.

381 Vgl. Autorengruppe Bildungsberichterstattung, Der 4. Bildungsbericht, Bildung in Deutschland 2012, Kapitel C: Frühkindliche Bildung, Betreuung und Erziehung, W. Bertelsmann Verlag, Bielefeld 2012, S. 62.

3.4.3 Das Gutscheinsystem in der Kinderbetreuung

318. Die Organisation der Kinderbetreuung nimmt eine wichtige Rolle in der aktuellen politischen Diskussion in Deutschland ein. Die Regierungsparteien CDU, CSU und SPD haben sich im Rahmen ihres Koalitionsvertrages darauf verständigt, durch einen Ausbau der Kindertagesbetreuung die Vereinbarkeit von Familie und Beruf zu verbessern. Im Hinblick auf begrenzte finanzielle Ressourcen der öffentlichen Haushalte ergibt sich daraus die Frage nach einer bedarfsgerechten und effizienten Bereitstellung von Betreuungsangeboten für die Eltern.

319. In Deutschland werden Kinderbetreuungsplätze i. d. R. auf dezentraler, d. h. kommunaler Ebene, mithilfe einer Objektförderung bereitgestellt. Hierbei finanziert die öffentliche Hand ganz oder teilweise die anfallenden Kosten einer Einrichtung. Empfänger der Zahlung ist als Leistungsanbieter der jeweilige Träger der Einrichtung. Von diesem System profitieren besonders bereits etablierte Anbieter. Gleichzeitig können Markteintritte erschwert werden, wenn seitens der Kommune keine Notwendigkeit gesehen wird, neue Anbieter zu fördern.³⁸²

320. Eine Alternative zur Objektförderung stellen Gutscheine als Instrument zur subjektbezogenen Förderung dar. In der wissenschaftlichen Literatur lassen sich zahlreiche Hinweise darauf finden, dass Gutscheine ein effizientes Instrument einer zielgenauen Bildungs- und Sozialpolitik sein können.³⁸³ Obwohl Gutscheine viele Vorteile gegenüber einer herkömmlichen Objektfinanzierung aufweisen, wurde das Konzept in der Kinderbetreuung von der Politik bisher nur in begrenztem Umfang aufgenommen.³⁸⁴ Einzig in Hamburg (seit 2003) und Berlin (seit 2006) sowie vereinzelt auf kommunaler Ebene in Städten wie Heidelberg oder Erfurt werden Gutscheine zur Vergabe von Betreuungsplätzen eingesetzt.

321. Während im herkömmlichen objektbezogenen System Kinderbetreuungsstätten häufig unabhängig von der Zahl betreuter Kinder institutionell gefördert werden, sieht das Gutscheinsystem eine subjektbezogene Unterstützung der Eltern bzw. deren Kinder vor. Eltern mit Anspruch auf Kinderbetreuung erhalten einen an ein Kind gebundenen Gutschein. In Hamburg erfolgt die Ausgabe der Gutscheine bspw. durch das Bezirksamt. Eltern können die Gutscheine gegen eine entsprechende Betreuungsleistung in einer akkreditierten Kindertagesstätte ihrer Wahl einlösen, die ihrerseits die Gutscheine bei der zuständigen Fachbehörde zur Kostenabrechnung einreicht. Der öffentlichen Hand obliegt in diesem System die Festlegung der Rahmenbedingungen. Dazu zählen neben der Akkreditierung der Einrichtungen die Festlegung der Anzahl und der Höhe der auszugebenden Gutscheine.

322. Der entscheidende Unterschied zur objektbezogenen Förderung liegt in der Stärkung der elterlichen Nachfragemacht und des damit verbundenen Wunsch- und Wahlrechts, wie es § 5 SGB VIII vorsieht. In einem System mit Objektförderung werden Angebote zwar aus Elternsicht kostengünstig angeboten, da sie nur einen Teil der Gesamtkosten der Kinderbetreuung zu tragen haben, gleichzeitig haben Eltern jedoch kaum Einfluss auf die quantitative und qualitative Ausgestaltung des Betreuungsangebots.

323. In einem System mit Subjektförderung können Eltern den Anbieter wählen, der ihren Präferenzen etwa in Bezug auf Öffnungszeiten und Bildungsangebote am besten entspricht. Damit wird der Wettbewerb

³⁸² Vgl. Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ), Familien brauchen Rahmenbedingungen, Monitor Familienforschung, Ausgabe 9-12, Berlin 2007, S. 32.

³⁸³ Vgl. Friedman, M., The Role of Government in Education, in: Robert A. Solo (Hrsg.), Economics and the Public Interest, New Brunswick 1955; Bradford, David F./Shaviro, D.N., The Economics of Vouchers. NBER Working Paper No. 7092, 1999; Enste, D./Stettes, O., Bildungs- und Sozialpolitik mit Gutscheinen. Zur Ökonomik von Vouchers, IW-Analysen 14, Forschungsberichte aus dem Institut der deutschen Wirtschaft Köln, 2005; Enste, D. u.a., Gutscheine als Instrument einer effizienten und effektiven Sozialpolitik sowie betrieblicher Personalpolitik, Bestandsaufnahme und Analyse von betrieblichem Nutzen und volkswirtschaftlichen Effekten verschiedener Gutscheinsysteme. Abschlussbericht. Köln, 2008.

³⁸⁴ Zu den Vorteilen der Subjektförderung gegenüber der Objektförderung vgl. auch Monopolkommission, XII. Hauptgutachten, Marköffnung umfassend verwirklichen, Baden Baden 1998, Tz. 698 ff.

zwischen den Leistungsanbietern um die Gunst der Eltern intensiviert, wodurch Verbesserungen in der Angebotsvielfalt erzielt und Innovationspotenziale gefördert werden. In Hamburg führte die Einführung des Gutscheinsystems zu einer Steigerung der Trägerpluralität. Die Gesamtzahl der Träger von Kindertagesstätten konnte besonders durch einen Zuwachs an kleinen Trägern mit nur einer Einrichtung von 2002 bis 2009 von 314 auf 425 gesteigert werden. Im Gegensatz dazu ist die Anzahl großer Träger mit bis zu 50 Einrichtungen relativ konstant geblieben. Da das Gutscheinsystem eine Gewinnerzielung ermöglicht, nahm auch die Anzahl privat-wirtschaftlicher Träger in Hamburg zu. Bei den größeren Trägern kam es zudem zu Dezentralisierungstendenzen, da die Bedeutung der einzelnen Tagesstättenleitungen im Zuge einer notwendig gewordenen Flexibilisierung etwa im Hinblick auf die Personalplanung gestiegen ist.³⁸⁵

324. Zudem erlaubt ein Gutscheinsystem einen zielgerichteten und effizienten Einsatz knapper öffentlicher Ressourcen. Statt Kinderbetreuungsstätten unabhängig von ihrer tatsächlichen Auslastung und Angebotsgestaltung zu subventionieren, können in einem Gutscheinsystem finanzielle Mittel eher bedarfsgerecht gesteuert werden, da Träger gegen Vorlage der Gutscheine nur tatsächlich angefallene Kosten bei den öffentlichen Stellen abrechnen können.

325. Auf der anderen Seite sind Gutscheine zweckgebunden, sodass im Gegensatz zu einer reinen finanziellen Subjektförderung sichergestellt ist, dass die bereitgestellten Mittel nicht anderweitig verwendet werden können. Zudem können Gutscheine an den Bedarf der Eltern und Kinder angepasst werden. So erhalten etwa Eltern, die halbtags arbeiten, Gutscheine über eine entsprechende halbtägige Betreuung, statt wie in der Objektförderung pauschal Ganztagsplätze zu fördern.³⁸⁶ Die so eingesparten Mittel lassen sich anderweitig verwenden. Ebenso können Eltern, deren Kinder einen höheren Betreuungsaufwand benötigen, mit entsprechend höherwertigen Gutscheinen ausgestattet werden.³⁸⁷

326. Im objektbezogenen System entscheiden Jugendhilfeausschüsse über den Ausbau der städtischen oder kommunalen Kinderbetreuung. Die Schwierigkeit einer solchen zentralen Planung besteht in der ortsgenauen Bestimmung zukünftiger Bedarfe der Eltern nach Betreuungsangeboten sowie in der Berücksichtigung der lokalen demografischen Entwicklung. Bis zur baulichen Fertigstellung können sich Bedarfe soweit geändert haben, dass sich Neubauten als Fehlplanungen erweisen. Ein effektiver Ausgleich von Angebot und Nachfrage scheint so nur bedingt möglich.³⁸⁸

327. Ein weiterer Vorteil von Gutscheinen liegt in der Möglichkeit zur variablen Ausgestaltung des Gutscheinsystems. Hierdurch können zuvor definierte politische Ziele differenziert und effektiv verfolgt werden. So ließe sich etwa mithilfe von Gutscheinen die Frauenerwerbstätigkeit fördern oder die Integration von Kindern mit Migrationshintergrund verbessern.³⁸⁹

³⁸⁵ Vgl. Bange, D., Das Hamburger „Kita-Gutschein-System“, Vortrag im Rahmen des Fachforums „Kita-Gutschein-System“ der Arbeitsgemeinschaft der Familienverbände in Niedersachsen (AGF) am 25. Januar 2010, S. 12, http://agf-nds.de/02-aktuell/material/Dr-Bange_Kita-Gutschein-System-2009.pdf, Abruf am 5. Mai 2014.

³⁸⁶ In Hamburg hatte eine Stichprobenuntersuchung Ende der 1990er Jahre ergeben, dass nur 13,7 Prozent der befragten Eltern das städtische Angebot zur Ganztagsbetreuung ihrer unter dreijährigen Kinder in vollem Umfang nutzten. Es herrschte also ein Mangel an Teiltagesplätzen. Im Rahmen der Einführung des Gutscheinsystems sank gemäß der politischen Zielsetzung der Anteil der ganztägigen Betreuung unter dreijähriger Kinder von 79 Prozent im Jahr 2002 auf 60 Prozent in 2008; vgl. Bange, D., Das Hamburger „Kita-Gutschein-System“, a. a. O., S. 7.

³⁸⁷ Vgl. ebenda, S. 3.

³⁸⁸ Vgl. Enste, D. u.a., Gutscheine als Instrument einer effizienten und effektiven Sozialpolitik sowie betrieblicher Personalpolitik, Bestandsaufnahme und Analyse von betrieblichem Nutzen und volkswirtschaftlichen Effekten verschiedener Gutscheinsysteme, a. a. O., S. 18. Die von den Trägern bemängelte Schwerfälligkeit und Ineffektivität der zentralen Planung war ein Grund für die Einführung des Gutscheinsystems in Hamburg; vgl. Bange, D., Das Hamburger „Kita-Gutschein-System“, a. a. O., S. 1.

³⁸⁹ Vgl. Diekmann, L.-C. u.a., Kita-Gutscheine für eine verbesserte Betreuung und Bildung, Wirtschaftsdienst 88(10), 2008, S. 670. Für eine Übersicht zu verschiedenen Aspekten der Ausgestaltung des Gutscheinsystems siehe auch BMFSFJ (2007), Familien brauchen Rahmenbedingungen, a. a. O., S. 32 f.

328. Nach Auffassung der Monopolkommission stellt das Gutscheinsystem eine sinnvolle Alternative zur in Deutschland verbreiteten objektbezogenen Bereitstellung von Kinderbetreuungsplätzen dar, die eine bedarfsgerechtere und damit effizientere Steuerung des Ausbaus der Kinderbetreuung ermöglicht. Durch die Stärkung der Konsumentensouveränität kommt es zu einer Intensivierung des Wettbewerbs zwischen Anbietern, ohne dass es dabei zu einer Beeinträchtigung der Angebotsvielfalt kommen muss, wie das Beispiel Hamburg gezeigt hat. Gleichzeitig profitieren Eltern und Kinder von einer Verbesserung der Angebotsvielfalt und einer Angebotsgestaltung, die mehr den Präferenzen entspricht, als dies typischerweise bei einer Objektförderung zu erwarten ist. Die positiven Effekte eines Gutscheinsystems dürften umso größer ausfallen, je höher das bestehende Angebot an Betreuungsplätzen ist. Bislang ist allerdings unklar, ob ähnliche Erfolge wie in Hamburg auch in eher unterversorgten ländlichen Gebieten möglich sind. Aufgrund der geringen Anzahl von Anbietern und der damit verbundenen Einschränkung der elterlichen Wahlmöglichkeiten dürfte hier der durch das Gutscheinsystem induzierte Wettbewerbsdruck eher gering ausfallen.

4 Wettbewerbsdefizite und Gemeinnützigkeit

329. Das Gesamtsystem der deutschen Kinder- und Jugendhilfe ist historisch bedingt gekennzeichnet durch ein partnerschaftliches, enges Zusammenwirken öffentlicher Stellen und Trägern der Freien Wohlfahrtspflege (Korporatismus).³⁹⁰ Dieses Konstrukt eines jahrzehntelangen Closed Shop machte und macht es auch heute noch Dritten häufig schwer, Dienstleistungen auf dem Markt der Kinder- und Jugendhilfe anzubieten. Das SGB VIII von 1990 hat zu einer zumindest partiellen Aufwertung privater Träger, die nicht in den sechs Spitzenverbänden organisiert sind, in der Kinder- und Jugendhilfe geführt;³⁹¹ dennoch existieren noch immer zahlreiche Privilegien, die i. d. R. eng mit dem Status der Gemeinnützigkeit der Leistungserbringer verbunden sind.

330. Während umgangssprachlich unter „Gemeinnützigkeit“ ein gemeinwohlorientiertes und nicht auf Gewinnerzielung ausgelegtes Engagement verstanden wird, ist in dem hier betrachteten Zusammenhang die steuerrechtliche Definition der Gemeinnützigkeit, wie sie sich aus § 52 Abs. 1 der Abgabenordnung (AO) ergibt, relevant; der Gemeinnützigkeitsbegriff des SGB VIII ist zwar autonom, lehnt sich jedoch an den der AO an. Danach verfolgt eine Körperschaft „gemeinnützige Zwecke, wenn ihre Tätigkeit darauf ausgerichtet ist, die Allgemeinheit auf materiellem, geistigem oder sittlichem Gebiet selbstlos zu fördern. Eine Förderung der Allgemeinheit ist nicht gegeben, wenn der Kreis der Personen, dem die Förderung zugutekommt, fest abgeschlossen ist, z. B. Zugehörigkeit zu einer Familie oder zur Belegschaft eines Unternehmens, oder infolge seiner Abgrenzung, insbesondere nach räumlichen oder beruflichen Merkmalen, dauernd nur klein sein kann.“ § 52 Abs. 2 AO ergänzt die Definition der Gemeinnützigkeit um eine Auflistung gemeinnütziger Tätigkeiten, zu denen neben der Förderung der Jugend- und Altenhilfe (Nr. 4) bspw. auch die Förderung des Sports oder der Tierzucht zählt.

331. Der Status der Gemeinnützigkeit ist an eine Reihe von Voraussetzungen gebunden. So ergibt sich etwa aus dem Kriterium der Selbstlosigkeit nach § 55 Abs. 1 AO, dass Mittel zeitnah, d. h. innerhalb von zwei Jahren nach Zufluss, verwendet werden müssen und dass an Mitglieder sowie Gesellschafter keine Gewinne ausgeschüttet werden dürfen.³⁹² Dem gegenüber folgt aus dem Status der Gemeinnützigkeit eine Vielzahl von Privilegien, auf die im Weiteren näher eingegangen werden soll. Neben steuerrechtlichen Privilegien (nachfolgend 4.1) erhalten gemeinnützige Körperschaften bevorzugt Fördermittel für Kindertageseinrichtungen im Vergleich zu privaten Anbietern (nachfolgend 4.2). Zudem verfügen sie über ein Mitspracherecht in der Jugendhilfeplanung (nachfolgend 4.3).

³⁹⁰ Gemäß § 4 Abs. 1 SGB VIII soll die öffentliche Jugendhilfe mit der freien Jugendhilfe zum Wohl junger Menschen und ihrer Familien partnerschaftlich zusammenarbeiten. Sie hat dabei die Selbstständigkeit der freien Jugendhilfe in Zielsetzung und Durchführung ihrer Aufgaben sowie in der Gestaltung ihrer Organisationsstruktur zu achten.

³⁹¹ Vgl. Bundesregierung, 14. Kinder- und Jugendbericht, a. a. O., S. 70.

³⁹² Vgl. § 55 Abs. 1 AO

4.1 Steuerliche Privilegien gemeinnütziger Träger

332. Die Steuerprivilegien, von denen als gemeinnützig anerkannte Organisationen profitieren, lassen sich grob in unmittelbare und mittelbare Privilegien unterscheiden. Während unmittelbare Steuervergünstigungen, wie etwa die Befreiung von der Körperschaftssteuer, die Steuerlast der Unternehmen direkt senken, führen mittelbare Steuerprivilegien, wie z. B. das Spendenprivileg, zu einer Senkung der Steuerlast Dritter.

333. Zu den unmittelbaren Steuervergünstigungen für gemeinnützige Einrichtungen zählt unter anderem die Befreiung von der Körperschaftssteuer. Nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG sind Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen, die ausschließlich und unmittelbar gemeinnützigen, mildtätigen oder kirchlichen Zwecken dienen, von der Körperschaftsteuer befreit. Vergleichbares gilt im Hinblick auf die Gewerbe- und Grundsteuer. Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen, die einem gemeinnützigen, mildtätigen oder kirchlichen Zweck dienen, sind nach § 3 Nr. 6 GewStG bzw. § 3 Abs. 1 Nr. 3 b GrStG grundsätzlich von der Gewerbe- und Grundsteuer befreit. Auch wenn rein gewerbliche Tätigkeiten gemeinnütziger Einrichtungen i. d. R. nicht steuerlich begünstigt werden, können Kindergärten und andere Betreuungseinrichtungen im Kinder- und Jugendbereich als sogenannte Zweckbetriebe nach § 68 AO von Körperschaft- und Gewerbesteuer befreit werden.³⁹³ Speziell Kindertageseinrichtungen in gemeinnütziger Trägerschaft sind zudem von der Umsatzsteuer befreit (§ 4 Nr. 25 UStG).

334. Hinzu kommen mittelbare Steuerprivilegien, wie bspw. das Spendenprivileg oder das sogenannte Übungsleiterprivileg, welche die Steuerlast Dritter senken und damit mittelbar den gemeinnützigen Organisationen zugutekommen. § 10 lit. b Abs. 1 EStG sieht vor, dass Zuwendungen (Spenden und Mitgliedsbeiträge) zur Förderung steuerbegünstigter Zwecke im Sinne der §§ 52 bis 54 AO in begrenztem Umfang als Sonderausgaben abgezogen werden können. Dabei ist eine der genannten Voraussetzungen für den Abzug, dass die Zuwendung an eine nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG steuerbefreite Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse getätigt wird. Zuwendungen an privat-wirtschaftliche Einrichtungen sind demnach nicht steuerlich absetzbar. Vergleichbares gilt in Bezug auf einkommensteuerrechtliche Vergünstigungen im Rahmen von Nebentätigkeiten für von der Körperschaftssteuer befreite gemeinnützige Einrichtungen. Gemäß § 3 Nr. 26 EStG werden Einnahmen aus diversen nebenberuflichen Tätigkeiten in einer Höhe von bis zu EUR 2.400 im Jahr von der Einkommenssteuer befreit (sogenanntes Übungsleiterprivileg).

335. Die Monopolkommission steht der steuerlichen Privilegierung einzelner, als gemeinnützig anerkannter Einrichtungen grundsätzlich kritisch gegenüber. Ökonomisch betrachtet kann eine steuerliche Subventionierung gerechtfertigt sein, wenn eine Leistung von privaten Anbietern nicht oder in geringerem Maße bereitgestellt würde, als dies gesamtwirtschaftlich wünschenswert wäre. Zu einer solchen Unterversorgung kann es kommen, wenn der Nutzen, den bestimmte Güter oder Leistungen für Dritte haben, bei der Bereitstellung nicht ausreichend berücksichtigt (internalisiert) wird. Leistungen aus dem Bereich der Mildtätigkeit i. S. d. § 53 AO können typischerweise hierzu gezählt werden. Bei vielen entgeltlichen Angeboten in der Kinder- und Jugendhilfe, für deren Inanspruchnahme regelmäßig ein Rechtsanspruch besteht, ist jedoch davon auszugehen, dass eine steuerliche Förderung im Sinne der Gemeinnützigkeit nicht nur nicht notwendig, sondern in vielfacher Hinsicht problematisch zu bewerten ist.

336. Eine Subventionierung gemeinnütziger Einrichtungen führt nicht nur zu einer Belastung öffentlicher Haushalte, da durch die Steuerbefreiungen Einnahmen wegfallen, sondern auch zu einer unzulässigen Verzerrung des Wettbewerbs zwischen Betreuungseinrichtungen in unterschiedlicher Trägerschaft. Es ist davon auszugehen, dass es sich dort, wo gemeinnützige Träger mit einem entgeltlichen Angebot in direkte

³⁹³ Eine Privilegierung von Trägern der öffentlichen und freien Jugendhilfe bei der Umsatzsteuer wurde durch eine Anpassung des § 4 Nr. 25 UStG mit Wirkung zum 1. Januar 2008 insoweit aufgehoben, als dass auch „andere Einrichtungen mit sozialem Charakter“ berücksichtigt wurden.

Konkurrenz zu den Leistungen anderer Träger treten, um einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb handelt, der entsprechend als steuerpflichtig einzustufen ist, bzw. sein sollte.

337. So hat der Bundesfinanzhof 2012 in Bezug auf Kindergärten in kommunaler Trägerschaft entschieden, dass es sich um gewerbliche Betriebe handelt, die entsprechend körperschaftsteuerpflichtig sind.³⁹⁴ In einem ähnlich gelagerten Fall hat 2013 das Finanzgericht Hamburg argumentiert, dass auch Kindergärten in kirchlicher Trägerschaft steuerpflichtig sind, wenn sie mit ihrem Angebot in Konkurrenz zu privaten Anbietern stehen und der kirchliche Verkündigungsauftrag in den Hintergrund tritt.³⁹⁵ Nach Ansicht der Monopolkommission erscheint es daher nur konsequent, auch Kindergärten in gemeinnütziger Trägerschaft der Steuerpflicht zu unterlegen, da auch hier von einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb in Konkurrenz zu privatwirtschaftlichen Anbietern auszugehen ist.

338. Eine steuerliche Privilegierung gemeinnütziger Anbieter kann auch nicht damit begründet werden, dass diese auf eine eigennützige Gewinnverwendung, wie sie privatwirtschaftlichen Anbietern grundsätzlich möglich ist, verzichten. Unabhängig davon, dass in der Praxis auch privatwirtschaftliche Einrichtungen ihre Überschüsse oft reinvestieren, ist die Erzielung von Überschüssen per se nicht gemeinwohlschädigend. Vielmehr ist sie Antrieb für effizientes Wirtschaften und die Belohnung für innovatives Handeln.

339. In Anbetracht der genannten Steuerprivilegien und der daraus resultierenden Wettbewerbsverzerrungen stellt sich die Frage nach einer besseren Möglichkeit zur Förderung und Schaffung von Betreuungsangeboten im Kinder- und Jugendbereich. Vorzugswürdig erscheint es, Förderungen generell stärker am Förderungszweck und weniger an der steuerrechtlichen Gemeinnützigkeit bestimmter Träger zu orientieren. Nur durch eine Förderung, die unabhängig von der Trägerschaft erfolgt, kann sichergestellt werden, dass es nicht zu Benachteiligungen einzelner Anbieter kommt. Ziel sollte es vielmehr sein, den Wettbewerb zu fördern, um Leistungen effizient bereitstellen zu können und innovative Lösungen zu fördern. Auch kann durch eine trägerunabhängige Förderung besser als bei einer trägerspezifischen Subventionierung sichergestellt werden, dass vergleichsweise teure oder qualitativ schlechte Anbieter nicht künstlich am Markt gehalten werden. Hiervon würden besonders die Leistungsberechtigten, also die Eltern und Kinder, profitieren.

4.2 Ungleiche Förderpraxis bei Kindertageseinrichtungen in unterschiedlicher Trägerschaft

340. Die Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen ist das mit Abstand größte Leistungsfeld der Kinder- und Jugendhilfe.³⁹⁶ Während in Deutschland nahezu jedes Kind im Alter zwischen drei und sechs Jahren eine Kindertageseinrichtung besucht (93,4 Prozent),³⁹⁷ ist die Betreuungsquote bei den unter Dreijährigen deutlich geringer. Zum 1. August 2013 hat das 2008 in Kraft getretene Kinderförderungsgesetz (KiföG) einen Rechtsanspruch auf einen Betreuungsplatz für Kinder im Alter von einem und zwei Jahren zur Förderung in einer Tageseinrichtung oder in der Kindertagespflege geschaffen (§ 24 SGB VIII).³⁹⁸ Der Ausbau der Kinderbetreuungsangebote für unter Dreijährige wurde in den letzten Jahren deutlich vorangetrieben. Im März 2012³⁹⁹ besuchten bundesweit über 558.000 Kinder im Alter von unter drei Jahren eine Kindertageseinrichtung oder wurden von einer Tagespflegeperson betreut. Das entsprach einer bundesweit durchschnitt-

³⁹⁴ Bundesfinanzhof (BHF), Urteil vom 12. Juli 2012, I R 106/10.

³⁹⁵ In dem konkreten Fall ging es darum, ob ein kirchlicher Träger nach dem Erwerb eines Kindergartens Grund-erwerbsteuer zahlen musste. Nach Ansicht des Finanzgerichtes stand einer Steuerbefreiung entgegen, dass das Grundstück überwiegend zum Betrieb gewerblicher Art im Sinne des § 4 Abs.1 KStG genutzt wird, vgl. Finanzgericht Hamburg, Urteil vom 5. Februar 2013, 3 K 74/12. Gegen die Entscheidung ist eine Revision zum BFH (II R 11/13) anhängig.

³⁹⁶ Vgl. hierzu Bundesregierung, 14. Kinder- und Jugendbericht, a. a. O., S. 24, Tab. 3.

³⁹⁷ Vgl. Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch Deutschland, Kinder- und Jugendhilfestatistik, Kinder unter 6 Jahren in Tageseinrichtungen und öffentlich geförderter Kindertagespflege am 1. März 2012, Abb. 2.6.16, S. 59.

³⁹⁸ Vgl. Art. 1 Nr. 6 des Gesetzes zur Förderung von Kindern unter drei Jahren in Tageseinrichtungen und in Kindertagespflege v. 10. Dezember 2008, BGBl. 2008 I, S. 2403.

³⁹⁹ Neuere bundesweite Zahlen liegen dem Statistischen Bundesamt nicht vor.

lichen Betreuungsquote von 27,6 Prozent (in Tageseinrichtungen 23,4 Prozent, in der Kindertagespflege 4,3 Prozent), im Jahr 2006 waren es noch 13,6 Prozent. Bund, Länder und Kommunen waren im Jahre 2007 im Zuge des „Krippengipfels“ übereingekommen, bundesweit bis 2013 rund 750.000 Betreuungsplätze für Kinder unter drei Jahren zu schaffen (das entspricht heute einer Quote von etwa 38 Prozent).⁴⁰⁰ Der Betreuungsbedarf der Eltern liegt nach einer aktuellen Erhebung des Deutschen Jugendinstituts (DJI) aus dem Jahr 2012 bundesweit bei durchschnittlich 39,4 Prozent, dabei variieren Betreuungsbedarf und Ausbaustand in Abhängigkeit des Kindesalters und des Bundeslandes.⁴⁰¹ Die regionale Bedarfsermittlung übernehmen in den meisten Fällen die Jugendämter; in etwa einem Viertel der Fälle wird diese Aufgabe direkt durch die einzelnen kreisangehörigen Gemeinden übernommen.⁴⁰² 2013 hat der Bund zusätzliche Mittel zur Errichtung weiterer 30.000 Betreuungsplätze zur Verfügung gestellt.⁴⁰³

341. Anders als bei der schulgeldfreien Schule können Eltern nach § 90 Abs. 1 S. SGB VIII grundsätzlich an den Kosten der Tageseinrichtungen (bei Staffelung der Elternbeiträge) beteiligt werden. Auch die Tagespflege ist für Eltern zumeist nicht kostenfrei, die Gebühren variieren hier sehr stark. Insgesamt beteiligen sich Eltern mit geschätzt jährlich EUR 2,7 Mrd. an der Finanzierung von Kindertageseinrichtungen. Bei den Tageseinrichtungen in öffentlicher Trägerschaft übernehmen die Eltern somit im Jahr 2010 je nach Bundesland zwischen 8 und 29 Prozent der anfallenden Kosten.⁴⁰⁴

342. Die Vereinbarung des Krippengipfels sieht vor, dass Bund, Länder und Kommunen die Kosten für den Ausbau eines bedarfsgerechten Angebots von EUR 12 Mrd. gemeinsam tragen und der Bund davon ein Drittel.⁴⁰⁵ Obwohl die Kinderbetreuung und ihre Finanzierung eine verfassungsrechtliche Aufgabe von Ländern und Kommunen ist, unterstützt sie der Bund bis 2014 mit fast EUR 5,4 Mrd. bei dem ambitionierten Ziel des Baus und Betriebs neuer Betreuungsplätze. Ab 2015 trägt der Bund für den dauerhaften Betrieb der neu geschaffenen Plätze in Tageseinrichtungen und in der Kindertagespflege jährlich EUR 845 Mio. bei.⁴⁰⁶

343. Gemäß § 74a SGB VIII regelt das Landesrecht die Finanzierung von Tageseinrichtungen. Hiernach können grundsätzlich alle Träger von Einrichtungen, die die rechtlichen und fachlichen Voraussetzungen für den Betrieb der Einrichtung erfüllen, gefördert werden. Damit wird sichergestellt, dass der Betrieb einer Kindertagesstätte für alle Betreiber an die gleichen Anforderungen geknüpft ist. Der Bundesgesetzgeber hat

400 Vgl. BMFSFJ, Dritter Zwischenbericht zur Evaluation des Kinderförderungsgesetzes, Berichtsjahr 2011, Berlin, Mai 2012, S. 1.

401 So ist der Betreuungsbedarf bei jüngeren Kindern geringer als bei älteren. Vgl. BMFSFJ, Vierter Zwischenbericht zur Evaluation des Kinderförderungsgesetzes, Berichtsjahr 2012, Berlin, Februar 2014, S. 2, 7, 14.

402 Die meisten Jugendämter planen den Bedarf ein bis zwei Jahre im Voraus und nutzen zur Ermittlung des Bedarfs verschiedene Methoden. Dabei reichen die Strategien der Jugendämter von der Auswertung der Einwohnermeldestatistiken über die Auswertung von Wartelisten von Kindertageseinrichtungen und Elternbefragungen. Eine besonders verlässliche Möglichkeit sind dabei die methodisch gesicherten und erprobten ortsspezifische Befragungen von Eltern mit Kindern unter drei Jahren. Demgegenüber sind landes- oder bundesweite repräsentative Bevölkerungsumfragen weniger geeignet, da der Betreuungsbedarf für unter dreijährige Kinder für die jeweilige Region stark von den Durchschnittswerten pro Bundesland abweichen kann. Vgl. BMFSFJ, Vierter Zwischenbericht zur Evaluation des Kinderförderungsgesetzes, a. a. O., S. 16, 37.

403 Vgl. Gesetz zur zusätzlichen Förderung von Kindern unter drei Jahren in Tageseinrichtungen und in Kindertagespflege vom 15. Februar, BGBl. I S. 250 (Nr. 8), 20. Februar 2013.

404 Gemeint sind Personal- und sonstige Kosten, ohne Investitionsausgaben. Vgl. Autorengruppe Bildungsberichterstattung, Der 4. Bildungsbericht, Bildung in Deutschland 2012, a. a. O., S. 54 und Abb. C2-9web. In der Kinder- und Jugendhilfestatistik zu den Ausgaben und Einnahmen werden i. d. R. nur die Einnahmen von Einrichtungen der öffentlichen Träger betrachtet. Gebühren für den Besuch einer Einrichtung in nicht-öffentlicher Trägerschaft werden i. d. R. direkt an die Einrichtung bzw. den Träger gezahlt und erscheinen somit nicht im öffentlichen Haushalt. Um sich mit einer Schätzung der Höhe der Gesamteinnahmen zu nähern, werden die durchschnittlichen Gebühren für eine täglich achtstündige Betreuung bei öffentlichen Trägern berechnet und mit der Anzahl der achtstündigen Betreuungen bei freien Trägern multipliziert.

405 Vgl. BMFSFJ, Dritter Zwischenbericht zur Evaluation des Kinderförderungsgesetzes, Berichtsjahr 2011, a. a. O., S. 1.

406 Vgl. BMFSFJ, Vierter Zwischenbericht zur Evaluation des Kinderförderungsgesetzes, a. a. O., S. 21.

dabei die Finanzierungsform der Entgeltübernahme⁴⁰⁷ für Kindertagesstätten in § 78a SGB VIII nicht festgeschrieben, sodass die Bundesländer Kindertageseinrichtungen z. T. mit – nach Trägerschaft differenzierenden – Zuwendungen fördern.

344. Die Art der Finanzierungshilfen ist heterogen. Zudem differenzieren einige Ausführungsgesetze der Länder zu Tageseinrichtungen für Kinder (sogenannte Kita-Gesetze) hinsichtlich ihrer Fördermaßnahmen nach der Trägerschaft einer Kindertageseinrichtung und stellen damit privat-wirtschaftliche Einrichtungen wettbewerblich schlechter.

So werden in Bremen keine privat-wirtschaftlichen Träger gefördert. § 18 i. V. m. § 8 Abs. 1 des Gesetzes zur Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und in Tagespflege (BremKTG)⁴⁰⁸ verweist nur auf freie Träger nach § 8 Abs. 1 BremKTG, worunter lediglich anerkannten Träger der freien Jugendhilfe, gemeinnützige Elternvereine und andere, in der Gruppenarbeit mit Kindern erfahrene gemeinnützige Vereinigungen sowie die Stadtgemeinden gefasst werden, sodass eine privat-wirtschaftliche oder betriebliche Trägerschaft entsprechender Kindertageseinrichtungen und deren Förderung in Bremen nicht möglich ist.⁴⁰⁹ In Nordrhein-Westfalen erhalten privat-wirtschaftliche Träger keinen Landeszuschuss für Kindertageseinrichtungen und keinen Zuschuss des Jugendamts (§§ 20, 21 Kinderbildungsgesetz, KiBiz), in Schleswig-Holstein werden privatwirtschaftliche Träger bei der Finanzierung von Baumaßnahmen und Betriebskosten ausgeklammert (§§ 23 Abs. 1, 25 Abs. 1 Gesetz zur Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und Tagespflegestellen, Kindertagesstättengesetz, KiTaG Schleswig-Holstein⁴¹⁰).

345. In Niedersachsen, Berlin, Rheinland-Pfalz und Sachsen-Anhalt ist eine gleichberechtigte Förderung privater Tageseinrichtungen ebenfalls nicht vorgesehen, Ausnahmen bilden hier jedoch Betriebskindergärten. So ist in Niedersachsen die Gewährung von Landesleistungen von Tageseinrichtungen für privat-wirtschaftliche Einrichtungen nicht vorgesehen, eine Ausnahme bilden Betriebskindergärten (§ 15 des Gesetzes über Tageseinrichtungen für Kinder, KiTaG).⁴¹¹ Auch in Berlin, Rheinland-Pfalz und Sachsen-Anhalt erfüllen privatwirtschaftliche Einrichtungen nicht die Voraussetzung zur Gewährung von Landesleistungen, Betriebskindergärten bilden indes eine Ausnahme (§ 23 Abs. 3 Nr. 1 und § 24 Kindertagesförderungsgesetz, KitaFöG Berlin⁴¹²; § 10 Kindertagesstättengesetz Rheinland-Pfalz⁴¹³ und § 9 des Gesetzes zur Förderung und Betreuung von Kindern in Tageseinrichtungen und in Tagespflege des Landes Sachsen-Anhalt, Kinderförderungsgesetz, KiFöG)⁴¹⁴.

346. Soll die Kinder- und Jugendhilfe „durch die Vielfalt von Trägern unterschiedlicher Wertorientierungen und die Vielfalt von Inhalten, Methoden und Arbeitsformen“ (§ 3 Abs. 1 SGB VIII) gekennzeichnet sein und

407 Bei dem Finanzierungsweg der Entgeltübernahme übernimmt der Träger der öffentlichen Jugendhilfe die für den Besuch der Tageseinrichtungen entstehenden Kosten, wobei vorher zwischen den öffentlichen Trägern und den Trägern der Einrichtungen Vereinbarungen unter anderem über die Kosten abgeschlossen werden, die dann übernommen werden, wenn die Kinder die jeweiligen Einrichtungen besuchen; vgl. Münder, J., Die Finanzierung der Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen durch den Staat, in: Münder, J./Wehrmann, I., Förderung in Kindertageseinrichtungen, Rechtsanspruch, Finanzierung, Bedarfsplanung, Chancengerechtigkeit, Schriftenreihe Band 2, Ibbenbüren 2013, S. 12.

408 Vgl. Bremisches Gesetz zur Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und in Tagespflege (Bremisches Tageseinrichtungs- und Kindertagespflegegesetz, BremKTG) vom 19. Dezember 2000 (Brem.GBl. S. 491).

409 Gemäß § 18 BremKTG sollen freie Träger im Rahmen der jeweiligen Angebots- und Finanzplanungen Zuwendungen von den Stadtgemeinden für die notwendigen Neu-, Um- oder Erweiterungsbauten von Tageseinrichtungen und zu den angemessenen Personal- und Sachausgaben für den laufenden Betrieb von Tageseinrichtungen erhalten.

410 Vgl. Gesetz zur Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und Tagespflegestellen (Kindertagesstättengesetz, KiTaG) vom 12. Dezember 1991 (GVBl. 1991 S. 651).

411 Vgl. Gesetz über Tageseinrichtungen für Kinder in der Fassung vom 7. Februar 2002 (Nds. GVBl. 2002 S. 57).

412 Vgl. Gesetz zur Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und Kindertagespflege (Kindertagesförderungsgesetz, KitaFöG) in der Fassung vom 23. Juni 2005 (GVBl. S. 322).

413 Vgl. Kindertagesstättengesetz Rheinland-Pfalz vom 15. März 1991 (GVBl. S. 79).

414 Vgl. Gesetz zur Förderung und Betreuung von Kindern in Tageseinrichtungen und in Tagespflege des Landes Sachsen-Anhalt (Kinderförderungsgesetz, KiFöG) vom 5. März 2003 (GVBl. LSA 2003 S. 48).

sollen Leistungsberechtigte das Recht haben, „zwischen Einrichtungen und Diensten verschiedener Träger zu wählen und Wünsche hinsichtlich der Gestaltung der Hilfe zu äußern“ (§ 5 Abs. 1 SGB VIII), dann sollten die Länder auch für alle Träger dieselben Voraussetzungen („Level-Playing-Field“) schaffen und private Anbieter nicht bei der Gewährung von Finanzierungshilfen schlechterstellen. Das gewährleistete Wunsch- und Wahlrecht für Leistungsberechtigte gemäß § 5 Abs. 1 SGB VIII ist dabei nicht so zu interpretieren, dass sich die Leistungsberechtigten lediglich zwischen kommunalen und bereits etablierten großen freien Trägern entscheiden können.⁴¹⁵ Vielmehr ist es auch mit Blick auf das Leistungsangebot neuer und/oder kleiner Wettbewerber zu sehen, die in Zeiten flexibler Arbeitsmarktverhältnisse adäquate Kinderbetreuungsangebote liefern können. Möglicherweise ist die bisherige Dominanz konfessioneller Träger von 46 Prozent (2011)⁴¹⁶ bei den Plätzen in Kindertageseinrichtungen für Drei- bis Sechsjährige - mit Blick auf das Zurücktreten des Einflusses der Kirchen in der Gesellschaft - nicht ausschließlich Ausdruck eines Nachfragewunsches, sondern vielleicht mangelnder Alternativen für die Eltern. 2011 waren bezogen auf die Plätze in Kindertageseinrichtungen für Drei- bis Sechsjährige in Westdeutschland lediglich ein Prozent der Träger Wirtschaftsunternehmen. 33 Prozent waren öffentliche Träger, jeweils sieben Prozent sonstige Wohlfahrtsverbände und sonstige juristische Personen, andere Vereinigungen (wie z. B. Elternvereine); der Paritätische Wohlfahrtsverband stellte sechs Prozent der Plätze.

347. Aus Sicht der Monopolkommission sind notwendige Fördermaßnahmen unabhängig von der Trägerschaft zu gewähren. Eine vielfältige Trägerlandschaft ist nach § 3 Abs. 1 SGB VIII gewollt und hat den Vorteil, dass der Heterogenität von Bedürfnissen schneller und differenzierter begegnet werden könnte und dass die gestiegene Konkurrenz zwischen den Anbietern die Chancen dafür erhöht, dass sich innovative Ideen und neue fachliche Arbeitskonzepte und Organisationsformen entwickeln.⁴¹⁷ Auch das Recht von Leistungsberechtigten zur Äußerung von Wünschen hinsichtlich der Leistungsgestaltung aus § 5 Abs. 1 SGB VIII dürfte dann am wirksamsten sein, wenn die Option eines Wechsels in eine alternative Kinderbetreuungseinrichtung tatsächlich vorhanden ist. Dasselbe Argument gilt im Übrigen auch für die Beschäftigten etablierter Wohlfahrtsinstitutionen, deren Verhandlungsposition dadurch gestärkt würde, dass ihnen mehr Wechselmöglichkeiten in Form alternativer Arbeitgeber zur Verfügung stünden.

4.3 Institutionelles Wettbewerbshemmnis: Der Jugendhilfeausschuss

348. Das Jugendamt ist eine Agentur des Helfens, institutionalisierter Ausdruck des staatlichen Wächteramtes, Akteur im Sozialraum, aber insbesondere Dienstleister für junge Menschen und Familien.⁴¹⁸ Der Jugendhilfeausschuss hat Beschlussrecht in Angelegenheiten der Jugendhilfe im Rahmen der von der Vertretungskörperschaft bereitgestellten Mittel, der von ihr erlassenen Satzung und der von ihr gefassten Beschlüsse (§ 71 Abs. 3 Satz 1 SGB VIII). Dies zeigt seinen hohen Stellenwert.

349. Die Aufgaben des Jugendamts werden durch den Jugendhilfeausschuss und durch die Verwaltung des Jugendamts wahrgenommen, § 70 Abs. 1 SGB VIII. Der Jugendhilfeausschuss ist das zentrale Steuerungsgremium des Jugendamtes, § 71 Abs. 2, 3 SGB VIII. Seine Zusammensetzung ergibt sich aus § 71 Abs. 1 SGB VIII. Hiernach gehören dem Jugendhilfeausschuss als stimmberechtigte Mitglieder mit drei Fünfteln

415 So aber z. B. in der Rahmenvereinbarung über Erziehungs- und Familienberatung im Land Berlin: „Die Vereinbarung dient weiterhin dem Zweck, das Wunsch- und Wahlrecht der Bürgerinnen und Bürger gemäß § 5 SGB VIII sicherzustellen. Dazu gehört insbesondere auch die Möglichkeit, zwischen den Beratungsstellen verschiedener freier Träger und denen der Bezirke wählen zu können sowie eine Erziehungs- und Familienberatungsstelle außerhalb des eigenen Bezirks aufzusuchen.“ Zu den freien Trägern zählten bei diesen Vereinbarungen alle Spitzenverbände der Freien Wohlfahrtspflege, mit Ausnahme der Zentralwohlfahrtsstelle der Juden in Deutschland (ZWST); vgl. Senatsverwaltung für Bildung, Jugend und Sport und die Bezirksämtern von Berlin, Berlin, http://sfbb.berlin-brandenburg.de/sixcms/media.php/5488/rahmenvereinbarung_familienberatung.15374754.pdf, Abruf am 3. April 2014.

416 Vgl. Bundesregierung, 14. Kinder- und Jugendbericht, a. a. O., S. 481, Abb. A10-2.

417 So haben die Leistungsberechtigten qua Gesetz das Recht, zwischen Einrichtungen und Diensten verschiedener Träger zu wählen und Wünsche hinsichtlich der Gestaltung der Hilfe zu äußern, § 5 SGB VIII.

418 Vgl. Bundesregierung, 14. Kinder- und Jugendbericht, a. a. O., S. 50.

des Anteils der Stimmen Mitglieder der Vertretungskörperschaft des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe oder von ihr gewählte Vertreter, die in der Jugendhilfe erfahren sind, an. Zwei Fünftel des Anteils der Stimmen entfallen auf Mitglieder, die auf Vorschlag der im Bereich des öffentlichen Trägers wirkenden und anerkannten Träger der freien Jugendhilfe von der Vertretungskörperschaft gewählt werden; Vorschläge der Jugendverbände und der Wohlfahrtsverbände sind dabei angemessen zu berücksichtigen. Gemäß Landes- und Satzungsrecht können dem Jugendhilfeausschuss weitere Personen als beratende Mitglieder angehören, § 71 Abs. 5 SGB VIII. Dabei ist die Anerkennung als Träger der freien Jugendhilfe nach § 75 SGB VIII Voraussetzung für die stimmberechtigte Mitgliedschaft als Träger (§ 71 Abs. 1 Nr. 2 SGB VIII) im Jugendhilfeausschuss sowie der Beteiligung an der Jugendhilfeplanung (§ 80 SGB VIII). Über die Anerkennung entscheidet der Jugendhilfeausschuss.

350. Anerkannte Träger der freien Jugendhilfe verfügen im Wohlfahrtsausschuss also über ein wesentliches Mitspracherecht hinsichtlich der Jugendhilfeplanung, der finanziellen Ausstattung und der Auswahl der zu fördernden Maßnahmen. Im Rahmen der Jugendhilfeplanung⁴¹⁹ werden der Bedarf zentral ermittelt bzw. festgelegt, erforderliche Kapazitäten beschlossen und die Maßnahmen konkret umgesetzt.⁴²⁰ Anerkannte Träger entscheiden mit einem Anteil von zwei Fünftel der Stimmen über durchzuführende Maßnahmen und anzubietende Leistungen und damit gegebenenfalls ihre eigene Förderung.

351. Dass neben den Kommunal- und Bürger- einseitig die Interessen anerkannter Träger der freien Jugendhilfe in die Arbeit des Jugendhilfeausschusses einfließen, scheint insoweit nicht unproblematisch. Privatwirtschaftliche Träger haben keinen Anspruch auf Sitz und Stimme in den Jugendhilfeausschüssen, da sie oft Einzelunternehmer sind bzw. ihnen die steuerrechtliche Anerkennung der Gemeinnützigkeit fehlt. Dabei ist umstritten, ob die in § 75 Abs. 1 Nr. 2 SGB VIII genannte Verfolgung gemeinnütziger Ziele mit der steuerrechtlichen Befreiung von der Körperschaftssteuer gleichzusetzen ist.⁴²¹ Anerkannte Träger der freien Jugendhilfe nehmen Einfluss auf die Planung und Verteilung der Mittel, sodass sich stimmberechtigte, als frei anerkannte Träger im Jugendhilfeausschuss unter Umständen ihre eigene Nachfrage schaffen können. Dies kommt als eine mögliche Erklärung für das deutliche Ausgabenwachstum im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe in Betracht.

352. Jugendämter haben als „organisatorisches Herzstück“ der Kinder- und Jugendhilfe eine starke Verhandlungsposition inne. Sie nehmen nicht nur die Leistungsverpflichtung der öffentlichen Träger wahr, sondern sind oftmals auch Leistungserbringer und faktisch Zulassungsbehörde für neue Angebote, indem sie Leistungs-, Qualitäts- und Entgeltvereinbarungen mit Trägern abschließen. Eine Erweiterung des Akteurspektrums bedingt allerdings aus Sicht etablierter Akteure eine Reihe von Nachteilen: So nehmen mit dem Kreis der Teilnehmer die Transaktionskosten zu; die Verhandlungsergebnisse werden unberechenbarer.⁴²² Mitunter ignorieren Jugendämter Angebote von Newcomern und bevorzugen als Vertragspartner weiterhin etablierte Anbieter, was auch durch personelle Verflechtungen der Verbände mit der Sozialadministration und den örtlichen Parteien begünstigt werden dürfte.⁴²³ Die starke Marktposition des Jugendamtes bewirkt,

⁴¹⁹ Die Träger der öffentlichen Jugendhilfe haben im Rahmen ihrer Planungsverantwortung den Bestand an Einrichtungen und Diensten festzustellen, den Bedarf unter Berücksichtigung der Wünsche, Bedürfnisse und Interessen der jungen Menschen und der Personensorgeberechtigten für einen mittelfristigen Zeitraum zu ermitteln und die zur Befriedigung des Bedarfs notwendigen Vorhaben rechtzeitig und ausreichend zu planen; dabei ist Vorsorge zu treffen, dass auch ein unvorhergesehener Bedarf befriedigt werden kann (§ 80 Abs. 1 SGB VIII). Die Träger der öffentlichen Jugendhilfe haben die anerkannten Träger der freien Jugendhilfe in allen Phasen ihrer Planung frühzeitig zu beteiligen. Zu diesem Zwecke sind sie vom Jugendhilfeausschuss, soweit sie überörtlich tätig sind, im Rahmen der Jugendhilfeplanung des überörtlichen Trägers vom Landesjugendhilfeausschuss zu hören. Das Nähere regelt das Landesrecht (§ 80 Abs. 3 SGB VIII).

⁴²⁰ Vgl. bereits Monopolkommission, XII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 629.

⁴²¹ Vgl. Fn 304.

⁴²² Vgl. Grohs, S., Modernisierung kommunaler Sozialpolitik, Anpassungsstrategien im Wohlfahrtskorporatismus, a. a. O., S. 244.

⁴²³ Vgl. zu dem Aspekt der personellen Verflechtung Grohs, S., Modernisierung kommunaler Sozialpolitik, Anpassungsstrategien im Wohlfahrtskorporatismus, a. a. O., S. 239.

dass andere private Träger den Rechtsweg auch mit Blick auf den künftigen Nachfrager scheuen. All dies erschwert Newcomern vielfach den Marktzugang und behindert die nachfragegerechte Veränderung der Träger- und Angebotspluralität.

353. Positiv ist, dass die Öffentlichkeit der Sitzungen in § 71 Abs. 3 Satz 4 SGB VIII für den Jugendhilfeausschuss festgeschrieben ist; Ähnliches gilt typischerweise nach Landesrecht für den Landesjugendhilfeausschuss.⁴²⁴ Dass in den Jugendhilfeausschüssen neben Vertretern der Gebietskörperschaft auch Vertreter der anerkannten freien Jugendhilfe stimmberechtigt sind, ist indes aus Sicht der Monopolkommission problematisch, da sich in den Jugendhilfeausschüssen insoweit nur zu einem Teil die politischen Mehrheitsverhältnisse der Vertretungskörperschaft widerspiegeln. Die Monopolkommission sieht einen Interessenkonflikt und eine Minderung der Entscheidungsqualität, wenn anerkannte Träger der freien Jugendhilfe an Entscheidungen beteiligt sind, von denen sie mitunter in erheblichem Maße selbst tangiert werden.

Die Monopolkommission fordert daher, ein Stimmrecht ausschließlich dem öffentlichen Wohl verpflichteten politisch legitimierten Mitgliedern der Vertretungskörperschaft des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe bzw. von der Vertretungskörperschaft gewählten Personen einzuräumen, die in der Jugendhilfe erfahren sind. Andere Akteure sollten eine Beratungsfunktion innehaben und auf diese Weise ihre Erfahrungen und Vorschläge einbringen. Die Jugendhilfeausschüsse sind als breite Kommunikationsplattform konzipiert und sollten mit Blick darauf insbesondere Newcomern Beteiligungsmöglichkeiten einräumen. Nur durch echte Chancengleichheit vor den Jugendhilfeausschüssen kann die dynamische Angebotspluralität sichergestellt werden, die eine Verwirklichung des Wunsch- und Wahlrechts nach § 5 Abs. 1 SGB VIII erlaubt.

5 Zusammenfassung der Handlungsempfehlungen

354. In der Kinder- und Jugendhilfe hat es seit Erscheinen des XII. Hauptgutachtens der Monopolkommission in 1998 zu der Wettbewerbssituation auf den Wohlfahrtsmärkten eine Reihe von wettbewerblichen Fortschritten gegeben, allerdings identifiziert die Monopolkommission noch immer Wettbewerbshindernisse. Grundsätzlich erscheint dringend wünschenswert, in der Kinder- und Jugendhilfe die Transparenz und die institutionenübergreifende Erhebung und Nutzung (volks-)wirtschaftlich relevanter, disaggregierter Daten (z. B. konkrete Fördersummen der öffentlichen Hand) zu verbessern.

5.1 Grundfreiheiten und Kartellrecht

355. Die vier Grundfreiheiten der europäischen Verträge gelten grundsätzlich auch im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe. Daraus ergeben sich insbesondere Ansprüche privater Anbieter auf Transparenz und Diskriminierungsfreiheit. Parallel ist das deutsche und das europäische Kartellrecht je nach Konstellation, Sachbereich und genauer Ausgestaltung der einzelnen Beziehungen durchaus auch im Bereich des SGB VIII anwendbar. Hier ist insoweit von erheblicher Bedeutung, dass der Leistungsempfänger insbesondere auf Grundlage des Wunsch- und Wahlrechts im Mittelpunkt steht und insoweit zentral substantielle und weitreichende marktliche Elemente vorgesehen sind.

5.2 Beihilferecht

356. Die Anwendbarkeit des europäischen Beihilferechts im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe hängt maßgeblich von der jeweiligen Ausgestaltung ab. Grundsätzlich haben die Mitgliedstaaten die Möglichkeit, die Leistungserbringung wettbewerbsfern auszugestalten. Vielfach dürften insoweit in Deutschland jedoch eine wirtschaftliche Tätigkeit vorliegen und entsprechende Zahlungsflüsse grundsätzlich dem Beihilferecht unterliegen. Auch soweit die Leistungserbringer mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI) gemäß Art. 106 Abs. 2 AEUV betraut sind, wird die Geltung des Unionsrechts nur inso-

⁴²⁴ Vgl. z. B. für Nordrhein-Westfalen § 10 Abs. 2 des Ersten Gesetzes zur Ausführung des Kinder- und Jugendhilfegesetzes (AG - KJHG) vom 17. März 2014.

weit eingeschränkt, als die Anwendung dieser Vorschriften die Erfüllung der diesen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindern würde.

5.3 Vergaberecht

357. Ob das Vergaberecht auf die Kinder- und Jugendhilfe Anwendung findet, ist nicht vollständig geklärt. In jedem Fall kommt es entscheidend auf die genaue Ausgestaltung des Leistungsverhältnisses an. Hohe Transaktionskosten, die bislang Vergabeverfahren unattraktiv erscheinen lassen, sollten durch das Anknüpfen an Verfahrens- und Dokumentmuster, Best-Practices etc. sowie institutionenübergreifende Erfahrungen und Lerneffekte erheblich reduziert werden können.

Aktuell unterliegt das europäische Vergaberecht einer Reformierung. Die Monopolkommission begrüßt das neue europäische Vergaberichtlinienpaket, da es bisherigen Bedenken gegen die Anwendung des Vergaberechts auf die Kinder- und Jugendhilfe in Form eines neuen „Sozialvergaberechts“ Rechnung trägt. Über die in den neuen Vergaberichtlinien vorgesehene Vereinfachung von Vergaben hinaus müssen die Möglichkeiten zum zentralen Aufbau von Verfahrenswissen und zur Erleichterung institutionenübergreifenden Erfahrungsaustauschs ausgeschöpft werden. Zentral erscheint der Monopolkommission ferner, die Potenziale einer Steigerung der Transparenz auch im sozialen Bereich zu nutzen. Nicht zuletzt die durch die neuen Vergaberichtlinien vorgeschriebene e-Vergabe und darauf aufbauende öffentliche und verwaltungsinterne Plattformen bieten hier vielfältige Anknüpfungspunkte. Zukünftig ist zu erwarten, dass Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe insbesondere unter Geltung des zu schaffenden Sozialvergaberechts verstärkt ausgeschrieben werden. So werden etwa ab 2016 auch Dienstleistungskonzessionen als vergaberechtlich relevant eingestuft.

5.4 Entgeltreform

358. Bei der Entgeltreform ermutigt die Monopolkommission die Kommunen, die Fortführung durch eine konsequente Anwendung von Leistungs-, Entgelt- und Qualitätsentwicklungsvereinbarungen weiter voranzutreiben. Dabei verkennt die Monopolkommission nicht die besonderen Schwierigkeiten bei der Beurteilung der Qualität von Leistungen. Hier scheint insoweit für Kommunen ein Überblick über Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe in Form landes- sowie möglicherweise bundesweiter Datenbanken hilfreich, um daraus für die Zukunft Bewertungsregeln und -kriterien ableiten zu können, die Kostentransparenz zu verbessern und Anbieter so besser vergleichen zu können. In diesem Kontext erachtet die Monopolkommission auch die Möglichkeit einer Leistungsbewertung hinsichtlich bestimmter Kriterien in allen Bereichen der Kinder- und Jugendhilfe durch betroffene Familien als hilfreich für eine Leistungs- und Qualitätsmessung. Bezogen auf die frühkindliche Bildung in Kindertageseinrichtungen könnten die landesweiten Sprachstandserhebungen, welche die sprachliche Entwicklung der Kinder 6 bis 24 Monate vor der Einschulung untersuchen, ein Anknüpfungspunkt zur Einschätzung der Qualität von Kindertageseinrichtungen sein.

359. In Anbetracht steigender Ausgaben für den Ausbau von Kindertageseinrichtungen und begrenzter finanzieller Ressourcen der öffentlichen Haushalte spricht sich die Monopolkommission dafür aus, bei der Vergabe von Kinderbetreuungsplätzen stärker als bisher auf Gutscheinsysteme nach dem Vorbild Hamburgs und Berlins zu setzen. Als Alternative zur herkömmlichen Objektförderung stärken Gutscheine das Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsempfänger und erlauben diesen, mehr Einfluss auf die quantitative und qualitative Ausgestaltung des Betreuungsangebotes zu nehmen. Gleichzeitig wird dadurch der Wettbewerb zwischen verschiedenen Anbietern gestärkt. Dabei dürften die positiven Effekte eines Gutscheinsystems umso größer ausfallen, je höher das bestehende Angebot an Betreuungsplätzen ist. Bislang ist allerdings unklar, ob ähnliche Erfolge wie in Hamburg auch in eher unterversorgten ländlichen Gebieten möglich sind.

5.5 Steuerliche Privilegien gemeinnütziger Träger

360. Das jahrzehntelange partnerschaftliche Zusammenwirken von öffentlichen Stellen und Trägern der Freien Wohlfahrtspflege machte und macht es auch heute noch Dritten häufig schwer, Dienstleistungen auf dem Markt der Kinder- und Jugendhilfe anzubieten. Das SGB VIII von 1990 hatte eine zumindest partielle Aufwertung privater Träger, die nicht in den sechs Spitzenverbänden organisiert sind, zur Folge. Dennoch existieren nach Auffassung der Monopolkommission noch immer zahlreiche Privilegien, die i. d. R. eng mit dem Status der Gemeinnützigkeit der Leistungserbringer verbunden sind.

361. Im Gegensatz zu privat-wirtschaftlichen Anbietern profitieren gemeinnützige Organisationen von einer Vielzahl von Steuerprivilegien, wie etwa der Befreiung von der Körperschaftsteuer, dem Spendenprivileg und dem Übungsleiterprivileg. Die Monopolkommission steht einer solchen Privilegierung einzelner, als gemeinnützig anerkannter Einrichtungen grundsätzlich kritisch gegenüber. Ökonomisch betrachtet kann eine steuerliche Subventionierung etwa im Bereich der Mildtätigkeit gerechtfertigt sein, wenn eine Leistung von privaten Anbietern nicht oder in geringerem Maße bereitgestellt würde, als dies gesamtwirtschaftlich wünschenswert wäre. Zu einer solchen Unterversorgung kann es kommen, wenn der Nutzen, den bestimmte Güter oder Leistungen für Dritte haben, bei der Bereitstellung nicht ausreichend berücksichtigt (internalisiert) wird. Bei vielen entgeltlichen Angeboten in der Kinder- und Jugendhilfe, für deren Inanspruchnahme regelmäßig ein Rechtsanspruch besteht, ist jedoch davon auszugehen, dass eine steuerliche Förderung im Sinne der Gemeinnützigkeit nicht nur nicht notwendig, sondern in vielfacher Hinsicht problematisch zu bewerten ist. Dies gilt um so mehr, wenn es dadurch zu Wettbewerbsverzerrungen kommt.

5.6 Ungleiche Förderpraxis von Kindertageseinrichtungen in unterschiedlicher Trägerschaft

362. Die Monopolkommission kritisiert die ungleiche Förderpraxis von Kindertageseinrichtungen auf Länderebene zulasten privat-wirtschaftlicher Anbieter. Aus Sicht der Monopolkommission sind notwendige Fördermaßnahmen, besonders mit Blick auf den massiven erforderlichen Ausbaubedarf an Kindertageseinrichtungen, unabhängig von der Trägerschaft zu gewähren. Eine vielfältige Trägerlandschaft ist nach § 3 Abs. 1, 4 Abs. 2 SGB VIII gesetzlich vorgesehen und hat den Vorteil, dass der Heterogenität von Bedürfnissen schneller und differenzierter begegnet werden kann und dass die gestiegene Konkurrenz zwischen den Anbietern die Chancen dafür erhöht, dass sich innovative Ideen und neue fachliche Arbeitskonzepte und Organisationsformen entwickeln.

5.7 Institutionelles Wettbewerbshindernis: Der Jugendhilfeausschuss

363. Im Jugendhilfeausschuss, dem zentralen Steuergremium des Jugendamtes, verfügen neben den öffentlichen die anerkannten Träger der freien Jugendhilfe über ein wesentliches Mitspracherecht hinsichtlich der Jugendhilfeplanung, der finanziellen Ausstattung und der Auswahl der zu fördernden Maßnahmen. Die Monopolkommission sieht einen Interessenkonflikt und eine Minderung der Entscheidungsqualität, wenn Vertreter anerkannte Träger der freien Jugendhilfe an Entscheidungen beteiligt sind, von denen sie mitunter in erheblichem Maße selbst tangiert werden. Die Monopolkommission fordert daher, ein Stimmrecht ausschließlich dem öffentlichen Wohl verpflichteten politisch legitimierten Mitgliedern der Vertretungskörperschaft des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe bzw. von der Vertretungskörperschaft gewählten Personen einzuräumen, die in der Jugendhilfe erfahren sind. Andere Akteure sollten eine Beratungsfunktion innehaben und auf diese Weise ihre Erfahrungen und Vorschläge einbringen.

Datenzugang der Monopolkommission

1 Weiterhin unzureichender Datenzugang der Monopolkommission

364. Ein Problem, das die Arbeitsfähigkeit der Monopolkommission anhaltend beeinträchtigt, resultiert aus der Weigerung des Bundeskartellamtes, der Monopolkommission im Rahmen ihres Akteneinsichtsrechts gemäß § 46 Abs. 2a GWB umfassenden Zugang zu den dem Amt vorliegenden Daten zu gewähren.

365. Hintergrund ist die jüngere Entwicklung in der Praxis des Bundeskartellamtes, im Rahmen von Sektoruntersuchungen sowie in kartellrechtlichen Entscheidungen neben der qualitativen (verbalen) Argumentation zunehmend auch auf quantitative (empirische) Analysen zurückzugreifen. Hierzu erhebt das Amt bei Unternehmen Einzeldaten z. B. zu Kosten, Preisen und Absatzmengen, führt mit den erhobenen Daten ökonomische Schätzungen durch und bezieht die Ergebnisse bei seinen Überlegungen zu Kartellrechtsverfahren sowie bei Sektoruntersuchungen ein. Diese stärkere Fundierung eigener Untersuchungen und Entscheidungen durch die Anwendung moderner ökonomischer Methoden steht in inhaltlicher Übereinstimmung mit der internationalen Entwicklung der Kartellrechtsanwendung und wird von der Monopolkommission ausdrücklich begrüßt.

366. Eine zunehmende Ökonomisierung auf der Ebene der Kartellrechtsanwendung durch das Bundeskartellamt macht es notwendig, dass der Monopolkommission für ihre eigene Arbeit die beim Amt vorliegenden Daten zur Verfügung gestellt werden. Nur so kann die Kommission die ökonomische Argumentation des Amtes mittels eigener Analysen evaluieren. Daneben ist der Datenzugang erforderlich, damit die Monopolkommission eigene empirische Untersuchungen zu weitergehenden (aktuellen) wettbewerblichen Fragestellungen auf Basis ihres gesetzlichen Auftrags durchführen kann. Der Datenzugang ist vom gesetzlichen Akteneinsichtsrecht der Monopolkommission abgedeckt (§ 46 Abs. 2a GWB).

367. Das Bundeskartellamt hatte der Monopolkommission einen umfassenden Datenzugang bereits bei der Vorbereitung des XIX. Hauptgutachtens verweigert.⁴²⁵ Diese Praxis setzte sich trotz intensiver Diskussionen zwischen der Monopolkommission und dem Bundeskartellamt sowie dem Bundesministerium für Wirtschaft und Energie im Berichtszeitraum fort. Trotz vielfältiger Bemühungen auf der Arbeitsebene beider Institutionen bleibt die Akteneinsicht der Monopolkommission bis heute unvollständig. Das Bundeskartellamt verweigert der Monopolkommission weiterhin:

- die Überlassung von Daten aus Sektoruntersuchungen und Kartellrechtsverfahren;
- das Nutzen der Daten mit anderen Programmen oder Methoden sowie für andere Analysen als sie das Bundeskartellamt verwendet bzw. untersucht hat;
- die Verknüpfung der vom Bundeskartellamt erhobenen Daten mit anderen Daten, etwa für die Durchführung von Robustheitsprüfungen.

Gewährt wird der Monopolkommission bei Kartellrechtsverfahren und Sektoruntersuchungen die „Einsicht“ in die Daten in den Räumen des Bundeskartellamtes. Konkret heißt das, dass das Bundeskartellamt für die Mitarbeiter der Monopolkommission einen Datenraum einrichtet, in dem die erhobenen Daten angesehen (d. h. in Augenschein genommen) und die empirischen Analysen des Bundeskartellamtes nachvollzogen werden können. Nachvollziehen bedeutet, dass die Monopolkommission die Daten jeweils nur mit denselben Programmen (Excel, STATA, usw.), denselben Methoden und für dieselbe Schätzung wie das Bundeskartellamt nutzen darf. Zur Verfügung gestellt werden Rechner mit den erhobenen Daten und den verwendeten Programmen sowie schriftliche Dokumentationen der vorgenommenen Analysen und der Datenbestände. Die mit dem konkreten Fall befassten Mitarbeiter des Bundeskartellamtes stehen für Erläuterungen zu den Daten und den verwendeten empirischen Methoden zur Verfügung.

⁴²⁵ Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 150 ff.

Die Arbeit in einem derart gestalteten Datenraum des Bundeskartellamtes ist mit erheblichen Einschränkungen verbunden. Schon erste Erfahrungen zeigen, dass die Mitarbeiter der Monopolkommission während der Dateneinsicht z. B. nicht über die Möglichkeit verfügen, Daten zu speichern. Sie dürfen keine Daten, Berechnungen oder Ergebnisse ihrer Analysen „mitnehmen“. Es gibt keine Möglichkeit, externe Daten zuzuspielen, etwa um Robustheitsprüfungen oder weitergehende Analysen vorzunehmen. Die mit den Daten des Bundeskartellamtes durchgeführten Berechnungen werden erst nach einer Überprüfung durch die Grundsatz- und die zuständige Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes an die Monopolkommission weitergegeben. Während der Arbeit in den Räumen des Bundeskartellamtes ist kein Zugang zum Internet verfügbar.

368. Daneben hat das Bundeskartellamt vorgeschlagen, die Monopolkommission könne nach der Einsicht in die Daten und in die Dokumentation zur Datenanalyse weitergehende methodische Analysen abstrakt vorschlagen. Diese Vorschläge sollten mit dem ökonomischen Grundsatzreferat abgestimmt werden, das daraufhin anstelle der Monopolkommission die Analysen umsetzen würde, soweit der Arbeitseinsatz nach Einschätzung des Bundeskartellamtes in einem vertretbaren Rahmen bliebe.

369. Ausdrücklich nicht im Rahmen der Akteneinsicht, sondern im Wege der „Amtshilfe“ hat das Bundeskartellamt der Monopolkommission indexierte Daten zur Verfügung gestellt, die aus den vom Bundeskartellamt im Rahmen der Sektoruntersuchung Fernwärme erhobenen Daten generiert wurden. Das Bundeskartellamt will diese Art der Datenaufbereitung und -weitergabe allerdings nur im Einzelfall und nach Prüfung des konkreten Untersuchungsanliegens der Monopolkommission ermöglichen.

370. Die dargestellten Vorgehensweisen und Vorschläge werden dem umfassenden Akteneinsichtsrecht und der gesetzlich verankerten Unabhängigkeit der Monopolkommission nicht gerecht.

2 Umfassendes Akteneinsichtsrecht der Monopolkommission

371. Bei der Akteneinsicht und dem zugehörigen Datenzugang geht es nicht darum, „private“ Interessen der Monopolkommission zu bedienen. Die Monopolkommission handelt nicht im Eigeninteresse, sondern leitet ihre Gutachten mit der darin enthaltenen Würdigung der kartellrechtlichen Amtspraxis und den Stellungnahmen zu anderen wettbewerbspolitischen und -rechtlichen Fragestellungen gemäß § 44 Abs. 3 S. 1 GWB der Bundesregierung zu, die diese gemäß § 44 Abs. 3 S. 2 GWB unverzüglich den gesetzgebenden Körperschaften vorlegt.⁴²⁶ Hieran wird deutlich, dass die Monopolkommission Verfassungsorgane informiert und berät. Es kann nicht im Interesse der Bundesregierung und der gesetzgebenden Körperschaften liegen, dass die Möglichkeiten der Monopolkommission soweit beschnitten werden, dass sie einen wesentlichen Teil ihrer Aufgaben nur noch eingeschränkt erfüllen kann.

372. Zweck des in § 46 Abs. 2a GWB verankerten Akteneinsichtsrechts ist es, die Monopolkommission in die Lage zu versetzen, ihren gesetzlich festgelegten Aufgaben nachzukommen. Das Akteneinsichtsrecht umfasst daher auch den Zugang der Monopolkommission zu den im Rahmen von kartellrechtlichen Verfahren und Sektoruntersuchungen vom Bundeskartellamt erhobenen oder von Dritten eingebrachten Daten mit der Möglichkeit, diese zu eigenen Rechnungen zu nutzen. Die Bestimmung des § 46 Abs. 2a GWB gibt der Monopolkommission die Befugnis, Einsicht in die von der Kartellbehörde geführten Akten – und zwar einschließlich Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse und personenbezogener Daten – zu nehmen, soweit dies zur ordnungsgemäßen Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich ist. Die Reichweite des Akteneinsichtsrechts unterliegt nach dem Wortlaut des § 46 Abs. 2a GWB lediglich einer einzigen Einschränkung – sie muss für die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung seitens der Monopolkommission erforderlich sein. In diesem Rahmen ist das Akteneinsichtsrecht umfassend.

⁴²⁶ § 44 Abs. 3 S. 2 GWB nimmt Bezug auf die Hauptgutachten der Monopolkommission.

373. Der notwendige Schutz Dritter wird durch die in § 46 Abs. 3 GWB verankerte Verpflichtung zur Verschwiegenheit der Mitglieder der Monopolkommission und der Angehörigen der Geschäftsstelle gewährleistet. Die Bestimmung des § 46 Abs. 3 S. 2 erstreckt die Pflicht zur Verschwiegenheit ausdrücklich auf die Informationen, welche die Monopolkommission gemäß § 46 Abs. 2a GWB erlangt hat. Die Verschwiegenheitspflicht reicht damit ebenso weit wie die entsprechenden Pflichten der Mitarbeiter des Bundeskartellamtes.

3 Keine ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung der Monopolkommission ohne umfassenden Datenzugang

374. Die Aufgaben der Monopolkommission, auf deren ordnungsgemäße Erfüllung das Akteneinsichtsrecht des § 46 Abs. 2a GWB Bezug nimmt, folgen insbesondere aus § 44 Abs. 1 GWB und § 42 Abs. 4 GWB. Nach § 44 Abs. 1 GWB beurteilt die Monopolkommission in ihren Hauptgutachten den Stand und die absehbare Entwicklung der Unternehmenskonzentration in Deutschland, würdigt die Anwendung der Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle und nimmt zu sonstigen aktuellen wettbewerbspolitischen Fragen Stellung. Daneben kann die Bundesregierung die Monopolkommission mit der Erstattung zusätzlicher Gutachten beauftragen. Ferner kann die Monopolkommission nach ihrem Ermessen Gutachten erstellen. Gemäß § 42 Abs. 4 GWB hat die Monopolkommission in Ministererlaubnisverfahren eine Stellungnahme abzugeben. Aus dieser gesetzlichen Aufgabenzuweisung ergibt sich, dass die Monopolkommission ohne Einschränkung die gesamte Amtspraxis würdigen und zu allen wettbewerbspolitischen und -rechtlichen Themen Stellung nehmen kann, soweit sie dies für sinnvoll erachtet. Sie kann dies in Form von Haupt- und Sondergutachten tun.

375. Das Akteneinsichtsrecht nach § 46 Abs. 2a GWB gilt in dem Umfang, wie es zur „ordnungsgemäßen“ Aufgabenerfüllung seitens der Monopolkommission notwendig ist. Festzuhalten ist, dass die zunehmend empirisch gestützte Ökonomisierung in den letzten Jahren die wesentliche Entwicklung der Kartellrechtsanwendung darstellt. Diese Entwicklung wird sich in Zukunft aller Voraussicht nach noch verstärken. Die Monopolkommission ist daher nur imstande, die Kartellamtspraxis auch künftig fundiert zu würdigen, wenn sie auch insoweit das methodische Vorgehen und die Ergebnisse der empirischen Analysen der Kartellbehörde überprüfen kann. Eine solche Überprüfung setzt den Zugang zu den Einzeldaten einschließlich der Möglichkeit, Vergleichsrechnungen anzustellen und Robustheitsprüfungen durchzuführen, voraus. Dass die vom Bundeskartellamt vorgenommenen Berechnungen nur auf rechnerischem Wege fundiert gewürdigt werden können, ist unmittelbar ersichtlich, wenn man die Menge der Daten berücksichtigt, die erhoben werden. So liegen z. B. den Schlussfolgerungen des Bundeskartellamtes in der Sektoruntersuchung Kraftstoffe ca. 1,8 Mio. Angaben von Unternehmen zugrunde. Außerdem kommt es gerade bei ökonometrischen Fragestellungen entscheidend auf die vom Bearbeiter getroffenen Annahmen und die angewendeten Methoden an. Daher ist stets zu prüfen, zu welchen Ergebnissen die Anwendung anderer Berechnungsmethoden oder Korrekturverfahren geführt hätte.

376. Der unbeschränkte Zugang zu den dem Bundeskartellamt vorliegenden Daten ist auch notwendig und durch das Akteneinsichtsrecht der Monopolkommission gedeckt, um im Rahmen ihrer Aufgabenstellung gemäß § 44 Abs. 1 GWB z. B. zu sonstigen aktuellen wettbewerbspolitischen Fragen Stellung nehmen zu können. Aktuell erscheint etwa eine empirische Überprüfung der gängigen sachlichen Marktabgrenzung im Bereich der Fernwärme dringlich. Das Bundeskartellamt hat diese Prüfung nicht vorgenommen, hat aber im Rahmen seiner Sektoruntersuchung Fernwärme umfänglich Daten erhoben, die für eine solche empirische Überprüfung nutzbar gemacht werden könnten.

377. Dass ein reiner „Einblick“ in die Daten nicht ausreicht, sondern das Zurverfügungstellen von Daten und Programmcodes notwendige Voraussetzung für eine Würdigung von empirischen Analysen ist, stellt das Bundeskartellamt in vergleichbarem Zusammenhang selbst fest. In seinem Merkblatt über die Standards für ökonomische Gutachten, die Dritte in kartellbehördlichen Verfahren einreichen, macht das Bundeskartellamt

unter anderem die Voraussetzungen deutlich, unter denen eine Bewertung und entsprechende Berücksichtigung der Analysen in Verfahren erfolgen kann.⁴²⁷ Dabei stellt das Bundeskartellamt über die Bewertung von Drittgutachten ganz ähnliche Überlegungen an wie die Monopolkommission über die Beurteilung der Analysen des Bundeskartellamtes. Es hebt unter anderem die Wichtigkeit der Frage hervor, ob alternative Methoden zur Analyse der untersuchten Fragestellung zur Verfügung gestanden hätten bzw. ob die Ergebnisse des verwendeten Modells auf ihre Robustheit überprüft wurden.⁴²⁸ Folgerichtig verlangt das Amt in seinem Merkblatt ausdrücklich, dass als Anhang zu einem Gutachten die Originaldaten, die bereinigten Daten sowie die zur Bereinigung gegebenenfalls verwendeten Programmcodes zur Verfügung zu stellen sind.⁴²⁹

378. Dagegen, dass das Akteneinsichtsrecht des § 46 Abs. 2a GWB auf den bloßen „Einblick“ der Monopolkommission in Akten des Bundeskartellamtes beschränkt ist, spricht des Weiteren die bisherige langjährige, einvernehmliche Praxis. Die Akteneinsicht der Monopolkommission beim Bundeskartellamt war in der Vergangenheit zu keiner Zeit auf die bloße Ansicht von Akten begrenzt, sondern stets mit der Überlassung von Kopien oder elektronischen Fassungen der von der Monopolkommission als relevant angesehenen Dokumente verbunden, welche diese dann in den Räumen ihrer Geschäftsstelle ausgewertet hat. Der offensichtliche Grund hierfür ist, dass die Erfassung und Würdigung des häufig sehr umfangreichen kartellbehördlichen Akteninhalts in der begrenzten Zeit des Aufenthalts von Mitarbeitern der Monopolkommission in den Räumen des Bundeskartellamtes nicht möglich ist. Es bestand zwischen Monopolkommission und Bundeskartellamt zu jeder Zeit Übereinstimmung darüber, dass das praktizierte Vorgehen sachgerecht und zielführend ist. Beanstandungen vonseiten des Bundeskartellamtes hat es in der Vergangenheit zu keiner Zeit gegeben.

379. Sofern das Bundeskartellamt schon während früherer Berichtszeiträume in Verfahren, z. B. bei der Erhebung von Patientendaten für die Marktabgrenzung,⁴³⁰ Einzeldaten erhoben hat, wurden diese auf entsprechende Bitte uneingeschränkt an die Monopolkommission übermittelt. Es ist kein Grund erkennbar, warum eine Änderung bzw. Erweiterung in der Methodenwahl des Bundeskartellamtes – die verstärkte empirische Fundierung von Entscheidungen und Sektoruntersuchungen – zu Rückschritten beim gesetzlich verankerten Akteneinsichtsrecht der Monopolkommission führen sollte. Mit anderen Worten ist nicht nachvollziehbar, dass das Bundeskartellamt einerseits neue quantitative Methoden anwendet, andererseits die Monopolkommission auf den alten Methodenstand verweist. Angesichts der Entwicklung der jüngeren Kartellrechtsanwendung wäre ein solcher Rückschritt gleichzeitig mit erheblichen Einschnitten bei der – im öffentlichen Interesse erfolgenden – Aufgabenerfüllung durch die Monopolkommission verbunden.

380. In diesem Zusammenhang ist auch die besondere Ausgestaltung der Monopolkommission als unabhängiges Expertengremium zu beachten. Die Unabhängigkeit der Institution gemäß § 44 Abs. 2 GWB wird durch die persönliche Unabhängigkeit der Kommissionsmitglieder noch ergänzt, § 45 Abs. 3 GWB. Kern dieser gesetzlich garantierten Unabhängigkeit ist nicht nur die eigenständige Auswahl der in Hauptgutachten und Sondergutachten nach eigenem Ermessen behandelten Themen, sondern auch die Methodenhoheit, also die Frage, wie die Monopolkommission ihre Aufgaben erfüllt. Ein Eingriff in die Methodenhoheit der Monopolkommission würde einen Eingriff in ihre gesetzlich verankerte Unabhängigkeit darstellen.

381. Ferner ist daran zu erinnern, dass der Gesetzgeber darauf verzichtet hat, der Monopolkommission eigene Ermittlungsbefugnisse einzuräumen. Derartige Befugnisse, die zu zusätzlichen Belastungen für die betroffenen Unternehmen führen würden, sind unter der Voraussetzung des der Monopolkommission eingeräumten Akteneinsichtsrechts auch entbehrlich. Allerdings gilt dies nur bei einer Ausgestaltung des Akteneinsichtsrechts, die eine ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung gewährleistet.

⁴²⁷ Vgl. BKartA, Standards für ökonomische Gutachten, 20. Oktober 2010.

⁴²⁸ Vgl. ebenda, S. 3.

⁴²⁹ Vgl. ebenda, S. 8, 11.

⁴³⁰ Vgl. BKartA, Beschluss vom 11. Dezember 2006, B3-1002/06.

4 Zweckbindung der Ermittlungen des Bundeskartellamtes

382. Das Bundeskartellamt geht davon aus, dass die von ihr im Rahmen eines kartellrechtlichen Verfahrens oder einer Sektoruntersuchung gesammelten Daten für bestimmte, festgelegte Zwecke erhoben worden seien und auch nur dafür genutzt werden dürften. Dies ergebe sich bereits aus der gerichtlich überprüfbaren Zweckbindung der Ermittlungsbefugnisse des Bundeskartellamtes. Eine Weitergabe der Daten an die Monopolkommission und die Nutzung für andere Zwecke sei daher ausgeschlossen.

383. Die Monopolkommission sieht für diese Position in Anbetracht der klaren gesetzlichen Regelung ihrer Befugnisse keine Grundlage. Maßgeblich für den Umfang ihres Akteneinsichtsrechts ist keineswegs der vom Bundeskartellamt im Rahmen seiner Ermittlungen verfolgte Zweck, etwa die Durchführung eines Kartell- oder Missbrauchsverfahrens oder einer Sektoruntersuchung. Entscheidend ist vielmehr, dass der Monopolkommission vom Gesetzgeber eigene – und vom Bundeskartellamt nicht einseitig beschränkbare – gesetzliche Aufgaben übertragen wurden, die unter anderem in §§ 44 Abs. 1, 42 Abs. 4 GWB definiert sind. Dementsprechend räumt die Bestimmung des § 46 Abs. 2a GWB ein umfassendes Akteneinsichtsrecht ein, soweit dieses der ordnungsgemäßen Erfüllung der Aufgaben der Monopolkommission dient.

384. Die Prüfung, in welchem Umfang eine Akteneinsicht erforderlich ist, liegt allein bei der Monopolkommission. Diese Auffassung entspricht der übereinstimmenden Meinung zu der mit § 46 Abs. 2a GWB vergleichbaren Bestimmung des § 474 Abs. 1 StPO, wonach Gerichte, Staatsanwaltschaften und andere Justizbehörden Akteneinsicht erhalten, wenn dies für Zwecke der Rechtspflege erforderlich ist.⁴³¹ Die Prüfung der Erforderlichkeit der übermittelten Informationen obliegt nur dem Empfänger, nicht dem Übermittler, § 19 Abs. 2 EGGVG; dasselbe gilt bei Übermittlung an andere öffentliche Stellen, § 477 Abs. 4 StPO. Im Gegenzug liegt es allein in der Verantwortung des Empfängers, auf die Verwendung der empfangenen Informationen zu legitimen Zwecken zu achten.

385. Unabhängig von diesen rechtlichen Erwägungen geht die vom Bundeskartellamt vorgetragene Argumentation jedenfalls im Hinblick auf Daten ins Leere, die im Rahmen einer Sektoruntersuchung erhoben worden sind. Die hier erlangten Informationen und Einzeldaten werden dabei – zumindest zunächst – nicht für konkrete Verfahren gegen einzelne Unternehmen, sondern für die Untersuchung der Wettbewerbssituation auf einem bestimmten Markt oder in einem Wirtschaftszweig genutzt. Der Zweck dieser Ermittlungen ist demnach breit angelegt. Es ist nicht ersichtlich, wie eine Nutzung der ermittelten Informationen und Daten seitens der Monopolkommission im Rahmen ihrer Aufgabenerfüllung einer solch breiten Zweckbindung widersprechen könnte.

386. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass das Bundeskartellamt der Monopolkommission bis vor Kurzem stets auch in Kartell-, Missbrauchs- und Fusionskontrollverfahren umfassende Akteneinsicht gewährt hat, und zwar unabhängig davon, für welche ihrer Aufgaben – z. B. die Konzentrationsberichterstattung, die Stellungnahme zu aktuellen Wettbewerbsthemen oder die Analyse einer bestimmten Branche – die Monopolkommission die Informationen aus den Akten verwendet hat. Dies entspricht auch der Gesetzeslage. § 46 Abs. 2a GWB begrenzt das Akteneinsichtsrecht der Monopolkommission nicht auf die Aufgabe der Würdigung der Amtspraxis, sondern stellt es mit dem Ziel der Erfüllung der Gesamtheit ihrer Aufgaben bereit. Dies hat sich nicht dadurch geändert, dass das Bundeskartellamt nunmehr vermehrt Einzeldaten erhebt.

⁴³¹ Bei einer gerichtlichen Überprüfung einer auf einem Drittgutachten aufbauenden Entscheidung des Bundeskartellamtes steht es ebenfalls außer Frage, dass dem Gericht die für die juristische Würdigung des Falles erforderlichen Daten ohne Einschränkungen zur Verfügung gestellt werden. Dies umfasst, sofern es darauf ankommt, selbstverständlich auch alle Daten, die zur Bewertung des Drittgutachtens erforderlich sind (vgl. § 73 Nr. 2 GWB i. V. m. §§ 284, 355 ff. ZPO; § 77 Abs. 1 OWiG).

5 Effektive Aufgabenwahrnehmung durch das Bundeskartellamt weiterhin möglich

387. Das Bundeskartellamt trägt ferner vor, dass die Weitergabe von Daten an die Monopolkommission die Bereitschaft der Unternehmen mindern könnte, Daten an das Bundeskartellamt herauszugeben. Insofern ist vorab hervorzuheben, dass das Bundeskartellamt zwar ein solches Risiko behauptet, es aber bislang keinerlei Hinweise darauf gibt, dass Unternehmen eine Herausgabe mit Blick auf die Verwendung von Daten durch die Monopolkommission ablehnen oder verzögern.

388. Soweit hier etwaige Bedenken der betroffenen Unternehmen unterstellt werden, die von ihnen vorgelegten Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse sowie personenbezogenen Daten seien durch eine Weitergabe an die Monopolkommission gefährdet, ist außerdem daran zu erinnern, dass der Gesetzgeber in § 46 Abs. 2a GWB ausdrücklich bestimmt hat, dass das Akteneinsichtsrecht der Monopolkommission auch Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sowie personenbezogene Daten umfasst. Dem notwendigen Geheimnisschutz trägt der Gesetzgeber mit der Bestimmung des § 46 Abs. 3 GWB Rechnung, welche die Verschwiegenheitspflichten der Monopolkommissionsmitglieder und der Angehörigen der Geschäftsstelle regelt. Die Vorschrift sieht explizit vor, dass Informationen, welche die Monopolkommission durch die Akteneinsicht bei den Kartellbehörden erhalten hat, der Verschwiegenheitspflicht unterliegen. Die Verschwiegenheitspflicht der Mitglieder der Monopolkommission und der Angehörigen der Geschäftsstelle reicht damit ebenso weit wie die entsprechende Pflicht der Mitarbeiter des Bundeskartellamtes. Darüber hinaus ist festzustellen, dass die Monopolkommission die Unternehmensdaten auch ohne eigene Rechenmöglichkeit zur Kenntnis nehmen und verwenden könnte, sodass Bedenken aus Geheimhaltungsgründen schon deshalb nicht durchschlagen.

389. Soweit das Bundeskartellamt sich darauf beruft, eine „Einigung“ mit betroffenen Unternehmen über die Vorlage von Informationen und Daten möglicherweise nur unter der Voraussetzung erreichen zu können, dass diese nicht an die Monopolkommission weitergegeben werden, ist dies nicht nachvollziehbar. „Vertraulichkeitsabsprachen“ des Bundeskartellamtes mit privaten Unternehmen zulasten der Monopolkommission sind gesetzlich nicht vorgesehen und unzulässig. Solche Absprachen sind zur Sicherung der Vertraulichkeit für die Unternehmen auch nicht erforderlich, da die Mitglieder und Mitarbeiter der Monopolkommission in gleichem Maße zur Vertraulichkeit verpflichtet sind wie die Mitarbeiter des Bundeskartellamtes. Dementsprechend ist der Monopolkommission seit Aufnahme ihrer Tätigkeit kein einziger Fall bekannt geworden, in dem ihr Akteneinsichtsrecht zu Bedenken oder einer verringerten Kooperationsbereitschaft betroffener Unternehmen geführt hätte.

390. Darüber hinaus darf die Monopolkommission – anders als z. B. Verfahrensbeteiligte oder Vertreter der Wissenschaft – durch ausdrückliche gesetzliche Anordnung Einsicht auch in Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse und personenbezogene Daten nehmen. Während die zuständige Kartellbehörde derartige Informationen vor der Akteneinsicht durch Verfahrensbeteiligte und Vertreter der Wissenschaft schwärzen muss, um sicherzustellen, dass sie nicht an den Einsichtnehmenden gelangen, handelt es sich bei der Monopolkommission um eine Institution, die vom Gesetzgeber eigens zur Würdigung der Amtspraxis und sonstiger wettbewerbspolitischer und -rechtlicher Fragestellungen eingesetzt wurde. Sie verfügt dementsprechend notwendigerweise über ein lückenloses Akteneinsichtsrecht, das gerade auch Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse sowie personenbezogene Daten umfasst. Eine Unterscheidung zwischen „sensiblen“ Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen und personenbezogenen Daten, welche der Monopolkommission zur Erfüllung ihrer Aufgaben laut Gesetz einschränkungslos zugänglich sind, und „besonders sensiblen“ Daten, von denen die Monopolkommission ausgeschlossen werden dürfte, entbehrt jeder gesetzlichen Grundlage.

391. Schließlich stehen den Kartellbehörden zur Erfüllung der ihnen übertragenen Aufgaben gemäß §§ 57 ff. GWB umfassende Ermittlungsbefugnisse zu; die betroffenen Unternehmen sind bei Anwendung dieser Befugnisse zur Mitwirkung verpflichtet. Insbesondere § 59 GWB, der für Sektoruntersuchungen entsprechend gilt (§ 32e Abs. 4 GWB), verpflichtet Unternehmen und Unternehmensvereinigungen zur Auskunft und zur Duldung der Einsicht in geschäftliche Unterlagen. Eine Verletzung der Auskunftspflichten kann im Wege

des Ordnungswidrigkeitenrechts geahndet werden. Vor diesem Hintergrund ist kein Raum für Verhandlungen zwischen Kartellbehörde und betroffenen Unternehmen, mit denen nicht nur Rechte der Monopolkommission beschnitten werden, sondern auch die ordnungsgemäße Erfüllung ihrer im öffentlichen Interesse liegenden Aufgaben infrage gestellt wird.

6 Folgerungen

392. Die Monopolkommission bleibt bei ihrer schon vor zwei Jahren geäußerten Auffassung, dass der umfassende Zugang zu Einzeldaten aus kartellrechtlichen Fällen und Sektoruntersuchungen einschließlich deren Nutzung für die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung der Monopolkommission durch das geltende Recht zur Akteneinsicht gemäß § 46 Abs. 2a GWB gedeckt ist.⁴³² Eine ausdrückliche Klarstellung im GWB erscheint nicht erforderlich. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie könnte als oberste Bundesbehörde in dieser Hinsicht für eine rasche Klärung sorgen.

393. Wird gleichwohl eine gesetzliche Klarstellung im Hinblick auf den Datenzugang der Monopolkommission im Rahmen ihres Akteneinsichtsrechts gemäß § 46 Abs. 2a GWB für vorzugswürdig gehalten, schlägt die Monopolkommission vor, die Vorschrift durch einen zweiten Satz zu ergänzen:

*„Die Monopolkommission kann Einsicht in die von der Kartellbehörde geführten Akten einschließlich Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse und personenbezogener Daten nehmen, soweit dies zur ordnungsgemäßen Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich ist. **Das Recht auf Akteneinsicht schließt ein, dass der Monopolkommission die bei der Kartellbehörde vorliegenden Daten zur Verfügung gestellt werden.**“*

⁴³² Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 162 ff.

Kapitel II

Stand und Entwicklung der Konzentration und Verflechtung von Großunternehmen

1 Gegenstand und Ziel der Untersuchung

394. Der Berichtsteil zur aggregierten Unternehmenskonzentration beleuchtet den aktuellen Stand und die zeitliche Entwicklung der gesamtwirtschaftlichen Bedeutung und des Verflechtungsgrades der hundert größten Unternehmen der Bundesrepublik Deutschland. Die praktische Relevanz dieser Analysen folgt aus der Überlegung, dass sehr großen Unternehmen ein herausragendes wirtschaftliches Gewicht beizumessen ist und sie in der Politik und Öffentlichkeit eine besondere Aufmerksamkeit erfahren. Dementsprechend können diese Unternehmen potenziell Einfluss auf das politische Geschehen und damit auf die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen ausüben.

395. Die Analyse der 100 größten Unternehmen bezieht sich aufgrund ihrer branchenübergreifenden Perspektive, der Betrachtung von Konzernen als Untersuchungseinheiten und der Berücksichtigung von Unternehmensverflechtungen nicht auf wettbewerblich relevante Märkte. Grundsätzlich ist die Größe eines Unternehmens aus einer rein wettbewerbspolitischen Sicht nicht von Bedeutung, sofern sie nicht in Bezug zum sachlich und räumlich relevanten Markt gesetzt wird. So sind einige, hinsichtlich ihres Geschäftsvolumens relativ kleine Unternehmen auf einem regionalen Markt tätig und verfügen auf diesem über eine marktbeherrschende Stellung, andere sind vor allem auf nationalen Märkten aktiv und wieder andere auf europäischen oder globalen Märkten, auf denen sie trotz ihrer Größe über keine marktmächtige Stellung verfügen. Zudem produzieren bzw. vertreiben einige spezialisierte Unternehmen nur wenige Produkte, während andere Großunternehmen über ein stark diversifiziertes Produktportfolio verfügen, das sich auf unterschiedliche sachlich relevante Märkte verteilt.

Allerdings ist die Darstellung und Analyse der horizontalen Konzentration auf wettbewerblich relevanten Märkten nur begrenzt aussagekräftig. Sofern Unternehmensmacht auf marktübergreifenden strukturellen Umständen beruht, kann diese anhand von Marktanteilsanalysen nicht erfasst werden.¹ Um die Marktstellung von Unternehmen mit konglomerater Struktur zuverlässig beurteilen zu können, muss die Erhebungs- und Darstellungseinheit im Rahmen der Untersuchung daher weiter abgegrenzt werden als bei einer horizontalen Konzentrationserfassung, die sich auf die Bestimmung der Marktanteile in einzelnen Wirtschaftszweigen beschränkt. Als Beurteilungskriterien für die Marktstellung eines Unternehmens werden in § 18 Abs. 3 GWB neben dem Marktanteil beispielhaft insbesondere die Finanzkraft, der Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten und die Verflechtungen mit anderen Unternehmen genannt. Die Wirkungen, die von den aufgeführten Merkmalen ausgehen, lassen sich nur durch eine stärker unternehmensbezogene Betrachtungsweise darstellen.²

396. Als Indikator zur Beurteilung der Unternehmensgröße und damit zur Abgrenzung des Untersuchungskreises stützt sich die Monopolkommission auf die inländische Wertschöpfung der Unternehmen. Die Wertschöpfung eines Unternehmens lässt sich auf zweierlei Weise sinnvoll interpretieren. Einerseits stellt sie bei einer realgüterwirtschaftlichen Betrachtung den Wert dar, der den von anderen Unternehmen bezogenen Realgütern (einschließlich Dienstleistungen) durch den im Unternehmen abgelaufenen Leistungserstellungsprozess insgesamt hinzugefügt wurde. Andererseits entspricht die Wertschöpfung aus nominalgüterwirtschaftlicher Perspektive der Summe der (Eigen- und Fremd-)Kapital- und Arbeitseinkommen vor Steuern.

¹ Vgl. Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung (ZEW), Modernisierung der Konzentrationsberichterstattung, Mannheim, 2011.

² Vgl. hierzu Monopolkommission, I. Hauptgutachten, Mehr Wettbewerb ist möglich, Baden-Baden 1976, Tz. 4 ff., 207 f.

397. Anders als die in der Wirtschaftspresse häufig als Größenkriterien herangezogenen Jahresabschlussgrößen Umsatzerlöse, Bilanzsumme und Bruttobeitragseinnahmen erlaubt die Wertschöpfung den Vergleich des wirtschaftlichen Gewichts von Unternehmen mit unterschiedlicher Branchenzugehörigkeit (Produzierendes Gewerbe (kurz: Industrie), Handel, Dienstleistungen, Verkehr, Kreditwirtschaft, Versicherungsgewerbe). Das Konzept der betrieblichen Wertschöpfung ermöglicht entsprechend die Herstellung einer Beziehung zwischen Unternehmen und gesamtwirtschaftlicher Bezugsgröße. Die Wertschöpfung ist außerdem unabhängig von der Rechtsform der betrachteten Unternehmen ermittelbar. Handelt es sich bei dem betrachteten Unternehmen weder um ein Versicherungsunternehmen noch um ein Kreditinstitut, so hat die Finanzstruktur ebenfalls keinen Einfluss auf die Wertschöpfung. Auch ist die Wertschöpfung besser geeignet, die Leistung der einzelnen Unternehmen zu erfassen als der Umsatz. Je nach Grad der vertikalen Integration kann das Verhältnis von Wertschöpfung zu Umsatz und damit der Anteil des Unternehmens an der Gesamtleistung sehr unterschiedlich ausfallen. So ist z. B. bei Handelsunternehmen, die nicht oder nur in unbedeutendem Umfang vertikal integriert sind, das Verhältnis von Wertschöpfung zu Umsatz regelmäßig geringer als bei Unternehmen anderer Branchen.³

398. Die aggregierte Konzentration auf der Grundlage der Wertschöpfung ist ferner geeignet, Anhaltspunkte über die wirtschafts- und gesellschaftspolitische Dimension der Unternehmenskonzentration zu liefern. Die Wertschöpfung setzt sich neben dem handelsrechtlichen Jahresergebnis der Unternehmen zu einem Großteil aus dem Personalaufwand und den Steuern vom Einkommen und vom Ertrag zusammen. Die erfassten „100 Größten“ repräsentieren somit gleichsam, gemessen an den gezahlten Löhnen und Gehältern, bedeutende Arbeitgeber und Steuersubjekte in der Bundesrepublik Deutschland. Die Höhe des auf die „100 Größten“ entfallenden Anlagevermögens verdeutlicht zudem die Bedeutung, die von diesen Unternehmen auf das volkswirtschaftliche Investitionsvolumen ausgeht.

399. Aus dieser wirtschaftspolitischen Betrachtungsweise lässt sich die Vermutung ableiten, dass Unternehmen, selbst wenn sie keine Marktmacht ausüben, dennoch über politische Einflussmöglichkeiten verfügen und somit die Rahmenbedingungen wirtschaftlichen Handelns beeinflussen können. Gemäß der politökonomischen Theorie spielen insbesondere die Indikatoren Arbeitsplätze und Steuerzahlungen eine entscheidende Rolle dafür, in welchem Maße auf die politischen Entscheidungsträger Einfluss ausgeübt werden kann. Großunternehmen verfügen demnach infolge des Standortwettbewerbs über Verhaltensspielräume, um politischen Druck auszuüben.⁴ Erfahrungen aus der Vergangenheit zeigen, dass Unternehmen, die auf globalen Märkten keine marktmächtige Stellung einnehmen, aufgrund ihrer Größe das nationale politische Geschehen mit beeinflussen können. Neben der absoluten Größe eines Unternehmens hat sicherlich auch die Branchenzugehörigkeit einen Einfluss auf die Möglichkeit politischer Einflussnahme. Besonderes Augenmerk ist hierbei auf als systemrelevant erachtete Kreditinstitute sowie unter anderem auf Unternehmen der Wirtschaftsbereiche Medien und tendenziell auf Unternehmen in netz- und leitungsgebundenen Industrien zu richten. In einigen Fällen können Marktmacht und politische Macht auch zusammenfallen. Personelle und finanzielle Verflechtungen können den beschriebenen Effekt bei gleichgerichteten Interessen der betreffenden Unternehmen weiter verstärken.

400. Der Monopolkommission ist bewusst, dass sich aus ihren konzentrationsstatistischen Erhebungen keine konkreten wettbewerbspolitischen Handlungsempfehlungen ableiten lassen. Mit der Berichterstattung über die aggregierte Konzentration folgt die Monopolkommission ihrem gesetzlichen Auftrag, die Entwicklung der Unternehmenskonzentration in der Bundesrepublik Deutschland regelmäßig zu begutachten (§ 44 Abs. 1 Satz 1 GWB). Die Untersuchung ermöglicht den politischen Entscheidungsträgern einen breiten Überblick über die größten Unternehmen in Deutschland und ihre wirtschaftliche Bedeutung im Zeitverlauf und dient

³ Vgl. Monopolkommission, IV. Hauptgutachten, Fortschritte bei der Konzentrationserfassung, Baden-Baden 1982, Tz. 345 ff.

⁴ Eine umfassende Diskussion der politökonomischen und gesellschaftspolitischen Bedeutung von Großunternehmen findet sich bei Noll, B./Volkert, J./Zuber, N., Zusammenhänge zwischen Unternehmensverflechtungen und -gewinnen, Rekrutierung von Führungskräften und deren Einkommenssituation, Pforzheim/Tübingen 2011, S. 39 f.

als Grundlage zur Identifikation externer und interner Wachstumsvorgänge sowie der Beurteilung von Verflechtungen zwischen einzelnen Akteuren. Für wettbewerbspolitische Entscheidungen können die Darstellungen nur als erste Orientierungshilfe für eine weiterführende Analyse der speziellen Wettbewerbspositionen einzelner Unternehmen oder der Wettbewerbsbedingungen in spezifischen Märkten dienen. Um wettbewerbspolitische Maßnahmen zu ergreifen, sind z. B. die Marktpositionen und Aktivitäten von Unternehmen in den relevanten Märkten sowie der wesentlichen Konkurrenten im horizontalen und vertikalen Wettbewerb zu berücksichtigen. Im Rahmen ihrer Sondergutachten sowie in ihren Hauptgutachten nimmt die Monopolkommission regelmäßig und detailliert Stellung zu den Wettbewerbsentwicklungen in ausgewählten Branchen.

401. Nachfolgend ist das Kapitel wie folgt aufgebaut: in Abschnitt 2 werden die 100 größten Unternehmen Deutschlands anhand der Höhe ihrer inländischen Wertschöpfung als Ordnungskriterium ermittelt. Die Unternehmen werden ferner im Hinblick auf die Merkmale Umsatz, Beschäftigte, Rechtsform, Sachanlagevermögen und Cashflow untersucht. Zur Beurteilung der Konzentrationsentwicklung wird die Veränderung des Anteils der Großunternehmen an den jeweiligen gesamtwirtschaftlichen Größen ermittelt. Zusätzlich werden die nach den Merkmalen inländische Wertschöpfung und Beschäftigte abgegrenzten 100 größten Unternehmen in der Bundesrepublik Deutschland in Relation zu den Vergleichszahlen der Weltkonzerne gesetzt, um das wirtschaftliche Gewicht der für diese Unternehmen zuständigen Entscheidungszentralen angemessen zu erfassen. In Abschnitt 3 wird die Bedeutung von Großunternehmen in einzelnen Branchen auf Grundlage des Umsatzes der größten Industrie-⁵, Handels- und Dienstleistungsunternehmen, der Bilanzsumme der größten Kreditinstitute⁶ und der Bruttobeitragseinnahmen der Versicherungsunternehmen⁷ sowie ihr Anteil am gesamten Geschäftsvolumen des jeweiligen Wirtschaftszweigs untersucht. In Abschnitt 4 legt die Monopolkommission einen Schwerpunkt auf die Verflechtungen zwischen den Unternehmen. Neben Kapitalbeteiligungen werden personelle Verflechtungen über Geschäftsführungs- und Kontrollgremien ausgewertet. Die Berichterstattung endet in Abschnitt 5 mit der Ermittlung der Beteiligung der „100 Größten“ an den beim Bundeskartellamt 2012/2013 nach § 39 GWB angemeldeten Zusammenschlussvorhaben und der Zahl der Freigabeentscheidungen.

2 Die 100 größten Unternehmen 2010 und 2012

2.1 Methodische Vorbemerkungen

402. Als Untersuchungseinheiten werden im Rahmen der Untersuchung alle inländischen Konzerne betrachtet. Diese Konzerne können gegebenenfalls eine Vielzahl rechtlich selbstständiger Einheiten umfassen. Das Unternehmen wird durch den Konsolidierungskreis im Sinne der Vorschriften des Handelsgesetzbuchs (HGB) über die Rechnungslegung im Konzern dargestellt, allerdings beschränkt auf die inländischen Konzerngesellschaften. Zu dem untersuchungsrelevanten Konsolidierungskreis zählen somit zum einen die unter einheitlicher Leitung stehenden inländischen Gesellschaften, zum anderen werden gemäß § 290 Abs. 2 HGB auch die Gesellschaften einbezogen, bei denen die Muttergesellschaft über die Mehrheit der Stimmrechte verfügt, die Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsgremiums bestellen bzw. abberufen oder aufgrund der Satzung bzw. eines Beherrschungsvertrags einen beherrschenden Einfluss ausüben kann. Gemeinschaftsunternehmen, die nicht zu 100 Prozent bei den übergeordneten Gesellschaften konsolidiert werden, jedoch die jeweiligen Größenkriterien erfüllen, werden in den Ranglisten gesondert er-

⁵ Im Folgenden bezeichnet der Begriff „Industrie“ das Produzierende Gewerbe. Nach der Einteilung des Statistischen Bundesamtes (Klassifikation der Wirtschaftszweige, Ausgabe 2008) sind diesem die Wirtschaftsabschnitte B (Bergbau), C (Verarbeitendes Gewerbe), D (Energieversorgung), E (Wasserversorgung, Abwasser- und Abfallentsorgung) sowie F (Baugewerbe) zugeordnet.

⁶ Im Folgenden bezeichnet der Begriff „Kreditinstitute“ das Kreditgewerbe (WZ 2008: Abteilung K 64, Gruppen K 66.1, K 66.3).

⁷ Im Folgenden bezeichnet der Begriff „Versicherungen“ das Versicherungsgewerbe (WZ 2008: Abteilung K 65, Gruppe K 66.2).

fasst.⁸ Ergänzend zum handelsrechtlichen Konzernbegriff strebt die Monopolkommission auch die Erfassung von Gleichordnungskonzernen an. Hierbei handelt es sich um Unternehmensgruppen, deren Leitungsfunktionen nicht durch eine, sondern durch mehrere Konzernobergesellschaften ausgeübt werden.⁹

403. Für die Untersuchung wurden vorrangig die Geschäftsberichte sowie die beim elektronischen Bundesanzeiger eingereichten und im elektronischen Unternehmensregister veröffentlichten Jahresabschlüsse der potenziell dem Kreis zugehörigen Unternehmen als Datenquellen verwendet. Soweit die Geschäftsberichte der Unternehmen nicht ausreichten, um die für die Untersuchungen benötigten Daten zu ermitteln, wurden die Unternehmen direkt befragt. Darüber hinaus wurde die Datenbank „ORBIS Europe All Companies“ des Anbieters Bureau van Dijk herangezogen. Zur Ermittlung der Umsätze von Unternehmen im Bereich des Lebensmitteleinzelhandels wurden die Publikationen „Top-Firmen 2014 – Der Lebensmittelhandel in Deutschland – Food/Nonfood“ des Anbieters TradeDimensions sowie das Metro Handelslexikon 2013/14 genutzt. Ergänzend griff die Kommission auf Presseverlautbarungen zurück. Die Untersuchung über die Beteiligung der „100 Größten“ an den beim Bundeskartellamt nach § 39 GWB in 2012 und 2013 angemeldeten Unternehmenszusammenschlüssen und der Zahl der Freigabeentscheidungen basiert auf Angaben der Wettbewerbsbehörde.

404. In einzelnen Fällen wurden Angaben für die vergangenen Jahre in den offiziellen Statistiken revidiert. Die gesamtwirtschaftlichen Bezugsgrößen in dieser Untersuchung wurden entsprechend angepasst. Da es sich durchweg um geringfügige Änderungen handelt, gelten die Aussagen über die aggregierte Unternehmenskonzentration vergangener Hauptgutachten unverändert.

405. Der Kreis der „100 Größten“ wird in mehreren Schritten abgegrenzt. Die Monopolkommission verwendet die inländische Wertschöpfung als Größenkriterium zur Untersuchung der Unternehmenskonzentration. Die branchenspezifischen Schemata zur Berechnung der Wertschöpfung werden in den methodischen und statistischen Anlagen zu diesem Kapitel ausführlich dargestellt. Da die Wertschöpfung eines Unternehmens i. d. R. nicht direkt anhand veröffentlichter Unternehmensdaten zu bestimmen ist, werden zunächst auf der Grundlage veröffentlichter Jahresabschlüsse die Gruppe von Unternehmen bestimmt, deren inländische Wertschöpfung zu erheben ist.

406. Erschwerend für die Arbeit der Monopolkommission wirkt sich hierbei die großzügige Bemessung der Veröffentlichungsfrist für die publizitätspflichtigen Unternehmen aus. § 325 Abs. 1 HGB bestimmt, dass die Jahresabschlussunterlagen spätestens nach Ablauf von 12 Monaten beim Betreiber des elektronischen Bundesanzeigers einzureichen sind.¹⁰ Da im Rahmen der hier vorgenommenen Untersuchung solche Jahresabschlüsse zu berücksichtigen sind, welche den 30. Juni 2012 einschließen, besteht die Möglichkeit, dass Unternehmen trotz pflichtgemäßer Veröffentlichung nicht anhand ihrer Jahresabschlusssdaten erfasst werden können, da sie z. B. zum Stichtag 31. Mai 2013 bilanzieren und erst im Mai 2014 ihren Jahresabschluss veröffentlichen.

407. Regelmäßig ist festzustellen, dass einige Unternehmen durch die rechtliche Ausgestaltung ihrer Konzernstruktur keiner Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Konzernabschlusses unterliegen. Handelt es sich bei der Konzernobergesellschaft zudem um ein Großunternehmen in den Rechtsformen Personenhandelsgesellschaft mit vollhaftendem Gesellschafter oder Einzelkaufmann, so muss die Gewinn- und Verlustrechnung nicht offen gelegt werden (§ 9 Abs. 2 PublG), wenn in einer Anlage zur Bilanz bestimmte Erfolgspositionen – unter anderem die Umsatzerlöse, der Personalaufwand sowie die Zahl der Beschäftigten – genannt werden (§ 5 Abs. 5 PublG). Soweit anhand des verfügbaren Datenmaterials möglich, wird die inländische Wertschöpfung dieser Unternehmen durch Schätzverfahren ermittelt.

⁸ Ein im Rahmen der vorliegenden Untersuchung gesondert erfasstes Gemeinschaftsunternehmen ist z. B. die BSH Bosch und Siemens Hausgeräte GmbH.

⁹ Ein Konzern mit Gleichordnungsstruktur im aktuellen Untersuchungskreis ist die Debeka-Versicherungsgruppe.

¹⁰ Für börsennotierte Gesellschaften gilt grundsätzlich eine verkürzte Frist von vier Monaten (§ 325 Abs. 4 HGB).

408. Sofern keine Pflicht zur Aufstellung eines Konzernabschlusses besteht und die Wertschöpfung des inländischen Konzerns zum weit überwiegenden Teil durch eine einzige Gesellschaft erzielt wird, wird die Wertschöpfung anhand der Daten des Einzelabschlusses ermittelt. Derartige Fälle sind in Tabelle II.1 mit der Erläuterung „E“ gekennzeichnet.¹¹

409. Sowohl nationale als auch internationale Rechnungslegungsnormen verpflichten zu einer Einbeziehung von Tochterunternehmen in den Konzernabschluss unabhängig von geografischen Gesichtspunkten.¹² Auch können inländische Tochterunternehmen ausländischer Konzernobergesellschaften auf die Aufstellung eines Teilkonzernabschlusses verzichten, sofern auf einer höheren Stufe des Konzerns ein Konzernabschluss aufgestellt wird, der den Vorschriften der Siebten EG-Richtlinie entspricht und von einem Abschlussprüfer geprüft wird, der den Erfordernissen der Achten EG-Richtlinie genügt (§§ 291, 292 HGB).¹³ Daher ist die inländische Wertschöpfung anhand der Mehrzahl der veröffentlichten Konzernabschlüsse nicht unmittelbar zu erheben.

Falls dies aufgrund eines ausländische Konzerngesellschaften einschließenden Konsolidierungskreises der untersuchten Unternehmen erforderlich ist, führt die Monopolkommission Unternehmensbefragungen durch¹⁴, um Angaben über das Geschäftsvolumen, die Zahl der Beschäftigten sowie die für die Berechnung Wertschöpfung notwendigen Jahresabschlussdaten für den inländischen Konzern zu erhalten. Für die Erhebung der nach Wertschöpfung „100 Größten“ im XVIII. Hauptgutachten wurden insgesamt 165 Unternehmen befragt, von denen 109 (66 Prozent) die benötigten Zahlen vollständig zur Verfügung gestellt haben. Weitere 40 (24 Prozent) Unternehmen übermittelten der Monopolkommission einen verkürzten Fragebogen zu wesentlichen Inlandskennzahlen.

410. In den Fällen, in denen die Unternehmen der Monopolkommission die für die Berechnung der Wertschöpfung erforderlichen Daten für den Inlandskonzern nicht oder nur teilweise zur Verfügung stellen können, die Wertschöpfung des Weltkonzerns anhand des veröffentlichten Konzernabschlusses jedoch ermittelt werden kann, wird die Wertschöpfung des inländischen Konzernbereichs geschätzt. Alternativ zu einer Schätzung ermittelt die Monopolkommission die Wertschöpfung inländischer Teilkonzerne in einzelnen Fällen durch eine Summierung der Wertschöpfung der größten inländischen Konzerngesellschaften. Teilkonzerne, deren Wertschöpfung durch diese Additionsmethode ermittelt wurde, sind in Tabelle II.1 mit der Erläuterung „S“ gekennzeichnet. Die im Einzelnen angewandten Schätzverfahren werden in den methodischen und statistischen Anlagen zu diesem Gutachten erläutert.

2.2 Seit dem Berichtsjahr 2010 eingetretene Veränderungen

411. In diesem Abschnitt werden zunächst die wesentlichen Veränderungen im Kreis der „100 Größten“ diskutiert, bevor in Abschnitt 2.3 die gesamtwirtschaftliche Bedeutung der „100 Größten“ herausgestellt wird. Der zuvor dargestellten Vorgehensweise folgend sind in Tabelle II.1 die „100 Größten“ in den Berichtsjahren 2010 und 2012 aufgeführt, geordnet nach der Höhe ihrer inländischen Wertschöpfung im Berichtsjahr 2012. Darüber hinaus werden, soweit die Angaben verfügbar waren, für jedes Unternehmen das Geschäftsvolumen (Umsatzerlöse der Nichtfinanzinstitute, Bilanzsumme der Kreditinstitute, Brutto-Bei-

11 Hierzu gehören Unternehmen, die aufgrund der befreienden Wirkung ausländischer Konzernabschlüsse keine eigenen Konzerndaten veröffentlichen, sowie gemäß den Vorschriften des § 296 HGB von der Pflicht zur Einbeziehung von Tochterunternehmen in den Konzernabschluss befreite Unternehmen. Sind die in den Konsolidierungskreis einbezogenen ausländischen Tochterunternehmen von insgesamt untergeordneter Bedeutung, wird die Wertschöpfung durch die Auswertung veröffentlichter Konzernabschlüsse bestimmt.

12 § 290 HGB, Standard 27.12 des International Accounting Standards Committee (Verordnung (EG) Nr. 1225/2003 vom 9. Juli 2003, ABl. EU Nr. L 172, S. 6 vom 10. Juli 2003) sowie Standard 94.2 des US-amerikanischen Financial Accounting Standards Board.

13 Richtlinie 83/349/EWG des Rates vom 13. Juni 1983, ABl. EWG Nr. L 193 vom 18. Juli 1983 und Richtlinie 84/253/EWG vom 10. April 1984, ABl. EWG Nr. L 126 vom 12. Mai 1984.

14 Vgl. z. B. auch Monopolkommission, IX. Hauptgutachten, Wettbewerbspolitik oder Industriepolitik, Baden-Baden 1992, Tz. 360.

tragseinnahmen der Versicherungsunternehmen), die Anzahl der Beschäftigten, die Höhe der Sachanlagen und der Cashflow jeweils bezogen auf die inländischen Konzernbereiche angegeben. In den Fällen, in denen die erforderlichen Daten für die Berechnung des inländischen Cashflow nicht zur Verfügung stehen, wird der Cashflow des Inlandskonzerns anhand der für die Abgrenzung der Wertschöpfung herangezogenen Schätzungen ermittelt.

412. Hinsichtlich der Ursachen der Veränderungen innerhalb des Kreises der „100 Größten“ sind die folgenden Fallgruppen unterscheidbar. Bezogen auf die Wirkung auf die Gesamtwertschöpfung der Großunternehmen lassen sich Konzentrations- bzw. Wachstumsvorgänge, welche zu einer Steigerung der Gesamtwertschöpfung der „100 Größten“ führen, von Dekonzentrations- bzw. Schrumpfungsvorgängen unterscheiden, welche eine verminderte Wertschöpfung des jeweiligen Unternehmens bedingen, gegebenenfalls einhergehend mit einem Austritt aus dem Kreis der Großunternehmen. Im Hinblick auf die zugrunde liegenden Ursachen der Wertschöpfungsveränderung kommen sowohl externes Wachstum bzw. externe Schrumpfung wie auch internes Wachstum bzw. interne Schrumpfung infrage. Externes Wachstum geht mit einer die Wertschöpfung des betrachteten Konzerns steigernden Veränderung des Kreises der Konzerngesellschaften einher, welche durch den Erwerb von Tochtergesellschaften oder die Fusion mit einem anderen Unternehmen vollzogen wird. Externe Schrumpfung lässt sich entweder auf den Verkauf von Tochtergesellschaften oder die Abspaltung von einem anderen Unternehmen zurückführen und resultiert in einer die Wertschöpfung des betrachteten Konzerns mindernden Veränderung des Konsolidierungskreises. Internes Wachstum bzw. interne Schrumpfung liegt dagegen in einer Steigerung bzw. Minderung des Geschäftsvolumens, des Personalbestands etc. begründet, welche innerhalb eines gleichbleibenden Konsolidierungskreises erfolgt.

Aus einer realgüterwirtschaftlichen Perspektive kann die Gesamtwertschöpfung von Großunternehmen bei einem unveränderten Konsolidierungskreis auch durch Änderungen der Fertigungstiefe als dem Anteil der Wertschöpfung an der Gesamtleistung beeinflusst werden. Bei einer Vernachlässigung von Bestandsveränderungen und selbst erstellten Anlagevermögensgegenständen entspricht der Umsatz einer Periode dem Produktionswert. Eine Abnahme der Fertigungstiefe ergibt sich bei sinkenden Umsätzen durch einen relativ schwächeren Rückgang der Vorleistungen, bei steigenden Umsätzen durch einen relativ stärkeren Anstieg der Vorleistungen. Die relative oder absolute Zunahme der Vorleistungen kann unter anderem auf die Verlagerung vor allem arbeitsintensiver Teile der Wertschöpfungskette in ausländische Niederlassungen oder die Zunahme von Vorleistungen, die Unternehmen von in- oder ausländischen Lieferanten beziehen, zurückgeführt werden (Offshoring- und Outsourcingstrategien).

Tabelle II.1: Die nach Wertschöpfung 100 größten Unternehmen 2010 und 2012

Rang	Jahr	Unternehmen ¹	Wirtschafts- zweig ²	Wertschöp- fung ³	Geschäfts- volumen ⁴	Beschäf- tigte	Sachan- lagen ⁵	Cashflow
				(Mio. EUR)			(Mio. EUR)	
1	2012	Volkswagen AG	29	25.692	129.701	249.470	69.333	31.651
2	2010			16.656	86.915	181.328	16.025	10.272
2	2012	Daimler AG	29	16.100	72.566	166.363	20.442	8.194
1	2010			16.825	62.278	164.026	16.972	7.455
3	2012	Siemens AG ^c	26, 27, 28, 30	14.132*	34.046	119.000	6.478	4.376*
3	2010			13.799*	33.654	128.000	7.287	3.559*
4	2012	Deutsche Bahn AG	49, 52	11.742	23.354	186.222	35.088	4.238
5	2010			10.406	21.954	179.039	35.652	3.349
5	2012	Bayerische Motoren	29, 30	11.335	59.790	76.429	14.074	4.001
8	2010	Werke AG		8.155	46.852	70.736	12.788	2.653

Rang	Jahr	Unternehmen ¹	Wirt- schafts- zweig ²	Wertschöp- fung ³	Geschäfts- volumen ⁴	Beschäf- tigte	Sachan- lagen ⁵	Cashflow
				(Mio. EUR)			(Mio. EUR)	
6 4	2012 2010	Deutsche Telekom AG	61	11.300 11.289	27.544 28.085	118.840 123.174	36.216 40.822	8.066 7.332
7 9	2012 2010	BASF SE	06, 20, 21, 22	9.072 8.014	32.718 25.426	52.844 50.801	9.109 10.143	5.179* 3.533*
8 7	2012 2010	Robert Bosch GmbH	26, 27, 28, 29	7.832 8.360	30.702 27.016	111.909 113.557	6.901 9.012	3.871 3.480
9 11	2012 2010	Deutsche Post AG	52, 53	7.085* 6.610*	16.825 16.527	167.082 165.781	18.814 ^w 17.978 ^w	387* 1.385*
10 13	2012 2010	Deutsche Lufthansa AG	33, 51, 56	6.524 5.683	22.153 19.500	67.620 65.159	9.910 9.113	2.486 1.500
11 10	2012 2010	RWE AG	35, 36, 38	6.364 7.183	43.952 39.687	40.272 41.039	26.461 25.674	7.489 4.919
12 6	2012 2010	E.ON SE ⁶	20, 35, 36	5.949* 9.679*	102.032 62.966	31.548 35.116	23.686 27.733	5.713* 8.502*
13 12	2012 2010	Deutsche Bank AG	64	5.558 5.955	1.038.842 1.271.261	46.308 49.265	13.218 8.464	
14 21	2012 2010	SAP AG	62	4.684 3.402	8.892 6.797	16.671 15.633	2.096 1.773	2.547 1.624
15 22	2012 2010	Bayer AG	20, 21	4.304 3.331	19.983 17.514	34.600 36.200	12.945 14.425	4.015 2.608
16 16	2012 2010	REWE-Gruppe	46, 47, 79	4.265* 4.305*	35.690 36.453	148.634 148.194		
17 15	2012 2010	Metro AG	46, 47	4.264 4.345	25.630 26.130	89.920 94.426	6.320 6.382	1.817 1.202
18 19	2012 2010	Continental AG	22, 29	4.189 3.574	11.981 10.820	48.495 46.136	2.575 2.969	1.126 555
19 20	2012 2010	EADS-Gruppe Deutschland	25, 30	4.095* 3.437*	13.412 12.236	48.210 42.677	28.618 ^w 24.726 ^w	1.131* 639*
20 27	2012 2010	Münchener Rückversicherungs- Gesellschaft AG	65	3.937 2.625	38.430 33.462	23.700 24.537	188.052 173.789	
21 17	2012 2010	Commerzbank AG	64	3.925 4.146	583.023 659.987	42.857 45.301	3.824 3.984	
22 14	2012 2010	ThyssenKrupp AG ^c	24, 28, 29, 30	3.836 5.680	22.511 22.931	64.380 71.072	5.445 6.298	1.003* 1.495*
23 39	2012 2010	Sanofi-Gruppe Deutschland ^{7,E}	21	3.443 2.058	5.357 4.733	7.366 7.721	736 773	203 290

Rang	Jahr	Unternehmen ¹	Wirt- schafts- zweig ²	Wertschöp- fung ³	Geschäfts- volumen ⁴	Beschäf- tigte	Sachan- lagen ⁵	Cashflow
				(Mio. EUR)			(Mio. EUR)	
24 25	2012 2010	Evonik Industries AG	20, 35	3.236 2.758	8.382 8.133	21.969 21.894	4.368 4.425	1.584 822
25 23	2012 2010	ZF Friedrichshafen AG	28, 29	3.226 3.029	9.593 9.093	39.882 38.205	2.587 2.390	1.377 778
26 31	2012 2010	Fresenius SE & Co. KGaA ⁸	20, 21, 26, 32, 46	3.135 2.494	6.078 4.815	51.791 40.823	4.332 3.500	723 682
27 33	2012 2010	Vattenfall-Gruppe Deutschland	05, 35, 36	2.863 2.334	13.297 13.940	19.054 20.573	14.791 12.494	2.817 1.090
28 24	2012 2010	Bertelsmann SE & Co. KGaA ⁹	18, 58, 59	2.826 2.837	6.870 6.508	38.434 36.462	1.047 1.154	682* 539*
29 28	2012 2010	KfW Bankengruppe	64	2.769 2.615	511.622 441.757	5.190 4.531	1.005 956	
30 26	2012 2010	INA-Holding Schaeffler GmbH & Co. KG	25, 28, 29	2.744 2.660*	7.442 6.568	29.778 27.938	1.207 1.246	563* 406*
31 30	2012 2010	Aldi-Gruppe	47	2.690* 2.538*	23.184* 21.878*	61.600* 44.010*		
32 18	2012 2010	Energie Baden- Württemberg AG	35, 38	2.651 3.635	17.068 15.943	18.380 19.376	14.204 13.434	1.345 2.252
33 36	2012 2010	Schwarz-Gruppe ^f	47	2.501* 2.212*	28.550* 25.250*	66.000* 64.500*		
34 35	2012 2010	Vodafone-Gruppe Deutschland ^{s,g}	61	2.300 2.299	10.189 9.694	11.854 13.289	7.552 8.782	2.429 2.464
35 34	2012 2010	Allianz SE	65	2.178 2.333	27.251 27.231	40.882 47.889	242.452 214.380	
36 32	2012 2010	IBM-Gruppe Deutschland	26, 62, 63	2.137 2.379	5.020 5.068	15.821 17.927	1.003 1.008	535 671
37 45	2012 2010	Asklepios Kliniken GmbH	86	1.979 1.517	2.980 2.305	34.037 26.917	1.673 1.134	242 158
38 41	2012 2010	Rhön-Klinikum AG	86	1.893 1.714	2.865 2.550	43.059 38.058	2.351 2.174	230 256
39 29	2012 2010	UniCredit-Gruppe Deutschland	64	1.884 2.545	215.284 225.668	17.391 17.119	3.472 5.337	
40 43	2012 2010	C. H. Boehringer Sohn AG & Co. KG	20, 21	1.796* 1.635*	8.004 6.263	13.104 11.433	1.436 1.412	682* 696*
41 83	2012 2010	ExxonMobil-Gruppe Deutschland	06, 19, 35, 61	1.773 889	10.297 7.779	4.200 4.248	657 778	1.991* 1.564

Rang	Jahr	Unternehmen ¹	Wirt- schafts- zweig ²	Wertschöp- fung ³	Geschäfts- volumen ⁴	Beschäf- tigte	Sachan- lagen ⁵	Cashflow
				(Mio. EUR)			(Mio. EUR)	
42	2012	Total-Gruppe Deutschland	19, 46	1.748*	14.650	3.685	923	1.189*
47	2010			1.453*	11.017	3.244	988	1.097*
43	2012	DZ Bank AG	64	1.661	379.901	25.086	2.588	
46	2010			1.513	338.613	26.322	2.155	
44	2012	Rethmann AG & Co. KG	21, 38, 52	1.624*	7.106	35.503	2.210	510*
58	2010			1.230*	5.967	26.463	2.567 ^w	455*
45	2012	K+S AG	08, 20, 38	1.497	2.682	10.024	1.134	672
54	2010			1.292	3.463	10.207	933	443
46	2012	Landesbank Baden- Württemberg	64	1.477	321.106	10.035	1.092	
44	2010			1.519	347.148	10.880	1.217	
47	2012	EDEKA Zentrale AG & Co. KG ¹⁰	46, 47	1.448	25.831	59.873	1.417	391
48	2010			1.415	22.192	66.696	1.563	288
48	2012	HGV Hamburger Ge- sellschaft für Vermö-gens- und Beteiligungs- management mbH	36, 49, 52, 68	1.441	3.347	17.850	8.791	496
50	2010			1.318	2.945	17.625	8.801	633
49	2012	Otto Group ^f	47	1.430*	6.753	25.337	857	260
60	2010			1.198*	6.751	24.717	932	259
50	2012	Henkel AG & Co. KGaA	20, 21, 22	1.309	3.827	8.007	1.062	1.011
66	2010			1.103	3.652	8.897	1.035	762
51	2012	STRABAG-Gruppe Deutschland	41, 42	1.304*	5.687	26.732	2.756 ^w	223*
63	2010			1.153*	5.114	25.220	2.638 ^w	240*
52	2012	Roche-Gruppe Deutschland ^E	20, 21, 32, 46	1.303	3.900	9.123	1.747	610
59	2010			1.230	3.341	11.011	1.766	262
53	2012	Salzgitter AG	24, 25, 28, 46	1.282	9.278	19.376	2.426	547
55	2010			1.290	7.171	19.563	2.503	433
54	2012	Hewlett-Packard-Gruppe Deutschland ^{S,d}	26, 62, 63, 77	1.265	6.780	11.319	168	105
79	2010			942	5.814	10.934	223	437
55	2012	E. Merck KG	20, 21, 32, 46	1.264	3.822	10.788	1.341	488
53	2010			1.308	3.465	10.340	1.273	1.330
56	2012	Debeka-Gruppe	65	1.262	9.331	16.713	77.501	
61	2010			1.162	8.572	16.038	68.155	
57	2012	Liebherr-International- Gruppe Deutschland	27, 28, 30	1.256*	4.575	15.514		449*
62	2010			1.161	3.931	13.767	665	410
58	2012	Wacker Chemie AG	20	1.232	3.973	12.635	2.524	505
42	2010			1.662	4.151	12.235	2.566	818
59	2012	Fraport AG Frankfurt Airport Services	52	1.230	1.987	18.628	5.924	453
65	2010			1.147	1.845	17.492	5.021	423

Rang	Jahr	Unternehmen ¹	Wirt- schafts- zweig ²	Wertschöp- fung ³	Geschäfts- volumen ⁴	Beschäf- tigte	Sachan- lagen ⁵	Cashflow
				(Mio. EUR)			(Mio. EUR)	
		Worldwide						
60	2012	Adolf Würth GmbH & Co.	25, 46	1.225	4.447	19.605	1.099	308
64	2010	KG		1.153	4.314	17.686	994	291
61	2012	Procter & Gamble-Gruppe	20, 27,	1.216	1.409	12.767	667	744
56	2010	Deutschland ^{S,a}	46	1.258	1.685	13.115	636	240
62	2012	HSH Nordbank AG	64	1.201	132.821	3.411	161	
96	2010			779	159.430	3.251	151	
63	2012	BSH Bosch und Siemens	27, 46	1.189	4.968	14.642	561	516
81	2010	Hausgeräte GmbH		908	4.669	14.194	519	292
64	2012	Deutsche Börse AG	62, 63,	1.187	1.374	1.634	1.240	445*
67	2010		66, 82	1.100	1.665	1.613	1.216	607*
65	2012	Sana Kliniken AG	86	1.182	1.790	26.083	1.083	115
72	2010			978	1.485	22.483	945	109
66	2012	BP-Gruppe Deutschland	06, 19,	1.155	46.402	4.870	1.422	857*
52	2010		35, 46, 49	1.309	27.776	5.163	1.632	392*
67	2012	AXA-Gruppe Deutschland	65	1.140	10.202	10.759	73.504	
77	2010			947	10.101	11.339	65.592	
68	2012	Shell-Gruppe	06, 19,	1.124	38.075	4.171	1.422	329
89	2010	Deutschland ^S	35, 46	810	28.266	4.857	1.133	736
69	2012	Bilfinger SE ¹¹	41, 42,	1.084	3.070	24.085	1.422	87
51	2010		43	1.310	3.201	23.652	1.172	193
70	2012	Carl Zeiss AG ^c	26, 32	1.059*	2.611	10.389	1.207	301*
75	2010			970*	1.462	8.292	533	264*
71	2012	PricewaterhouseCoo-pers	69	1.057	1.501	9.342	80	95
74	2010	AG Wirtschafts- prüfungsgesellschaft ^a		971	1.336	8.646	47	120
72	2012	Nestlé-Gruppe	10, 46	1.049*	3.706	13.268	33.641 ^w	491*
71	2010	Deutschland		987*	3.440	12.727	21.131 ^w	349*
73	2012	maxingvest AG	10, 12,	1.044*	3.937	14.213	6.404 ^w	375*
73	2010		20, 46	978*	4.078	13.373	6.600 ^w	374*
74	2012	EWE AG	35	1.005	7.715	8.451	5.942	758*
-	2010							
75	2012	Stadtwerke München	35, 36,	1.001	4.498	7.737	4.129	266
49	2010	GmbH	49	1.361	3.767	7.304	2.790	205
76	2012	Voith AG ^c	28	997*	1.203	17.316	2.022 ^w	124*
69	2010			1.010*	1.058	16.776	1.858 ^w	132*
77	2012	ABB-Gruppe Deutschland	26, 27,	988	2.901	10.977	332	304
76	2010		43	961	2.960	10.828	383	346

Rang	Jahr	Unternehmen ¹	Wirt- schafts- zweig ²	Wertschöp- fung ³	Geschäfts- volumen ⁴	Beschäf- tigte	Sachan- lagen ⁵	Cashflow
				(Mio. EUR)			(Mio. EUR)	
78 92	2012 2010	Freudenberg & Co. KG	13, 20, 22	984 790	2.374 2.147	10.935 10.804	896 826	235 129
79 86	2012 2010	LANXESS AG	20	983 881	4.361 3.725	8.072 7.590	1.046 816	548 237
80 80	2012 2010	Rheinmetall AG	25, 26, 28, 30	978* 931*	2.464 2.297	11.947 11.920	1.207 1.029	347* 260*
81 -	2012 2010	AVECO Holding AG	81	969	1.624	46.877	152	53
82 91	2012 2010	Axel Springer AG	18, 58	950 793	2.313 2.238	8.144 7.387	1.666 1.365	405 228
83 78	2012 2010	Stadtwerke Köln GmbH	35, 36, 49	934 944	4.809 5.161	11.455 11.111	2.812 2.678	427 478
84 68	2012 2010	Bayerische Landesbank	64	927 1.052*	278.625 302.529	5.717 6.382	520 412	
85 98	2012 2010	DFS Deutsche Flugsicherung GmbH	52	926 762	1.101 978	6.100 5.685	746 732	163 162
86 85	2012 2010	KPMG-Gruppe Deutschland ^c	69	920 881	1.208 1.143	7.935 7.423	27 35	23 23
87 82	2012 2010	Linde AG	20, 28	904 892	2.697 2.567	7.596 7.166	1.245 1.137	790 485
88 97	2012 2010	DEKRA SE	70, 71	893* 777*	1.391 1.276	16.403 14.923	708 ^w 490 ^w	28* 89*
89 -	2012 2010	HDI Haftpflichtverband der Deutschen Industrie V.a.G.	65	879*	9.187	11.191	101.741 ^w	
90 84	2012 2010	H & M Hennes & Mauritz- Gruppe Deutschland ^e	47	855* 887*	2.930 2.702	13.141 11.845	2.377 ^w 1.748 ^w	464* 498*
91 87	2012 2010	EDEKA Minden eG ¹⁰	46	849 855	7.181 6.676	30.937 31.456	1.366 1.014	266 217
92 88	2012 2010	Landesbank Berlin Holding AG	64	838 829	118.298 131.477	5.802 5.985	1.194 1.231	
93 95	2012 2010	Novartis-Gruppe Deutschland	21, 46	832 779	3.853 3.796	8.740 7.996	2.103 2.489	480 321
94 -	2012 2010	Signal-Iduna Gruppe	65	832	5.306	11.628	42.003	
95 100	2012 2010	Dr. August Oetker KG	10, 11, 46, 50	807* 742*	8.647 7.259	13.724 13.502	3.699 ^w 3.486 ^w	

Rang	Jahr	Unternehmen ¹	Wirt- schafts- zweig ²	Wertschöp- fung ³	Geschäfts- volumen ⁴	Beschäf- tigte	Sachan- lagen ⁵	Cashflow
				(Mio. EUR)			(Mio. EUR)	
96 -	2012 2010	B. Braun Melsungen AG	21, 32	797	2.470	12.052	1.275	282*
97 94	2012 2010	Miele & Cie. KG ^a	27, 46	794 782	2.139 2.095	10.333 10.331	369 352	
98 90	2012 2010	Philips-Gruppe Deutschland	26, 27	783 798	3.270 3.594	6.163 6.565	328 324	256 217
99 -	2012 2010	Hella KGaA Hueck & Co.	25, 27, 29	766	2.849	10.685	807	289*
100 -	2012 2010	GEA Group AG	28	764	1.896	7.645	1.057	432
- 37	2012 2010	MAN SE	27, 28, 29	- 2.187	- 8.971	- 27.354	- 1.434	- 800
- 38	2012 2010	Dr. Ing. h.c. F. Porsche AG	29	- 2.100	- 6.156	- 10.529	- 3.291	- 1.257*
- 40	2012 2010	Ford-Gruppe Deutschland ^E	29	566 1.988	17.070 18.185	30.357 29.116	2.193 2.455	 294
- 57	2012 2010	RAG-Stiftung	05, 07, 70	551 1.242	2.990 3.348	18.170 24.629	673 870	218 102
- 70	2012 2010	Saint-Gobain-Gruppe Deutschland	23, 24, 25, 46	701 998	4.619 4.725	17.645 17.402	1.932 2.073	 307*
- 93	2012 2010	Johnson Controls-Gruppe Deutschland ^c	22, 27, 29	563 788	4.904 3.605	12.598 10.583	669 808	423 -124
- 99	2012 2010	ALSTOM-Gruppe Deutschland	35	434 758*	2.163 2.795	8.462 8.862	235 4.585 ^w	 162*

¹ Es werden die Daten des den 30. Juni 2012 einschließenden Geschäftsjahres für die Erhebungen zugrunde gelegt. Falls das Geschäftsjahr nicht mit dem Kalenderjahr übereinstimmt, wird der Bilanzstichtag durch einen entsprechenden Verweis angezeigt:

a) 30.06.2012, c) 30.09.2012, e) 30.11.2012, g) 31.03.2013.

b) 31.07.2012, d) 31.10.2012, f) 28.02.2013,

Mit ^s gekennzeichnete Angaben beziehen sich auf den Summenabschluss und ^E steht für den Einzelabschluss.

² Statistisches Bundesamt, Klassifikation der Wirtschaftszweige, Ausgabe 2008 (WZ 2008). Es werden jeweils nur die Wirtschaftszweige auf der Gliederungsebene der 88 Abteilungen angeführt, die einen erheblichen Anteil an den Unternehmensumsätzen haben.

³ Wenn nicht anders vermerkt, Wertschöpfung der konsolidierten inländischen Konzerngesellschaften. Sofern eine Zahlenangabe mit einem * versehen ist, bedeutet dies, dass die Wertschöpfung des Unternehmens in dem betreffenden Jahr geschätzt werden musste. Die für die entsprechenden Fälle herangezogenen Schätzmethode werden detailliert in den Anlagen zu diesem Gutachten dargestellt.

⁴ Bei Kreditinstituten wird die Bilanzsumme, bei Versicherungsunternehmen werden die Beitragseinnahmen und bei Nichtfinanzinstituten die Umsatzerlöse angegeben. Ist eine Angabe mit einem * versehen, so handelt es sich um einen Schätzwert. Die Größe umfasst die konsolidierten Umsätze der inländischen Konzerngesellschaften inklusive der Umsätze mit ausländischen verbundenen Unternehmen.

⁵ Einschließlich immaterieller Vermögensgegenstände. Bei Versicherungsunternehmen werden anstelle der Sachanlagen Kapitalanlagen ausgewiesen. Mit ^w gekennzeichnete Angaben beziehen sich auf den Weltabschluss.

⁶ 2010: E.ON AG.

⁷ 2010: Sanofi-Aventis-Gruppe Deutschland.

⁸ 2010: Fresenius SE.

⁹ 2010: Bertelsmann AG.

¹⁰ Die Monopolkommission weist die Wertschöpfung sowie die Begleitmerkmale der EDEKA Zentrale AG & Co. KG und gegebenenfalls der sieben Regionalgesellschaften aufgrund der spezifischen genossenschaftlichen Struktur der EDEKA-Gruppe im Unterschied zu den anderen Gruppen des Lebensmitteleinzelhandels im Kreis der „100 Größten“ traditionell gesondert aus. Die Wertschöpfung der gesamten EDEKA-Gruppe beträgt im Berichtsjahr 2012 näherungsweise 3.812 Mio. EUR. Das gewählte Vorgehen erlaubt hierbei keine Aussage darüber, inwieweit die Edeka-Gruppe eine wettbewerbliche Einheit darstellt. Vgl. zu dieser Thematik Tz. 415.

¹¹ 2010: Bilfinger Berger SE.

Quelle: Eigene Erhebungen

413. Die Zusammensetzung des Kreises der „100 Größten“ hat sich gegenüber dem Berichtsjahr 2010 geändert. Sieben Unternehmen sind aus dem Kreis der „100 Größten“ ausgeschieden (Rang 2010 in Klammern):

Am 9. November 2011 erhöhte die Volkswagen AG ihren Anteil an den Stimmrechten der MAN SE auf 56 Prozent. Mit Wirkung zum 6. Juni 2012 stockte die Volkswagen AG den Stimmrechtsanteil an der MAN SE weiter auf 75 Prozent auf. Zum 1. August 2012 erfolgte zudem die Integration der Dr. Ing. h.c. F. Porsche AG in den Volkswagen-Konzern. Die Volkswagen AG als integrierter Automobilkonzern erhöhte im Zuge der Übernahmen die inländische Wertschöpfung gegenüber dem Berichtsjahr 2010 um 54 Prozent auf 16,6 Mrd. EUR. Die MAN SE (37) und die Dr. Ing. h.c. F. Porsche AG (38) werden somit im Berichtsjahr 2012 nicht mehr gesondert im Untersuchungskreis erfasst. Aufgrund einer gesunkenen Wertschöpfung sind die Ford-Gruppe Deutschland (40), die RAG-Stiftung (57), die Saint-Gobain-Gruppe Deutschland (70), die Johnson Controls-Gruppe Deutschland (93) sowie die ALSTOM-Gruppe Deutschland (99) aus dem Kreis der „100 Größten“ ausgeschieden.

414. In den Kreis der „100 Größten“ sind folgende Unternehmen neu eingetreten (Rang 2012 in Klammern): Nach ihrem Austritt im Berichtsjahr 2008 zählen die EWE AG (74), der HDI Haftpflichtverband der Deutschen Industrie V. a. G. (89) und die GEA Group AG (100) sowie die Signal-Iduna Gruppe (94) nach ihrem Austritt im Berichtsjahr 2006 im Jahr 2012 wieder zum Kreis der „100 Größten“. Auf den hinteren Rangpositionen sind zudem die B. Braun Melsungen AG (96) und die Hella KGaA Hueck & Co. (99) in den Untersuchungskreis nachgerückt. Der Eintritt der AVECO Holding AG (81) ist infolge der erstmaligen Auswertung des handelsrechtlichen Konzernabschlusses allein erhebungstechnisch bedingt.

415. Traditionell weist die Monopolkommission die Wertschöpfung und Begleitmerkmale der EDEKA Zentrale AG & Co. KG und der sieben Regionalgesellschaften, sofern diese dem Kreis der 100 größten Unternehmen angehören (2012: Edeka Minden eG), aufgrund der spezifischen genossenschaftlichen Struktur der EDEKA-Gruppe gesondert aus. Würde man die Wertschöpfung der gesamten EDEKA-Gruppe anhand des gesamten Gruppenumsatzes und der gewichteten Wertschöpfungs-Umsatz-Relation der EDEKA Zentrale und der sieben Regionalgesellschaften berechnen, so würde die EDEKA-Gruppe mit einer geschätzten Wertschöpfung von EUR 3.812 Mio. den 23. Platz in der Rangliste belegen.¹⁵

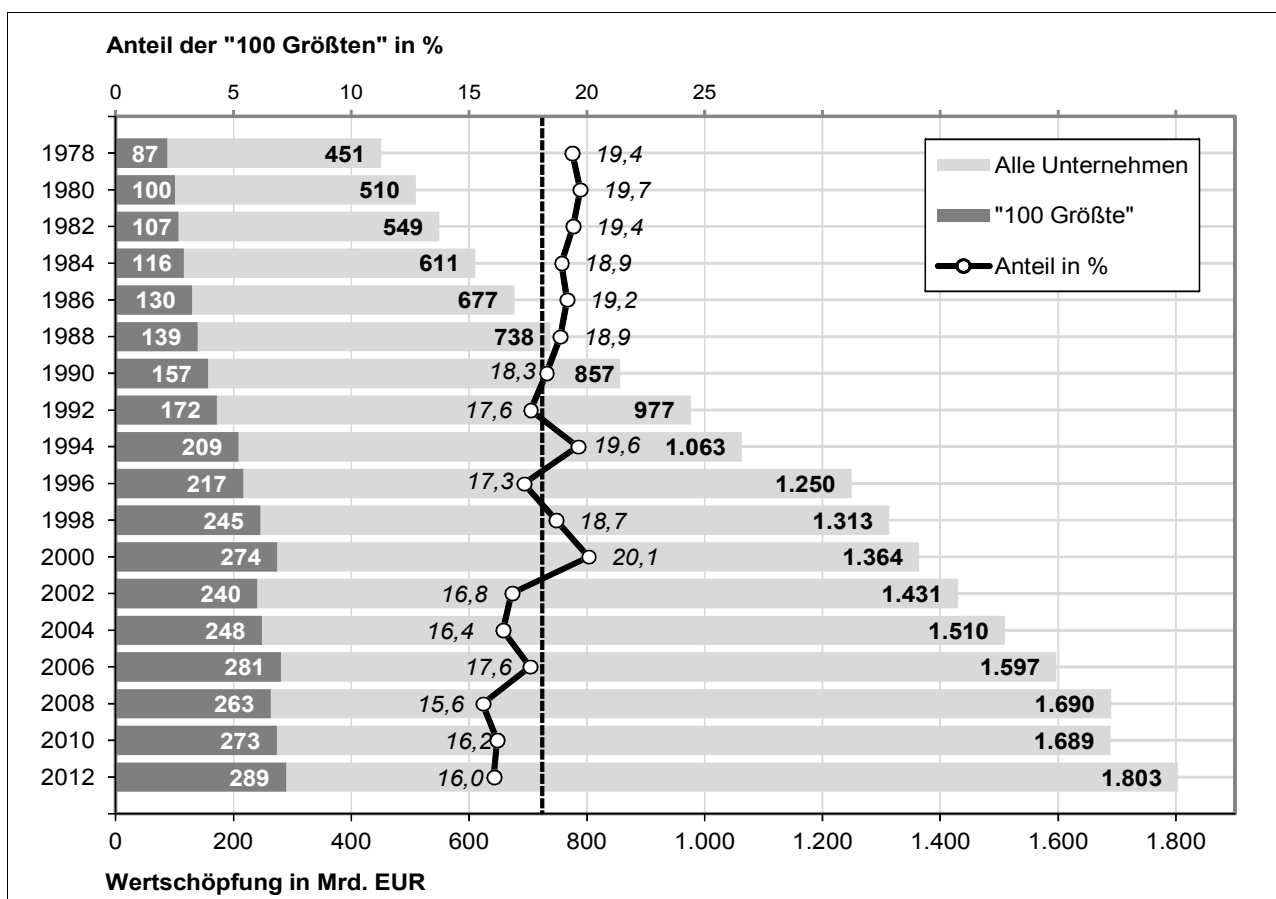
¹⁵ Für eine ausführliche Darstellung der Unternehmens- bzw. Gruppenstruktur der größten Marktakteure im deutschen Lebensmittelhandel vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, Stärkung des Wettbewerbs bei Handel und Dienstleistungen, Baden-Baden 2012, Tz. 1020 ff.

2.3 Die gesamtwirtschaftliche Bedeutung der „100 Größten“

2.3.1 Wertschöpfung

416. Die Erholung der deutschen Volkswirtschaft setzte sich nach dem Rückgang der gesamtwirtschaftlichen Leistung infolge der globalen Finanz- und Wirtschaftskrise im Jahr 2009 bis zum Ende des Jahres 2012 weiter fort. Die nominale Wertschöpfung aller Unternehmen in der Bundesrepublik Deutschland erhöhte sich im Zeitraum 2010 bis 2012 deutlich um 6,8 Prozent und liegt über dem Niveau des Jahres 2008.¹⁶ Im gleichen Zeitraum erhöhten die „100 Größten“ ihre inländische Wertschöpfung um 5,9 Prozent, nach einem Wachstum von 3,8 Prozent in der Vorperiode. In Abbildung II.1 sind die absolute Höhe und die Wachstumsraten der aggregierten Wertschöpfung der 100 größten Unternehmen bzw. aller Unternehmen in der Bundesrepublik Deutschland für den Zeitraum 1978 bis 2012 in jeweiligen Preisen dargestellt. Der Beitrag der 100 größten Unternehmen an der Wertschöpfung aller Unternehmen sank geringfügig auf 16,0 Prozent und liegt geringfügig unterhalb des Mittelwertes der letzten zehn Jahre (16,4 Prozent). Der langfristige durchschnittliche Anteil der jeweils betrachteten Großunternehmen an der Gesamtwertschöpfung aller Unternehmen im Zeitraum 1978 bis 2012 beträgt 18,1 Prozent.

Abbildung II.1: Entwicklung der Wertschöpfung im Zeitraum 1978 bis 2012



Quelle: Eigene Erhebungen

¹⁶ Vgl. Statistisches Bundesamt, Wiesbaden. Die Monopolkommission sieht von einer Darstellung auf der Basis von konstanten Preisen in Ermangelung eines geeigneten Preis- bzw. Kettenindex ab. Bis 2002: Nettowertschöpfung zu Faktorkosten und zu aktuellen Marktpreisen. Seit 2004: Bruttowertschöpfung zu Herstellungspreisen ohne Staatssektor, private Organisationen ohne Erwerbszweck und zusätzlich ohne Grundstücks- und Wohnungswesen.

Tabelle II.2: Wertschöpfung der 100 Größten

Jahr	Wertschöpfung „100 Größte“		Wertschöpfung Gesamtwirtschaft		Anteil (%)
	(Mio. EUR)	Veränderung zur Vorperiode (%)	(Mio. EUR)	Veränderung zur Vorperiode (%)	
1978	87387		451.103		19,4
1980	100.493	15,0	509.753	13,0	19,7
1982	106.659	6,1	549.480	7,8	19,4
1984	115.572	8,4	611.060	11,2	18,9
1986	129.682	12,2	677.083	10,8	19,2
1988	139.330	7,4	738.259	9,0	18,9
1990	156.693	12,5	856.813	16,1	18,3
1992	171.929	9,7	976.619	14,0	17,6
1994	208.512	21,3	1.063.017	8,8	19,6
1996	216.551	3,9	1.249.838	17,6	17,8
1998	245.392	13,4	1.313.220	5,1	18,6
2000	273.817	11,6	1.364.440	3,9	20,1
2002	240.390	-12,2	1.430.520	4,8	16,8
2004	248.100	3,2	1.509.770 ¹	5,5	16,4
2006	280.872	13,2	1.596.910 ¹	5,8	17,6
2008	263.171	-6,3	1.689.720 ¹	5,8	15,6
2010	273.256	3,8	1.688.720 ¹	-0,1	16,2
2012	289.301	5,9	1.803.320	6,8	16,0

¹ Aktualisierte Werte.

Quelle: Eigene Erhebungen

417. Die Monopolkommission setzt infolge der zunehmenden internationalen Ausrichtung der Produktions- und Beschaffungsprozesse und der damit verbundenen Ausgliederung von Geschäftsbereichen ins Ausland einen Schwerpunkt auf die Analyse der weltweiten Wertschöpfung der größten Unternehmen, um das wirtschaftliche Gewicht der für diese Unternehmen zuständigen Entscheidungszentralen angemessen zu erfassen. Die Gegenüberstellung von inländischer und weltweiter Wertschöpfung der größten Unternehmen ermöglicht ferner tendenziell Aussagen darüber, inwieweit Teile der Wertschöpfungskette infolge von Offshoring- oder Outsourcingprozessen ins Ausland verlagert wurden. Zusätzlich werden in Abschnitt 2.3.2 die nach dem Merkmal Beschäftigte abgegrenzten 100 größten Unternehmen in der Bundesrepublik Deutschland ermittelt und in Relation zu den Beschäftigtenzahlen der Gesamtkonzerne gesetzt.¹⁷

418. In Tabelle II.3 wird die inländische der weltweiten Wertschöpfung derjenigen Unternehmen gegenübergestellt, die den Sitz ihrer Konzernobergesellschaft im Inland haben, in beiden Berichtsjahren 2010 und 2012 zum Kreis der 100 größten Unternehmen zählten und deren Tätigkeitsschwerpunkte den Wirtschaftsbereichen Industrie, Handel oder Verkehr und Dienstleistungen zuzurechnen sind. Die weltweite Wertschöpfung der identifizierten 54 Unternehmen wuchs im Untersuchungszeitraum um 10,1 Prozent, die Wertschöpfung der inländischen Konzernteile erhöhte sich im Vergleich um 7,4 Prozent. 26 der 54 Unternehmen senkten den Anteil der inländischen Wertschöpfung an der Gesamtwertschöpfung, in 18 Fällen stieg die Inlandsrelation. Zehn der betrachteten Unternehmen erzielten die berechnete Wertschöpfung ausschließlich am deutschen Markt. Der Rückgang der Inlandsrelation ist in 17 der 26 Fälle auf eine relativ schwächere Zunahme und in neun Fällen auf eine Abnahme der inländischen Wertschöpfung zurückzuführen. Lediglich fünf Unternehmen erhöhten die Wertschöpfung des Gesamtkonzerns zulasten der Wertschöpfung der in-

¹⁷ Eine Gegenüberstellung der inländischen Beschäftigtenzahlen mit den Beschäftigten der Gesamtkonzerne ist eher als ein Vergleich auf Basis des Indikators Wertschöpfung geeignet, die zunehmende Internationalisierung von Großkonzernen aufzuzeigen, da monetäre Effekte infolge von Verlustverrechnungen, steuerlichen Unterschieden sowie unterschiedlichen Lohnniveaus ausgeblendet werden können.

ländischen Gesellschaften. Der Inlandsanteil der betrachteten Großunternehmen sank in der Folge gegenüber der Vorperiode nur unwesentlich um 1,4 Prozentpunkte und liegt im Jahr 2012 bei durchschnittlich 54,1 Prozent. Der Inlandsanteil der zehn größten Unternehmen beträgt 56,3 Prozent.

Tabelle II.3: Die inländische und die weltweite Wertschöpfung der größten Unternehmen 2010 und 2012

Rang nach Wert- schöp- fung	Jahr	Unternehmen	Inländische Wertschöpfung		Weltweite Wertschöpfung		Inlandsanteil (%)
			(Mio. EUR)	Verände- rung 2010/2012 (%)	(Mio. EUR)	Verände- rung 2010/2012 (%)	
1	2012	Volkswagen AG	25.692	54,3	41.022	56,7	62,6
2	2010		16.656		26.173		63,6
2	2012	Daimler AG	16.100	-4,3	26.099	10,0	61,7
1	2010		16.825		23.730		70,9
3	2012	Siemens AG	14.132*	2,4	32.142	1,7	44,0
3	2010		13.799*		31.598		43,7
4	2012	Deutsche Bahn AG	11.742	12,8	16.347	21,8	71,8
5	2010		10.406		13.420		77,5
5	2012	Bayerische Motoren Werke AG	11.335	39,0	16.840	34,8	67,3
8	2010		8.155		12.491		65,3
6	2012	Deutsche Telekom AG	11.300	0,1	18.394	-10,6	61,4
4	2010		11.289		20.578		54,9
7	2012	BASF SE	9.072	13,2	18.068	13,0	50,2
9	2010		8.014		15.992		50,1
8	2012	Robert Bosch GmbH	7.832	-6,3	16.975	-2,0	46,1
7	2010		8.360		17.314		48,3
9	2012	Deutsche Post AG	7.085*	7,2	20.437	10,8	34,7
11	2010		6.610*		18.445		35,8
10	2012	Deutsche Lufthansa AG	6.524	14,8	8.366	5,9	78,0
13	2010		5.683		7.902		71,9
11	2012	RWE AG	6.364	-11,4	9.166	-19,5	69,4
10	2010		7.183		11.383		63,1
12	2012	E.ON SE	5.949*	-38,5	9.715	-38,8	61,2
6	2010		9.679*		15.870		61,0
14	2012	SAP AG	4.684	37,7	11.330	44,2	41,3
21	2010		3.402		7.855		43,3
15	2012	Bayer AG	4.304	29,2	12.878	18,9	33,4
22	2010		3.331		10.831		30,8
17	2012	Metro AG	4.264	-1,9	8.888	-7,2	48,0
15	2010		4.345		9.580		45,4
18	2012	Continental AG	4.189	17,2	9.911	27,9	42,3

Rang nach Wert- schöp- fung	Jahr	Unternehmen	Inländische Wertschöpfung		Weltweite Wertschöpfung		Inlandsanteil (%)
			(Mio. EUR)	Verände- rung 2010/2012 (%)	(Mio. EUR)	Verände- rung 2010/2012 (%)	
19	2010	ThyssenKrupp AG	3.574		7.748		46,1
22	2012		3.836	-32,5	10.022	-0,3	38,3
14	2010		5.680		10.048		56,5
24	2012	Evonik Industries AG	3.236	17,3	4.555	11,8	71,0
25	2010		2.758		4.073		67,7
25	2012	ZF Friedrichshafen AG	3.226	6,5	4.727	19,4	68,2
23	2010		3.029		3.960		76,5
26	2012	Fresenius SE & Co. KGaA	3.135	25,7	9.718	25,0	32,3
31	2010		2.494		7.774		32,1
28	2012	Bertelsmann SE & Co. KGaA	2.826	-0,4	6.186	-2,0	45,7
24	2010		2.837		6.310		45,0
30	2012	INA-Holding Schaeffler GmbH & Co. KG	2.744	3,2	4.666	9,3	58,8
26	2010		2.660		4.267		62,3
32	2012	Energie Baden- Württemberg AG	2.651	-27,1	2.876	-24,1	92,2
18	2010		3.635		3.789		95,9
37	2012	Asklepios Kliniken GmbH	1.979	30,4	1.979	30,4	100,0
45	2010		1.517		1.517		100,0
38	2012	Rhön-Klinikum AG	1.893	10,4	1.893	10,4	100,0
41	2010		1.714		1.714		100,0
40	2012	C. H. Boehringer Sohn AG & Co. KG	1.796*	9,9	5.877	11,9	30,6
43	2010		1.635*		5.254		31,1
44	2012	Rethmann AG & Co. KG	1.624*	32,0	2.478	40,2	65,5
58	2010		1.230*		1.767		69,6
45	2012	K+S AG	1.497	15,9	1.820	4,2	82,3
54	2010		1.292		1.746		74,0
47	2012	EDEKA Zentrale AG & Co. KG	1.448	2,4	1.448	2,4	100,0
48	2010		1.415		1.415		100,0
48	2012	HGV Hamburger Gesell- schaft für Vermögens- und Beteiligungs- management mbH	1.441	9,3	1.441	9,3	100,0
50	2010		1.318		1.318		100,0
49	2012	Otto Group	1.430*	19,4	2.440	9,3	58,6
60	2010		1.198*		2.232		53,7
50	2012	Henkel AG & Co. KGaA	1.309	18,7	4.846	15,1	27,0
66	2010		1.103		4.212		26,2
53	2012	Salzgitter AG	1.282	-0,6	1.539	2,0	83,3
55	2010		1.290		1.509		85,5

Rang nach Wert- schöp- fung	Jahr	Unternehmen	Inländische Wertschöpfung		Weltweite Wertschöpfung		Inlandsanteil (%)
			(Mio. EUR)	Verände- rung 2010/2012 (%)	(Mio. EUR)	Verände- rung 2010/2012 (%)	
55	2012	E. Merck KG	1.264	-3,3	4.526	23,9	27,9
53	2010		1.308		3.654		35,8
58	2012	Wacker Chemie AG	1.232	-25,9	1.548	-20,2	79,6
42	2010		1.662		1.940		85,7
59	2012	Fraport AG Frankfurt	1.230	7,2	1.447	10,3	85,0
65	2010	Airport Services Worldwide	1.147		1.312		87,4
60	2012	Adolf Würth GmbH & Co. KG	1.225	6,2	3.208	11,7	38,2
64	2010		1.153		2.871		40,2
63	2012	BSH Bosch und Siemens Hausgeräte GmbH	1.189	30,9	2.746	6,6	43,3
81	2010		908		2.577		35,2
65	2012	Sana Kliniken AG	1.182	20,8	1.182	20,8	100,0
72	2010		978		978		100,0
69	2012	Bilfinger SE	1.084	-17,3	3.051	0,9	35,5
51	2010		1.310		3.025		43,3
70	2012	Carl Zeiss AG	1.059*	9,2	1.838	31,5	57,6
75	2010		970*		1.397		69,4
71	2012	PricewaterhouseCoopers AG Wirtschaftsprüfungs- gesellschaft	1.057	8,8	1.057	8,8	100,0
74	2010		971		971		100,0
73	2012	maxingvest AG	1.044*	6,8	2.333	1,4	44,8
73	2010		978*		2.301		42,5
75	2012	Stadtwerke München GmbH	1.001	-26,5	1.001	-26,5	100,0
49	2010		1.361		1.361		100,0
76	2012	Voith AG	997*	-1,3	2.438	11,2	40,9
69	2010		1.010*		2.192		46,1
78	2012	Freudenberg & Co. KG	984	24,5	2.358	23,3	41,7
92	2010		790		1.912		41,3
79	2012	LANXESS AG	983	11,6	2.204	25,8	44,6
86	2010		881		1.751		50,3
80	2012	Rheinmetall AG	978*	5,0	1.620	11,0	60,3
80	2010		931*		1.460		63,8
82	2012	Axel Springer AG	950	19,8	1.363	22,9	69,7
91	2010		793		1.109		71,5
83	2012	Stadtwerke Köln GmbH	934	-1,0	934	-1,0	100,0
78	2010		944		944		100,0
85	2012	DFS Deutsche Flugsicherung GmbH	926	21,5	926	21,5	100,0
98	2010		762		762		100,0

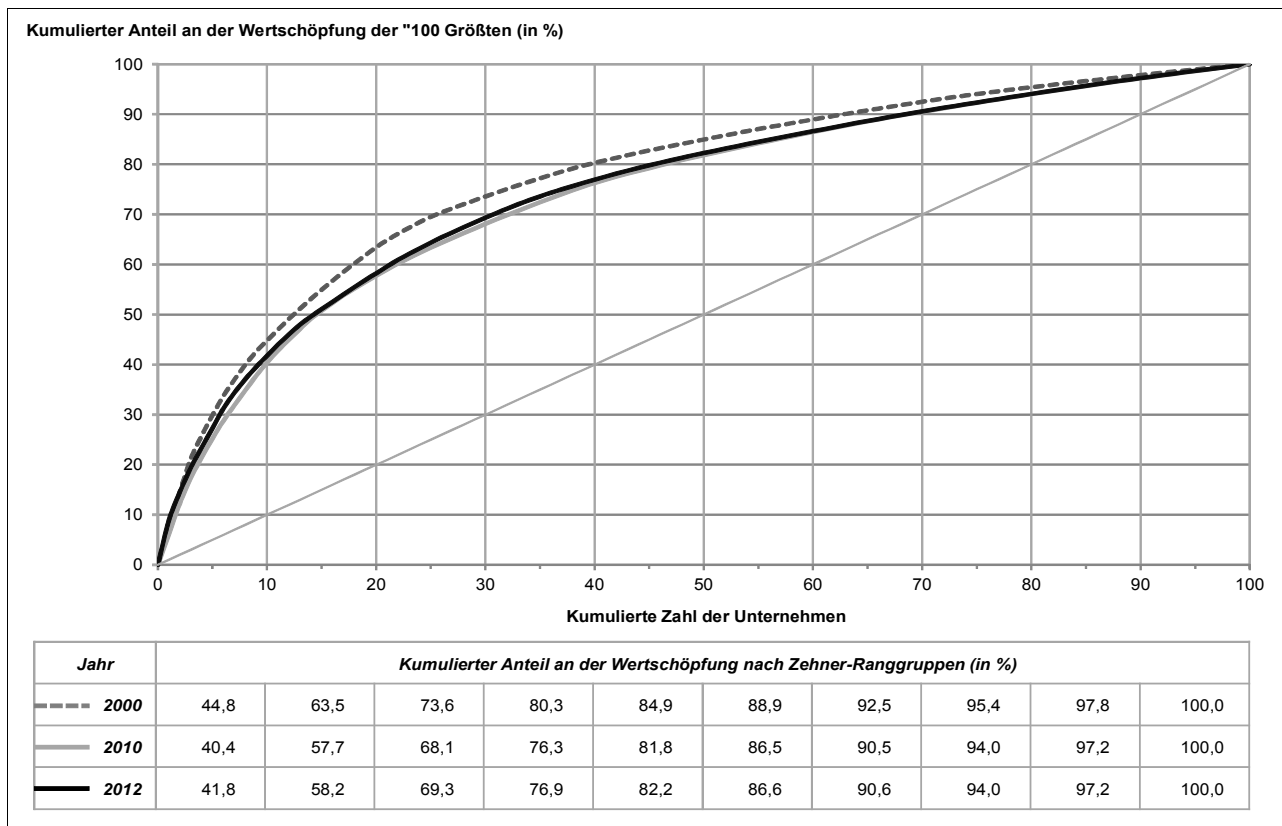
Rang nach Wert- schöp- fung	Jahr	Unternehmen	Inländische Wertschöpfung		Weltweite Wertschöpfung		Inlandsanteil (%)
			(Mio. EUR)	Verände- rung 2010/2012 (%)	(Mio. EUR)	Verände- rung 2010/2012 (%)	
87	2012	Linde AG	904	1,4	4.998	20,7	18,1
82	2010		892		4.141		21,5
88	2012	DEKRA SE	893*	14,9	1.462	21,0	61,1
97	2010		777*		1.208		64,3
91	2012	EDEKA Minden eG	849	-0,7	849	-0,7	100,0
87	2010		855		855		100,0
Insge- samt (n=54)	2012		209.883	7,4	388.173	10,1	54,1
	2010		195.495		352.534		55,5

Anmerkung: Bei der Gegenüberstellung ist die begrenzte Vergleichbarkeit von inländischer und weltweiter Wertschöpfung zu berücksichtigen. Dies lässt sich auf die Möglichkeit der Konsolidierung von Verlusten ausländischer Tochterunternehmen sowie auf die Anwendung unterschiedlicher Rechnungslegungsstandards zurückführen. Sofern eine Zahlenangabe mit einem * versehen ist, bedeutet dies, dass die Wertschöpfung des Unternehmens in dem betreffenden Jahr geschätzt werden musste. (Zu den Schätzmethoden vgl. die Anlagen zu diesem Gutachten.)

Quelle: Eigene Erhebungen

419. Abbildung II.2 stellt die Konzentration innerhalb der Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ gemessen an der Höhe der auf diese Unternehmen entfallende inländische Wertschöpfung für die Jahre 2010 und 2012 dar. Nachrichtlich wird die Konzentration für das Jahr 2000, in dem die höchste Konzentration innerhalb des Kreises der 100 größten Unternehmen seit der erstmaligen Erstellung der Statistik festgestellt wurde, dargestellt. Auf der Ordinate ist der kumulierte Anteil an der gesamten Merkmalssumme, auf der Abszisse die kumulierte Zahl der Unternehmen nach aufsteigender Rangposition abgetragen. Zusätzlich wird der kumulierte Anteil an der Wertschöpfung nach Dezilen eingeteilt.

Im Jahr 2012 erwirtschafteten die Unternehmen auf den ersten zehn Rängen 41,8 Prozent der inländischen Wertschöpfung der „100 Größten“ (2010: 40,4 Prozent). Dies entspricht einem Anteil von 6,7 Prozent (2010: 6,6 Prozent) an der Wertschöpfung aller Unternehmen in der Bundesrepublik Deutschland. Der Anstieg ist im Wesentlichen auf die Erhöhung der inländischen Wertschöpfung der Volkswagen AG zurückzuführen. Die Unternehmen auf den Rängen eins bis 50 erzielten 82,2 Prozent (2010: 81,8 Prozent) der Wertschöpfung der „100 Größten“. Die Anteile des sechsten bis zehnten Dezils an der Wertschöpfung veränderten sich zwischen den Berichtsjahren 2010 und 2012 nur geringfügig.

Abbildung II.2: Kumulierter Anteil an der Wertschöpfung der „100 Größten“ nach Zehner-Ranggruppen

Quelle: Eigene Erhebungen

420. In Tabelle II.4 sind die 100 größten Unternehmen nach ihrer Branchenzugehörigkeit zusammengefasst. Die Zahl der Unternehmen, die schwerpunktmäßig dem Produzierenden Gewerbe zuzurechnen sind, reduzierte sich gegenüber 2010 von 60 auf 57 Unternehmen. Der Anteil dieser Unternehmen an der Wertschöpfung sank nur unwesentlich von 62,9 Prozent auf 61,5 Prozent. Der Anteil der Unternehmen aus dem Wirtschaftsbereich Verkehr und Dienstleistungen erhöhte sich um 1,3 Prozentpunkte auf 21,2 Prozent und der Anteil der Unternehmen des Versicherungsgewerbes um 0,9 Prozentpunkte. Mit einem Anteil an der Wertschöpfung von 3,5 Prozent entfällt auf die Gruppe der Versicherungsunternehmen auch im Berichtsjahr 2012 das geringste gesamtwirtschaftliche Gewicht unter den betrachteten Branchen.

421. Ergänzend erfolgt in Abbildung II.3 die Auswertung der „100 Größten“ nach dem Sitz der Konzernobergesellschaften für das Jahr 2012. In der Abbildung werden den betreffenden Bundesländern bzw. den ausländischen Regionen die Zahl der in den jeweiligen Gebieten ansässigen Entscheidungszentralen der „100 Größten“ zugeordnet.¹⁸

¹⁸ Auf Grundlage dieser Auswertung lassen sich keine Rückschlüsse auf die regionale Verteilung der inländischen Wertschöpfung ziehen, da der Konsolidierungskreis der betrachteten Konzerne i. d. R. eine Vielzahl rechtlich selbstständiger Unternehmen umfasst, die sich auf verschiedene regionale Standorte erstrecken können.

Tabelle II.4: Aufschlüsselung der 100 größten Unternehmen 2010 und 2012 nach Wirtschaftsbereichen

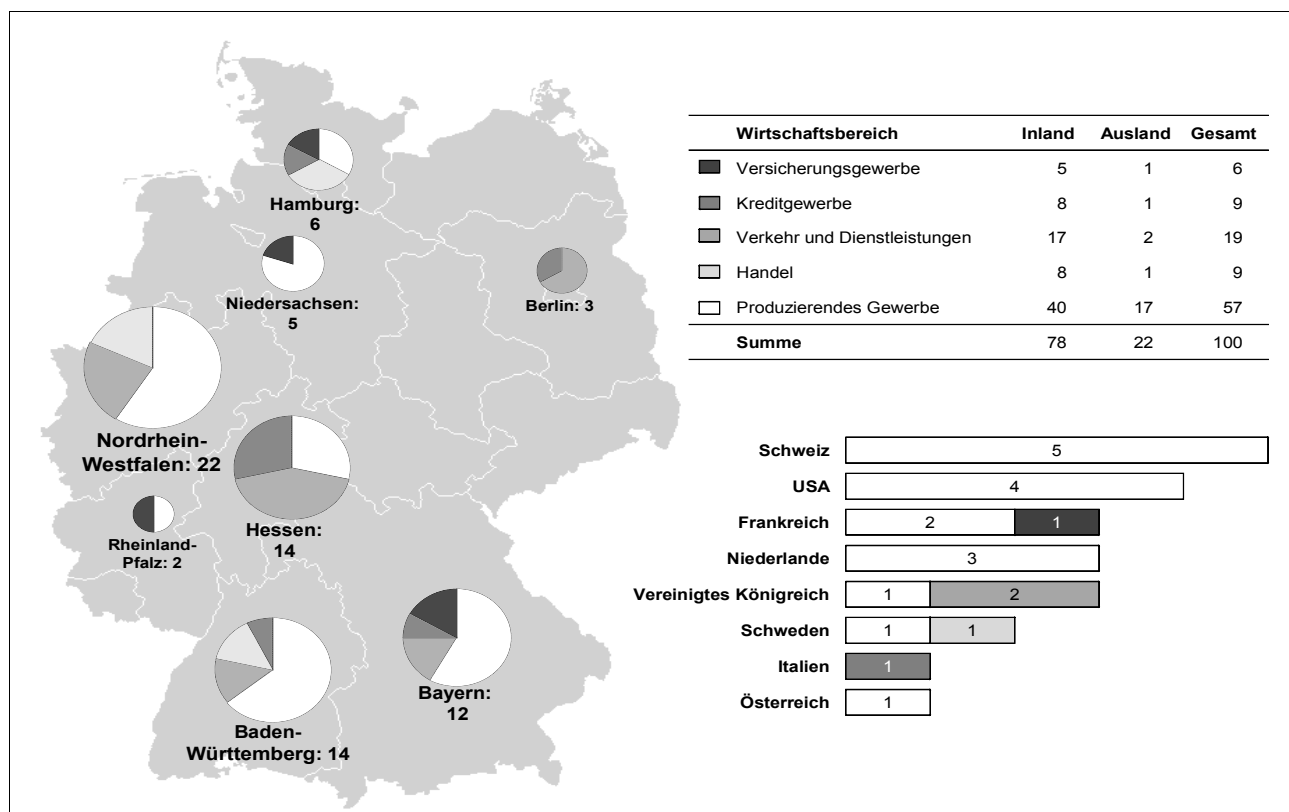
Wirtschaftsbereich	Anzahl der Unternehmen		Anteil an der Wertschöpfung der „100 Größten“ (%) ¹		Durchschnittliche Wertschöpfung (Mio. EUR)	
	2010	2012	2010	2012	2010	2012
Produzierendes Gewerbe	60	57	62,9	61,5	2.866	3.123
Handel	9	9	6,9	6,7	2.101	2.170
Verkehr und Dienstleistungen	18	19	19,9	21,2	3.022	3.225
Kreditgewerbe	9	9	7,7	7,0	2.328	2.249
Versicherungsgewerbe	4	6	2,6	3,5	1.767	1.705
Alle Unternehmen	100	100	100,0	100,0	2.733	2.893

Anmerkung: Vgl. Tz. 401.

¹ Werte auf eine Nachkommastelle gerundet.

Quelle: Eigene Erhebungen

Abbildung II.3: Regionale Verteilung der „100 Größten“ nach dem Sitz der Konzernobergesellschaften und nach Wirtschaftsbereichen im Berichtsjahr 2012



Quelle: Eigene Erhebungen

Die Anzahl der Unternehmen, deren Konzernobergesellschaft im Inland liegt, erhöhte sich auf 78 gegenüber 74 im Berichtsjahr 2010. Der Sitz der Konzernobergesellschaft lag 22 Fällen in Nordrhein-Westfalen, in jeweils 14 Fällen in Baden-Württemberg und Hessen sowie in 12 Fällen in Bayern. Wie bereits in den Vorjahren war keine Konzernobergesellschaft in den neuen Bundesländern ansässig. Von den 22 ausländischen Gruppen werden fünf Unternehmen durch eine Muttergesellschaft mit Sitz in der Schweiz und vier durch eine Muttergesellschaft in den Vereinigten Staaten mehrheitlich kontrolliert. In jeweils drei Fällen lag der Sitz der Zentrale in Frankreich, den Niederlanden und dem Vereinigten Königreich, gefolgt von Schweden mit zwei Fällen. Jeweils ein Unternehmen hat den Hauptsitz in Italien oder Österreich. 17 der 22 Unternehmen, die durch eine ausländische Obergesellschaft kontrolliert werden, sind schwerpunktmäßig dem Produzierenden Gewerbe zuzuordnen.

2.3.2 Beschäftigte

422. Zwischen der Höhe der inländischen Wertschöpfung und der Anzahl der Beschäftigten der 100 größten Unternehmen besteht ein enger Zusammenhang. Für das Jahr 2012 errechnet sich ein Korrelationskoeffizient zwischen der Wertschöpfung und der Anzahl der Beschäftigten von 0,86. Dies ist darauf zurückzuführen, dass bei nominalgüterwirtschaftlicher Betrachtung i. d. R. ein wesentlicher Teil der Wertschöpfung auf den Personalaufwand entfällt, welcher wiederum in hohem Maße von der Zahl der Beschäftigten determiniert wird.

423. Wie in den Vorjahren konnte im Berichtsjahr 2012 die Anzahl der Beschäftigten der inländischen Konzernbereiche für alle Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ ermittelt werden.¹⁹ Im Jahr 2012 beschäftigten die 100 größten Unternehmen insgesamt 3,32 Mio. Mitarbeiter (2010: 3,23 Mio.). Gegenüber dem Jahr 2010 erhöhten 67 der Unternehmen die Zahl der im Inland Beschäftigten, 33 Unternehmen bauten die Mitarbeiterzahl im Inland ab. Die Zahl der Beschäftigten der Großunternehmen erhöhte sich somit erstmals seit dem Berichtsjahr 1994. Der Effekt aus der Übernahme der MAN SE sowie der Dr. Ing. h.c. F. Porsche AG durch die Volkswagen AG spielte hierbei nur eine untergeordnete Rolle.²⁰ Insgesamt liegt die Zahl um 22,5 Prozent unter dem Niveau des Jahres 1994.

424. Um den Zusammenhang zwischen Wertschöpfung und Beschäftigtenzahlen genauer zu analysieren, untersucht die Monopolkommission seit dem Berichtsjahr 2006 ergänzend die größten Unternehmen nach der Zahl der im Inland Beschäftigten. Die identifizierten 100 größten Unternehmen, gemessen an der Zahl der inländischen Mitarbeiter, beschäftigten im aktuellen Berichtsjahr 3,57 Mio. Personen und somit 7,5 Prozent mehr als die „100 Größten“ nach Wertschöpfung. Die gemeinsame Schnittmenge zwischen den jeweils 100 größten Unternehmen nach Wertschöpfung und Beschäftigten beträgt 74. Die größten Abweichungen innerhalb der Rangliste nach Beschäftigtenzahlen ergeben sich erwartungsgemäß aus einer größeren Zahl und höheren Rangpositionen von Handelsunternehmen, die eine geringere Fertigungstiefe aufweisen. Die Ergebnisse der vollständigen Untersuchung zu den inländischen und weltweiten Beschäftigtenzahlen der 100 größten Arbeitgeber in Deutschland in den Jahren 2010 und 2012 sind in den methodischen und statistischen Anlagen zu Kapitel II dargestellt.

425. In Tabelle II.5 sind die nach der Anzahl der Beschäftigten zehn größten Unternehmen des Jahres 2012 zusammengefasst. Ihr Anteil an der Gesamtzahl der Beschäftigten aller Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ nach Wertschöpfung betrug 43,1 Prozent (2010: 42,4 Prozent). Der Kreis der zehn Unternehmen

¹⁹ Die Monopolkommission ist bestrebt, die Beschäftigten umgerechnet in Vollzeitäquivalente am Bilanzstichtag zu erfassen, wobei die Bilanzstichtage der einzelnen Unternehmen in einigen Fällen voneinander abweichen können. Bei einigen Unternehmen musste auf die Jahresdurchschnitte sowie die Kopfzahl zurückgegriffen werden.

²⁰ Würde man im Berichtsjahr 2012 die MAN SE sowie die Dr. Ing. h.c. F. Porsche AG weiterhin als selbstständige Konzerne im Untersuchungskreis berücksichtigen, wäre die Zahl der im Inland Beschäftigten lediglich um etwa 0,6 Prozent niedriger. Der Grund für den schwachen Effekt ist darin zu sehen, dass durch den Zusammenschluss auf den letzten beiden Rangpositionen vergleichsweise kleine Unternehmen in den Kreis der „100 Größten“ nachrückten.

mit den meisten Beschäftigten blieb gegenüber dem Jahr 2010 mit Ausnahme der ThyssenKrupp AG unverändert. An ihre Stelle trat die Bayerische Motoren Werke AG. Der Anteil der im Inland Beschäftigten an der Gesamtzahl aller Beschäftigten der zehn größten Konzerne lag durchschnittlich bei 47,2 Prozent (2010: 46,1 Prozent).

Tabelle II.5: Die nach Beschäftigten zehn größten Unternehmen 2012

<i>Rang nach Beschäftigten</i>	<i>Rang nach Wertschöpfung</i>	<i>Unternehmen</i>	<i>Beschäftigte Inland</i>	<i>Beschäftigte Welt</i>	<i>Inlandsanteil (%)</i>
1	1	Volkswagen AG	249.470	549.763	45,4
2	4	Deutsche Bahn AG	186.222	287.508	64,8
3	9	Deutsche Post AG	167.082	428.129	39,0
4	2	Daimler AG	166.363	275.087	60,5
5	16	REWE-Gruppe	148.634	234.193	63,5
6	3	Siemens AG	119.000	366.700	32,5
7	6	Deutsche Telekom AG	118.840	229.686	51,7
8	8	Robert Bosch GmbH	111.909	305.877	36,6
9	17	Metro AG	89.920	252.138	35,7
10	5	Bayerische Motoren Werke AG	76.429	105.876	72,2
Insgesamt			1.433.869	3.034.957	47,2

Quelle: Eigene Erhebungen

426. Abbildung II.4 veranschaulicht die Entwicklung der Beschäftigtenzahlen der „100 Größten“ nach Wertschöpfung und die Veränderung der Gesamtanzahl aller sozialversicherungspflichtig Beschäftigten in Deutschland in den Jahren 1978 bis 2012.²¹ Die Anzahl der Beschäftigten aller Unternehmen erhöhte sich gegenüber dem Jahr 2010 mit 4,2 Prozent relativ stärker als die Zahl der auf die 100 Großunternehmen entfallenden Mitarbeiter (3,0 Prozent). Der Anteil der „100 Größten“ an allen sozialversicherungspflichtig Beschäftigten in Deutschland reduzierte sich in der Folge erneut auf nunmehr 12,6 Prozent, den niedrigsten Wert seit der erstmaligen Erhebung im Jahr 1978. Der langjährige durchschnittliche Anteil im Zeitraum 1978 bis 2012 liegt im Vergleich bei 15,6 Prozent. Ab dem Jahr 2006 sind in der Abbildung ergänzend die Anteile der 100 größten Unternehmen nach dem Ordnungskriterium inländische Beschäftigte dargestellt. Ihr Anteil lag im Berichtsjahr 2012 unverändert mit einem Wert von 13,6 Prozent um einen Prozentpunkt über dem Anteil der „100 Größten“ nach Wertschöpfung.

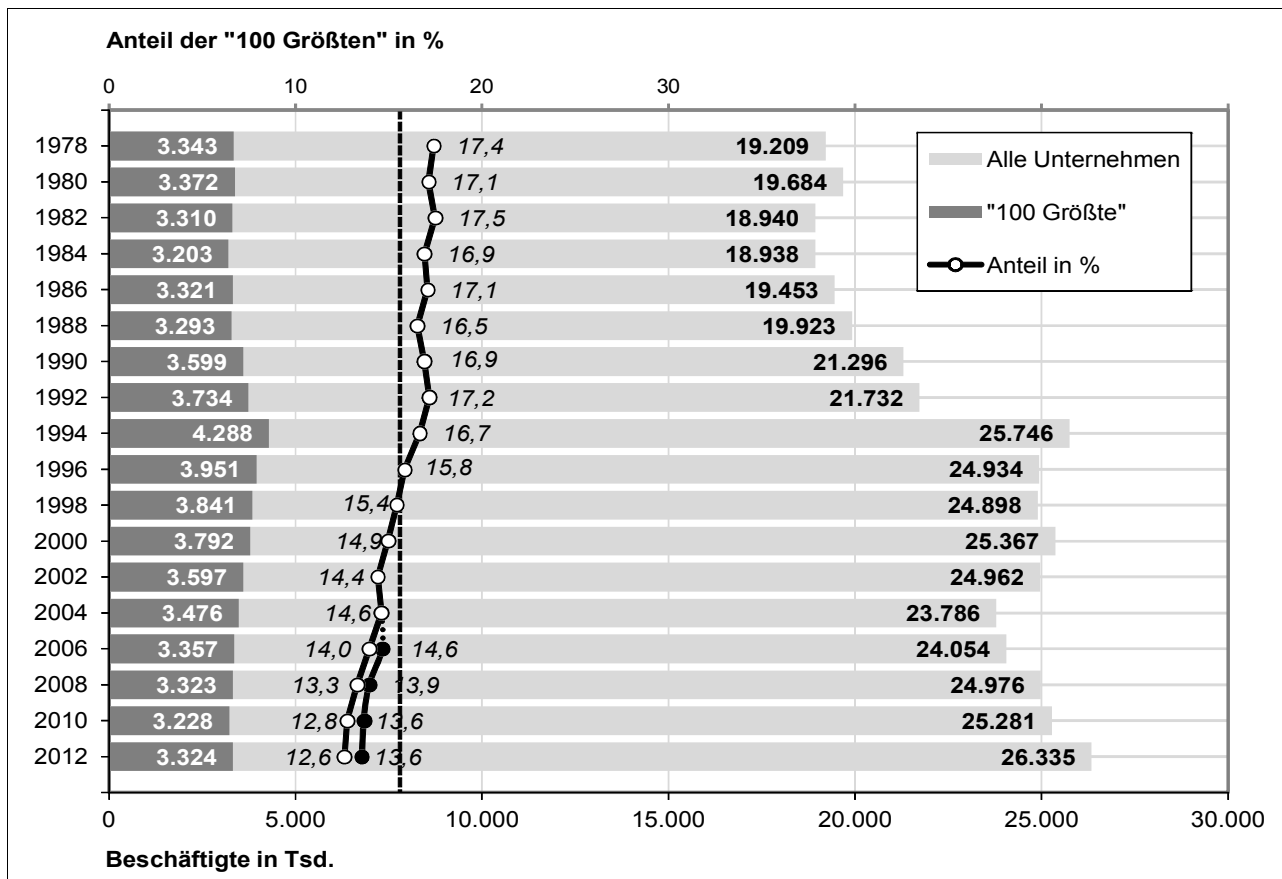
427. Gegenüber dem Referenzjahr 2010 reduzierten 33 der 100 größten Unternehmen die Zahl der im Inland Beschäftigten. In 17 Fällen ging der Abbau der Beschäftigtenzahlen mit einer Verringerung der Wertschöpfung einher.

428. Für einen Vergleich der Beschäftigtenzahlen in den Jahren 2010 und 2012 werden im Unterschied zu den zuvor dargestellten unbalancierten Zeitreihen nur die 93 Unternehmen berücksichtigt, die in beiden Jahren dem Kreis der „100 Größten“ angehörten und von denen für beide Jahre die Zahl der Beschäftigten inländischer Konzerngesellschaften vorlagen. Die ermittelten 93 Unternehmen repräsentieren einen Anteil von 96,7 Prozent der Mitarbeiter der „100 Größten“ (2010: 96,0 Prozent). Im Jahr 2012 beschäftigten diese Unternehmen 3.215.807 Personen (2010: 3.099.131). Das entspricht einer Zunahme des Personalbestandes

²¹ Sozialversicherungspflichtig beschäftigte Arbeitnehmer aller Wirtschaftszweige, außer Organisationen ohne Erwerbszweck, private Haushalte und Gebietskörperschaften sowie Sozialversicherungen. Vgl. Statistisches Bundesamt, Wiesbaden. Hinzuaddiert wurden die beamteten Arbeitnehmer der Deutschen Bahn AG, der Deutschen Telekom AG sowie der Deutschen Post AG und ihrer Konzerngesellschaften.

um 3,8 Prozent. Der Anteil der 93 Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ an der Anzahl der sozialversicherungspflichtig Beschäftigten aller Unternehmen verringerte sich geringfügig auf 12,2 Prozent (2010: 12,3 Prozent).

Abbildung II.4: Entwicklung der Beschäftigung im Zeitraum 1978 bis 2012



Anmerkung: Ab 2006 wird zusätzlich der Anteil der 100 größten Unternehmen gemessen an dem Merkmal inländische Beschäftigte berichtet (mit dunklen Kreisen markierte Anteilswerte).

Quelle: Eigene Erhebungen

429. Infolge des relativ stärkeren Anstiegs der inländischen Wertschöpfung erhöhte sich die Wertschöpfung pro Arbeitnehmer im Mittel in den 93 betrachteten Unternehmen im Jahr 2012 um 3,7 Prozent auf EUR 88.093 gegenüber EUR 84.926 in 2010. Die Wertschöpfung pro Arbeitnehmer aller Unternehmen in der Bundesrepublik Deutschland stieg im gleichen Zeitraum durchschnittlich von EUR 66.797 auf EUR 68.476.

2.3.3 Sachanlagen

430. Die Höhe der Sachanlagen wird durch den Wirtschaftszweig, in dem ein Unternehmen schwerpunktmäßig tätig ist, maßgeblich bestimmt. Vergleichsweise hohe Sachanlagevermögen sind i. d. R. in Unternehmen im Bereich der Netzindustrien festzustellen. Unter den „100 Größten“ trifft dies vorrangig auf die großen Energieversorgungsunternehmen sowie die Deutsche Telekom AG und die Deutsche Bahn AG zu. Eine relativ hohe Intensität der Sachanlagen wird ferner in den Wirtschaftsbereichen Kraftfahrzeugbau, Elektrotechnik, Maschinenbau und Chemische Industrie benötigt. Zudem besteht ein Zusammenhang zwischen der Unternehmensgröße – gemessen anhand der Wertschöpfung – und der Höhe des Sachanlagevermögens. Im Jahr 2012 betrug der Korrelationskoeffizient zwischen der Wertschöpfung und der Höhe des Sachanlagevermögens 0,85.

431. In den Vergleich des Sachanlagevermögens in den Berichtsjahren 2010 und 2012 wurden die Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ einbezogen, die überwiegend den Wirtschaftsbereichen Produzierendes Gewerbe, Handel oder Verkehr und Dienstleistungen zuzurechnen sind und in beiden Jahren zum Kreis der „100 Größten“ zählten. Unberücksichtigt blieben diejenigen Unternehmen, für die die Höhe der inländischen Sachanlagen nicht ermittelt werden konnte. In die Analyse wurden 66 Unternehmen einbezogen, die am Bilanzstichtag 2012 über ein Sachanlagevermögen in Höhe von EUR 401.808 Mio. (2010: EUR 350.170 Mio.) verfügten. Der Bestand des Sachanlagevermögens der betrachteten Großunternehmen erhöhte sich, im Wesentlichen getrieben durch das gestiegene Sachanlagevermögen der Volkswagen AG um 14,8 Prozent. In Tabelle II.6 sind die nach Sachanlagevermögen einschließlich immaterieller Vermögensgegenstände zehn größten Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ im Jahr 2012 zusammengefasst, die nicht dem Kredit- oder Versicherungsgewerbe angehören.

Tabelle II.6: Die nach Sachanlagen zehn größten Unternehmen 2012 (ohne Kreditinstitute und Versicherungen)

<i>Rang nach Sachanlagen</i>	<i>Rang nach Wertschöpfung</i>	<i>Unternehmen</i>	<i>Sachanlagen' (Mio. EUR)</i>
1	1	Volkswagen AG	69.333
2	6	Deutsche Telekom AG	36.216
3	4	Deutsche Bahn AG	35.088
4	11	RWE AG	26.461
5	12	E.ON SE	23.686
6	2	Daimler AG	20.442
7	27	Vattenfall-Gruppe Deutschland	14.791
8	32	Energie Baden-Württemberg AG	14.204
9	5	Bayerische Motoren Werke AG	14.074
10	15	Bayer AG	12.945

¹ Die Angaben beziehen sich auf die inländischen Konzernbereiche. Das inländische Sachanlagevermögen der Deutsche Post AG blieb aufgrund mangelnder Datenverfügbarkeit unberücksichtigt.

Quelle: Eigene Erhebungen

2.3.4 Cashflow

432. Der Cashflow gilt als Indikator für die Finanzkraft eines Unternehmens. Da zur Bestimmung des Cashflow Angaben aus der Gewinn- und Verlustrechnung eines einzelnen Jahresabschlusses verwendet werden, stellt er kein geeignetes Maß zur Darstellung langfristiger Innenfinanzierungsmöglichkeiten eines Unter-

nehmens dar. Ausgehend vom Jahresüberschuss oder -fehlbetrag werden i. d. R. alle Aufwendungen und Erträge, die in der betrachteten Periode nicht zahlungswirksam geworden sind, wieder hinzugerechnet bzw. abgezogen. Die Ermittlung des Cashflow anhand der Angaben der Gewinn- und Verlustrechnung lässt somit zahlungswirksame Vorgänge, die nicht erfolgswirksam sind – z. B. die Aufnahme von Kapital oder den Erwerb von Vermögensgegenständen, welche nicht sofort abgeschrieben werden – unberücksichtigt. Als Vorteil der Kennzahl Cashflow wird angeführt, dass sie Änderungen der wirtschaftlichen Lage eines Unternehmens deutlicher ausdrückt als die Wertschöpfung, die aufgrund des hohen Anteils an Personalkosten, die i. d. R. kurzfristig wenig variabel sind, eine langsamere Reaktion auf – vor allem negative – Ertragsänderungen zeigt.

433. Die Monopolkommission verwendet für die Cashflow-Berechnung das folgende stark vereinfachte Schema:

Jahresüberschuss/Jahresfehlbetrag

+ Abschreibungen

+ Veränderung der Pensionsrückstellungen gegenüber dem Vorjahr.

Aufgrund der Positionen, die für die Berechnung des Cashflow herangezogen werden, unterliegt dieser im Zeitablauf erheblichen Schwankungen. Sinnvolle Erkenntnisse für die Finanzkraft eines Unternehmens vermittelt diese Größe nur bei Industrie-, Handels-, Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen. Aufgrund ihrer spezifischen Geschäftstätigkeit werden die Kreditinstitute und Versicherungskonzerne im Untersuchungskreis aus der folgenden Cashflow-Analyse ausgeklammert. In beiden Jahren lagen für einige Unternehmen nicht alle zur Berechnung des Cashflow benötigten Angaben vor,²² wodurch die Repräsentanz der Ergebnisse für die Entwicklung der „100 Größen“ reduziert wird. Tabelle II.7 zeigt die zehn Unternehmen mit dem höchsten Cashflow im Berichtsjahr 2012.

Tabelle II.7: Die nach Cashflow zehn größten Unternehmen 2012 (ohne Kreditinstitute und Versicherungen)

<i>Rang nach Cashflow</i>	<i>Rang nach Wertschöpfung</i>	<i>Unternehmen</i>	<i>Cashflow (Mio. EUR)</i>
1	1	Volkswagen AG	31.651
2	2	Daimler AG	8.194
3	6	Deutsche Telekom AG	8.066
4	11	RWE AG	7.489
5	12	E.ON SE	5.713
6	7	BASF SE ¹	5.179
7	3	Siemens AG ¹	4.376
8	4	Deutsche Bahn AG	4.238
9	15	Bayer AG	4.015
10	5	Bayerische Motoren Werke AG	4001

Anmerkung: Die Liste der nach Cashflow zehn größten Unternehmen des Jahres 2012 ist nur bedingt aussagekräftig, da infolge der Datenermittlungsprobleme wichtige Großunternehmen fehlen.

¹ Der Cashflow wurde über die gleiche Relation wie die Wertschöpfung geschätzt (zu den einzelnen Schätzmethoden vgl. Tz. 410.).
Quelle: Eigene Erhebungen

434. Für den Zweijahresvergleich werden wie bei den Untersuchungen zu den Kriterien Beschäftigte und Sachanlagen nur diejenigen Unternehmen berücksichtigt, die nicht schwerpunktmäßig dem Kredit- oder Versicherungsgewerbe zuzurechnen sind, die in beiden Jahren 2010 und 2012 zu den „100 Größten“ zählten und für die der Cashflow in beiden Jahren ermittelt werden konnte. Unter Berücksichtigung dieser Einschränkung wurden 75 Unternehmen in den Vergleich einbezogen. Der Cashflow summierte sich im Jahr 2012 auf insgesamt EUR 130.388 Mio. Dies entspricht einem Anstieg um 37,2 Prozent gegenüber dem Berichtsjahr 2010 (EUR 95.013 Mio.).

2.4 Rechtsformen der „100 Größten“

435. In Tabelle II.8 erfolgt eine Aufschlüsselung nach Rechtsformen der „100 Größten“. Bei Konzernen wurde die Rechtsform der den Konzernabschluss aufstellenden (inländischen bzw. ausländischen) Obergesellschaft angegeben. Im Falle der betrachteten Gleichordnungskonzerne weisen die Konzernobergesellschaften übereinstimmende Rechtsformen auf.

Tabelle II.8: Rechtsformen der „100 Größten“ 2010 und 2012

Rechtsform	Zahl der Unternehmen	
	2010	2012
Aktiengesellschaft ¹	67	64
Europäische Gesellschaft	6	5
Gesellschaft mit beschränkter Haftung	7	7
Anstalt/Körperschaft öffentlichen Rechts	3	3
Eingetragene Genossenschaft	2	2
OHG oder KG i.S.d. § 264a HGB ²	5	7
Kommanditgesellschaft	6	6
Kommanditgesellschaft auf Aktien	2	3
Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit	1	3
Sonstige (Stiftung, Zuordnung nicht möglich)	1	0
Insgesamt	100	100

¹ Die Rechtsformen Naamloze Vennootschap (Niederlande), Corporation (USA), Società per Azioni (Italien), Société Anonyme (Frankreich, Luxemburg), Aktiebolag (Schweden), Osakeyhtiö (Finnland) sowie Public Company Limited by Shares (Großbritannien) wurden der Kategorie Aktiengesellschaft zugerechnet.

² Unter offenen Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften im Sinne des § 264a HGB werden solche Gesellschaften verstanden, bei denen nicht wenigstens ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person oder eine offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft oder andere Personengesellschaft mit einer natürlichen Person als persönlich haftendem Gesellschafter ist oder sich die Verbindung von Gesellschaften in dieser Art fortsetzt.

Quelle: Eigene Erhebungen

3 Branchenspezifische Betrachtung

3.1 Aussagegehalt der branchenspezifischen Geschäftsvolumina

436. Die Monopolkommission weist in Ergänzung zu der Darstellung der nach inländischer Wertschöpfung 100 größten Unternehmen die nach dem inländischen Umsatz 50 größten Industrie- sowie die jeweils zehn größten Handels- und Dienstleistungsunternehmen, die nach Bilanzsumme zehn größten Kreditinstitute und die nach Bruttobeitragseinnahmen zehn größten Versicherungsunternehmen aus.²³ Die Rangfolgen werden

²³ Vgl. Tz. 401.

analog auf Grundlage der auf die inländischen Konzerngesellschaften entfallenden Geschäftsvolumina aufgestellt. Weiterhin erfolgt eine Gegenüberstellung der Summe der Umsatzerlöse, Bilanzsumme bzw. Bruttobeitragseinnahmen mit den entsprechenden gesamtwirtschaftlichen nominalen Vergleichsgrößen.²⁴ Anhand dieses Vorgehens wird ein Vergleich der Entwicklung von Wertschöpfung und Geschäftsvolumen bei nahezu allen Unternehmen unter den nach Wertschöpfung „100 Größten“ möglich.

437. Die genannten Größenmerkmale stehen im Gegensatz zur Wertschöpfung in keinem unmittelbaren Zusammenhang zu dem Personalaufwand und Einkommen- bzw. Ertragsteueraufwand oder dem Erfolg eines Unternehmens. Sie lassen daher isoliert betrachtet keine Rückschlüsse auf die Bedeutung der betrachteten Unternehmen als Arbeitgeber, Steuersubjekte und Kapitalanlageobjekte zu. Auch spiegeln sich die Unterschiede im Grad der vertikalen Integration der Unternehmen nicht in ihren Umsatzerlösen bzw. Beitragseinnahmen wieder.

438. Im Unterschied zur inländischen Wertschöpfung sind die Geschäftsvolumenmerkmale i. d. R. dem handelsrechtlichen Jahresabschluss zu entnehmen. Umsatzerlöse und Bruttobeitragseinnahmen bilden die Bedeutung eines Unternehmens als Anbieter von Waren und Dienstleistungen ab. Auch die Bilanzsumme der Kreditinstitute erlaubt Rückschlüsse auf ihre Relevanz als Anbieter. So bilden Forderungen an Kunden²⁵ i. d. R. den überwiegenden Anteil der Summe der Aktiva großer deutscher Banken, umgekehrt machen die Verbindlichkeiten gegenüber Kunden häufig mehr als die Hälfte der Summe der Passiva aus.

Die Branchenzuordnung erfolgt anhand der Angaben in ihrer Segmentberichterstattung und den in der Datenbank ORBIS des Anbieters Bureau van Dijk vermerkten Angaben. Angesichts der Größe der betrachteten Unternehmensgruppen und der häufig konglomeraten Struktur werden in den meisten Fällen branchenfremde Unternehmen in den Konsolidierungskreis einbezogen. Z. B. zählen einige der Nichtfinanzdienstleistungsunternehmen Kreditinstitute und Versicherungen zu ihrem Konsolidierungskreis. Umgekehrt werden von einigen Kreditinstituten und Versicherungen Dienstleistungsunternehmen konsolidiert. Die Anteile branchenfremder Konzerngesellschaften am gesamten Geschäftsvolumen sind jedoch i. d. R. gering.²⁶

3.2 Industrie

439. Tabelle II.9 fasst die nach dem konsolidierten Umsatz der inländischen Konzerngesellschaften 50 größten Industrieunternehmen zusammen. Ergänzend wird den Angaben der konsolidierte Umsatz des Gesamtkonzerns gegenübergestellt. Der entsprechende Rang nach Wertschöpfung gemäß Tabelle II.1 ist in der dritten Spalte vermerkt.

440. Die Zusammensetzung des Kreises der 50 größten Industrieunternehmen hat sich gegenüber dem Jahr 2010 nur geringfügig geändert. Aus dem Berichtskreis ausgeschieden sind (Rang nach Umsatzerlösen 2010 in Klammern) infolge der Übernahme durch die Volkswagen AG die MAN SE (22) sowie die Dr. Ing. h.c. F. Porsche AG (33). Weiterhin schieden die Gazprom-Gruppe Deutschland (31) und die Novartis-Gruppe Deutschland (49) aus der Rangliste aus. Auf den hinteren Positionen finden sich an ihrer Stelle die Johnson Controls-Gruppe Deutschland (40), die LANXESS AG (46), die Peugeot-Gruppe Deutschland (47) sowie die Dow-Gruppe Deutschland (48).

²⁴ Eine Umrechnung in reale Größen wäre im Rahmen der Untersuchung mit erheblichen methodischen Problemen verbunden. Alle in Abschnitt 3 berichteten einzel- und gesamtwirtschaftlichen Größen sind entsprechend in laufenden Preisen dargestellt.

²⁵ Konzernfremde Kreditinstitute werden hier ebenfalls als Kunden betrachtet.

²⁶ Eine Ausnahme bildet z. B. die DZ Bank AG, die wesentliche Geschäftsvolumina außerhalb ihres Hauptgeschäftsbereichs aufwies.

Tabelle II.9: Die nach Umsatz 50 größten deutschen Industrieunternehmen 2010 und 2012

Jahr	Rang nach		Unternehmen	Konsolidierter Umsatz der	
	Umsatz der inländischen Gesell- schaften	Wert- schöpfung		inländischen Gesellschaften¹	Gesamtkonzerne
				(Mio. EUR)	
2012	1	1	Volkswagen AG	129.701	192.676
2010	1	2		86.915	126.875
2012	2	12	E.ON SE	102.032	132.093
2010	2	6		62.966	92.863
2012	3	2	Daimler AG	72.566	114.297
2010	3	1		62.278	97.761
2012	4	5	Bayerische Motoren Werke AG	59.790	76.848
2010	4	8		46.852	60.477
2012	5	66	BP-Gruppe Deutschland	46.402	292.314
2010	8	52		27.776	224.108
2012	6	11	RWE AG	43.952	50.771
2010	5	10		39.687	50.722
2012	7	68	Shell-Gruppe Deutschland	38.075 ^s	363.585
2010	7	89		28.266 ^s	277.625
2012	8	3	Siemens AG	34.046	78.296
2010	6	3		33.654	75.978
2012	9	7	BASF SE	32.718	78.729
2010	10	9		25.426	63.873
2012	10	8	Robert Bosch GmbH	30.702	52.464
2010	9	7		27.016	47.259
2012	11	22	ThyssenKrupp AG	22.511	40.124
2010	11	14		22.931	42.621
2012	12	15	Bayer AG	19.983	39.760
2010	13	22		17.514	35.088
2012	13	-	Ford-Gruppe Deutschland	17.070	104.488
2010	12	40		18.185 ^E	97.270
2012	14	32	Energie Baden-Württemberg AG	17.068	19.246
2010	14	18		15.943	17.509
2012	15	42	Total-Gruppe Deutschland	14.650	182.299
2010	19	47		11.017	140.476
2012	16	19	EADS-Gruppe Deutschland	13.412	56.480
2010	17	20		12.236	45.752
2012	17	27	Vattenfall-Gruppe Deutschland	13.297	19.224

Jahr	Rang nach		Unternehmen	Konsolidierter Umsatz der	
	Umsatz der inländischen Gesell- schaften	Wert- schöpfung		inländischen Gesellschaften¹	Gesamtkonzerne
				(Mio. EUR)	
2010	15	33		13.940	22.404
2012	18	18	Continental AG	11.981	32.736
2010	20	19		10.820	26.047
2012	19	-	General Motors-Gruppe Deutschland	11.461 ^E	118.501
2010	18	-		11.139 ^E	102.277
2012	20	-	Heraeus Holding GmbH	11.367	20.217
2010	16	-		13.548	22.025
2012	21	41	ExxonMobil-Gruppe Deutschland	10.297	352.666
2010	24	83		7.779	257.652
2012	22	25	ZF Friedrichshafen AG	9.593	17.366
2010	21	23		9.093	12.907
2012	23	53	Salzgitter AG	9.278	10.397
2010	26	55		7.171	8.305
2012	24	-	Aurubis AG	9.013	13.789
2010	27	-		7.009	9.865
2012	25	95	Dr. August Oetker KG	8.647	10.942
2010	25	100		7.259	9.457
2012	26	24	Evonik Industries AG	8.382	13.629
2010	23	25		8.133	13.300
2012	27	-	Umicore-Gruppe Deutschland	8.231	12.548
2010	28	-		6.768	9.691
2012	28	40	C. H. Boehringer Sohn AG & Co. KG	8.004	14.691
2010	32	43		6.263	12.586
2012	29	74	EWE AG	7.715	8.158
2010	29	-		6.616	6.970
2012	30	30	INA-Holding Schaeffler GmbH & Co. KG	7.442	11.125
2010	30	26		6.568	9.495
2012	31	-	VNG-Verbundnetz Gas AG	6.795	7.811
2010	43	-		4.605	5.293
2012	32	54	Hewlett-Packard-Gruppe Deutschland	6.780	93.674
2010	34	79		5.814	95.067
2012	33	-	Philip Morris International-Gruppe Deutschland	6.157 ^E	24.421
2010	35	-		5.778 ^E	20.523

Jahr	Rang nach		Unternehmen	Konsolidierter Umsatz der	
	Umsatz	Wert- schöpfung		inländischen Gesellschaften¹	Gesamtkonzerne
	der inländischen Gesell- schaften			(Mio. EUR)	
2012	34	26	Fresenius SE & Co. KGaA	6.078	19.290
2010	39	31		4.815	15.972
2012	35	51	STRABAG-Gruppe Deutschland	5.687	12.983
2010	37	63		5.114	12.382
2012	36	23	Sanofi-Gruppe Deutschland	5.357 ^E	34.947
2010	40	39		4.733 ^E	30.384
2012	37	-	ArcelorMittal-Gruppe Deutschland	5.181 ^S	65.543
2010	44	-		4.335 ^S	58.854
2012	38	36	IBM-Gruppe Deutschland	5.020	81.338
2010	38	32		5.068	75.332
2012	39	63	BSH Bosch und Siemens Hausgeräte GmbH	4.968	9.800
2010	42	81		4.669	9.073
2012	40	-	Johnson Controls-Gruppe Deutschland	4.904	32.654
2010	-	93			
2012	41	-	LyondellBasell-Gruppe Deutschland	4.867 ^E	34.490
2010	45	-		4.199 ^E	31.040
2012	42	83	Stadtwerke Köln GmbH	4.809	4.809
2010	36	78		5.161	5.161
2012	43	-	Saint-Gobain-Gruppe Deutschland	4.619	43.198
2010	41	70		4.725	40.119
2012	44	57	Liebherr-International-Gruppe Deutschland	4.575	9.090
2010	48	62		3.931 ^S	7.587
2012	45	75	Stadtwerke München GmbH	4.498	4.498
2010	50	49		3.767	3.767
2012	46	79	LANXESS AG	4.361	9.094
2010	-	86			
2012	47	-	Peugeot-Gruppe Deutschland	4.150	55.446
2010	-	-			
2012	48	-	Dow-Gruppe Deutschland	4.059	44.197
2010	-	-			
2012	49	58	Wacker Chemie AG	3.973	4.635
2010	46	42		4.151	4.748
2012	50	73	maxingvest AG	3.937	9.608
2010	47	73		4.078	9.595

Jahr	Rang nach		Unternehmen	Konsolidierter Umsatz der	
	Umsatz der inländischen Gesell- schaften	Wert- schöpfung		inländischen Gesellschaften ¹	Gesamtkonzerne (Mio. EUR)
2012	-	-	MAN SE	-	-
2010	22	37		8.971	14.675
2012	-	-	Gazprom-Gruppe Deutschland	-	-
2010	31	-		6.560	89.503
2012	-	-	Dr. Ing. h.c. F. Porsche AG	-	-
2010	33	38		6.156	7.792
2012	-	93	Novartis-Gruppe Deutschland	3.853	44.109
2010	49	95		3.796	38.186

¹ Konsolidierte Umsätze der inländischen Konzerngesellschaften inklusive der Umsätze mit ausländischen verbundenen Unternehmen. Mit ^s gekennzeichnete Angaben beziehen sich auf den Summenabschluss und ^E steht für den Einzelabschluss.

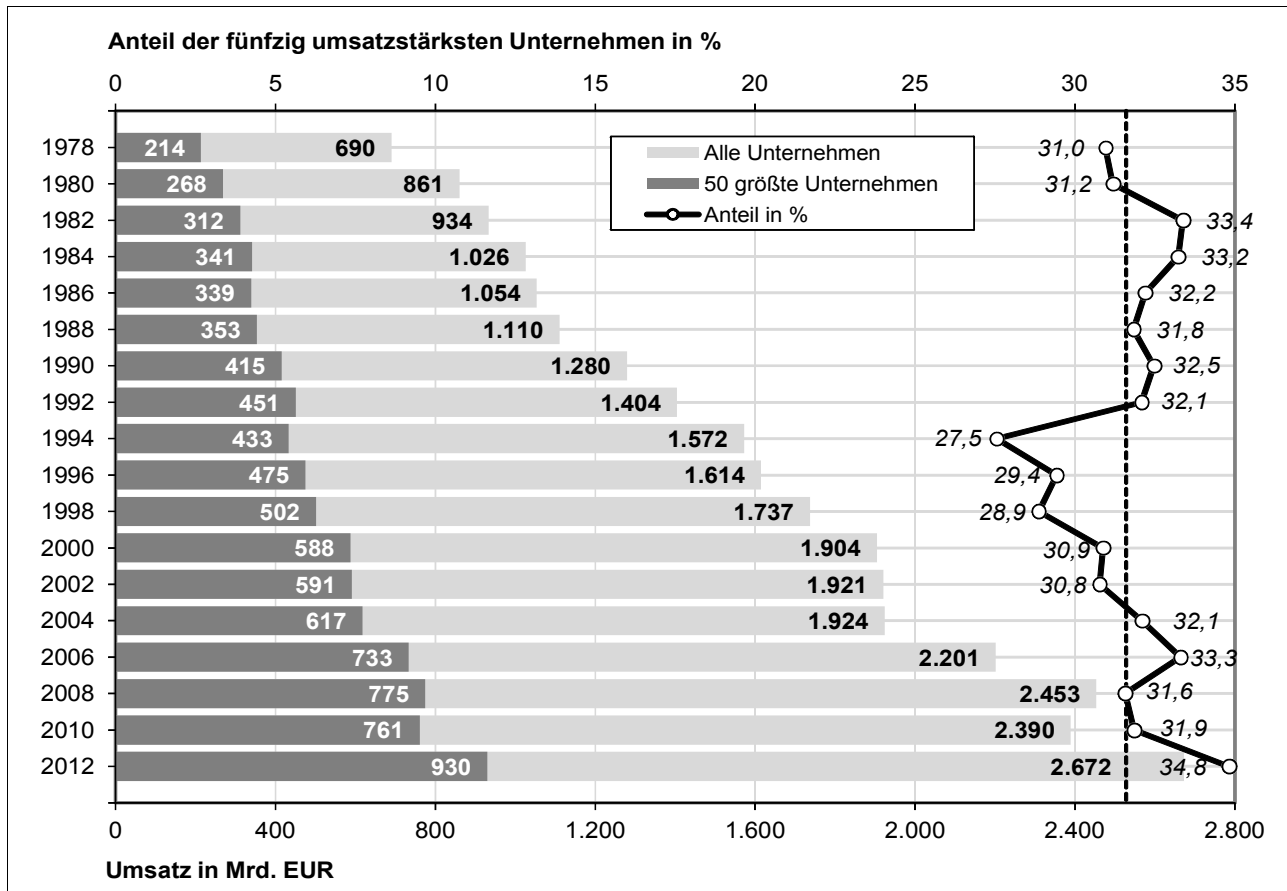
Quelle: Eigene Erhebungen

441. Der Anteil des Umsatzes der 50 größten Industrieunternehmen an der gesamtwirtschaftlichen Vergleichsgröße ist in Abbildung II.5 veranschaulicht.²⁷ Als Vergleichsgröße dient der Gesamtumsatz aller Unternehmen des Produzierenden Gewerbes gemäß der Umsatzsteuerstatistik des Statistischen Bundesamtes.²⁸

Die Umsatzerlöse der 50 größten Industrieunternehmen stiegen im Berichtszeitraum nominal um 22,2 Prozent, das Geschäftsvolumen aller Unternehmen des Produzierenden Gewerbes erhöhten sich im selben Zeitraum um 11,8 Prozent. Der Anteil der „50 Größten“ an der gesamtwirtschaftlichen Vergleichsgröße stieg entsprechend um 2,9 Prozent auf 34,8 Prozent, den höchsten Wert seit Beginn der Berichterstattung.

²⁷ Die Angaben beziehen sich auf die inländischen Konzernbereiche. Eine detaillierte Übersicht zu den einzelnen Umsatzangaben, den jeweiligen Anteilswerten sowie den Veränderungsraten ist in den Anlagen zu diesem Gutachten veröffentlicht.

²⁸ Die angegebenen Werte entsprechen der Summe der Umsatzerlöse der Wirtschaftsabschnitte B (Bergbau), C (Verarbeitendes Gewerbe), D (Energieversorgung), E (Wasserversorgung, Abwasser- und Abfallentsorgung) sowie F (Baugewerbe).

Abbildung II.5: Entwicklung des Geschäftsvolumens der 50 größten sowie aller Industrieunternehmen im Zeitraum 1978 bis 2012

Quelle: Eigene Erhebungen

3.3 Handel

442. Die nach den inländischen Konzern- bzw. Gruppenumsätzen zehn größten deutschen Handelsunternehmen in den Jahren 2010 und 2012 sind in Tabelle II.10 aufgelistet.²⁹ Infolge einer vergleichsweise starken Zunahme der inländischen Umsätze gegenüber der Vorperiode zählen die Marquard & Bahls AG, die Agravis Raiffeisen AG und die BayWa AG im Jahr 2012 zu den zehn größten inländischen Handelsunternehmen. Sie verdrängten die Phoenix Pharmahandel GmbH & Co. KG (6), die Otto Group (7) und die Tengelmann Warenhandels-gesellschaft KG (10) aus dem Untersuchungskreis (Rang 2010 in Klammern).

²⁹ Die Erhebungen in diesem Abschnitt beziehen sich auf alle Unternehmen, die ihren inländischen Tätigkeitsschwerpunkt im Wirtschaftsabschnitt G: Handel und Instandhaltung und Reparatur von Kraftfahrzeugen gemäß der Klassifikation der Wirtschaftszweige, Ausgabe 2008 (WZ 2008) aufweisen. Entsprechend erlauben die ausgewiesenen Daten keine Rückschlüsse auf die Umsatzkonzentration in wettbewerblich relevanten Märkten, wie z. B. dem Lebensmitteleinzelhandel in Deutschland.

Tabelle II.10: Die nach Umsatz zehn größten deutschen Handelsunternehmen 2010 und 2012

Jahr	Rang nach		Unternehmen ¹	Konsolidierter Umsatz der	
	Umsatz	Wert- schöpfung		inländischen Gesellschaften ²	Gesamtkonzerne
	der inländischen Gesellschaften			(Mio. EUR)	
2012	1	16	REWE-Gruppe	35.690	49.680
2010	1	16		36.453	53.044
2012	2	33	Schwarz-Gruppe*	28.550	67.600
2010	3	36		25.250	60.000
2012	3	47	EDEKA Zentrale AG & Co. KG	25.831	25.831
2010	4	48		22.192	22.192
2012	4	17	Metro AG	25.630	66.739
2010	2	15		26.130	67.258
2012	5	31	Aldi-Gruppe*	23.184	58.300
2010	5	30		21.878	50.800
2012	6	-	Marquard & Bahls AG	7.301	17.090
2010	-	-		4.182	12.588
2012	7	91	EDEKA Minden eG	7.181	7.181
2010	8	87		6.676	6.676
2012	8	-	Agravis Raiffeisen AG	7.066	7.108
2010	-	-		5.435	5.435
2012	9	-	Lekkerland AG & Co. KG	6.998	11.484
2010	9	-		6.659	12.200
2012	10	-	BayWa AG	6.831	10.531
2010	-	-		5.479	7.903
2012	-	-	Phoenix Pharmahandel GmbH & Co. KG	6.594	21.219
2010	6	-		6.801	21.374
2012	-	49	Otto Group	6.753	11.784
2010	7	60		6.751	11.404
2012	-	-	Tengelmann	6.392	9.530
2010	10	-	Warenhandels-gesellschaft KG*	6.261	16.300

¹ Bei mit * gekennzeichneten Unternehmen handelt es sich um Schätzwerte.

² Konsolidierte Umsätze der inländischen Konzerngesellschaften inklusive der Umsätze mit ausländischen verbundenen Unternehmen.

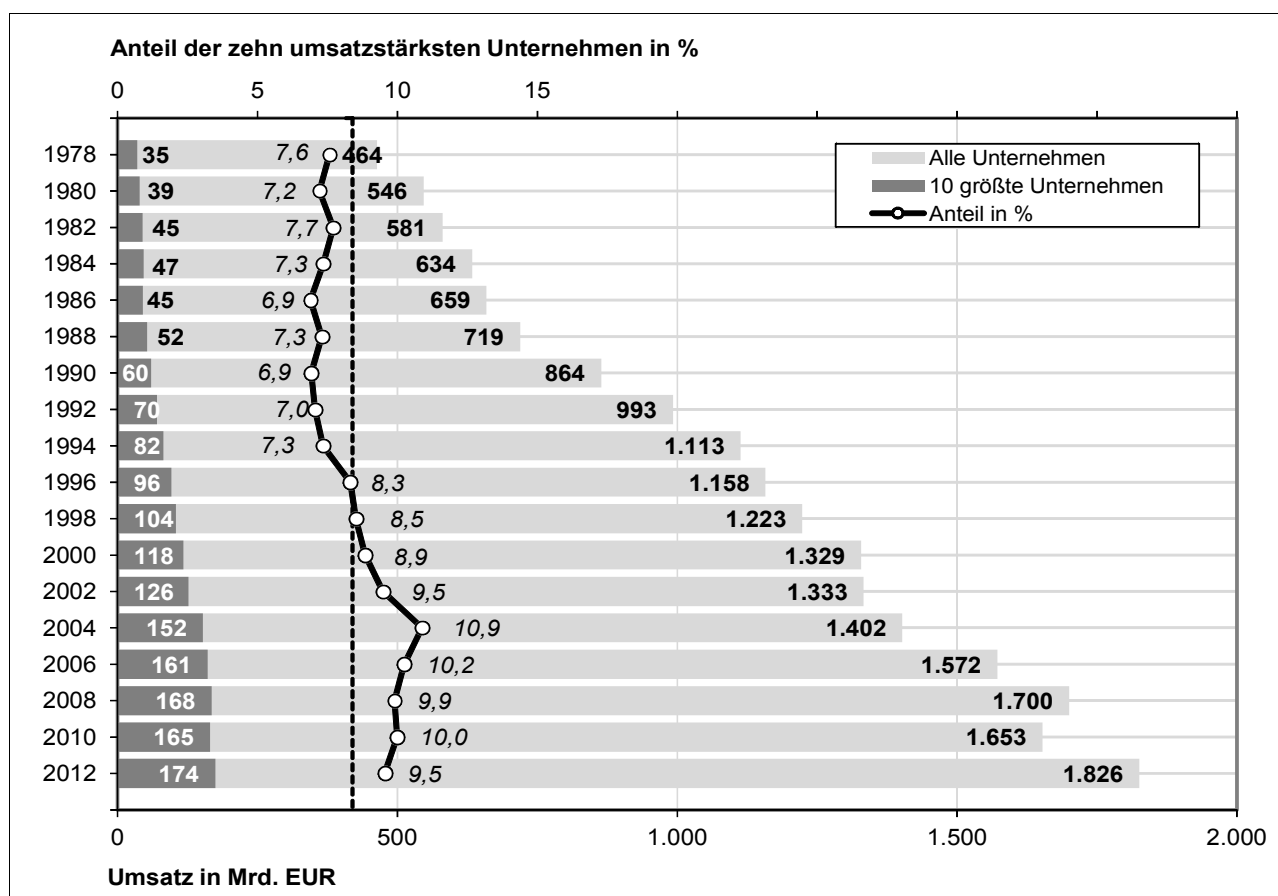
Quelle: Eigene Erhebungen. Die Umsatzerlöse der Aldi- und Schwarz-Gruppe sowie der Umsatz der Tengelmann

Warenhandels-gesellschaft KG wurden den um die Umsatzsteuer korrigierten Angaben in den Veröffentlichungen des Datenanbieters TradeDimensions entnommen. Die Gruppenumsätze beruhen auf geschätzten Daten im Metro Handelslexikon, Ausgabe 2014/15 sowie verschiedenen Pressemeldungen.

443. Die EDEKA Zentrale AG & Co. KG steigerte den inländischen Umsatz um 16,4 Prozent auf EUR 25,8 Mrd. und liegt nun vor der Metro AG auf dem dritten Platz unter den größten deutschen Handelsunternehmen. Würde man den gesamten Umsatz der EDEKA-Gruppe in Höhe von EUR 44,8 Mrd. als Bemessungsgrundlage heranziehen, läge die EDEKA-Gruppe wie bereits in den Vorjahren auf dem ersten Platz der größten deutschen Handelsunternehmen.³⁰

444. Abbildung II.6 veranschaulicht die Entwicklung der nominalen aggregierten Umsätze der zehn größten Handelsunternehmen sowie der Umsatzerlöse aller Handelsunternehmen in der Bundesrepublik Deutschland gemäß der Umsatzsteuerstatistik für den Zeitraum 1978 bis 2012.³¹ Der Anteil der zehn größten Handelsunternehmen verringerte sich bis zum Jahr 2012 geringfügig auf 9,5 Prozent (2010: 10,0 Prozent).

Abbildung II.6: Entwicklung des Geschäftsvolumens der zehn größten sowie aller Handelsunternehmen im Zeitraum 1978 bis 2012



Anmerkung: Die ausgewiesenen Marktanteile beziehen sich auf alle Handelsunternehmen und entsprechen nicht den Marktanteilen auf einem wettbewerblich relevanten Markt.

Quelle: Eigene Erhebungen

30 Vgl. Tz. 415. Die Monopolkommission erfasst für ihre konzentrationsstatistischen Erhebungen die EDEKA Zentrale AG & Co. KG und ihre sieben Regionalgesellschaften aufgrund der spezifischen genossenschaftlichen Struktur der EDEKA-Gruppe traditionell gesondert.

31 Die angegebenen Werte entsprechen der Summe der Umsatzerlöse des Wirtschaftsabschnittes G (Handel; Instandhaltung und Reparatur von Kraftfahrzeugen). Detaillierte Umsatzangaben, die jeweiligen Anteilswerte sowie die Veränderungsdaten sind in den Anlagen zu diesem Gutachten dargestellt.

3.4 Verkehr und Dienstleistungen

445. Tabelle II.11 gibt einen Überblick zu den nach ihren jeweiligen Inlandsumsätzen zehn größten deutschen Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen. Im Beobachtungszeitraum fanden wie bereits zwischen den Jahren 2008 und 2010 keine Wechsel im Kreis der zehn größten Unternehmen statt.

Tabelle II.11: Die nach Umsatz zehn größten deutschen Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen 2010 und 2012

Jahr	Rang nach		Unternehmen	Konsolidierter Umsatz der	
	Umsatz	Wert- schöpfung		inländischen Gesellschaften ¹	Gesamtkonzerne
	der inländischen Gesell- schaften			(Mio. EUR)	
2012	1	6	Deutsche Telekom AG	27.544	58.169
2010	1	4		28.085	62.421
2012	2	4	Deutsche Bahn AG	23.354	39.296
2010	2	5		21.954	34.410
2012	3	10	Deutsche Lufthansa AG	22.153	30.135
2010	3	13		19.500	27.324
2012	4	9	Deutsche Post AG	16.825	55.512
2010	4	11		16.527	51.481
2012	5	34	Vodafone-Gruppe Deutschland	10.189 ^s	54.810
2010	5	35		9.694 ^s	53.487
2012	6	14	SAP AG	8.892	16.223
2010	6	21		6.797	12.464
2012	7	44	Rethmann AG & Co. KG	7.106	11.877
2010	8	58		5.967	9.100
2012	8	28	Bertelsmann SE & Co. KGaA	6.870	16.065
2010	7	24		6.508	15.786
2012	9	-	Telefónica-Gruppe Deutschland	5.213	62.356
2010	9	-		4.826	60.737
2012	10	-	TUI AG	5.026	18.330
2010	10	-		4.530	16.350

¹ Konsolidierte Umsätze der inländischen Konzerngesellschaften inklusive der Umsätze mit ausländischen verbundenen Unternehmen. Mit ^s gekennzeichnete Angaben beziehen sich auf den Summenabschluss.

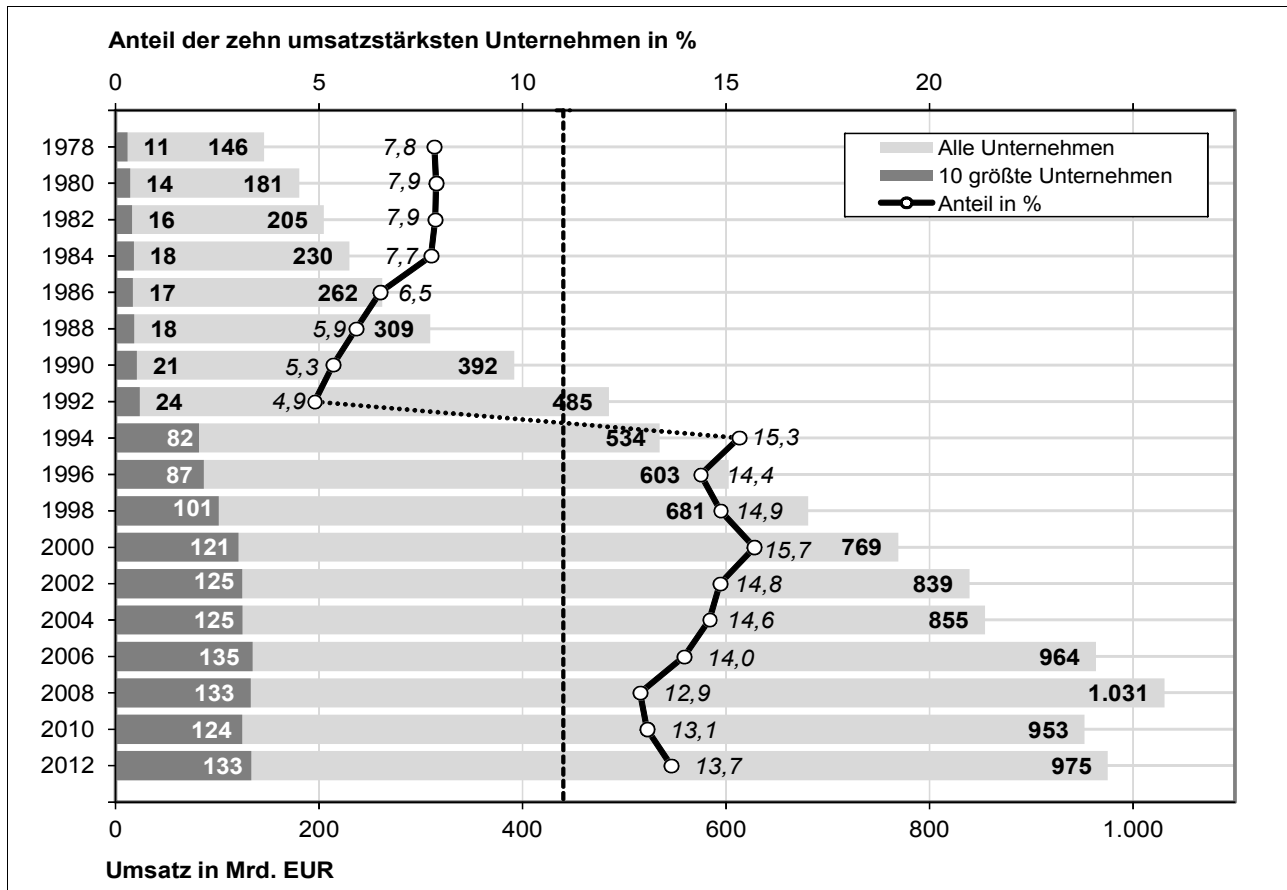
Quelle: Eigene Erhebungen

446. In Abbildung II.7 wird die Summe der inländischen Umsätze dem in der Umsatzsteuerstatistik ausgewiesenen Umsatz aller Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen gegenübergestellt.³² Nachdem sich der

³² Der angegebene Wert entspricht der Summe der Umsatzerlöse der Wirtschaftsabschnitte H (Verkehr und Lagerei), J (Information und Kommunikation), L (Grundstücks- und Wohnungswesen), M (Erbringung von freiberuflichen, wissenschaftlichen und technischen Dienstleistungen), N (Erbringung von sonstigen wirtschaftlichen Dienstleistungen), R (Kunst, Unterhaltung und Erholung) sowie S (Erbringung von sonstigen Dienstleistungen). Eine

Anteil der zehn größten Unternehmen an der gesamtwirtschaftlichen Vergleichsgröße im Zeitraum 2008 bis 2010 geringfügig auf 13,1 Prozent verringert hatte, ist für die aktuelle Berichtsperiode ein moderater Anstieg auf 13,7 Prozent zu verzeichnen.

Abbildung II.7: Entwicklung des Geschäftsvolumens der zehn größten sowie aller Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen im Zeitraum 1978 bis 2012



Anmerkung: Die außergewöhnliche Umsatzsteigerung der zehn größten Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen zwischen 1992 und 1994 ist auf die erstmalige Einbeziehung der Unternehmen der ehemaligen Deutschen Bundespost sowie der Deutschen Bahn AG in die Untersuchung zurückzuführen.

Quelle: Eigene Erhebungen

3.5 Kreditgewerbe

447. In Tabelle II.12 sind die nach der Bilanzsumme der inländischen Konzernbereiche zehn größten Kreditinstitute sowie ergänzend die jeweilige Bilanzsumme des Gesamtkonzerns dargestellt. Die HSH Nordbank AG (Rang 2010: 8) schied im Berichtsjahr 2012 infolge der um 16,7 Prozent gesunkenen inländischen Bilanzsumme aus dem Kreis der zehn größten Kreditinstitute aus. An ihrer Stelle belegt die Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale mit einem Wachstum der inländischen Bilanzsumme um 28,7 Prozent auf EUR 184 Mrd. den achten Platz in der Rangliste.

detaillierte Übersicht zu den einzelnen Umsatzangaben, den jeweiligen Anteilswerten sowie den Veränderungs-
raten ist in den Anlagen zu diesem Gutachten veröffentlicht.

Tabelle II.12: Die nach Bilanzsumme zehn größten deutschen Kreditinstitute 2010 und 2012

Jahr	Rang nach		Unternehmen	Konsolidierte Bilanzsumme der	
	Bilanzsumme	Wertschöpfung		inländischen Gesellschaften	Gesamtkonzerne
	der inländischen Konzerngesellschaften			(Mrd. EUR)	
2012	1	13	Deutsche Bank AG	1.039	2.012
2010	1	12		1.271	1.906
2012	2	21	Commerzbank AG	583	636
2010	2	17		660	754
2012	3	29	KfW Bankengruppe	512	512
2010	3	28		442	442
2012	4	43	DZ Bank AG	380	407
2010	5	46		339	383
2012	5	46	Landesbank Baden-Württemberg	321	336
2010	4	44		347	374
2012	6	84	Bayerische Landesbank	279	287
2010	6	68		303	316
2012	7	39	UniCredit-Gruppe Deutschland	215	927
2010	7	29		226	929
2012	8	-	Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale	184	199
2010	-	-		143	166
2012	9	-	Norddeutsche Landesbank Girozentrale	181	226
2010	8	-		200	229
2012	10	-	NRW.Bank ¹	149	149
2010	10	-		157	157
2012	-	62	HSH Nordbank AG	133	131
2010	9	96		159	151

¹ 2010: aktualisierte Werte.

Quelle: Eigene Erhebungen

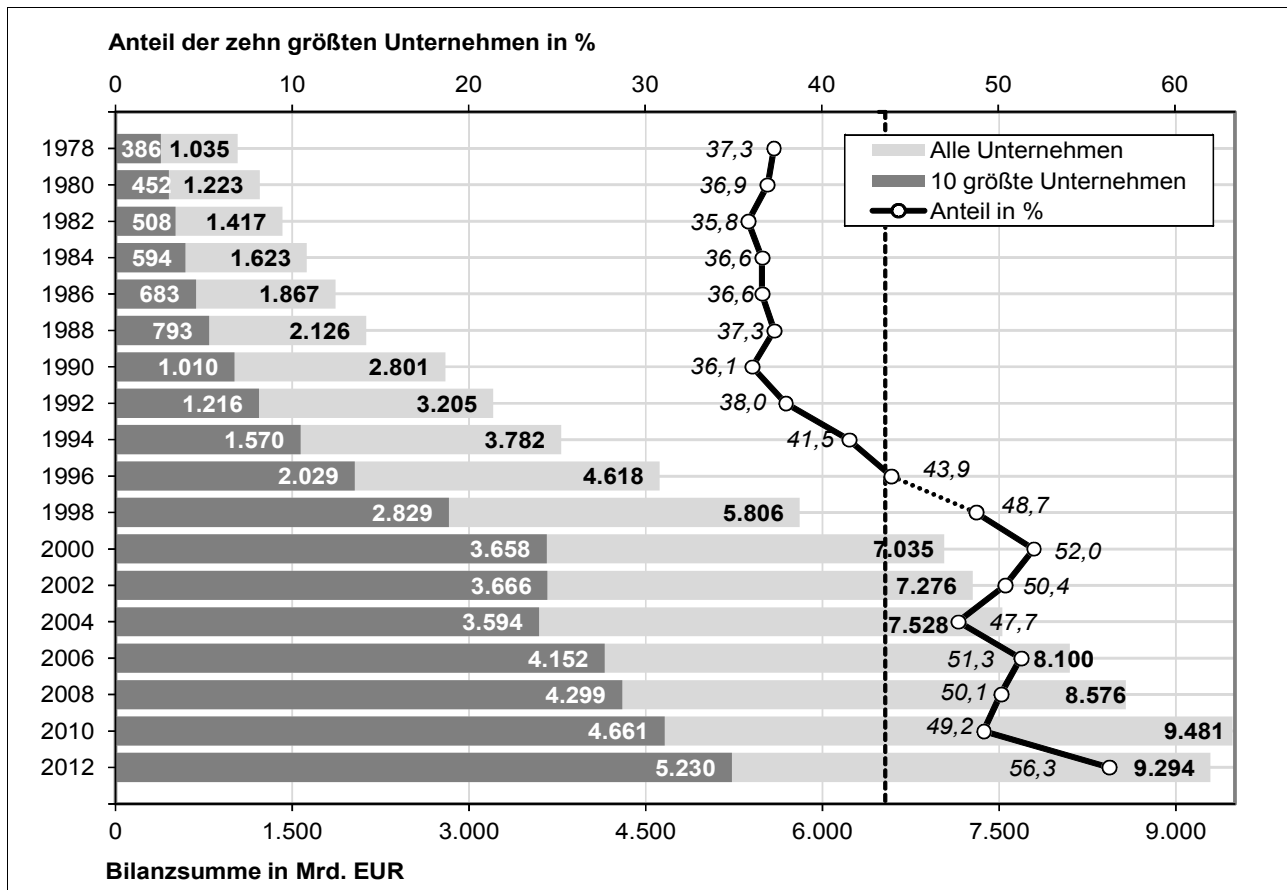
448. Die Summe der konsolidierten inländischen Bilanzsumme der zehn größten Kreditinstitute sank zwischen den Jahren 2010 und 2012 um 6,3 Prozent auf insgesamt 3.843 Mrd. EUR. Gleichzeitig erhöhte sich die unkonsolidierte Bilanzsumme der zehn größten inländischen Kreditinstitute im selben Zeitraum um 12,2 Prozent auf EUR 5.230 Mrd. Bis zum Ende des Kalenderjahres 2012 verringerte sich die Bilanzsumme aller Kreditinstitute einschließlich ausländischer Filialen gegenüber dem Jahr 2010 geringfügig um 2,0 Prozent auf EUR 9.294 Mrd.³³ Da sich die Deutsche Bundesbank bei ihren Erhebungen zur Ermittlung der Bilanzsummen auf die Einzelabschlüsse der Kreditinstitute stützt, werden für eine Gegenüberstellung ebenfalls die addierten Bilanzsummen der zehn größten Kreditinstitute verwendet, um eine unmittelbar vergleichbare Referenzgröße zu erhalten.³⁴ Abbildung II.8 verdeutlicht, dass sich der Anteil der zehn größten

³³ Vgl. Deutsche Bundesbank, Bankenstatistik, Statistisches Beiheft 1 zum Monatsbericht, Januar 2014, S. 106.

³⁴ Ab 1998 wird der Anteil anhand der unkonsolidierten Bilanzsumme der zehn größten Kreditinstitute ermittelt.

Kreditinstitute an der nominalen Bilanzsumme aller Kreditinstitute nach einem Rückgang in den vergangenen Untersuchungen gegenüber dem Jahr 2010 deutlich um 7,1 Prozent auf nunmehr 56,3 Prozent im Berichtsjahr erhöhte.³⁵

Abbildung II.8: Entwicklung des Geschäftsvolumens der zehn größten sowie aller Kreditinstitute im Zeitraum 1978 bis 2012



Anmerkung: Ab 1998 ist in der Abbildung die unkonsolidierte Bilanzsumme der zehn größten Kreditinstitute dargestellt. 2010: aktualisierte Werte.

Quelle: Eigene Erhebungen

3.6 Versicherungsgewerbe

449. Tabelle II.13 zeigt die nach den inländischen Bruttobeitragseinnahmen zehn größten deutschen Versicherungsunternehmen sowie die zugehörigen Beiträge des jeweiligen Gesamtkonzerns. In der Zusammensetzung des Kreises haben sich im Berichtszeitraum nur geringfügige Verschiebungen ergeben. Auf dem zehnten Rang wurde die Signal-Iduna Gruppe im Jahr 2010 von der HUK-COBURG verdrängt.

³⁵ Eine detaillierte Übersicht zu den einzelnen Angaben zur Bilanzsumme, den jeweiligen Anteilswerten sowie den Veränderungsraten ist in den Anlagen zu diesem Gutachten veröffentlicht.

Tabelle II.13: Die nach Beitragseinnahmen zehn größten deutschen Versicherungsunternehmen 2010 und 2012

<i>Jahr</i>	<i>Rang nach</i>		<i>Unternehmen</i>	<i>Konsolidierte Beitrags-einnahmen der</i>	
	<i>Beitrags-einnahmen der inländischen Gesellschaften</i>	<i>Wert-schöpfung</i>		<i>inländischen Gesellschaften</i>	<i>Gesamtkonzerne</i>
				<i>(Mio. EUR)</i>	
2012	1	20	Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG	38.430	51.969
2010	1	27		33.462	45.541
2012	2	35	Allianz SE	27.251	72.086
2010	2	34		27.231	68.582
2012	3	-	Generali-Gruppe Deutschland	13.798	69.613
2010	3	-		13.037	73.188
2012	4	43	DZ Bank AG (R+V Versicherung AG)	10.906	11.875
2010	4	46		11.104	11.105
2012	5	67	AXA-Gruppe Deutschland	10.202	84.592
2010	5	77		10.101	84.946
2012	6	56	Debeka-Gruppe	9.331	9.331
2010	7	61		8.572	8.572
2012	7	89	HDI Haftpflichtverband der Deutschen Industrie V.a.G.	9.187	26.659
2010	6	-		8.972	22.870
2012	8	-	Versicherungskammer Bayern	6.855	6.855
2010	8	-		7.151	7.151
2012	9	-	Zurich Financial Services-Gruppe Deutschland	6.177	39.915
2010	9	-		6.980	37.689
2012	10	-	HUK-COBURG	5.576	5.576
2010	-	-		5.017	5.017
2012	-	94	Signal-Iduna Gruppe	5.306	5.512
2010	10	-		5.482	5.645

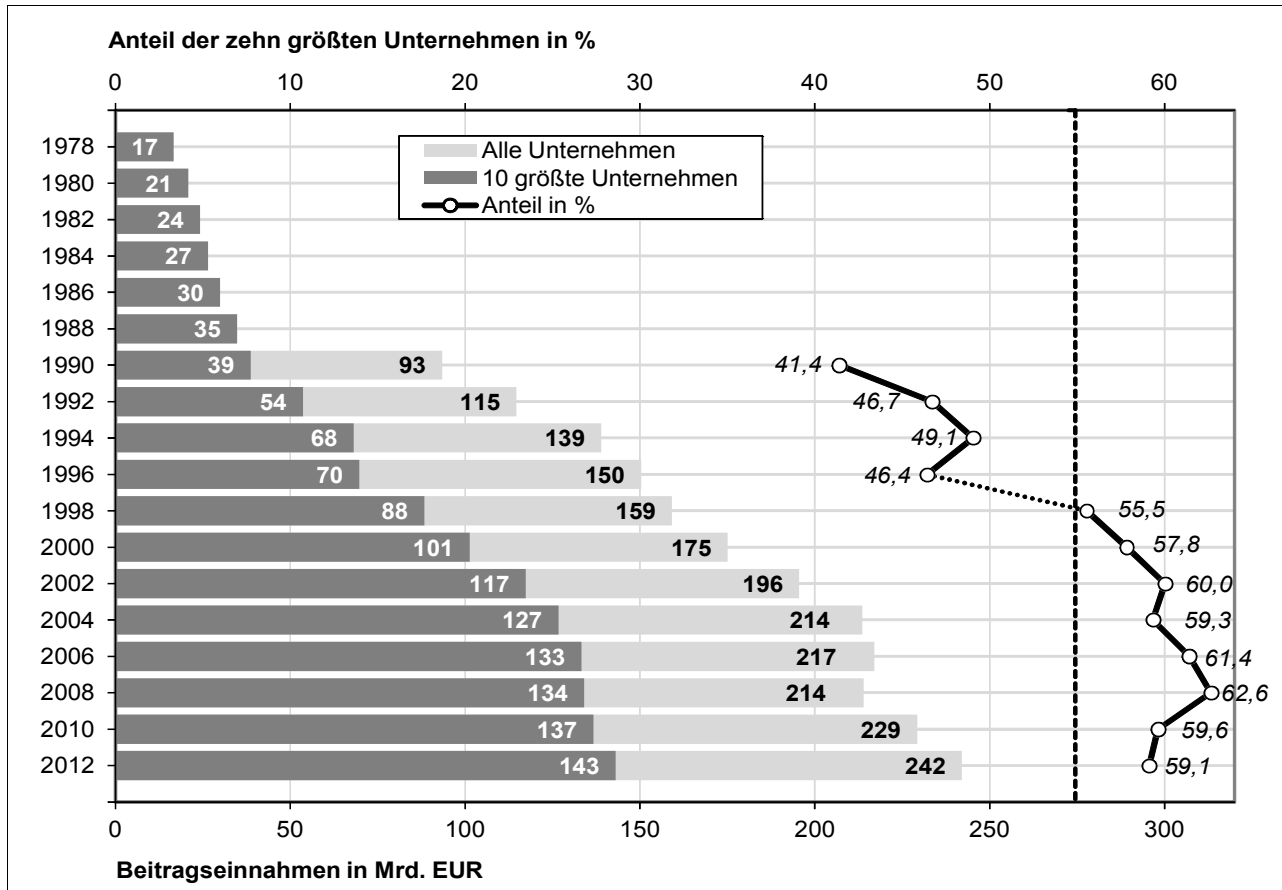
Quelle: Eigene Erhebungen

450. Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht ermittelt das Beitragsvolumen aller Versicherungsunternehmen anhand von Einzelabschlussdaten.³⁶ Um einen unmittelbar vergleichbaren Referenzwert für die zehn größten Versicherungskonzerne zu erhalten, wird auf ihre unkonsolidierten Beitragseinnahmen zurückgegriffen. Die gebuchten Bruttobeiträge aller Erst- und Rückversicherungsunternehmen in Deutschland erhöhten sich im Zeitraum 2010 bis 2012 nominal um 5,6 Prozent auf EUR 242 Mrd., während die unkonsolidierten Beitragseinnahmen der zehn größten Versicherungskonzerne um 4,7 Prozent auf EUR 143,1 Mrd. stiegen. Der Anteil der zehn größten Versicherungskonzerne an den nominalen

³⁶ Vgl. Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, Statistik der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht – Erstversicherungsunternehmen 2012, S. 11.

Beitragseinnahmen aller Versicherungsunternehmen verringerte sich in der Folge leicht von 59,6 Prozent auf 59,1 Prozent.³⁷

Abbildung II.9: Entwicklung des Geschäftsvolumens der zehn größten sowie aller Versicherungskonzerne im Zeitraum 1978 bis 2012



Anmerkung: Ab 1998 sind in der Abbildung die unkonsolidierten Beitragseinnahmen der zehn größten Versicherungskonzerne dargestellt. Bis einschließlich 1996 wurde der Anteil anhand der konsolidierten Beitragseinnahmen der zehn größten Versicherungskonzerne ermittelt.

Quelle: Eigene Erhebungen

4 Verflechtungen der „100 Größten“

4.1 Problemstellung

451. Die Monopolkommission untersucht in Ergänzung zu ihren konzentrationsstatistischen Erhebungen in Kapitel II die Verflechtungsbeziehungen zwischen den „100 Größten“ über Kapitalbeteiligungen und personelle Verflechtungen über Mehrfachmandatsträger in den Geschäftsführungs- und Kontrollgremien. Die Bedeutung der Untersuchungen für die Beurteilung der Wettbewerbsintensität begründet sich aus der Annahme, dass sich Unternehmensmacht nicht nur über den Marktanteil in einzelnen Wirtschaftszweigen, sondern auch marktübergreifend anhand der Verflechtungsintensität abbilden lässt. So wird in § 18 Abs. 3 GWB neben dem Marktanteil auch auf den Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten und auf Verflechtungen mit anderen Unternehmen als Beurteilungskriterien für die Marktstellung eines Unternehmens

³⁷ Die ausführlichen Angaben zu den Beitragseinnahmen, den jeweiligen Anteilswerten sowie den Veränderungsraten sind in den Anlagen zu diesem Gutachten dargestellt.

verwiesen. Hierbei ist jedoch anzuerkennen, dass personelle Verflechtungen oder Verflechtungen über Kapitalbeteiligungen nicht generell wettbewerbsbeschränkende Wirkungen entfalten müssen. So können personelle und finanzielle Verflechtungen aufgrund bestehender Steuerungs- und Überwachungsbefugnisse einen geeigneten Mechanismus zur effizienten Koordination ökonomischer Aktivitäten entlang der Wertschöpfungskette darstellen.

452. Aus einer wettbewerbspolitischen Perspektive sind entsprechende Verflechtungen insbesondere kritisch zu beurteilen, sofern die beteiligten Unternehmen eine marktmächtige Stellung einnehmen und aufgrund gleichgerichteter Interessen nicht wettbewerblich agieren. Unternehmensverbindungen über Minderheitsbeteiligungen können die Wettbewerbsintensität zwischen den verflochtenen Unternehmen abschwächen, da der Unternehmenserfolg des Anteilseigners auch durch die Erträge und Aufwendungen des Beteiligungsunternehmens beeinflusst wird. Personelle Verflechtungen zwischen Unternehmen mögen durch den Zugang zu internen Unternehmensinformationen ein koordiniertes Marktverhalten und informelle Verhaltensabstimmungen begünstigen. Aufgrund der marktübergreifenden Perspektive bzw. der zumeist konglomeraten Struktur der Untersuchungsobjekte lassen sich im Rahmen der Analyse keine detaillierten Aussagen zu den wettbewerblichen Wirkungen von Unternehmensverflechtungen in den betroffenen Märkten ableiten.³⁸ Insgesamt scheint die Annahme begründet, dass ein höherer Verflechtungsgrad – unabhängig von der korrekten Abgrenzung wettbewerblich relevanter Märkte – tendenziell Anreize zu einer geringeren Wettbewerbsintensität zwischen den verflochtenen Unternehmen setzt. Empirische Befunde deuten zudem darauf hin, dass in Beteiligungsnetzwerken, in denen als Aktionäre und Vertreter in den Aufsichtsgremien Kunden, Lieferanten oder sonstige Stakeholder vertreten sind, Interessenkonflikte in der Form auftreten können, dass das vorhandene Einflusspotenzial auf die Unternehmensverwaltung nicht immer im Sinne des Zielunternehmens ausgeübt wird.³⁹

453. Personelle Verflechtungen zwischen Großunternehmen haben zudem eine politökonomische bzw. gesellschaftspolitische Dimension, die über wettbewerbspolitische Fragestellungen im engeren Sinne hinausgehen kann. So bestehen potenziell Einflussmöglichkeiten einer relativ kleinen Gruppe sehr großer Unternehmen, im Sinne einer Konzentration ökonomischer und politischer Macht auf die nationale Volkswirtschaft, unabhängig davon, ob personelle Verflechtungen zwischen Wettbewerbern vorliegen oder nicht.

454. Die Monopolkommission konzentriert sich im Rahmen der Untersuchung i. d. R. auf die Konzernobergesellschaften, um Verflechtungsbeziehungen zwischen den 100 größten Unternehmen zu identifizieren. Sofern der Sitz der Konzernobergesellschaft im Ausland liegt, bestehen Verflechtungen häufig nicht zwischen der Konzernobergesellschaft und deutschen Großunternehmen, sondern die deutschen Tochterunternehmen sind personell und finanziell mit Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ verbunden. Inländische Teilkonzerne werden von den ausländischen Muttergesellschaften mehr oder weniger weitreichend gesteuert und haben daher nicht immer eine Konzernobergesellschaft bzw. -holding im Inland, von der sich der Anteilsbesitz oder die Geschäftsführungs- und Kontrollgremien ermitteln lassen. Aus diesem Grund untersucht die Monopolkommission fallbezogen die personelle und finanzielle Einbindung der größten deutschen Tochtergesellschaft als auch der ausländischen Konzernobergesellschaft selbst. Sofern die in den vorhergehenden Abschnitten gewählte Bezeichnung für den inländischen Teilkonzern von dem Namen des im Rahmen der Verflechtungsuntersuchungen betrachteten Unternehmens (juristische Person) abweicht, wird Letzterer im Folgenden zusätzlich in Klammern angegeben. Im Falle von Gleichordnungskonzernen untersucht die Monopolkommission mögliche Kapitalbeteiligungen bzw. personelle Unternehmensverflechtungen sämtlicher an der Konzernspitze stehenden Gesellschaften bzw. Versicherungsvereine.

³⁸ Vgl. hierzu Kapitel III in diesem Hauptgutachten.

³⁹ Vgl. Dittmann, I./Maug, E./Schneider, C., Bankers on the Boards of German Firms: What They Do, What They are Worth, and Why They are (Still) There, *Review of Finance* 14(1), 2010, S. 35-71 oder Balsmeier, B./Buchwald, A./Peters, H., Auswirkungen von Mehrfachmandaten deutscher Vorstands- und Aufsichtsratsvorsitzender auf den Unternehmenserfolg, *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik*, 230(5), 2010, S. 547-570.

4.2 Anteilsbesitz an den „100 Größten“

4.2.1 Gegenstand und Datenquellen

455. Die Ermittlung des Anteilsbesitzes stützt sich auf die in der Datenbank „ORBIS Europe All Companies“ des Anbieters Bureau van Dijk berichteten Angaben zur Eigentümerstruktur (Stand Januar 2013) sowie die in den Geschäftsberichten veröffentlichten Angaben zur Anteilseigner- bzw. Aktionärsstruktur. Die Analyse wird erschwert durch Lücken und Ungenauigkeiten in den verfügbaren Datenquellen. Gemäß § 285 Nr. 11 HGB müssen Kapitalgesellschaften Anteile an anderen Unternehmen im Anhang zum Jahresabschluss nur angeben, sofern diese mindestens 20 Prozent betragen. Börsennotierte Kapitalgesellschaften müssen zusätzlich Beteiligungen an großen Kapitalgesellschaften offen legen, wenn diese 5 Prozent der Stimmrechte überschreiten.

Falls durch Erwerb, Veräußerung oder auf sonstige Weise bestimmte Stimmrechtsanteile an einem Emittenten, für den die Bundesrepublik Deutschland der Herkunftsstaat ist, erreicht bzw. über- oder unterschritten werden, hat der Meldepflichtige dies dem Emittenten und der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht mitzuteilen. Die unterste Schwelle beträgt 3 Prozent der Stimmrechte (§ 21 Abs. 1 WpHG). Da Inlandsemittenten gemäß § 26 Abs. 1 WpHG ihrerseits verpflichtet sind, spätestens innerhalb von drei Handelstagen nach Zugang der Mitteilung diese zu veröffentlichen und dem Unternehmensregister zu übermitteln, können vorhandene Lücken zumindest teilweise geschlossen werden. Die Monopolkommission ordnet die in den verfügbaren Datenquellen ausgewiesenen Kapitalanteile den entsprechenden Kategorien auch dann zu, wenn der kumulierte Kapitalanteil eines Anteilseigners unter der Schwelle von 5 Prozent liegt.⁴⁰

456. In Abschnitt 4.2.2 erfolgt zunächst die Analyse der gesamten Anteilseignerstruktur der „100 Größten“ nach verschiedenen Gruppen von Eigenkapitalgebern. In Abschnitt 4.2.3 werden Verflechtungen über Minderheitsbeteiligungen innerhalb der Gruppe der betrachteten Großunternehmen dargestellt. Im Rahmen der Analyse werden sowohl direkte als auch indirekte Beteiligungen berücksichtigt. Indirekte Beteiligungen werden dem Unternehmen am obersten Ende der Beteiligungskette in voller Höhe zugerechnet, wenn dieses Unternehmen die zwischengeschalteten Beteiligungsgesellschaften mehrheitlich kontrolliert. Die Monopolkommission berücksichtigt den Anteilsbesitz von Stammaktien, da eine Vermischung der Beteiligungen an Stamm- und Vorzugsaktien die tatsächlichen Kontrollverhältnisse bei einem Unternehmen verzerren kann, da die Vorzugsaktien i. d. R. stimmrechtslos sind und allenfalls einen geringeren Einfluss auf die Unternehmenspolitik erlauben.

4.2.2 Zusammenfassende Betrachtung aller Anteilseigner der „100 Größten“

457. Tabelle II.14 zeigt die Anteilseignerstruktur der „100 Größten“. Es werden die Kategorien Großunternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“, ausländische Anteilseigner, Einzelpersonen, Familien und Familienstiftungen, öffentliche Hand, Streubesitz sowie sonstige Anteilseigner unterschieden.

458. Zur Vermeidung von Doppelzählungen werden Anteile der öffentlichen Hand nur insoweit ausgewiesen, als es sich nicht um Anteile öffentlicher Unternehmen handelt, die gleichzeitig zum Kreis der „100 Größten“ gehören. Um die Bedeutung der öffentlichen Hand als Eigenkapitalgeber an den „100 Größten“ vollständig zu erfassen, wird ergänzend in Tabelle II.14 der Anteil des Staates an den entsprechenden Unternehmen insgesamt in Klammern angegeben. Im Berichtsjahr 2012 betrifft dies die Deutsche Telekom AG, die Deutsche Post AG und die EADS N.V. sowie die EWE AG, an denen die KfW Bankengruppe bzw. die Energie Baden-Württemberg AG in der aktuellen Periode Kapitalanteile hielten. Eine Zuordnung zu der Kategorie „Ausländischer Einzelbesitz“ erfolgt nur insoweit, als Beteiligungen ausländischer Investoren in

⁴⁰ Hierbei weicht die Monopolkommission von der Definition der Deutsche Börse AG ab, die kumulierte Kapitalanteile von weniger als 5 Prozent an dem Grundkapital einer Gesellschaft dem Streubesitz zurechnet.

den vorliegenden Datenquellen explizit ausgewiesen werden. In der Spalte „Sonstige“ werden unter anderem die Eigenkapitalanteile von Genossenschaften, Unternehmen außerhalb des Kreises der „100 Größten“ und der Anteil inländischer institutioneller Investoren ebenso wie nicht zu identifizierende Beteiligungen aufgeführt. Sofern dies erforderlich ist, werden die in dieser Spalte ausgewiesenen Beteiligungen in den Anmerkungen zu der Tabelle spezifiziert.

Tabelle II.14: Die Anteilseigner der 100 größten Unternehmen 2010 und 2012 nach Gruppen

Rang ¹	Jahr	Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Kapitalanteil (%) ²					
			Unternehmen aus den "100 Größten"	Ausländi- scher Einzelbesitz	Öffentliche Hand ³	Einzelperso- nen, Familien (-stiftungen)	Streu- besitz	Sonstige
1	2012	Volkswagen AG ⁴⁾		18,03	20,00	53,10	8,87	
2	2010			17,00	20,00	53,11	9,89	
2	2012	Daimler AG		36,22			62,71	1,07
1	2010			19,10			20,40	60,50
3	2012	Siemens AG	4,30	12,73		6,00	76,97	
3	2010			10,75		9,23	72,71	7,31
4	2012	Deutsche Bahn AG			100,00			
5	2010				100,00			
5	2012	Bayerische Motoren Werke AG	1,00	9,02		46,29	43,69	
8	2010					44,00	56,00	
6	2012	Deutsche Telekom AG	15,00	9,33	16,89 (31,89) ^{a)}		58,78	
4	2010		16,87	7,80	14,83 (31,70) ^{a)}		60,50	
7	2012	BASF SE	4,17	8,02			86,76	1,05
9	2010			5,35			94,65	
8	2012	Robert Bosch GmbH				99,40		0,60
7	2010					99,00		1,00
9	2012	Deutsche Post AG	30,27	5,41	(25,50) ^{a)}		64,32	
11	2010		33,46	2,75	(30,50) ^{a)}		57,19	6,60
10	2012	Deutsche Lufthansa AG	4,32	31,79			60,72	3,17
13	2010		2,55	2,97			91,80	2,68
11	2012	RWE AG	1,24	20,91	15,00		62,85	
10	2010		7,53	3,52	14,89		54,96	19,10
12	2012	E.ON SE	3,19	32,83	1,90		57,30	4,78
6	2010			13,76			81,47	4,77
13	2012	Deutsche Bank AG	4,40	21,40			68,78	5,42
12	2010		4,64	8,95			86,41	
14	2012	SAP AG	4,90	7,38		22,70	62,04	2,98
21	2010			5,90		25,94	65,06	3,10
15	2012	Bayer AG	2,33	23,20			73,38	1,09
22	2010		5,31	29,82			64,87	

Rang ¹	Jahr	Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Kapitalanteil (%) ²					Sonstige
			Unternehmen aus den "100 Größten"	Ausländi- scher Einzelbesitz	Öffentliche Hand ³	Einzelperso- nen, Familien (-stiftungen)	Streu- besitz	
16	2012	REWE-Gruppe (Rewe Deutscher Supermarkt KGaA)						100,00 ⁵⁾
16	2010							100,00
17	2012	Metro AG	2,00	15,66		50,01	30,77	1,56
15	2010			5,39		39,55	33,99	21,07
18	2012	Continental AG	51,56	15,24			33,20	
19	2010		45,50	14,13			7,41	32,96
19	2012	EADS-Gruppe Deutschland (EADS N.V.)	17,54	46,63	(2,76) ^{a)}		35,83	
20	2010		22,46	31,12				46,42
20	2012	Münchener Rückversicherungs- Gesellschaft AG	4,09	27,55			67,13	1,23
27	2010			10,12				89,88
21	2012	Commerzbank AG	3,00	11,41	25,00		60,59	
17	2010		10,30	4,97	25,00			59,73
22	2012	ThyssenKrupp AG		15,17		25,33	58,42	1,08
14	2010			10,54		27,90	51,82	9,74
23	2012	Sanofi-Gruppe Deutschland (Sanofi-Aventis Dld. GmbH)		100,00				
39	2010			100,00				
24	2012	Evonik Industries AG		25,01	74,99			
25	2010		74,99	25,01	(74,99) ^{b)}			
25	2012	ZF Friedrichshafen AG			100,00			
23	2010				100,00			
26	2012	Fresenius SE & Co. KGaA	7,70	21,35		27,00	37,95	6,00
31	2010		4,70	4,68		29,00	61,62	
27	2012	Vattenfall-Gruppe Deutschland (Vattenfall GmbH)		100,00				
33	2010			100,00				
28	2012	Bertelsmann SE & Co. KGaA				100,00		
24	2010					100,00		
29	2012	KfW Bankengruppe			100,00			
28	2010				100,00			
30	2012	INA-Holding Schaeffler GmbH & Co. KG				100,00		
26	2010					100,00		
31	2012	Aldi-Gruppe (Aldi Einkauf GmbH & Co. oHG (Nord) und (Süd))				100,00		
30	2010					100,00		
32	2012	Energie Baden- Württemberg AG			97,70			2,30
18	2010			45,01	48,33		1,85	4,81
33	2012	Schwarz-Gruppe				100,00		

210 Kapitel II • Stand und Entwicklung der Konzentration und Verflechtung von Großunternehmen

Rang ¹	Jahr	Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Kapitalanteil (%) ²					Sonstige
			Unternehmen aus den "100 Größten"	Ausländi- scher Einzelbesitz	Öffentliche Hand ³	Einzelperso- nen, Familien (-stiftungen)	Streu- besitz	
36	2010	(Kaufland und Lidl Stiftung & Co. KG)				100,00		
34	2012	Vodafone-Gruppe		100,00				
35	2010	Deutschland (Voda- fone D2 GmbH)		100,00				
35	2012	Allianz SE	1,38	13,98			82,25	2,39
34	2010		5,63	15,88			78,49	
36	2012	IBM-Gruppe		100,00				
32	2010	Deutschland (IBM Dld. GmbH)		100,00				
37	2012	Asklepios Kliniken GmbH				100,00		
45	2010					100,00		
38	2012	Rhön-Klinikum AG	8,41	26,04		12,50	53,05	
41	2010		2,95	51,17		16,20	29,68	
39	2012	UniCredit-Gruppe		100,00				
29	2010	Deutschland (Uni- Credit Bank AG)		100,00				
40	2012	C. H. Boehringer				100,00		
43	2010	Sohn AG & Co. KG				100,00		
41	2012	ExxonMobil-Gruppe		100,00				
83	2010	Deutschland (ExxonMobil Central Europe Holding GmbH)		100,00				
42	2012	Total-Gruppe		100,00				
47	2010	Deutschland (TOTAL Dld. GmbH)		100,00				
43	2012	DZ Bank AG						100,00 ⁶⁾
46	2010							100,00
44	2012	Rethmann AG & Co. KG				100,00		
58	2010					100,00		
45	2012	K+S AG	2,60	23,13			74,27	
54	2010		10,30	18,24			71,46	
46	2012	Landesbank Baden- Württemberg			100,00			
44	2010				100,00			
47	2012	EDEKA Zentrale						100,00 ⁷⁾
48	2010	AG & Co. KG						100,00
48	2012	HGV Hamburger Gesellschaft für Vermögens- und Beteiligungsmanag ement mbH			100,00			
50	2010				100,00			
49	2012	Otto Group (Otto GmbH & Co. KG)				100,00		
60	2010					100,00		
50	2012	Henkel AG & Co.				53,28	46,72	

Rang ¹	Jahr	Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Kapitalanteil (%) ²					
			Unternehmen aus den "100 Größten"	Ausländi- scher Einzelbesitz	Öffentliche Hand ³	Einzelperso- nen, Familien (-stiftungen)	Streu- besitz	Sonstige
66	2010	KGaA				53,21	46,79	
51	2012	STRABAG-Gruppe		93,63			6,37	
63	2010	Deutschland (STRABAG AG)		93,00			7,00	
52	2012	Roche-Gruppe		100,00				
59	2010	Deutschland (Roche Dld. Holding GmbH)		100,00				
53	2012	Salzgitter AG		5,61	26,50		57,89	10,00
55	2010				26,50		63,50	10,00
54	2012	Hewlett-Packard-		100,00				
79	2010	Gruppe Deutsch- land (Hewlett- Packard GmbH)		100,00				
55	2012	E. Merck KG				70	30,00	
53	2010	(Merck KGaA)				70,00	30,00	
56	2012	Debeka-Gruppe						
61	2010	(Debeka Lebens- & Krankenversicherun gsverein a.G.)						
57	2012	Liebherr-Interna-		100,00				
62	2010	tional-Gruppe Deutschland ⁸⁾		100,00				
58	2012	Wacker Chemie AG	1,84	10,01		66,50	16,90	4,75
42	2010					74,24	21,01	4,75
59	2012	Fraport AG	11,38	12,73	51,60		24,29	
65	2010	Frankfurt Airport Services Worldwide	9,93	19,83	51,65		18,59	
60	2012	Adolf Würth GmbH				100,00		
64	2010	& Co. KG				100,00		
61	2012	Procter & Gamble-		100,00				
56	2010	Gruppe Deutschland (Procter & Gamble Germany GmbH)		100,00				
62	2012	HSH Nordbank AG		9,31	90,69			
96	2010				90,80			9,20
63	2012	BSH Bosch und	100,00					
81	2010	Siemens Hausgeräte GmbH	100,00					
64	2012	Deutsche Börse AG	5,13	25,15			61,99	7,73
67	2010			27,38			69,57	3,05
65	2012	Sana Kliniken AG	60,10					39,90
72	2010		46,68	0,91				52,41
66	2012	BP-Gruppe		100,00				
52	2010	Deutschland (BP Europa SE)		100,00				
67	2012	AXA-Gruppe		100,00				

212 Kapitel II • Stand und Entwicklung der Konzentration und Verflechtung von Großunternehmen

Rang ¹	Jahr	Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Kapitalanteil (%) ²					
			Unternehmen aus den "100 Größten"	Ausländi- scher Einzelbesitz	Öffentliche Hand ³	Einzelperso- nen, Familien (-stiftungen)	Streu- besitz	Sonstige
77	2010	Deutschland (AXA Konzern AG)		100,00				
68	2012	Shell-Gruppe		100,00				
89	2010	Deutschland (Deutsche Shell Holding GmbH)		100,00				
69	2012	Bilfinger SE	9,30	33,93			45,53	11,24
51	2010		12,01	28,23			48,26	11,51
70	2012	Carl Zeiss AG				100,00		
75	2010					100,00		
71	2012	PricewaterhouseCo opers AG				100,00		
74	2010	Wirtschaftsprüfungs gesellschaft				100,00		
72	2012	Nestlé-Gruppe		100,00				
71	2010	Deutschland (Nestlé Dld. AG)		100,00				
73	2012	maxingvest AG				100,00		
73	2010					100,00		
74	2012	EWE AG	26,00		74,00 (100,00) ^{c)}			
-	2010							
75	2012	Stadtwerke			100,00			
49	2010	München GmbH			100,00			
76	2012	Voith AG				100,00		
69	2010					100,00		
77	2012	ABB-Gruppe		100,00				
76	2010	Deutschland (ABB AG)		100,00				
78	2012	Freudenberg & Co. KG				100,00		
92	2010					100,00		
79	2012	LANXESS AG	6,94	38,33			54,73	
86	2010			31,66			68,34	
80	2012	Rheinmetall AG	4,70	38,72			52,18	4,40
80	2010		6,17	25,50			64,83	3,50
81	2012	AVECO Holding AG				100,00		
-	2010							
82	2012	Axel Springer AG				59,80	40,00	0,20
91	2010					58,55	40,85	0,60
83	2012	Stadtwerke Köln			100,00			
78	2010	GmbH			100,00			
84	2012	Bayerische			100,00			
68	2010	Landesbank			100,00			

Rang ¹	Jahr	Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Kapitalanteil (%) ²					Sonstige
			Unternehmen aus den "100 Größen"	Ausländi- scher Einzelbesitz	Öffentliche Hand ³	Einzelperso- nen, Familien (-stiftungen)	Streu- besitz	
85 98	2012 2010	DFS Deutsche Flugsicherung GmbH			100,00 100,00			
86 85	2012 2010	KPMG-Gruppe Deutschland (KPMG AG Wirtschaftsprüfungs gesellschaft)		100,00 100,00				
87 82	2012 2010	Linde AG	4,42 7,35	26,90 24,01			64,68 68,64	4,00
88 97	2012 2010	DEKRA SE						100,00 100,00
89 -	2012 2010	HDI Haftpflichtverband der Deutschen Industrie V.a.G.						
90 84	2012 2010	H & M Hennes & Mauritz-Gruppe Deutschland (H & M Hennes & Mauritz B.V. & Co. KG)		100,00 100,00				
91 87	2012 2010	EDEKA Minden eG ⁹⁾						100,00 100,00
92 88	2012 2010	Landesbank Berlin Holding AG			100,00 98,66		1,34	
93 95	2012 2010	Novartis-Gruppe Deutschland (Novartis Deutsch- land GmbH)		100,00 100,00				
94 -	2012 2010	Signal-Iduna Gruppe (Iduna Vereinigte Lebens- & Signal Kranken- versicherung a.G.)						
95 100	2012 2010	Dr. August Oetker KG				100,00 100,00		
96 -	2012 2010	B. Braun Melsungen AG				100,00		
97 94	2012 2010	Miele & Cie. KG				100,00 100,00		
98 90	2012 2010	Philips-Gruppe Deutschland (Philips Dld. GmbH)		100,00 100,00				
99 -	2012 2010	Hella KGaA Hueck & Co.				100,00		
100 -	2012 2010	GEA Group AG	6,09	26,21			67,70	

Rang ¹	Jahr	Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Kapitalanteil (%) ²					Sonstige
			Unternehmen aus den "100 Größten"	Ausländi- scher Einzelbesitz	Öffentliche Hand ³	Einzelperso- nen, Familien (-stiftungen)	Streu- besitz	
- 37	2012 2010	MAN SE	29,90				70,10	
- 38	2012 2010	Dr. Ing. h.c. F. Porsche AG	49,90					50,10
- 40	2012 2010	Ford-Gruppe Deutschland (Ford- Werke GmbH)		100,00				
- 57	2012 2010	RAG-Stiftung			100,00			
- 70	2012 2010	Saint-Gobain- Gruppe Deutschland (Compagnie de Saint Gobain S.A.)		100,00				
- 93	2012 2010	Johnson Controls- Gruppe Deutsch- land (Johnson Controls GmbH)		100,00				
- 99	2012 2010	ALSTOM-Gruppe Deutschland (ALSTOM Did. AG)		100,00				

¹ In den Fällen, in denen anstelle einer Rangangabe ein Strich erscheint, befand sich das betreffende Unternehmen in dem Jahr nicht unter den „100 Größten“. Zu Anmerkungen, die Umfirmierungen und Umstrukturierungen von Unternehmen und Konzernen betreffen, vgl. die Fußnoten zu Tabelle II.1.

² Kapitalanteile auf zwei Nachkommastellen gerundet.

³ Der Wert in Klammern entspricht dem Anteil der öffentlichen Hand insgesamt, einschließlich der Anteile, die über die

^{a)} KfW Bankengruppe,

^{b)} RAG-Stiftung,

^{c)} Energie Baden-Württemberg AG
gehalten werden.

⁴ 2010: aktualisierte Werte.

⁵ Anteile am Kommanditkapital mittelbar gehalten durch die REWE-Zentralfinanz e.G.

⁶ Genossenschaftliche Unternehmen: 95,9.

⁷ Genossenschaften. Komplementär ist die EDEKA Aktiengesellschaft, Hamburg.

⁸ Liebherr-Aerospace Lindenberg GmbH, Liebherr-Components Biberach GmbH, Liebherr-Hausgeräte Ochsenhausen GmbH, Liebherr-Hydraulikbagger GmbH, Liebherr-Mietpartner GmbH, Liebherr-Mischtechnik GmbH, Liebherr-Verzahntechnik GmbH, Liebherr-Werk Biberach GmbH, Liebherr-Werk Ehingen GmbH.

⁹ Genossenschaftsmitglieder.

Quelle: Eigene Erhebungen

459. Zwischen den Berichtsperioden 2010 und 2012 erfolgte eine Umstellung der Datengrundlage. Die Erhebungen für das Berichtsjahr 2010 basieren auf der Datenbank „Hoppenstedt Konzernstrukturen“ des Hoppenstedt Verlags, seit dem Berichtsjahr 2012 stützt sich die Monopolkommission auf die Datenbank „ORBIS Europe All Companies“ des Anbieters Bureau van Dijk. Die Umstellung hat zur Folge, dass sich aufgrund unterschiedlicher Angaben in beiden Datenbanken in einigen Fällen Veränderungen der Beteiligungsverhältnisse im Berichtszeitraum ergeben, obwohl sich diese möglicherweise nicht verändert haben. Die Veränderungen zwischen den Berichtsjahren 2010 und 2012 betreffen zum einen die Zuordnung

zu den Gruppen Streu- und ausländischer Einzelbesitz und Sonstige und zum anderen die Beteiligungen von Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“, die im nächsten Abschnitt gesondert diskutiert werden.⁴¹

460. Die in der Debeka-Gruppe, dem HDI Haftpflichtverband der Deutschen Industrie V. a. G. und der Signal-Iduna Gruppe organisierten Versicherungsunternehmen sind im Gegensatz zu den restlichen betrachteten Unternehmen durch die Besonderheit gekennzeichnet, dass sie als Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit keine mit Mitgliedschaftsrechten verbundenen, der Aktie vergleichbaren Kapitalanteile aufweisen. Das Eigenkapital eines Versicherungsvereins ist allein aus den versteuerten Unternehmensgewinnen und Beiträgen der Mitglieder zu bilden. Eine den Unternehmen anderer Rechtsformen entsprechende Struktur der Anteilseigner ist für die genannten Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit aus diesem Grunde nicht darstellbar.

461. Der Austritt der RAG-Stiftung aus dem Kreis der „100 Größten“ wirkte sich im Berichtsjahr 2012 derart auf die Anteilseignerstruktur der Evonik Industries AG aus, als sich – bei einem konstanten Anteil in Höhe von 74,99 Prozent – ein Wechsel der Aufteilung der Anteile von der Kategorie „Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten““ in die Gruppe „öffentliche Hand“ ergab.

Im Dezember 2010 vereinbarte das Land Baden-Württemberg mit der Electricité de France S.A. die Übernahme eines Aktienpakets in Höhe von 45,01 Prozent an der Energie Baden-Württemberg AG. Am 17. Februar 2011 meldete die NECKARPRI GmbH, eine Tochtergesellschaft des Landes den Erwerb der Anteile an der Energie Baden-Württemberg AG. Im Berichtsjahr 2012 werden insgesamt 97,7 Prozent der Anteile an der Energie Baden-Württemberg AG durch die öffentliche Hand gehalten.

Die Sana Kliniken AG als eine der größten deutschen privaten Klinikgruppen ist ein Gemeinschaftsunternehmen der privaten Krankenversicherungsunternehmen. Durch den Wiedereintritt der Signal-Iduna Gruppe in den Untersuchungskreis erhöhte sich der Anteil der „100 Größten“ an der Sana Kliniken AG auf 60,1 Prozent der Anteile.

462. In Tabelle II.15 werden die Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ in derjenigen Anteilseignerkategorie erfasst, in die zum Stichtag mindestens 50 Prozent der Anteile entfielen. Zu der Gruppe „Mehrheit im Besitz der „100 Größten““ erfolgte eine Zuordnung nur insofern, als ein einzelnes Unternehmen aus dem Kreis über die Mehrheit der Stimmrechte verfügte. Sofern mehrere Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ gemeinsam die Mehrheit der Kapitalanteile hielten, erfolgte eine Einordnung in die Kategorie „Keine Mehrheit“.

⁴¹ In der Vergangenheit wurden aggregierte Angaben zu den Anteilen institutioneller Investoren der Kategorie Sonstige zugeordnet. Für das Berichtsjahr 2012 liegen keine Daten zu der Summe der Kapitalanteile institutioneller Investoren vor. Gleichzeitig kann auf ausführlichere Informationen zu den einzelnen Anteilseignern, insbesondere mit Kapitalanteilen unter drei Prozent zurückgegriffen werden. Es kommt daher in einzelnen Fällen vor, dass sich zwischen beiden Berichtsperioden die Höhe des Anteilsbesitzes zwischen den Kategorien „Anteile aus dem Kreis der Großunternehmen“, „Ausländischer Einzelbesitz“, „Streubesitz“ bzw. „Sonstige“ signifikant verschiebt, ohne dass sich die Aktionärsstruktur tatsächlich wesentlich verändert hat.

Tabelle II.15: Aufschlüsselung der 100 größten Unternehmen 2010 und 2012 nach Arten der Beteiligungsverhältnisse

<i>Beteiligungsverhältnis</i>	<i>Anzahl der Unternehmen</i>		<i>Anteil an der Wertschöpfung der „100 Größten“ (%)</i>		<i>Durchschnittliche Wertschöpfung (Mio. EUR)</i>	
	<i>2010</i>	<i>2012</i>	<i>2010</i>	<i>2012</i>	<i>2010</i>	<i>2012</i>
Mehrheit im Besitz eines Unternehmens aus dem Kreis der „100 Größten“	1	0	1,0	0,0	2.758	0
Mehrheit in ausländischem Einzelbesitz	26	21	12,6	10,8	1.319	1.492
Mehrheit im Besitz der öffentlichen Hand	13	15	9,9	12,0	2.077	2.307
Mehrheit im Besitz von Einzelpersonen, Familien und Familienstiftungen	22	26	19,4	24,4	2.414	2.717
Über 50 % Streubesitz	21	23	37,4	39,6	4.866	4.975
Sonstiger Mehrheitsbesitz	10	8	13,0	4,2	3.554	1.511
Ohne Mehrheitsbesitz	7	7	6,7	9,1	2.625	3.744
Alle Unternehmen	100	100	100,0	100,0	2.733	2.893

Anmerkung: 2010: aktualisierte Werte.

Quelle: Eigene Erhebungen

463. Im Vergleich zur Vorperiode ist die Kategorie „Mehrheit im Besitz von Einzelpersonen, Familien und Familienstiftungen“ mit 26 Fällen am häufigsten besetzt. Die Zahl der Unternehmen, die sich mehrheitlich in ausländischem Einzelbesitz befanden, sank deutlich um fünf Fälle auf 21. Die Zahl der Unternehmen, deren Anteilsmehrheit in Streubesitz lag, erhöhte sich maßgeblich infolge der geänderten Datenbasis von 21 auf 23 Fälle. Ebenso stieg die Zahl der Unternehmen, die mehrheitlich durch die öffentliche Hand kontrolliert wurden, um zwei auf 15 Fälle. Im Berichtsjahr 2012 befand sich kein Unternehmen mehrheitlich im Besitz eines anderen Unternehmens aus dem Kreis der „100 Größten“.

464. Unternehmen, die sich mehrheitlich in Streubesitz befanden, erzielten sowohl die größte durchschnittliche Wertschöpfung als auch den höchsten Anteil an der Wertschöpfung aller hundert Unternehmen. Die deutlich gesunkene durchschnittliche Wertschöpfung in der Gruppe der Unternehmen in sonstigem Mehrheitsbesitz ist im Wesentlichen auf die erhebungstechnische Umgruppierung der Daimler AG in die Kategorie „Streubesitz“ zurückzuführen. Knapp ein Viertel der Wertschöpfung wird durch Unternehmen erwirtschaftet, die mehrheitlich durch Einzelpersonen, Familien oder Familienstiftungen kontrolliert werden.⁴²

4.2.3 Beteiligungen aus dem Kreis der „100 Größten“

465. In Tabelle II.16 sind die einzelnen Beteiligungsverhältnisse zwischen den Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ für die Untersuchungsjahre 2010 und 2012 zusammengefasst. Kapitalbeteiligungen von

⁴² Das größte Gewicht ist hierbei der Volkswagen AG beizumessen, deren Stimmrechtsanteile mehrheitlich durch die in Familienbesitz befindliche Porsche Automobil Holding SE gehalten werden. Die Zuordnung in die Kategorie „Einzelpersonen, Familien und Familienstiftungen“ wurde für das Berichtsjahr 2010 rückwirkend angepasst.

Unternehmen aus dem Untersuchungskreis an ausländischen Konzernobergesellschaften wurden im Rahmen der Untersuchung nicht ausgewiesen.⁴³

Tabelle II.16: Kapitalverflechtungen aus dem Kreis der „100 Größten“ 2010 und 2012

<i>Anteilseigner</i>			<i>Beteiligungsunternehmen</i>				
<i>Rang¹</i>		<i>Unternehmen</i>	<i>Rang¹</i>		<i>Unternehmen</i>	<i>Kapitalanteil (%)²</i>	
<i>2012</i>	<i>2010</i>		<i>2012</i>	<i>2010</i>		<i>2012</i>	<i>2010</i>
1	2	Volkswagen AG	-	37	MAN SE		29,90
			-	38	Dr. Ing. h.c. F. Porsche AG		49,90
2	1	Daimler AG	19	20	EADS-Gruppe Deutschland (EADS N.V.)	14,78	22,46
3	3	Siemens AG	63	81	BSH Bosch und Siemens Hausgeräte GmbH	50,00	50,00
7	9	BASF SE	45	54	K+S AG		10,30
8	7	Robert Bosch GmbH	63	81	BSH Bosch und Siemens Hausgeräte GmbH	50,00	50,00
10	13	Deutsche Lufthansa AG	59	65	Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide	9,92	9,93
13	12	Deutsche Bank AG	7	9	BASF SE	1,83	0,81
			9	11	Deutsche Post AG	2,77	
			12	6	E.ON SE	1,39	
			14	21	SAP AG	3,73	
			15	22	Bayer AG	1,26	
			18	19	Continental AG	1,66	
			20	27	Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG	1,20	
			26	31	Fresenius SE & Co. KGaA	1,75	
			35	34	Allianz SE	1,38	
			38	41	Rhön-Klinikum AG	2,01	
			45	54	K+S AG	1,31	2,53
			59	65	Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide	1,46	
			64	67	Deutsche Börse AG	3,60	
			69	51	Bilfinger SE	4,06	
			79	86	LANXESS AG	3,79	
			80	80	Rheinmetall AG	3,16	
			87	82	Linde AG	2,85	
			100	-	GEA Group AG	3,05	
20	27	Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG	3	3	Siemens AG	1,30	4,28
			11	10	RWE AG		
			35	34	Allianz SE		
			65	72	Sana Kliniken AG	21,70	
21	17	Commerzbank AG	10	13	Deutsche Lufthansa AG	4,32	
			11	10	RWE AG	1,24	
			13	12	Deutsche Bank AG	1,40	
			17	15	Metro AG	2,00	
			20	27	Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG	1,29	
29	28	KfW Bankengruppe	6	4	Deutsche Telekom AG	15,00	16,87
			9	11	Deutsche Post AG	25,50	30,50
			19	20	EADS-Gruppe Deutschland (EADS N.V.)	2,76	
30	26	INA-Holding Schaeffler GmbH & Co. KG	18	19	Continental AG	49,90	42,17
32	18	Energie Baden-Württemberg AG	74	-	EWE AG	26,00	
35	34	Allianz SE	3	3	Siemens AG	3,00	

⁴³ Eine Ausnahme bildet die EADS N.V., Amsterdam, an der die Daimler AG und die KfW Bankengruppe 14,78 Prozent bzw. 2,76 Prozent der Stimmrechte halten.

Anteilseigner			Beteiligungsunternehmen				
Rang ¹		Unternehmen	Rang ¹		Unternehmen	Kapitalanteil (%) ²	
2012	2010		2012	2010		2012	2010
			5	8	Bayerische Motoren Werke AG	1,00	
			7	9	BASF SE	2,34	
			11	10	RWE AG		3,25
			12	6	E.ON SE	1,80	
			14	21	SAP AG	1,17	
			15	22	Bayer AG	1,07	2,48
			20	27	Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG	1,60	
			21	17	Commerzbank AG	3,00	10,30
			26	31	Fresenius SE & Co. KGaA	5,95	4,70
			38	41	Rhön-Klinikum AG	1,39	2,95
			45	54	K+S AG	1,29	
			58	42	Wacker Chemie AG	1,84	
			64	67	Deutsche Börse AG	1,53	
			65	72	Sana Kliniken AG	13,80	13,83
			69	51	Bilfinger SE	5,24	6,75
			79	86	LANXESS AG	3,15	
			80	80	Rheinmetall AG	1,54	3,01
			87	82	Linde AG	1,57	4,41
			100	-	GEA Group AG	3,04	
37	45	Asklepios Kliniken GmbH	38	41	Rhön-Klinikum AG	5,01	
43	46	DZ Bank AG	65	72	Sana Kliniken AG		0,69
56	61	Debeka-Gruppe	65	72	Sana Kliniken AG	10,10	10,10
67	77	AXA-Gruppe Deutschland (AXA S.A.)	9	11	Deutsche Post AG	2,00	2,96
			10	13	Deutsche Lufthansa AG		2,55
			13	12	Deutsche Bank AG	3,00	4,64
			15	22	Bayer AG		2,83
			18	19	Continental AG		2,52
			35	34	Allianz SE		2,96
			65	72	Sana Kliniken AG		0,37
			69	51	Bilfinger Berger SE		2,73
94	-	Signal-Iduna Gruppe	65	72	Sana Kliniken AG	14,50	
-	57	RAG-Stiftung	24	25	Evonik Industries AG		74,99

¹ In den Fällen, in denen anstelle einer Rangangabe ein Strich erscheint, befand sich das betreffende Unternehmen in dem Jahr nicht unter den „100 Größten“.

² Kapitalanteile auf zwei Nachkommastellen gerundet.

Quelle: Eigene Erhebungen

466. Aufgrund des beschriebenen Wechsels der Datengrundlage ergeben sich bei der Analyse der Beteiligungsverhältnisse zwischen den Unternehmen im Kreis erhebungstechnische Veränderungen, die eine Vergleichbarkeit der beiden Berichtspunkte einschränken.⁴⁴ Aus der Tabelle wird ersichtlich, dass für das Berichtsjahr 2012 neue Kapitalbeteiligungen der großen deutschen Finanzdienstleister identifiziert werden konnten. Dies betrifft vorrangig die Deutsche Bank AG, die im Jahr 2012 an 18 (2010: vier) Unternehmen aus den „100 Größten“ beteiligt war, sowie die Commerzbank AG mit fünf (2010: keine) und die Allianz SE mit 19 Beteiligungen (2010: neun). Im Falle von Unternehmen, die nicht schwerpunktmäßig dem Finanzdienstleistungsgewerbe zuzuordnen sind, ergeben sich nennenswerte Änderungen für die Volkswagen AG, die nach der Übernahme der MAN SE und der Dr. Ing. h.c. F. Porsche AG keine Anteile an Unternehmen

⁴⁴ Vgl. Tz. 459.

aus dem Kreis der „100 Größten“ hält.⁴⁵ Die BASF SE trennte sich im März 2011 von ihrem Anteil in Höhe von 10,3 Prozent an der K+S AG. Die Asklepios Kliniken GmbH erwarb bis zum 27. Juni 2012 einen Anteil in Höhe von 5,01 Prozent der Stimmrechte an der Rhön-Klinikum AG.

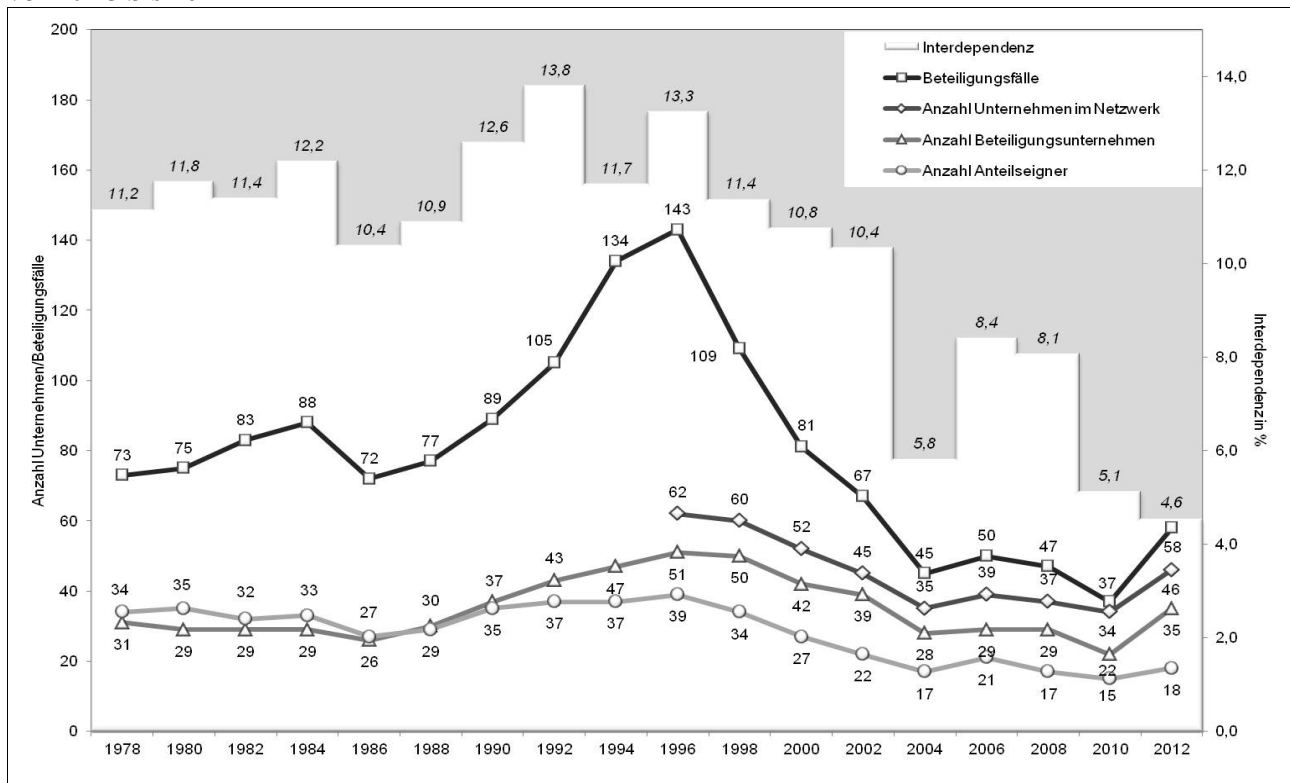
467. Abbildung II.10 veranschaulicht ergänzend die Entwicklung der Anzahl und Intensität der Kapitalverflechtungen für den Zeitraum 1978 bis 2012. Nach dem Anstieg der gemessenen Beteiligungsfälle in den Jahren 1986 bis 1996 von 72 auf 143 verringerte sich die Zahl der Kapitalbeteiligungen bis zum Jahr 2010 auf 37 Fälle. Gegenüber dem Berichtsjahr 2010 stieg die Zahl der Beteiligungsfälle im Jahr 2012 deutlich auf einen Wert von 58. Wie zuvor dargestellt wird die Entwicklung maßgeblich durch die geänderte Datengrundlage beeinflusst. Die Anzahl der Beteiligungsunternehmen stieg von 22 auf 35, die Zahl der Anteilseigner im Netzwerk erhöhte sich nur geringfügig von 15 auf 18 Unternehmen.

468. Die weißen Balken in Abbildung II.10 symbolisieren den Grad der Interdependenz zwischen den 100 größten Unternehmen als Indikator für die Stärke der Kapitalverflechtungen in einem Jahr. Die Interdependenz berechnet sich anhand des Anteils der Summe aus den mit den entsprechenden Kapitalanteilen gewichteten Wertschöpfungsbeträgen aller Beteiligungsunternehmen an der Gesamtwertschöpfung der „100 Größten“. Anders ausgedrückt misst der Interdependenzgrad den Anteil der durch Kapitalbeteiligungen kontrollierten Wertschöpfung an der Gesamtwertschöpfung aller Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“. Ein Wert von 100 Prozent würde sich rechnerisch ergeben, wenn die Kapitalanteile aller Unternehmen aus dem Berichtskreis vollständig von einem oder mehreren Unternehmen aus diesem Kreis gehalten werden. Es zeigt sich, dass sich der Grad der Interdependenz gegenüber dem Berichtsjahr 2010 trotz der höheren Zahl der Beteiligungsfälle um 0,5 Prozent auf nunmehr 4,6 Prozent verringerte.⁴⁶ Diese Entwicklung ist maßgeblich der Integration der MAN SE und der Dr. Ing. h.c. F. Porsche AG in den Volkswagen-Konzern geschuldet. Die entsprechenden Beteiligungen der Volkswagen AG in Höhe von 29,9 Prozent bzw. 49,9 Prozent trugen im Jahr 2010 alleine mit 0,6 Prozent zur Höhe des Interdependenzgrades bei. Weiterhin ist festzuhalten, dass die identifizierten Kapitalbeteiligungen der großen deutschen Finanzdienstleister häufig mittelbar durch Fondsgesellschaften gehalten werden und zumeist nur geringe Stimmrechte aufweisen.

Die Befunde zeigen aber auch, dass ein, infolge von Unternehmensübernahmen und Fusionen, abnehmender Verflechtungsgrad einen konzentrationserhöhenden Vorgang widerspiegeln kann, was bei der Interpretation der Ergebnisse zu berücksichtigen ist. Entsprechende Vorgänge konnten im Kreis der „100 Größten“ in den vergangenen Jahren unter anderem in den Branchen Energiewirtschaft, Finanzdienstleistungen und zuletzt der Automobilwirtschaft beobachtet werden.

⁴⁵ Vgl. Tz. 413.

⁴⁶ Bei der Interpretation des Interdependenzgrades ist zu berücksichtigen, dass dieser aufgrund des unbalancierten Charakters der Zeitreihe im Zeitablauf teils erheblichen Schwankungen unterliegt. So ist der geringe Anteil im Jahr 2004 vorrangig auf das vorübergehende Ausscheiden der KfW Bankengruppe aus dem Untersuchungskreis zurückzuführen.

Abbildung II.10: Entwicklung der Kapitalverflechtungen zwischen den „100 Größten“ im Zeitraum von 1978 bis 2012

Quelle: Eigene Erhebungen

4.3 Personelle Verflechtungen

4.3.1 Methodische Vorbemerkungen

469. In der folgenden Untersuchung zu personellen Verflechtungen werden ausschließlich Fälle betrachtet, bei denen eine oder mehrere Personen gleichzeitig dem Geschäftsführungsgremium (bzw. Vorstand) und einem Kontrollgremium (Aufsichtsrat, Verwaltungsrat, Gesellschafterausschuss, Vermittlungsausschuss, Unternehmensrat etc.) von mindestens zwei Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ angehören.⁴⁷ Berücksichtigt werden zudem Verflechtungen über Mehrfachmandatsträger in den Kontrollgremien von zwei oder mehr Unternehmen aus dem Untersuchungskreis. Aufgrund der umfangreichen Erhebungs- und Auswertungsarbeiten wird im Rahmen der Untersuchung von der Auswertung komplexer Verflechtungsmuster, z. B. über Mandatsträger aus dritten Gesellschaften, abgesehen.

470. Die Untersuchung der personellen Unternehmensverflechtungen stützt sich vorrangig auf Angaben in den publizierten Geschäftsberichten der „100 Größten“. Unternehmen, die keine Geschäftsberichte veröffentlicht haben und bei denen keine Informationen über die Besetzung der Geschäftsführungs- und Kontrollgremien aus alternativen Quellen gewonnen werden konnten, wurden aus der Analyse der personellen Verflechtungen ausgeschlossen. In der aktuellen Berichtsperiode 2012 konnten für 97 Unternehmen aus dem Untersuchungskreis die benötigten Daten gewonnen werden (2010: 96 Unternehmen).

In Abhängigkeit von der Rechtsform und den Gesellschaftsverträgen der Unternehmen können sich die Befugnisse der betrachteten Kontrollgremien unterscheiden. Nach der Intention der Analyse wird jedoch nicht

⁴⁷ Die Begriffe Kontrollgremium und Aufsichtsrat bzw. Geschäftsführung und Vorstand werden im Folgenden als Synonyme verwendet.

auf die Überwachungsbefugnisse der Kontrollgremien abgestellt, sondern auf ihre Eignung, auf hoher hierarchischer Ebene Kontakte zwischen Unternehmen herzustellen. Aus diesem Grund werden die Unternehmen ungeachtet der unterschiedlichen Kompetenzen in die Untersuchung der personellen Verbindungen einbezogen.

471. Die Aufschlüsselung der Kontrollgremien nach Gruppen von Mandatsträgern erfolgte zunächst nach einer Trennung von Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertretern. Weiterhin wurden die Mandatsträger in den Kontrollgremien den Kategorien „Geschäftsführungsmitglied eines anderen Unternehmens aus dem Untersuchungskreis“, „Repräsentant einer Bank bzw. einer Versicherung aus dem Kreis der 100 größten Unternehmen“, „Gewerkschaftsvertreter“, „Angestellter des Unternehmens“ und „Vertreter der öffentlichen Hand“ zugeordnet. In der Gruppe „Gewerkschaftsvertreter“ werden Organisationsvertreter erfasst, die aufgrund der Mitbestimmungsgesetzgebung von der Gewerkschaft vorgeschlagen werden.⁴⁸ In der Kategorie „Vertreter staatlicher Institutionen“ werden die im Untersuchungszeitraum aktiven sowie ehemaligen politischen Entscheidungsträger auf Bundes-, Länder- und kommunaler Ebene berücksichtigt.

4.3.2 Darstellung der personellen Verflechtungen zwischen den „100 Größten“

472. In Tabelle II.17 sind die personellen Verflechtungen zwischen den Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ sowohl über Mitglieder der Geschäftsführung eines Unternehmens, die Aufsichtsmandate in anderen Unternehmen aus dem Untersuchungskreis ausübten, als auch durch Mandatsträger, die Positionen in mindestens zwei Kontrollgremien innehatten, zusammengefasst.

473. Im Berichtsjahr 2012 entsandten 28 Unternehmen (2010: 27 Unternehmen) mindestens ein Mitglied der Geschäftsführung in die Kontrollgremien eines oder mehrerer Unternehmen aus dem Untersuchungskreis. Diese Mehrfachmandatsträger besetzten Mandate in den Kontrollgremien von 31 Unternehmen (2010: 43) innerhalb des Kreises der „100 Größten“. Die Diskrepanz zwischen entsendenden und empfangenden Unternehmen lässt sich darauf zurückführen, dass insbesondere Unternehmen auf den oberen Rangpositionen sowie Unternehmen der Finanzwirtschaft vergleichsweise häufig Mitglieder der Geschäftsführung in die Kontrollgremien anderer Unternehmen entsenden. Verglichen mit dem Berichtsjahr 2010 hat die Zahl entsprechender Verbindungen jedoch erneut deutlich abgenommen. Bereinigt man die Daten um Doppelmandate in externen Aufsichtsratsgremien, waren die zehn größten Unternehmen im Berichtsjahr 2012 über Geschäftsführungsmitglieder in durchschnittlich 1,3 (2010: 1,9) externen Kontrollgremien vertreten.⁴⁹ In der aktuellen Berichtsperiode war kein Unternehmen aus dem Kreis mit mehr als drei weiteren Unternehmen verflochten.

Insgesamt verringerte sich die Gesamtzahl der Verflechtungen über Geschäftsführungsmitglieder in den Kontrollgremien der „100 Größten“ im Zeitraum 2010 bis 2012 um 32,3 Prozent auf 42 Verbindungen, nachdem die Zahl zwischen den Jahren 2008 und 2010 bereits um 18,4 Prozent von 76 auf 62 gesunken war. Von den identifizierten 42 Verbindungen wurden 12 Verbindungen (2010: 20) durch Mitglieder der Geschäftsführung aus sieben Banken bzw. Versicherungen aus dem Kreis der „100 Größten“ ausgeübt. Ihr Anteil an allen 42 Verflechtungen betrug im Berichtsjahr entsprechend 28,6 Prozent (2010: 32,3 Prozent).

⁴⁸ In der Regel handelt es sich hierbei um hauptamtlich tätige Gewerkschaftsvertreter.

⁴⁹ Vgl. Tabelle II.16, Spalten 4 und 5.

Tabelle II.17: Die personellen Verflechtungen zwischen den 100 größten Unternehmen 2010 und 2012

Rang¹		Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Anzahl der Unternehmen ...					
2012	2010		... in deren Kontroll- gremien das genannte Unternehmen Mitglieder der Geschäfts- führung entsandt hat		... die Mitglieder ihrer Geschäfts- führung in das Kontrollgremium des genannten Unternehmens entsandt haben²		... mit denen das genannte Unternehmen über sonstige Mandats- träger in den Kontroll- gremien personell verflochten ist	
			2012	2010	2012	2010	2012	2010
1	2	Volkswagen AG	2	3		1	4	8
2	1	Daimler AG	3	2		2 (1)	9	11
3	3	Siemens AG	3	3	1 (1)	2 (2)	9	12
4	5	Deutsche Bahn AG				1	3	2
5	8	Bayerische Motoren Werke AG			1	2	10	9
6	4	Deutsche Telekom AG	1		1 (1)	1 (1)	13	13
7	9	BASF SE		3	2 (1)	2 (1)	6	5
8	7	Robert Bosch GmbH	2	3			6	3
9	11	Deutsche Post AG			2 (1)	2 (1)	6	6
10	13	Deutsche Lufthansa AG	2	4	1	2	6	7
11	10	RWE AG		2	1	3 (1)	7	9
12	6	E.ON SE	3	3	1		10	11
13	12	Deutsche Bank AG	1	5	2	1	12	12
14	21	SAP AG	1	1			2	4
15	22	Bayer AG				2 (1)	8	12
17	15	Metro AG		1	1 (1)	1 (1)	7	6
18	19	Continental AG			2	2	5	8
19	20	EADS-Gruppe Deutschland (EADS N.V.)			1	2 (1)	2	3
20	27	Münchener Rückversicherungs- Gesellschaft AG	1	1	1	2	6	5
21	17	Commerzbank AG	1	1	2 (1)	2 (1)	7	7
22	14	ThyssenKrupp AG		5			8	10
24	25	Evonik Industries AG				3	6	8
25	23	ZF Friedrichshafen AG				1	1	3
26	31	Fresenius SE & Co. KGaA				1 (1)	3	4
27	33	Vattenfall-Gruppe Deutschland (Vattenfall GmbH)					3	4
28	24	Bertelsmann SE & Co. KGaA	1		4	1	8	7
29	28	KfW Bankengruppe	3	3	1 (1)		7	6
30	26	INA-Holding Schaeffler GmbH & Co. KG	1	1		1	6	6
32	18	Energie Baden-Württemberg AG	1		1		2	
34	35	Vodafone-Gruppe Deutschland (Vodafone Holding GmbH)						1
35	34	Allianz SE	3	8			8	10
38	41	Rhön-Klinikum AG					1	1
39	29	UniCredit-Gruppe Deutschland (UniCredit Bank AG)					1	1
41	83	ExxonMobil-Gruppe Deutschland (ExxonMobil Central Europe Holding GmbH)						1
45	54	K+S AG					3	3
46	44	Landesbank Baden-Württemberg				1	3	1
47	48	EDEKA Zentrale AG & Co. KG			1		1	1

Rang ¹		Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Anzahl der Unternehmen ...					
2012	2010		... in deren Kontroll- gremien das genannte Unternehmen Mitglieder der Geschäfts- führung entsandt hat		... die Mitglieder ihrer Geschäfts- führung in das Kontrollgremium des genannten Unternehmens entsandt haben ²		... mit denen das genannte Unternehmen über sonstige Mandats- träger in den Kontroll- gremien personell verflochten ist	
			2012	2010	2012	2010	2012	2010
48	50	HGV Hamburger Gesellschaft für Vermögens- und Beteiligungsmanagement mbH	1	1			1	
49	60	Otto Group (Otto GmbH & Co. KG)					1	1
50	66	Henkel AG & Co. KGaA	1		1	1	5	9
52	59	Roche-Gruppe Deutschland (Roche Dld. Holding GmbH)					2	2
53	55	Salzgitter AG			2	2	1	4
55	53	E. Merck KG (Merck KGaA)	2	2			3	3
56	61	Debeka-Gruppe (Debeka Lebensversicherungsverein a.G.)	1	1				
58	42	Wacker Chemie AG	1				4	4
59	65	Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide	1	1	1	1	6	7
60	64	Adolf Würth GmbH & Co. KG				1		
62	96	HSH Nordbank AG			1	1 (1)	1	1
63	81	BSH Bosch und Siemens Hausgeräte GmbH			2	2		
64	67	Deutsche Börse AG				2 (2)	4	5
65	72	Sana Kliniken AG			2 (2)	1 (1)		
66	52	BP-Gruppe Deutschland (BP Europa SE)				1		3
67	77	AXA-Gruppe Deutschland (AXA Konzern AG)				1	2	5
69	51	Bilfinger SE				1	4	5
70	75	Carl Zeiss AG	1	2		1 (1)	4	4
71	74	PricewaterhouseCoopers AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft		1				
72	71	Nestlé-Gruppe Deutschland (Nestlé Dld. AG)					6	
73	73	maxingvest AG					1	2
74	-	EWE AG		-	1	-		-
76	69	Voith AG	1	1		1	8	10
77	76	ABB-Gruppe Deutschland (ABB AG)			1 (1)	1 (1)	2	3
78	92	Freudenberg & Co. KG		1		1	6	3
79	86	Lanxess AG					4	3
80	80	Rheinmetall AG					1	2
81	-	Aveco Holding AG		-		-	1	-
82	91	Axel Springer AG					5	7
84	68	Bayerische Landesbank					1	
85	98	DFS Deutsche Flugsicherung GmbH			1 (1)	1 (1)	2	1
87	82	Linde AG	1	1	1 (1)	1 (1)	8	9
88	97	DEKRA SE			1	1	1	1
89	-	HDI Haftpflichtverband der Deutschen Industrie V.a.G. (Talanx AG)		-		-	10	-
91	87	EDEKA Minden eG	1				1	1
92	88	Landesbank Berlin Holding AG	1				3	2

Rang¹		Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Anzahl der Unternehmen ...					
2012	2010		... in deren Kontroll- gremien das genannte Unternehmen Mitglieder der Geschäfts- führung entsandt hat		... die Mitglieder ihrer Geschäfts- führung in das Kontrollgremium des genannten Unternehmens entsandt haben²		... mit denen das genannte Unternehmen über sonstige Mandats- träger in den Kontroll- gremien personell verflochten ist	
			2012	2010	2012	2010	2012	2010
93	95	Novartis-Gruppe Deutschland (Novartis International AG)					4	3
94	-	Signal-Iduna Gruppe (Signal Krankenversicherungs a.G.)	1	-		-		-
95	100	Dr. August Oetker KG			1		4	
96	-	B. Braun Melsungen AG		-	1	-	1	-
100	-	GEA Group AG		-		-	4	-
-	37	MAN SE	-		-	2	-	9
-	38	Dr. Ing. h.c. F. Porsche AG	-		-	1	-	4
-	40	Ford-Gruppe Deutschland (Ford-Werke GmbH)	-		-		-	1
-	57	RAG-Stiftung	-	2	-		-	10
-	70	Saint-Gobain-Gruppe Deutschland (Compagnie de Saint Gobain S.A.)	-		-		-	5
-	99	ALSTOM-Gruppe Deutschland (ALSTOM Dld. AG)	-		-		-	3
Summe Verbindungen			42	62	42 (12)	62 (20)	155	176
Anzahl Unternehmen			28	27	31 (11)	43 (18)	68	68

¹ In den Fällen, in denen anstelle einer Rang- bzw. Zahlenangabe ein Strich erscheint, befand sich das betreffende Unternehmen in dem Jahr nicht unter den „100 Größten“. Unternehmen, für die in keinem der Jahre 2010 und 2012 zumindest eine Verbindung festgestellt werden konnte, werden in der Tabelle nicht aufgelistet. Die Aufsichtsgremien von Gruppen wurden aus den in Klammern aufgeführten Unternehmen erfasst. Zu Anmerkungen, die Umfirmierungen und Umstrukturierungen von Unternehmen oder Konzernen betreffen, vgl. die Fußnoten zu Tabelle II.1.

² Die Zahl in Klammern gibt die Anzahl von Banken und Versicherungen an, die in der erstgenannten Zahl enthalten sind.

Quelle: Eigene Erhebungen

474. Die letzten beiden Spalten in Tabelle II.17 geben die Anzahl der indirekten Verflechtungen über sonstige gemeinsame Träger von Aufsichtsmandaten wieder. Zwei Unternehmen gelten in diesem Sinne als personell verflochten, wenn eine Person in den Kontrollgremien beider Unternehmen vertreten war und nicht gleichzeitig zur Geschäftsführung eines weiteren Unternehmens aus dem Kreis der „100 Größten“ zählte. Im Jahr 2012 waren wie bereits in der Vorperiode 68 der betrachteten Unternehmen mit mindestens einem weiteren Unternehmen über Mehrfachmandatsträger in den Kontrollgremien verbunden. Die Gesamtzahl dieser Verflechtungsbeziehungen verringerte sich um 11,9 Prozent von 176 im Jahr 2010 auf 155 im Jahr 2012.⁵⁰

Der Anteil der gemessenen Kontakte über gemeinsame Mitglieder der Kontrollgremien an der maximalen Anzahl möglicher Verflechtungen lässt sich als Indikator für den Verflechtungsgrad interpretieren.⁵¹ Zwischen den Jahren 2010 und 2012 reduzierte sich der Grad der Verflechtungen um 0,4 Prozentpunkte von 3,6 auf 3,1 Prozent (2008/2010: -0,8 Prozent). Hierbei ist zu berücksichtigen, dass der Rückgang der Ver-

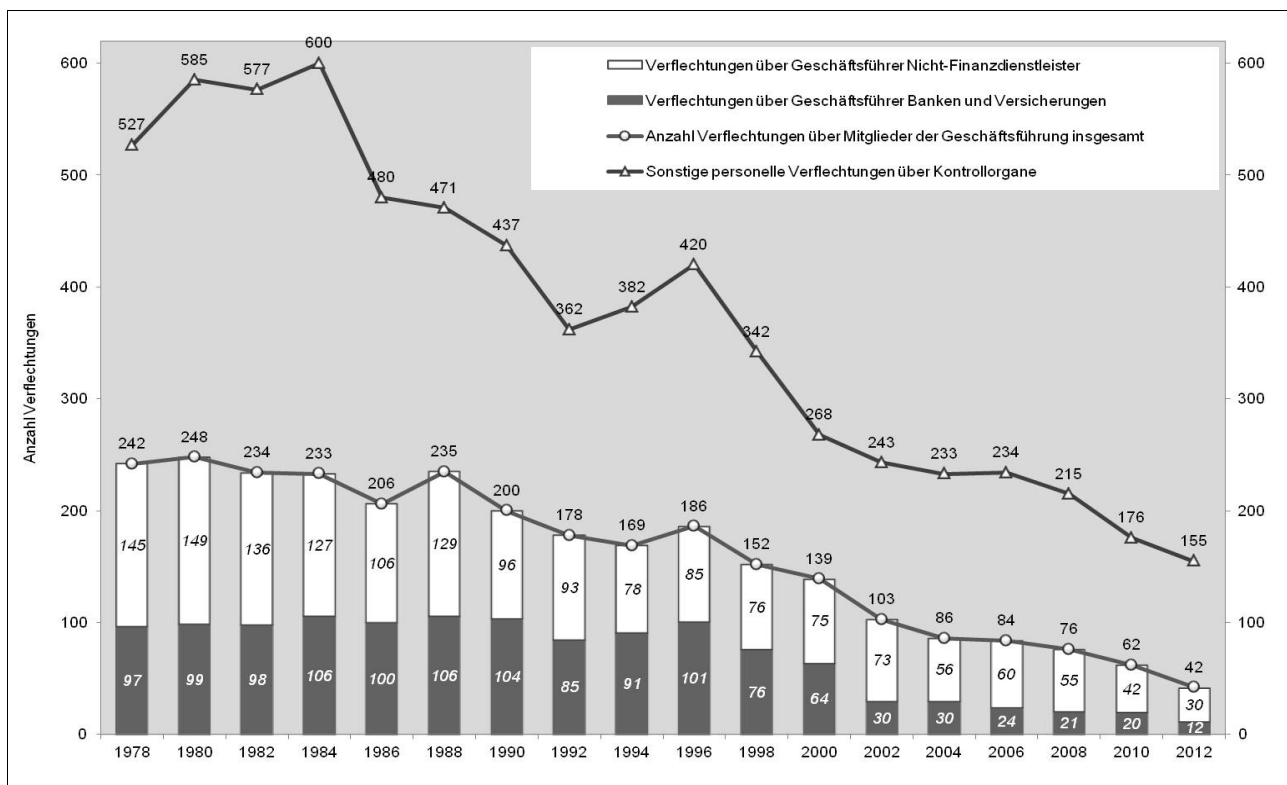
⁵⁰ Jede Verbindung, an der jeweils zwei Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ beteiligt sind, wird einfach gezählt.

⁵¹ Die höchstmögliche Zahl unterschiedlicher Verflechtungskombinationen entspricht $n(n-1)/2$, mit n = Zahl der betrachteten Unternehmen (jedes der n Unternehmen wäre dann mit jedem der anderen $(n-1)$ Unternehmen verflochten).

flechtungen vorrangig auf Änderungen in der Zusammensetzung des Untersuchungskreises zurückzuführen ist. So wiesen die im Jahr 2012 aus dem Kreis ausgeschiedenen Gesellschaften 32 Verbindungen auf, die neu in den Kreis eingetretenen Gesellschaften dagegen nur 16 Verbindungen.

475. Abbildung II.11 verdeutlicht die seit dem Berichtsjahr 1996 kontinuierlich abnehmende Bedeutung personeller Verflechtungen zwischen den Unternehmen im Kreis der „100 Größten“. Die Gesamtzahl an Verflechtungen über Mehrfachmandatsträger in den Kontrollgremien reduzierte sich im Zeitraum 1996 bis 2012 um 63,1 Prozent von 420 auf 155 Fälle. Die Zahl der Unternehmensverbindungen über die Entsendung von Geschäftsführern in externe Kontrollgremien verringerte sich im gleichen Zeitraum um 77,4 Prozent von 186 auf nunmehr 42 Fälle. Es fällt auf, dass die Entwicklung in stärkerem Maße durch Mitglieder der Geschäftsführung aus Banken und Versicherungen im Untersuchungskreis getrieben wurde. Entsprechende Verbindungen sanken zwischen 1996 und 2012 um 88,1 Prozent von 101 auf 12 Fälle, während die Anzahl der Verflechtungen über Geschäftsführer in den Branchen Industrie, Handel, Verkehr und Dienstleistungen mit einem Rückgang von 63,1 Prozent relativ schwächer abgebaut wurde.

Abbildung II.11: Personelle Verflechtungen der „100 Größten“ in den Jahren 1978 bis 2012



Quelle: Eigene Erhebungen

4.3.3 Aufschlüsselung der Kontrollgremien nach Gruppen von Mandatsträgern

476. In diesem Abschnitt erfolgt die Auswertung der Zusammensetzung der Kontrollgremien der 100 größten Unternehmen nach unterschiedlichen Gruppen von Mandatsträgern.⁵² Das anteilmäßige Gewicht der unterschiedenen Gruppen hängt zum einen von der Zusammensetzung des Kreises der 100 größten Unternehmen, zum anderen aber auch von Veränderungen innerhalb der Geschäftsführungsgremien zwischen den Berichtsperioden ab. Tabelle II.18 fasst die Ergebnisse zusammen.

⁵² Vgl. Tz. 471.

Tabelle II.18: Aufschlüsselung der Mandatsträger in den Kontrollgremien der 100 größten Unternehmen 2010 und 2012 nach Gruppen

Gruppenzugehörigkeit ¹	Zahl der Mandate		Anteil an der jeweiligen Gruppe (%)	
	2010	2012	2010	2012
Arbeitgebervertreter:				
Mitglieder der Geschäftsführung von Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“	71	49	8,4	5,8
davon:				
Vertreter von Banken und Versicherungen	(20)	(12)	(2,4)	(1,4)
Vertreter der öffentlichen Hand	96	96	11,3	11,4
Sonstige Arbeitgebervertreter	682	695	80,3	82,7
Arbeitgebervertreter insgesamt	849	840	100,0	100,0
davon Frauen	71	104	8,4	12,4
nachrichtlich:				
Vorsitzende der Kontrollgremien	96	97	100,0	100,0
davon:				
Mehrfachmandatsträger	35	31	36,5	32,0
aktive Mitglieder der Geschäftsführung von Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“	6	3	6,3	3,1
ehemalige Mitglieder der Geschäftsführung des zugehörigen Unternehmens	33	32	34,4	33,0
Arbeitnehmervertreter:				
Gewerkschaftsvertreter ³	176	174	26,2	25,6
Angestellte des Unternehmens (Betriebsräte, leitende Angest.)	497	506	73,8	74,4
Arbeitnehmervertreter insgesamt	673	680	100,0	100,0
davon Frauen	125	158	18,6	23,2
Mandatsträger in den Kontrollgremien insgesamt				
Durchschnittliche Anzahl Mandatsträger im Kontrollgremium	1522	1520		
davon:	15,9	15,7		
Anteil Arbeitgebervertreter			55,8	55,3
Anteil Arbeitnehmervertreter			44,2	44,7
Geschäftsführer der „100 Größten“²:				
Mehrfachmandatsträger	54	42	10,3	7,8
davon:				
Geschäftsführer aus Banken und Versicherungen	12	9	2,3	1,7
Vorsitzende der Geschäftsführung	22	18	4,2	3,3
Mandatsträger in den Geschäftsführungsgremien insgesamt	526	541	100,0	100,0
davon Frauen	13	29	2,5	5,4
Durchschnittliche Anzahl Mitglieder der Geschäftsführung	5,5	5,6		

¹ Die Daten beziehen sich auf die 97 (2010: 96) Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“, für die ein Kontrollgremium ermittelt werden konnte. Alle Anteilswerte auf eine Nachkommastelle gerundet.

² Aktualisierte Werte.

³ Gewerkschaftsvertreter gemäß § 7 Abs. 2, § 16 MitbestG.

Quelle: Eigene Erhebungen

477. Der im Vergleich zu 2010 von 8,4 auf 5,8 Prozent gesunkene Anteil externer Geschäftsführungsmitglieder von Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ an allen 840 Arbeitgebervertretern in den Kontrollgremien (2010: 849) spiegelt die weiterhin abnehmende Bedeutung dieser Verflechtungsform wider. Der Anteil von Vertretern aus Banken und Versicherungen aus dem Kreis der Großunternehmen sank ebenfalls von 2,4 auf 1,4 Prozent.

Unverändert wurden 96 bzw. 11,4 Prozent der Mandate durch Arbeitgebervertreter ausgeübt, die der Kategorie „Vertreter der öffentlichen Hand“ zuzurechnen waren. Von diesen 96 Mandatsträgern vertraten im aktuellen Berichtsjahr 89 Personen die öffentliche Hand als Mehr- oder Minderheitseigentümer (2010: 92 von 96).

Für das Untersuchungsjahr 2012 wurde weiterhin für alle 97 betrachteten Unternehmen der jeweilige Vorsitzende des Kontrollgremiums ermittelt. 31 dieser 97 Personen bzw. 32 Prozent (2010: 35 bzw. 36,5 Prozent) waren in mindestens einem weiteren Geschäftsführungsgremium bzw. Aufsichtsrat im Untersuchungskreis tätig. Allerdings wurden im Jahr 2012 nur noch drei Aufsichtsratsvorsitzende (2010: sechs) identifiziert, die ein paralleles Geschäftsführungsmandat ausübten. Die Ergebnisse der Auswertung zeigen ferner, dass mit 32 Fällen (2010: 33 Fälle) weiterhin rund ein Drittel der amtierenden Vorsitzenden des Kontrollgremiums zuvor ein Geschäftsführungsmandat im denselben Unternehmen bekleideten.⁵³ Die Zahl entsprechender Wechsel in Unternehmen, die im DAX 30 notiert sind, reduzierte sich von 15 auf 12 Fälle zwischen den Berichtsjahren 2010 und 2012.⁵⁴

478. Aufgrund der gesetzlichen Mitbestimmungsregelungen änderte sich die Anzahl und Zusammensetzung der Arbeitnehmervertreter in den erfassten Kontrollgremien nur geringfügig. Der auf 44,7 Prozent unwesentlich gestiegene durchschnittliche Anteil der Arbeitnehmervertreter in den Kontrollgremien ist auf Änderungen in der Zusammensetzung des Kreises der „100 Größten“ zurückzuführen. Mit einem Wert von 25,6 Prozent verringerte sich der Anteil der Gewerkschaftsvertreter an der Gesamtzahl der Arbeitnehmervertreter im Kontrollgremium geringfügig gegenüber der Vorperiode.

479. Die Vertreter der in Tabelle II.18 aufgeführten Gruppen übten zum Teil Mandate in den Kontrollgremien mehrerer Unternehmen aus dem Untersuchungskreis aus. In zwei Fällen wurden fünf parallele Aufsichtsmandate durch Arbeitgebervertreter ausgeübt, die nicht gleichzeitig dem Geschäftsführungsgremium eines Unternehmens aus dem Kreis der „100 Größten“ angehörten. Weitere sechs Personen, darunter ein Gewerkschaftsvertreter, hielten jeweils vier Kontrollmandate. 14 Personen waren in drei sowie 60 Personen in zwei Kontrollgremien vertreten. Die maximale Anzahl externer Aufsichtsmandate von Mitgliedern der Geschäftsführung belief sich im Jahr 2012 in einem Fall auf drei, in fünf Fällen auf zwei sowie in 36 Fällen auf ein externes Aufsichtsmandat. Die Ergebnisse deuten somit tendenziell darauf hin, dass kein Unternehmen die im Deutschen Corporate Governance-Kodex empfohlene Höchstzahl wahrgenommener externer Aufsichtsratsmandate durch Vorstände in börsennotierten Gesellschaften überschreitet.⁵⁵

480. Vor dem Hintergrund der aktuellen Diskussion um eine genderbezogene Quotenregelung bei der Besetzung von Geschäftsführungs- und Kontrollgremien weist die Monopolkommission in Tabelle II.18 nachrichtlich die durchschnittliche Anzahl und den Anteil von Frauen in den entsprechenden Gremien der „100 Größten“ aus.⁵⁶ In den Kontrollgremien erhöhte sich der durchschnittliche Anteil von Frauen zwischen den Jahren 2010 und 2012. Allerdings ist der Anteil von Frauen aufseiten der Arbeitnehmervertreter mit 23,2 Prozent (2010: 18,6 Prozent) im Jahr 2012 in etwa doppelt so hoch wie der Frauenanteil unter den Arbeitgebervertretern mit 12,4 Prozent (2010: 8,4 Prozent). Der Anteil der Frauen, die Geschäftsführungsmandate im Untersuchungskreis ausübten, verdoppelte sich von 2,5 Prozent im Jahr 2010 auf 5,4 Prozent im Jahr

53 Hierbei erfolgte in 26 Fällen (2010: 27 Fälle) ein Wechsel von der Position des Vorstandsvorsitzenden.

54 Es ist zu erwarten, dass die beobachteten Fallzahlen vor dem Hintergrund der in § 100 Abs. 2 Nr. 4 AktG vorgesehenen zweijährigen Karenzzeit für ehemalige Vorstände deutscher börsennotierter Gesellschaften künftig weiter abnehmen. Vgl. auch Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 354.

55 Vgl. Deutscher Corporate Governance-Kodex in der Fassung vom 13. Mai 2013, Ziffer 5.4.5. Bei der Interpretation der Ergebnisse ist allerdings zu berücksichtigen, dass ausschließlich Mandate innerhalb des Untersuchungskreises Berücksichtigung finden. Die tatsächliche Anzahl ausgeübter Mandate kann somit höher liegen, als hier berichtet wird.

56 Vgl. Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, „Gesetz für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im Öffentlichen Dienst“, Leitlinien für das Gesetzgebungsverfahren, Stand: 25. März 2014, <http://www.bmfsfj.de/BMFSFJ/gleichstellung,did=205630.html>, Abruf am 7. Mai 2014.

2012. Insgesamt liegt der Frauenanteil in Geschäftsführungsgremien unverändert deutlich unter dem Niveau des Frauenanteils in den Kontrollgremien.⁵⁷

5 Die Beteiligung der „100 Größten“ an den beim Bundeskartellamt angemeldeten Unternehmenszusammenschlüssen und an den Freigabeentscheidungen

481. Die Erhebungen zur aggregierten Konzentration von Großunternehmen schließen mit der Untersuchung der Zusammenschlussaktivitäten, um der wettbewerbspolitischen Bedeutung externen Wachstums Rechnung zu tragen. Während die vorhergehenden Abschnitte die Verflechtungen der größten Unternehmen untereinander behandeln, wird hier die Zusammenschlusstätigkeit dieser Gruppe insgesamt betrachtet und der Gesamtzahl der Fusionen in Deutschland gegenübergestellt. Die Monopolkommission stützt sich hierbei auf eine durch das Bundeskartellamt bereitgestellte Zusammenstellung der unmittelbaren und mittelbaren Beteiligung der jeweils „100 Größten“ an den Unternehmenszusammenschlüssen, die beim Bundeskartellamt nach § 39 GWB vor dem Vollzug anzumelden sind.⁵⁸ Das Bundeskartellamt berichtet der Monopolkommission sowohl die Zahl der angemeldeten Zusammenschlussvorhaben als auch die Anzahl der Freigabeentscheidungen.⁵⁹

482. Die Zahl der angemeldeten Zusammenschlüsse der Unternehmen aus dem Untersuchungskreis sank zwischen den Perioden 2010/11 und 2012/13 um 12,3 Prozent von 341 auf 299 Fälle.⁶⁰ Die Gesamtzahl der beim Bundeskartellamt angemeldeten Zusammenschlüsse erhöhte sich im gleichen Zeitraum um 5,9 Prozent auf 2.218. Infolge der gegenläufigen Entwicklungen verringerte sich das anteilige Gewicht der 100 Großunternehmen an der Gesamtheit aller Unternehmen in der Bundesrepublik Deutschland von 16,3 Prozent auf 13,5 Prozent. Für die Beteiligung der „100 Größten“ an der Zahl der Freigabeentscheidungen ist ein im Vergleich relativ schwacher Rückgang des Anteils festzustellen: in den Jahren 2012/13 schloss das Bundeskartellamt insgesamt 2.050 Fälle mit einer Freigabe ab (2010/11: 1.897). Von dieser Gesamtzahl sind 296 bzw. 14,4 Prozent den betrachteten Großunternehmen zuzurechnen (2010/11: 282 bzw. 14,9 Prozent).

483. In Tabelle II.19 sind die Zahl der angemeldeten Zusammenschlüsse und der Freigabeentscheidungen für die Jahre 2012/13 bzw. 2010/11 auf Unternehmensebene aufgelistet. 66 der 100 Unternehmen meldeten 2012/13 mindestens einen Zusammenschluss an bzw. waren von mindestens einer Freigabeentscheidung betroffen (2010/11: 71 Unternehmen). Die höchste Zusammenschlussaktivität wiesen im aktuellen Berichtszeitraum die RWE AG mit 25 Anmeldungen, die DZ Bank AG mit 21 Anmeldungen und die Bertelsmann SE & Co. KGaG mit 13 Anmeldungen auf. Neun Unternehmen im Kreis meldeten mindestens zehn Zusammenschlussvorhaben beim Bundeskartellamt an (2010/11: zehn Unternehmen).

57 Die Befunde decken sich qualitativ mit anderen Erhebungen zu deutschen Unternehmen. Vgl. z. B. Holst, E./Schimeta, J., Frauenanteil in Topgremien großer Unternehmen in Deutschland nimmt geringfügig zu – DAX-30-Unternehmen mit größerer Dynamik, DIW Wochenbericht 80(3), 2013, S. 4. Für eine Darstellung des Anteils von Frauen in Führungspositionen im europäischen Vergleich siehe Kapitel III dieses Gutachtens.

58 Die Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle finden grundsätzlich Anwendung, sofern die Umsatzerlöse der beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss weltweit insgesamt EUR 500 Mio. überschreiten und mindestens ein beteiligtes Unternehmen im Inland Umsatzerlöse von mehr als EUR 25 Mio. und ein anderes beteiligtes Unternehmen Umsatzerlöse von mehr als EUR 5 Mio. erzielt haben (§ 35 Abs. 1 GWB).

59 Das Abstellen auf das Kriterium Freigaben zur Beurteilung des tatsächlichen externen Wachstums beruht auf der Annahme, dass angemeldete Zusammenschlüsse, die durch das Bundeskartellamt freigegeben wurden, i. d. R. auch von den Beteiligten vollzogen werden.

60 Bei den übermittelten Daten zu der Zahl der Anmeldungen und den Freigaben für das Jahr 2013 handelt es sich jeweils um vorläufige Werte. In den Fällen, in denen mehr als ein Unternehmen aus dem Berichtskreis an einer Fusion teilnahm, wurde diese jedem der Unternehmen zugerechnet.

Tabelle II.19: Beteiligung der „100 Größten“ an den beim Bundeskartellamt angemeldeten Zusammenschlüssen und der Zahl der Freigabeentscheidungen

Rang		Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Anmeldungen²		Freigaben³	
2012	2010		2012/13¹	2010/11	2012/13¹	2010/11
1	2	Volkswagen AG	4	7	5	5
2	1	Daimler AG	6	8	7	7
3	3	Siemens AG	7	9	7	7
4	5	Deutsche Bahn AG	0	1	0	1
5	8	Bayerische Motoren Werke AG	1	2	2	1
6	4	Deutsche Telekom AG	11	13	11	7
7	9	BASF SE	4	2	4	2
8	7	Robert Bosch GmbH	8	6	10	4
9	11	Deutsche Post AG	6	1	6	1
10	13	Deutsche Lufthansa AG	3	0	3	0
11	10	RWE AG	25	26	28	16
12	6	E.ON SE	4	12	5	9
13	12	Deutsche Bank AG	2	1	2	1
14	21	SAP AG	3	4	4	3
15	22	Bayer AG	2	2	2	2
16	16	REWE-Gruppe (Rewe Zentralfinanz eG)	1	0	0	0
17	15	Metro AG	4	0	4	0
18	19	Continental AG	1	0	1	0
19	20	EADS-Gruppe Deutschland (EADS N.V.)	5	1	4	1
20	27	Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG	1	0	1	0
21	17	Commerzbank AG	1	1	1	1
22	14	ThyssenKrupp AG	3	3	3	3
23	39	Sanofi-Gruppe Deutschland (Sanofi S.A.)	0	0	0	0
24	25	Evonik Industries AG	7	6	7	6
25	23	ZF Friedrichshafen AG	1	4	1	3
26	31	Fresenius SE & Co. KGaA	9	5	6	5
27	33	Vattenfall-Gruppe Deutschland (Vattenfall AB)	0	2	1	2
28	24	Bertelsmann SE & Co. KGaA	13	13	14	10
29	28	KfW Bankengruppe	1	2	1	1
30	26	INA-Holding Schaeffler GmbH & Co. KG	0	1	0	1
31	30	Aldi-Gruppe	0	0	0	0
32	18	Energie Baden-Württemberg AG	11	12	13	6
33	36	Schwarz-Gruppe	1	0	1	0
34	35	Vodafone-Gruppe Deutschland (Vodafone Group Plc)	0	1	0	1
35	34	Allianz SE	0	2	0	2
36	32	IBM-Gruppe Deutschland (IBM International Business Machines Corporation)	1	2	1	2
37	45	Asklepios Kliniken GmbH	2	2	0	2
38	41	Rhön-Klinikum AG	7	1	2	1
39	29	UniCredit-Gruppe Deutschland (UniCredit S.p.A.)	0	1	0	1
40	43	C. H. Boehringer Sohn AG & Co. KG	0	0	0	0
41	83	ExxonMobil-Gruppe Deutschland (Exxon Mobil Corporation)	2	0	2	0
42	47	Total-Gruppe Deutschland (Total S.A.)	7	6	6	4
43	46	DZ Bank AG	21	29	18	25
44	58	Rethmann AG & Co. KG	8	16	8	15

Rang		Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Anmeldungen ²		Freigaben ³	
2012	2010		2012/13 ¹	2010/11	2012/13 ¹	2010/11
45	54	K+S AG	0	0	0	0
46	44	Landesbank Baden-Württemberg	8	13	10	10
47	48	EDEKA Zentrale AG & Co. KG	3	10	3	9
48	50	HGV Hamburger Gesellschaft für Vermögens- und Beteiligungsmanagement mbH	5	1	5	1
49	60	Otto Group (Otto (GmbH & Co KG))	0	0	0	0
50	66	Henkel AG & Co. KGaA	4	0	4	0
51	63	STRABAG-Gruppe Deutschland (STRABAG SE)	10	17	10	15
52	59	Roche-Gruppe Deutschland (Roche Holding AG)	0	1	0	1
53	55	Salzgitter AG	2	1	1	1
54	79	Hewlett-Packard-Gruppe Deutschland (Hewlett-Packard Company)	2	4	2	4
55	53	E. Merck KG (Merck KGaA)	0	0	0	0
56	61	Debeka-Gruppe (Debeka Lebens- & Krankenversicherungsverein a.G.)	1	0	1	0
57	62	Liebherr-International-Gruppe Deutschland (Liebherr-International S.A.)	0	1	0	1
58	42	Wacker Chemie AG (Wacker-Chemie AG)	0	0	0	0
59	65	Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide	0	0	0	0
60	64	Adolf Würth GmbH & Co. KG	2	2	2	2
61	56	Procter & Gamble-Gruppe Deutschland (The Procter & Gamble Company)	0	0	0	0
62	96	HSH Nordbank AG	1	1	1	1
63	81	BSH Bosch und Siemens Hausgeräte GmbH	0	0	0	0
64	67	Deutsche Börse AG	2	2	2	2
65	72	Sana Kliniken AG	5	2	5	2
66	52	BP-Gruppe Deutschland (BP p.l.c.)	2	2	2	1
67	77	AXA-Gruppe Deutschland (AXA S.A.)	10	7	9	7
68	89	Shell-Gruppe Deutschland (Royal Dutch Shell plc)	2	6	2	4
69	51	Bilfinger SE	10	6	10	5
70	75	Carl Zeiss AG	0	3	0	3
71	74	PricewaterhouseCoopers Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft	0	0	0	0
72	71	Nestlé-Gruppe Deutschland (Nestlé S.A.)	2	3	2	3
73	73	maxingvest AG	0	0	0	0
74	-	EWE AG	1	-	1	-
75	49	Stadtwerke München GmbH	1	5	1	4
76	69	Voith AG	0	0	0	0
77	76	ABB-Gruppe Deutschland (ABB Ltd.)	0	0	1	0
78	92	Freudenberg & Co. KG	2	1	2	1
79	86	LANXESS AG	0	1	0	1
80	80	Rheinmetall AG	1	6	1	4
81	-	AVECO Holding AG	1	-	1	-
82	91	Axel Springer AG	11	3	8	3
83	78	Stadtwerke Köln GmbH	4	5	5	5
84	68	Bayerische Landesbank	2	3	2	3
85	98	DFS Deutsche Flugsicherung GmbH	0	1	0	1
86	85	KPMG-Gruppe Deutschland (KPMG Europe LLP)	0	0	0	0
87	82	Linde AG	0	0	0	0
88	97	DEKRA SE	1	1	1	1

Rang		Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Anmeldungen²		Freigaben³	
2012	2010		2012/13¹	2010/11	2012/13¹	2010/11
89	-	HDI Haftpflichtverband der Deutschen Industrie V.a.G.	0	-	0	-
90	84	H & M Hennes & Mauritz-Gruppe Deutschland (H & M Hennes & Mauritz AB)	0	0	0	0
91	87	EDEKA Minden eG	0	1	0	1
92	88	Landesbank Berlin Holding AG	2	4	2	4
93	95	Novartis-Gruppe Deutschland (Novartis AG)	0	0	0	0
94	-	Signal-Iduna Gruppe (Iduna Vereinigte Lebens- & Signal Krankenversicherung a.G.)	0	-	0	-
95	100	Dr. August Oetker KG	3	8	2	8
96	-	B. Braun Melsungen AG	2	-	3	-
97	94	Miele & Cie. KG	0	0	0	0
98	90	Philips-Gruppe Deutschland (Koninklijke Philips Electronics N.V.)	0	2	0	2
99	-	Hella KGaA Hueck & Co.	3	-	3	-
100	-	GEA Group AG	1	-	1	-
-	37	MAN SE	-	2	-	2
-	38	Dr. Ing. h.c. F. Porsche AG	-	1	-	1
-	40	Ford-Gruppe Deutschland (Ford Motor Company Inc.)	-	1	-	1
-	57	RAG-Stiftung	-	3	-	3
-	70	Saint-Gobain-Gruppe Deutschland (Compagnie de Saint Gobain S.A.)	-	1	-	1
-	93	Johnson Controls-Gruppe Deutschland (Johnson Controls Inc.)	-	6	-	6
-	99	ALSTOM-Gruppe Deutschland (ALSTOM S.A.)	-	0	-	0
Insgesamt			299	341	296	282
Anzahl Unternehmen			66	71	66	71
Gesamtzahl aller Anmeldungen/Freigaben			2.218	2.095	2.050	1.897 ⁴
Anteil der "100 Größten" an der Gesamtzahl aller Fälle (%)			13,5	16,3	14,4	14,9

¹ Bei den übermittelten Daten für das Jahr 2013 handelt es sich jeweils um vorläufige Werte.

² Gezählt werden Vorgänge, die zwischen dem 1. Januar 2012 und dem 31. Dezember 2013 beim Bundeskartellamt angemeldet wurden und bei denen das Unternehmen entweder selbst Erwerber, die Obergesellschaft zu einem der Erwerber oder selbst Erworbenener ist.

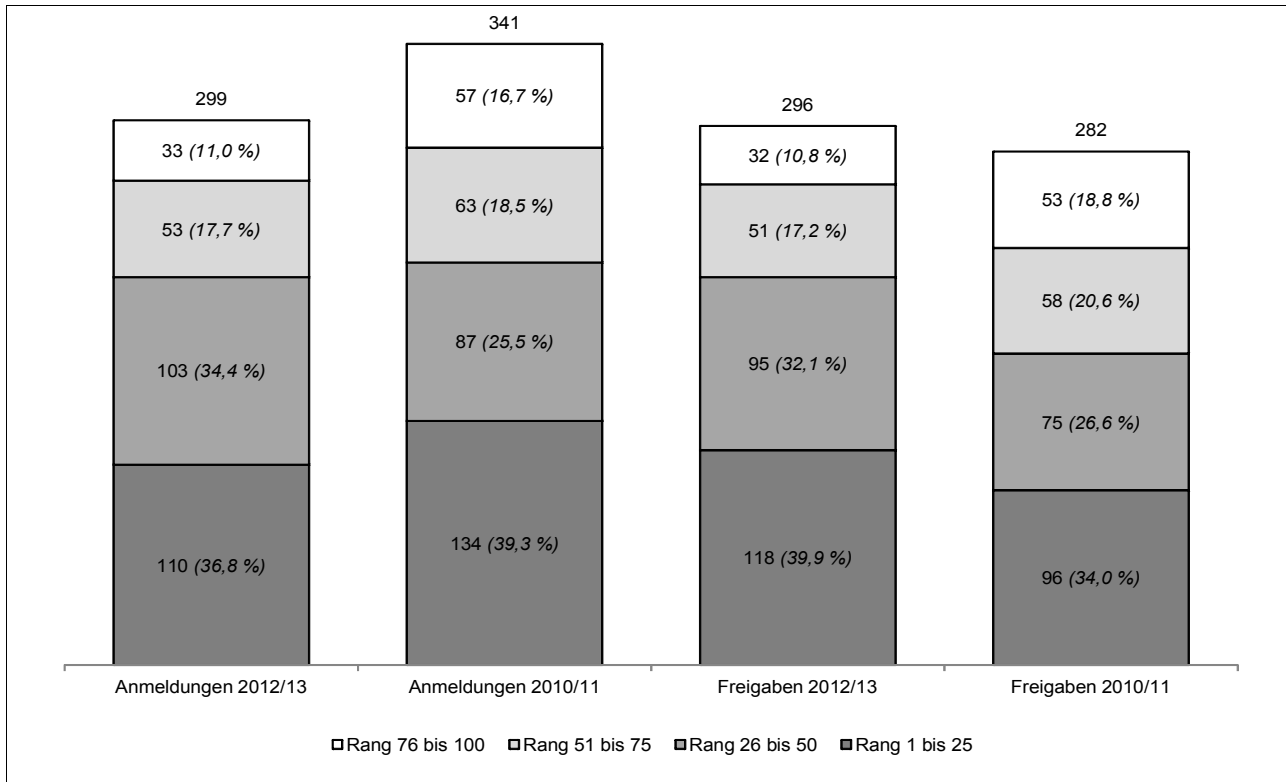
³ Anzahl der zwischen dem 1. Januar 2012 und dem 31. Dezember 2013 entweder im Vor- oder Hauptprüfverfahren, mit und ohne Nebenbestimmungen freigegebenen Vorgänge oder wenn für den Fall keine Kontrollpflicht bestand.

⁴ Aktualisierter Wert im Vergleich zum letzten Hauptgutachten.

Quelle: Eigene Berechnungen nach Angaben des Bundeskartellamtes

484. In Abbildung II.12 sind die auf die „100 Größten“ entfallenden Anmeldungen und Freigaben in Quartilen dargestellt. Der gegenüber dem Zeitraum 2010/11 zu verzeichnende Rückgang der Zahl der Anmeldungen wird maßgeblich durch die geringere Zusammenschlussaktivität der Unternehmen in der unteren Hälfte der Rangfolge bestimmt. In der Periode 2012/13 wurden 71,2 Prozent der Fälle durch Unternehmen auf den ersten 50 Rängen angemeldet (2010/11: 64,8 Prozent). Bei einem geringen Anstieg der Zahl der Freigabeentscheidungen ergeben sich vergleichbare Verschiebungen in den Anteilen der einzelnen Quartile: Im Zeitraum 2012/13 entfielen auf die ersten 50 Unternehmen in der Rangliste 72 Prozent der Freigabeentscheidungen gegenüber 60,6 Prozent in 2010/11.

Abbildung II.12: Häufigkeit der Beteiligung der Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ an Unternehmenszusammenschlüssen nach Ranggruppen



Anmerkung: Bei den übermittelten Daten für das Jahr 2013 handelt es sich jeweils um vorläufige Werte.

Quelle: Eigene Berechnungen nach Angaben des Bundeskartellamtes

Kapitel III

Europäisches Verflechtungsnetzwerk

1 Gegenstand und Ziel der Untersuchung

485. Mit der vorliegenden Untersuchung erweitert die Monopolkommission ihre mit dem XVIII. Hauptgutachten begonnene Analyse zu Unternehmensnetzwerken in und zwischen ausgewählten EU-Mitgliedstaaten. Die Untersuchung ergänzt die im Rahmen von Kapitel II traditionell durchgeführte Untersuchung zur Unternehmenskonzentration sowie zum Stand und der Bedeutung von personellen und kapitalmäßigen Verflechtungen zwischen den 100 größten inländischen Unternehmen um eine internationale Perspektive. Infolge der fortschreitenden Auflösung des nationalen Netzwerks aus wechselseitigen Unternehmensverbindungen in Verbindung mit der gleichzeitig zunehmenden Internationalisierung der Beschaffungs- und Absatzmärkte ist zu vermuten, dass die Bedeutung von Beziehungen zwischen Unternehmen über Landesgrenzen hinweg weiter an Bedeutung gewinnt. Die Erweiterung des Untersuchungskreises stellt entsprechend die Grundlage für weiterführende Aussagen zum Ausmaß der entsprechenden Verflechtungstatbestände und ihrer Wirkungen dar.

486. In ihrem XIX. Hauptgutachten hat die Monopolkommission erstmals einen umfassenden Datensatz zu Unternehmen in den EU-15 Mitgliedstaaten sowie Norwegen und der Schweiz für den Zeitraum 2006 bis 2010 systematisch aufbereitet, um die nationale und internationale Bedeutung personeller Unternehmensverflechtungen aufzuzeigen und die Entwicklung im Zeitablauf zu analysieren. In einem weiteren Schritt wurden die identifizierten Verflechtungsbeziehungen auf Branchenebene ausgewertet, um ihre Bedeutung in und zwischen unterschiedlichen Wirtschaftsbereichen zu veranschaulichen.

487. Im Zuge der Erhebungen zum XX. Hauptgutachten ist es gelungen, den bestehenden Datensatz wesentlich zu verbessern und zu erweitern. Zum einen erfolgt eine Fortschreibung der Untersuchung für das Berichtsjahr 2011. Zum anderen konnten die vorhandenen Unternehmensinformationen um umfassende unternehmensspezifische Variable wie die Eigentümerstruktur, Bilanzdaten sowie die Patentaktivität ergänzt werden. Dies ermöglicht neben der Analyse von personellen Verbindungen sowie (simultanen) Unternehmensverflechtungen über Kapitalbeteiligungen auch tiefer gehende Untersuchungen sowie erste Analysen zum Zusammenhang zwischen unterschiedlichen Verflechtungstatbeständen und wettbewerbsrelevanten Zielgrößen.

488. Das Kapitel ist wie folgt aufgebaut: Abschnitt 2 fasst zunächst die theoretischen Grundlagen und bisherigen empirischen Befunde zum Untersuchungsschwerpunkt zusammen. Zudem werden die verwendeten Daten und das methodische Vorgehen zum Aufbau des Datensatzes beschrieben. In Abschnitt 3.1 erfolgt die deskriptive Darstellung der Bedeutung von personellen und (simultanen) kapitalmäßigen Verflechtungen in und zwischen den untersuchten Ländern sowie den betrachteten Branchen. In den Abschnitten 3.2 und 3.3 wird der Zusammenhang zwischen Unternehmensverbindungen und wettbewerbsrelevanten Kennzahlen, wie bspw. Rendite und Patentaktivität näher beleuchtet. Abschnitt 4 fasst die empirischen Befunde zusammen und gibt einen Ausblick auf weiterführende Untersuchungsschwerpunkte in diesem Forschungsfeld.

2 Methodische Vorbemerkungen und Stichprobenauswahl

2.1 Theoretische Grundlagen und empirische Literatur

489. Personelle und/oder kapitalmäßige Verflechtungen zwischen Unternehmen können wettbewerbsbeschränkende Wirkungen entfalten, sofern die beteiligten Unternehmen aufgrund gleichgerichteter Interessen nicht wettbewerblich agieren. So ist anzunehmen, dass personelle Unternehmensverbindungen ein koordiniertes Marktverhalten und informelle Verhaltensabstimmungen begünstigen, da den verbundenen

Unternehmen prinzipiell interne Unternehmensinformationen, z. B. zu der Unternehmensstrategie, Kostenstrukturen oder Preisen zur Verfügung stehen. Aus einer wettbewerbspolitischen Perspektive ist dieser Sachverhalt insbesondere im Falle von Verflechtungen zwischen Unternehmen, die wirtschaftliche Aktivitäten in denselben Wirtschaftszweigen aufweisen, als kritisch zu beurteilen. Im Falle derartiger Verbindungen besteht die Gefahr eines erleichterten und infolge der Transparenz verfestigten kollusiven Verhaltens.¹

490. Die Europäische Kommission diskutiert die Frage der wettbewerbsrechtlichen Bedeutung von Minderheitsbeteiligungen im Rahmen ihres Konsultationsprozesses für eine effektivere Fusionskontrolle.² Unternehmensverbindungen über Kapitalbeteiligungen auf horizontaler Ebene, die nicht mit einem Kontrollerwerb gemäß Art. 3 FKVO einhergehen, können negative Wettbewerbswirkungen zur Folge haben, da der Unternehmenserfolg des Anteilseigners auch durch Erträge und Aufwendungen von wirtschaftlich und rechtlich selbstständigen Beteiligungsunternehmen, die nicht in den Konsolidierungskreis einbezogen werden, beeinflusst wird. Im Sinne einer Maximierung des Unternehmenserfolgs wird die Unternehmenspolitik nicht nur auf das eigene operative Ergebnis des Anteilseigners hin ausgerichtet, sondern auch auf den Erfolg des Beteiligungsunternehmens. Entsprechende Beteiligungsverhältnisse können ein wettbewerbsdämpfendes Verhalten der beteiligten Unternehmen erwarten lassen. Für einen Anteilseigner können z. B. Anreize für Preiserhöhungen und eine Reduktion der Produktionsmenge bestehen, da hieraus entstehende Verluste zumindest teilweise über das Beteiligungsunternehmen abgefangen werden. In der theoretischen Literatur wird gezeigt, dass wettbewerbsbeschränkende Wirkungen aus Minderheitsbeteiligungen insbesondere dann zu befürchten sind, wenn Unternehmen auf Oligopolmärkten mit wesentlichen Marktzugangsbarrieren agieren.³

491. Wettbewerbsrechtliche Wirkungen aus Minderheitsbeteiligungen sind auch im Falle vertikaler Beziehungen unter bestimmten Annahmen denkbar. So kann durch Minderheitsanteile an einem vor- oder nachgelagerten Beteiligungsunternehmen Einfluss auf das Zielunternehmen zulasten der Wettbewerber des Anteilseigners oder des Zielunternehmens ausgeübt werden (Abschottung von Einsatzmitteln bzw. von Kunden). Denkbar sind auch Konstellationen, in denen der Wettbewerb zwischen Konkurrenten auf der nachgelagerten Ebene durch die Beteiligung an einem vorgelagerten Unternehmen abgeschwächt wird, wenn der Anteilseigner an den Verkaufserlösen des vorgelagerten Beteiligungsunternehmens mit seinen Wettbewerbern partizipiert.⁴

492. Unternehmensverflechtungen ist insbesondere auch aus einer länderübergreifenden Perspektive eine hohe wettbewerbspolitische Relevanz beizumessen, da sie den Einfluss einzelner Unternehmen auf bestimmten Beschaffungs- und Absatzmärkten über Ländergrenzen hinweg erhöhen können, indem Verflechtungen zu Unternehmen aufgebaut werden, mit denen sie in Liefer- und Leistungsbeziehungen stehen. Daneben kann eine hohe inländische Verflechtungsintensität die internationale Öffnung von Märkten erschweren. Die Vernetzung von Unternehmen in ihren Heimatländern erhält eine weitreichende Bedeutung,

¹ Im Falle personeller Unternehmensverflechtungen sind Belege für diese Annahme empirisch nur schwer offenzulegen, vgl. Mizruchi, M. S., What Do Interlocks Do? An Analysis, Critique and Assessment of Research on Interlocking Directorates, *Annual Review of Sociology* 22(1), 1996, S. 271-298.

² Europäische Kommission, Towards More Effective Merger Control, Commission Staff Working Document sowie Annex I, Economic Literature on Non-Controlling Minority Shareholdings („Structural links“), SWD(2013) 239 final, 25. Juni 2013; vgl. dazu Tz. 783. ff.

³ Vgl. in diesem Zusammenhang z. B.: O'Brien, D. P./Salop, S. C., Competition Effects of Partial Ownership: Financial Interest and Corporate Control, *Antitrust Law Journal* 67, 2000, S. 559–610; Reynolds, R. J./Snapp, B. R., The Competitive Effects of Partial Equity Interests and Joint Ventures, *International Journal of Industrial Organization* 4(2), 1986, S. 141–153 oder Karle, H./Klein, T. J./Stahl, K., Ownership and Control in a Competitive Industry, TIEC Discussion Paper Nr. 2011-013. Für eine umfassende Diskussion vgl. Monopolkommission, Stärkung des Wettbewerbs bei Handel und Dienstleistungen, Hauptgutachten 2010/2011, Baden-Baden 2012, Tz. 805 ff.

⁴ Europäische Kommission, Annex to the Commission Staff Working Document, Towards More Effective Merger Control, Annex I, Economic Literature on Non-Controlling Minority Shareholdings („Structural links“), SWD(2013) 239 final, 25. Juni 2013, S. 5.

wenn auf diesem Wege ausländischen Konkurrenten der Zugang zu inländischen Absatz- oder Beschaffungsmärkten erschwert wird.

493. Gleichzeitig ist anzuerkennen, dass personelle wie auch kapitalmäßige Unternehmensverflechtungen einen effizienten Kooperationsmechanismus zur Koordination horizontaler sowie vertikaler Transaktionen zwischen Unternehmen darstellen und dazu beitragen können, bestehende Unsicherheiten gegenüber vor- oder nachgelagerten Unternehmen auf den Beschaffungs- und Absatzmärkten abzuschwächen. Auf horizontaler Ebene können Unternehmensverbindungen die Kooperation von Unternehmen mit vergleichbaren Technologien intensivieren und auf diesem Weg die Innovationstätigkeit begünstigen.

494. Inzwischen befasst sich eine zunehmende Zahl theoretischer und empirischer Forschungsarbeiten vor dem Hintergrund der nationalen und internationalen Corporate Governance-Diskussion mit dem empirischen Phänomen personeller Unternehmensverflechtungen über Mehrfachmandatsträger hinsichtlich ihrer Beratungs- und Beaufsichtigungsfunktion.⁵ Personelle Verflechtungen können entsprechend positive Effekte für die beteiligten Unternehmen entfalten, da Mehrfachmandatsträger über ihre Ämter spezifische Erfahrungen und Informationen erwerben und die entsprechenden Unternehmen von der Beratungs- und Aufsichtsexpertise sowie dem vereinfachten Erfahrungsaustausch mit externen Mandatsträgern profitieren. Auf der anderen Seite können personelle Unternehmensverbindungen über Mehrfachmandatsträger Interessenkonflikte, z. B. zwischen den verbundenen Unternehmen oder infolge begrenzter zeitlicher Ressourcen, bedingen.⁶

495. Mit der Analyse von personellen Verflechtungen über die obersten Leitungs- und Kontrollgremien sowie Minderheitsbeteiligungen zwischen börsennotierten Unternehmen in ausgewählten europäischen Ländern wird erstmals eine systematische Darstellung zur Bedeutung der genannten Verflechtungsnetzwerke vorgenommen. Auf dieser Grundlage wird versucht, mögliche wettbewerbsrelevante Zusammenhänge zwischen relevanten Unternehmenskennzahlen und den verschiedenen Verflechtungsbeziehungen in einem ersten Schritt näher zu beleuchten.

2.2 Datengrundlage

2.2.1 Stichprobe

496. Die vorliegende Analyse basiert auf Informationen aus verschiedenen Datenbanken, welche mittels aufwendiger Verfahren miteinander verknüpft und hinsichtlich ihrer relevanten Informationen für das vorliegende Kapitel ausgewertet wurden. Als Erhebungsgrundlage dient die Datenbank „Officers & Directors“ von Thomson Reuters. Diese enthält detaillierte Informationen zu Führungskräften börsennotierter Unternehmen und ermöglicht daher eine systematische Auswertung personeller Verflechtungen auf Länderebene im Zeitablauf.

Die Monopolkommission konzentriert sich – wie schon in ihrem letzten Hauptgutachten – aufgrund unvollständiger Informationen und des erheblichen zusätzlichen Erhebungsaufwands auf die Analyse der personellen Verflechtungen der sogenannten EU-15 Mitgliedsländer sowie Norwegen und die Schweiz in den Berichtsjahren 2005 bis 2011. Die Fokussierung auf börsennotierte Unternehmen begründet sich durch die relativ zu nicht gelisteten Unternehmen bessere Datenverfügbarkeit aufgrund strengerer Offenlegungspflichten sowie die bessere Vergleichbarkeit der Struktur der obersten Geschäftsführungs- und Kontrollgremien, auf deren Basis die Typinformationen erstellt werden.

⁵ Vgl. für einen Überblick unter anderem Adams, R. B./Hermalin B. E./Weisbach, M. S., The Role of Boards of Directors in Corporate Governance: A Conceptual Framework & Survey., Journal of Economic Literature 48(1), 2010, S. 58-107.

⁶ Das Problem von begrenzten zeitlichen Kapazitäten infolge von Mehrfachmandaten wird u. a. auch durch ein Grünbuch der Europäischen Kommission thematisiert; vgl. Europäische Kommission, Grünbuch, Europäischer Corporate Governance-Rahmen, KOM(2011) 164 endgültig, 25. April 2011.

497. Die Identifikation der Unternehmen in der „Officers & Directors“-Datenbank erfolgt anhand ihrer International Securities Identifications Nummer (ISIN). Zudem sind die erfassten Mandatsträger im Datensatz mit einer individuellen Personenidentifikationsnummer hinterlegt, anhand derer einzelne Beobachtungen eindeutig identifiziert werden können und die es erlauben, auf einen aufwendigen und potenziell fehlerbehafteten automatisierten Namensabgleich zu verzichten. Ein weiterer erheblicher Vorteil der „Officers & Directors“-Datenbank liegt in dem Ausweis der Amtsperioden der jeweiligen Mandatsträger. Hierbei wird die Amtsdauer durch ein Eintritts- und Austrittsdatum sowie die ausführliche Beschreibung des Mandats eindeutig gekennzeichnet. Bei dem Aufbau des aktuellen Unternehmenspanels wurden die in der „Officers & Directors“-Datenbank ausgewiesenen Amtsdauern auf den jeweiligen Stichtag, 31. Dezember der betrachteten Kalenderjahre, umgerechnet. Thomson Reuters stützt sich bei ihren Recherchen sowohl auf publizierte Angaben in den Geschäftsberichten, Internetseiten und weitere Quellen der betrachteten Unternehmen als auch auf aktuelle Pressemeldungen⁷. Dennoch kann die Monopolkommission infolge ihrer eigenen Recherchen nicht ausschließen, dass die Angaben zur Vorstands- und Aufsichtsratsbesetzung in Einzelfällen nicht dem tatsächlichen Stand entsprechen. Die geringe Fehlerwahrscheinlichkeit lässt jedoch darauf schließen, dass keine systematische Verzerrung in den Daten vorliegt.

498. In einem nächsten Schritt wurden die aus dem „Officers & Directors“-Datensatz identifizierten Unternehmen mit Informationen aus der „ORBIS“-Datenbank von Bureau van Dijk zusammengefügt. Die „ORBIS“-Datenbank enthält neben Finanzdaten auch Angaben zur Eigentümerstruktur und den Tochtergesellschaften ab dem Jahr 2005 für nahezu alle europäischen Unternehmen. Die Problematik hinsichtlich der Verknüpfung der beiden Datenbanken ergab sich zunächst daraus, dass bei Thomson Reuters die Identifikation der Unternehmen anhand ihrer ISIN-Nummer erfolgt, wohingegen in „ORBIS“ den Unternehmen eine von Bureau van Dijk generierte Identifikationsnummer (BvD ID) zugewiesen wird. Daher wurde zunächst den ISIN-Nummern der in der „Officers & Directors“-Datenbank vorhandenen Unternehmen die jeweilige BvD ID mittels diverser Abgleiche zugeordnet. Durch Verlinkung der beiden Datenbanken konnten somit den jeweiligen Unternehmen neben Informationen hinsichtlich ihrer Mandatsträger umfangreiche Unternehmenskennzahlen und Branchenklassifikationen zugeordnet werden.

499. Für die vorliegende Untersuchung wurde die Datenbasis zunächst um diejenigen Unternehmen bereinigt, die im Beobachtungszeitraum durch Insolvenz, Fusion, Übernahme oder Geschäftsaufgabe aus dem Markt ausgeschieden sind. Zudem enthält „ORBIS“ umfangreiche Informationen hinsichtlich der Eigentümerstruktur von Unternehmen. Dies ermöglichte in einem nächsten Schritt die Identifizierung von Konzernober- und Tochtergesellschaften⁸. Alle durch eine Obergesellschaft kontrollierten Unternehmen wurden aus dem Datensatz entfernt, da personelle Verflechtungen im Konzernverbund i. d. R. dem Zweck der Überwachung der Geschäftstätigkeit der Tochter- durch die Muttergesellschaft dienen. Des Weiteren fanden nach Zuordnung der jeweiligen Brancheninformationen Unternehmen sowie deren Verflechtungsbeziehungen mit Tätigkeitsschwerpunkt in den Wirtschaftszweigen P bis U⁹ keine Berücksichtigung. Auch wurden Unternehmen mit Haupttätigkeit im Wirtschaftsbereich K (Finanz- und Versicherungsdienstleistungen) aus dem Datensatz entfernt. Zudem wurde der Datensatz ebenfalls um Unternehmen, deren ISIN-Nummern auch nach manuellem Abgleich keiner BVD ID zugeordnet werden konnten, sowie um Unternehmen mit fehlenden Informationen zur Eigentümerstruktur und/oder Wirtschaftszweigklassifikation bereinigt.

⁷ Vgl. Thomson Reuters, Reuters Business Intelligence – Officers and Directors User Guide, Version 0.1, 2009.

⁸ Als Tochtergesellschaften bzw. abhängige Unternehmen wurden Unternehmen mit einer durch die jeweilige Konzernmutter ausgeübten kontrollierenden Kapitalbeteiligung von mindestens 50,01 Prozent klassifiziert.

⁹ Basierend auf der Statistischen Systematik der Wirtschaftszweige in der Europäischen Gemeinschaft (NACE Rev. 2): P (Erziehung und Unterricht), Q (Gesundheits- und Sozialwesen), R (Kunst, Unterhaltung und Erholung), S (Erbringung von sonstigen Dienstleistungen), T (Private Haushalte mit Hauspersonal; Herstellung von Waren und Erbringung von Dienstleistungen durch private Haushalte für den Eigenbedarf ohne ausgeprägten Schwerpunkt), U (Exterritoriale Organisationen und Körperschaften).

500. Der endgültige Datensatz umfasst 5.370 Unternehmen mit insgesamt 28.158 Beobachtungspunkten im Zeitraum 2005 bis 2011, welche die Grundlage für den Verflechtungskreis bilden. Allerdings gilt zu berücksichtigen, dass nicht alle Unternehmen in jeder Periode beobachtet werden (sogenanntes unbalanciertes Panel). Dies liegt daran, dass Unternehmen innerhalb des Beobachtungszeitraums bspw. infolge von Insolvenz oder Übernahme aus dem Markt ausscheiden und entsprechend nicht mehr im Datensatz geführt werden.

In die Untersuchung fließen ausschließlich börsennotierte Unternehmen ein. Bei den in der Stichprobe erfassten Unternehmen handelt es sich weiterhin in knapp 60 Prozent aller Fälle um Großunternehmen, gemessen an der Definition der Europäischen Kommission.¹⁰ Da es sich infolge der Selektion um eine nicht repräsentative Auswahl von Unternehmen in den betrachteten europäischen Ländern handelt, können keine Rückschlüsse auf die gesamte Unternehmenslandschaft gezogen werden.¹¹

501. Tabelle III.1 gibt einen Überblick über die Anzahl und die Verteilung aller Unternehmen in der Stichprobe zwischen 2005 und 2011. Gut ein Drittel aller ausgewerteten Unternehmen haben ihren Hauptsitz im Vereinigten Königreich (34,5 Prozent). Knapp 13 Prozent der Unternehmen entfallen auf Unternehmen mit Hauptsitz in Deutschland, gefolgt von Frankreich (12,2 Prozent) und Schweden (8,6 Prozent). Lediglich knapp bzw. gut ein Prozent entfallen auf Luxemburg und Portugal bzw. Österreich. Der hohe Anteil an börsennotierten Unternehmen im Vereinigten Königreich mag zunächst verwundern, ist jedoch darauf zurückzuführen, dass die Börsenkapitalisierung dort bereits Anfang des 20. Jahrhunderts im Vergleich zu anderen industrialisierten Ländern stark ausgeprägt war und sich auch im Laufe des letzten Jahrhunderts stärker als bspw. in Deutschland und Frankreich entwickelt hatte.¹²

502. Zu den erfassten 5.370 Unternehmen lagen Informationen zu insgesamt 67.995 verschiedenen Personen in den erfassten Leitungs- bzw. Kontrollgremien vor. Die organisatorische Ausgestaltung der obersten Leitungs- bzw. Kontrollgremien wird durch die jeweiligen nationalen institutionellen Rahmenbedingungen bestimmt. Während im angelsächsisch geprägten monistischen Board of Directors als oberstes Unternehmensorgan geschäftsführende („Executive“) und beaufsichtigende („Non-Executive“) Direktoren in einem Gremium zusammenwirken, erfolgt in einem dualistischen System die formale Trennung zwischen Leitungs- und Kontrollorgan. So werden nach dem deutschen Aktiengesetz die für die Geschäftsführung verantwortlichen Mitglieder des Vorstandsgremiums durch die Mitglieder des Aufsichtsrats beaufsichtigt. Einige nationale Vorschriften ermöglichen ferner personelle Überschneidungen zwischen Leitungs- bzw. Kontrollgremium.¹³ Bei der Europäischen Gesellschaft („Societas Europaea, SE“) besteht zudem ein Wahlrecht für das monistische oder dualistische System.¹⁴ Um eine Vergleichbarkeit zwischen den unterschiedlichen organisatorischen Strukturen der obersten Leitungs- und Kontrollgremien herzustellen, wurde im Rahmen der vorliegenden Untersuchung eine Unterscheidung zwischen geschäftsführenden („Executive“)

10 Für 21.472 Beobachtungspunkte (76 Prozent) im Datensatz lagen verwertbare Daten zur Bestimmung der Größenklasse aus „ORBIS“ vor. Von diesen handelt es sich in 13.068 Fällen um Großunternehmen. Nach der Definition der Europäischen Kommission zählen zur Größenklasse der kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) diejenigen Unternehmen, die weniger als 250 Personen beschäftigen und die entweder einen maximalen Umsatz von EUR 50 Mio. oder Bilanzsumme von höchstens EUR 43 Mio. aufweisen. Vgl. Empfehlung 2003/361/EG der Kommission vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen, ABl. EU Nr. L 124 vom 20. Mai 2003, S. 36 ff.

11 Gleichwohl handelt es sich bei der Studie um eine Vollerhebung aller gelisteten Unternehmen in den betrachteten Ländern.

12 Vgl. Rajan, R.G./Zingales, L., The Great Reversals: the Politics of Financial Development in the Twentieth Century, *Journal of Financial Economics* 69, 2003, 5-50; LaPorta, R./Lopes-De-Silanes, F./Shleifer, A., The Economic Consequences of Legal Origins, *Journal of Economic Literature* 46(2), 2008, 285-332.

13 Vgl. Heidrick & Struggles, Corporate Governance Report 2009, Boards in Turbulent Times, Amsterdam 2009, S. 5.

14 Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl. L 294, S. 1 vom 10. November 2001, Art. 39 ff.

und beaufsichtigenden bzw. nicht geschäftsführenden („Non-Executive“) Mandatsträgern unabhängig von der nationalen Struktur der Gremien vorgenommen.¹⁵

Tabelle III.1: Fallzahlen und Verteilung der in der Stichprobe erfassten Unternehmen nach Ländern im Beobachtungszeitraum 2005 – 2011

<i>Land</i>	<i>Anzahl Unternehmen</i>	<i>Anteil an der Stichprobe (%)</i>
Belgien	127	2,4
Deutschland	695	12,9
Dänemark	127	2,4
Finnland	118	2,2
Frankreich	654	12,2
Griechenland	212	4,0
Irland	83	1,6
Italien	188	3,5
Luxemburg	39	0,7
Niederlande	148	2,8
Norwegen	237	4,4
Österreich	69	1,3
Portugal	49	0,9
Schweden	462	8,6
Schweiz	174	3,2
Spanien	136	2,5
Vereinigtes Königreich	1.852	34,5
Gesamt	5.370	100,0

Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten von Thomson Reuters und Bureau van Dijk

503. Tabelle III.2 veranschaulicht die Verteilung der aktiven Personen in den Jahren 2005 bis 2011 nach Ländern. Die Differenz der in Tabelle III.2 genannten Gesamtzahl an Mandatsträgern von 69.568 zu den 67.995 identifizierten Personen ergibt sich aus der Tatsache, dass etwa zwei Prozent aller im Beobachtungszeitraum aktiven Personen Mandate in verschiedenen Ländern ausüben. Ist bspw. eine Person in einem Gremium sowohl in Deutschland als auch in Norwegen aktiv, so wird der Mandatsträger beiden Ländern voll zugerechnet. Es wird deutlich, dass die meisten der Mandatsträger (26,3 Prozent) aus Unternehmen mit Hauptsitz im Vereinigten Königreich stammen. Relativ gesehen ist somit der Anteil der Mandatsträger von Großbritannien wesentlich kleiner als der Anteil der Unternehmen in der Stichprobe. Auch ist der Anteil der erfassten Mandatsträger für Schweden mit 10,6 Prozent fast so hoch wie der Deutschlands (10,7 Prozent), obwohl für Deutschland gut 230 Unternehmen mehr in der Stichprobe beobachtet werden. Dies ist der Tatsache geschuldet, dass das durchschnittliche Leitungs- und Kontrollgremium („Board“) in Schweden mit elf Mandatsträgern größer ist als in Deutschland und Großbritannien mit lediglich durchschnittlich acht Mandatsträgern. Des Weiteren geht aus Tabelle III.2 hervor, dass Deutschland und Großbritannien für die untersuchte Stichprobe das durchschnittlich kleinste Board aufweisen. Die durchschnittliche Anzahl ge-

¹⁵ In einigen Fällen üben Mandatsträger parallel geschäftsführende und beaufsichtigende Funktionen aus (sog. „CEO–Chairman Duality“). Vgl. Adams, R. B./Hermalin B. E./Weisbach, M. S., The Role of Boards of Directors in Corporate Governance: A Conceptual Framework & Survey, Journal of Economic Literature 48(1), 2010, S. 58–107. In diesen Fällen erfolgte die Zuordnung des Mandatsträgers in die Kategorie geschäftsführender Direktor. In einigen Fällen enthält der Datensatz Angaben zum erweiterten Vorstand eines Unternehmens. Da eine systematische Bereinigung um die entsprechenden Mandatsträger mit vertretbarem Aufwand nicht zu realisieren war, werden entsprechende Fälle der Kategorie geschäftsführende Direktoren zugeordnet.

schäftsführender („Executive“) und beaufsichtigende („Non-Executive“) Direktoren liegt bei etwa fünf Mitgliedern, wobei zum Teil erhebliche Unterschiede auf Länderebene zu beobachten sind.

504. Des Weiteren weist Tabelle III.2 auch den Anteil der Frauen an der durchschnittlichen Anzahl der geschäftsführenden und nicht geschäftsführenden Mandatsträger aus. Im Durchschnitt liegt der Anteil der weiblichen Mitglieder in beiden Gremien bei gut zehn Prozent. Betrachtet man nur das Leitungsgremium, liegt der durchschnittliche Anteil in Griechenland, Schweden und Finnland mit knapp einem Fünftel bzw. gut einem Viertel am höchsten, wohingegen in Österreich und Deutschland lediglich knapp bzw. gut drei Prozent aller geschäftsführenden Mandate mit Frauen besetzt sind. Im Hinblick auf das Aufsichtsgremium hat Norwegen eindeutig den größten Anteil an Frauen mit 35,1 Prozent. Damit ist der Anteil in Norwegen mehr als doppelt bzw. gut dreimal so hoch wie in Schweden, Griechenland, Finnland und Frankreich, welche als einzige Länder noch einen Anteil von über zehn Prozent aufweisen. Der hohe Wert in Norwegen ergibt sich aus der Tatsache, dass die dortige Regierung Ende 2003 eine Frauenquote von mindestens 40 Prozent für Sitze in Verwaltungsräten aller börsennotierten Unternehmen beschlossen hat, welche ab Anfang 2006 in Kraft trat.¹⁶ Den niedrigsten Wert mit lediglich 4,4 Prozent weist Österreich auf, welches somit – gemessen an seinem Frauenanteil – in Bezug auf beide Gremien das Schlusslicht bildet.

Tabelle III.2: Fallzahlen und Verteilung der in der Stichprobe erfassten Mandatsträger nach Ländern

<i>Land</i>	<i>Anzahl Mandatsträger</i>	<i>Anteil an der Stichprobe (%)</i>	<i>Durchschnittliche Größe¹</i>				
			<i>Board</i>	<i>Exec.</i>	<i>davon Frauen (%)</i>	<i>Non- Exec.</i>	<i>davon Frauen (%)</i>
Belgien	1.752	2,52	11,8	6,1	9,6	5,8	8,6
Deutschland	7.424	10,67	8,1	2,7	3,3	5,4	7,2
Dänemark	1.917	2,76	10,6	4,5	8,1	6,0	8,4
Finnland	2.778	3,99	15,5	8,5	15,5	6,9	13,0
Frankreich	8.332	11,98	11,3	6,2	12,5	5,1	12,0
Griechenland	3.837	5,52	13,0	8,3	18,3	4,5	14,2
Irland	1.168	1,68	10,4	5,3	9,4	5,2	5,8
Italien	3.044	4,38	13,1	5,9	10,9	7,3	5,8
Luxemburg	496	0,71	10,6	5,3	7,4	5,3	7,9
Niederlande	1.954	2,81	10,2	5,5	5,4	4,6	5,7
Norwegen	4.039	5,81	12,8	6,5	11,7	6,2	35,1
Österreich	841	1,21	10,1	3,0	2,6	7,1	4,4
Portugal	588	0,85	9,0	3,8	12,9	5,2	7,4
Schweden	7.397	10,63	11,3	5,9	15,6	5,3	17,0
Schweiz	2.738	3,94	11,0	5,8	6,0	5,2	5,3
Spanien	2.994	4,30	18,6	10,2	10,3	8,4	8,1
Vereinigtes Königreich	18.269	26,26	7,8	4,3	9,0	3,4	6,3
Gesamt	69.568	100,00	10,0	5,2	10,7	4,8	10,4

¹ Rundungsfehler sind möglich.

Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten von Thomson Reuters und Bureau van Dijk

505. In Tabelle III.3 sind die in der Stichprobe erfassten Unternehmen nach Branchenzugehörigkeit dargestellt. Die Zuordnung der Branchen erfolgt auf Grundlage der Statistischen Systematik der Wirtschaftszweige in der Europäischen Gemeinschaft (NACE). Aus Gründen der Übersichtlichkeit und teilweise geringer Fallzahlen in einzelnen Branchen wurden diese im Rahmen der Untersuchung gemäß den Angaben

¹⁶ Likestillingsloven. Lov 2003-12-19-120, § 13e, <http://www.regjeringen.no/en/doc/laws/acts/the-act-relating-to-gender-equality-the-.html?id=454568>, Abruf am 10. Juni 2014.

in Tabelle III.3 zusammengefasst. Bei der Interpretation der Angaben auf Branchenebene ist zu berücksichtigen, dass die erfassten Unternehmen keine repräsentative Branchenauswahl darstellen. Es können entsprechend keine Rückschlüsse auf die Grundgesamtheit aller Unternehmen in einer Branche gezogen werden. Der größte Teil der Unternehmen in der Stichprobe (36,6 Prozent) hat ihren Tätigkeitsschwerpunkt im Verarbeitenden Gewerbe (WZ 10-33). Mit einem Anteil von 15,1 Prozent sind gut 800 Unternehmen in der Branche „Sonstige Dienstleistungen“ aktiv¹⁷, gefolgt von der Branche „Handel und Gastgewerbe“ mit insgesamt 567 Unternehmen und einem Anteil an der gesamten Stichprobe von 10,6 Prozent.

Tabelle III.3: Fallzahlen und Verteilung der in der Stichprobe erfassten Unternehmen nach Branchen im Beobachtungszeitraum 2005 – 2011

Branche	Wirtschafts- zweig-Code(s)	Anzahl Unternehmen	Anteil an der Stichprobe (%)
Agrarwirtschaft und Bergbau	01-09	375	7,0
Verarbeitendes Gewerbe, davon:	10-33	1.963	36,6
Herstellung von Nahrungsmitteln und Tabak	10-12	173	3,2
Herstellung von Textilien	13-15	125	2,3
Herstellung Holz-, Papier-, Druckwaren und Mineralölverarbeitung	16-19	145	2,7
Herstellung chemische Erzeugnisse	20	119	2,2
Herstellung pharmazeutische Erzeugnisse	21	183	3,4
Herstellung Kunststoff-, Gummi-, Glas- und Keramikwaren	22, 23	125	2,3
Metallerzeugung und Metallerzeugnisse	24, 25	190	3,5
Herstellung Datenverarbeitungsgeräte, optische und elektronische Ausrüstung	26, 27	452	8,4
Herstellung Maschinen und Fahrzeuge	28-33	451	8,4
Energieversorgung und Umweltdienstleistungen	35-39	131	2,4
Handel und Gastgewerbe	45-47, 55-56	567	10,6
Baugewerbe und Infrastruktur	41-43, 49-53	308	5,7
Verlagswesen, Medien und Telekommunikation	58-61	494	9,2
Dienstleistungen Informations- und Kommunikationstechnik	62-63	420	7,8
Grundstücks- und Wohnungswesen	68	303	5,7
Sonstige Dienstleistungen	69-82	808	15,1
Insgesamt		5.370	100,0

Anmerkungen: Wirtschaftszweige basieren auf der aktuellen Klassifikation NACE Rev. 2 bzw. WZ 2008.

Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten von Thomson Reuters und Bureau van Dijk

2.2.2 Patentdaten

506. Um auch mögliche Effekte von Unternehmensverflechtungen auf den Innovationserfolg der einzelnen Unternehmen abbilden zu können (Abschnitt 3.3), wurden die vorhandenen Unternehmensdaten in einem

¹⁷ Die Branche „Sonstige Dienstleistungen“ umfasst die Wirtschaftsabschnitte M „Erbringung von freiberuflichen, wissenschaftlichen und technischen Dienstleistungen“ und N „Erbringung von sonstigen wirtschaftlichen Dienstleistungen“. Darunter fallen Tätigkeitsbereiche wie bspw. Rechts- und Steuerberatung, Wirtschaftsprüfung, Werbeagenturen, Vermietungsagenturen, Call-Center etc.

nächsten Schritt zusätzlich um Informationen hinsichtlich ihrer Patentaktivität ergänzt. Die Anzahl angemeldeter oder gehaltener Patente eines Unternehmens spricht für dessen Innovationspotenzial und ökonomische Leistungsfähigkeit und hat sich – obwohl nicht unumstritten – zur Bewertung der erfinderischen Leistung etabliert.¹⁸ So wird typischerweise argumentiert, dass Patente nur einen Teil des Innovationserfolgs abbilden können, da zum einen nicht alles Wissen patentierbar ist und zum anderen möglicherweise nicht alle Erfindungen zum Patent angemeldet werden, da die Geheimhaltung für den Erfinder strategisch vorteilhafter sein kann. Andererseits verleihen Patente ihren Erfindern das Privileg, innerhalb eines befristeten Zeitraums allein über die Erfindung zu verfügen und sichern somit auch die wirtschaftliche Verwertung von unternehmerischem Wissen. Zudem ist ein wesentlicher Vorteil von Patentdaten, dass diese in großem Umfang frei verfügbar sind. Dies hat dazu geführt, dass sich Patente nicht nur als Maß für Innovationsoutput in der wissenschaftlichen Literatur, sondern auch bei der Bewertung des Technologiepotenzials von Ländern oder einzelnen Wirtschaftsbereichen etabliert haben.

507. Eine große Schwierigkeit besteht normalerweise allerdings in der Verknüpfung der verschiedenen Datenbanken. Die in der Worldwide Patent Statistical Database (PatStat) des Europäischen Patentamts (EPO) verfügbaren Patentinformationen beinhalten zwar detaillierte Angaben zum anmeldenden Unternehmen und den jeweiligen Erfindern, jedoch gibt es für die einzelnen Unternehmen keine einheitliche Identifikationsnummer, über die sich die Patentinformationen mit anderen Datenbanken verknüpfen lassen. Dies ist allein über einen umfangreichen manuellen Namensabgleich möglich, der aufgrund z. B. verschiedener Schreibweisen oder Änderungen von Unternehmensnamen mit erheblichem Aufwand verbunden ist. Hier bietet die „ORBIS“-Datenbank einen weiteren Mehrwert, da die in ihr enthaltenen Unternehmensdaten bereits mit den Informationen aus PatStat abgeglichen sind. Konkret bedeutet dies, dass sich mittels „ORBIS“ für alle in der Stichprobe verfügbaren Unternehmen Patentanmeldungen bei verschiedenen Patentbehörden identifizieren lassen. Allerdings wurden für die nachfolgende Analyse aufgrund der besseren Vergleichbarkeit ausschließlich Patentanmeldungen beim Europäischen Patentamt berücksichtigt.

508. Nach einer ersten Sichtung der Daten zeigt sich, dass viele der ausgewerteten Unternehmen nicht selbst, sondern lediglich über diverse Tochtergesellschaften Patentanmeldungen vornehmen. So liegen die eigentlichen Patente häufig bei kleinen Forschungsunternehmen, die Tochterunternehmen großer Konzerne sind. Daher wurden für die in der Datenbasis enthaltenen Unternehmen alle mehrheitlich kontrollierten Tochtergesellschaften identifiziert und die durch diese beim Europäischen Patentamt angemeldeten Patente dem jeweiligen Mutterkonzern zugerechnet. Insgesamt konnten somit über 150.000 beim Europäischen Patentamt angemeldete Patente ausgewertet und 1.430 Unternehmen (entspricht etwa 27 Prozent aller Unternehmen in der Stichprobe) als patentaktiv klassifiziert werden.

509. Tabelle III.4 zeigt einen Überblick hinsichtlich der Patentaktivität der in der untersuchten Stichprobe enthaltenen Unternehmen nach Ländern. Der größte Anteil patentaktiver Unternehmen findet sich in Finnland und der Schweiz, in denen etwa die Hälfte aller untersuchten Unternehmen während des Beobachtungszeitraums Patentanmeldungen beim Europäischen Patentamt getätigt hat. In absoluten Zahlen entfallen die meisten Patentanträge auf Deutschland mit knapp 42.000 Anmeldungen. Allerdings gilt zu berücksichtigen, dass die Verteilung der Patentanmeldungen innerhalb der Unternehmensstichprobe schief ist, d. h. knapp 50 Prozent aller Patentanmeldungen entfallen auf lediglich 21 Unternehmen (entspricht etwa 1,5 Prozent aller patentaktiven Unternehmen). So wurden bspw. in Irland knapp 80 Prozent, in Finnland knapp 70 Prozent sowie in Schweden und den Niederlanden gut 50 Prozent der in Tabelle III.4 ausgewiesenen Patente von jeweils nur einem einzigen Unternehmen angemeldet (Irland: Covidien, Finnland: Nokia, Schweden: Ericsson, Niederlande: Philips).

18 Vgl. Schmookler, J., *Invention and Economic Growth*, Cambridge, 1960; Scherer, F.M., *Firm Size, Market Structure, Opportunity and the Output of Patented Inventions*, *American Economic Review* 55, 1965, S. 1097-1125; Griliches, Z., *Patent Statistics as Economic Indicators: A Survey*, *Journal of Economic Literature* 28(4), 1990, S. 1661-1707.

Tabelle III.4: Anzahl Europäischer Patentanmeldungen und Anteil patentaktiver Unternehmen im Beobachtungszeitraum 2005 – 2011 nach Ländern

<i>Land</i>	<i>Anzahl Patentanmeldungen</i>	<i>Anteil patentaktiver Unternehmen (%)</i>
Belgien	2.434	30,7
Deutschland	41.743	32,7
Dänemark	2.686	33,1
Finnland	6.434	50,9
Frankreich	27.820	26,9
Griechenland	49	5,7
Irland	2.881	22,9
Italien	2.958	38,3
Luxemburg	182	23,1
Niederlande	18.666	37,2
Norwegen	886	23,2
Österreich	1.177	40,6
Portugal	21	16,3
Schweden	10.788	30,1
Schweiz	16.389	49,4
Spanien	407	27,2
Vereinigtes Königreich	14.827	19,8
Gesamt	150.798	26,6

Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten von Thomson Reuters und Bureau van Dijk

2.2.3 Lerner Index und Wettbewerbsmaß

510. Eine weitere wesentliche Verbesserung gegenüber vorherigen Untersuchungen konnte die Monopolkommission in ihrem aktuellen Hauptgutachten mit der Errechnung von Wettbewerbsmaßen auf Basis des Lerner Index, welcher als Maß für die Marktmacht bzw. die Preissetzungsmacht eines Unternehmens fungiert, realisieren. Ein Wettbewerbsmaß auf Grundlage der Lerner Indizes hat gegenüber klassischen Maßen wie Konzentrationsraten und dem Herfindahl Index den Vorteil, dass es weniger auf der Abgrenzung der wettbewerbspolitisch relevanten Einzelmärkte basiert.¹⁹ Dies ist insbesondere in der vorliegenden Analyse ein wichtiges Kriterium, da eine Abgrenzung aller sachlich und geografisch relevanten Märkte im Rahmen einer derart umfassenden Untersuchung nicht möglich ist.

511. Dem Lerner Index liegt eine wichtige Unterscheidung zwischen Wettbewerbsunternehmen und Unternehmen mit Monopolmacht zugrunde: Unter vollkommenem Wettbewerb entspricht der Preis gleich den Grenzkosten, wohingegen der Preis des Monopolisten die Grenzkosten übersteigt. Nach einem Ansatz von Lerner²⁰ kann man dementsprechend die Monopolmacht bzw. den „Monopolgrad“ eines Unternehmens direkt aus der im Gewinnmaximum geltenden relativen Abweichung des Preises p von den Grenzkosten GK („price-cost margin“) messen. Mathematisch wird dies für das jeweilige Unternehmen i folgendermaßen ausgedrückt:

$$L_i = (p_i - GK_i) / p_i.$$

Der Lerner Index hat einen Wertebereich zwischen null und eins. Er nimmt genau dann den Wert null an, wenn der Preis gleich den Grenzkosten entspricht (d. h. $p_i = GK_i$) und somit vollkommener Wettbewerb im

¹⁹ Vgl. Aghion, P. u.a., An Inverted-U Relationship, The Quarterly Journal of Economics 120(2), 2005, S. 701-728.

²⁰ Lerner, A. P., The Concept of Monopoly and the Measurement of Monopoly Power, Review of Economic Studies. 1(3), 1934, S. 157-175.

Marktgleichgewicht herrscht. Dementsprechend impliziert ein positiver Lerner Index $L_i > 0$, sodass ein Unternehmen in der Lage ist, den Preis höher als seine Grenzkosten zu setzen bzw. über Preissetzungsmacht verfügt, wobei höhere Indexwerte eine größere Marktmacht des Unternehmens implizieren.

512. In der ökonomischen Literatur hat sich der Lerner Index als Marktmachtindikator etabliert und wird zunehmend auch in empirischen Studien als Grundlage für Kennzahlen der Wettbewerbsintensität verwendet. So modellieren Aghion et al.²¹ basierend auf der Arbeit von Nickel²² den Lerner Index als Umsatzrendite, welche sich aus Bilanzkennzahlen auf Basis des Jahresabschlusses eines Unternehmens i wie folgt errechnen lässt:

$$L_{it} = (\text{Operativer Gewinn} - \text{Kapitalkosten}) / \text{Umsatz}.$$

Mittels der Lerner Indizes aller Unternehmen ergibt sich das Wettbewerbsmaß C_{jt} für die jeweilige Branche j aus:

$$C_{jt} = 1 - (1/N_{jt}) \sum L_{it},$$

wobei N die Gesamtzahl der Unternehmen in der Branche j für die Periode t darstellt. Das Wettbewerbsmaß hat immer einen Wert zwischen null und eins. Ein Wert von eins impliziert vollkommenen Wettbewerb (d. h. Preis = Grenzkosten), wohingegen ein Wert kleiner eins eine gewisse Marktmacht vermuten lässt.

513. Die „ORBIS“-Datenbank enthält die zur Berechnung des Wettbewerbsmaßes notwendigen Finanzinformationen für etwa 730.000 Unternehmen aus den EU15-Ländern sowie Norwegen und der Schweiz. Insgesamt stehen für den gesamten Beobachtungszeitraum von 2005 bis 2011 etwa 3,2 Millionen Datenpunkte zur Verfügung, aus welchen sich die jeweiligen Wettbewerbsmaße für die verschiedenen Branchen in den ausgewählten Ländern im Zeitablauf errechnen lassen.²³

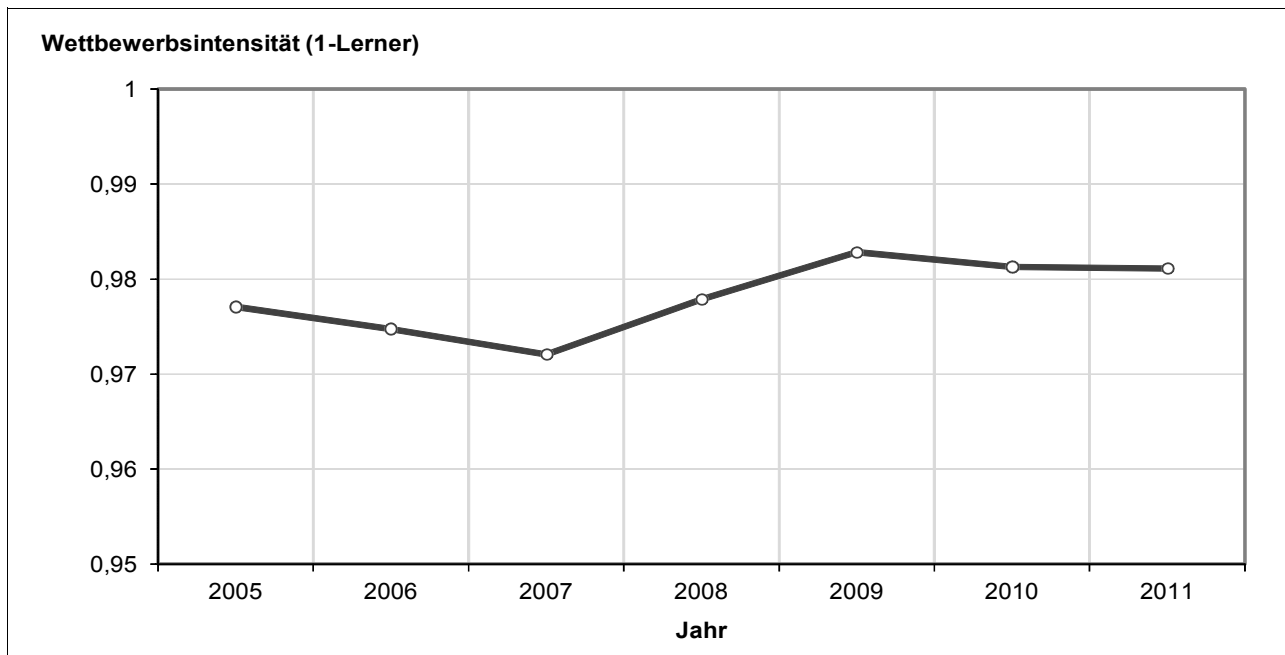
514. Abbildung III.1 veranschaulicht den Verlauf des über alle Länder und Branchen aggregierten Wettbewerbsindicators für den Zeitraum 2005 bis 2011. Es wird ersichtlich, dass die Wettbewerbsintensität in den Jahren 2005 bis 2007 geringfügig abnahm. Mit Beginn der Wirtschafts- und Finanzkrise stieg das Wettbewerbsmaß in den Jahren 2008 und 2009 an und stabilisierte sich bis zum aktuellen Rand knapp unter dem Niveau des Jahres 2009. Der Verlauf verdeutlicht die Abhängigkeit des verwendeten Wettbewerbsmaßes von konjunkturellen Einflüssen. Da der Wettbewerbsindikator auf Grundlage von Bilanzdaten ermittelt wird, spiegelt er letztlich teilweise die Gewinn- und Umsatzentwicklung der betrachteten Unternehmen wider. Auch ist festzuhalten, dass die aggregierte Darstellung in Abbildung III.1 keine Rückschlüsse auf die Wettbewerbssituation in heterogenen einzelnen Märkten und Regionen erlaubt.

21 Vgl. Aghion, P. u.a., An Inverted-U Relationship, a. a. O.; Aghion, P. J./van Reenen, J. M./Zingales, L., Innovation and Institutional Ownership, American Economic Review 103(1), 2013, S. 277-304.

22 Vgl. Nickell, S., Competition and Corporate Performance, Journal of Political Economy 104(4), 1996, S. 724-746.

23 Die etwa 730.000 Unternehmen beziehen sich ausschließlich auf Unternehmen mit einem jährlichen Umsatz von mindestens zwei Millionen Euro. Sogenannte Kleinstunternehmen (vgl. Empfehlung der Kommission vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen, ABl. EU Nr. L 124 vom 20. Mai 2003, S. 36 ff.) wurden bei der Errechnung des Wettbewerbsmaßes nicht berücksichtigt.

Abbildung III.1: Wettbewerbsmaß im Beobachtungszeitraum 2005 – 2011

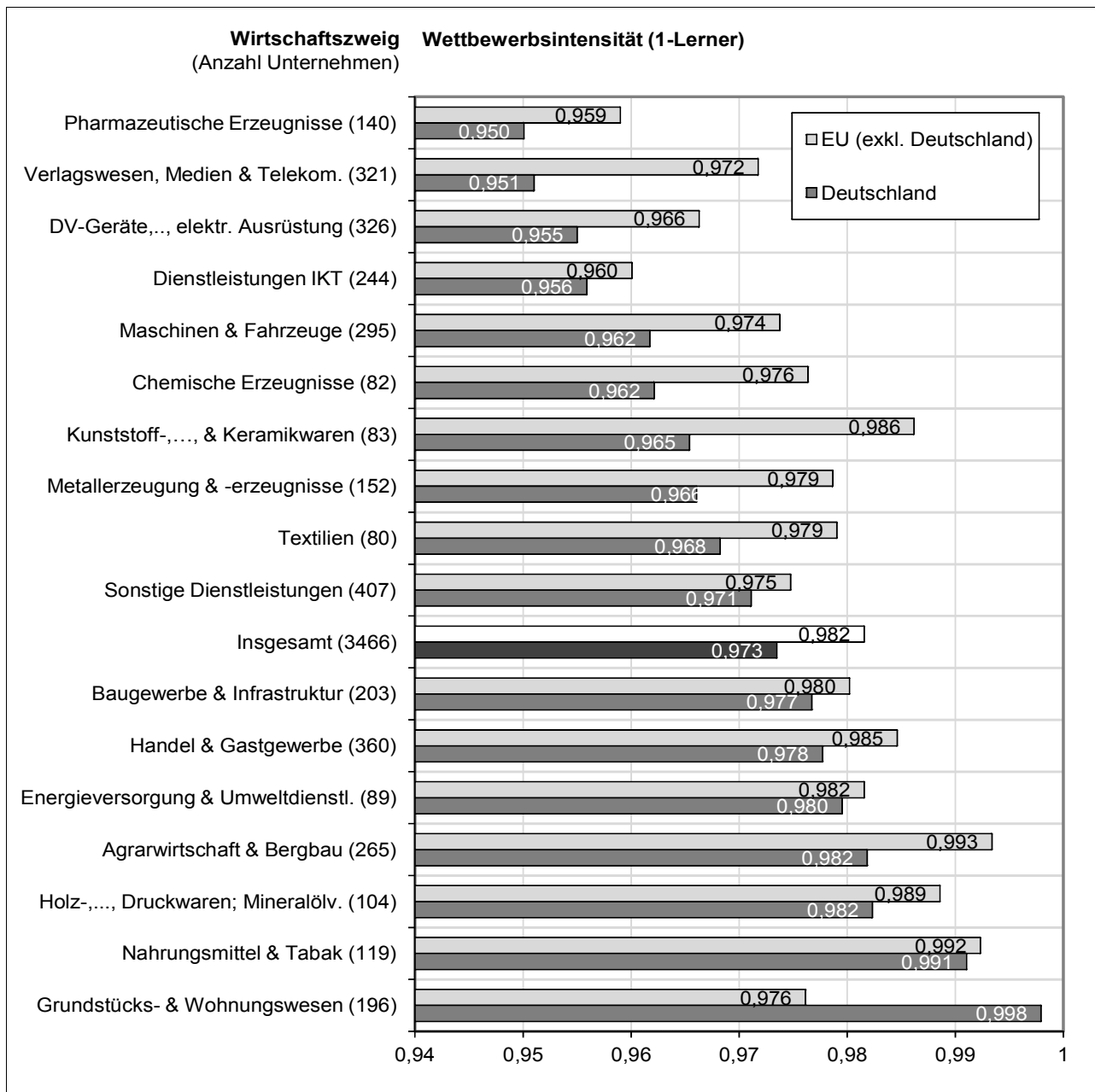


Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten von Bureau van Dijk

515. In Abbildung III.2 sind die auf Grundlage der Lerner Indizes berechneten Wettbewerbsmaße nach Wirtschaftszweig für das Berichtsjahr 2011 dargestellt. In der Grafik erfolgt eine Gegenüberstellung der Wettbewerbsindizes deutscher Unternehmen nach Branchen mit dem jeweiligen europäischen Durchschnitt. Die Sortierung erfolgt nach zunehmender branchenspezifischer Wettbewerbsintensität in Deutschland. Im Mittel über alle Branchen liegt die Wettbewerbsintensität in Deutschland mit einem Wert von 0,973 unter dem europäischen Durchschnitt (0,982). Die Werte reichen in Deutschland von 0,950 (Pharmazeutische Erzeugnisse) bis 0,998 (Grundstücks- und Wohnungswesen). Im europäischen Vergleich ist die geringste Wettbewerbsintensität ebenfalls im Wirtschaftsbereich „Pharmazeutische Erzeugnisse“ (0,959) festzustellen, die höchste Wettbewerbsintensität wird im Bereich „Agrarwirtschaft und Bergbau“ gemessen (0,993). Bei einer Interpretation der Daten ist zu berücksichtigen, dass sich die Maße auf relativ stark aggregierte Branchen beziehen und entsprechend nicht wettbewerbsrelevanten Märkte abbilden. Für tiefer gehende Analysen ist eine feinere Gliederung der Wirtschaftszweigklassifikation vorzunehmen, auf die aus Gründen der Übersichtlichkeit an dieser Stelle verzichtet wird. Insgesamt sind die Ergebnisse mit anderen empirischen Erhebungen vergleichbar.²⁴

²⁴ Vgl. Aghion, P. u.a., An Inverted-U Relationship, a. a. O., Tabelle 4. Die Daten in dieser Studie beziehen sich auf britische Unternehmen. Die Wettbewerbsmaße nehmen Werte zwischen 0,87 und 0,99 und betragen im Mittelwert 0,95.

Abbildung III.2: Wettbewerbsintensität nach Branchen in Deutschland und der EU im Jahr 2011



Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten von Bureau van Dijk

3 Empirische Befunde

3.1 Darstellung personeller und kapitalmäßiger Verflechtungen

3.1.1 Personelle Unternehmensverflechtungen nach Ländern und Branchenzugehörigkeit

516. Im Folgenden werden zwei Unternehmen als personell verflochten betrachtet, wenn mindestens ein Mitglied der geschäftsführenden und beaufsichtigenden Organe eines Unternehmens ein paralleles Mandat in einem anderen Unternehmen innerhalb eines der genannten obersten Unternehmensorgane ausübt. Zu beachten gilt jedoch, dass analog dem Vorgehen in Kapitel II dieses Hauptgutachtens Verbindungen zu nicht im Untersuchungskreis erfassten Unternehmen und Personen nicht erfasst werden. Dies führt dazu, dass der

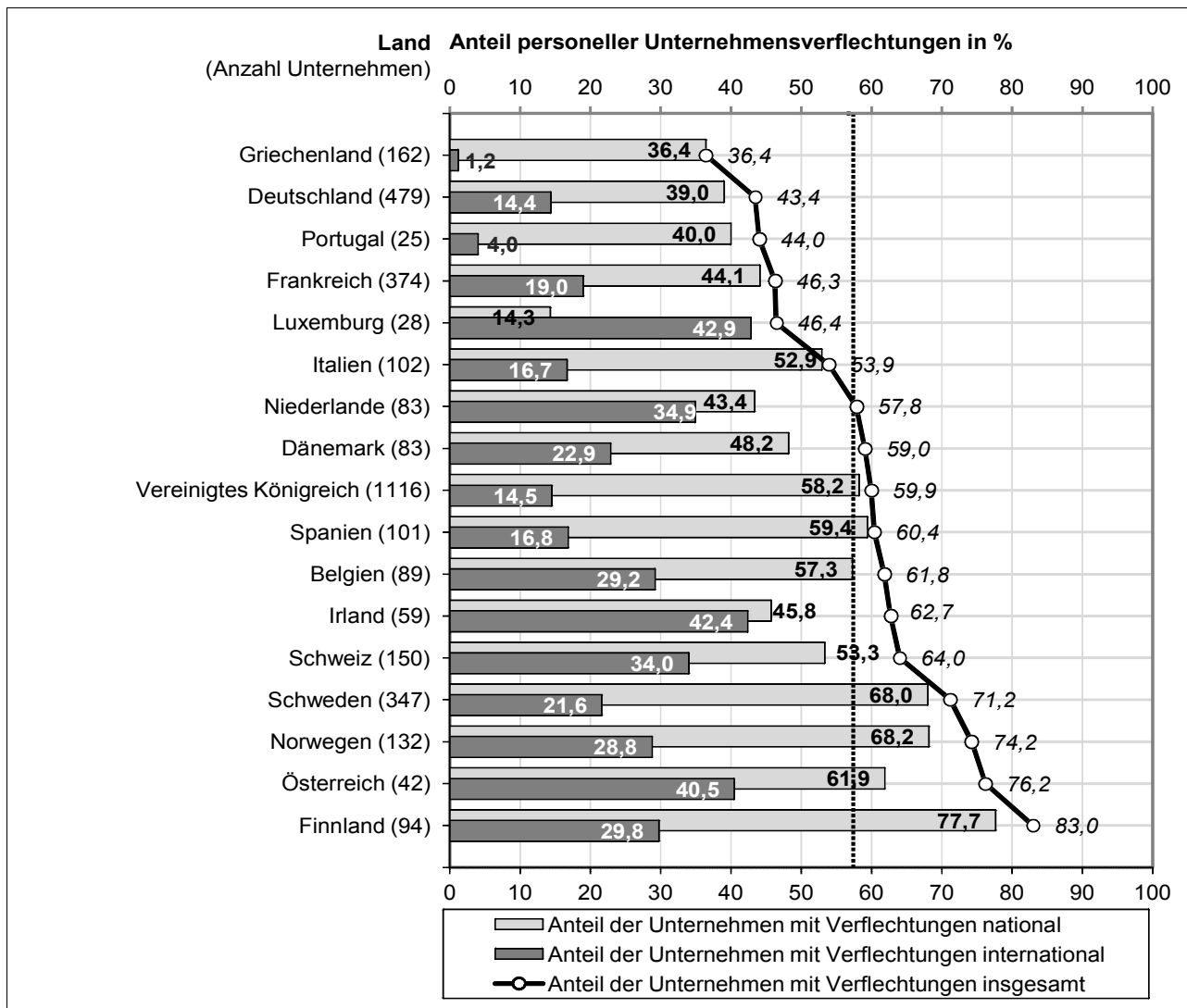
tatsächliche Verflechtungsgrad zwischen den Unternehmen tendenziell unterschätzt wird. Auch gilt zu berücksichtigen, dass personelle Verflechtungsbeziehungen zwischen Unternehmen empirisch nicht vollständig erfasst werden können. Dies liegt zum einen daran, dass unterschiedliche Formen personeller Verflechtungen, wie bspw. Kreditverträge, stille Teilhaberschaften, aber auch soziale Netzwerke, wie Verwandtschafts- und/oder Freundschaftsbeziehungen, Vereins- oder Clubmitgliedschaften und alle sonstigen nicht öffentlich bekannten Beziehungen zwischen verschiedenen Unternehmenseigentümern oder -vertretern selbst mit hohem Aufwand kaum lückenlos festzustellen sind.

517. In diesem Abschnitt wird die empirische Untersuchung zu personellen Unternehmensverflechtungen im XIX. Hauptgutachten der Monopolkommission fortgeschrieben. Allerdings gilt zu beachten, dass die Vergleichbarkeit der Ergebnisse infolge der Korrektur um Konzernunternehmen nur eingeschränkt möglich ist. In Abbildung III.3 erfolgt der Vergleich des Verflechtungsgrades von Unternehmen in und zwischen den in die Untersuchung einbezogenen Ländern. Für jedes der betrachteten Länder ist der Anteil der personell verflochtenen Unternehmen an allen in der Stichprobe erfassten Unternehmen des jeweiligen Landes für das Jahr 2011 abgetragen. Die Länder sind in aufsteigender Reihenfolge nach dem Gesamtanteil personell verflochtener Unternehmen sortiert. Für alle untersuchten Länder konnten sowohl nationale als auch internationale Verflechtungen identifiziert werden, wobei sich die Verflechtungsintensität zwischen den Ländern deutlich unterscheidet.

Insgesamt sind im Berichtsjahr 2011 im Mittel über alle Länder 57,4 Prozent der Unternehmen mit mindestens einem weiteren Unternehmen personell verflochten. Der niedrigste Anteil verflochtener Unternehmen in der Stichprobe wird mit 36,4 Prozent für Griechenland, gefolgt von Deutschland mit 43,4 Prozent erreicht. Unternehmen in Österreich und Finnland sind mit Anteilen von 76,2 Prozent und 83,0 Prozent am stärksten verflochten. Dies könnte möglicherweise damit begründet sein, dass insbesondere Länder mit einem vergleichsweise kleinen nationalen Arbeitsmarkt über einen begrenzten Kreis an potenziellen Kandidaten verfügen, die die hohen und spezifischen Anforderungen an ein Aufsichtsratsmandat erfüllen. Der hohe Anteil an personellen Verflechtungen in Österreich bestätigt zudem die in der Literatur vertretene These der „Österreich AG“, welche sich jedoch – wie bereits die „Deutschland AG“ – aufzulösen scheint.²⁵

25 Vgl. Korom, P., Die Wirtschaftseliten Österreichs. Verflechtungen von Großunternehmen, Parteinähe und Adel, Konstanz 2013 und Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, Stärkung des Wettbewerbs bei Handel und Dienstleistungen, Baden-Baden 2012, Tz. 347 ff.

Abbildung III.3: Nationale und internationale personelle Unternehmensverflechtungen nach Ländern im Berichtsjahr 2011

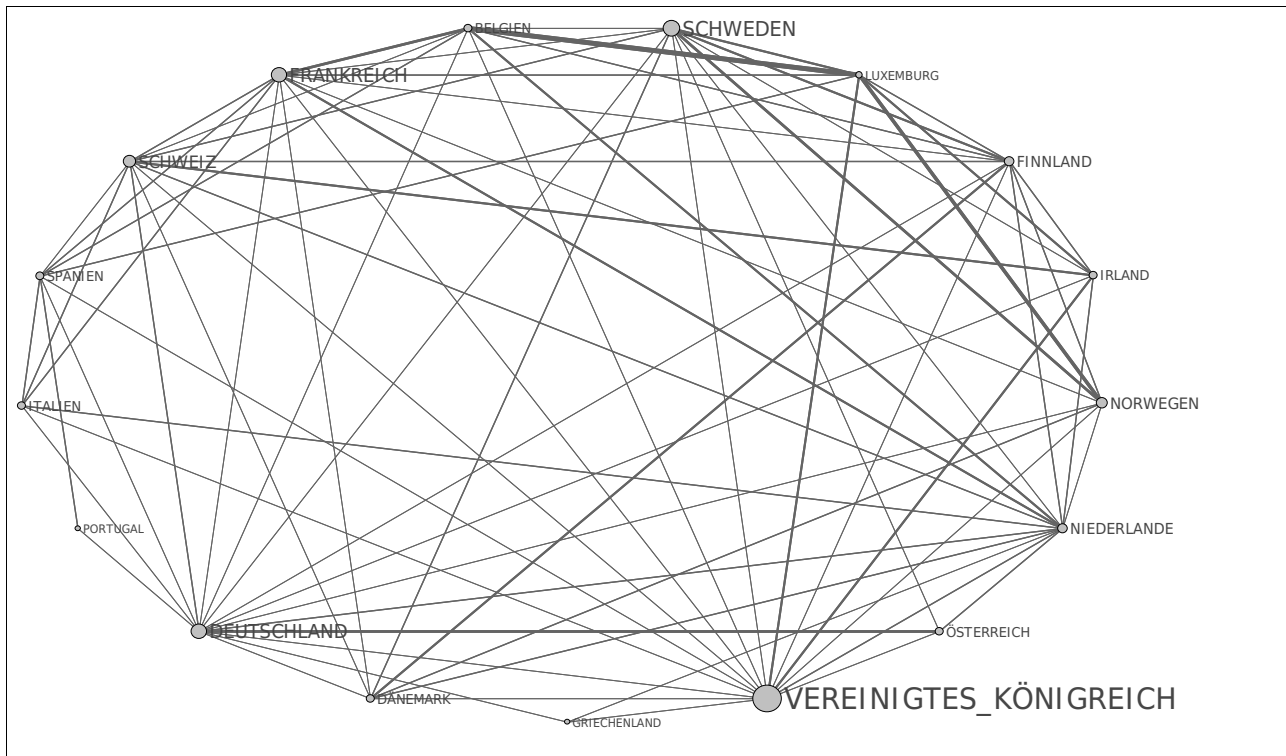


Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten von Thomson Reuters und Bureau van Dijk

518. Die Ergebnisse veranschaulichen zudem, dass personelle Verflechtungen auch eine internationale Dimension besitzen. Der höchste Verflechtungsgrad über Ländergrenzen hinweg wird für Luxemburg (42,9 Prozent), Irland (42,4 Prozent) und Österreich (40,5 Prozent) gemessen, allesamt vergleichsweise kleine Volkswirtschaften. Es ist daher anzunehmen, dass Unternehmen in diesen Ländern stärker auf Austauschbeziehungen mit ausländischen Unternehmen zur Koordinierung der Liefer- und Leistungsbeziehungen angewiesen sind, die durch den gezielten Aufbau personeller Verbindungen institutionalisiert werden. Für die starke internationale Verflechtung spricht wiederum die These eines begrenzten Kreises geeigneter Kandidaten am nationalen Arbeitsmarkt. In Österreich und Irland ist bspw. gut ein Drittel aller in der Stichprobe vorhandenen Unternehmen mit Unternehmen aus den unmittelbar angrenzenden Nachbarländern, zu denen enge wirtschaftliche Beziehungen bestehen – Deutschland bzw. dem Vereinigten Königreich – personell verflochten. Daneben ist zu vermuten, dass auch die räumliche Nähe zwischen verschiedenen Unternehmen ausschlaggebend für die Etablierung von personellen Verflechtungen ist. Eine große Unternehmensdichte, eine gemeinsame Sprache und geringe kulturelle Unterschiede dürften folglich Verflechtungen zwischen zwei oder mehr Unternehmen begünstigen.

Abbildung III.4 verdeutlicht den Zusammenhang zwischen räumlicher Nähe und der Verflechtungsintensität. Die in die Untersuchung einbezogenen 17 Länder werden durch graue Kreise symbolisiert. Der Flächeninhalt eines Kreises repräsentiert die Gesamtzahl der auf die Unternehmen in einem Land entfallenden internationalen personellen Verflechtungen. Die Linien zwischen zwei Ländern geben die ungerichteten Verflechtungsbeziehungen über personelle Verbindungen zwischen zwei Ländern an. Die Stärke der Linien berechnet sich in der Abbildung aus dem Verhältnis der absoluten Zahl bestehender Verflechtungen und den theoretisch möglichen Kombinationen zwischen allen in der Stichprobe erfassten Unternehmen der jeweiligen Länderpaare.

Abbildung III.4: Netzwerk aus länderübergreifenden personellen Verbindungen im Berichtsjahr 2011



Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten von Thomson Reuters und Bureau van Dijk

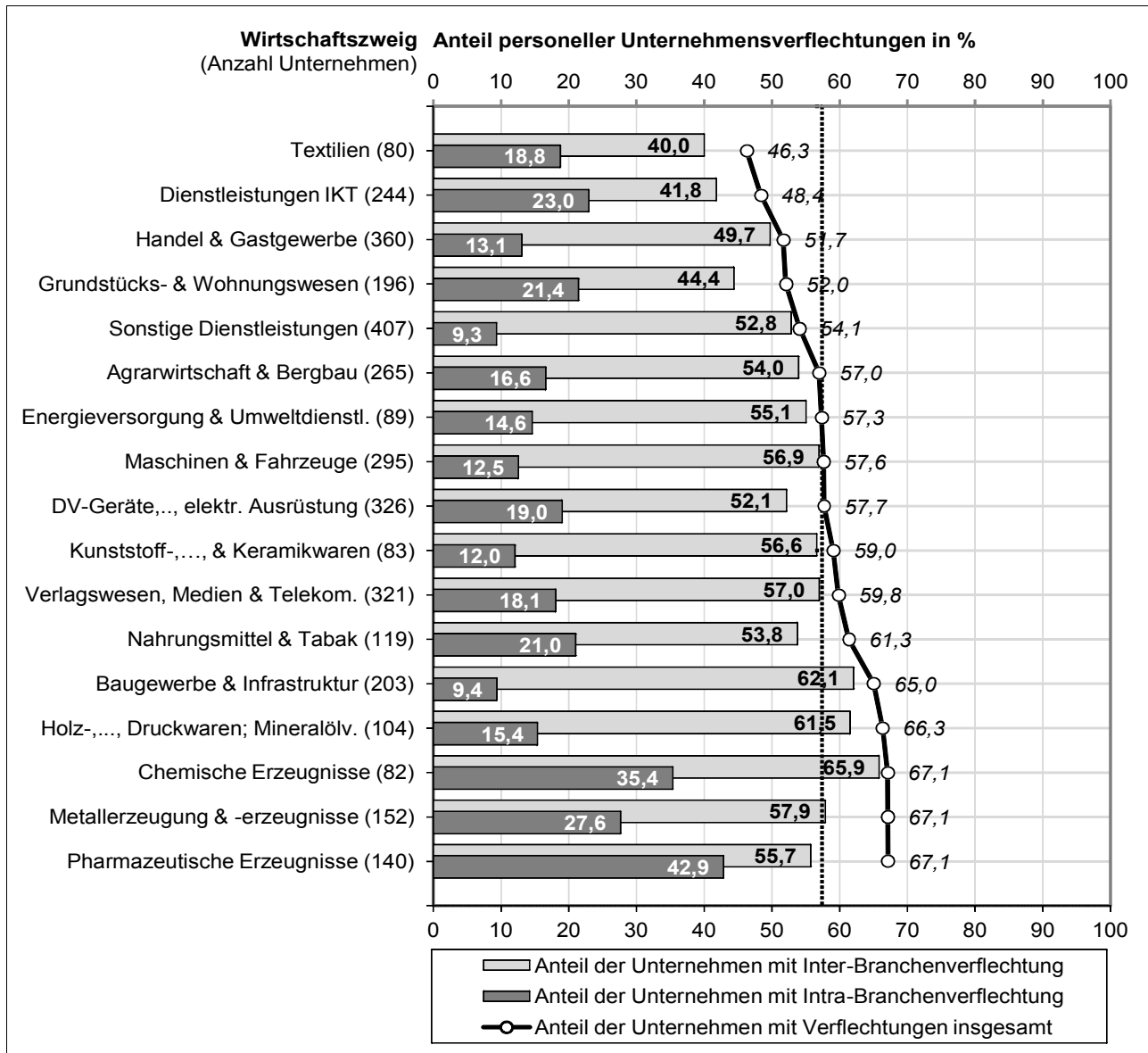
519. Da die in der Stichprobe vorhandenen Unternehmen jedoch keine repräsentative Auswahl darstellen und aus einigen Ländern nur vergleichsweise wenige Unternehmen in den Untersuchungskreis einfließen, kann aus den vorliegenden Ergebnissen kein direkter Rückschluss auf den tatsächlichen personellen Verflechtungsgrad der Unternehmen in den jeweiligen Ländern geschlossen werden. Zudem wird im Rahmen der Untersuchung darauf abgestellt, ob ein Unternehmen mindestens eine Verflechtungsbeziehung aufweist. Wie die Erfahrungen aus Kapitel II zeigen, nehmen häufig einzelne Unternehmen eine zentrale Stellung in einem Netzwerk ein, welche in vielen Fällen durch Mehrfachmandatsträger mit einer Vielzahl von Unternehmen verbunden sind. Weitere Berechnungen ergeben, dass die Unternehmen im Datensatz mit durchschnittlich 1,8 weiteren Unternehmen personell verbunden sind. Die entsprechenden Zahlen auf Länder- und Branchenebene sind in den Abbildungen III.1 und III.2 in den Anlagen zu diesem Gutachten zusammengefasst.

520. In Abbildung III.5 erfolgt die Aufschlüsselung personell verflochtener Unternehmen auf Branchenebene. In der Abbildung wird zum einen zwischen Unternehmensverbindungen unterschieden, die sich auf der gleichen Marktstufe befinden und somit horizontal miteinander personell verflochten sind (sogenannte

Intra-Branchenverflechtungen); zum anderen zwischen personellen Verflechtungen auf vor- oder nachgelagerten Marktstufen (sogenannte Inter-Branchenverflechtungen). Da es sich bei den betrachteten Unternehmen um Konzernobergesellschaften handelt, deren Konzernunternehmen häufig in verschiedenen Branchen Umsätze erzielen und über ein diversifiziertes Produktportfolio verfügen, weisen die betrachteten Unternehmen i. d. R. sowohl horizontale als auch vertikale Unternehmenskontakte auf. Als wesentliche Verbesserung zu vorherigen Untersuchungen konnte im aktuellen Hauptgutachten für die Qualifizierung einer Verflechtungsbeziehung nicht nur der Tätigkeitsschwerpunkt, sondern sämtliche Branchen berücksichtigt werden, in denen das Unternehmen wesentliche Umsätze erzielt. Methodisch wurde in der Abbildung eine Aggregation derart vorgenommen, dass die Zuordnung als horizontale oder vertikale Verbindung auf Ebene der 2-Steller gemäß der Statistischen Systematik der Wirtschaftszweige in der Europäischen Gemeinschaft (NACE) erfolgt, der Ausweis allerdings auf der Ebene von 17 teils zusammengefassten Branchen. Die Zuordnung eines Unternehmens orientiert sich hierbei an dessen Tätigkeitsschwerpunkt.

521. Im Durchschnitt über alle Branchen sind mit 57,4 Prozent über die Hälfte der Unternehmen in der Stichprobe mit mindestens einem weiteren Unternehmen über Mehrfachmandatsträger verflochten. Aus der Abbildung wird deutlich, dass der Verflechtungsgrad maßgeblich über personelle Verbindungen zu Unternehmen bestimmt wird, deren Tätigkeitsschwerpunkte auf Branchen in vor- oder nachgelagerten Marktstufen entfällt. Der durchschnittliche Anteil von Inter-Branchenverflechtungen beträgt im Berichtsjahr 53,3 Prozent, der Anteil von Unternehmen mit Intra-Branchenverflechtungen liegt bei 17,7 Prozent. Insgesamt ist die Varianz zwischen den Branchen niedriger als in der Länderbetrachtung. Die niedrigsten Werte betreffen mit 46,3 Prozent diejenigen Unternehmen, die schwerpunktmäßig der Textilbranche zugerechnet werden und mit 48,4 Prozent Dienstleister im Bereich der Informations- und Kommunikationstechnik. Mit einem Anteil von 67,1 Prozent weisen Unternehmen aus den Branchen Herstellung chemischer und pharmazeutischer Erzeugnisse sowie auf dem Gebiet „Metallerzeugung und Metallserzeugnisse“ die höchste gemessene Verflechtungsintensität auf. Dies könnte damit zusammenhängen, dass in den stärker verflochtenen Branchen eher bzw. mehr Großunternehmen aktiv sind als in den weniger verflochtenen Sektoren. Eine detaillierte Betrachtung der untersuchten Unternehmen zeigt, dass der Anteil der Großunternehmen in den stärker verflochtenen Branchen zwischen 60 bis 80 Prozent liegt, wohingegen in den weniger verflochtenen Branchen lediglich knapp die Hälfte aller Unternehmen mehr als 250 Mitarbeiter oder einen Umsatz über 50 Millionen Euro aufweisen. Interessanterweise gilt dies jedoch nicht für den am meisten („Pharmazeutische Erzeugnisse“) und den am wenigsten („Textilien“) verflochtenen Sektor. So kann in der Pharmabranche nur knapp ein Drittel aller Unternehmen als Großunternehmen klassifiziert werden, in der Textilbranche hingegen gut zwei Drittel. So mag der hohe Anteil an personellen Verflechtungen in der Pharmabranche möglicherweise damit zusammenhängen, dass in der Branche viele Biotechnologie-Unternehmen aktiv sind. Bei diesen handelt es sich i. d. R. eher um kleine und mittlere Unternehmen, welche oftmals Forschungsallianzen und Entwicklungspartnerschaften mit (etablierten) Chemie- und Pharmaunternehmen eingehen.

Abbildung III.5: Horizontale und vertikale personelle Unternehmensverflechtungen nach Branchen im Berichtsjahr 2011



Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten von Thomson Reuters und Bureau van Dijk

522. Zusammenfassend scheinen die deskriptiven Befunde zum Grad der branchenübergreifenden personellen Unternehmensverbindungen die These zu stützen, dass diese als Instrument zur Koordination typischer Zuliefer- bzw. Abnehmerbeziehungen zwischen einzelnen Wirtschaftszweigen genutzt werden. Mit den vorliegenden Informationen lassen sich jedoch die konkreten vertikalen Beziehungen entlang der Wertschöpfungskette nicht exakt nachzeichnen.

3.1.2 Kapitalmäßige Verflechtungen nach Ländern und Branchen

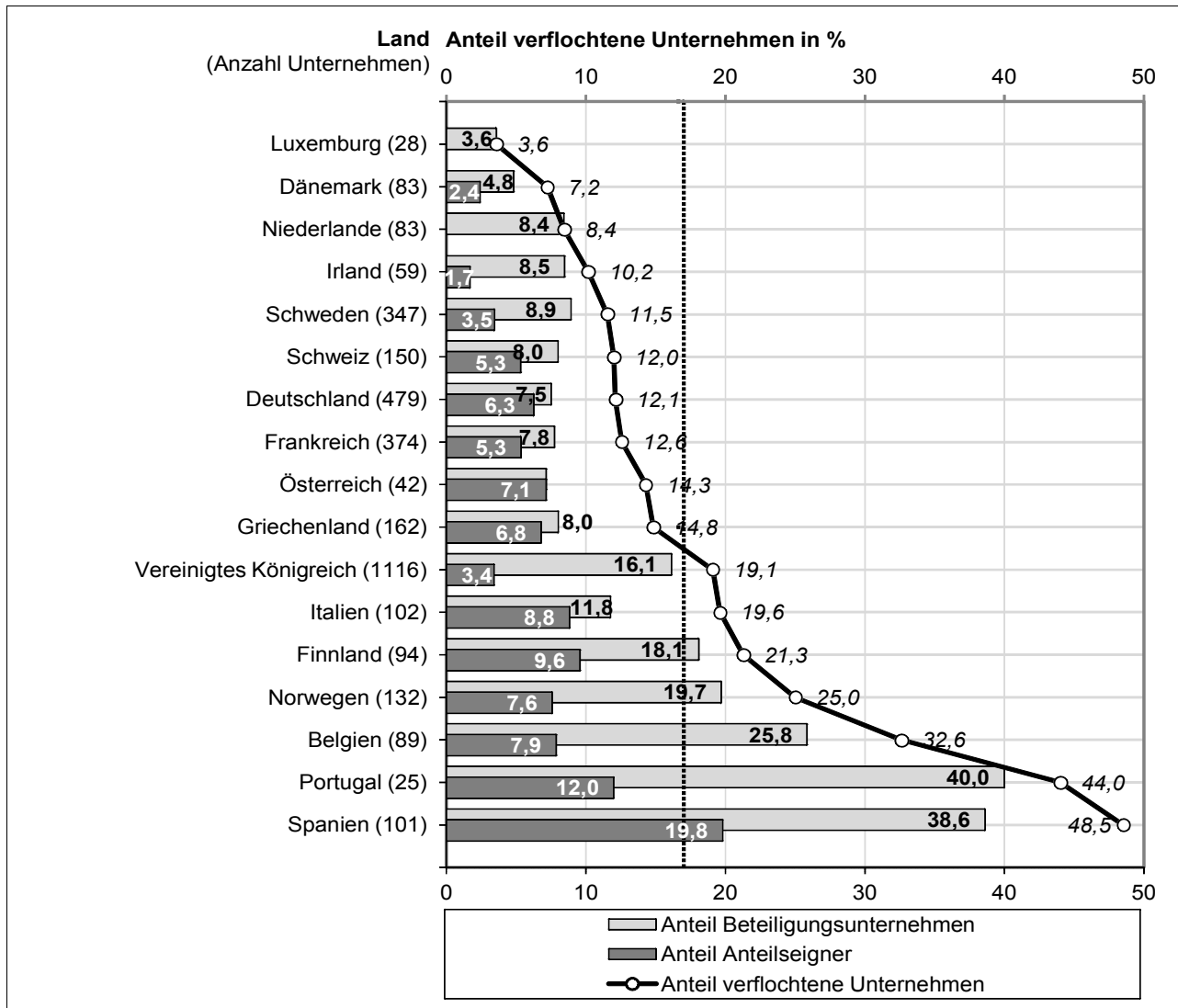
523. Die Untersuchung von Unternehmensnetzwerken über Minderheitsbeteiligungen stützt sich auf die in der Datenbank „ORBIS“ des Anbieters Bureau van Dijk erfassten Angaben zur Eigentümerstruktur der betrachteten Unternehmen. In Anlehnung an eine empirische Untersuchung der Europäischen Kommission zum Erwerb von Minderheitsbeteiligungen durch börsennotierte Unternehmen werden für die Analyse Stimm-

rechtsanteile ab einem Schwellenwert von einem Prozent berücksichtigt.²⁶ Da im Rahmen der Analyse ausschließlich Konzernobergesellschaften, also Unternehmen, die nicht mehrheitlich durch ein weiteres Unternehmen kontrolliert werden betrachtet werden, sind keine Kapitalbeteiligungen von mehr als 50 Prozent zu beobachten. Analog zum Vorgehen in Kapitel II werden für die Erhebungen zudem sowohl direkte als auch indirekte Beteiligungen berücksichtigt. Indirekte Beteiligungen werden dem Unternehmen am obersten Ende der Beteiligungskette in voller Höhe zugerechnet, wenn dieses Unternehmen die zwischengeschalteten Beteiligungsgesellschaften mehrheitlich kontrolliert. Zwei Unternehmen gelten demnach als verflochten, wenn ein Unternehmen aus dem Untersuchungskreis Stimmrechtsanteile an einem weiteren Unternehmen im Datensatz zwischen einem Prozent und 50 Prozent hält. Berücksichtigt wird ferner die Richtung der Kapitalbeteiligung. Unterschieden werden zum einen Anteilseigner bzw. beteiligte Unternehmen und zum anderen Beteiligungs- bzw. Zielunternehmen.

524. Abbildung III.6 gibt einen Überblick zu dem Anteil der verflochtenen an allen Unternehmen in den 17 betrachteten Ländern. Hierbei sind deutliche Unterschiede zwischen den Ländern festzustellen. Während nur bei 3,6 Prozent der Unternehmen mit Sitz in Luxemburg kapitalmäßige Verbindungen zu anderen Unternehmen mit Hauptsitz in Luxemburg sowie keine Verbindungen zu Unternehmen im europäischen Ausland festzustellen sind, weisen 44,0 Prozent bzw. 48,5 Prozent der Unternehmen in Portugal bzw. Spanien Verflechtungen über Kapitalbeteiligungen auf. Deutschland liegt mit einem Wert von 12,1 Prozent knapp unter dem europäischen Durchschnitt (17,0 Prozent). 6,3 Prozent der deutschen Unternehmen halten Stimmrechtsanteile an mindestens einem weiteren Unternehmen aus dem Kreis, 7,5 Prozent der Unternehmen mit Sitz in Deutschland sind ihrerseits Beteiligungsunternehmen. Im Durchschnitt über alle Unternehmen ergeben sich entsprechende Werte von 5,3 Prozent bzw. 12,9 Prozent.

26 Die Europäische Kommission untersucht im Rahmen der Studie den Erwerb von Minderheitsbeteiligungen durch gelistete Unternehmen in den EU-27 Mitgliedstaaten im Zeitraum 2005 bis 2011. Vgl. Europäische Kommission, Annex to the Commission Staff Working Document, Towards More Effective Merger Control, Annex II, a. a. O., Tz. 97.

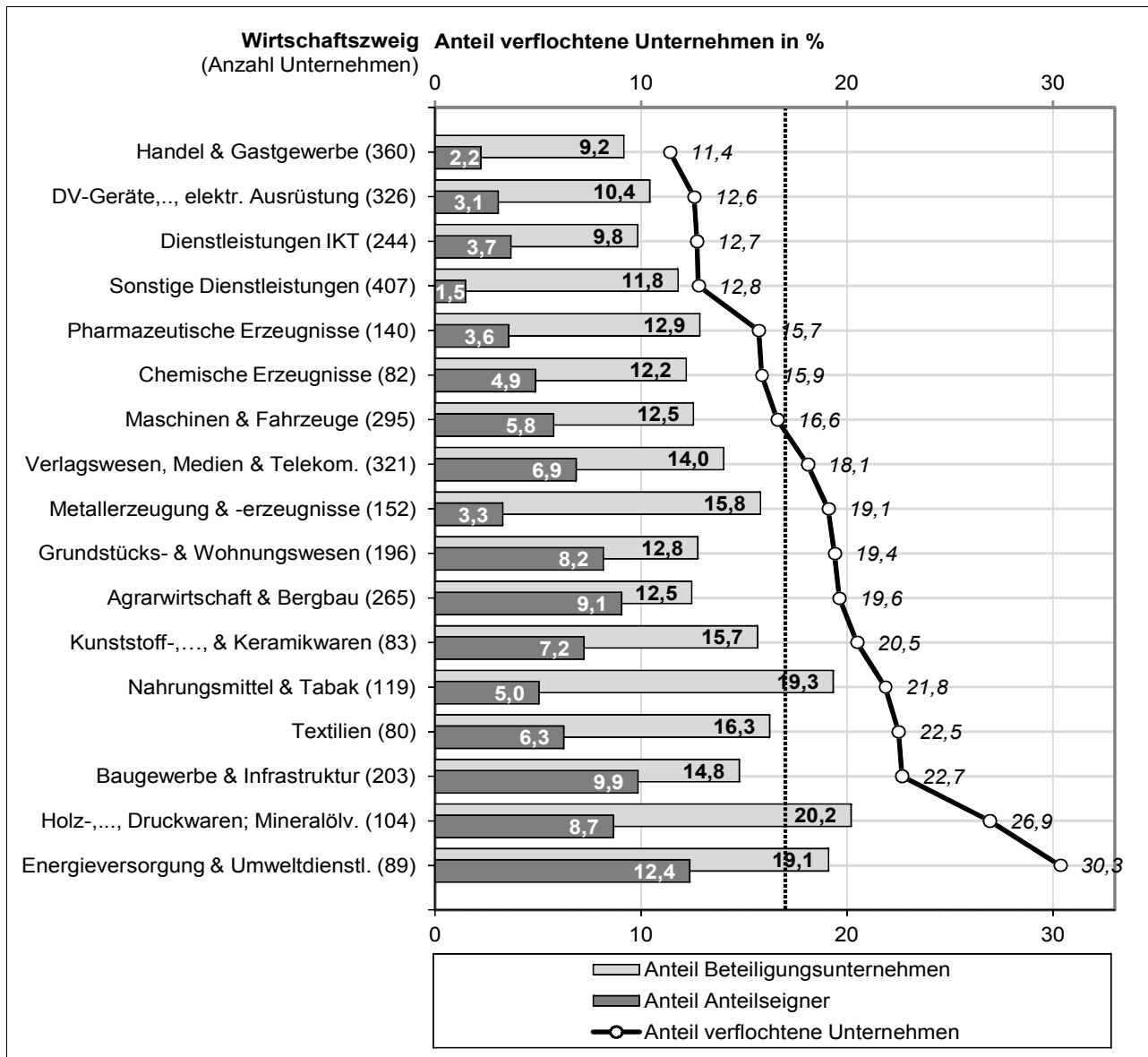
Abbildung III.6: Über Minderheitsbeteiligungen verflochtene Unternehmen nach Ländern im Berichtsjahr 2011



Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten von Thomson Reuters und Bureau van Dijk

525. In Abbildung III.7 erfolgt die Darstellung der über Minderheitsbeteiligungen verflochtenen Unternehmen nach Branchen. Der höchste Anteil verflochtener Unternehmen ist in den Branchen „Energieversorgung und Umweltdienstleistungen“ (30,3 Prozent), „Herstellung Holz-, Papier-, Druckwaren und Mineralölverarbeitung“ (26,9 Prozent) sowie „Baugewerbe und Infrastruktur“ (22,7 Prozent) zu beobachten. Es ist zu berücksichtigen, dass die gewählte Darstellung keine Aussage darüber zulässt, ob eine Kapitalbeteiligung auf horizontaler Ebene oder vertikal verläuft. So halten Unternehmen, die schwerpunktmäßig der Branche „Energieversorgung und Umweltdienstleistungen“ angehören, in 12,4 Prozent der Fälle Anteile an weiteren Unternehmen, während Dritte an 19,1 Prozent der Unternehmen in der Branche beteiligt sind. Die Branche des Ziel- bzw. des beteiligten Unternehmens ist hierbei nicht aus der Abbildung abzulesen. Aus diesem Grund wird im Folgenden Abschnitt 3.1.3 die Richtung personeller und kapitalmäßiger Unternehmensverbindungen näher beleuchtet.

Abbildung III.7: Über Minderheitsbeteiligungen verflochtene Unternehmen nach Branchen im Berichtsjahr 2011



Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten von Thomson Reuters und Bureau van Dijk

526. Im Rahmen der Untersuchungen werden Kapitalbeteiligungen mit einem Stimmrechtsanteil von mindestens einem Prozent berücksichtigt. Aus einer wettbewerbspolitischen Perspektive erscheinen vor allem Minderheitsbeteiligungen mit einem Kapitalanteil zwischen 20 Prozent und 50 Prozent als problematisch, da entsprechende Beteiligungsverhältnisse eine stärkere Einflussnahme erlauben. In der vorliegenden Stichprobe sind lediglich vier Prozent aller Unternehmen über Kapitalbeteiligungen mit mindestens 20 Prozent, jedoch maximal 50 Prozent verflochten. Besonders hoch sind diese Anteilswerte mit über zehn Prozent für Belgien, Griechenland und Spanien. In Deutschland gibt es 22 Unternehmen (entspricht einem Anteilswert von 4,6 Prozent), welche eine derartige Kapitalverflechtung aufweisen. Bezogen auf die einzelnen Branchen sind die 20- bis 50-prozentigen Kapitalverflechtungen in der Branche „Energieversorgung und Umweltdienstleistungen“ (neun Prozent) und Grundstücks- und Wohnungswesen (8,7 Prozent) am höchsten. Aufgrund der geringen Fallzahlen wird jedoch auf eine gesonderte grafische Auswertung im Rahmen dieses Gutachtens verzichtet.

3.1.3 Verflechtungsnetzwerke über Geschäftsführungsmitglieder und parallele Kapitalbeteiligungen

527. Abbildung III.8 zeigt die Gesamtzahl der personellen Verflechtungen über Geschäftsführungsmitglieder im Berichtsjahr 2011 nach Branchen. Entsprechend werden ausschließlich Verbindungen berücksichtigt, bei denen ein Mitglied der Geschäftsführung des entsendenden Unternehmens ein Aufsichtsmandat in einem weiteren (empfangenden) Unternehmen ausübt. Die Branchenzuordnung erfolgt anhand der Haupttätigkeit des den geschäftsführenden Direktor entsendenden Unternehmens. Weist eine Verbindung aufgrund mehrerer Tätigkeitsschwerpunkte sowohl einen horizontalen als auch einen vertikalen Charakter auf, wird die Verbindung in die Kategorie „Intra-Branchenverflechtung“ eingeordnet. In der Branche „Herstellung Datenverarbeitungsgeräte, optische und elektronische Ausrüstung“ findet sich mit 79 Verflechtungen über Geschäftsführungsmitglieder die größte Anzahl an Unternehmensverbindungen über die obersten Geschäftsführungs- und Kontrollorgane. Gleichzeitig weist diese Branche auch die meisten horizontalen Verflechtungen auf (24). Die größte Anzahl an vertikalen Unternehmensverbindungen liegt in der Branche „Herstellung Maschinen und Fahrzeuge“ (62) vor. Insgesamt sind die 3.466 Unternehmen im Berichtsjahr 2011 über 708 derartige Kontakte verbunden.

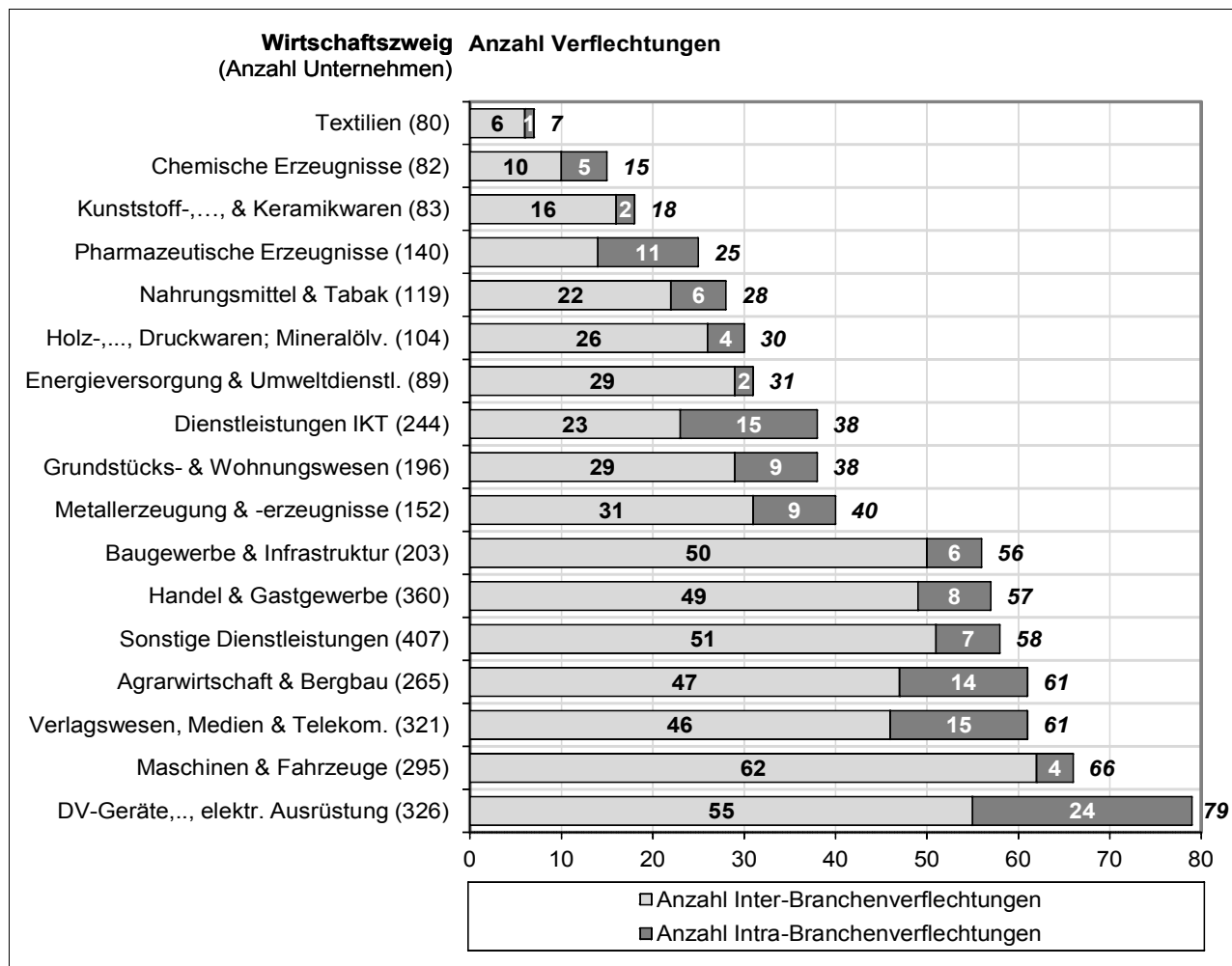
528. In Abbildung III.9 ist die absolute Zahl der Unternehmensverbindungen über Minderheitsbeteiligungen ausgewiesen. Die Zuordnung nach Branche erfolgt über den Tätigkeitsschwerpunkt des beteiligten Unternehmens. Erneut wird eine Verbindung als „Intra-Branchenverflechtung“ kategorisiert, wenn die betroffenen Unternehmen gleichzeitig in einem Horizontal- und Vertikalverhältnis stehen. Für das Berichtsjahr 2011 liegen insgesamt 508 Beteiligungsfälle vor. Die meisten sowohl horizontalen als auch vertikalen Kapitalbeteiligungen werden von Unternehmen in den Wirtschaftsabschnitten „Baugewerbe und Infrastruktur“ (156) und „Verlagswesen, Medien und Telekommunikation“ (82) gehalten.

529. In Abbildung III.10 werden abschließend die zuvor identifizierten personellen und Kapitalverflechtungen auf Branchenebene gegenübergestellt. Es zeigt sich, dass die Anzahl der personellen Verbindungen über die Entsendung von geschäftsführenden Direktoren in das Kontrollgremium des empfangenden Unternehmens die Anzahl der Beteiligungsverhältnisse in allen Wirtschaftsabschnitten mit Ausnahme der Branche „Baugewerbe und Infrastruktur“ meist deutlich übersteigt. Dieser Befund spiegelt die, unter anderem in Grünbuch der Europäischen Kommission empfohlene Berücksichtigung spezifischer Berufsqualifikationen und Erfahrungen sowie die Unabhängigkeit und Vielfalt bei der Besetzung von Aufsichts- bzw. Verwaltungsratsmandaten wider.²⁷ In der Abbildung ist ergänzend der Anteil paralleler personeller und kapitalmäßiger Verbindungen abgetragen. Insgesamt werden 9,3 Prozent aller personellen Verbindungen von einer Kapitalbeteiligung begleitet. Die höchste Zahl von Überschneidungen wird mit 15 Fällen im Wirtschaftsabschnitt „Grundstücks- & Wohnungswesen“ gemessen (39,5 Prozent), in fünf der 17 Branchen liegt keine Überschneidung vor. Die insgesamt schwache Korrelation zwischen beiden Verflechtungstatbeständen deutet darauf hin, dass der Überwachung gehaltener Minderheitsbeteiligungen durch die Präsenz eines Mitglieds der Geschäftsführung in seiner Rolle als Anteilseigner im Kontrollgremium eine vergleichsweise geringe Bedeutung in der Praxis zukommt.²⁸

²⁷ Vgl. Europäische Kommission, Grünbuch, a. a. O.

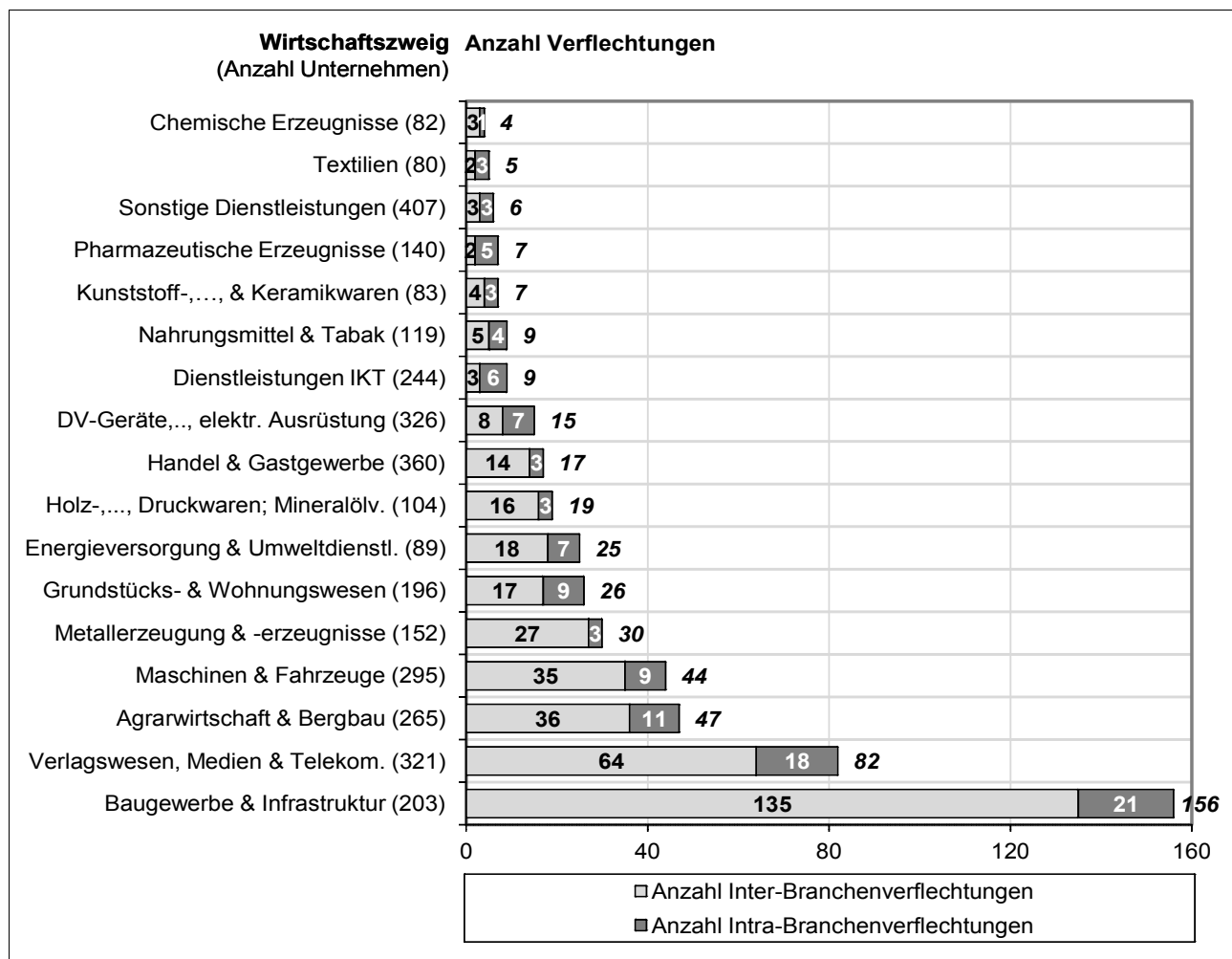
²⁸ Zur sogenannten „Equity-Monitoring“ These vgl. z. B. Dittmann, I./Maug, E./Schneider, C., Bankers on the Boards of German Firms: What They Do, What They are Worth, and Why They are (Still) There, *Review of Finance* 14(1), 2010, S. 35-71.

Abbildung III.8: Personelle Unternehmensverflechtungen über Geschäftsführungsmitglieder im Berichtsjahr 2011



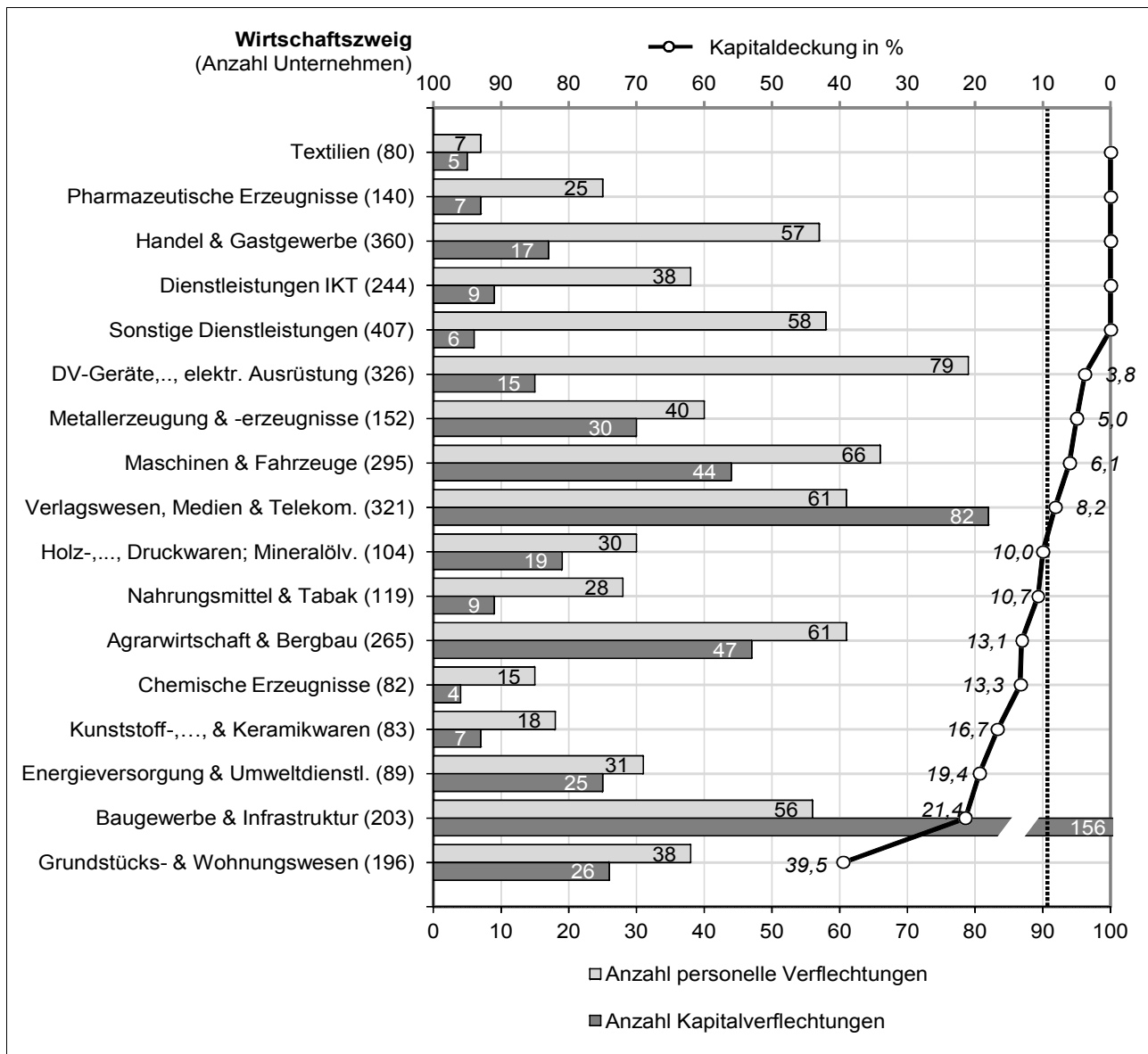
Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten von Thomson Reuters und Bureau van Dijk

Abbildung III.9: Verflechtungen über Minderheitsbeteiligungen im Berichtsjahr 2011



Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten von Thomson Reuters und Bureau van Dijk

Abbildung III.10: Simultane personelle und Kapitalbeteiligungen im Berichtsjahr 2011



Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten von Thomson Reuters und Bureau van Dijk

3.2 Zusammenhang zwischen Unternehmensverflechtungen und finanziellen Erfolgsgrößen

530. Nachdem das vorherige Kapitel einen Überblick über die Intensität von personellen und kapitalmäßigen Verflechtungen geliefert hat, stellt sich nun die Frage, inwieweit Unternehmen möglicherweise von diesen Verbindungen profitieren könnten. Konkret ist zu zeigen, ob und inwieweit sich diese Unternehmensverbindungen auf den Unternehmenserfolg bzw. die Marktmacht der verflochtenen Unternehmen auswirken. Die folgenden Auswertungen sollen daher zu der Beantwortung der Frage beitragen, ob verflochtene Unternehmen höhere Renditen aufweisen bzw. marktmächtiger sind als nicht verflochtene Unternehmen.

531. Es gilt jedoch zu berücksichtigen, dass die Marktmacht eines Unternehmens neben Unternehmensverflechtungen noch durch eine Reihe weiterer Faktoren beeinflusst wird, die im Rahmen der nachfolgenden

Untersuchung nicht detailliert betrachtet werden können. Zudem lassen sich aus den nachfolgenden Ergebnissen keine kausalen Zusammenhänge, sondern lediglich mögliche systematische Zusammenhänge ableiten. Auch ließe sich argumentieren, dass gerade im Falle von Unternehmenserfolg und -verflechtungen eine umgekehrte Kausalität bestehen könnte. Dies bedeutet, dass sich möglicherweise gerade besonders erfolgreiche Unternehmen stärker personell und/oder kapitalmäßig vernetzen. In diesem Fall wären unternehmerische Verflechtungen nicht die Ursache, sondern das Ergebnis erfolgreicher Geschäftstätigkeit.

3.2.1 Personelle Verflechtungen

532. Die nachfolgenden Berechnungen basieren auf dem in Kapitel 2.2 ausführlich erläuterten Paneldatensatz im Beobachtungszeitraum von 2005 bis 2011. Für die im Datensatz erfassten Unternehmen liegen für insgesamt 4.399 Unternehmen die nötigen Bilanzkennzahlen vor, welche die Berechnung des Lerner Index als Umsatzrendite ermöglichen.²⁹ Nach Bereinigung der Daten um extreme Ausreißerwerte³⁰ verbleiben 3.868 Unternehmen bzw. 17.515 Beobachtungspunkte (gut 72 Prozent aller in der Stichprobe vorhandenen Unternehmen), auf welchen die nachfolgenden Auswertungen basieren. Für jede Branche wird zunächst der Median insgesamt, sowie für die Gruppe der personell verflochtenen und personell nicht-verflochtenen Unternehmen berechnet und dann gegenübergestellt. Im Vergleich zum arithmetischen Mittel hat der Median grundsätzlich den Vorteil, dass er gegenüber Ausreißern robust ist und daher im Falle einer asymmetrischen Verteilung der Daten vergleichsweise robuste Ergebnisse liefert.

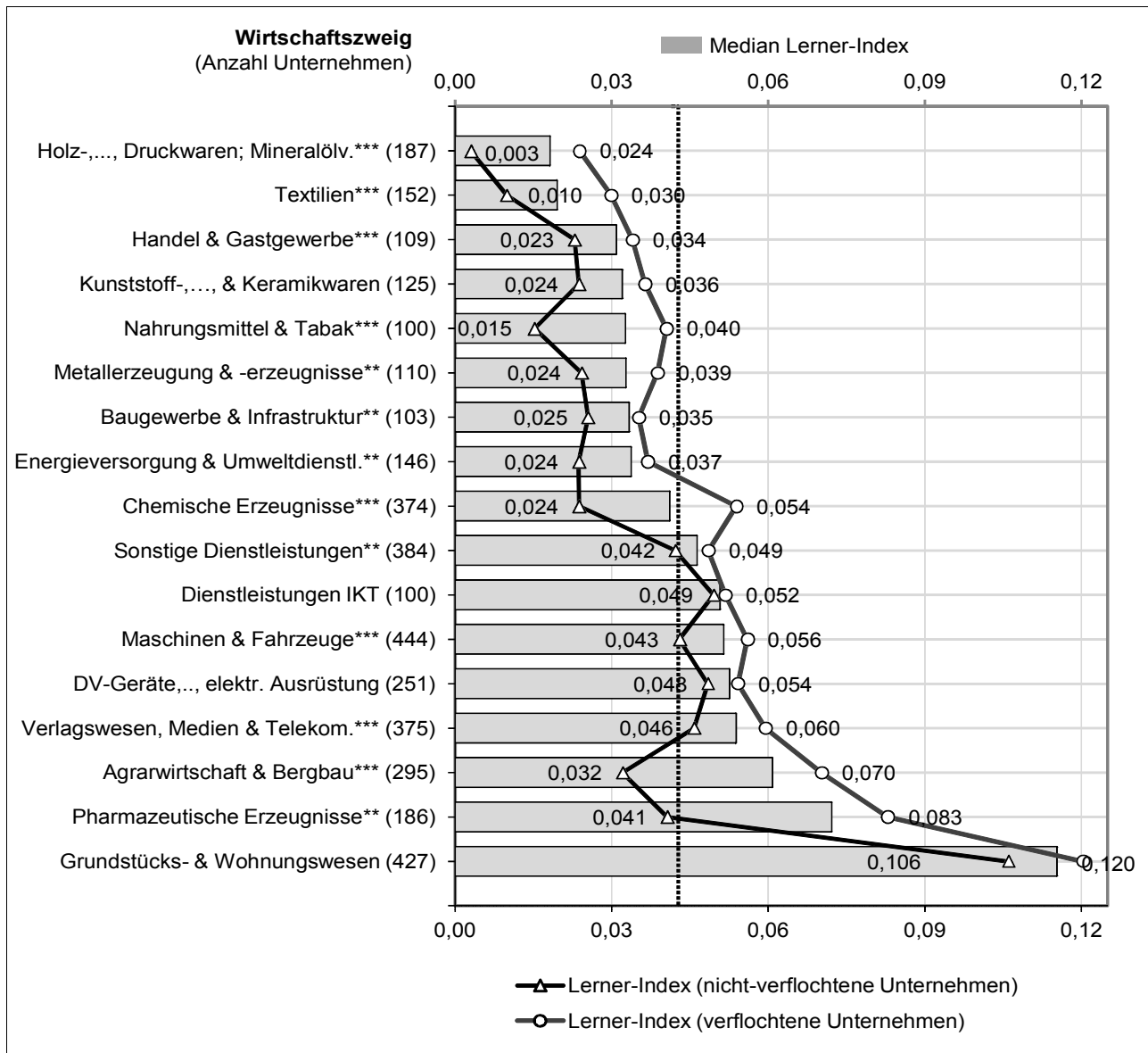
533. Anhand von Abbildung III.11 wird deutlich, dass der Medianwert des Lerner Index in allen Branchen in der Gruppe der personell verflochtenen Unternehmen über denen der nicht-personell verflochtenen Unternehmen liegt und dementsprechend verflochtene Unternehmen eine höhere Marktmacht aufweisen. Ein für jede Branche zusätzlich durchgeführter Signifikanztest ergibt, dass sich die Medianwerte für 13 der 17 Sektoren statistisch signifikant voneinander unterscheiden.³¹ Dies bedeutet, dass der beobachtete Unterschied der Medianwerte zwischen personell verflochtenen und nicht-verflochtenen Unternehmen nicht rein zufällig entstanden ist, sondern sich die beiden Gruppen systematisch in ihren Umsatzrenditen unterscheiden. Für die Branchen „Kunststoff & Keramikwaren“, „Dienstleistungen IKT“, „DV-Geräte, elektr. Ausrüstung“, „Grundstücks- & Wohnungswesen“ lässt sich dieser Zusammenhang hingegen nicht beobachten.

²⁹ Vgl. Tz. 511.

³⁰ Als extreme Ausreißer werden in der Statistik Werte bezeichnet, welche außerhalb des dreifachen Interquartilsabstands liegen; vgl. Hamilton, L. C., *Statistics with STATA*, Brooks/Cole, Boston 2013, S. 127 ff.

³¹ Ergebnisse basieren auf einem angenommen Signifikanzniveau von einem bzw. fünf Prozent. Der Test auf Unterschiede der Medianwerte wurde mittels Quantilsregressionen durchgeführt.

Abbildung III.11: Lerner Index nach Branche für personell verflochtene und nicht-verflochtene Unternehmen im Zeitraum 2005 bis 2011

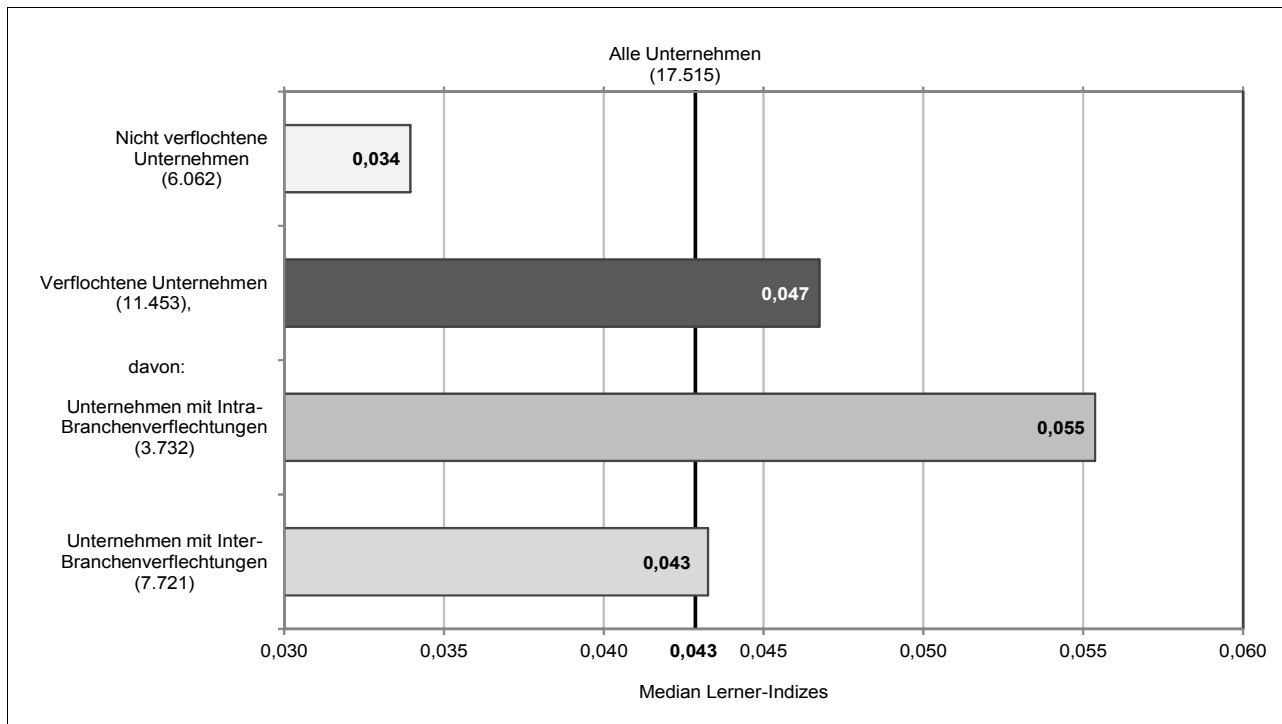


Anmerkung: ***, **: statistisch signifikant auf dem 1 %-, 5 %-Niveau.

Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten von Thomson Reuters und Bureau van Dijk

534. Abbildung III.12 zeigt die Medianwerte für personell verflochtene und nicht-verflochtene Unternehmen für die gesamte Stichprobe und unterscheidet zudem zwischen personellen Verflechtungen von Unternehmen auf der gleichen Marktstufe (Intra-Branchenverflechtungen) und personellen Verflechtungen auf vor- oder nachgelagerten Marktstufen (Inter-Branchenverflechtungen). Die Ergebnisse deuten darauf hin, dass Unternehmen, welche horizontal verflochten sind bzw. Intra-Branchenverflechtungen aufweisen, eine höhere Umsatzrendite aufweisen bzw. marktmächtiger sind als Unternehmen, welche vertikal verflochten sind (Medianwerte statistisch signifikant verschieden auf ein Prozent Niveau).

Abbildung III.12: Lerner Index für horizontal und vertikal verflochtene Unternehmen im Zeitraum 2005 bis 2011



Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten von Thomson Reuters und Bureau van Dijk

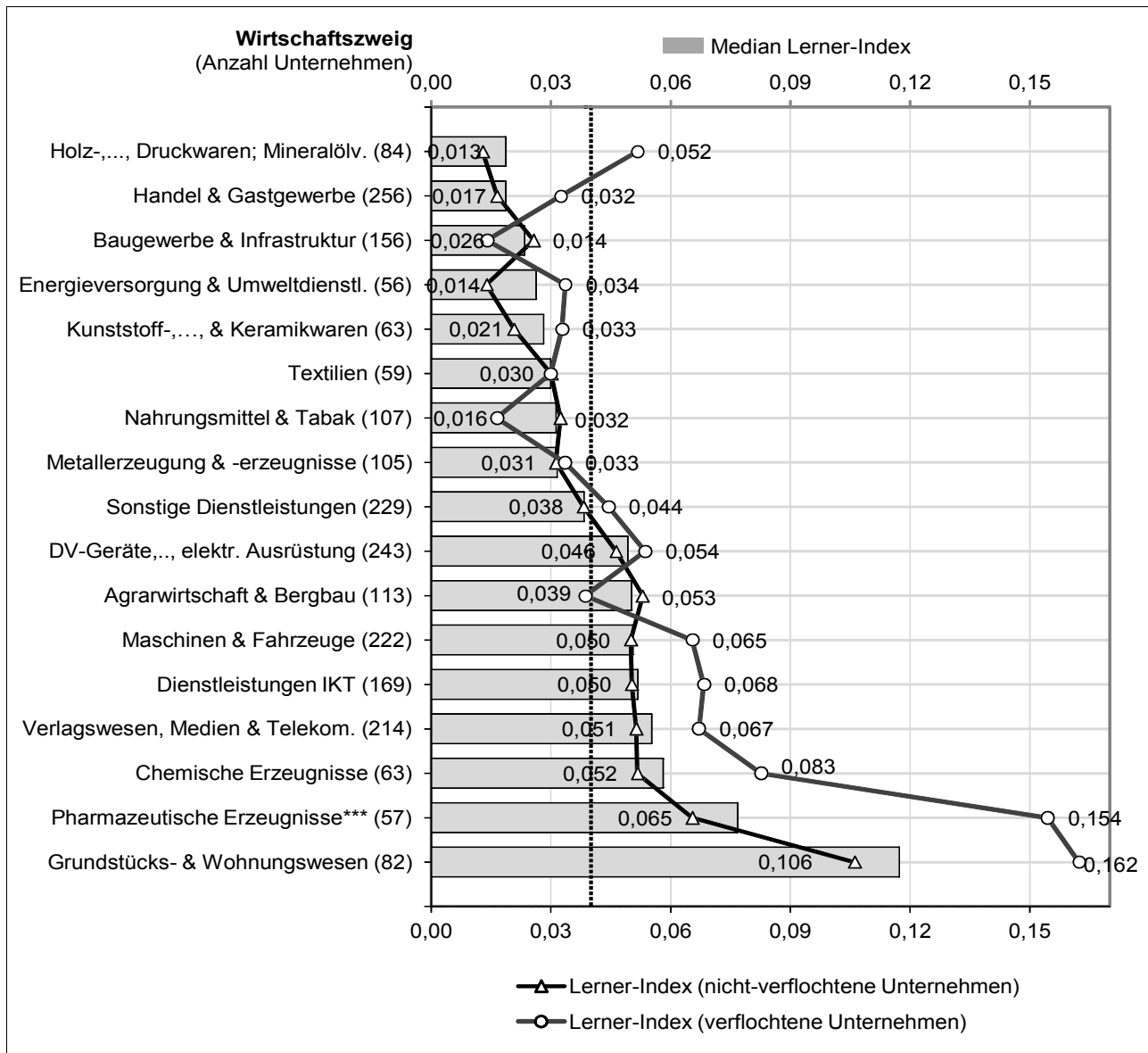
3.2.2 Kapitalverflechtungen

535. Analog zu den Berechnungen in Kapitel 3.2.1 wird des Weiteren untersucht, ob Unternehmen, welche über Kapitalanteile bzw. Minderheitsbeteiligungen miteinander verflochten sind, eine gemessen am Median höhere Umsatzrendite aufweisen als Unternehmen, welche nicht kapitalmäßig verflochten sind. Da die Eigentümerstruktur zunächst ausschließlich für das Berichtsjahr 2011 ausgewertet wurde, beziehen sich die nachfolgenden Berechnungen auf eine Teilstichprobe des beschriebenen Datensatzes und somit ausschließlich auf das Berichtsjahr 2011 und insgesamt 2.278 Unternehmen.³²

536. Abbildung III.13 legt zunächst die Vermutung nahe, dass die Medianwerte des Lerner Index für alle Branchen außer „Agrarwirtschaft und Bergbau“, „Herstellung Nahrungsmittel und Tabak“ sowie „Baugewerbe und Infrastruktur“ für über Kapitalanteile verflochtene Unternehmen höher sind als für nicht-verflochtene Unternehmen. Allerdings ergibt der Signifikanztest, dass sich lediglich die Medianwerte der Branche „Pharmazeutische Erzeugnisse“ statistisch signifikant voneinander unterscheiden. Das bedeutet, dass die Unterschiede in den Medianwerten für die Umsatzrendite zwischen verflochtenen und nicht-verflochtenen Unternehmen statistisch nicht nachweisbar und somit rein zufälliger Natur sind.

³² Vgl. Tz. 532.

Abbildung III.13: Lerner Index nach Branche von über Kapitalbeteiligungen verflochtenen und nicht-verflochtenen Unternehmen im Jahr 2011



Anmerkung: ***, **: statistisch signifikant auf dem 1 %-, 5 %-Niveau.

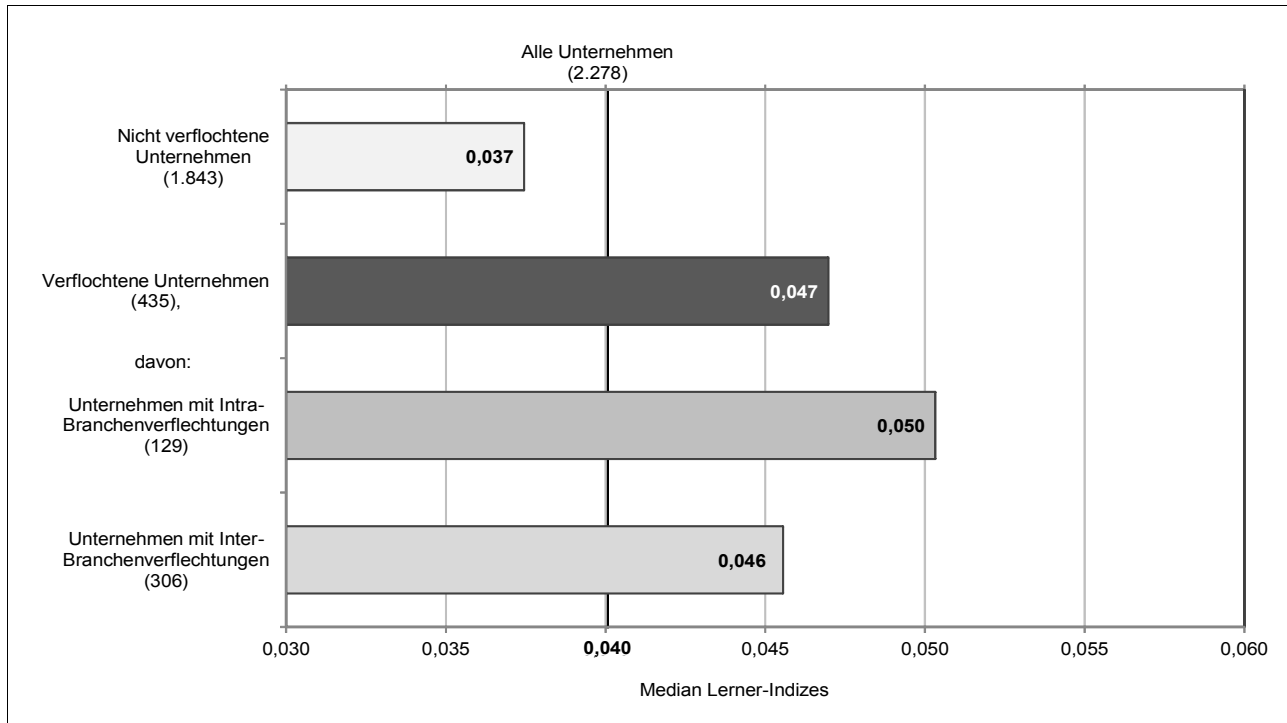
Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten von Thomson Reuters und Bureau van Dijk

537. Hinsichtlich Inter- und Intra-Branchenverflechtungen (vgl. Abbildung III.14) ergibt sich, wie auch schon bei den personell verflochtenen Unternehmen, die höchste Umsatzrendite für Unternehmen, welche auf der gleichen Marktstufe über Minderheitsbeteiligungen verflochten sind. Allerdings ist im Gegensatz zu den personellen Verflechtungen kein statistisch signifikanter Unterschied zwischen der Umsatzrendite von horizontal und vertikal verflochtenen Unternehmen nachzuweisen.

538. Die Befunde aus den Abbildungen III.13 und III.14 mögen zum einen auf die relativ geringen Fallzahlen infolge der Querschnittsbetrachtung, zum anderen auf die Tatsache zurückzuführen sein, dass im Rahmen der Renditevergleiche zunächst keine Unterscheidung zwischen Anteilseignern und Beteiligungsunternehmen erfolgt. Aus einer theoretischen Perspektive wäre z. B. denkbar, dass der Anteilseigner den

eigenen Gewinn zulasten des Beteiligungsunternehmens steigert. In einem solchen Fall würden sich positive und negative Effekte von Verflechtungsbeziehungen möglicherweise gegenseitig aufheben.

Abbildung III.14: Lerner Index für horizontal und vertikal verflochtene Unternehmen im Jahr 2011



Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten von Thomson Reuters und Bureau van Dijk

3.2.3 Zusammenfassung und Ausblick

539. Insgesamt deuten die deskriptiven Ergebnisse für die erfassten Unternehmen auf die Vorteilhaftigkeit von Verflechtungen aus Sicht der einzelnen Unternehmen hin. Wie bereits vorangehend angemerkt, können die Ergebnisse nicht auf die Menge aller Unternehmen in den jeweiligen Wirtschaftszweigen übertragen werden, da es sich bei der betrachteten Stichprobe nicht um eine repräsentative Auswahl handelt. Zudem ist zu erwarten, dass eine Reihe weiterer institutioneller Faktoren einen Einfluss auf die Wettbewerbsposition eines Unternehmens ausüben. Aus diesem Grund sind die hier durchgeführten deskriptiven Vergleiche nur eingeschränkt als Hinweis für wettbewerbsmindernde Wirkungen von Unternehmensverflechtungen zu interpretieren. Ebenso gut könnten höhere Lerner Indizes und Renditen verflochtener Unternehmen auf einen positiv zu bewertenden Erfahrungsaustausch zwischen den beteiligten Unternehmen oder eine verbesserte Unternehmenssteuerung bzw. -kontrolle zurückzuführen sein. Zudem muss eine umkehrte Kausalität in der Form in Betracht gezogen werden, als dass sich möglicherweise besonders erfolgreiche Unternehmen personell vernetzen. In diesem Fall wären personelle Verflechtungen das Ergebnis erfolgreicher Geschäftstätigkeit und nicht der Grund für den geschäftlichen Erfolg.

540. Trotz ungeklärter Gründe für die deskriptiven Befunde geben die Ergebnisse in Verbindung mit der bestehenden theoretischen Literatur begründeten Anlass, die betrachteten personellen und kapitalmäßigen Verflechtungen aus wettbewerbstheoretischer Sicht zu berücksichtigen und im Rahmen weiterer Analysen tiefer gehend zu erforschen, um bspw. effizienzsteigernde Effekte von Wettbewerbseffekten zu trennen und Kausalverläufe zu entschlüsseln. Der aufbereitete Datensatz wie auch die Erhebungen der Europäischen Kommission liefern hierfür eine erste Grundlage.³³

³³ Vgl. Europäische Kommission, Annex to the Commission Staff Working Document, Towards More Effective Merger Control, a. a. O.

541. Um Unternehmensverflechtungen aus einer Wettbewerbsperspektive zukünftig besser analysieren zu können, sollten auf verschiedenen Ebenen Erweiterungen der empirischen Untersuchungen umgesetzt werden. Dies betrifft zunächst eine Fortentwicklung der Datenbasis, die eine zeitliche Entwicklung von Kapitalverflechtungen sowie eine weitere Qualifizierung der Verflechtungsbeziehungen umfasst. Hierbei sollten neben der Unterscheidung von horizontalen und vertikalen Verflechtungen insbesondere die Richtungen dieser Verflechtungen bzgl. der entsendenden und empfangenden Unternehmen sowie Anteilseigner und Beteiligungsunternehmen systematisch ausgewertet werden. Auf dieser Grundlage ließen sich durch den Einsatz spezifischer Netzwerkanalyseinstrumente wichtige Schlüsselverbindungen oder spezielle Verflechtungsformen wie Dreiecks- und Ringverflechtungen sowie Kooperationen über Gemeinschaftsunternehmen aufdecken. Zudem könnten mittels ökonometrischer Analysemethoden Erweiterungen umgesetzt werden, die belastbare Aussagen zu den Wirkungen von spezifischen Verflechtungsbeziehungen erlauben.

542. Zukünftigen Studien bleibt es vorbehalten, durch Umsetzung einiger der genannten Punkte einen weiteren Erkenntnisgewinn zu ermöglichen. Entsprechend sollten Analysen zu den Motiven für die Entstehung von Unternehmensnetzwerken und deren wettbewerblichen Wirkungen verstärkt Eingang in die wirtschaftspolitische Diskussion und theoriegestützte empirische Forschungsarbeiten finden.

3.3 Personelle Verflechtungen und Innovationstätigkeit von Unternehmen

3.3.1 Untersuchungsgegenstand

543. Der abschließende Abschnitt beleuchtet die Bedeutung von Unternehmensverflechtungen für die Innovationsaktivität von Unternehmen. In der ökonomischen Literatur wird der Innovationsfähigkeit eine wesentliche Bedeutung für den langfristigen Unternehmenserfolg und die Wettbewerbsfähigkeit eines Unternehmens im Markt beigemessen.³⁴ Während eine Reihe von Studien den Zusammenhang von Wettbewerb und Innovation thematisieren,³⁵ fokussiert sich eine andere Richtung der Fachliteratur auf den Einfluss bestimmter Governance-Charakteristika auf das Innovationsverhalten.³⁶ In der vorliegenden Untersuchung wird ein Schwerpunkt auf die empirische Analyse der Beziehung zwischen personellen Unternehmensverflechtungen und der Innovationstätigkeit sowie der moderierenden Rolle der Wettbewerbsintensität gelegt.

544. Aus einer theoretischen Perspektive lassen sich keine eindeutigen Wirkungen von personellen Unternehmensverflechtungen auf das Innovationsverhalten ableiten. So lässt sich vermuten, dass personelle Verflechtungen einen Stabilisierungsmechanismus für bestehende Kooperations- oder Austauschbeziehungen darstellen,³⁷ die zu mehr und nachhaltigen Innovationen der verflochtenen Unternehmen im

34 Vgl. z. B. Hall, B. H./Mairesse, J./Mohnen, P., Measuring the Returns to R&D, in: Hall, B. H./Rosenberg, N. (Hrsg.), Handbook of the Economics of Innovation, Amsterdam 2010; Griliches, Z., R&D and the Productivity Slowdown, American Economic Review 70(2), 1980, S. 343-348; Stiglitz, J. E., Theory of Innovation: Discussion, American Economic Review 59(2), 1969, S. 46-49.

35 Vgl. u.a. Scherer, F., Market Structure and the Employment of Scientists and Engineers, American Economic Review 57, 1967, S. 524-531; Aghion, P. u.a., An Inverted-U Relationship, a. a. O.; Gilbert, R., Looking for Mr. Schumpeter: Where Are We in the Competition-Innovation Debate?, in: A. Jaffe/J. Lerner/S. Stern (Hrsg.), Innovation Policy and the Economy, Cambridge 2006, S. 159-215.

36 Vgl. z. B. Barbosa, N./Faria, A. P., Innovation Across Europe: How Important are Institutional Differences?, Research Policy, 40(9), 2011, S. 1157-1169; Manso, G., Motivating Innovation, Journal of Finance, 66(5), 2011, S. 1823-1860; Czarnitzki, D./Kraft, K., Capital Control, Debt Financing and Innovative Activity, Journal of Economic Behavior & Organization 71(2), 2009, S. 372-383; Hoskisson, R. E. u.a., Conflicting Voices: The Effects of Institutional Ownership Heterogeneity and Internal Governance on Corporate Innovation Strategies, Academy of Management Journal, 45(4), 2002, S. 697-716; Aghion, P./Dewatripont, M./Rey, P. G., Corporate Governance, Competition Policy and Industrial Policy, European Economic Review 41(3-5), 1997, S. 797-805.

37 Schreyögg, G./Papenheim-Tockhorn, H., Kooptation und Kooperation: Eine Längsschnittstudie zu Stabilität und Motiven personeller Verflechtungen zwischen deutschen Kapitalgesellschaften, Die Aktiengesellschaft, 39(9), 1994, S. 381-390.

Vergleich zu den nicht verflochtenen Unternehmen im Markt bzw. der Branche beitragen können.

545. Grundsätzlich können bestimmte personelle Verflechtungen wie eine Minderheitsbeteiligung mit Kontrollenwerb wirken. In der Praxis ist auch ein paralleles Auftreten beider Verflechtungsmuster zu beobachten.³⁸ Bestehen wettbewerbliche bzw. kooperative Beziehungen zwischen den verflochtenen Unternehmen, könnte das entscheidende bzw. beteiligte Unternehmen in Abhängigkeit der Markt- bzw. Verflechtungsstruktur über die Verbindung den eigenen Innovationsoutput zulasten der Innovationstätigkeit des Zielunternehmens ausdehnen.³⁹

546. Weiterhin kann die intendierte Kooptation externer Mandatsträger helfen, das Management eines Unternehmens in strategischen Entscheidungen zu unterstützen. In der Literatur wird darauf verwiesen, dass Investitionen in technologische Innovationsaktivitäten langfristiger Natur und mit hohem Risiko hinsichtlich künftiger Erfolge behaftet sind.⁴⁰ Für das Management eines Unternehmens können in der Folge Anreize für eine eher kurzfristige Gewinnmaximierung zulasten langfristiger innovativer Projekte bestehen, um das Risiko ihrer Entlassung oder Reputationsverluste zu senken.⁴¹ Es konnte gezeigt werden, dass institutionelle Investoren einen Beitrag leisten, mögliche Vorbehalte des Managements gegen langfristige Innovationsprojekte abzumildern.⁴² Übertragen auf personelle Unternehmensverflechtungen stellt sich die Frage, welche Bedeutung Mehrfachmandatsträgern im Kontrollgremium hinsichtlich des Innovationsprozesses eines Unternehmens zukommt. Aufgabe der nicht-geschäftsführenden Direktoren ist die Beratung und Beaufsichtigung des Managements. Mandatsträgern, die Ämter in weiteren Unternehmen ausüben, werden generell eine höhere Erfahrung und Unabhängigkeit von der Geschäftsführung verbunden mit einer höheren Aufsichtsintensität zugesprochen.⁴³ Es ist weiter anzunehmen, dass die eingebrachte Beratungs- und Aufsichtsexpertise wesentlich von den individuellen Erfahrungen und Qualifikationen bzw. dem Humankapital der Mandatsträger abhängt.⁴⁴ Die Berufung geeigneter Kandidaten in das Kontrollgremium kann sich als wertvoll erweisen, indem die Mandatsträger das Management in strategischen Entscheidungen beraten. Weiterhin können sie das Management bei der Realisierung längerfristiger Wachstumsstrategien – möglicherweise zulasten des Ziels einer kurzfristigen Gewinnmaximierung – unterstützen, indem sie diese gegen das Risiko absichern, entlassen zu werden.

In der Literatur wird argumentiert, dass ein negativer Einfluss auf die Innovationstätigkeit dann zu erwarten ist, wenn die beaufsichtigenden und beratenden Mandatsträger aufgrund mangelnder innovations- bzw. unternehmensspezifischer Kenntnisse oder infolge von Zeitrestriktionen die Fähigkeiten des Managements nur unzureichend bewerten können. In einer solchen Situation sinken für risikoaverse Manager theoretisch

38 Vgl. Abbildung III.10.

39 Vgl. Abschnitt 2.1 in diesem Kapitel.

40 Dasgupta, P./Stiglitz, J., Uncertainty, Industrial Structure, and the Speed of R&D, *The Bell Journal of Economics* 11(1), 198, S.1-28; Harhoff, D./Narin, F./Scherer, F.M./Vopel, K., Citation Frequency and the Value of Patented Innovation, *Review of Economics and Statistics* 81(3), 1999, S. 511-515.

41 Vgl. Czarnitzki, D./Kraft, K., 2009, a. a. O.; Czarnitzki, D./Kraft, K., Firm Leadership and Innovative Performance: Evidence from Seven EU Countries, *Small Business Economics* 22(5), 2004, S. 325-332.

42 Vgl. Aghion, P.J./van Reenen, J.M./Zingales, L., Innovation and Institutional Ownership, a. a. O.

43 Vgl. u.a. Fich, E.M., Are Some Outside Directors Better than Others? Evidence from Director Appointments by Fortune 1000 Firms, *Journal of Business* 78(5), 2005, S. 1943-1971; Ferris, S.P./Jagannathan, M./Pritchard, A.C., Too Busy to Mind the Business? Monitoring by Directors with Multiple Board Appointments, *Journal of Finance* 58(3), 2003, S. 1087-1112; Hermalin, B.E./Weisbach, M.S., Endogenously Chosen Boards of Directors and Their Monitoring of the CEO, *American Economic Review* 88(1), 1998, S. 96-118.

44 Vgl. Balsmeier, B./Buchwald, A./Stiebale, J., Outside Directors on the Board and Innovative Firm Performance, NUBS Research Paper Series No. 2011-04; Kor, Y.Y./Sundaramurthy, C., Experience-Based Human Capital and Social Capital of Outside Directors, *Journal of Management* 35(4), 2009, S. 981-1006; Kor, Y.Y./Misangyi, V.F., Outside Directors' Industry-Specific Experience and Firms' Liability of Newness, *Strategic Management Journal* 29, 2008, S. 1345-1355; Carpenter, M.A./Westphal, J.D., The Strategic Context of External Network Ties: Examining the Impact of Director Appointments on Board Involvement in Strategic Decision Making, *Academy of Management Journal* 44, 2001, S. 639-660.

ihre Anreize, innovative Projekte im Unternehmen zu forcieren.⁴⁵

547. Aufgrund der vielschichtigen Zusammenhänge zwischen Unternehmensverflechtungen, Wettbewerb und Innovation wird im Rahmen dieses Hauptgutachtens zunächst der Zusammenhang zwischen dem Anteil nicht-geschäftsführender Mehrfachmandatsträger in den Kontrollgremien als Verflechtungsvariable und der Zahl der Patentanmeldungen als anerkanntem Indikator⁴⁶ für die Innovationsaktivität eines Unternehmens empirisch untersucht. Mit der Fokussierung auf Verflechtungen über nicht-geschäftsführende Direktoren im Kontrollgremium wird entsprechend die Perspektive der empfangenden Unternehmen eingenommen.

3.3.2 Methodische Vorbemerkungen und empirische Befunde

548. Der potenzielle Einfluss von Mehrfachmandatsträgern auf den Innovationserfolg wird mittels eines multivariaten Regressionsmodells gemessen. Dies bedeutet, dass neben dem Einfluss von personellen Verflechtungen auch noch auf andere relevante Größen, welche möglicherweise den Innovationsoutput eines Unternehmens beeinflussen (wie bspw. Unternehmensgröße und -alter) kontrolliert wird.

549. Die Analyse basiert auf einer Teilstichprobe des in Abschnitt 2.2 erläuterten Datensatzes. So werden zum einem ausschließlich Unternehmen berücksichtigt, für die vollständige Informationen bezüglich diverser Unternehmenskennzahlen (bspw. Anzahl der Beschäftigten, Bilanzsumme etc.) vorlagen, da diese als Kontrollvariablen in das empirische Modell mit aufgenommen werden. Da die Analyse zudem Einflussfaktoren auf den Innovationsoutput von Unternehmen näher beleuchtet, werden zudem nur Unternehmen mit mindestens einer Patentanmeldung beim Europäischen Patentamt im Zeitraum zwischen 2000 und 2010 in die Analyse miteinbezogen. Insgesamt konzentriert sich die nachfolgende Untersuchung somit auf 1.393 Unternehmen mit insgesamt 5.574 Beobachtungspunkten in den Jahren 2005 bis 2010.

550. Der Innovationsoutput eines Unternehmens wird mittels der beim Europäischen Patentamt angemeldeten Patente gemessen. Um möglichen Zeitverzögerungen unternehmerischer Innovationsaktivitäten Rechnung zu tragen, wird die Zahl der Patentanmeldungen mittels ihrem Wert aus der Folgeperiode (PAT_{t+1}) im empirischen Modell berücksichtigt. Die durchschnittliche Anzahl der jährlichen Patentanmeldungen liegt bei 19 (vgl. Tabelle III.5), allerdings lässt sich am Medianwert von 1 erkennen, dass die Verteilung der Patentanmeldungen – was sich typischerweise auch in anderen Studien beobachten lässt – rechtsschief ist. Dies bedeutet, dass in einem erheblichen Anteil an Beobachtungspunkten keine (46 Prozent) bzw. nur sehr wenige Patente angemeldet werden, während einige Unternehmen wiederum eine sehr hohe Patentaktivität aufweisen.⁴⁷

Die wesentliche Erklärungsvariable der Untersuchung *AT_EXT* misst den Anteil der Mehrfachmandatsträger an der Gesamtzahl der nicht-geschäftsführenden Direktoren im jeweiligen Unternehmen. Als Mehrfachmandatsträger gelten diejenigen Personen, die zu einem Zeitpunkt geschäftsführende oder nicht-geschäftsführende Mandate in mindestens einem weiteren Unternehmen in der betrachteten Stichprobe ausüben. Wie Tabelle III.5 zeigt, liegt dieser im Mittel bei 0,31, d. h. im Durchschnitt sind in einem Unternehmen knapp ein Drittel aller nicht-geschäftsführenden Direktoren Mehrfachmandatsträger.

Des Weiteren werden noch diverse Kontrollvariablen, wie Kapitalintensität (*KAPINT*), Anzahl der Beschäftigten (*AN*), Unternehmensalter (*UNAL*), Anzahl der geschäftsführenden (*VZAHL*) und der nicht-geschäftsführenden Direktoren (*SBZAHL*), sowie *BLOCK* als Indikator für die Eigentümerkonzentration in das empirische Modell mit aufgenommen. Auch wird mithilfe von Länder-, Branchen- und Jahres-Dummy-Variablen für gesamtwirtschaftliche Schocks und wirtschaftszweig- sowie länderspezifische Effekte kontrolliert.

45 Vgl. Balsmeier, B./Buchwald, A./Stiebale, J., Outside Directors on the Board and Innovative Firm Performance, a. a. O., Aghion, P.J./van Reenen, J.M./Zingales, L., Innovation and Institutional Ownership, a. a. O., Fich, E.M./Shivdasani, A., Are Busy Boards Effective Monitors? Journal of Finance 61(2), 2006, S. 689–724.

46 Vgl. auch Tz. 506.

47 Vgl. auch Tz. 509.

Im Rahmen von Untersuchungen hinsichtlich des Innovationsoutputs bzw. des Patentierverhaltens von Unternehmen spielen Forschungs- und Entwicklungsaktivitäten (*FuE*) eine zentrale Rolle.⁴⁸ Allerdings liegen Informationen hinsichtlich der *FuE*-Aufwendungen aufgrund fehlender Veröffentlichungspflichten lediglich für 940 Unternehmen und insgesamt 3.648 Beobachtungspunkte vor. Daher wird das folgende Regressionsmodell zunächst ohne *FuE*-Aufwendungen und als Robustheitsprüfung mittels einer kleineren Stichprobe mit *FuE*-Ausgaben geschätzt. *KAPINT*, *AN*, *UNAL* und *FuE* fließen als logarithmierte Werte in das Regressionsmodell ein.⁴⁹

Tabelle III.5: Deskriptive Statistiken (5.574 Beobachtungspunkte)

<i>Variable</i>	<i>Beschreibung</i>	<i>Mittelwert</i>	<i>Median</i>	<i>Minimum</i>	<i>Maximum</i>
PAT _(t+1)	Zahl der Europäischen Patentanmeldungen in der Folgeperiode	19,05	1	0	2.047
AT_EXT	Anteil der Mehrfachmandatsträger an der Gesamtzahl der nicht-geschäftsführenden Direktoren	0,31	0,29	0	1
KAPINT	Kapitalintensität = Bilanzsumme/Mitarbeiter (in Tsd. EUR)	792,02	210,07	8,59	365.294
AN	Anzahl der Beschäftigten	14.565	1.104	10	592.964
UNAL	Unternehmensalter	46,72	24	1	491
VZAHL ¹	Anzahl der geschäftsführenden Direktoren im Unternehmen	6,71	5	0	28
SBZAHL	Anzahl der nicht-geschäftsführenden Direktoren im Unternehmen	6,36	6	1	31
BLOCK	Dummy Variable = 1, wenn ein Unternehmen mindestens einen Anteilseigner >25 % aufweist, sonst 0.	0,31	0	0	1
FuE ²	FuE-Ausgaben (in Tsd. EUR)	128,45	7,03	0	6.651,22

¹ In einigen Fällen konnte kein aktiver geschäftsführender Direktor zum Stichtag identifiziert werden. Für einige Unternehmen wurde zudem der erweiterte Vorstand berücksichtigt. Zu einer Diskussion der Unterschiede in den verschiedenen nationalen institutionellen Rahmenbedingungen vgl. Tz. 502.

² Angaben zu den *FuE*-Investitionen liegen nur für 3.648 Beobachtungspunkte vor.

Anmerkung: Deskriptive Statistiken zu Jahres-, Länder- und Branchendummies werden aus Platzgründen nicht gezeigt.

551. Mittels des in Abschnitt 2.2 beschriebenen Wettbewerbsmaßes ist es zudem möglich, die vorhandene Stichprobe, basierend auf den Medianwerten des Lerner Index, in zwei Untergruppen mit eher hoher bzw. niedriger Wettbewerbsintensität zu unterteilen. Das Wettbewerbsmaß ergibt sich aus (1-Lerner Index), wobei sich der Lerner Index hierbei aus seinem Medianwert gemessen an allen in der ORBIS Datenbank zur Verfügung stehenden Unternehmen im jeweiligen Wirtschaftszweig (3-Steller-Ebene, vgl. Tz. 510.) des Unter-

48 Vgl. u.a. Pakes, A. /Griliches, Z., Patents and R&D at the Firm Level: A First Report, *Economics Letters* 5, 1980, S. 377-381; Griliches, Z., Patents and R&D at the Firm Level: A First Report, a. a. O.; Czarnitzki, D./Kraft, K./Thorwarth, S., The Knowledge Production of 'R' and 'D', *Economics Letters* 105, 2009, S. 141-143.

49 In knapp sechs Prozent aller Fälle sind die *FuE*-Ausgaben null und demnach der logarithmierte Wert nicht definiert. Dennoch wird der logarithmierte Wert für diese Beobachtungspunkte auf null gesetzt. Um die entstehende Verzerrung zu kompensieren, wird zusätzlich eine Dummy-Variable in das Modell integriert (vgl. auch Hall, B.H./Ziedonis, R.H., The Patent Paradox Revisited: an Empirical Study of Patenting in the U.S. Semiconductor Industry, 1979-1995, *RAND Journal of Economics*, 32(1), 2001, S. 101-128; Czarnitzki, D./Kraft, K./Thorwarth, S., The Knowledge Production of 'R' and 'D', a. a. O.

nehmens errechnet. Branchen, welche eine Wettbewerbsintensität größer (kleiner) als den Medianwert der Stichprobe (je Land und Jahr) aufweisen, werden als Wirtschaftszweige mit hoher (niedriger) Wettbewerbsintensität gekennzeichnet.⁵⁰ Dementsprechend können nach Bestimmung des Medianwertes (für jedes Land und Jahr) die verschiedenen Branchen hinsichtlich ihrer Wettbewerbsintensität (hoch/niedrig) klassifiziert werden.

552. Die Anzahl der Patentanmeldungen beschränkt sich auf positive, ganzzahlige Werte und ist durch eine Reihe von Nullwerten charakterisiert, da in knapp der Hälfte aller Beobachtungszeitpunkte keine Patentanmeldungen vorliegen.⁵¹ Typischerweise werden bei derartigen empirischen Untersuchungen sogenannte Zähldatenmodelle („count data models“) angewandt. Dementsprechend werden, um den Effekt von Mehrfachmandatsträgern auf den unternehmerischen Innovationsoutput zu analysieren, Poisson-Modelle geschätzt.⁵² Um zudem für unbeobachtete unternehmensspezifische Effekte zu kontrollieren, wird das Poisson-Modell mit fixen Effekten geschätzt.⁵³ Als unternehmensspezifische Effekte (auch individuelle unbeobachtete Heterogenität) bezeichnet man den Einfluss von unternehmensspezifischen Charakteristika, die zwar im Zeitablauf nicht variieren, aber dennoch die Patentaktivität eines Unternehmens beeinflussen.

553. Möglicherweise wird die Präsenz externer Mandatsträger jedoch auch von anderen über die Zeit variierenden Faktoren bestimmt, die sich in dem spezifizierten Modell nicht beobachten lassen. So könnten gerade besonders innovative Unternehmen versuchen, externe Mandatsträger zu berufen, welche in anderen Unternehmen bereits erfolgreich Innovationsprojekte umgesetzt haben. Im Gegenzug könnten besonders innovationsfreudige Mandatsträger künftige Innovationsaktivitäten eines Unternehmens antizipieren und dementsprechend versuchen, in deren Gremium kooptiert zu werden. Dies würde dazu führen, dass in dem spezifizierten Modell ein Endogenitätsproblem vorliegt, welches zu inkonsistenten Schätzern und somit zu verzerrten Ergebnissen führen kann. Allerdings deuten für das vorliegende Modell entsprechende Testver-

50 Vgl. Aghion, P.J./van Reenen, J.M./Zingales, L., *Innovation and Institutional Ownership*, a. a. O.

51 Vgl. Tz. 550.

52 Eine grundlegende Annahme des Poisson-Modells ist die Equidispersion, also die Gleichheit des konditionalen Mittelwerts und der konditionalen Varianz der abhängigen Variablen Y (hier: Patentanmeldungen). Diese Bedingung wird jedoch nur in den seltensten Fällen von Zähldaten erfüllt und führt zu verzerrten Standardfehlern im Regressionsmodell, so dass die statistische Signifikanz der Koeffizienten überschätzt wird. Allerdings hat sich gezeigt, dass auch bei Verletzung dieser Annahme die Poisson-Verteilung zu konsistenten Schätzern führt (sogenannte Poisson Pseudo (oder Quasi) Maximum Likelihood Estimation – QMLE)). Im Falle von Equidispersion und somit zu kleinen Standardfehlern können diese zudem mittels sogenannten fully robust standard errors korrigiert werden, sodass sich die Poisson-QMLE Schätzung als adäquate Methode erweist; vgl. Wooldridge, J.M., *Econometric Analysis of Cross Section and Panel Data* 2. Aufl., Cambridge 2010, Kapitel 18 für eine ausführliche Diskussion.

53 Fixe Effekte werden mittels der sogenannten Pre-sample Mean-Methode approximiert; vgl. Blundell R.W./Griffith R./van Reenen, J., *Market Share, Market Value and Innovation in a Panel of British Manufacturing Firms*, *Review of Economic Studies* 66 (3), 1999, S. 529-554. Diese geht davon aus, dass die unbeobachtete Heterogenität in den unterschiedlichen Werten der abhängigen Variablen liegt, mit denen die Beobachtungseinheiten (hier: Unternehmen) in die Stichprobe einfließen. Das Modell approximiert den unbeobachteten firmenspezifischen Effekt durch die Einbeziehung der logarithmierten abhängigen Variablen Y (hier: Patentanmeldungen) aus Durchschnittswerten eines Zeitraumes der Vorperiode. Falls Y in der Vorperiode null ist, also ein Unternehmen keine Patentanmeldungen aufweist, wird zusätzlich eine Dummyvariable in das Modell integriert um den „quasi-fehlenden“ Wert der logarithmierten abhängigen Variablen, also $\log Y$, aufzufangen. Die für die Schätzung genutzte Vorperiode beinhaltet alle Beobachtungswerte zwischen 1978 und 2004.

fahren⁵⁴ darauf hin, dass kein Endogenitätsproblem vorliegt. Dementsprechend erlauben die Schätzergebnisse eine kausale Interpretation.

554. Tabelle III.6 zeigt die zentralen Resultate des geschätzten Modells (vgl. für eine detaillierte Darstellung der Ergebnisse Tabelle III.1 im Anhang). Die Sterne hinter den Parametern bedeuten, dass der geschätzte Koeffizient auf einem ein- bzw. fünfprozentigen Signifikanzniveau von null verschieden ist und daher die Wahrscheinlichkeit, dass es sich um einen zufälligen Zusammenhang handelt, sehr gering ist. Interessanterweise findet sich sowohl in der gesamten Stichprobe als auch für Unternehmen in Branchen mit hoher Wettbewerbsintensität kein statistisch signifikanter Einfluss von externen Mandatsträgern auf den Innovationsoutput. Für Unternehmen in Branchen mit niedriger Wettbewerbsintensität ist jedoch ein statistisch signifikant negativer Zusammenhang festzustellen: So sinkt die Patentaktivität eines Unternehmens um 0,44 Prozent, wenn der Anteil der externen Mandatsträger um ein Prozent steigt.⁵⁵ Die Ergebnisse halten sich auch in weiteren Spezifikationen und sind somit sehr robust, d. h. sie sind robust gegenüber der Einbeziehung weiterer Kontrollvariablen und auch gegenüber unterschiedlicher verwendeter Schätzverfahren.⁵⁶ Unter Berücksichtigung der FuE-Aktivitäten verringert sich der beobachtete Effekt auch nur geringfügig auf 0,41 Prozent. Hinsichtlich der FuE-Aktivitäten zeigt sich, dass bezogen auf die gesamte Stichprobe eine Verdopplung der FuE-Ausgaben die Patentaktivität um etwa ein Fünftel erhöht, wobei hier ein stärkerer Effekt bei Unternehmen in Branchen mit hoher als mit niedriger Wettbewerbsintensität zu beobachten ist.

54 Mit Hilfe des sogenannten control function approach wird geprüft, ob das vorliegende Modell ein Endogenitätsproblem aufweist; für eine ausführliche Diskussion vgl. Wooldridge, J.M., *Econometric Analysis of Cross Section and Panel Data* 2. Aufl., a. a. O., Kapitel 6.2 ff. Das durchgeführte Verfahren liefert keine Hinweise auf mögliche Endogenität. Die zur Durchführung des Tests notwendigen Instrumentenvariablen werden auf Grundlage der vorhandenen Datenbasis generiert. Zum einen wird der durchschnittliche Anteil an externen Mandatsträgern pro Jahr und regionaler Ebene (NUTS 3 Region) genutzt. Zentrale Annahme von Instrumenten auf Branchenebene ist, dass die unbeobachteten Charakteristika keinen statistisch signifikanten Effekt auf die Branchenvariablen ausüben; vgl. Jaffe, A., *Technological Opportunity and Spillovers of R&D: Evidence from Firms' Patents, Profits, and Market Value*, *American Economic Review* 76(5), 1986, S. 984-1001. Des Weiteren eignet sich auch noch die durchschnittliche Anzahl an Unternehmen in der Region (NUTS 3 Ebene) als Instrument, da die räumliche Nähe möglicherweise die Bereitschaft von Entscheidungsträgern erhöht, aufgrund relativ geringerer Opportunitätskosten zusätzliche Mandate anzunehmen.

55 Aufgrund der Gegebenheiten des Poisson-Modells (Exponentialfunktion) lassen sich die Effekte je nach Spezifikation der erklärenden Variablen (logarithmiert/nicht-logarithmiert) als Elastizitäten und somit als prozentuale Änderungen interpretieren. Für eine ausführliche Diskussion vgl. Wooldridge, J.M., a. a. O., Kapitel 2.2.2.

56 Die in Tabelle III.6 aufgeführten Ergebnisse wurden zusätzlich noch mittels eines Zero-Inflated-Poisson (ZIP)-Modells geschätzt und erweisen sich als robust. Des Weiteren zeigt sich der beschriebene Effekt nach wie vor, wenn anstelle des Anteils die Gesamtzahl an externen Mehrfachmandatsträgern in die Regressionsgleichung aufgenommen wird. Detaillierte Regressionstabellen und Robustheitsprüfungen können auf Anfrage von der Monopolkommission zur Verfügung gestellt werden.

Tabelle III.6: Regressionsergebnisse (Poisson – Schätzung mit fixen Effekten)

	Gesamt	Niedrige Wett- bewerbs- intensität	Hohe Wett- bewerbs- intensität	Gesamt	Niedrige Wett- bewerbs- intensität	Hohe Wett- bewerbs- intensität
AT_EXT	-0,213 (0,176)	-0,442*** (0,172)	0,119 (0,250)	-0,178 (0,168)	-0,406** (0,167)	0,163 (0,246)
FuE	-	-	-	0,214*** (0,045)	0,211*** (0,047)	0,252*** (0,055)
Anzahl Beobachtungen	5.574	2.873	2.701	3.648	2.013	1.635

Anmerkungen: Abhängige Variable: $PAT_{i,t+1}$, Standardfehler (nach Unternehmen geclustert) in Klammern. Signifikanzniveaus: * $p < 0,1$, ** $p < 0,05$, *** $p < 0,01$; alle Regressionen kontrollieren für $\log(KAPINT)$, $\log(AN)$, $\log(UNAL)$, $VZAHL$, $SBZAHL$, $BLOCK$, Jahres-, Branchen- und Länderdummies sowie für fixe Effekte mittels der Pre-sample Mean-Methode.

3.3.3 Diskussion der Ergebnisse und Ausblick

555. Die empirischen Befunde legen eine tendenziell kritische Beurteilung personeller Unternehmensverflechtungen für die Innovationsaktivität nahe. Für die gesamte Stichprobe finden sich keine Befunde für einen Zusammenhang zwischen Unternehmensverflechtungen über Mehrfachmandatsträger und der Zahl der Patentanmeldungen. In Branchen mit unterdurchschnittlicher Wettbewerbsintensität senkt ein steigender Anteil nicht-geschäftsführender Mehrfachmandatsträger im Kontrollgremium die Zahl der Patentanmeldungen. Dieses Ergebnis könnte auf eine restriktive Aufsichtstätigkeit und schwache Beratungsexpertise, möglicherweise aufgrund unzureichender innovationsspezifischer Fachkenntnisse hindeuten. Risikoaverse Manager scheuen in einer solchen Konstellation Investitionen in längerfristige und unsichere Projekte. In Branchen mit vergleichsweise hoher Wettbewerbsintensität ist kein statistisch signifikanter Zusammenhang zwischen dem Anteil externer Mandatsträger und der Zahl der Patentanmeldungen zu messen. Eine Erklärung für dieses Ergebnis könnte darin bestehen, dass der höhere Wettbewerbsdruck das Management zu einer intensivierten Innovationstätigkeit zwingt. Die höhere Wettbewerbsintensität würde demnach Anreize des Managements für eine restriktive Innovationspolitik kompensieren. Es ist anzumerken, dass sich aus den empirischen Befunden keine Rückschlüsse auf den Einzelfall ziehen lassen. Für die Ableitung von Handlungsempfehlungen wären ergänzend unter anderem das konkrete Zusammenwirken zwischen geschäftsführenden und nicht-geschäftsführenden Direktoren im Hinblick auf strategische Entscheidungen oder auch mögliche nationale Unterschiede anhand von qualitativen Kriterien herauszuarbeiten.⁵⁷

Die Befunde könnten möglicherweise auch darauf zurückgeführt werden, dass entsendende Unternehmen ihr Einflusspotenzial über die personelle Verbindung in Märkten mit geringerer Wettbewerbsintensität dahingehend nutzen, die Innovationsaktivitäten des Zielunternehmens abzuschwächen. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die in der Analyse herangezogene Verflechtungsvariable sowohl personelle Verbindungen über geschäftsführende Direktoren als auch Verbindungen über ausschließlich nicht-geschäftsführende Direktoren repräsentiert.⁵⁸

556. Mit der gewählten Methodik, insbesondere der relativ aggregierten Darstellung, lässt sich die Frage nach den Wirkungen personeller Unternehmensverflechtungen nicht abschließend klären. Vielmehr stellt

⁵⁷ So werden gerade in größeren Unternehmen i. d. R. nur Innovationsprojekte ab einer bestimmten Größenordnung oder Projekte mit strategischer Bedeutung im Aufsichtsrat behandelt.

⁵⁸ Eine weitere Differenzierung der Variable lieferte in ersten Schätzungen keine weiterführenden Erkenntnisse.

dies einen ersten Versuch dar, sich diesem Themengebiet empirisch zu nähern. Um die skizzierten möglichen Zusammenhänge vertiefend zu analysieren, sollten weiterführende Untersuchungen an verschiedenen Stellen ansetzen.

Erstens ist für die Untersuchung von Unterschieden zwischen entsendenden und empfangenden Unternehmen eine exaktere Qualifizierung der Verflechtungsbeziehungen vorzunehmen. Um die These zu überprüfen, inwieweit über eine personelle Verbindung der Innovationsoutput eines Unternehmens zulasten des anderen Unternehmens ausgedehnt wird, wäre die Sicht des ein Mitglied der Geschäftsführung in das Kontrollgremium eines Zielunternehmens entsendenden Unternehmens einzunehmen. Neben der Richtung der Verbindung sollten in diesem Kontext ergänzend die institutionelle Struktur der Beziehungen (horizontal oder vertikal, vor- oder nachgelagerte Stufe) und insbesondere auch (parallele) anteilmäßige Unternehmensverbindungen über Minderheitsbeteiligungen berücksichtigt werden. Auf der Basis entsprechend verfeinerter Verflechtungsmaße ließe sich auch der Einfluss spezifischer Verflechtungsmuster auf den Innovationserfolg der beteiligten Unternehmen differenziert analysieren.

Zweitens erscheint es zur Beurteilung der Aufsichts- und Beratungsexpertise von Mehrfachmandatsträgern sinnvoll, Informationen über die Erfahrungen und Qualifikationen der Mandatsträger systematisch auszuwerten, um Aussagen über das innovationsspezifische Humankapital im Kontrollgremium treffen zu können. Vorliegende empirische Studien verdeutlichen, dass sich unterschiedliche Gruppen von Mandatsträgern im Kontrollgremium hinsichtlich ihrer Kompetenzen und Anreize unterscheiden.⁵⁹

⁵⁹ Field, L.C./Lowry, M./Mkrtchyan, A., Are Busy Boards Detrimental? *Journal of Financial Economics* 109(1), 2013, S. 63-82; Dittmann, I./Maug, E./Schneider, C., Bankers on the Boards of German Firms: What They Do, What They are Worth, and Why They are (Still) There, a. a. O.; Güner, A. B./Malmendier, U./Tate, G., Financial Expertise of Directors. *Journal of Financial Economics*, 88(2), 2008, S. 323-354; Agrawal, A./Knoeber, C. R., Do Some Outside Directors Play a Political Role? *Journal of Law and Economics* 44(1), 2001, S. 179-198.

Kapitel IV

Kartellrechtliche Entscheidungspraxis

1 Deutsche Fusionskontrolle

1.1 Einführung: Die Übernahme des SIEC-Tests in die deutsche Fusionskontrolle

557. Im Zuge der 8. GWB-Novelle hat der SIEC-Test¹ Eingang in das deutsche Recht gefunden.² Dieser ersetzt seit dem 30. Juni 2013 den vorher geltenden Marktbeherrschungstest, der seit jeher das materielle Untersagungskriterium in der deutschen Fusionskontrolle bildete. § 36 Abs. 1 GWB lautet nunmehr:

„Ein Zusammenschluss, durch den wirksamer Wettbewerb erheblich behindert würde, insbesondere von dem zu erwarten ist, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, ist vom Bundeskartellamt zu untersagen. Dies gilt nicht, wenn

- 1. die beteiligten Unternehmen nachweisen, dass durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und diese Verbesserungen die Behinderung des Wettbewerbs überwiegen, oder*

[...]

[...].“³

558. Begründet wird der Übergang vom Marktbeherrschungs- zum SIEC-Test im deutschen Recht vor allem mit der Angleichung an die europäische Rechtslage,⁴ bei der die erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs bereits seit Inkrafttreten der VO 139/2004 das maßgebliche Untersagungskriterium darstellt.⁵ Der SIEC-Test findet sich zudem auch in den Rechtsordnungen der meisten Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Mit der Übernahme in das deutsche Recht soll eine „weitgehend gleichlaufende Beurteilung von Fusionsvorhaben auf deutscher und europäischer Ebene“ sowie eine „zweifelsfreie, flexible und damit optimale Erfassung aller wettbewerbskritischen Fälle“ ermöglicht werden.⁶ Die Ergebnisse der bisherigen Anwendung des SIEC-Tests im Rahmen der europäischen Fusionskontrollpraxis werden dabei ausdrücklich positiv bewertet.⁷ Gleichzeitig soll durch den Übergang zum SIEC-Test aufgrund der Fortgeltung der deutschen Rechtsprechung zum Marktbeherrschungstest sowie aufgrund der bisherigen Erfahrungen der Kommission keine Rechtsunsicherheit eintreten.⁸ Schließlich wird auch keine wesentliche Änderung der Fusionskontrolle durch eine etwa zunehmende Ökonomisierung des Verfahrens erwartet; die Tendenz zu einer stärker ökonomischen Ausrichtung habe vielmehr bereits zuvor bestanden.⁹

¹ SIEC = Significant Impediment of Effective Competition = erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs.

² Vgl. auch Monopolkommission, Sondergutachten 63, Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht, Baden-Baden 2012.

³ Demgegenüber lautete § 36 Abs. 1 GWB a. F. wie folgt: „Ein Zusammenschluss, von dem zu erwarten ist, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, ist vom Bundeskartellamt zu untersagen, es sei denn, die beteiligten Unternehmen weisen nach, dass durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und dass diese Verbesserungen die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen.“

⁴ Vgl. Bundesregierung, Gesetzentwurf, Entwurf eines Achten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-ÄndG), BT-Drs. 17/9852 vom 31. Mai 2012, S. 19/28.

⁵ Vgl. Art. 2 Abs. 3 VO 139/2004: „Zusammenschlüsse, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde, insbesondere durch Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung, sind für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar zu erklären.“

⁶ Vgl. Bundesregierung, Gesetzentwurf, Entwurf eines Achten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-ÄndG), BT-Drs. 17/9852 vom 31. Mai 2012, S. 28.

⁷ Vgl. ebenda, S. 28: „aus wettbewerbsrechtlicher und -politischer Sicht überzeugend“.

⁸ Vgl. ebenda.

⁹ Vgl. ebenda, S. 28 f. Ergänzend wird darauf verwiesen, dass das Bundeskartellamt Zusammenschlüsse auch bisher „nicht anhand einer statischen Strukturbetrachtung allein nach Marktanteilen, sondern auf Basis einer Gesamtbetrachtung aller relevanten Umstände“ beurteilt habe.

559. Trotz der geschilderten Tendenz zur Rechtsangleichung dürfte nicht von einem gesetzgeberischen Willen zur Vollharmonisierung der deutschen mit der europäischen Fusionskontrolle auszugehen sein.¹⁰ Zwar spricht die Gesetzesbegründung insofern unter anderem von einem „gleich lautenden Prüfungsmaßstab“ sowie einem sogenannten level playing field.¹¹ Die Fusionskontrollvorschriften des GWB enthalten jedoch – unabhängig von der Einführung des SIEC-Tests – weiterhin Besonderheiten, die das europäische Recht nicht kennt. Hierzu zählen etwa die Abwägungsklausel des § 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 GWB, die autonome Definition der Zusammenschlusstatbestände in § 37 GWB sowie der Marktbeherrschung in § 18 GWB einschließlich der dortigen Vermutungsschwellen (insofern relevant sowohl für die Missbrauchsaufsicht als auch für die Fusionskontrolle) und die Möglichkeit der Ministererlaubnis gemäß § 42 GWB.¹²

560. Über diese Angleichungsbestrebungen hinaus schafft der Übergang zum SIEC-Test nicht etwa eine rechtliche Bindung des Bundeskartellamtes an die Entscheidungen der Kommission oder der Unionsgerichte.¹³ So sieht Art. 21 VO 139/2004 für das Fusionskontrollverfahren eine Trennung des europäischen und des nationalen Rechts dergestalt vor, dass die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten ausschließlich ihr eigenes, nationales Recht anwenden.¹⁴ Obgleich kann von der Entscheidungspraxis der Kommission einschließlich der von ihr veröffentlichten, rechtlich allerdings nur sie selbst bindenden Mitteilungen eine nicht unwesentliche faktische Bindungswirkung auch für die Auslegung des neuen Untersagungskriteriums durch das Bundeskartellamt ausgehen.¹⁵ So verweist das Bundeskartellamt in dem Verfahren PCC/Permaswage, das nach neuem Recht entschieden worden ist, zur Auslegung des Merkmals der erheblichen Wettbewerbsbehinderung auf die Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse der Kommission.¹⁶ Dass dies durchaus gewollt ist, wird bereits daran deutlich, dass in der Gesetzesbegründung – wie erwähnt – auf die bisherigen Erfahrungen der Kommission mit dem SIEC-Test verwiesen wird.¹⁷

561. Freilich steht dem Bundeskartellamt im Verhältnis zu den (deutschen) Gerichten durch den Übergang zum SIEC-Test weiterhin kein gerichtsfreier Beurteilungsspielraum zu. Vielmehr unterliegt die Auslegung des neuen Untersagungskriteriums auch zukünftig der uneingeschränkten gerichtlichen Nachprüfung.¹⁸ Sofern aufgrund dessen sowie des damit verbundenen Erfordernisses zur Beibringung von ökonomischen bzw. ökonometrischen Gutachten längere (Gerichts-) Verfahren sowie erhöhte Nachweisanforderungen durch die Gerichte befürchtet werden,¹⁹ ist dem zu entgegnen, dass dies keine Folge der Einführung des SIEC-Tests, sondern in erster Linie Ausdruck der allgemeinen, bereits seit Längerem zu beobachtenden Ökonomisierung – Stichwort: „more economic approach“ – der europäischen wie deutschen Fusions-

10 Vgl. Körber, WuW 2014, 250 f.; anders wohl Barth/Budde, BB 2011, 1923 f.

11 Vgl. RegE zum 8. GWB-ÄndG, BT-Drs. 17/9852 vom 31. Mai 2012, S. 29.

12 Vgl. Körber, WuW 2014, 250 f.

13 Vgl. Esser/Höft, NZKart 2013, 447, 456; Immenga, EuZW 2013, 761; Körber, WuW 2014, 250 f.

14 Etwa auch Art. 3 Abs. 3 VO 1/2003. Anders das Verhältnis von europäischem zu nationalem Recht im Kartellverfahren, wo die Wettbewerbsbehörden in Fällen von gemeinschaftsweiter Bedeutung immer auch das europäische Kartellrecht anwenden und sich dieses im Ergebnis auch durchsetzt, Art. 3 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 VO 1/2003. Lediglich bei einseitigen Handlungen kommt die Anwendung strengerer nationalen Rechts in Betracht, Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GWB. Vgl. Körber, WuW 2014, 250 f.

15 Vgl. Esser/Höft, NZKart 2013, 447, 456; Körber, WuW 2014, 250 f.; anders aber Ewald, WuW 2014, 261, 277 ff., der maßgeblich auf die Unterschiede bei der gerichtlichen Nachprüfung zwischen beiden Rechtsordnungen abstellt. Ein Recht bzw. eine (letztinstanzliche) Pflicht zur Vorlage einer Frage betreffend die Auslegung des Unionsrechts an den EuGH gemäß Art. 267 AEUV geht jedoch mit der Übernahme des SIEC-Tests nicht einher, da es sich hierbei um eine autonome, unionsrechtlich nicht veranlasste Entscheidung des deutschen Gesetzgebers handelt. Vgl. dazu ausführlich Barth/Budde, BB 2011, 1923 ff.; Körber, WuW 2014, 250 ff.; anders aber Esser/Höft, NZKart 2013, 447, 456 f.

16 Vgl. BKartA, Beschluss vom 23. Oktober 2013, B9-92/13, Tz. 72.

17 Vgl. oben Tz. 558.

18 Vgl. Bundesregierung, Gesetzentwurf, Entwurf eines Achten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-ÄndG), BT-Drs. 17/9852 vom 31. Mai 2012, S. 28; Esser/Höft, NZKart 2013, 447, 456; Körber, WuW 2014, 250, 257 f. Auf europäischer Ebene haben die Unionsgerichte der Kommission dagegen für die Würdigung komplexer wirtschaftlicher Sachverhalte einen weitgehenden Beurteilungsspielraum zugestanden.

19 Vgl. Kühnen, WuW 2012, 458, 464 ff.

kontrollpraxis ist.²⁰ Es ist deshalb kaum zu erwarten, dass die Prüfung der materiellen Untersagungsvoraussetzungen durch das Bundeskartellamt zukünftig insoweit bedeutend größeren Aufwand erfordern wird.

1.1.1 Prüfungsvoraussetzungen des neuen Untersagungskriteriums

562. Nach dem novellierten § 36 Abs. 1 GWB bleibt die Marktbeherrschung das im Gesetz ausdrücklich genannte Beispiel für die Annahme einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs.²¹ Dabei sind für die Bestimmung der Marktbeherrschung weiterhin die Vermutungsschwellen, die sich nunmehr in § 18 Abs. 4 und 6 GWB finden und teilweise geringfügig erhöht worden sind, anwendbar.²² Ein Zusammenschluss ist somit regelmäßig dann zu untersagen, wenn durch ihn eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt würde. Die Gesetzesbegründung geht folglich davon aus, dass Untersagungen weiterhin überwiegend anhand des Marktbeherrschungskriteriums erfolgen werden.²³ Auch im europäischen Recht sieht Erwägungsgrund Nr. 25 zur VO 139/2004 vor, dass über die Marktbeherrschung hinaus lediglich die Erfassung unilateraler Effekte angezeigt ist. Dem entsprechend bezeichnet die Gesetzesbegründung den Marktbeherrschungstest als den „Hauptanwendungsfall“ in der europäischen Fusionskontrollpraxis.²⁴

563. In jüngerer Zeit ist in der Kommissionspraxis gleichwohl ein stärker wirkungsorientierter Ansatz („effects based approach“) unter gleichzeitigem Verzicht auf eine exakte Marktabgrenzung festzustellen.²⁵ Zwar hat der SIEC-Test im europäischen Recht jenseits der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung noch nicht zur Untersagung eines Zusammenschlusses geführt; in den Fällen T-Mobile Austria/Tele.ring²⁶ und Hutchison 3G Austria/Orange Austria²⁷ hat die Europäische Kommission das Entstehen unilateraler Effekte aber zumindest für möglich gehalten.²⁸ Es steht zu erwarten, dass sich auf deutscher Ebene langfristig eine ähnliche Entwicklung unter zunehmender Abkehr von einer – jedenfalls tendenziell – eher strukturellen Betrachtung hin zu einem verstärkt wirkungsorientierten Ansatz abzeichnet.²⁹ Statt der Marktanteile der Zusammenschlussbeteiligten geraten dann eher die auf dem betroffenen Markt herrschenden Bedingungen (etwa die wettbewerbliche Nähe der Zusammenschlussbeteiligten, der Wettbewerbsdruck oder der wirtschaftliche Anreiz zu bestimmten Verhaltensweisen) in den Mittelpunkt des Interesses.

20 Vgl. Bundesregierung, Gesetzentwurf, Entwurf eines Achten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-ÄndG), BT-Drs. 17/9852 vom 31. Mai 2012, S. 28.

21 § 36 Abs. 1 Satz 1 GWB: „Ein Zusammenschluss, [...] insbesondere von dem zu erwarten ist, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, [...]“.

22 Eine Einzelmarktbeherrschung wird nun ab 40 Prozent (vgl. § 18 Abs. 4 GWB) statt ab einem Drittel (vgl. § 19 Abs. 3 Satz 1 GWB a. F.) vermutet.

23 Vgl. Bundesregierung, Gesetzentwurf, Entwurf eines Achten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-ÄndG), BT-Drs. 17/9852 vom 31. Mai 2012, S. 28.

24 Vgl. ebenda, S. 28.

25 Vgl. Esser/Höft, NZKart 2013, 447, 452 f.; Ewald, WuW 2014, 261, S. 270; Körber, WuW 2014, 250, 253. Eine exakte Marktabgrenzung ist grundsätzlich dann entbehrlich, wenn sie in jedem denkbaren Fall zum gleichen Ergebnis führt. Danach kann auf sie freilich auch bei Anwendung des Marktbeherrschungstests verzichtet werden; dennoch liegt eine solche Vorgehensweise bei einem auswirkungsorientierten Ansatz wie dem SIEC-Test näher.

26 EU-Kommission, Entscheidung vom 26. April 2006, COMP/M.3916 – T-Mobile Austria/Tele.ring,

27 EU-Kommission, Entscheidung vom 24. Juli 2013, COMP/M.6497 – Hutchison 3G Austria/Orange Austria.

28 Vgl. Bosch/Fritzsche, NJW 2013, 2225, 2226 f.

29 Vgl. Esser/Höft, NZKart 2013, 447, 448; Lettl, WuW 2013, 606, 609. Kritisch Ewald, WuW 2014, 261, 262, der stattdessen lediglich von einer „Akzentverschiebung“ ausgeht (S. 265 f.).

564. Gleichwohl wirft das Regel-/Ausnahmeverhältnis des § 36 Abs. 1 Satz 1 GWB Fragen auf. Sowohl die Gesetzesbegründung³⁰ als auch das Bundeskartellamt³¹ und das OLG Düsseldorf³² gehen davon aus, dass die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung – trotz der Bezeichnung als Regelbeispiel – „stets“ eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs darstelle. Einer solchen Einschätzung muss in dieser Absolutheit indes widersprochen werden.³³ Ist ein Regelbeispiel verwirklicht, kann zwar regelmäßig auf eine bestimmte, vom Gesetz vorgesehene Annahme geschlossen werden, zwingend ist dies jedoch nicht. So soll der Gebrauch von Regelbeispielen die Gesetzesanwendung zwar erleichtern, indem bestimmte – nicht abschließend aufgeführte – Annahmen indiziert werden; sie befreit den Gesetzesanwender allerdings nicht von der Prüfung des Vorliegens etwaiger außergewöhnlicher Konstellationen, in denen eine Ausnahme von der gesetzlichen Regel geboten ist.

565. Wenn das OLG Düsseldorf ausführt, dass die zu dem alten Untersagungskriterium ergangene Entscheidungspraxis der Gerichte fortgelte,³⁴ kann dem nur insofern zugestimmt werden, als sich diese Rechtsprechung ausschließlich – und gleichsam isoliert – auf das Regelbeispiel bezieht.³⁵ Allerdings gilt es zu berücksichtigen, dass dieses Regelbeispiel nur mehr Teil eines neuen Untersagungskriteriums ist, für das eine Rechtsprechung nicht existiert und das daher eine neue Beurteilung zu erfahren hat. Nicht weniger kritikwürdig vergleicht das Bundeskartellamt das Regelbeispiel mit den Schwellenwerten zur Marktbeherrschung: „Vergleichbar mit den Regeltatbeständen in § 18 Abs. 4 und 6 GWB löst die Verwirklichung des Regelbeispiels ohne Weiteres die Verwirklichung der jeweiligen Generalklausel aus.“³⁶ Dieser Vergleich ist nicht zutreffend. Denn die Marktbeherrschungsvermutungen sind gerade widerlegbar, während das Bundeskartellamt meint, dass die Verwirklichung des Regelbeispiels „stets“ zur Annahme einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führe.

566. Vor diesem Hintergrund weist die Monopolkommission nachdrücklich darauf hin, dass in § 36 Abs. 1 Satz 1 GWB erwähnte Regelbeispiel der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung ausschließlich als solches zu interpretieren und nicht etwa von dessen Vorliegen ohne Prüfung etwaiger ent-

30 Vgl. Bundesregierung, Gesetzentwurf, Entwurf eines Achten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-ÄndG), BT-Drs. 17/9852 vom 31. Mai 2012, S. 28; vgl. zur europäischen Regelung auch Monopolkommission, XV. Hauptgutachten 2002/2003, Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, Baden-Baden 2005, Tz. 224.

31 Vgl. BKartA, Beschluss vom 18. Juli 2013, B4-18/13, Tz. 170; BKartA, Beschluss vom 25. April 2014, B6-98/13, Tz. 107/183/223/293.

32 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. August 2013, VI Kart1/12 (V), WuW/E DE-R 4050, 4060, Tz. 141 – Liberty Global/Kabel BW; Beschluss vom 25. September 2013, VI Kart 4/12 (V), Tz. 29 – Xella/H+H (zit. nach juris). Während es auf die Ausführungen des OLG Düsseldorf zum Verhältnis von Regelbeispiel „Marktbeherrschung“ zu SIEC-Test im Fall Liberty Global/Kabel BW in der Sache nicht ankam (sogenanntes „obiter dictum“), weil die Freigabe durch das Bundeskartellamt vor Inkrafttreten der 8. GWB-Novelle erfolgte und es für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage insofern auf den Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung ankommt, war die Beurteilung des Gerichts im Fall Xella/H+H entscheidungsrelevant, weil das Bundeskartellamt das Zusammenschlussvorhaben untersagte und etwaige Änderungen der Sach- und Rechtslage insofern bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung vor Gericht zu berücksichtigen sind; vgl. BGH, Beschluss vom 20. April 2010, KVR 1/09, Tz. 34 f. – Phonak/GN Store.

33 Vgl. auch Esser/Höft, NZKart 2013, 447, 453; Körber, WuW 2014, 250, 254; Kühnen, WuW 2012, 458, 46.

34 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25. September 2013, VI-Kart 4/12 (V), Tz. 29 (zit. nach juris): „Zwar ist in Angleichung an das europäische Recht mit der 8. GWB-Novelle das Untersagungskriterium der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs eingefügt worden. Die Untersagungsvoraussetzungen der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung gelten aber ebenso weiter wie die dazu ergangene Entscheidungspraxis der Gerichte.“

35 Gegenteiliges ergibt sich auch nicht aus der Gesetzesbegründung, die nur auf die Rechtsprechung zum Marktbeherrschungskriterium Bezug nimmt; vgl. RegE zum 8. GWB-ÄndG, BT-Drs. 17/9852, S. 28: „Die Untersagungsvoraussetzung der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, die seit Einführung der deutschen Fusionskontrolle 1973 das alleinige Prüfkriterium war, gilt ebenso weiter wie die dazu ergangene Entscheidungspraxis der Gerichte, etwa zur Frage, wann eine marktbeherrschende Stellung durch einen Zusammenschluss verstärkt wird.“ Hervorhebung nur hier.

36 Vgl. BKartA, Beschluss vom 18. Juli 2013, B4-18/13, Tz. 170.

gegenstehender Aspekte auf die Annahme der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs zu schließen.

567. Demgegenüber erlangt das neue Untersagungskriterium vor allem in dem umgekehrten Fall Bedeutung, in dem der untersuchte Zusammenschluss keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, von ihm aber gleichwohl eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs zu erwarten ist.³⁷ Dies gilt namentlich für Oligopolsachverhalte, in denen jenseits einer kollektiven Marktbeherrschung unilaterale Verhaltensweisen einzelner Unternehmen nunmehr besser erfasst werden können. Zudem ermöglicht das neue Untersagungskriterium eine einfachere Beurteilung von vertikalen oder konglomeraten Zusammenschlüssen. Mangels des Wegfalls eines auf dem Markt befindlichen Unternehmens – wie in horizontalen Zusammenschlussfällen – besteht bei jenen zwar weniger die Gefahr einer Verschlechterung der jeweiligen Marktstruktur; dennoch können die Möglichkeiten und Anreize der beteiligten Unternehmen zu wettbewerbsschädlichem Verhalten durch einen vertikalen oder konglomeraten Zusammenschluss erhöht sein.³⁸

568. Überwiegend wird davon ausgegangen, dass die Erfassung unilateraler Effekte grundsätzlich auch unter der Geltung des Marktbeherrschungstests möglich gewesen sei.³⁹ Dies gilt auch für den („Lücken“-)Fall, dass sich mehrere Unternehmen zu einem marktmächtigen Unternehmen zusammenschließen, das jedoch gleichzeitig nicht – jedenfalls nicht nach dem üblichen Wortsinn – marktbeherrschend ist, weil auf dem betroffenen Markt noch (mindestens) ein weiteres marktmächtigeres Unternehmen präsent ist. Das Entstehen einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne des § 36 Abs. 1 GWB a. F. wäre hier allenfalls dann begründbar, wenn man jegliche Form von erheblicher Marktmacht mit (paralleler) Einzelmarktbeherrschung⁴⁰ gleichsetzte oder eine kollektive Marktbeherrschung durch mehrere marktmächtige Unternehmen annähme.⁴¹ So hat in dem Fall Akzo/Metlac die britische Competition Commission unter Anwendung des dort geltenden SLC-Tests⁴² das Vorhaben untersagt, während das Bundeskartellamt das Entstehen einer kollektiven Marktbeherrschung verneinte und den Zusammenschluss freigab, obwohl es eine Verringerung der Wettbewerbsintensität prognostizierte.⁴³ Ob das Bundeskartellamt das Entstehen unilateraler Effekte aber tatsächlich bejaht und den Zusammenschluss nach neuem Recht untersagt hätte, darf durchaus bezweifelt werden. Denn das Bestehen eines engen Wettbewerbsverhältnisses zwischen den Zusammenschlussbeteiligten, was als ein typischer Fall des Entstehens unilateraler Effekte gilt, wurde in dem Verfahren verneint.⁴⁴

569. Durch die Abkehr von dem Marktbeherrschungs- und die Übernahme des SIEC-Tests ist eine direkte und zugleich flexiblere Identifizierung der Auswirkungen geplanter Fusionen auf den Wettbewerb möglich, ohne den Umweg über die Feststellung einer etwaigen Marktbeherrschung gehen zu müssen.⁴⁵ In diesem Zusammenhang erscheint zudem eine bessere Anwendbarkeit ökonomischer bzw. ökonometrischer Tests, die – unabhängig von dem Merkmal der Marktbeherrschung – die Wettbewerbswirkungen des Zusammen-

37 Gleichsam: „Statt Marktbeherrschung ohne SIEC, nunmehr SIEC ohne Marktbeherrschung“.

38 Vgl. zum Ganzen Bundesregierung, Gesetzentwurf, Entwurf eines Achten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-ÄndG), BT-Drs. 17/9852 vom 31. Mai 2012, S. 28.

39 Vgl. Barth/Budde, BB 2011, 1859, 1863; Bosch/Fritzsche, NJW 2013, 2225, 2227; Körber, WuW 2014, 250, 252; Kühnen, WuW 2012, 458, 459 ff. Zweifelnd Esser/Höft, NZKart 2013, 447; Ewald, WuW 2014, 261 (269). Vgl. dazu im Zuge der Einführung des SIEC-Tests auf europäischer Ebene bereits Monopolkommission, XV. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 220.

40 Eine parallele Einzelmarktbeherrschung durch die großen, in Deutschland tätigen Energieversorgungsunternehmen hat das Bundeskartellamt in seiner „Sektoruntersuchung Stromerzeugung und -großhandel“, S. 96 ff., festgestellt.

41 Eine kollektive Marktbeherrschung im Oligopol ist gegeben, wenn zwischen mehreren Unternehmen ein Binnenwettbewerb dergestalt fehlt, dass sich diese so verhalten können, als hätten sie ihr Vorgehen koordiniert, weil es an einem Anreiz fehlt, hiervon abzuweichen.

42 SLC = Significant Lessening of Competition ~ erhebliche Verminderung des Wettbewerbs. Zwischen dem SLC- und dem SIEC-Test gibt es nur marginale konzeptionelle Unterschiede.

43 Vgl. BKartA, Beschluss vom 24. Dezember 2012, B3-187/11, Tz. 108.

44 Vgl. ebenda, Tz. 84; vgl. 611. ff.

45 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 63, Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht, Baden-Baden 2012, Tz. 20/23; Ewald, WuW 2014, 261, 269; Körber, WuW 2014, 250, 253; kritisch Kühnen, WuW 2012, 458, 461 f. Vgl. zu möglichen Fallkonstellationen im Einzelnen Esser/Höft, NZKart 2013, 447, 448 ff.

schlusses erfassen, von Vorteil.⁴⁶ Eine generelle Absenkung der Eingriffsschwelle für die Untersagung von Zusammenschlüssen dürfte mit der Einführung des SIEC-Tests indes nicht zwingend verbunden sein und war vom Gesetzgeber auch nicht beabsichtigt; jedenfalls ist hierfür nichts ersichtlich.⁴⁷

570. Das Konzept einer „sliding scale“, d. h. eines fließenden Prüfungsmaßstabs für die Feststellung der Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, soll nach Auskunft des Bundeskartellamtes auch für „reine SIEC-Fälle“ beibehalten werden. Diesem Konzept liegt der Gedanke zu Grunde, dass die Anforderungen an eine Verstärkungswirkung des Zusammenschlusses umso geringer sind, je stärker die Position des marktbeherrschenden Unternehmens bereits ist. Dabei war aber auch in der Amtspraxis zum Marktbeherrschungstest ein qualitativer – und weniger ein quantitativer – Ansatz entscheidend.⁴⁸ Das Bundeskartellamt verlangte für den Fall des Vorliegens einer Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung zwar eine „konkrete Verschlechterung der Wettbewerbsverhältnisse“⁴⁹, nicht jedoch eine spürbare Veränderung des unternehmerischen Verhaltensspielraums.⁵⁰ Eine Übernahme des – das „sliding scale“-Konzept ersetzende – Spürbarkeitskriteriums dürfte auch mit der Einführung des SIEC-Tests nicht generell verbunden sein.⁵¹

571. Schließlich stellt sich Frage, ob das neue Untersagungskriterium zugunsten der Unternehmen eine umfassendere Berücksichtigung von Effizienzvorteilen ermöglicht, die ein Zusammenschluss auf dem betroffenen Markt möglicherweise generiert und die letztlich zu dessen Freigabe führen können. Mit der Frage nach der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs könnte es naheliegend erscheinen, Effizienzerwägungen nunmehr als Bestandteil einer einzelfallbezogenen Prüfung der Untersagungs Voraussetzungen anzusehen,⁵² während dem Marktbeherrschungstest eine pauschalierende Betrachtung von Effizienzgewinnen zugrunde liegt.

572. Die Möglichkeit bzw. die bestehende Praxis der Berücksichtigung von Effizienzen hat die Monopolkommission allerdings – bereits im Hinblick auf das neue Untersagungskriterium – für ausreichend erachtet und eine ausdrückliche Verankerung der Effizienzverteidigung in der deutschen Fusionskontrolle für nicht geboten gehalten.⁵³ In der deutschen Fusionskontrolle werden Effizienzen auch künftig – jedenfalls bei Anwendung des Marktbeherrschungstests – pauschalierend berücksichtigt. Ferner sind nach der Abwägungsklausel des § 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 GWB (vormals: § 36 Abs. 1 Hs. 2 GWB a. F.) wettbewerblich positive Auswirkungen auf Drittmärkten berücksichtigungsfähig; hierfür tragen die Zusammenschlussbeteiligten die Beweislast.⁵⁴ Bei Überwiegen von gesamtwirtschaftlichen Vorteilen kommt schließlich eine Ministererlaubnis des Zusammenschlusses gemäß § 42 GWB in Betracht. Das Verhältnis dieser Rechtfertigungsgründe zu dem der genannten integrativen Berücksichtigung von Effizienzvorteilen ist zurzeit noch weitgehend ungeklärt; die Anwendung in der behördlichen und gerichtlichen Praxis bleibt abzuwarten.

46 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 63, a. a. O., Tz. 18 ff.

47 Vgl. Bosch/Fritzsche, NJW 2013, 2225, 2227; kritisch hingegen Bechtold, BB 2011, 3075, 3077.

48 Vgl. BKartA, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, 29. März 2012, Tz. 26 f.

49 Vgl. ebenda, Tz. 15.

50 Während dieses Verständnis auch dem der deutschen Rechtsprechung entspricht (vgl. BGH, Beschluss vom 8. Juni 2010, KVR 04/09, WuW/E DE-R 3067, 3075, Tz. 44 – Springer/Pro Sieben II; Beschluss vom 19. Juni 2012, KVR 15/11, WuW/E DE-R, 3695, 3697 f., Tz. 17 f. – Haller Tagblatt), wird im europäischen Recht die Spürbarkeit der Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung verlangt; vgl. Barth/Budde, BB 2011, 1859, 1865.

51 Vgl. Ewald, WuW 2014, 261, 266 ff.; anders aber Esser/Höft, NZKart 2013, 447, 453 f.: „Zwei-Stufen-Test“.

52 Vgl. Esser/Höft, NZKart 2013, 447, 455; Ewald, WuW 2014, 261, 273 f.; Körber, WuW 2014, 250, 255 f.

53 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 63, Tz. 33 ff.

54 Vgl. § 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 GWB: „Dies gilt nicht, wenn 1. die beteiligten Unternehmen nachweisen, dass [...]“.

1.1.2 Erste praktische Erfahrungen mit der Anwendung des SIEC-Tests

573. Das Bundeskartellamt hat bislang⁵⁵ sieben Fusionskontrollverfahren in der Hauptphase nach neuem Recht geprüft. Von diesen sieben Verfahren hat es fünf ohne⁵⁶ und zwei mit⁵⁷ Nebenbestimmungen freigegeben. Einen Zusammenschluss, den das Bundeskartellamt unter Geltung des SIEC-Tests wegen der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs trotz fehlender zu erwartender Marktbeherrschung untersagt hätte, hat es demnach noch nicht gegeben.

574. Allerdings hat das OLG Düsseldorf eine Untersagung des Bundeskartellamtes, die noch nach altem Recht erfolgte, unter Geltung der neuen Rechtslage bestätigt. Dabei beschränkte sich das Gericht – entsprechend seiner oben geschilderten Auffassung⁵⁸ – auf die Feststellung, dass die vom Bundeskartellamt angenommene Begründung einer marktbeherrschenden Stellung „stets“ zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führe und das Vorhaben deshalb zu untersagen sei.⁵⁹ In ähnlicher Weise verfährt das Bundeskartellamt in den beiden Zusammenschlussfällen, die es nur unter Auflagen freigegeben hat: Das Bundeskartellamt begnügt sich – nach seiner Auffassung folgerichtig – jeweils mit der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung,⁶⁰ ohne zusätzlich die erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs zu prüfen. Im Verfahren FMG/Springer ergänzt es seine Ausführungen lediglich mit folgendem Satz: „Im Übrigen wäre im vorliegenden Fall eine Erheblichkeit der Verschlechterung angesichts der Zusammenschlusswirkungen auch unabhängig hiervon anzunehmen.“⁶¹

575. Bislang hält das Bundeskartellamt auch nach dem Übergang vom Marktstrukturtest zum SIEC-Test an seiner Praxis fest, zunächst sachlich und räumlich relevante Märkte abzugrenzen. Die Monopolkommission hat sich in ihrem letzten Hauptgutachten mit der Frage befasst, ob in Anbetracht der Weiterentwicklung ökonomischer Analysemethoden für eine direkte Messung von Wettbewerbseffekten und der zunehmenden Verfügbarkeit von Daten zukünftig verstärkt auf die häufig schwierige und oftmals strittige Abgrenzung relevanter Märkte verzichtet werden kann.⁶² Diese Frage stellt sich verstärkt, seitdem auch das deutsche Wettbewerbsrecht auf den SIEC-Test als Eingriffskriterium der Fusionskontrolle und damit auf eine stärker an den Wettbewerbswirkungen statt der Marktstruktur ausgerichteten Prüfung übergegangen ist. Die Monopolkommission bleibt bei ihrer Einschätzung, dass eine direkte Messung des Wettbewerbsdrucks oder der wettbewerblichen Nähe von Unternehmen mittels ökonomischer Verfahren in bestimmten Fällen, etwa bei horizontalen Fusionen, ein guter Indikator für das Vorliegen unilateraler Effekte sein kann. Die klassische Marktabgrenzung kann damit allerdings nur in Ausnahmefällen – z. B. bei Ausschreibungsmärkten – ersetzt werden. Auch nach dem Übergang zum SIEC-Test als Eingriffskriterium der deutschen Fusionskontrolle ist die Abgrenzung relevanter Märkte daher für die Erfassung der maßgeblichen Substitutionsbeziehungen und Wettbewerbskräfte in aller Regel sinnvoll und bei Anwendung des Regelspiels der Marktbeherrschung auch rechtlich vorgegeben.

⁵⁵ Stand: 13. Mai 2014.

⁵⁶ In chronologischer Reihenfolge: Ziemann/Unicorn; PCC/Permaswage; Fresenius/Rhön; Cordes & Graefe/Bäderwelt; RT-Lithium/Winfield.

⁵⁷ Vgl. Prosegur/Brink's; FMG/Springer.

⁵⁸ Vgl. Tz. 564. ff.

⁵⁹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25. September 2013, VI Kart 4/12 (V), Tz. 29 – Xella/H+H (zit. nach juris).

⁶⁰ Im Verfahren Prosegur/Brink's wird die Erlangung einer marktbeherrschenden Stellung im Wesentlichen mit den hohen Marktanteilen der Zusammenschlussbeteiligten, dem Marktanteilsvorsprung vor den nächsten Wettbewerbern sowie den beträchtlichen Marktzutrittschancen begründet; vgl. BKartA, Beschluss vom 18. Juli 2013, B4-18/13, Tz. 172 ff. Im Verfahren FMG/Springer erwartet das Bundeskartellamt durch die Verringerung von vier auf drei Anbietern eine Verbesserung der strukturellen Bedingungen für ein einheitliches Verhalten der Oligopolisten, mithin das Entstehen koordinierter Effekte sowie eine kollektive Marktbeherrschung; vgl. BKartA, Beschluss vom 25. April 2014, B6-98/13, Tz. 38 ff.

⁶¹ Vgl. BKartA, Beschluss vom 25. April 2014, B6-98/13, Tz. 183.

⁶² Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten 2010/2011, Stärkung des Wettbewerbs bei Handel und Dienstleistungen, Baden-Baden 2012, Tz. 675.

576. Des Weiteren lässt die Fallpraxis des Bundeskartellamtes keinen besonderen Mehraufwand bei der Anwendung des SIEC-Tests erkennen. Insbesondere ist im Vergleich zur bisherigen Praxis noch keine vermehrte Anwendung ökonomischer bzw. ökonometrischer Tests ersichtlich. Überwiegend beschränkt sich das Amt nach Ablehnung der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf die Feststellung, dass unilaterale Effekte nicht vorlägen. An diesem Vorgehen zeigt sich, dass das Bundeskartellamt mit dem SIEC-Test in erster Linie die Fallgruppe im Blick hat, deren Erfassung unter dem Marktbeherrschungstest (zumindest) problematisch war und für die der Übergang zum neuen Untersagungskriterium deshalb von besonders großer Bedeutung ist.⁶³

577. Einzig im Verfahren Cordes & Graefe/Bäderwelt erreicht die Prüfung des Vorliegens unilateraler Effekte gegenüber dem Merkmal der Marktbeherrschung eine gewisse Eigenständigkeit. Nachdem es die Begründung einer einzelmarktbeherrschenden Stellung auf der Angebotsseite verneint hat, prüft das Bundeskartellamt das Auftreten von unilateralen Effekten, lehnt diese aber trotz hoher Marktanteile ab, da die Zusammenschlussbeteiligten keine nahen Wettbewerber seien, die Nachfrager über zahlreiche Angebotsalternativen verfügten und es schließlich unwahrscheinlich sei, dass Preiserhöhungen der Zusammenschlussbeteiligten keine Angebotserhöhungen der anderen Anbieter nach sich zögen.⁶⁴ Ähnlich stellt sich das Vorgehen hinsichtlich der Nachfrageseite dar: Zunächst hat das Bundeskartellamt die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung verneint, ehe es etwaige unilaterale Effekte prüft und mit im Wesentlichen den gleichen Argumenten wie denen zur Angebotsseite ablehnt.⁶⁵

578. Seinen „Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle“ hat das Bundeskartellamt am 29. März 2012 und folglich noch vor Inkrafttreten der 8. GWB-Novelle veröffentlicht, obgleich die Einführung des SIEC-Tests zum damaligen Zeitpunkt bereits absehbar war. Eine Überarbeitung des Leitfadens unter Berücksichtigung des neuen Untersagungskriteriums möchte das Bundeskartellamt allerdings erst dann vornehmen, wenn hierzu „ausreichend Fallpraxis“ vorhanden ist.

1.2 Statistischer Überblick über die Fusionskontrollpraxis im Berichtszeitraum

579. Die Anzahl der beim Bundeskartellamt zur Prüfung angemeldeten Zusammenschlussvorhaben ist 2012 gegenüber 2011 geringfügig gestiegen und ist 2013 in vergleichbarem Maße zurückgegangen. Für die vergangenen drei Jahre ergibt sich demnach keine wesentliche Veränderung der Anmeldezahlen. Nach 2.095 Anmeldungen im Berichtszeitraum 2010/11 waren 2012/13 2.218 Anmeldungen zu verzeichnen. Genauer ist den folgenden Abbildungen und Tabellen zu entnehmen.

580. Insgesamt ist seit 2009 eine Absenkung der Anmeldezahlen zu beobachten, die auf die Einführung einer zweiten Inlandsumsatzschwelle zurückzuführen ist.⁶⁶ Der fusionskontrollbezogene Arbeitsaufwand bei der Behörde ging jedoch nicht im gleichen Maße zurück, da insbesondere bei komplizierten und umstrittenen Verfahren der Ermittlungs- und Begründungsaufwand in den vergangenen Jahren teilweise erheblich gestiegen ist.

581. Die Zahlen der Fusionsprüfung im Entflechtungsverfahren haben sich im mittleren zweistelligen Bereich stabilisiert. Zwar hat die Einführung einer expliziten Heilungsmöglichkeit durch die nachträgliche Fusionskontrollprüfung in § 41 Abs. 1 Nr. 3 GWB durch die 8. GWB-Novelle Anreize gesetzt, versäumte Anmeldungen nachzuholen. Insoweit sind jedoch noch keine Veränderungen in den Fallzahlen spürbar.

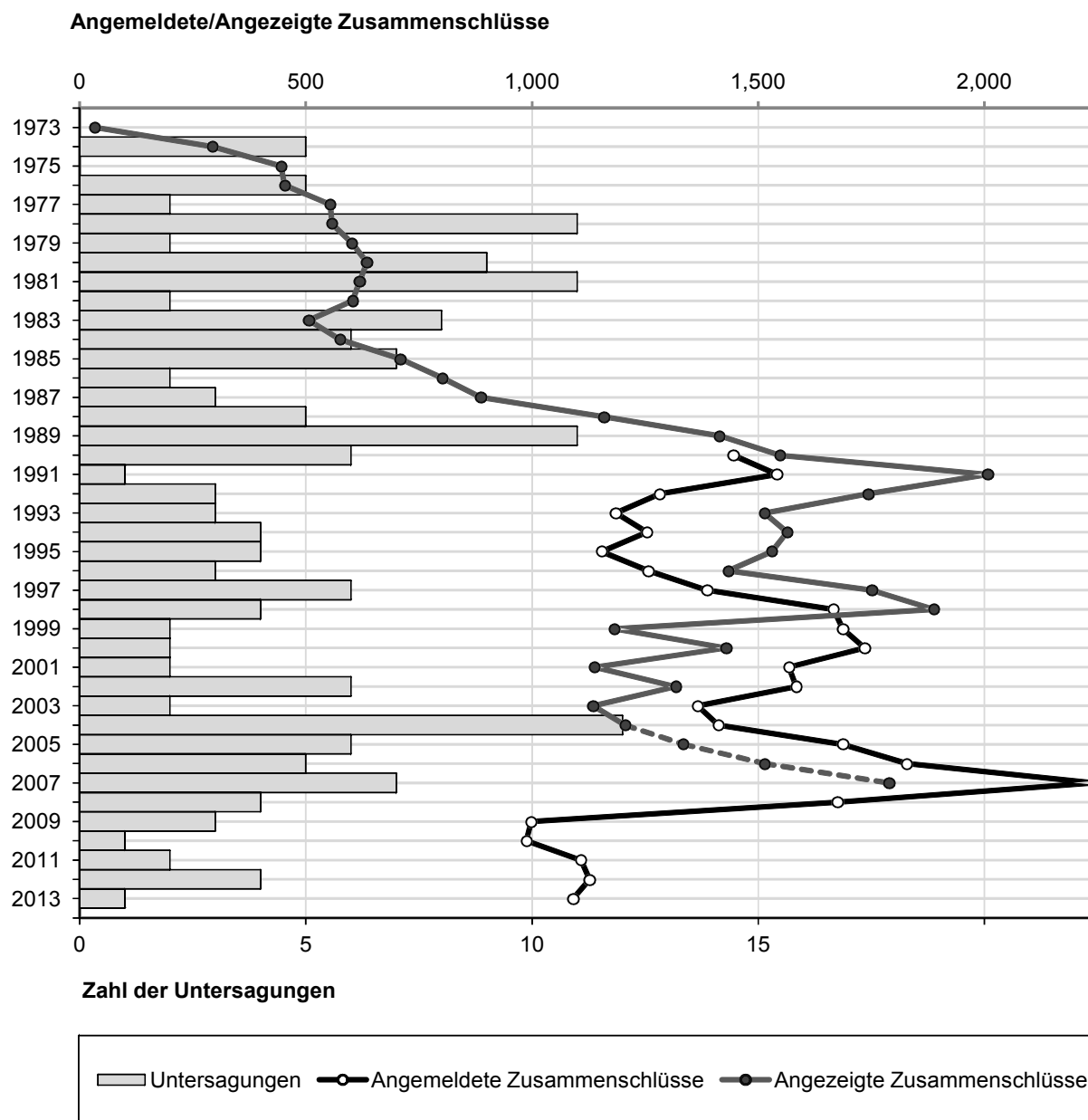
⁶³ Vgl. oben Tz. 567. ff.

⁶⁴ Vgl. BKartA, Beschluss vom 10. März 2014, B5-134/13, Tz. 139 ff.

⁶⁵ Vgl. ebenda, Tz. 230 ff.

⁶⁶ Vgl. dazu eingehender Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten 2008/2009, Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen, Baden-Baden 2010, Tz. 472 ff.

Abbildung IV.1: Anzahl der Fusionskontrollverfahren und der Untersagungsentscheidungen



Anmerkung: Die abrupte Abnahme der angezeigten Zusammenschlüsse zwischen 1998 und 1999 ist auf die Erhöhung der Schwellenwerte der Fusionskontrolle von DM 500 Mio. auf DM 1 Mrd. im Rahmen der Abschaffung der nachträglichen und Einführung der generellen präventiven Fusionskontrolle durch die Sechste GWB-Novelle zurückzuführen. Dadurch hat sich die Zahl der erfassten Zusammenschlüsse insgesamt verringert; die aktuell in § 39 Abs. 6 GWB geregelte Anzeigepflicht hat insoweit keine eigenständige Bedeutung mehr. Eine dauerhafte Verminderung der in Deutschland fusionskontrollpflichtigen Zusammenschlüsse ergab sich auch aus der Einführung einer zweiten Inlandsumsatzschwelle 2009.

Quelle: Eigene Darstellung nach Angaben des Bundeskartellamtes

Tabelle IV.1: Übersicht über die Anzahl der angezeigten und vollzogenen Zusammenschlüsse und der vom Bundeskartellamt ausgesprochenen Untersagungen, gegliedert nach Berichtszeiträumen der Monopolkommission

<i>Jahr</i>	<i>Anzeigen vollzogener Zusammenschlüsse^{1,3}</i>	<i>Angemeldete Zusammenschlüsse¹</i>	<i>Zahl der Untersagungen</i>
1973/1975	773		4
1976/1977	1.007		7
1978/1979	1.160		14
1980/1981	1.253		21
1982/1983	1.109		10
1984/1985	1.284		13
1986/1987	1.689		5
1988/1989	2.573		16
1990/1991	3.555	2.986	8
1992/1993	3.257	2.467	6
1994/1995	3.094	2.408	8
1996/1997	3.185	2.644	9
1998/1999	3.070	3.354	8
2000/2001	2.567	3.303	4
2002/2003	2.452	2.950	8
2004/2005	2.541	3.099	18
2006/2007	3.303 ²	4.071	12
2008/2009	— ³	2.673	7
2010/2011	— ³	2.095	3
2012/2013	— ³	2.218 ⁴	5
davon: 2012	— ³	1.127	4
2013	— ³	1.091 ⁴	1
Insgesamt	(bis 2007) 37.872³	(seit 1990) 34.268⁴	186

¹ Angaben in früheren Hauptgutachten basierten teilweise auf vorläufigen Erhebungen des Bundeskartellamtes. Diese wurden nunmehr durch offizielle Angaben des Bundeskartellamtes ersetzt.

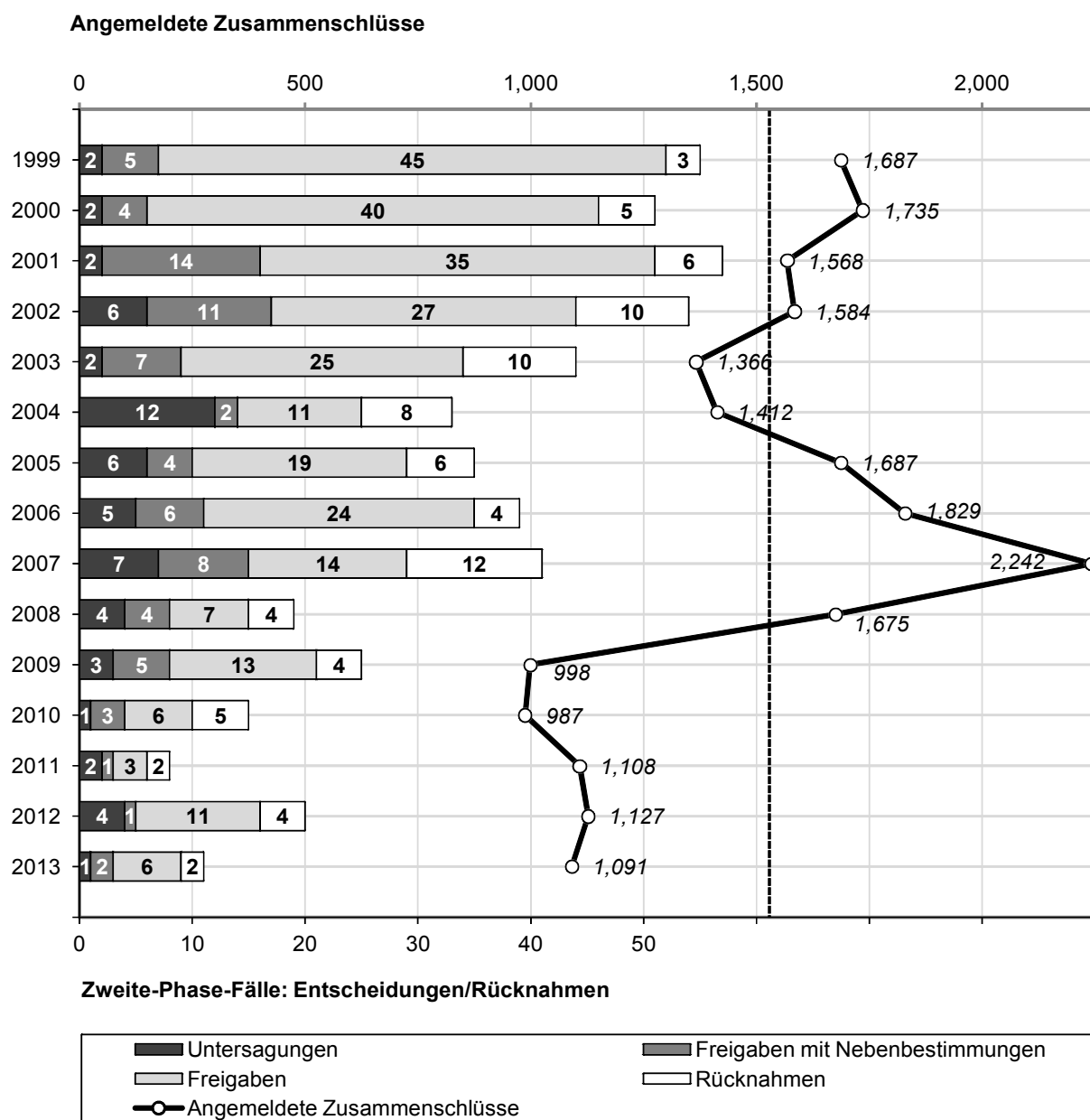
² Sonderauswertung mit eingeschränkter Aussagekraft.

³ Über den Vollzug von Zusammenschlüssen liegen seit 2008 keine verlässlichen Zahlen mehr vor. Daher wird ab diesem Zeitpunkt nunmehr auf die Zahl der Anmeldungen abgestellt. Zur besseren Vergleichbarkeit sind die Zahlen über Vollzugsanzeigen bis 2007 weiterhin aufgeführt.

⁴ Vorläufiger Wert.

Quelle: Bundeskartellamt

Abbildung IV.2: Anzahl der Fusionskontrollanmeldungen und der Hauptprüfverfahren



Anmerkung: Zur Erläuterung der Einzelheiten vgl. die Anmerkungen zur teilweise inhaltsgleichen Tabelle IV.2.

Quelle: Eigene Darstellung nach Angaben des Bundeskartellamtes

Tabelle IV.2: Übersicht über den Stand der deutschen Zusammenschlusskontrolle 2012 und 2013

		2011	2012	2013'
I.	Fusionskontrollverfahren insgesamt			
	Eingegangene Anmeldungen nach § 39 GWB	1108	1127	1091
	Vorfeldfälle ²	8	12	4
	Fusionsprüfung im Entflechtungsverfahren	51	39	31
II.	Vorprüfverfahren (Erste-Phase-Fälle) ³			
	Freigabe ohne Nebenbestimmungen	1005	1046	984
	Eintritt ins Hauptprüfverfahren	12	15	15
	Keine Kontrollpflichtigkeit	59	39	65
	Rücknahme/Einstellung	17	15	18
III.	Hauptprüfverfahren (Zweite-Phase-Fälle) ³			
	Entscheidungen	6	16	9
	davon: Freigabe ohne Nebenbestimmungen	3	11	6
	Freigabe mit Nebenbestimmungen	1	1	2
	Untersagung	2	4	1
	Rücknahme/Einstellung	2	4	2

Anmerkung: Die Zahlen beziehen sich auf alle in den jeweiligen Jahren ergangenen Entscheidungen oder sonstige Erledigungen, unabhängig vom Zeitpunkt der Anmeldung; aus diesem Grund können die Zahlen der angemeldeten und der erledigten Fälle divergieren.

¹ Erhebung noch nicht vollständig abgeschlossen; die Zahlen sind daher teilweise noch vorläufig.

² Zusammenschlussvorhaben, die wegen wettbewerblicher Bedenken des Bundeskartellamtes entweder nicht bzw. modifiziert angemeldet oder zurückgenommen worden sind. In diesen Fällen kann auch ohne abschließende Verfügung die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung verhindert werden. Die Erfassung dieser Fälle ist naturgemäß schwierig, sodass die angegebenen Werte nur eine Annäherung darstellen können, vgl. Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2011/2012, S. 24. Nach Angaben des Bundeskartellamtes geht nur ein sehr geringer Teil der Rücknahmen von Fusionskontrollanmeldungen auf Bedenken des Bundeskartellamtes zurück.

Quelle: Bundeskartellamt

Tabelle IV.3: Art des Zusammenschlusstatbestandes der beim Bundeskartellamt zwischen 2011 und 2013 angemeldeten Unternehmenszusammenschlüsse

		2011	2012	2013¹
I.	Vermögenserwerb	168	175	?
II.	Kontrollerwerb	703	726	?
	davon: Anteilserwerb	475	474	?
	durch Vertrag	98	91	?
	Gemeinschaftsunternehmen	130	161	?
III.	Anteilserwerb	151	124	?
	davon: Mehrheitserwerb	11	9	?
	Minderheitsserwerb	29	28	?
	Gemeinschaftsunternehmen	111	87	?
IV.	Veränderung der Kontrolle	63	80	?
V.	Wettbewerblich erheblicher Einfluss	23	22	?
Insgesamt		1108	1127	?

¹ Anders als in früheren Jahren hat das Bundeskartellamt insoweit keine (vorläufigen) Zahlen zur Verfügung gestellt.

Quelle: Bundeskartellamt

1.3 Parallele internationale Zuständigkeiten und divergierende Entscheidungen

582. Das Bundeskartellamt hat mit Beschluss vom 24. April 2012 das Zusammenschlussvorhaben der beiden Hersteller von Metallverpackungsbeschichtungen Akzo Nobel Coatings International B.V. (Niederlande) und Metlac Holding S.r.l. (Italien) im Hauptprüfungsverfahren freigegeben.⁶⁷ Angemeldet worden war das Vorhaben, die seit 2007 bestehende Beteiligung von Akzo von 49 Prozent auf 100 Prozent aufzustocken, im Dezember 2011. Geprüft wurde der Zusammenschluss zudem in einer Reihe weiterer Jurisdiktionen. Während der Zusammenschluss in Deutschland, Österreich, Zypern, der Türkei, Russland, Brasilien, Pakistan und Kolumbien freigegeben wurde, hat die britische Competition Commission (CC) die Fusion am 21. Dezember 2012 untersagt.⁶⁸ Dabei gingen sowohl das Amt als auch die CC von EWR-weiten räumlichen Märkten aus.

583. Die divergierenden Entscheidungen lassen zwei Themenkomplexe relevant erscheinen. Zum einen zeigt sich hier das Problem paralleler internationaler Zuständigkeiten unterschiedlicher Wettbewerbsbehörden für manche Fusionsvorhaben. Zum anderen stellt sich die – weiter unten behandelte –⁶⁹ Frage, ob die unterschiedliche substantielle Bewertung der gleichen Transaktion durch Unterschiede im Verfahren begründet sein kann. In diesem Zusammenhang ist zu hinterfragen, wie sich die zwischen britischem und deutschem Recht unterschiedlichen Untersagungskriterien der Fusionskontrolle ausgewirkt haben.

584. Parallele Zuständigkeiten unterschiedlicher Kartellbehörden für die Überprüfung internationaler Fusionsvorhaben sind nicht selten und schon lange Gegenstand auch internationaler Diskussionen.⁷⁰ Mit der

⁶⁷ Vgl. BKartA, Entscheidung vom 24. April 2012, B3-187/11; Fallbericht vom 21. Mai 2012. Die Freigabeentscheidung ist bestandskräftig, vgl. Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2011/2012, BT-Drs. 17/13675 vom 29. Mai 2013, S. 68.

⁶⁸ Vgl. Competition Commission, Entscheidung vom 21. Dezember 2012, Akzo Nobel N.V./Metlac Holding S.r.l. Auch diese Entscheidung ist bestandskräftig, vgl. Competition Appeal Tribunal, Case No. 1204/4/8/13 vom 21. Juni 2013 sowie Court of Appeal, Civil Division, Case No: C3/2013/2403 vom 14. April 2014.

⁶⁹ Vgl. hierzu unten Tz. 611.

⁷⁰ Vgl. etwa ICN, Report on the Costs and Burdens of Multijurisdictional Merger Review, o. A., 2004.

zunehmenden weltweiten Verbreitung nationaler Fusionskontrollregimes (im April 2014 bestehen über 90 Fusionskontrollregimes, die Anmeldepflichten vorsehen) hat sich die Bedeutung der sogenannten multijurisdiktionellen Anmeldepflichten jedoch verschärft. So hat etwa der französische Conseil de la concurrence in einer (unvollständigen) Erhebung für die vergangenen Jahre zwischen 133 und 237 relevante Fusionsvorhaben mit durchschnittlich mehr als drei betroffenen nationalen Fusionskontrollregimes gezählt.⁷¹ Dabei sind problematische Fälle innerhalb der Europäischen Union jedoch vor allem auf Grundlage des Verweisungsregimes der FKVO vergleichsweise selten.⁷²

585. Zur Verminderung der Lasten für Unternehmen in derartigen Fällen wurde 2009 in Deutschland eine zweite Inlandsumsatzschwelle eingeführt, die Zusammenschlussvorhaben mit keiner oder nur geringfügiger Inlandsberührung von der deutschen Fusionskontrolle ausnimmt.⁷³ Auf europäischer Ebene sieht die FKVO in Art. 1 Abs. 3 lit. d ebenfalls eine zweite Umsatzschwelle vor, die durch Metlac als das kleinere der beiden Unternehmen nicht erreicht wurde. Daher war in diesem Fall eine originäre Zuständigkeit der Europäischen Kommission mangels gemeinschaftsweiter Bedeutung nach Art. 1 Abs. 1, 3 FKVO nicht gegeben. Ein Verweisungsantrag an die Europäische Kommission nach Art. 4 Abs. 5 bzw. 9 FKVO wurde weder von den Parteien noch von einer innerhalb der EU zuständigen nationalen Wettbewerbsbehörde gestellt.

586. Neben dem für die Parteien regelmäßig nicht unerheblichen Aufwand paralleler Fusionskontrollverfahren hat sich in diesem Fall auch das damit verbundene substanzielle Risiko verwirklicht. Obwohl das Vorhaben in acht Ländern freigegeben wurde (davon drei innerhalb des auch von der CC abgegrenzten Marktes), führte die Untersagung in Großbritannien angesichts der Unmöglichkeit, dieses Land durch Umstrukturierung der Transaktion von deren Folgen auszunehmen, zu einer faktisch weltweit geltenden Untersagung. Das erscheint zwar aus Sicht von Akzo mehr als nur bedauerlich. Demgegenüber hat der Widerstand des Übernahmeziels Metlac gegen die Übernahme Erfolg gehabt.

587. Das innerhalb der EU zur Vermeidung derartiger Probleme vorgesehene Verfahren zur Verweisung von Fusionskontrollfällen an die Europäische Kommission konnte hier mangels Anträgen der Parteien oder zuständigen nationalen Wettbewerbsbehörden nicht wirksam werden. Aktuell wird eine Reform der entsprechenden Vorschriften der FKVO diskutiert, die – zusätzlich zu Verfahrenserleichterungen – insbesondere die Zuständigkeit der Europäischen Kommission in bestimmten Verweisungskonstellationen behutsam erweitern könnte, was die Monopolkommission dem Grunde nach begrüßt.⁷⁴ Der Fall Akzo/Metlac stellt jedoch keinen Anlass dar, die fein austarierte Kompetenzverteilung zwischen europäischer und nationaler Ebene grundlegend zu verändern.

588. Die Monopolkommission sieht in divergierenden Entscheidungen unterschiedlicher Wettbewerbsbehörden zu einheitlichen Fusionskontrollvorhaben auch bei identisch abgegrenzten Märkten kein grundsätzliches Problem. Diese sind vielmehr Indiz für Meinungs- und Methodenwettbewerb, der die evolutorische Offenheit und Weiterentwicklung der Fusionskontrolle garantiert. Darüber hinaus haben die Parteien die Möglichkeit, innerhalb der EU auf eine (zentrale) Zuständigkeit der Europäischen Kommission durch Verweisung hinzuwirken. Daneben können sie durch entsprechende Anmeldezeitpunkte auf die Zustimmung zu Fristverlängerungen und einen Informationsaustausch zwischen den beteiligten Wettbewerbsbehörden⁷⁵ in erheblichem Maße auf einheitliche Entscheidungen hinwirken. In diesem Fall haben die Parteien von diesen Möglichkeiten keinen Gebrauch gemacht. Insoweit liegt auch der Verdacht nicht fern,

71 Autorité de la concurrence, Making merger control simpler and more consistent in Europe, Paris 2013, S. 25 f.

72 Im Berichtszeitraum war neben Akzo/Metlac nur ein weiterer Fall divergierender Fusionskontrollentscheidungen nationaler Kartellbehörden innerhalb der EU zu beobachten, Autorité de la concurrence, Entscheidung vom 7. November 2012, Groupe Eurotunnel/SeaFrance, No 12-DCC-154 gegenüber Competition Commission, Entscheidung vom 6. Juni 2013, Groupe Eurotunnel S.A./SeaFrance S.A.

73 § 35 Abs. 1 Nr. 2, 2. Hs. GWB; vgl. dazu Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 471 ff.

74 Europäische Kommission, Towards more effective EU merger control (Staff working document) vom 25. Juni 2013, SWD(2013) 239 final; eingehender dazu unten Tz. 665.

75 Vgl. eingehender Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten 2010/2011, Baden-Baden 2012, Tz. 668 ff.

dass der vehemente Widerstand des Übernahmeziels Metlac gegen die Übernahme bei der Untersagungsentscheidung der CC nicht völlig ohne Einfluss geblieben ist.

1.4 Marktabgrenzung

589. Das Bundeskartellamt hat in den beiden Zusammenschlussverfahren von Kabelnetzbetreibern Liberty Global Europe Holding – betreibt unter dem Namen Unitymedia die Kabelnetze der Netzebene 3 in Nordrhein Westfalen und Hessen – und Kabel Baden-Württemberg (Liberty/Kabel BW), welches im Jahr 2011 mit Auflagen freigegeben wurde, sowie Kabel Deutschland Holding AG und Tele Columbus GmbH (Kabel Deutschland/Tele Columbus), welches im Februar 2013 untersagt wurde, mehrere sachlich relevante Märkte abgegrenzt.⁷⁶ Dazu gehören die Endkundenmärkte für Mehrnutzerverträge sowie für die Belieferung von Einzelnutzern mit TV-Signalen, ein Markt für die Einspeisung von Rundfunksignalen in das Kabelnetz (Einspeisemarkt), Signalliefermärkte und ein Markt für Pay-TV-Rechte. Bei den Endkundenmärkten, deren sachliche Marktabgrenzung im Mittelpunkt der Diskussion steht, wurden im Fall Liberty/Kabel BW erstmals nach Kundengruppen differenzierte sachlich relevante Märkte – Einzelnutzer versus Mehrnutzer – abgegrenzt.⁷⁷ Begründet wurde dies damit, dass die Versorgung von Einzelnutzern sowie von Wohnungsbaugesellschaften im Rahmen sogenannter Gestattungsverträge unterschiedlichen Bedingungen unterliege und es signifikante Unterschiede im Wettbewerbsgeschehen auf den Märkten gebe.⁷⁸ Anders seien zunächst die Vertragsumfänge. Bei den Gestattungsverträgen mit Wohnungsbaugesellschaften kann es um eine Größenordnung von 20.000 und mehr Wohnungseinheiten pro Vertrag gehen. Zum Teil sind dabei individuelle technische Lösungen in Bezug auf die Einrichtung und Aufrüstung von Hausverteilnetzen zu realisieren. Bei Einzelnutzerverträgen wird in aller Regel lediglich eine Wohneinheit mit einer technischen Standardlösung versorgt. Hinzu kommen deutlich unterschiedliche Vertragslaufzeiten, die im Fall von Mehrnutzerverträgen bis zu 15 Jahren und bei Einzelnutzerverträgen meist nur ein Jahr betragen. Wichtig sei auch, dass auf dem Gestattungsmarkt Vertragspartner und wirtschaftlich Betroffener regelmäßig auseinanderfallen. Die Wohnungsbaugesellschaft oder andere Hauseigentümer sind Vertragspartner des Kabelnetzbetreibers und können die Kosten des Kabelanschlusses nach § 2 Nr. 15b Betriebskostenverordnung über die Nebenkostenabrechnung an die Mieter als wirtschaftlich betroffene Nutzer der Leistung weiterreichen (Nebenkostenprivileg), was in der Mehrheit der Fälle auch praktiziert wird. Entscheidend komme hinzu, dass auf dem Gestattungsmarkt, anders als auf dem Markt für Einzelnutzerverträge, ein bundesweiter Wettbewerb stattfinde. Als Beleg dafür diene dem Bundeskartellamt unter anderem eine Befragung von Marktteilnehmern, bei der 24 Prozent der Wohnungsbauunternehmen angaben, bundesweit nach Gestattungsnehmern zu suchen.

590. Im Hinblick auf die einzubeziehenden Infrastrukturen bleibt das Bundeskartellamt bei seiner bisherigen Praxis in Kabelnetzfällen, lediglich die TV-Signale über Kabelnetze und das Internet (IPTV) in den relevanten Markt einzubeziehen. Nicht zum relevanten Markt gehören die Signalversorgung über Satellit und die terrestrische Versorgung über DVB-T. Im Wesentlichen begründet wird dies damit, dass die Lieferung dieser Signale keine entgeltliche Leistung sei. Stattdessen kaufe der einzelne Haushalt die technische Empfangsanlage und betreibe „Eigenversorgung“. Dasselbe gilt bei der Versorgung von Wohnanlagen über Kopfstationen und Satelliten-Anlagen zur Einspeisung in die Hausverteilnetze. Offen ließ das Bundeskartellamt, ob sogenannte Versorgungsvereinbarungen Teil des Gestattungsmarktes sind. Bei einer Versorgungsvereinbarung baut und betreibt der Kabelnetzbetreiber zwar ebenfalls das Hausverteilnetz für den Empfang von Rundfunk- und Fernsehsignalen exklusiv auf, erhält dafür aber keine Vergütung vom Hauseigentümer, da dieser die Entgelte nicht über die Mietnebenkosten abrechnet. Die Mieter, die sich – in diesem Fall freiwillig – für einen Vertrag mit dem Kabelnetzbetreiber entscheiden, zahlen direkt an diesen.

⁷⁶ Vgl. BKartA, Beschluss vom 15. Dezember 2011, B7-66/11; BKartA, Beschluss vom 22. Februar 2013, B7-70/12.

⁷⁷ Vgl. BKartA, Beschluss vom 15. Dezember 2011, B7-66/11.

⁷⁸ Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 679.

591. Analog zu der Abgrenzung differenzierter sachlich relevanter Endkundenmärkte für die Lieferung von TV-Signalen grenzt das Bundeskartellamt die räumlich relevanten Märkte unterschiedlich ab. Während der Markt für Einzelnutzerverträge weiterhin netzbezogen, d. h. regional gemäß dem Ausbreitungsgebiet des Kabelnetzbetreibers abgegrenzt wurde, wurde der Markt für Mehrnutzer erstmals bundesweit abgegrenzt.

592. Das OLG Düsseldorf, welches mit seinem Beschluss vom 14. August 2013 die Freigabe der Fusion Unitymedia/Kabel BW unter Nebenbestimmungen als rechtswidrig eingestuft hat, folgt der Auffassung des Bundeskartellamtes sowohl im Hinblick auf die sachliche als auch die räumliche Marktabgrenzung des Endkundenmarktes für die Versorgung mit TV-Programmsignalen nicht.⁷⁹ Nach dieser Auffassung gehören beide Marktsegmente weiterhin zu demselben sachlich relevanten Markt, der räumlich regional abzugrenzen sei.

593. Gegen getrennte sachlich relevante Märkte spricht nach Auffassung des OLG Düsseldorf, dass es sich bei Einzel- und Mehrnutzern nicht, wie von einem Beschwerdeführer vorgebracht, um unterschiedliche Nachfrageebenen im Sinne von Groß- und Einzelhandel handelt. Ein Vermieter vermarktete die TV-Signale gegenüber den Mietern nicht. Er lege die Anschlusskosten lediglich auf die Mieter um und schlägt insbesondere keine Handelsmarge auf. Gegen die Annahme unterschiedlicher Nachfragergruppen spreche, dass unabhängig von der Anzahl der zu versorgenden Wohneinheiten gleiche Technik eingesetzt und gleiche Dienstleistungen erbracht würden. Zwar müssten bei Mehrnutzerverträgen häufiger individuelle technische Lösungen im Hinblick auf die Hausverteilnetze realisiert werden, es sei aber nicht vorgetragen worden, dass der technische Aufwand bei Häusern mit mehreren Wohneinheiten immer oder typischerweise signifikant höher sei als bei einzelnen Wohneinheiten. Für getrennte Märkte spreche auch nicht das voneinander abweichende Preisniveau für die Signallieferung bei Einzel- und Mehrnutzerverträgen sowie die Unterschiede bei den Vertragslaufzeiten. Die niedrigeren Preise bei den Mehrnutzerverträgen und die längeren Laufzeiten bei Gestattungsverträgen seien nicht Ausdruck einer nach Nachfragergruppe unterschiedlichen Marktstrategie der Kabelnetzbetreiber.

594. Der einheitliche sachlich relevante Markt für Signallieferung ist aus der Sicht des OLG Düsseldorf regional auf das jeweilige Netzgebiet des Kabelnetzbetreibers abzugrenzen. Die Netzbetreiber würden weiterhin vor allem innerhalb ihres Netzgebietes anbieten. Bundesweite Geschäftsmodelle seien auch auf dem Gestattungsmarkt selten. Auch wenn einzelne Kabelnetzbetreiber, wie Primacom oder Tele Columbus überregional anbieten, geschehe dies eher im Rahmen einer Strategie der „regionalen Fokussierung“ mit Schwerpunkten in bestimmten Regionen, etwa in Ostdeutschland, und nicht bundesweit flächendeckend. Für eine regionale Marktabgrenzung spräche auch die gegenwärtige Verteilung der Marktanteile, die zeige, dass Unitymedia und Kabel BW in ihren Netzgebieten zum Zeitpunkt der Fusion Marktanteile von 75 bis 85 Prozent bzw. 90 bis 100 Prozent hatten. Das tatsächliche Nachfragerverhalten beim Bezug von TV-Signalen deutet nach Auffassung des Gerichts zudem darauf hin, dass überregionale Bezugsalternativen kaum wahrgenommen würden.

595. Nach Auffassung der Monopolkommission ist die Abgrenzung der relevanten Märkte für Rundfunk- und TV-Signale an Endkunden schwierig, weil sich diese Märkte im Wandel befinden. Noch vor wenigen Jahren wurden Fernsehkabelnetze ausschließlich für die unidirektionale Übertragung von Radio- und Fernsehsignalen an Endkunden genutzt und die Telekommunikationsnetze ausschließlich für Telefonie und den Internetzugang. Heute sind die Kabelnetze größtenteils rückkanalfähig und mittels des Übertragungsstandard DOCSIS 3.0 technisch soweit aufgerüstet, dass das Angebot von hochleistungsfähigem Internet, Telefonie und TV-Signalen (Triple-Play) möglich ist. Ähnliches gilt für die Telekommunikationsnetze. Sie sind heute in der Lage, neben Telefonie und hochleistungsfähigen Internetzugängen auch den Empfang von Radio- und Fernsehsignalen (IPTV) anzubieten. Die geänderten technischen Möglichkeiten verändern das Angebotsverhalten der Netzbetreiber. Die Kabelnetzbetreiber werden zu Anbietern von Telekommunikationsdiensten

⁷⁹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. August 2013, VI Kart 1/12 (V) – Signalmarkt.

und die Telekommunikationsnetzbetreiber zu Anbietern von Rundfunk- und Fernsehsignalen. Zunehmend werden Telefonie, Internetzugang und TV-Signale als Bündel (Triple-Play) angeboten. Diese Entwicklungen sollten auch ihren Niederschlag bei der Abgrenzung der relevanten Märkte und der wettbewerblichen Beurteilung von Kabelnetzfusionen finden.

596. Die skizzierten Entwicklungen haben nach Auffassung der Monopolkommission zunächst Einfluss auf die räumliche Marktabgrenzung. Auch wenn Unitymedia, Kabel BW und Kabel Deutschland aktuell keine oder nur wenige Endkunden in den Netzgebieten der jeweils anderen bedienen, folgt daraus nicht zwingend, dass die Märkte weiterhin regional abzugrenzen wären. Dagegen spricht die Existenz bundesweiter Anbieter, zu denen insbesondere die Telekommunikationsnetzbetreiber, wie die Deutsche Telekom AG und Vodafone gehören. Wie das Bundeskartellamt zutreffend ausführt, verfolgen auch eine Reihe von Kabelnetzbetreibern, die über kein angestammtes Netzgebiet verfügen, überregionale Angebotsstrategien zumindest auf dem Gestattungsmarkt.⁸⁰ Der Umstand, dass diese Anbieter aktuell mit regionalen Schwerpunkten und nicht bundesweit flächendeckend anbieten, spricht nicht gegen die Annahme bundesweiter Märkte, da diese Netzbetreiber als potenzielle Wettbewerber auch in Regionen anzusehen sind, in denen sie aktuell (noch) nicht vertreten sind. Schließlich ist auch zu erwarten, dass sich die Kabelnetzbetreiber auf Sicht zu bundesweiten Anbietern entwickeln werden. Es ist kaum anzunehmen, dass Vodafone den größten deutschen Kabelnetzbetreiber Kabel Deutschland übernommen hat, um sich zukünftig auf dem Markt für die Lieferung von TV-Signalen an Endkunden regional auszurichten. Schließlich geht auch das OLG Düsseldorf bei der Beurteilung der Wettbewerbswirkungen davon aus, dass Kabel BW ohne die Fusion mit Liberty (Unitymedia) sein Angebot in absehbarer Zeit auf angrenzende Netzgebiete erweitert hätte.⁸¹ Das Festhalten an einer Abgrenzung von Regionalmärkten ist daher Ausdruck einer eher statischen und an den aktuellen Gegebenheiten orientierten Sicht der Endkundenmärkte für die Lieferung von Rundfunk- und TV-Signalen. Besser wäre es, die Marktabgrenzung aus einer dynamischen und eher zukunftsgerichteten Perspektive vorzunehmen, wie es das OLG Düsseldorf bei der Analyse der Wettbewerbswirkungen bereits macht.

597. Nicht so eindeutig zu beantworten ist die Frage nach der zweckmäßigen sachlichen Marktabgrenzung. Nach dem Bedarfsmarktkonzept gehören zu demselben Markt diejenigen Güter und Leistungen, die sich nach ihren Eigenschaften, ihrem Verwendungszweck und dem Preis so nahe stehen, dass sie aus Sicht der Marktgegenseite – hier der Nachfrager – austauschbar sind. Auf dem hier betrachteten Markt der Lieferung von TV-Signalen an Endverbraucher erscheint das fraglich. Zwar werden Einzelnutzer und Wohnungsbau-gesellschaften durch dieselben Kabelnetzbetreiber und Telekommunikationsnetzbetreiber sowie über jeweils dieselbe oder ähnliche Techniken versorgt. Gleichwohl handelt es sich um unterschiedliche Nachfragergruppen, die aus Sicht der Anbieter auch mit unterschiedlichen Marktstrategien angesprochen werden. So dürfte das Verlassen des eigenen „footprints“ mittels netzübergreifender Angebote an Endkunden konkurrierender Kabelnetzbetreiber zunächst im Bereich der Gestattungsverträge erfolgen, weil solche aufgrund der Menge an erreichbaren Endkunden (Skalenerträge) und der deutlich längeren Vertragslaufzeiten attraktiver sein dürften als Einzelverträge.⁸²

598. Aus ökonomischer Sicht fragwürdig ist die Nichteinbeziehung der Signallieferung mittels Satellit und DVB-T in den relevanten Markt. Begründet wird dies sowohl vom Bundeskartellamt als auch vom OLG Düsseldorf im Wesentlichen damit, dass es sich in beiden Fällen um Eigenversorgung handele, die für den Nutzer zudem unentgeltlich sei.⁸³ Diese Begründung überzeugt nicht. Das Fehlen einer direkten monetären

⁸⁰ Vgl. BKartA, Beschluss vom 15. Dezember 2011, B7-66/11, Rn. 59.

⁸¹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. August 2013, VI Kart 1/12 (V) - Signalmarkt, Rn. 140.

⁸² Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 681.

⁸³ Für die Schwierigkeiten bei der Berücksichtigung unentgeltlich verfügbarer Produkte bei der Marktabgrenzung siehe bereits den Fall Bertelsmann/Brockhaus aus dem Jahr 2009, bei dem es um die Einbeziehung der kostenlosen Online-Lexika von Wikipedia und Encarta in die relevanten Märkte für Universal- und Themenlexika ging. Vgl. BKartA, Beschluss vom 29. April 2009, B6-09/09; dazu Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten, Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen, Baden-Baden 2010, Tz. 571 ff.

Gegenleistung spricht für sich genommen nicht gegen die Einbeziehung in den sachlich relevanten Markt. Dagegen spricht auch nicht, dass Satellit und DVB-T nur für einen Teil der Nutzer echte Alternativen darstellen, weil Satellitenempfangsanlagen zum Teil nicht installiert werden können oder dürfen und weil über DVB-T nur eine eingeschränkte Programmauswahl empfangbar ist. Entscheidend ist, dass die alternativen Übertragungswege für einen hinreichend großen Teil der Nutzer als austauschbar angesehen werden. Die Monopolkommission hat diesen Standpunkt auch bei früheren Gelegenheiten stets vertreten.⁸⁴ Die von der Signallieferung über Satellit und DVB-T ausgehenden Wettbewerbseffekte werden vom Bundeskartellamt in den Kabelnetzfällen bei der Würdigung der Wettbewerbseffekte des Zusammenschlusses allerdings berücksichtigt. Die Monopolkommission begrüßt dies.

1.5 Marktbeherrschung

599. Mit dem Inkrafttreten der 8. GWB-Novelle zum 30. Juni 2013 hat sich unter anderem das Beurteilungskriterium der Fusionskontrolle geändert. An die Stelle des Marktbeherrschungstests ist der SIEC-Test getreten, d. h. die Frage, ob der Zusammenschluss zu einer wesentlichen Behinderung des wirksamen Wettbewerbs (significant impediment to effective competition) führt. Da das Bundeskartellamt den SIEC-Test nur am Ende der Berichtsperiode der Monopolkommission angewendet hat und bisher nur wenig Anwendungserfahrungen vorliegen, steht das Marktbeherrschungskriterium im Mittelpunkt der folgenden Ausführungen.

600. Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum in einer Reihe von Fällen die Entstehung oder Verstärkung marktbeherrschender Stellungen festgestellt. Fünf Zusammenschlussvorhaben wurden auf dieser Grundlage untersagt. In drei Fällen konnten die Vorhaben unter Nebenbestimmungen freigegeben werden. In einem Fall war die Freigabe möglich, weil die Voraussetzungen für eine Sanierungsfusion vorlagen. In einigen Fällen – die genaue Zahl liegt nicht vor – wurden Zusammenschlussvorhaben aufgegeben, weil das Bundeskartellamt den beteiligten Unternehmen signalisiert hatte, dass eine Untersagung drohe.

601. Wichtige Strukturanpassungen und kartellrechtliche Entscheidungen gab es in der deutschen Kabelnetzbranche. Im November 2011 hatte das Bundeskartellamt die Übernahme von Kabel Baden-Württemberg durch Liberty Global mit Nebenbestimmungen freigegeben. Gegen diese Freigabe haben von dem Beschluss betroffene dritte Unternehmen mit Erfolg geklagt. Im August 2013 hat das OLG Düsseldorf die Freigabeentscheidung wegen unzureichender Nebenbestimmungen aufgehoben. Bereits im Februar 2013 hat das Bundeskartellamt ein weiteres Fusionsvorhaben von Kabelnetzbetreibern, die Übernahme von TeleColumbus durch Kabel Deutschland, untersagt. Im September 2013 schließlich hat die Europäische Kommission die Übernahme von Kabel Deutschland durch Vodafone in der ersten Prüfungsphase freigegeben.

602. Mehrere Fusionsvorhaben, die wegen wettbewerblicher Bedenken in die zweite Prüfungsphase gingen, betrafen Fusionsvorhaben von Krankenhausbetreibern. Eine Reihe von Fällen wurde hier freigegeben. In drei Fällen hätte der geplante Zusammenschluss zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung geführt. Eine den Markt für akut-stationäre Behandlungen in Worms betreffende Fusion wurde untersagt. Unter Nebenbestimmungen freigegeben wurde die Minderheitsbeteiligung des drittgrößten privaten Krankenhausbetreibers in Deutschland, Asklepios, an dem zweitgrößten privaten Krankenhausbetreiber in Deutschland, Rhön. Da Asklepios sich im weiteren Verlauf entschloss, die Veräußerungsauflagen nicht zu erfüllen, wurde der Zusammenschluss nachträglich untersagt. Wettbewerbliche Bedenken gab es zudem bei der geplanten Übernahme von 43 Akut- und Reha-Kliniken sowie 15 medizinischen Versorgungszentren von Rhön durch den nach Umsätzen größten privaten Klinikbetreiber in Deutschland, der zum Gesundheitskonzern Fresenius gehörenden Helios. Die wettbewerblichen Bedenken konnten im Vorfeld der Kartellamtsentscheidung ausgeräumt werden, indem die Kliniken und medizinischen Versorgungszentren

⁸⁴ Vgl. zuletzt Monopolkommission, XVII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 611.

in den wettbewerblich problematischen Regionalmärkten von dem Zusammenschlussvorhaben ausgenommen oder an dritte Unternehmen veräußert wurden. Der Zusammenschluss konnte damit in einem reduzierten Umfang ohne Nebenbestimmungen genehmigt werden.

1.5.1 Marktbeherrschung bei Kabelnetzbetreibern

603. Der geplante Erwerb der Tele Columbus GmbH durch den größten deutschen Kabelnetzbetreiber Kabel Deutschland Holding AG wurde im Februar 2013 untersagt.⁸⁵ Der Zusammenschluss hätte nach Auffassung des Bundeskartellamtes die gemeinsame marktbeherrschende Stellung von Kabel Deutschland und Liberty/Kabel BW auf dem bundesweit abgegrenzten Gestattungsmarkt verstärkt. Weiterhin wäre die Einzelmarktbeherrschung von Kabel Deutschland auf den Märkten für den Transport von TV-Programmen (Einspeisemarkt) sowie auf dem Markt für die Lieferung der Radio- und Fernsehsignale an nachgeordnete Kabelnetzbetreiber der Netzebene 4 (Signalliefermärkte) verstärkt worden. Nicht verstärkt worden wäre die marktbeherrschende Stellung von Kabel Deutschland auf dem regional abgegrenzten Endkundenmarkt für die Belieferung von Einzelnutzern mit Programmsignalen sowie auf dem Markt für Pay-TV-Rechte.

604. Das Bundeskartellamt geht davon aus, dass die Nachfolgegesellschaften der Deutschen Telekom AG als Kabelnetzbetreiber der Netzebene 3 auf dem bundesweit abzugrenzenden Gestattungsmarkt gemeinsam marktbeherrschend und auf dem Markt für die Belieferung von Einzelnutzern mit Radio- und TV-Signalen einzeln marktbeherrschend sind. Die Übernahme eines anderen Kabelnetzbetreibers – im Fall Liberty/Kabel BW die Übernahme eines Oligopolmitglieds und im Fall Kabel Deutschland/Tele Columbus des größten Oligopolaußenseiters – führt jeweils zu einer Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung des Oligopols. Im ersten Fall bleibt die Verstärkungswirkung verhältnismäßig gering, weil sich die Oligopolisten nach Auffassung des Bundeskartellamtes ohnehin keinen aktuellen Wettbewerb machen und auch aus damaliger Perspektive nicht damit zu rechnen war, dass eines der Oligopolmitglieder im Prognosezeitraum zum aktiven Wettbewerber im Gebiet des jeweils anderen Netzbetreibers werden würde. Anders ist die Verstärkungswirkung zu beurteilen, wenn mit Tele Columbus der größte Außenwettbewerber übernommen wird. In diesem Fall ist die Verstärkungswirkung erheblich, weil ein aktueller Wettbewerber wegfällt, der insbesondere in einigen ostdeutschen Städten in dem Netzgebiet von Kabel Deutschland über parallele Netzinfrastrukturen verfügt, die zudem größtenteils breitbandfähig ausgebaut sind. Vor diesem Hintergrund war eine Freigabe des Zusammenschlusses Liberty/Kabel BW unter Nebenbestimmungen aus Sicht des Bundeskartellamtes möglich, während dies bei Kabel Deutschland/Tele Columbus explizit ausgeschlossen wurde.

605. Das OLG Düsseldorf, welches von einem einheitlichen regional abzugrenzenden Endkundenmarkt für Einzel- und Mehrnutzerverträge für die Lieferung von TV-Signalen ausgeht, sah die Verstärkungswirkung im Fall Liberty/Kabel BW als gravierender an, weil mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erwarten sei, dass Kabel BW innerhalb des Prognosezeitraums zu einem aktuellen Wettbewerber von Unitymedia in dessen Gebiet geworden wäre.⁸⁶ Ausschlaggebend dafür seien die nur noch geringen Wachstumschancen von Kabel BW in dessen angestammten Gebiet. Die Freigabe unter Nebenbestimmungen war nach Auffassung des OLG Düsseldorf aufzuheben, weil die Nebenbestimmungen vor diesem Hintergrund nicht ausgereicht hätten, die Wettbewerbseffekte hinreichend zu kompensieren. Zu einer gerichtlichen Überprüfung der Entscheidung des Bundeskartellamtes im Fall Kabel Deutschland/Tele Columbus kam es nicht, da Kabel Deutschland die Beschwerde zurücknahm als konkreter wurde, dass das Unternehmen von Vodafone übernommen werden sollte.

606. Nach Auffassung der Monopolkommission ist bei der Beurteilung der Wettbewerbswirkungen von Kabelnetzfusionen stärker zu berücksichtigen, dass der Wettbewerbsdruck auf den Endkundenmärkten für die Lieferung von Programmsignalen an Wohnungsbaugesellschaften und Einzelnutzer zunehmend stärker auch von Telekommunikationsunternehmen ausgeht. Dies ist vor allem dem Umstand geschuldet, dass ins-

⁸⁵ Vgl. BKartA, Beschluss vom 22. Februar 2013, B7-70/12.

⁸⁶ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. August 2013, VI Kart 1/12 (V) – Signalmarkt.

besondere auf dem Markt für Einzelnutzer zunehmend Triple-Play-Produkte nachgefragt werden. Die Aussicht, dass Kabelnetzbetreiber der Netzebene 3 aktiven Wettbewerb im Footprint eines anderen Kabelnetzbetreibers machen, ist auf dem Gestattungsmarkt größer als auf dem Markt für Einzelnutzerverträge. Die Monopolkommission sieht, ähnlich wie das Bundeskartellamt im Fall Liberty/Kabel BW, die negativen Wettbewerbseffekte von Kabelnetzfusionen auf der gleichen Netzebene als weniger gravierend an. Anders als das Bundeskartellamt sieht die Monopolkommission allerdings die Chancen solcher Fusionen für die Belebung des Wettbewerbs auf anderen Märkten, insbesondere den Telekommunikationsmärkten, als groß an.

1.5.2 Marktbeherrschung auf regionalen Märkten für Finanzprodukte

607. Mit Beschluss vom 28. Februar 2012 untersagte das Bundeskartellamt eine Minderheitsbeteiligung der Haspa Finanzholding (Haspa), zu der insbesondere die Sparkasse Hamburg gehört, an der Kreissparkasse Herzogtum Lauenburg (KSK) sowie den damit verbundenen Beteiligungs- und Kooperationsvertrag.⁸⁷ Die Zusammenschlussbeteiligten strebten eine sogenannte kapitalunterlegte Kooperation, insbesondere auf Grundlage des Erwerbs einer Beteiligung der Haspa in Höhe von 25,1 % an dem zu bildenden Stammkapital der KSK an. Hierbei sollten der Haspa Vertretungs-, Mitsprache- sowie Konsultationsrechte bei Grundlagenentscheidungen eingeräumt werden. Im Gegenzug hätte die KSK Zugang zu allen Kooperationen der Haspa-Gruppe mit anderen Sparkassen erhalten. Nach Ansicht des Bundeskartellamtes erfüllte das Vorhaben die Voraussetzungen der Minderheitsbeteiligung gem. § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 lit. b GWB sowie der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens gem. § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 3 GWB.

608. Das Vorhaben wurde gemäß § 36 GWB untersagt. Es hätte nach Erkenntnissen des Amtes zu einer Verstärkung oder jedenfalls zu der Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung der Haspa auf den sachlich relevanten Märkten für Privatgirokonten und für Kredite an Geschäftskunden im Gebiet der Kreissparkasse Lauenburg geführt. Die räumliche Beschränkung auf das Gebiet des Kreises Herzogtum Lauenburg folgte aus einer Analyse der tatsächlichen Kundengewohnheiten.⁸⁸ Danach besitzen Privatkunden eine geringe Mobilität beim Wechsel der Bank. Auch das Onlinebanking kann danach die Filiale vor Ort (noch) nicht ersetzen. Eine schnelle Veränderung dieser Situation sei trotz des sich wandelnden gesellschaftlichen Selbstverständnisses beim Umgang mit dem Internet und den Bestrebungen auf europäischer Ebene, den Kontowechsel zu erleichtern, nicht zu erwarten. Als Grund dafür wird angegeben, dass das Bankgeschäft weiterhin stark auf Vertrauen und persönlichem Kontakt zum Berater beruhe. Prägend für die räumliche Marktabgrenzung war im vorliegenden Fall darüber hinaus, dass die Geschäftstätigkeit der Sparkassen und wichtiger Wettbewerber, wie der Volks- und Raiffeisenbanken, vielfach regional begrenzt ist.

609. Auf dem Privatkundenmarkt ging es um das Entstehen oder die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der Haspa auf dem Markt für Girokonten. Nach dem Zusammenschluss wären die Beteiligten derjenige Anbieter mit dem weitaus größten Marktanteil gewesen. Zudem wäre zu erwarten gewesen, dass durch die Beteiligung eines bei der Entwicklung und Vermarktung von Girokontoprodukten erfolgreichen Unternehmens die Bindung der Kunden an das Unternehmen zunimmt und damit die Fähigkeit verbessert wird, Preiserhöhungen durchzusetzen. Der geplante Zusammenschluss hätte zudem zur Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt für Geschäftskundenkredite geführt. Es sei nicht, wie von den Beteiligten vorgetragen, zu erwarten, dass sich die Institute nach dem Zusammenschluss weiterhin aktiven Wettbewerb machen. In diesem Sinne hätte die geplante Fusion auch nach Auffassung der Monopolkommission zu einer Vermachtung der betroffenen Märkte geführt.

610. Die Feststellung der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung bei Sparkassenfusionen setzt voraus, dass die Institute miteinander im Wettbewerb stehen, was bei Sparkassen in

⁸⁷ Vgl. BKartA, Beschluss vom 24. Februar 2012, B4-51/11.

⁸⁸ Das Bundeskartellamt folgt hierbei den Grundsätzen, welche der BGH in seiner Entscheidung Kreiskrankenhaus Bad Neustadt vom 16. Januar 2008 aufgestellt hat, vgl. BGH, Beschluss vom 16. Januar 2008, KVR 26/07 – Kreiskrankenhaus Bad Neustadt, Tz. 63 ff.

kommunaler Trägerschaft aufgrund gesetzlicher Vorgaben in den Sparkassengesetzen der Länder und wegen des sogenannten Regionalprinzips oftmals nicht gegeben ist.⁸⁹ Im vorliegenden Fall gibt es allerdings weder in Schleswig Holstein noch in Hamburg explizite gesetzliche Vorgaben, die eine Ausdehnung der Geschäftstätigkeit über die kommunalen Grenzen hinaus ausschließen. Allerdings hält sich die KSK im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit an das Regionalprinzip und expandiert nicht in Regionen außerhalb ihres Bereiches. Die Haspa als sogenannte freie Sparkasse, die nicht in öffentlicher Trägerschaft steht und als privatrechtliche Aktiengesellschaft organisiert ist, nimmt für sich dagegen eine besondere Rolle in der Metropolregion Hamburg in Anspruch. Dort verfolgt sie seit Jahren eine Expansionspolitik, zu der die Gründung von Filialen auch in den angrenzenden Bundesländern gehört. Als engeres Geschäftsgebiet betrachtet die Haspa das Gebiet der Stadt Hamburg und die unmittelbar angrenzenden sechs Landkreise in Schleswig-Holstein und Niedersachsen. Versuche des Landes Schleswig-Holstein, der Expansion der Rechtsvorgängerin der Haspa entgegenzutreten, wurden vom Bundesverwaltungsgericht mit dem Hinweis auf die mangelnde Gesetzgebungskompetenz für freie Sparkassen für rechtswidrig erklärt.⁹⁰

1.5.3 Unterschiedliche Bewertung eines Fusionsvorhabens je nach Untersagungskriterium

611. Im Fusionskontrollverfahren Akzo/Metlac hatte das Bundeskartellamt eine Freigabe erteilt, während die britische Competition Commission (CC) das Vorhaben untersagte.⁹¹ Die Entscheidungen divergieren in der sachlichen Marktabgrenzung und in der substantziellen Bewertung der wettbewerblichen Auswirkungen.

612. Die Abgrenzung des relevanten Marktes durch das Bundeskartellamt entspricht der Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission.⁹² Danach umfasst der sachlich relevante Markt für Metallverpackungsbeschichtungen die vier Segmente Verpackungsbeschichtungen für Bier- und sonstige Getränkedosen, Kappen und Verschlüsse, Konserven sowie sonstige Metallverpackungen. Da für die wettbewerbliche Beurteilung nach Ermittlungen des Amtes nicht entscheidungsrelevant, konnte offenbleiben, ob sämtliche Metallbeschichtungen zu einem Markt zusammenzufassen sind oder ob die Verpackungsbeschichtungen für Bier- und Getränkedosen („beer & beverages“) einen eigenen sachlich relevanten Markt bilden. Der räumlich relevante Markt umfasse mindestens das Gebiet des Europäischen Wirtschaftsraums.

613. Obwohl das Bundeskartellamt einen deutlichen Marktanteilszuwachs für Akzo auf diesem Markt prognostizierte, wurde der Zusammenschluss freigegeben. Während die damalige Vermutungsschwelle für Marktbeherrschung (§ 19 Abs. 3 S. 1 GWB a.F.: 33,33 Prozent) durch die fusionierte Einheit (bei umsatzbezogenen bzw. absatzbezogenen Marktanteilen von 35-45 Prozent bzw. 45-55 Prozent) überschritten wurde, ging das Amt weder von der Entstehung noch einer Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung aus. Auch nach der Fusion könne nicht von einer Einzelmarktbeherrschung der fusionierten Einheit ausgegangen werden. Denn zwei gewichtige und einige kleinere Wettbewerber verblieben auf dem Markt. Die Ermittlungen bestätigten auch nicht den Vortrag von Metlac und einzelner Abnehmer, dass die Übernahme bei Akzo zu einem Innovationsvorsprung bei bestimmten Beschichtungen führe. Auch konnte keine besondere wettbewerbliche Nähe von Akzo und Metlac festgestellt werden. Da einige große Nachfrager auf dem relevanten Markt eine Mehrlieferantenstrategie verfolgen, konnte im Rahmen der Prognose nicht ausgeschlossen werden, dass die Konkurrenten nach dem Zusammenschluss Marktanteile zulasten von Akzo dazu gewinnen würden.

614. Ebenfalls deutlich überschritten wurde mit dem geplanten Zusammenschluss die Vermutungsschwelle für eine gemeinsame Marktbeherrschung gemäß § 19 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 GWB a. F.: Akzo Nobel/Metlac

⁸⁹ Vgl. eingehender zum Regionalprinzip unter Kartellgesichtspunkten unten Tz. 1923. ff.

⁹⁰ BVerwGE 69, 11 vom 14. Februar 1984, Tz. 32 ff.

⁹¹ Vgl. BKartA, B3-187/11, Entscheidung vom 24. April 2012; Fallbericht vom 21. Mai 2012 sowie Competition Commission, Entscheidung vom 21. Dezember 2012 – Akzo Nobel N.V./Metlac Holding S.r.l. Vgl. Hierzu unter dem Aspekt der internationalen Zuständigkeit bereits oben Tz. 582. ff.

⁹² EU-Kommission, Entscheidung vom 10. Dezember 2007, COMP/M.4853 – PPG/Sigmakalon; EU-Kommission, Entscheidung vom 13. Dezember 2007, COMP/M.4779 – Akzo Nobel/ICI.

sowie Valspar und PPG hielten nach einem Zusammenschluss zwar einen gemeinsamen Marktanteil von über 80 Prozent. Nach Auffassung des Bundeskartellamtes würde durch den Zusammenschluss jedoch kein wettbewerbsloses Oligopol entstehen oder verstärkt. Dies ergibt sich nach Feststellungen des Bundeskartellamtes vor allem daraus, dass die Marktzutrittschranken vergleichsweise niedrig, die Markttransparenz eher gering, die führenden Anbieter auf spezielle Produktsegmente spezialisiert und deren Marktpositionen asymmetrisch sind. Dass die Asymmetrie der Marktpositionen durch den Zusammenschluss weiter verstärkt würde, sah das Bundeskartellamt als Merkmal, welches koordiniertes Verhalten eher erschwert als begünstigt. Vor dem Hintergrund dieses wirksamen Binnenwettbewerbs sei ein oligopolistisches Parallelverhalten nicht zu erwarten bzw. zu belegen.

615. In Großbritannien wurde das Zusammenschlussvorhaben Akzo Nobel/Metlac im Januar 2012 angemeldet. Das Office of Fair Trading verwies den Fall im Mai 2012 an die CC. Diese hat das Vorhaben nach Fristverlängerung im Dezember 2012 untersagt.⁹³ Das Competition Appeal Tribunal wies die Beschwerde von Akzo Nobel gegen die Untersagung im Juni 2013 zurück.⁹⁴ Der Court of Appeal of England and Wales hat die Berufung im April 2014 zurückgewiesen.⁹⁵

616. Die CC kam sowohl bei der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes als auch im Rahmen des durchgeführten SLC-Tests (Substantial Lessening of Competition) zu von der deutschen Entscheidung abweichenden Ergebnissen. Nach Auffassung der CC bilden Verpackungsbeschichtungen für Bier- und Getränkedosen einen eigenen sachlich relevanten Markt. Dieser sei zu unterscheiden von dem gemeinsamen Markt für die übrigen drei Segmente von Verpackungsbeschichtungen. Begründet wird diese Abgrenzung im Wesentlichen damit, dass die Getränkedosenbeschichtungen aus Sicht der Nachfrager nicht mit den übrigen Verpackungsbeschichtungen austauschbar sind. Zudem sei bei den Anbietern keine kurzfristige Umstellungsflexibilität bei der Produktion gegeben, da eine Expansion in dieses Marktsegment wegen der benötigten Tests bis zu 36 Monaten dauere.

617. Eingreifkriterium im britischen Wettbewerbsrecht ist gemäß Sec. 35 Abs. 2 Enterprise Act 2002 die „beträchtliche Verminderung des Wettbewerbs“ (SLC). Danach ist ein Zusammenschluss zu untersagen, wenn zu erwarten ist, dass dieser zu einer beträchtlichen Verminderung des Wettbewerbs auf einem oder mehreren Märkten im Vereinigten Königreich führt. Auf dem Markt für Verpackungsbeschichtungen für Bier und Getränkedosen – speziell im Marktsegment für Außenbeschichtungen – ist dies nach Auffassung der CC der Fall. Die Behörde sieht Akzo und Metlac in diesem Bereich als wesentliche Wettbewerber. Metlac ist hier – so die CC – als ein preisaggressiver Wettbewerber mit stark wachsenden Umsätzen zu charakterisieren. Mit dem Zusammenschluss entfalle zum einen aktueller Wettbewerb. Daher sei zu erwarten, dass die Preise in dem relevanten Marktsegment nach dem Zusammenschluss ansteigen. Die übrigen Marktteilnehmer werden das fusionierte Unternehmen nach dieser Einschätzung nicht daran hindern können, die Preise zu erhöhen. Der Zusammenschluss führe zudem zu einem nachlassenden Innovationswettbewerb. Zum anderen sei Metlac potenzieller Wettbewerber in weiteren betroffenen Märkten. Vor diesem Hintergrund seien Verminderungen des Wettbewerbsdrucks durch den Verlust sowohl aktuellen als auch potentiellen Wettbewerbs zu erwarten.

618. Die CC stellte also besonders auf Wettbewerbsprobleme in einem Markt ab, dessen Eigenständigkeit für das Bundeskartellamt nicht entscheidungserheblich war. Das dürfte sich zum Einen daraus begründen, dass der CC eine erheblich längere Verfahrensdauer mit entsprechend höherer Untersuchungstiefe zur Verfügung stand. So muss das Bundeskartellamt bei Verfahren, die in der zweiten Phase entschieden werden, grundsätzlich nach insgesamt vier Monaten eine Entscheidung treffen; einer von Metlac beantragten, grundsätzlich möglichen Fristverlängerung hatte Akzo widersprochen. Demgegenüber standen der CC mit vierundzwanzig Wochen regelmäßiger Frist, die hier um acht Wochen verlängert wurde, zweiunddreißig Wochen und damit fast die doppelte Zeit wie dem Bundeskartellamt zur Verfügung. Aus der unterschiedlichen Verfahrensdauer

⁹³ Vgl. Competition Commission, Entscheidung vom 21. Dezember 2012 – Akzo Nobel N.V./Metlac Holding S.r.l.

⁹⁴ Competition Appeal Tribunal, Case No. 1204/4/8/13 vom 21. Juni 2013.

⁹⁵ Court of Appeal, Civil Division, Case No. C3/2013/2403 vom 14. April 2014, [2014] EWCA Civ 482.

kann sich jedenfalls teilweise auch die vom Bundeskartellamt vorgenommene Betrachtung aggregierter Marktdaten erklären, die einige in der disaggregierten Betrachtung der CC deutlich werdende Fakten nicht erkennen ließ. Zusätzlich konnte die CC auf Teile der Akten und Erkenntnisse des Bundeskartellamtes zurückgreifen. Beide Entscheidungen stellen dabei heraus, dass die in der jeweiligen Untersuchung erfassten Daten nur einen (überwiegenden) Teil des Marktes widerspiegeln, was angesichts des zeitlichen Drucks in Fusionskontrollverfahren allerdings die Regel darstellt.

619. Zum Anderen, und wohl entscheidend, dürfte die Entscheidungsdivergenz in der Unterschiedlichkeit der fusionskontrollrechtlichen Eingreißkriterien begründet sein. Die normative Divergenz hat sich zwar seit der 8. GWB-Novelle mit der Übernahme des SIEC-Tests (Significant Impediment to Effective Competition, erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs) in deutsches Recht vermindert. Insoweit kann allerdings dieser Fall möglicherweise Rückschlüsse auch für die Auswirkungen der deutschen Rechtsänderung vom Marktbeherrschungs- hin zum SIEC-Test liefern.⁹⁶ Das Bundeskartellamt hat den Fall nach altem Recht auf der Grundlage eines traditionellen Marktbeherrschungstests entschieden. Dabei stand zunächst die Frage der Abgrenzung des sachlich und räumlich relevanten Marktes im Vordergrund. Bei der wettbewerblichen Beurteilung wurde maßgeblich auf Marktanteile und die Gesamtheit der Wettbewerbsbedingungen abgestellt. Der vornehmlich in den USA und in Großbritannien gebräuchliche SLC-Test ist dagegen eher eine ökonomische Wirkungsanalyse und ähnelt insoweit dem SIEC-Test des europäischen und des 2013 novellierten deutschen Kartellrechts.

620. Die Freigabe des Bundeskartellamtes beruht entscheidend darauf, dass nicht auszuschließen war, dass der verbleibende Restwettbewerb eine Marktbeherrschung der fusionierten Einheit verhindern würde. Ebenso wenig konnte zuverlässig prognostiziert werden, dass koordiniertes Verhalten und damit eine gemeinschaftliche Marktbeherrschung Folge der Fusion sein würde. Nach Analyse des Amtes seien Akzo und Metlac keine besonders nahen Wettbewerber, da sie schwerpunktmäßig auf unterschiedlichen Märkten aktiv seien, was auch die Kundenwechselanalyse bestätigte. Demgegenüber berücksichtigte die CC in Anwendung des stärker auf die ökonomischen Effekte ausgerichteten SLC-Tests entscheidend, dass zwischen Akzo und Metlac in einem bestimmten Marktsegment ein deutlich engeres Wettbewerbsverhältnis bestehe, als es die Analyse des Gesamtmarktes zeigt. Von Bedeutung waren auch Schwierigkeiten und zeitliche Verzögerungen bei Lieferantenwechsel: Während diesen der Entscheidung des Amtes trotz vertiefter Untersuchung keine herausgehobene Stellung zukommt, nimmt die CC ein abgestuftes Wettbewerbsverhältnis an. Entsprechend kam in deren Analyse dem Wettbewerb seitens Metlac, das bereits in den meisten Märkten aktiv war und entsprechend schnell neue Kunden beliefern konnte, eine zentrale Stellung zu. Diese Stellung wurde auch durch Metlacs aggressives Preissetzungsverhalten unterstrichen, das beide Behörden feststellten. Dieses war für die Feststellung der CC, Metlac sei ein besonders aktiver Wettbewerber, mitentscheidend. In der Analyse des Bundeskartellamtes hingegen kam der Preisführerschaft von Metlac keine besondere Bedeutung zu, da damit keine überproportionalen Marktanteilsgewinne für Metlac verbunden waren.

Insgesamt bestätigt sich die Intuition, dass die unter dem Marktbeherrschungstest erforderliche Marktbeherrschung schwieriger nachzuweisen ist, als eine erhebliche Verringerung der Wettbewerbsintensität. Die Vermutung liegt nahe, dass jedenfalls dem Grunde nach auch der Nachweis erheblicher Behinderung wirksamen Wettbewerbs insbesondere in komplexen Märkten einfacher zu führen ist als der einer Marktbeherrschung.

96 Vgl. dazu ausführlich Tz. 557. ff.

1.6 Anwendung der Abwägungsklausel

621. Ein Zusammenschluss, durch den – nach alter Fassung des GWB – eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird bzw. durch den – nach neuer Fassung des Gesetzes – wirksamer Wettbewerb erheblich behindert würde, ist gemäß § 36 Abs. 1 GWB a.F. bzw. § 36 Abs. 1 Nr. 1 GWB dann nicht zu untersagen, wenn durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und diese Wettbewerbsverbesserungen die Wettbewerbsverschlechterungen überwiegen. Den Nachweis haben die Unternehmen zu führen. Im Berichtszeitraum wurde die sogenannte Abwägungsklausel in zwei Fällen geprüft.

622. Im Fall der Übernahme des Geschäftsbereichs „wiederverwendbare Transportverpackungen“ der Linpac Group durch den Private Equity Fonds One Equity Partners II L.P., der im Hauptprüfverfahren unter Nebenbestimmungen freigegeben worden ist, hatten die Beteiligten vorgetragen, dass das zusammengeschlossene Unternehmen auf einem weiteren Markt für Transportverpackungen zu einem ernsthaften Wettbewerber der dort etablierten beiden Marktführer werde.⁹⁷ Das Bundeskartellamt sah diese Wettbewerbsverbesserung nicht, weil es auf dem genannten Markt für kleine, nicht-faltbare Materialcontainer aus Kunststoff zwar national zwei Marktführer gäbe, die allerdings weit von einer marktbeherrschenden Position entfernt seien.

623. Der zweite Fall betraf den geplanten Zusammenschluss der Kabelnetzbetreiber Kabel Deutschland/Tele Columbus.⁹⁸ Die Unternehmen sahen Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen auf den Märkten für schmal- und breitbandige Telekommunikationsdienste. Vorgetragen wurden vier Kategorien von Wettbewerbsverbesserungen:

- Erstens könnten anschließbare Wohneinheiten breitbandfähig aufgerüstet werden, weil durch die Zusammenlegung der Netze von Tele Columbus und Kabel Deutschland erstmals eine „kritische Masse“ erreicht werde.
- Zweitens könnten Wohneinheiten an der Netzebene 4 (NE4-Netze) des einen Kabelnetzbetreibers an bereits breitbandfähig ausgebaute NE3-Netze des anderen Kabelnetzbetreibers angeschlossen werden.
- Drittens würden Wohneinheiten im Tele Columbus-Netz, die im Wege der Signallieferung bereits an das NE3-Netz von Kabel Deutschland angeschlossen sind, jedoch auf der NE4 nur teilweise aufgerüstet sind, zukünftig mit breitbandfähigen Produkten versorgt werden. Technisch wäre dies zwar auch ohne den Zusammenschluss möglich. Die Voraussetzung wäre aber eine vertragliche Einigung zwischen den beiden Netzbetreibern, die aus kommerziellen Gründen schwierig sei.
- Viertens könnten Wohneinheiten im Tele Columbus Netz, die nicht mit TV-Signalen versorgt werden, nach dem Zusammenschluss mit Schmal- und Breitbandanschlüssen als sogenannte „Solo-produkte“ versorgt werden.

624. Das Bundeskartellamt wertete nur die ersten beiden Kategorien als strukturelle Wettbewerbsverbesserungen, die kausal auf den Zusammenschluss zurückzuführen sind. Kategorie drei wurde als nicht maßgebliche Wettbewerbsverbesserung, die ganz überwiegend nicht kausal durch den Zusammenschluss bewirkt sei, gekennzeichnet. Kategorie vier schließlich wurde als nicht strukturell und nicht kausal gekennzeichnet. Insgesamt reichten die Wettbewerbsverbesserungen der ersten beiden Kategorien nach Auffassung des Bundeskartellamtes nicht aus, die Wettbewerbsverschlechterungen zu kompensieren. Die möglichen Wettbewerbsverschiebungen seien quantitativ gering und die Wettbewerbsverbesserungen würden bereits

⁹⁷ Vgl. BKartA, Beschluss vom 3. Februar 2012, B3-120/11.

⁹⁸ Vgl. BKartA, Beschluss vom 22. Februar 2013, B7-70/12.

dadurch relativiert, dass Kabelnetzbetreiber auch ohne den Zusammenschluss bereits maßgeblich Wettbewerber der Telekommunikationsanbieter auf den Märkten für Schmal- und Breitbandanschlüsse seien.

625. Das Bundeskartellamt erkennt im Rahmen der Abwägungsklausel Wettbewerbsverbesserungen zu Recht regelmäßig nur dann an, wenn diese auf anderen als den betroffenen relevanten Märkten eintreten. Verbesserungen auf demselben Markt betreffen schon den Vergleich der Marktstruktur vor und nach einem Zusammenschluss. Würde dieser zugunsten der Wettbewerbsverbesserungen ausgehen, würde keine marktbeherrschende Stellung entstehen oder verstärkt.⁹⁹ Das Bundeskartellamt verlangt darüber hinaus, dass es sich bei dem anderen Markt um einen beherrschten Markt handelt. Begründet wird dies damit, dass auf Märkten, die nicht durch Marktbeherrschung gekennzeichnet sind, eine Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen schwierig ist. Diese Anforderung ist auch in der Rechtsprechung umstritten. Das OLG Düsseldorf hält auch bloße Strukturverbesserungen für ausreichend.¹⁰⁰

626. Die Abwägungsklausel ist in den vergangenen Jahren regelmäßig bei Zusammenschlüssen von Kabelnetzbetreibern geprüft worden.¹⁰¹ Im Fall der Übernahme der Kabelnetze des NE4-Betreibers Orion Cable durch Kabel Deutschland im Jahr 2008 erkannte das Bundeskartellamt die durch den Zusammenschluss bewirkten Wettbewerbsverbesserungen auf den Telekommunikationsmärkten als überwiegend an und gab den Zusammenschluss auf dieser Grundlage frei.¹⁰² Die Monopolkommission hatte das ausdrücklich begrüßt.¹⁰³ Seitdem wurden die zu erwartenden Wettbewerbsverbesserungen auf den Telekommunikationsmärkten stets als unzureichend angesehen, die Wettbewerbsverschlechterungen auf den Kabelnetzmärkten zu kompensieren.¹⁰⁴ Die Monopolkommission vertritt hier weiterhin eine andere Auffassung. Dem Bundeskartellamt ist zwar insoweit zu folgen, dass der Wettbewerbsdruck der Kabelnetzbetreiber auf die Anbieter vor allem von Breitbandanschlüssen in den vergangenen Jahren deutlich zugenommen hat. Daraus folgt, dass die Bedeutung von Wettbewerbsverbesserungen auf diesen Märkten durch Kabelnetzfusionen abgenommen hat. Obgleich bergen insbesondere die Zusammenschlüsse von NE3- und NE4-Netzbetreibern weiterhin Chancen für solche Verbesserungen, weil das Angebot von Triple-Play-Produkten leichter zu realisieren ist, wenn die Netzebenen drei und vier von demselben Netzbetreiber kontrolliert werden, auch wenn dies aus technischer Sicht nicht zwingend erforderlich ist.

1.7 Sanierungsfusionen

627. Sanierungsfusionen waren im GWB bisher nicht explizit geregelt. Der Gesetzgeber sah diese als Hauptanwendungsfall der Befreiung vom Vollzugsverbot gemäß § 41 Abs. 2 GWB.¹⁰⁵ Mit der 8. GWB-Novelle werden Pressefusionen durch eine spezielle Pressesanierungsklausel im neuen § 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 GWB erleichtert. Dahinter steht der Gedanke, dass eine Fusion im Vergleich zu einem Marktaustritt von Zeitungstiteln oder gar ganzen Zeitungsverlagen die oftmals bessere Lösung ist, um die Presse- und Angebotsvielfalt zu erhalten. Die Reichweite der neuen Pressesanierungsklausel ist allerdings auf die Übernahme kleiner oder mittlerer Zeitungsverlage begrenzt.

628. In der Praxis stellen Sanierungsfusionen eine Ausnahme von der Kausalität zwischen einem Zusammenschluss und der Entstehung bzw. Verstärkung von Marktmacht gemäß § 36 GWB dar. Das Bundes-

99 Vgl. etwa Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Schütz, J., § 36, Rn. 178 und die dort zitierte Literatur.

100 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. Oktober 2006, VI-Kart 2/05 (V) – SES/DPC.

101 Vgl. BKartA, Beschluss vom 15. Dezember 2011, B7-66/11; BKartA, Beschluss vom 3. April 2008, B7-200/07 sowie die Verfahren im Zusammenhang mit der versuchten Übernahme der drei regionalen Kabelnetzbetreiber ish, iesy und Kabel BW durch Kabel Deutschland im Jahr 2004. Vgl. ausführlich Monopolkommission, XVI. Hauptgutachten 2004/2005, Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungssektor!, Baden-Baden 2006, Tz. 553 ff. sowie Monopolkommission, XVII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 600 ff.

102 Vgl. BKartA, Beschluss vom 3. April 2008, B7-200/07.

103 Vgl. Monopolkommission, XVII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 611.

104 Vgl. zuletzt im Fall Liberty Global/Kabel BW, BKartA, Beschluss vom 15. Dezember 2011.

105 Vgl. Bundesregierung, Gesetzentwurf, Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drs. 13/9720 vom 29. Januar 1998.

kartellamt macht die Annahme einer Sanierungsfusion von drei Voraussetzungen abhängig, die kumulativ erfüllt sein müssen.¹⁰⁶ Erstens darf das Zielunternehmen ohne den Zusammenschluss nicht überlebensfähig sein. Zweitens darf es keine wettbewerblich weniger schädlichen Alternativen zu dem angemeldeten Zusammenschluss geben und drittens müsste im Falle der Insolvenz die Marktposition des erworbenen Unternehmens auch ohne den Zusammenschluss im Wesentlichen dem erwerbenden Unternehmen zuwachsen.¹⁰⁷ Für das Vorliegen dieser Voraussetzungen tragen die Unternehmen die Beweislast.

629. Das Bundeskartellamt geht von einer restriktiv anzuwendenden Ausnahme vom Grundsatz des § 36 GWB aus, wonach Zusammenschlüsse zu untersagen sind, wenn dadurch eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird bzw. wirksamer Wettbewerb erheblich beeinträchtigt wird. Im Berichtszeitraum hat das Bundeskartellamt in zwei Fällen das Vorliegen der Voraussetzungen einer Sanierungsfusion geprüft und in einem Fall das Vorliegen bestätigt. Die Übernahme der Frankfurter Rundschau (FR) durch die Frankfurter Allgemeine Zeitung GmbH (FAZ) betraf in erster Linie die nationalen und regionalen Leser- und Anzeigenmärkte, auf denen die FR tätig ist.¹⁰⁸ Da das Vorhaben auf dem bundesweiten Lesermarkt und dem korrespondierenden bundesweiten Anzeigenmarkt keine wettbewerblichen Probleme aufwarf, was insbesondere mit der Existenz von überregionalen Wettbewerbern begründet wurde, konzentrierte sich das Bundeskartellamt bei seiner Prüfung auf die regionalen Märkte im Raum Frankfurt. Im Stadtgebiet Frankfurt entsteht auf dem Lesermarkt ein marktbeherrschendes Monopol. Auch auf verschiedenen regionalen Anzeigenmärkten kommt es zu hohen Marktanteilen. Gleichwohl war der Zusammenschluss nicht zu untersagen, da nach Auffassung des Bundeskartellamtes die Voraussetzungen einer Sanierungsfusion vorlagen.

630. Die Frankfurter Rundschau befand sich zum Entscheidungszeitpunkt im Insolvenzverfahren. Produktion und Vertrieb der Zeitung hätten voraussichtlich eingestellt werden müssen, wenn keine Übernahme stattgefunden hätte. Somit war das Kriterium des bevorstehenden Marktaustritts mit hinreichender Wahrscheinlichkeit erfüllt. Zwar existierte ein Alternativangebot, bei dem das Bundeskartellamt jedoch davon ausging, dass es auch in einer nachgebesserten Variante nicht geeignet gewesen wäre, die Frankfurter Rundschau dauerhaft im Markt zu halten. Das alternative Übernahmeangebot lag nach Einschätzung des Bundeskartellamtes deutlich unterhalb des tatsächlichen Wertes des Vermögens der FR, was die Vermutung nahelegte, bei dem Angebot gehe es nur zweitrangig um den Erhalt der Rundschau, sondern darum, die Vermögenswerte günstig zu erwerben. Für diese Annahme sprach auch, dass kein redaktionelles oder wirtschaftliches Konzept vorgelegt wurde, welches auf eine nachhaltige Besserung der wirtschaftlichen Lage hätte hindeuten können. Die Voraussetzung, dass die Marktposition der FR im Wesentlichen auch ohne den Zusammenschluss der FAZ zugewachsen wäre, wurde als gegeben angenommen, obwohl nach der Prognose des Bundeskartellamtes ein Teil der Leser unter Verzicht auf ein regionales Angebot auf andere überregionale Zeitungen ausweichen würde, deren politische Ausrichtung der FR vergleichbar ist. Bei den Anzeigenmärkten war zu erwarten, dass auch andere Zeitungen von dem Ausscheiden der FR profitieren würden. Bei einer Kundenbefragung gaben allerdings nur wenige Werbekunden an, dass sie sich vorstellen könnten, maximal 20 Prozent ihres momentan bei der Rundschau investierten Werbebudgets bei anderen Wettbewerbern als der Zusammenschlussbeteiligten zu investieren. Das Bundeskartellamt ging nach Auffassung der Monopolkommission zutreffend davon aus, dass die Marktposition der Rundschau nach einer potenziellen Insolvenz im Wesentlichen der FAZ zugewachsen wäre. Dabei bleibt unerheblich, dass auch Wettbewerber in einem gewissen Umfang von dem Ausscheiden der FR profitiert hätten. Ein vollständiger Übergang der Marktanteile auf das übernehmende Unternehmen wäre nur in einer Duopol-Situation denkbar. Die Monopolkommission spricht sich schon seit längerer Zeit dafür aus, das dritte Kriterium für das Vorliegen einer

¹⁰⁶ Vgl. BKartA, Beschluss vom 21. Mai 2010, B9-13/10, S. 122 ff.

¹⁰⁷ Vgl. BKartA, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, a. a. O., S. 74 ff.

¹⁰⁸ Vgl. BKartA, Beschluss vom 27. Februar 2013, B6-9/13.

Sanierungsfunktion nicht zu streng zu interpretieren.¹⁰⁹ Es reicht aus, dass sich die Wettbewerbsverhältnisse nach der Fusion nicht schlechter darstellen, als es bei einer Insolvenz der Fall wäre.

631. Der zweite Fall einer geprüften Sanierungsfusion im Berichtszeitraum der Monopolkommission betraf die geplante Übernahme des zu der HDV gemeinnützige GmbH (HDV) gehörenden Agaplesion Hochstift - Evangelisches Krankenhaus in Worms (Hochstift) durch die Klinikum Worms gGmbH.¹¹⁰ Geltend gemacht wurde von Vertretern des Klinikums Worms und seitens des Ministeriums für Soziales, Arbeit, Gesundheit und Demografie des Landes Rheinland-Pfalz, dass das Hochstift ohne die Übernahme alsbald schließen müsse. Als Begründung wurde die defizitäre Arbeit in Kombination mit notwendigen Investitionen in nicht geringem Umfang zum Erhalt eines Mindeststandards angeführt. Eine Ausschreibung zum Verkauf fand nicht statt, da den Angestellten die damit verbundenen Unsicherheiten erspart werden sollten.

632. Das Bundeskartellamt hielt die Voraussetzungen einer Sanierungsfusion für nicht gegeben. Wegen der unterlassenen Ausschreibung konnte kein Nachweis geführt werden, dass es an einem tauglichen Alternativerwerber gefehlt habe. Auch sei nicht belegt, dass das Hochstift ohne den Zusammenschluss kurz vor dem Marktaustritt gestanden habe. Insbesondere sei auch nicht zu erwarten gewesen, dass bei einem Ausscheiden aus dem Markt die wesentlichen Marktanteile dem Klinikum Worms zugefallen wären. Vielmehr habe sich aus dem bisherigen Patientenverhalten der Rückschluss ergeben, dass ein Teil der Patienten auch auf andere Krankenhäuser ausgewichen wäre. Der geltend gemachte Bedarf an Investitionen wurde nicht als Argument berücksichtigt, da diese im Zweifel zum Großteil von dem Land Rheinland-Pfalz getragen worden wären.

633. Die Monopolkommission begrüßt, wie bereits früher deutlich gemacht, die strenge Auslegung der Kausalitätsprüfung bei Sanierungsfusionen.¹¹¹ Der Nachweis des kumulativen Vorliegens aller drei Voraussetzungen hat zweifelsfrei zu erfolgen. Bloße Annahmen oder Vermutungen reichen nicht aus.

634. Die Anwendungspraxis im Berichtszeitraum zeigt, dass es für die sogenannten Sanierungsfusionen keiner Sonderregelung für Pressesfusionen im GWB bedurft hätte. Die Freigabe der Übernahme der FR durch die FAZ mit dem Argument, es handele sich um eine Sanierungsfusion, erfolgte vor der Einführung der Sonderregelung für Pressesanierungsfusionen. Fraglich ist auch, ob es bei der Geltung des neuen § 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 GWB leichter gewesen wäre, den Fall FAZ/FR als Sanierungsfusion freizugeben. Die Monopolkommission geht nicht davon aus. Sie steht sondergesetzlichen Regelungen, wie im vorliegenden Fall für Sanierungsfusionen im Bereich der Presse, eher skeptisch gegenüber. § 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 GWB orientiert sich materiell im Wesentlichen an den in der Anwendungspraxis entwickelten Grundsätzen für Sanierungsfusionen und der Rechtsprechung in diesem Bereich. Neu ist, dass die Voraussetzung der fehlenden Überlebensfähigkeit des zu übernehmenden Unternehmens operationalisiert wird, indem vorgegeben wird, dass erhebliche Jahresfehlbeträge in den drei vorhergehenden Jahren notwendig sind. Offen ist dabei trotz des Verweises auf § 275 Abs. 2 Nr. 20 HGB, was genau ein erheblicher Jahresfehlbetrag ist. Explizit nicht genannt wird die Voraussetzung, dass die Marktposition des in seiner Existenz gefährdeten Unternehmens auch ohne die Fusion im Wesentlichen dem Erwerber zuwachsen würde.¹¹² Bei der Übernahme kleiner und mittlerer Zeitungs- und Zeitschriftenverlage dürfte das aber regelmäßig der Fall sein, weil es auf regionalen Zeitungsmärkten oftmals keine alternativen Wettbewerber gibt.

¹⁰⁹ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 42, Die Fusionskontrolle in der 7. GWB-Novelle, Baden-Baden 2004, Tz. 140.

¹¹⁰ Vgl. BKartA, Beschluss vom 5. September 2012, B3-43/12.

¹¹¹ Vgl. zuletzt Monopolkommission, XVII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 592.

¹¹² Auch in der Europäischen Fusionskontrolle spielt dieses Kriterium keine Rolle. Statt dessen wird hier als Voraussetzung für die Annahme einer Sanierungsfusion darauf abgestellt, dass die Vermögenswerte des insolventen Unternehmens ohne den Zusammenschluss zwangsläufig vom Markt genommen würden, EU-Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EG Nr. C 31 vom 5. Februar 2004, Rn. 90.

1.8 Abhilfemaßnahmen

635. Gemäß § 40 Abs. 3 S. 1 GWB kann die Freigabe eines Zusammenschlusses bei Vorliegen von Wettbewerbsbedenken mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden. Eine Freigabe mit Nebenbestimmungen ist nur dann zulässig, auf Grundlage des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes allerdings auch geboten, wenn dadurch die nach § 36 Abs. 1 S. 1 GWB kritische Verschlechterung der Marktstruktur wirksam verhindert werden kann.¹¹³ In der Praxis lässt sich feststellen, dass aufschiebende Bedingungen (so genannte up-front-remedies) effektiver sind als auflösende, diese wiederum effektiver als schlichte Auflagen, was entscheidenden Einfluss auf deren Verhältnismäßigkeit haben kann.¹¹⁴ Gemäß § 40 Abs. 3 S. 2 GWB dürfen Nebenbestimmungen nicht darauf hinauslaufen, die beteiligten Unternehmen einer laufenden Verhaltenskontrolle zu unterstellen.

636. In der Praxis ist die Unterscheidung zwischen klar auf die Marktstrukturen abstellende Veräußerungsauflagen und sogenannten Verhaltensauflagen zum Teil schwierig. Dies gilt z. B. für marktöffnende Nebenbestimmungen, wie sie das Bundeskartellamt im Fall Liberty/Kabel BW entgegengenommen hat, worauf der Zusammenschluss freigegeben wurde.¹¹⁵ Diese Freigabe erfolgte

- unter der auflösenden Bedingung, für die 67 größten Gestattungsverträge der Zusammenschlusspartner mit einer Restvertragslaufzeit von mehr als drei Jahren ein jährliches Sonderkündigungsrecht einzuräumen. Dieses durfte von der Zahlung einer bestimmten Summe pro Anschluss abhängig gemacht werden, die in Relation zu der verbleibenden Restlaufzeit variierte. Um mögliche Wettbewerber über die neuen Markteintrittsmöglichkeiten zu informieren, mussten für sämtliche betroffenen Gestattungsverträge der Namen des Vertragspartners, seine Anschrift und eine Bandbreite der mit dem Vertrag umfassten Wohneinheiten auf den Internetseiten der Zusammenschlussbeteiligten veröffentlicht werden;
- mit der Auflage, auf die eingeräumten Exklusivitätsrechte bei allen geschlossenen Gestattungsverträgen zu verzichten;
- mit der Auflage, gegenüber den Vertragspartnern aller Gestattungsverträge nach Ablauf der Vertragslaufzeit auf Eigentum und Rückbaurechte am Hausverteilnetz zu verzichten;
- unter der auflösenden Bedingung, ab einem bestimmten Zeitpunkt sämtliche Free-TV-Signale in SD-Qualität und in HD-Qualität – soweit von den Programmanbietern nicht anders verlangt – unverlüsselt zu verbreiten.¹¹⁶

637. Das OLG Düsseldorf hält diese Nebenbestimmungen für unzureichend.¹¹⁷ Da sich die Zusammenschlusskontrolle gegen strukturelle Verschlechterungen der Wettbewerbsbedingungen richte, kommen nach Auffassung des Gerichts als Nebenbestimmungen auch nur strukturelle Maßnahmen in Betracht.¹¹⁸ Sie müssen die strukturellen Voraussetzungen dafür schaffen, dass anstelle des übernommenen Unternehmens ein anderer zumindest potenzieller Wettbewerber entsteht, der den Verhaltensspielraum des übernehmenden Unternehmens spürbar eingrenzt.¹¹⁹ Diesen Anforderungen würden die auferlegten Nebenbestimmungen nicht genügen. Der Verzicht auf Exklusivitätsrechte in Gestattungsverträgen habe für den Wettbewerb eine äußerst geringe Bedeutung, da er nur bedeute, dass konkurrierende Netzbetreiber in einem Wohnobjekt ein paralleles Hausverteilnetz aufbauen dürfen. Der Anreiz dazu bestehe nicht, da es bei einem laufenden Ge-

¹¹³ Etwa BGH, Beschluss vom 20. April 2010, KVR 1/09 – Phonak/GN Store, Rn. 90, WuW/E DE-R 2905.

¹¹⁴ Vgl. eingehender Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 660 ff., 663.

¹¹⁵ Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 744 ff.

¹¹⁶ Vgl. BKartA, Beschluss vom 22. Februar 2013, B7-70/12.

¹¹⁷ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. August 2013, VI Kart 1/12 (V) – Signalmarkt, Rn. 152 ff.

¹¹⁸ Ebenda, Rn. 154.

¹¹⁹ Ebenda, Rn. 155.

stattungsvertrag mit einem anderen Netzbetreiber keine Möglichkeit gebe, diese Investition zu amortisieren. Der Wettbewerbseffekt des Verzichtes auf Eigentums- und Rückbaurechte am Hausverteilnetz nach Ablauf der Vertragslaufzeit sei ebenfalls gering, da sich Netzbetreiber in der Praxis auf dieses Recht ohnehin nicht berufen würden. Eine ebenfalls geringe wettbewerbsfördernde Wirkung habe die Bedingung, Free-TV-Programme zukünftig unverschlüsselt zu übertragen. Zwar werde damit einerseits der Anbieterwechsel erleichtert, weil Hauseigentümer bei einem Wechsel des Kabelnetzbetreibers nicht mehr sämtliche Set-Top-Boxen austauschen müssen. Auf der anderen Seite sei die Bedingung für den Wettbewerb sogar schädlich, da für Wettbewerber der Zusammenschlussbeteiligten, wie etwa NetCologne, die Möglichkeit entfalle, mit dem Verzicht auf eine Grundverschlüsselung Wettbewerbsvorteile zu erzielen.

638. Nach Auffassung des OLG Düsseldorf erzielt auch das vorgesehene Sonderkündigungsrecht „nach aller Wahrscheinlichkeit“ keine strukturellen Effekte. Die Wohnungswirtschaft habe wenig Anreize, geschlossene Gestattungsverträge zu kündigen, da dies erstens mit einem gewissen Aufwand verbunden sei und zweitens bedeute, dass die Endnutzer mit Triple-Play-Verträgen gezwungen seien, ihre Telefon- und Internetverträge gleichzeitig zu kündigen. Hinzu komme, dass Unitymedia/Kabel BW dem Gestattungsgeber vor der Vertragskündigung bessere Konditionen anbieten könnten und auch, wie alle anderen Anbieter, um den neuen Vertrag konkurrieren könnten. Vor diesem Hintergrund seien Anbieterwechsel unwahrscheinlich. Die tatsächliche Entwicklung bestätige diese Auffassung, da im ersten Jahr nur ein Gestattungsvertrag gekündigt worden sei.

639. Die Monopolkommission hält die Nebenbestimmungen im vorliegenden Fall, anders als das OLG Düsseldorf, für grundsätzlich geeignet, den fusionsbedingten Wettbewerbsverschlechterungen zu begegnen.¹²⁰ Dies gilt insbesondere für die Sonderkündigungsrechte. Sie teilt die vom Bundeskartellamt im Beschwerdeverfahren vorgetragene Auffassung, dass es nicht darauf ankommt, ob von Kündigungsmöglichkeiten tatsächlich gebraucht gemacht wird. Entscheidend ist, dass Sonderkündigungsrechte bestehen. Kommt es auf dieser Grundlage zu Nachverhandlungen, um die Ausnutzung des Sonderkündigungsrechtes abzuwehren oder ist der bisherige Gestattungsnehmer bei der Neuvergabe des Gestattungsvertrages erfolgreich, ist dies Ausdruck von Wettbewerb und nicht Ausdruck einer strukturell unwirksamen Nebenbestimmung. Nicht unproblematisch ist zudem, dass das OLG Düsseldorf als Begründung für die mangelnde Wirksamkeit der Sonderkündigungsrechte die in diesem Zusammenhang wenig aussagekräftige Ex-post-Feststellung anführt, dass diese kaum in Anspruch genommen worden seien. Außer Betracht bleibt dabei völlig, dass die Sonderkündigungsrechte weiterhin jährlich ausgeübt werden können.

640. Zum Zeitpunkt des Abschlusses dieses Gutachtens ist noch nicht entschieden, ob der Nichtzulassungsbeschwerde stattgegeben wird oder ob der Fall auf direktem Wege zur erneuten Prüfung an das Bundeskartellamt zurückfällt. Sollte dies geschehen, wird das Amt eine grundlegend neue wettbewerbliche Bewertung vor dem Hintergrund vornehmen müssen, dass sich die Marktverhältnisse mit der Übernahme von Kabel Deutschland durch Vodafone inzwischen deutlich geändert haben. Nicht völlig auszuschließen ist, dass es dabei zu einer Untersagung kommt, die die Entflechtung des längst vollzogenen Zusammenschlusses zur Folge hätte. Allein wegen der damit verbundenen Probleme dürfte dies allerdings nur das äußerste Mittel sein. Für fusionswillige Unternehmen bedeutet die Entscheidung des OLG Düsseldorf eine nachdrückliche Erinnerung an die mit dem Vollzug von in bedingten Entscheidungen freigegebenen Fusionsvorhaben vor deren Bestandskraft verbundenen Risiken und damit einen gefühlten Zuwachs an Rechtsunsicherheit, da sie auch im Falle einer für sie positiven Freigabeentscheidung unter Nebenbestimmungen damit rechnen müssen, dass es zu einer gerichtlichen Überprüfung mit der Möglichkeit einer nachträglichen Untersagung kommt.¹²¹

¹²⁰ Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 747.

¹²¹ Vgl. Körber, NZKart 2013, 458, 461.

2 Europäische Fusionskontrolle

2.1 Einführung

641. Die europäische Fusionskontrollpraxis ist im Berichtszeitraum 2012/2013 nicht durch grundlegende Neuerungen geprägt. So bleiben bei der Beurteilung von Zusammenschlussvorhaben weiterhin die sachliche und räumliche Marktabgrenzung sowie die Betrachtung der Marktanteile und weiterer Strukturmerkmale wichtig. Allerdings ist in den letzten beiden Jahren eine Zunahme quantitativer Untersuchungen zu verzeichnen. Soweit ersichtlich, hat die Europäische Kommission in dem Verfahren Hutchison 3G Austria/Orange Austria zum ersten Mal den Upward Pricing Pressure-Ansatz für die Prognose eines möglichen Preissteigerungsdrucks angewendet. In dem Verfahren Deutsche Börse/NYSE Euronext quantifizierte sie erstmalig in einem Fusionskontrollverfahren die von den Parteien geltend gemachten Effizienzgewinne.

642. Festzustellen ist darüber hinaus, dass Effizienzgewinne in einer Vielzahl von Verfahren – hauptsächlich Zweite-Phase-Verfahren – vorgebracht wurden. Die Europäische Kommission hat das Vorliegen derartiger Effizienzvorteile allerdings in der Mehrzahl der Fälle verneint. In dem Verfahren Deutsche Börse/NYSE Euronext erkannte sie die geltend gemachten Effizienzen teilweise an, hielt sie indes nicht für ausreichend, um die zu erwartenden negativen Wettbewerbswirkungen des Zusammenschlusses auszugleichen. In dem Verfahren UPS/TNT Express gab die Europäische Kommission ihre Wettbewerbsbedenken aufgrund der festgestellten Effizienzen hinsichtlich einer Reihe von Märkten auf; in anderen Märkten blieben wettbewerbliche Probleme jedoch mit der Folge bestehen, dass eine Untersagung ausgesprochen wurde.

643. Bemerkenswert ist, dass die Europäische Kommission während des Berichtszeitraums drei Untersagungen ausgesprochen hat, so viele wie in den zehn Jahren zuvor. Das Vorhaben Deutsche Börse/NYSE Euronext wurde mit Entscheidung vom 1. Dezember 2012 verboten, die Untersagungsverfügungen in den Fällen UPS/TNT Express und Ryanair/Aer Lingus III erfolgten am 30. Januar 2013 und am 27. Februar 2013.

644. Die Europäische Kommission hat im Berichtszeitraum zwei wichtige legislative Projekte verfolgt. Zum einen ist die sogenannte Vereinfachungsinitiative zu nennen, mit der eine Erweiterung des vereinfachten Verfahrens erreicht werden sollte; das Projekt ist bereits umgesetzt. Zum anderen führt die Europäische Kommission eine umfassende Überprüfung der Fusionskontrollverordnung und deren Anwendung durch. Einen Schwerpunkt dieser Initiative bildet die Frage, ob und in welchem Ausmaß die Zuständigkeit der Europäischen Kommission für Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb erweitert werden soll. Daneben werden Überlegungen zu einer möglichen Reform des Verweisungsregimes angestellt. Die Europäische Kommission hat ihre Überlegungen nach Abschluss des Konsultationsprozesses weiterentwickelt und plant die Vorlage eines Weißbuchs noch für den Sommer 2014.

2.2 Statistischer Überblick

645. Im Berichtszeitraum 2012/2013 wurden nach Angaben der Europäischen Kommission 560 Zusammenschlussvorhaben angemeldet.¹²² Auf das Jahr 2012 entfielen 283, auf das Jahr 2013 277 Anmeldungen. Im Vergleich zu den vorangegangenen Berichtszeiträumen 2010/2011 mit 583 und 2008/2009 mit 606 Notifizierungen ging die Anzahl der angemeldeten Transaktionen erneut leicht zurück.

646. Ein starker Rückgang bei den Fallzahlen ist bei den Anträgen der Mitgliedstaaten auf Verweisung an die nationalen Wettbewerbsbehörden nach Art. 9 FKVO zu verzeichnen. Während im letzten Berichtszeitraum noch 13 Anträge gestellt worden waren, beläuft sich die Zahl der entsprechenden Anträge in den Jahren 2012 und 2013 auf lediglich vier. Die Europäische Kommission gab im aktuellen Berichtszeitraum einem

¹²² EU-Kommission, ec.europa.eu/competition/index_en.html, Abruf am 28. Mai 2014.

Antrag vollständig und einem Antrag teilweise statt.¹²³ In keinem Fall verweigerte sie die Verfahrensabgabe vollständig.¹²⁴ Die Mitgliedstaaten beantragten in vier Fällen die Verweisung von den nationalen Wettbewerbsbehörden an die Europäische Kommission nach Art. 22 FKVO. Damit blieb die Zahl der Anträge auf dem Niveau des letzten Berichtszeitraums. Die Europäische Kommission akzeptierte die Verweisung in drei Fällen, in einem Fall sprach sie eine Ablehnung aus.

647. Nach Art. 4 Abs. 4 und 5 FKVO haben die Zusammenschlussparteien die Möglichkeit, einen Antrag auf Verweisung an die Mitgliedstaaten bzw. an die Europäische Kommission zu stellen. Während des Berichtszeitraums beantragten die beteiligten Unternehmen in 24 Fällen die Verfahrensabgabe an die nationalen Wettbewerbsbehörden gemäß Art. 4 Abs. 4 FKVO. In 21 Fällen gab die Europäische Kommission entsprechenden Anträgen vollständig, in zwei Fällen teilweise statt. In keinem Fall verweigerte sie die Verfahrensabgabe. Im Vergleich zum vorangegangenen Berichtszeitraum, in dem 16 Anträge nach Art. 4 Abs. 4 FKVO vorlagen, erhöhte sich die Zahl der Anträge somit deutlich. Eine Verweisung an die Europäische Kommission gemäß Art. 4 Abs. 5 strebten die Zusammenschlussparteien in 34 Fällen an. In 33 Fällen akzeptierte die Europäische Kommission die Verfahrensabgabe, einen Antrag lehnte sie ab. Im Vergleich zu 41 Anträgen während des letzten Berichtszeitraums sank die Zahl der entsprechenden Anträge nicht unerheblich.

648. Die Europäische Kommission schloss in den Jahren 2012 und 2013 insgesamt 526 Verfahren in der ersten Verfahrensphase mit Entscheidungen nach Art. 6 Abs. 1 lit. a, Art. 6 Abs. 1 lit. b und Art. 6 Abs. 1 lit. b in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 FKVO ab. Dies sind 45 Fälle weniger als in den Jahren 2010 und 2011. In keinem Fall lehnte die Europäische Kommission ihre Zuständigkeit nach Art. 6 Abs. 1 lit. a FKVO ab. In 506 Fällen (254 in 2012 und 252 in 2013) beendete sie das Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 lit. b FKVO, ohne ernsthafte wettbewerbliche Bedenken gegen das jeweilige Zusammenschlussvorhaben zu erheben. In 20 Fällen äußerte die Europäische Kommission ernsthafte Bedenken und gab die Vorhaben nur unter Bedingungen und Auflagen gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. b i. V. m. Abs. 2 FKVO frei.

649. Die Anzahl der Fälle, die im vereinfachten Verfahren geprüft wurde, liegt weiterhin auf hohem Niveau. Während im letzten Berichtszeitraum 58 Prozent der Erste-Phase-Entscheidungen nach einer Untersuchung im vereinfachten Verfahren freigegeben worden waren, stieg ihr Anteil in den Jahren 2012/2013 auf knapp 64 Prozent an.

650. Die Europäische Kommission leitete in 16 Fällen die zweite Verfahrensstufe gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. c FKVO ein. Im Hauptprüfverfahren gab sie drei Vorhaben ohne Bedingungen und Auflagen nach Art. 8 Abs. 1 FKVO frei. In acht Fällen erfolgte die Freigabe nur unter Bedingungen und Auflagen gemäß Art. 8 Abs. 2 FKVO. Während im letzten Berichtszeitraum lediglich ein Vorhaben nach Art. 8 Abs. 3 FKVO verboten worden war, sprach die Europäische Kommission in den Jahren 2012 und 2013 drei Untersagungen – in den Fällen Deutsche Börse/NYSE Euronext, UPS/TNT Express sowie Ryanair/Aer Lingus III – aus. Dies entspricht der Anzahl aller Untersagungsentscheidungen in den letzten zehn Jahren zuvor. Damit stieg die Gesamtzahl der Untersagungen seit Inkrafttreten der Fusionskontrollverordnung auf 24.

651. Dagegen wurden im aktuellen Berichtszeitraum nur sechs Anmeldungen von den beteiligten Unternehmen zurückgenommen. Fünf Rücknahmen erfolgten in der ersten Verfahrensphase, eine in der zweiten

¹²³ Die Zahl der im Berichtszeitraum gestellten Anträge muss nicht mit der Zahl der getroffenen Entscheidungen übereinstimmen, da die Entscheidungen zum Teil im vorangegangenen Berichtszeitraum gestellte Anträge betreffen, zum Teil wird über die im Berichtszeitraum gestellten Anträge erst 2014 entschieden. Dies gilt gleichermaßen für Anträge nach Art. 22 FKVO und Artikel 4 FKVO.

¹²⁴ Die Ablehnung der von Deutschland beantragten Verweisungen der Verfahren Holcim/Cemex und Telefónica/E-Plus erfolgte laut jeweiliger Pressemitteilung erst am 6. Januar bzw. 30. Januar 2014, also nicht mehr im Berichtszeitraum 2012/2013, vgl. EU-Kommission, Pressemitteilung vom 6. Januar 2014, IP/14/2 und Pressemitteilung vom 30. Januar 2014, IP/14/95.

Verfahrensphase. Im Vergleich zum vorigen Berichtszeitraum mit 13 Fällen ging die Zahl der Rücknahmen daher erheblich zurück.

2.3 Zuständigkeit

652. Die Zuständigkeitsverteilung zwischen der Europäischen Kommission einerseits und den mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden andererseits hängt in erster Linie von den Umsätzen der Zusammenschlussparteien ab. So geben Art. 1 Abs. 2 und Abs. 3 FKVO bestimmte Umsatzschwellen vor, deren Erreichen eine Voraussetzung für die Zuständigkeit der Europäischen Kommission darstellt. Daneben greift die sogenannte Zwei-Drittel-Regelung, wonach die Zusammenschlussparteien nicht jeweils mehr als zwei Drittel ihres gemeinschaftsweiten Gesamtumsatzes in ein und demselben Mitgliedstaat erzielen dürfen. Die strenge Kompetenzzuweisung nach Art. 1 Abs. 2 und 3 FKVO wird durch verschiedene Verweisungsregelungen durchbrochen, die einerseits dem Grundsatz der Subsidiarität, andererseits dem Prinzip des „one-stop-shop“ Rechnung tragen. Nach Art. 4 Abs. 4 und Art. 9 FKVO können die betroffenen Unternehmen oder ein Mitgliedstaat die vollständige oder teilweise Verweisung eines Verfahrens, das an sich in die Zuständigkeit der Europäischen Kommission fällt, an die mitgliedstaatliche Wettbewerbsbehörde beantragen. Umgekehrt haben die betroffenen Unternehmen oder ein bzw. mehrere Mitgliedstaaten gemäß Art. 4 Abs. 5 und Art. 22 FKVO die Möglichkeit zu beantragen, dass ein Vorhaben, welches nicht die Voraussetzungen des Art. 1 Abs. 2 oder Abs. 3 FKVO erfüllt, von der Europäischen Kommission untersucht wird.

653. Im aktuellen Berichtszeitraum stellten die Mitgliedstaaten in vier Fällen Anträge nach Art. 9 FKVO auf Verweisung eines Verfahrens an die nationalen Wettbewerbsbehörden. Zwei Anträge wurden von Deutschland gestellt und betrafen die Verfahren Holcim/Cemex und Telefónica/E-Plus. In einem weiteren Antrag wurde um Verweisung des Verfahrens Hutchison 3G Austria/Orange Austria an die österreichische Bundeswettbewerbsbehörde ersucht. Die Europäische Kommission hat alle drei Anträge negativ beschieden.

2.3.1 Keine Verweisung bei kleinteiligen, aber grenzüberschreitenden Märkten

654. In dem Verfahren Holcim/Cemex lehnte die Europäische Kommission die beantragte vollständige Verweisung mittels Beschluss nach Art. 9 Abs. 3 FKVO ab.¹²⁵ Wie aus ihrer Pressemitteilung zu entnehmen ist, ging die Europäische Kommission davon aus, dass die relevanten Zementmärkte räumlich über den nationalen deutschen Markt hinausgingen, sodass eine Verweisung gemäß Art. 9 FKVO an das Bundeskartellamt nicht in Betracht komme. Das Zusammenschlussvorhaben würde auch Gebiete außerhalb Deutschlands tangieren, unter anderem Teile Belgiens und der Niederlande sowie Gebiete im Nordosten von Frankreich. Nach Auffassung der Europäischen Kommission besteht ein bedeutender grenzüberschreitender Handel mit Zement. Sie hatte bereits im Oktober 2013 mit Entscheidung nach Art. 6 Abs. 1 lit. c FKVO das Hauptprüfverfahren eingeleitet.¹²⁶

655. Eine Verweisung nach Art. 9 FKVO setzt unter anderem voraus, dass ein Markt in dem Antrag stellenden Mitgliedstaat betroffen ist, der alle Merkmale eines gesonderten Marktes aufweist. Als gesonderter Markt wird der Markt verstanden, der sich von anderen Märkten räumlich und sachlich abgrenzt und daher einen eigenständigen Markt bildet. Unter welchen Voraussetzungen ein räumlich gesonderter Markt vorliegt, wird in Art. 9 Abs. 7 FKVO definiert. Hiernach kommt es darauf an, ob die Wettbewerbsbedingungen auf dem betreffenden Gebiet hinreichend homogen sind und sich von denen in benachbarten Gebieten unterscheiden. Wesentliche Kriterien bei der Beurteilung sind z. B. das Vorhandensein von Zutrittsschranken, besondere Verbrauchergewohnheiten sowie unterschiedliche Marktanteile oder Preise. Nach dem Wortlaut des Gesetzes muss der gesonderte Markt ein Markt „in“ dem Antrag stellenden Mitgliedstaat sein. Ferner spricht der Ausnahmecharakter der Verweisungsregelung in Art. 9 FKVO dafür, dass der gesonderte Markt nicht über das Gebiet eines Mitgliedstaats hinausgehen darf. Dementsprechend hat die

¹²⁵ Der Beschluss ist noch nicht veröffentlicht. Vgl. EU-Kommission, Pressemitteilung vom 6. Januar 2014, IP/14/2.

¹²⁶ Vgl. EU-Kommission, Pressemitteilung vom 22. Oktober 2013, IP/13/986.

Europäische Kommission in der Vergangenheit häufig Verfahren an die nationalen Wettbewerbsbehörden abgegeben, wenn die betroffenen Märkte lokaler oder regionaler Natur waren; sie hat jedoch auch Fälle verwiesen, die Auswirkungen auf national abgegrenzten Märkten erwarten ließen.

656. Zementmärkte werden – insbesondere aufgrund der hohen Transportkosten – traditionell lokal oder regional abgegrenzt. Dieser Umstand hätte an sich eine Verfahrensabgabe an das Bundeskartellamt nahe gelegt. Die Feststellungen der Europäischen Kommission zu grenzüberschreitenden Zementlieferungen führen allerdings dazu, dass nicht mehr sämtliche Voraussetzungen für eine Verweisung erfüllt sind, denn die betroffenen Märkte beschränken sich offenbar nicht auf das Gebiet des Antrag stellenden Mitgliedstaats. Gegen eine Verfahrensabgabe könnte außerdem angeführt werden, dass der beschriebene Zusammenschluss von Holcim und Cemex mit einem weiteren Zusammenschlussvorhaben in Verbindung stehe, in dessen Rahmen Cemex die Kontrolle über die Gesamtheit des tschechischen und spanischen Geschäfts von Holcim in den Bereichen Zement, Transportbeton und Zuschlagstoffe übernehmen werde.¹²⁷ Da letztere Transaktion die Umsatzschwellen der FKVO unterschreitet, ist an sich die Zuständigkeit der nationalen Wettbewerbsbehörden in Tschechien und Spanien eröffnet. Allerdings hat Spanien – anders als Tschechien – die Verweisung des Verfahrens an die Europäische Kommission beantragt; diese hat der Verfahrensabgabe zugestimmt. In einer solchen Konstellation erscheint die Europäische Kommission als die am besten geeignete Wettbewerbsbehörde, da sie nunmehr beide Vorhaben – jedenfalls teilweise – gemeinsam würdigen kann.

2.3.2 Verweisungsanträge im Mobilfunkmarkt

657. In dem Verfahren Hutchison 3G Austria/Orange Austria, das den Mobilfunkmarkt in Österreich betraf und nach Durchführung der zweiten Verfahrensphase gemäß Art. 8 Abs. 2 FKVO unter Bedingungen und Auflagen freigegeben wurde, hatte die österreichische Bundeswettbewerbsbehörde einen Antrag nach Art. 9 Abs. 2 lit. a FKVO gestellt.¹²⁸ Ihrer Ansicht nach drohte durch den Zusammenschluss eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung auf dem österreichischen Telekommunikationsmarkt unter zwei Gesichtspunkten. Erstens würde ein Wettbewerber aus dem ohnehin schon hoch konzentrierten Markt austreten. Da beide Parteien vor dem Zusammenschluss als Preisbrecher im Markt aufgetreten seien, bestehe die Gefahr, dass das neue Unternehmen nach dem Zusammenschluss weniger Anreize zu einer aggressiven Preispolitik haben werde. Zweitens sah die Bundeswettbewerbsbehörde bereits vor dem Zusammenschluss Anzeichen für eine Koordinierung im Markt und hielt es für wahrscheinlich, dass ein entsprechendes Verhalten durch den Zusammenschluss einfacher werden würde.

658. Die Europäische Kommission traf in den gesetzlich festgelegten Fristen keine Entscheidung nach Art. 9 Abs. 3 FKVO über die Verweisung oder Nichtverweisung des Verfahrens. Gemäß Art. 9 Abs. 5 FKVO gilt in einem solchen Fall zwar – unter bestimmten weiteren Voraussetzungen – die unwiderlegbare Vermutung, dass die Europäische Kommission das Verfahren an den Antrag stellenden Mitgliedstaat abgegeben hat. Dies setzt allerdings eine Erinnerung durch den jeweiligen Mitgliedstaat voraus, welche hier unterblieben war. Auf diesen Umstand weist die Europäische Kommission in ihrer Freigabeentscheidung gemäß Art. 8 Abs. 2 FKVO lediglich kurz hin: Da die nationale Wettbewerbsbehörde keine Erinnerung übermittelt habe, sei die Europäische Kommission zu dem Schluss gekommen, das Zusammenschlussvorhaben selbst zu untersuchen.¹²⁹

659. Den Verweisungsantrag in dem Fall Telefónica/E-Plus lehnte die Europäische Kommission – nach entsprechender Erinnerung seitens des Bundeskartellamtes – mit Entscheidung gemäß Art. 9 Abs. 3 FKVO ab.¹³⁰ Nach Auffassung des Amtes drohte das Vorhaben, den Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt für

¹²⁷ Vgl. EU-Kommission, Pressemitteilung vom 22. Oktober 2013, IP/13/986 und Pressemitteilung vom 18. Oktober 2013, IP/13/977.

¹²⁸ EU-Kommission, Entscheidung vom 12. Dezember 2012, COMP/M.6497, Tz. 23 ff.

¹²⁹ EU-Kommission, Entscheidung vom 12. Dezember 2012, COMP/M.6497, Tz. 27.

¹³⁰ Die Entscheidung war bis Redaktionsschluss noch nicht veröffentlicht; vgl. EU-Kommission, Pressemitteilung vom

Mobilfunkdienstleistungen und auf dem Vorleistungsmarkt für Zugang und Verbindungsaufbau zu Mobilfunknetzen in Deutschland erheblich zu beeinträchtigen. Die Europäische Kommission begründete ihre ablehnende Entscheidung zum einen mit der Notwendigkeit, eine einheitliche Anwendung der Fusionskontrollvorschriften im Mobilfunksektor zu gewährleisten. Zum anderen führte sie ihre Erfahrung mit der Prüfung von Zusammenschlüssen in dieser Branche an, wobei sie unter anderem auf die Fälle Hutchison 3G Austria/Orange Austria und Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV sowie die laufende Prüfung des Vorhabens Hutchison 3G UK/Telefónica Ireland verwies. Einen weiteren Mobilfunk-Zusammenschluss hatte die Europäische Kommission bereits im Jahr 2010 trotz eines Verweisungsantrags aus Großbritannien selbst abgeschlossen. Das Vorhaben T-Mobile/Orange war am 11. Januar 2010 angemeldet, der Verweisungsantrag am 3. Februar 2010 gestellt worden. Am 8. Februar 2010 hatten die Zusammenschlussparteien Zusagen angeboten, worauf die Europäische Kommission am 1. März 2010 in der ersten Verfahrensphase eine Freigabeentscheidung nach Art. 6 Abs. 1 lit. b i. V. m. Abs. 2 FKVO traf. Am selben Tag wurde der Verweisungsantrag zurückgenommen.

660. Ein Mitgliedstaat kann einen Verweisungsantrag nach Art. 9 Abs. 2 lit. a FKVO stellen, wenn ein Zusammenschluss den Wettbewerb auf einem Markt in diesem Mitgliedstaat, der alle Merkmale eines gesonderten Marktes aufweist, erheblich zu beeinträchtigen droht. Selbst wenn die genannten Voraussetzungen auch nach Auffassung der Europäischen Kommission vorliegen, hat diese bei ihrer Entscheidung über die Verweisung oder Nichtverweisung einen Ermessensspielraum. Dies ergibt sich schon aus der Formulierung des Art. 9 Abs. 1 FKVO, wonach die Kommission bei Vorliegen der Verweisungs Voraussetzungen den angemeldeten Zusammenschluss an die zuständigen Behörden des betreffenden Mitgliedstaates verweisen „kann“.

661. Für die Entscheidung über die Verweisung oder Nichtverweisung ist laut Mitteilung der Europäischen Kommission maßgeblich, welche Wettbewerbsbehörde am besten geeignet ist, den in Rede stehenden Zusammenschluss zu prüfen.¹³¹ Aspekte, die hierbei zu berücksichtigen sind, sind unter anderem der wirtschaftliche und wettbewerbliche Schwerpunkt der Transaktion, die Marktkenntnis der jeweiligen Wettbewerbsbehörden, Art und Umfang ihrer Prüfungsmöglichkeiten sowie ihre Fähigkeit, effiziente Maßnahmen zu ergreifen. In der bisherigen Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission ist eine gewisse Tendenz zu erkennen, eher Fälle an die nationalen Wettbewerbsbehörden zu verweisen, in denen die betroffenen Märkte lokale oder regionale Züge aufweisen. Zum einen ist eine gemeinschaftsweite Bedeutung derartiger Zusammenschlussvorhaben eher unwahrscheinlich. Zum anderen existieren oftmals lokale oder regionale Besonderheiten des Marktes, die der nationalen Wettbewerbsbehörde besser bekannt sein dürften. Gegebenenfalls ist sie in derartigen Fällen auch in der Lage, gezielter zu ermitteln. In der Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission wurden jedoch auch Zusammenschlussvorhaben mit drohenden Auswirkungen auf national abgegrenzte Märkte an die mitgliedstaatlichen Behörden abgegeben. Allerdings betonte die Europäische Kommission in mehreren Fällen die Gemeinschaftsrelevanz oder die Notwendigkeit einer einheitlichen Beurteilung des Vorhabens und beurteilte den jeweiligen Zusammenschluss selbst.

662. Die Gründe, welche die Europäische Kommission für die Ablehnung des Verweisungsantrags in dem Fall Telefónica/E-Plus nennt – Erfahrungen der Europäischen Kommission bei der Beurteilung von Zusammenschlüssen im Mobilfunksektor und Wahrung der einheitlichen Anwendung der Fusionskontrollregeln auf den Mobilfunkmärkten – sind sehr allgemein gefasst; mit einer entsprechenden Begründung könnte die Europäische Kommission wohl sämtliche Verweisungsanträge der Mitgliedstaaten ablehnen. Sie hat zum einen seit Inkrafttreten der FKVO Zusammenschlüsse in einer Vielzahl von Branchen geprüft und könnte sich daher (fast) immer auf entsprechende Erfahrungen auf den betroffenen sachlichen Märkten berufen. Zum anderen bildet das Bestreben nach einer einheitlichen Anwendung der Fusionskontrollregeln einen

30. Januar 2014, IP/14/95.

¹³¹ EU-Kommission, Mitteilung der Kommission über die Verweisung von Fusionssachen, ABl. EU C 56 vom 5. März 2005, S. 2, Tz. 5.

Teilaspekt des One-stop-shop-Prinzips ab, das der FKVO zugrunde liegt und grundsätzlich bei jeder Entscheidung über eine Verweisung nach Art. 9 FKVO gegen eine Verfahrensabgabe angeführt werden könnte.

663. In den genannten Fällen Hutchison 3G Austria/Orange Austria sowie Telefónica/E-Plus ist nicht auszuschließen, dass für die Ablehnung der Verweisungsanträge im Berichtszeitraum auch der Umstand bedeutend war, dass die Europäische Kommission die Regulierungs- und Wettbewerbspolitik in der europäischen Telekommunikationsbranche maßgeblich mitbestimmen und ihre diesbezüglichen Vorstellungen auch im Rahmen etwaiger Zusammenschlüsse einfließen lassen will. Insoweit könnte insbesondere das Verfahren Telefónica/E-Plus einen Präzedenzfall für die Frage darstellen, ob die Europäische Kommission auf nationalen Telekommunikationsmärkten eine Verringerung von vier auf drei Wettbewerber im Wege der Fusion zulässt.

664. Allerdings bleibt festzuhalten, dass der Europäischen Kommission im Rahmen der Entscheidung über einen Verweisungsantrag nach Art. 9 FKVO ein Ermessensspielraum zusteht und ein Ermessensfehlgebrauch in den vorliegenden Fällen nicht festzustellen ist. Kritik gegenüber diesem Ermessensspielraum, die auf der Befürchtung gründet, die Europäische Kommission könne sich bei ihrer Entscheidung zu sehr von industriepolitischen Aspekten leiten lassen und damit wichtige Grundsätze nationaler Ordnungspolitik zugunsten der europäischen Integration unberücksichtigt lassen, erscheint nach einem Blick auf die Fallpraxis jedenfalls derzeit nicht begründet. Laut Statistik der Europäischen Kommission wurden von 1990 bis Ende 2013 von 103 Verweisungsanträgen nach Art. 9 FKVO 82 positiv und 6 negativ beschieden. Daneben er suchten die jeweiligen Zusammenschlussparteien von 2004 bis Ende 2013 gemäß Art. 4 Abs. 4 FKVO in 91 Fällen um eine Verweisung an die nationale Wettbewerbsbehörde. In demselben Zeitraum erging keine einzige ablehnende Entscheidung. Darüber hinaus ist daran zu erinnern, dass einzelne Mitgliedstaaten immer wieder Bestrebungen zeigen, bei Zusammenschlüssen nationale Lösungen bis hin zur Bildung von sogenannten „national champions“ zu fördern. Nach Auffassung der Monopolkommission kann die Europäische Kommission ein erforderliches Gegengewicht zu derartigen Bestrebungen bilden, sofern ihre Zuständigkeit als Wettbewerbsbehörde gegeben ist.¹³²

2.3.3 Reform des Verweisungsregimes

665. Die Generaldirektion Wettbewerb hat am 25. Juni 2013 ein Konsultationspapier¹³³ zur Weiterentwicklung der FKVO veröffentlicht, in dem sie neben der Zuständigkeitserweiterung der Europäischen Kommission auf Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb eine Reform des Verweisungsregimes vorschlägt. Im Konsultationspapier wird konstatiert, dass Bedarf für eine Verfahrenserleichterung und -beschleunigung bezüglich der Verweisungen an die Europäische Kommission besteht. So sollen die Zusammenschlussparteien künftig ihre Anmeldung (mit dem Verweisungsantrag) nicht mehr an die originär zuständigen nationalen Wettbewerbsbehörden, sondern direkt an die Europäische Kommission richten. Außerdem wird eine Fristverkürzung für die Ausübung des Vetorechts der Mitgliedstaaten von 15 auf 10 Arbeitstage vorgeschlagen.

666. Bei Verweisungsanträgen eines oder mehrerer Mitgliedstaaten nach Art. 22 FKVO soll sich die Kompetenz der Europäischen Kommission künftig nicht mehr auf das Hoheitsgebiet dieses/dieser Mitgliedstaaten beschränken, sondern auf das Gebiet der EU ausgedehnt werden, sofern kein anderer originär zuständiger Mitgliedstaat ein Veto einlegt. Bislang war die Zuständigkeit der Europäischen Kommission auf die Mitgliedstaaten begrenzt, die einen Verweisungsantrag gestellt oder sich diesem ausdrücklich angeschlossen hatten. Insoweit stellen sich verschiedene Verfahrensfragen für den Fall, dass ein nicht antragstellender, aber zuständiger Mitgliedstaat bereits eine Entscheidung auf Grundlage seines nationalen Fusionskontrollrechts getroffen hat.

¹³² Vgl. Monopolkommission, XVI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 601 ff., 603.

¹³³ Europäische Kommission, Commission Staff Working Document - Towards more effective EU merger control, SWD(2013) 239 final, Brüssel, 25. Juni 2013.

667. Das Bundeswirtschaftsministerium und das Bundeskartellamt begrüßen die Verfahrensvereinfachung bei Verweisungen an die Europäische Kommission grundsätzlich.¹³⁴ Allerdings fordern sie entsprechende Regelungen für Verweisungen an die nationalen Wettbewerbsbehörden. Hier soll die Anmeldung samt Verweisungsantrag künftig direkt an die nationale Wettbewerbsbehörde gerichtet werden können. Außerdem sollen die materiellen Anforderungen an Verweisungen auf Antrag der beteiligten Unternehmen oder eines Mitgliedstaats erleichtert werden. Das bisherige Kriterium in Art. 4 Abs. 4 und Art. 9 FKVO der „erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung“ in einem Markt innerhalb eines Mitgliedstaats, der alle Merkmale eines gesonderten Marktes aufweist, führe zu erheblicher Rechtsunsicherheit und halte Unternehmen von der Antragstellung ab. Künftig soll es deshalb genügen, dass sich „der Zusammenschluss vor allem in einem Mitgliedstaat wettbewerbslich auswirke“.

668. Die Monopolkommission befürwortet die geplante Vereinfachung des Verweisungsverfahrens sowohl in Hinsicht auf Art. 4 Abs. 5 FKVO als auch bezüglich Art. 22 FKVO. Der Verzicht auf einen ausdrücklichen Antrag nach Art. 22 FKVO oder den ausdrücklichen Anschluss an einen solchen Antrag bedeutet eine erhebliche bürokratische Entlastung aufseiten der nationalen Wettbewerbsbehörden. Gleichzeitig dürfte die geplante Gesetzesänderung eine Politik des sogenannten forum shopping aufseiten der beteiligten Unternehmen erschweren. Positiv ist darüber hinaus zu bewerten, dass die geplante Zuständigkeit der Europäischen Kommission für das gesamte Unionsgebiet das One-stop-shop-Prinzip stärkt. Mit der direkten Vorlage von Anmeldung und Verweisungsantrag bei der Europäischen Kommission, an die verwiesen werden soll, ist eine Verringerung des bürokratischen Aufwands für die Zusammenschlussparteien und die beteiligten Wettbewerbsbehörden verbunden. Zwar dürften diese Gründe gleichermaßen bei Anträgen auf Verweisung an einen Mitgliedstaat anzuführen sein. Allerdings ist insoweit zu berücksichtigen, dass die Europäische Kommission von solchen Verweisungsanträgen von Anfang an informiert sein muss, weil sie am besten in der Lage sein wird festzustellen, ob der angemeldete Zusammenschluss tatsächlich nur in diesem Mitgliedstaat oder auch in anderen Mitgliedstaaten wettbewerbsliche Auswirkungen hat. Nach Ansicht der Monopolkommission ist jedenfalls eine Vereinfachung der materiellen Voraussetzungen für eine Verfahrensabgabe an den jeweiligen Mitgliedstaat empfehlenswert. Die Annahme liegt nahe, dass die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen von der Antragstellung nach Art. 4 Abs. 4 FKVO dadurch abgehalten werden, dass sie als Voraussetzung für eine Verweisung darlegen müssen, dass ihr Vorhaben eine „erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung“ in einem Mitgliedstaat zur Folge haben wird. Die gegenwärtige Ausgestaltung der Verweisungsvoraussetzungen dürfte daher einer optimalen Zuständigkeitsverteilung abträglich sein. Ein Verzicht auf diese Voraussetzung würde ferner zu einer Entlastung der nationalen Wettbewerbsbehörden und der Europäischen Kommission führen, da der Begründungs- und Kontrollaufwand im Zusammenhang mit einem Verweisungsantrag erheblich vermindert würde. Damit wäre auch eine Verkürzung der Fristen für das Einreichen eines Antrags und die diesbezügliche Entscheidung möglich, was unter anderem den Zusammenschlussbeteiligten zugutekäme. Allerdings ist nach Einschätzung der Monopolkommission nicht damit zu rechnen, dass mit einer solchen materiellen Änderung der Verweisungsvoraussetzungen wesentlich mehr Anträge nach Art. 9 FKVO Erfolg haben werden. Maßgeblich für die Verweisungsentscheidung bleibt die Frage, welche Behörde am besten geeignet ist, den Fall zu prüfen. Zudem bleibt der Ermessensspielraum der Europäischen Kommission auch in Zukunft bestehen. Die Monopolkommission sieht auch keine Notwendigkeit, das Regelungsgefüge der FKVO hinsichtlich Zuständigkeitsverteilung und Verweisungsmöglichkeit grundsätzlich zugunsten einer vermehrten Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zu verschieben.

¹³⁴ Vgl. BMWi/BKartA, Schriftliche Stellungnahme des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie und des Bundeskartellamts zum Konsultationspapier der Generaldirektion Wettbewerb zu möglichen Verbesserungen in bestimmten Bereichen der EU-Fusionskontrollverordnung (FKVO), Berlin/Bonn, 17. September 2013.

2.4 Wettbewerbliche Beurteilung

669. Die weit überwiegende Zahl der Vorhaben, die im Berichtszeitraum zu wettbewerblichen Bedenken Anlass gaben und zu Entscheidungen nach Art. 6 Abs. 1 lit. b i. V. m. Abs. 2 oder Art. 8 FKVO führten, betrafen horizontale Zusammenschlüsse. Im Wesentlichen prüfte die Europäische Kommission horizontale Auswirkungen, z. B. in den Verfahren SCA Packaging/Georgia Pacific Europe, La Poste/Swiss Post/JV, Glencore/Xstrata sowie US Airways/American Airlines, Arla Foods/Milk Link und Syniverse/MACH.¹³⁵ In einer Reihe von Fällen traten neben horizontalen auch vertikale Effekte auf. Hierzu sind die Verfahren IAG/BMI, DS Smith/SCA Packaging, Südzucker/ED&F MAN sowie UTC/Goodrich und Outokumpu/Inoxum zu zählen. Nur vereinzelt, z. B. in den Verfahren GE/Avio und Telefónica/Vodafone/Everything Everywhere/JV, lag der Schwerpunkt der wettbewerblichen Prüfung auf den vertikalen Effekten des Zusammenschlussvorhabens. Konglomerate Auswirkungen prüfte die Europäische Kommission – soweit ersichtlich – nur ganz selten und lediglich der Vollständigkeit halber, z. B. in dem Verfahren Universal Music Group/EMI Music. Während des Berichtszeitraumes wurden im Wesentlichen nicht koordinierte Auswirkungen analysiert; in wenigen Fällen wie Universal Music Group/EMI Music ging die Europäische Kommission auch kurz der Frage nach koordinierten Effekten nach.

670. Die Europäische Kommission nahm in allen Fällen eine qualitative Analyse der Zusammenschluss-effekte vor. Die Marktanteile der Parteien sowie ihrer Konkurrenten spielten dabei nach wie vor eine wichtige Rolle. Daneben berücksichtigte die Europäische Kommission – in Anlehnung an die Horizontal-Leitlinien¹³⁶ – unter anderem die wettbewerbliche Nähe der Marktteilnehmer, die wettbewerbliche Dynamik der Zusammenschlussparteien, Ausweichmöglichkeiten der Abnehmer, bestehende Marktzutrittsschranken sowie das Vorliegen von gegengewichtiger Nachfragemacht. In einer Reihe von Verfahren traten neben qualitative auch quantitative Analysen.

671. Bemerkenswert häufig kam die Europäische Kommission während des Berichtszeitraums zu dem Schluss, dass ein Zusammenschluss zu einer Monopol- oder monopolartigen Stellung führen würde. Dies trifft z. B. auf die Untersagungsfälle Ryanair/Aer Lingus III und Deutsche Börse/NYSE Euronext zu, aber auch auf Zusammenschlüsse, die nach Art. 8 Abs. 2 FKVO unter Bedingungen und Auflagen erlaubt wurden wie Munksjö/Ahlstrom, UTC/Goodrich, Syniverse/MACH und J&J/Synthes. Selbst in dem Erste-Phase-Verfahren US Airways/American Airlines ermittelte die Europäische Kommission eine Monopolstellung der Parteien nach dem Zusammenschluss. In einer Reihe von Fällen stellte die Europäische Kommission sowohl in der ersten als auch in der zweiten Verfahrensphase ausdrücklich auf die Marktbeherrschung der beteiligten Unternehmen nach dem Zusammenschluss ab. Dies passierte z. B. in den Verfahren Kinnevik/Billerud/Korsnäs, Sony/Mubadala Development/EMI Music Publishing und DS Smith/SCA Packaging sowie in Outokumpu/Inoxum, Universal Music Group/EMI Music und Südzucker/ED&F MAN. Dagegen gab es – soweit ersichtlich – nur einen so genannten „Lückenfall“ in der zweiten Verfahrensphase. Es handelt sich um das Vorhaben Hutchison 3G Austria/Orange Austria, bei dem die Parteien auch nach dem Zusammenschluss nicht die Marktführerschaft auf dem österreichischen Mobilfunkmarkt erlangten.

672. Von besonderem Interesse ist schließlich, dass der Effizienzeinwand während des Berichtszeitraums in mehreren Fällen – z. B. in den Verfahren Deutsche Börse/NYSE Euronext und Hutchison 3G Austria/Orange Austria – geltend gemacht wurde. In dem Verfahren Deutsche Börse/NYSE Euronext hat die Europäische Kommission zum ersten Mal die vorgebrachten Effizienzen quantifiziert. In der Mehrzahl der Fälle lagen die Voraussetzungen des Effizienzeinwands nach Einschätzung der Europäischen Kommission nicht vor. In keinem Fall hat der Effizienzeinwand dazu geführt, dass die geäußerten Wettbewerbsbedenken vollständig ausgeräumt wurden.¹³⁷

¹³⁵ Hier sind auch Fälle aufgenommen, in denen die Prüfung vertikaler Auswirkungen nur ganz knapp erfolgte.

¹³⁶ EU-Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EU C 31 vom 5. Februar 2004, S. 5.

¹³⁷ Die Entscheidung in dem Verfahren UPS/TNT Express war bis zum Redaktionsschluss noch nicht veröffentlicht. Aus einer Rede des Wettbewerbskommissars Almunia geht hervor, dass die Europäische Kommission die geltend

2.4.1 Maßgebliches „Counterfactual“ und Sanierungsfusion

673. Die Europäische Kommission vergleicht bei der Beurteilung der wettbewerblichen Auswirkungen eines Zusammenschlusses die Wettbewerbssituation, die nach Durchführung des Vorhabens bestehen würde, mit der Situation ohne den Zusammenschluss.¹³⁸ Als Vergleichsmaßstab (sogenanntes counterfactual) für die zu erwartenden Wettbewerbsbedingungen werden überwiegend die zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses herrschenden Wettbewerbsbedingungen herangezogen. Ausnahmsweise berücksichtigt die Europäische Kommission bei der Ausgangssituation auch zukünftige Änderungen, die mit einiger Sicherheit erwartet werden können. In derartigen Fällen nimmt sie eine prospektive Betrachtung der aktuellen Wettbewerbssituation vor. Solche Änderungen können rechtliche oder faktische Gegebenheiten betreffen, z. B. den Marktein- oder -austritt eines Konkurrenten der Zusammenschlussparteien, die Fortentwicklung der gesetzlichen Rahmenbedingungen oder das Auslaufen von Patenten. Ein weiterer solcher Umstand ist der zu erwartende Marktaustritt eines der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen.

674. Die Konstellation, in der eine der Zusammenschlussparteien in absehbarer Zukunft aus dem Markt tritt, wird üblicherweise von der Europäischen Kommission unter dem Aspekt der Sanierungsfusion („failing firm defense“) berücksichtigt. Liegen die Voraussetzungen einer Sanierungsfusion vor, ist der Zusammenschluss nicht kausal für eine mögliche Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen und kann daher nicht verboten werden. Die Voraussetzungen einer Sanierungsfusion sind in den Horizontal-Leitlinien wie folgt niedergelegt:¹³⁹ Das Unternehmen, das einen Sanierungsfall darstellen soll, wäre aufgrund seiner finanziellen Probleme gezwungen, in naher Zukunft aus dem Markt auszuschcheiden, falls es nicht durch ein anderes Unternehmen übernommen wird. Ferner darf es zu dem angemeldeten Zusammenschluss keine weniger wettbewerbsschädliche Alternative geben. Schließlich ist erforderlich, dass ohne den Zusammenschluss die Vermögenswerte des gescheiterten Unternehmens zwangsläufig vom Markt genommen werden würden.

675. In dem Verfahren IAG/BMI, das den Passagierflugverkehr betraf, trugen die beteiligten Unternehmen vor, dass BMI ohne den geplanten Zusammenschluss aufgrund finanzieller Probleme zeitnah den Markt verlassen würde. Die Europäische Kommission machte in ihrer Entscheidung zu diesem Vorbringen gleich zweifach Ausführungen: zum einen bei der Darstellung des relevanten counterfactual, zum anderen in einem Abschnitt über das Vorliegen einer Sanierungsfusion. Inhaltlich deckten sich die Ausführungen weitgehend oder verwiesen aufeinander.

676. Die Europäische Kommission hielt es unter anderem aufgrund von Informationen aus internen Unterlagen der Muttergesellschaft Lufthansa für wahrscheinlich, dass BMI ohne den Verkauf an IAG kurzfristig insolvent gehen und aus dem Markt treten würde. Das Vorliegen einer Sanierungsfusion verneinte die Europäische Kommission indes trotzdem, weil ihren Ermittlungen zufolge die wichtigsten Vermögenswerte von BMI, die Start- und Landerechte (sogenannte Slots) am Flughafen London-Heathrow, auch bei einer Insolvenz von BMI den Markt nicht verlassen würden. Vielmehr könnte ein Teil dieser Slots vor der Insolvenz verkauft werden und die verbleibenden Slots würden mehrheitlich in den Slot-Pool des Flughafens zurückfallen. Anders als im Fall des Zusammenschlusses würde also auch bei einem Marktaustritt von BMI die Mehrzahl der Slots nicht ohne Weiteres auf IAG übergehen. Durch die Verfügbarkeit dieser Slots für potenzielle Wettbewerber würden die Marktzutrittsschranken am Flughafen London-Heathrow erheblich gesenkt und das Entstehen monopolistischer Positionen von BMI/IAG auf verschiedenen Strecken verhindert. Im Verlauf des Zusammenschlussverfahrens hatten zudem mehrere Fluggesellschaften ihr Interesse am Erwerb der Slots und am Markteintritt auf bestimmten Strecken von und nach London-Heathrow geäußert. Die Europäische Kommission hielt es deshalb für wahrscheinlich, dass die aufgrund des Zusammen-

gemachten Effizienzen zumindest zum Teil anerkannt hat; vgl. Almunia, J., Introductory remarks on UPS/TNT Express, Brüssel, Speech/13/84 vom 30. Januar 2013.

138 EU-Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EU C 31 vom 5. Februar 2004, S. 5, Tz. 9.

139 Ebenda, Tz. 645. ff.

schlusses zu erwartenden negativen wettbewerblichen Auswirkungen ohne den Zusammenschluss nicht in derselben Weise eintreten würden und gab das Vorhaben nur unter Bedingungen und Auflagen frei.

677. In der bisherigen Amtspraxis der Europäischen Kommission wurde der Einwand der Sanierungsfusion lediglich unter diesem Aspekt geprüft. Die Frage des counterfactual hingegen spielte bislang nur eine sehr untergeordnete Rolle. Tatsächlich sind beim Vorliegen einer Sanierungsfusion auch die Voraussetzungen dafür erfüllt, dass bei der wettbewerblichen Beurteilung eine prognostische Betrachtung der maßgebenden Ausgangslage vorgenommen wird. Allerdings ist eine zweifache, weitgehend deckungsgleiche Befassung mit dem Aspekt der Sanierungsfusion – wie in der vorliegenden Verfügung – redundant. Es erscheint vielmehr vorzugswürdig, die entsprechenden Ausführungen in der Fusionskontrollentscheidung zusammenzufassen und an den Voraussetzungen einer Sanierungsfusion auszurichten. Für Letzteres spricht, dass das Instrument der Sanierungsfusion in der Amtspraxis der Europäischen Kommission seit Langem etabliert ist und ihre Voraussetzungen sich in der Entscheidungspraxis kontinuierlich entwickelt und bewährt haben. Diese Voraussetzungen sind konkreter und zum Teil strenger gefasst als die Erfordernisse einer prognostischen Betrachtung des counterfactual. Während in den Horizontal-Leitlinien drei konkrete Erfordernisse für das Vorliegen einer Sanierungsfusion niedergelegt sind, muss für eine prognostische Betrachtung der Ausgangslage vor dem Zusammenschluss lediglich „eine zukünftige Änderung im Markt mit einiger Sicherheit erwartet werden können“. Ein strengerer Maßstab gilt bei der Sanierungsfusion insbesondere hinsichtlich der zeitlichen Dimension. So genügt für eine prognostische Betrachtung der Ausgangslage schon eine „zukünftige Änderung“, während eine Sanierungsfusion den Marktaustritt des betreffenden Unternehmens „in naher Zukunft“ erfordert.

678. Während des Berichtszeitraums wurde der Einwand der Sanierungsfusion außerdem in den Fällen Nynas/Shell/Harburg Refinery sowie Aegean Airlines/Olympic Air II erhoben.¹⁴⁰ Beide Fälle wurden in der zweiten Verfahrensphase ohne Bedingungen und Auflagen freigegeben, da die Europäische Kommission das Vorliegen aller Voraussetzungen einer Sanierungsfusion bejahte. Wie das Zusammenschlussvorhaben IAG/BMI betraf auch die Transaktion Aegean Airlines/Olympic Air II den Passagierflugverkehr. Im Unterschied zu dem erstgenannten Verfahren gab es nach den Ermittlungen der Europäischen Kommission allerdings im Fall Aegean Airlines/Olympic Air II keine ernst zu nehmenden Interessenbekundungen für die Übernahme der von Olympic Air gehaltenen Slots. Daraus folgte die Wettbewerbsbehörde, dass im Falle eines Scheiterns des Zusammenschlussvorhabens auch die Start- und Landerechte von Olympic Air vollständig aus dem Markt ausscheiden würden. Der Vergleich der Zusammenschlussfälle, die beide die Märkte für Passagierflugverkehr betreffen, zeigt, dass auch beim Einwand der Sanierungsfusion stets eine Einzelfallprüfung notwendig ist. Selbst wenn dieselben sachlichen Märkte berührt sind, kann die Frage, ob aktuelle oder potenzielle Wettbewerber existieren, die am Erwerb der vorhandenen Vermögenswerte des insolventen Unternehmens interessiert sind, unterschiedlich zu beantworten sein. Dies dürfte selbst dann gelten, wenn dieselben sachlichen und räumlichen Märkte betroffen sind. Denn die Vermögenswerte zweier Unternehmen auf denselben Märkten können aus der Sicht potenzieller Käufer unterschiedlich wertvoll und attraktiv sein.

2.4.2 Gegengewichtige Nachfragemacht der Abnehmer und Verhandlungsmacht der Zusammenschlussparteien

679. Hat die Europäische Kommission wettbewerbliche Bedenken gegen ein Zusammenschlussvorhaben, können diese unter anderem dadurch ausgeräumt werden, dass die Abnehmer der Zusammenschlussparteien über ausreichende gegengewichtige Nachfragemacht verfügen. Nach den Horizontal-Leitlinien ist gegengewichtige Nachfragemacht als die Verhandlungsmacht anzusehen, die ein Käufer gegenüber seinem Lieferanten angesichts seiner Größe, seiner wirtschaftlichen Bedeutung für den Verkäufer und seiner Fähigkeit ausspielen kann, zu anderen Lieferanten überzuwechseln.¹⁴¹ Nachfragemacht kann sich ferner in der

¹⁴⁰ Beide Entscheidungen sind bislang nicht veröffentlicht; vgl. EU-Kommission, Pressemitteilung vom 2. September 2013, IP/13/804 und Pressemitteilung vom 9. Oktober 2013, IP/13/927.

¹⁴¹ EU-Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die

glaubwürdigen Drohung widerspiegeln, sich in den vorgelagerten Markt vertikal zu integrieren oder einen Marktzutritt Dritter im vorgelagerten Markt zu fördern.

680. Die Europäische Kommission hat sich im Berichtszeitraum in mehreren Zusammenschlussfällen mit dem Aspekt der gegengewichtigen Nachfragemacht befasst. Beispiele dafür sind die Erste-Phase-Verfahren DS Smith/SCA Packaging, Kinnevik/Billerud/Korsnäs, FrieslandCampina/Zijerveld & Veldhuyzen und den Hollander, Norsk Hydro/Orkla/JV, McCain Foods Group/Lutosa Business, Baxter International/Gambro sowie Crane Co/Mei Group. In der zweiten Verfahrensphase sind die Fälle UTC/Goodrich und Hutchison 3G Austria/Orange Austria zu nennen.

681. In keinem dieser Fälle hat die – i. d. R. von den Parteien eingeführte – Argumentation der gegengewichtigen Nachfragemacht dazu geführt, dass die von der Europäischen Kommission vorgebrachten Wettbewerbsbedenken beseitigt wurden. Maßgeblich hierfür waren im Wesentlichen zwei Gründe: Zum einen stellte die Europäische Kommission in mehreren Fällen fest, dass nach Durchführung des Zusammenschlusses allenfalls einzelne Nachfrager oder einzelne Nachfragergruppen eine gewisse Nachfragemacht ausüben könnten. Dies genügt ihrer Auffassung nach jedoch nicht, um die Gefahr negativer Wettbewerbswirkungen abzuwehren. Denn Abnehmer oder Abnehmergruppen ohne entsprechende Nachfragemacht wären nicht in demselben Maß vor den erwarteten negativen Auswirkungen der geplanten Transaktion, insbesondere vor Preiserhöhungen, geschützt. Nach Auffassung der Europäischen Kommission muss daher stets gewährleistet sein, dass Wettbewerbsbeeinträchtigungen für die Gesamtheit aller Nachfrager ausgeschlossen sind. Zum anderen argumentierte die Europäische Kommission damit, dass gegengewichtige Nachfragemacht nicht nur vor dem Zusammenschluss bestehen müsse, sondern auch danach. Diese Voraussetzung sah sie in den genannten Fällen nicht als erfüllt an.

682. In diesem Zusammenhang ist der Fall McCain Foods Group/Lutosa Business von besonderem Interesse. Obwohl nach den Ermittlungen der Europäischen Kommission 90 Prozent der Verkäufe von Tiefkühl-Kartoffel-Produkten auf nur drei Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels entfielen, lagen ihrer Ansicht nach die Voraussetzungen für ausreichende gegengewichtige Nachfragemacht nicht vor. Selbst in diesem Fall argumentierte die Europäische Kommission damit, dass nach dem Zusammenschluss nicht sämtliche Nachfrager vor negativen Wettbewerbswirkungen geschützt wären. Als weiteren Grund führte sie allerdings auch den Umstand an, dass es sich bei den betroffenen Produkten der Zusammenschlussparteien um sogenannte Must-have-Produkte handelte, auf welche die Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels auch nach dem geplanten Zusammenschluss nicht verzichten könnten.

683. Das Verfahren McCain Foods Group/Lutosa Business zeigt, dass die Europäische Kommission das Vorliegen gegengewichtiger Nachfragemacht in der Fusionskontrolle selbst dann verneint, wenn lediglich drei Nachfrager 90 Prozent des Einkaufsvolumens auf sich vereinigen. Für betroffene Unternehmen erscheint daher eine Argumentation mit gegengewichtiger Nachfragemacht am ehesten erfolgversprechend, wenn die vom Zusammenschluss betroffenen Märkte eine Struktur mit wenigen großen Nachfragern, die das gesamte Einkaufsvolumen auf sich vereinigen, aufweisen. Da diese Situation eher selten vorliegen dürfte, ist davon auszugehen, dass es nur einen sehr kleinen Anwendungsbereich für eine entsprechende Argumentation der Zusammenschlussbeteiligten gibt.

684. Das Zusammenschlussverfahren Arla Foods/Milk Link wirkte sich auf mehreren Märkten für Milchprodukte aus. Die Europäische Kommission stellte fest, dass der Zusammenschluss der beiden größten britischen H-Milch-Anbieter zu sehr hohen gemeinsamen Marktanteilen geführt hätte und gab das Vorhaben in der ersten Verfahrensphase nur unter Bedingungen und Auflagen frei. In Bezug auf andere untersuchte Märkte, unter anderem den Markt für den Verkauf von Käse niederländischen Typs an den niederländischen Einzelhandel, hat die Europäische Kommission hingegen keine Wettbewerbsbedenken geäußert. Die beteiligten Unternehmen hatten insoweit vorgebracht, dass große Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels ausreichende Nachfragemacht ausüben könnten, um künftige Preiserhöhungen seitens der Zusammen-

schlussparteien zu verhindern. Die Europäische Kommission bewertete dieses Argument der Parteien zwar für sich alleine als nicht ausreichend, um Wettbewerbsbedenken zu beseitigen. Zusammen mit anderen Umständen des Falles reduziere die starke Position des Einzelhandels allerdings die Wahrscheinlichkeit einer Preiserhöhung durch die Parteien nach Durchführung des Zusammenschlusses. Die Ermittlungen der Europäischen Kommission hatten erstens ergeben, dass Albert Heijn, das größte Einzelhandelsunternehmen in den Niederlanden, die Beschaffungsstrategie verfolgte, unter Umgehung des Großhandels direkt bei den Herstellern einzukaufen. Als Folge dieser Strategie sei das Einkaufsvolumen von Albert Heijn bei FrieslandCampina in den letzten Jahren deutlich gesunken. Zweitens konnte die Europäische Kommission ermitteln, dass in Folge von Preiserhöhungen nach dem Zusammenschluss Friesland Foods/Campina im Jahr 2008 die Handelsunternehmen Marktzutritte von Herstellern unterstützt hatten. Die Europäische Kommission hielt es daher für wahrscheinlich, dass derartige Strategien auch nach dem aktuellen Zusammenschluss gewählt werden würden und erfolgreich sein könnten.

685. Zwar erkannte die Europäische Kommission im vorliegenden Fall gewisse Indizien für das Vorliegen gegengewichtiger Nachfragemacht an. In diesem Zusammenhang ist festzustellen, dass es für zusammenschlussbeteiligte Unternehmen vor allem hilfreich ist, wenn sie Beispiele aus der jüngeren Vergangenheit dafür anführen können, dass Kunden ihre Einkaufsstrategie ändern konnten, sodass Preiserhöhungen nicht möglich waren oder wieder rückgängig gemacht werden mussten. Allerdings ist auch zu konstatieren, dass die Europäische Kommission das Argument der gegengewichtigen Nachfragemacht alleine auch hier nicht für ausreichend erachtete, um die Wettbewerbsbedenken auszuräumen. Vielmehr hat erst die Gesamtbetrachtung mehrerer Umstände ergeben, dass negative Wettbewerbsauswirkungen auf dem betroffenen Markt wahrscheinlich nicht eintreten würden.

686. Auch in dem Verfahren Universal Music Group/EMI Music, das sich auf den Großhandel für physische und insbesondere für digitale Tonträger auswirkte, prüfte die Europäische Kommission den Aspekt der gegengewichtigen Nachfragemacht. Einen Schwerpunkt ihrer Untersuchung bildete allerdings die Frage, ob die Parteien nach dem Zusammenschluss über erhöhte Verhandlungsmacht verfügen würden. Dabei konzentrierte sich die Europäische Kommission auf den Großhandelsmarkt für digitale Musik. Auf diesem Markt stehen sich die Betreiber digitaler Musikhandelsplattformen und die Rechteinhaber der Musikstücke, d. h. die Musiklabels, gegenüber. Die Betreiber der Musikhandelsplattformen verpflichten sich, Lizenzgebühren an die Musiklabels für die Distribution der Musikstücke via digitaler Musikhandelsplattformen zu entrichten. Im Gegenzug entfallen die Wiederverkaufseinnahmen auf die Betreiber der digitalen Musikhandelsplattformen.

687. In ihren Analysen ging die Europäische Kommission der zentralen Fragestellung nach, ob sich die Größe eines Musiklabels in Form einer größeren Verhandlungsmacht auf die Fähigkeit auswirkte, gegenüber den digitalen Musikhandelsplattformen bessere Vertragskonditionen auszuhandeln. Dabei wurde implizit angenommen, dass die zuungunsten der digitalen Musikhandelsplattformen ausgehandelten Vertragskonditionen an die Endabnehmer weitergegeben werden würden.¹⁴² Anhand eines Vergleichs der jeweiligen Vereinbarungen zwischen den Zusammenschlussparteien und den digitalen Musikhandelsplattformen, der Ergebnisse aus der qualitativen Marktuntersuchung sowie interner Unterlagen der beteiligten Unternehmen stellte die Europäische Kommission zusammenfassend fest, dass größere Musiklabels vergleichsweise günstigere Vertragskonditionen mit den digitalen Musikhandelsplattformen aushandeln konnten als kleinere Musiklabels. Um diese Feststellung quantitativ zu verifizieren, unternahm die Europäische Kommission zusätzlich eine ökonometrische Analyse.

688. Die ökonometrische Analyse gründete sich auf Preis-, Lizenz- und Umsatzzahlen, welche von führenden Musiklabels einerseits und von Betreibern führender digitaler Musikhandelsplattformen anderer-

¹⁴² Vgl. Charles River Associates, Mergers and bargaining power: back to the future? Insights from the Universal/EMI merger, September 2013.

seits bereitgestellt¹⁴³ und auf deren Basis jeweils separate Analysen betrieben wurden.¹⁴⁴ Die Daten lagen für die 14 umsatzstärksten Länder der EFTA sowohl auf Monats- wie auch auf Jahresbasis, vornehmlich für den Zeitraum von 2009 bis 2011, vor. Mittels eines linearen Regressionsmodells und unter Verwendung panel-ökonometrischer Methoden schätzte die Europäische Kommission den durchschnittlichen Einfluss der Größe der Musiklabels auf die von ihnen mit den digitalen Musikhandelsplattformen ausgehandelten Konditionen.¹⁴⁵ Als ökonometrische Methoden verwendete sie zunächst das gängige Ordinary-Least-Squares-Schätzverfahren (OLS). Zum Zwecke der Robustheitsprüfung erweiterte sie sukzessiv das lineare Regressionsmodell um zeitinvariante Heterogenitätsfaktoren, den sogenannten fixen Effekten (FE), mit deren Hilfe die Einflüsse charakteristischer Merkmale – je nach Spezifikation – sowohl von einzelnen Jahren, einzelnen Ländern, einzelnen digitalen Musikhandelsplattformen wie auch von einzelnen Musiklabels¹⁴⁶ abgebildet werden konnten.¹⁴⁷ Eine solche Erweiterung gewährleistete im Vergleich zu einer Modellspezifizierung ohne FE eine präzisere Schätzung des Einflusses der Größe der Musiklabels, da bei einer nicht sachverhaltsgerechten Spezifizierung des Regressionsmodells generell Verzerrungen bei den ökonometrischen Schätzungen auftreten können. Um Verzerrungen aufgrund von etwaigen Fehlspezifikationen möglichst auszuschließen, wurden Schätzungen des ursprünglichen Regressionsmodells – ohne fixe Effekte – mithilfe von sogenannten Instrumentenvariablen (IV) durchgeführt, welche konsistente Schätzungen bei Fehlspezifikationen unter Verwendung geeigneter IV ermöglichen. Zudem nahm sie separate Schätzungen für die jeweils von den digitalen Musikhandelsplattformen übermittelten Datensätze vor, um zu prüfen, ob sich die ausgehandelten Vertragskonditionen in Bezug auf die Größe und damit auf die Verhandlungsmacht der digitalen Musikhandelsplattformen unterschieden. Fußend auf den entsprechenden Schätzungen, testete sie gleichzeitig, ob dieser Einfluss statistisch signifikant von Null verschieden war.

689. Die Ergebnisse der ökonometrischen Schätzungen waren nach Auffassung der Europäischen Kommission sowohl mit den qualitativen Analysen als auch mit den in den Verträgen enthaltenen Informationen kongruent. So sei quantitativ gezeigt worden, dass größere Musiklabels vergleichsweise bessere Vertragskonditionen mit den digitalen Musikhandelsplattformen abschließen konnten als kleinere Musiklabels. Gleichwohl konnte die Europäische Kommission sowohl für den Datensatz der Musiklabels wie auch für den der digitalen Musikhandelsplattformen einen statistisch signifikanten Einfluss der Größe von Musiklabels auf die ausgehandelten Konditionen nur feststellen, soweit in dem Regressionsmodell neben der Größe von Musiklabels keine zusätzlichen FE für die Musiklabels berücksichtigt worden waren. Auch sei anhand der separaten Schätzungen für die digitalen Musikhandelsplattformen dargelegt worden, dass die ausgehandelten Konditionen zugunsten der Musiklabels umso größer ausfielen, je kleiner die digitalen Musikhandelsplattformen waren. Im Ergebnis konstatierte die Europäische Kommission, dass der an-

143 So wurden sechs führende digitale Musikplattformen angefragt, Verkaufszahlen bezüglich der sieben erfolgreichsten Musiklabels je Land zu übermitteln. Zudem wurden die sechs führenden Musiklabels angefragt, Verkaufszahlen ihrer größten Kunden – digitale Musikhandelsplattformen und Mobilfunkunternehmen – je Land zu übermitteln. Letztere wurden darüber hinaus angefragt, einzelne Verkaufszahlen zu den 5.000 erfolgreichsten Musikstücken bereitzustellen.

144 Die Europäische Kommission sah die quantitative Analyse mit den Daten von den Musiklabels als Supplement zu der Analyse mit den Daten von den digitalen Musikhandelsplattformen, was der unterschiedlichen Datenqualität geschuldet gewesen sein soll.

145 Als Approximation für die Größe eines Unternehmens fungierte bei der Analyse mit den Daten von den digitalen Musikhandelsplattformen der jeweilige Anteil der Musiklabels am Gesamthandelsumsatz der jeweiligen digitalen Musikhandelsplattform je Land je Periode; die Fähigkeit, bessere Vertragskonditionen auszuhandeln, wurde jeweils durch die Relation der erzielten Lizenzeinnahmen der Musiklabels und ihrem auf den digitalen Musikhandelsplattformen erzielten Handelsumsatz je Land je Periode ausgedrückt. Bei der Analyse mit den Daten von den Musiklabels wurde die Größe durch die Anzahl an verkauften Alben oder Musikstücke approximiert, die Fähigkeit, bessere Vertragskonditionen auszuhandeln, wiederum durch den Verkaufspreis der Musikstücke an die Endabnehmer exklusive Vorauszahlungen und Rabatte.

146 FE für Musiklabels können dabei ausschließlich nur die Heterogenitäten zwischen Musiklabels erfassen, die zeitinvariant sind, d. h. z. B. charakteristische Musikrepertoires, welche über den gesamten Untersuchungszeitraum hinweg angeboten wurden.

147 Für OLS- und FE-Schätzungen bei Paneldaten vgl. Cameron, A.C./Trivedi, P.K., *Microeconometrics: Methods and Applications*, Cambridge 2005, S. 698 ff. und für IV-Schätzungen bei Paneldaten vgl. ebenda, S. 744 ff.

gemeldete Zusammenschluss entsprechend der zugrunde liegenden quantitativen Analyse sehr wahrscheinlich zu einer Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs auf den Märkten des Großhandels für digitale Musik in 24 Ländern der EFTA geführt hätte.

690. Die Monopolkommission hat auf Grundlage der vorliegenden Informationen teilweise Vorbehalte gegen die mit den ökonometrischen Schätzungen verbundene Interpretation. Diese beziehen sich auf die Begründungen der Europäischen Kommission zum Einfluss der Größe von Musiklabels auf die Fähigkeit, bessere Vertragskonditionen mit den digitalen Musikhandelsplattformen auszuhandeln. Es wurde ein statistisch signifikanter Einfluss von der Größe der Musiklabels nur in den Regressionsmodellen ausgewiesen, in denen keine zusätzlichen FE für die Musiklabels integriert worden waren, obgleich vonseiten der Europäischen Kommission die statistische Signifikanz der FE für die Musiklabels anerkannt wurde. Folglich hätte die Argumentation der Europäischen Kommission auf den Ergebnissen jener Modelle gründen müssen, welche zusätzlich FE für die Musiklabels einbezogen, um Schätzverzerrungen zu vermeiden. Da die Europäische Kommission jedoch auch IV-Schätzungen präsentierte, die solch etwaige Schätzverzerrungen korrigieren können und welche die Ergebnisse der grundlegenden OLS-Schätzungen in der Tendenz offenbar bestätigt haben, wäre ein deutlicher Verweis auf die IV-Schätzungen angebracht gewesen. Anstatt aber auf die IV-Schätzungen einzugehen, gründet die Europäische Kommission ihre Schlussfolgerung auf zwei Argumente, die aus Sicht der Monopolkommission als Referenz für zukünftige ökonometrische Analysen bedenklich erscheinen.

691. Zum einen sprach die Europäische Kommission den FE für die Musiklabels trotz statistischer Signifikanz eine zusätzliche substanzielle Erklärungskraft ab. Sofern sachverhaltsgerecht erachtete Einflussfaktoren als statistisch signifikant ausgewiesen werden, sind diese nach Auffassung der Monopolkommission sowohl bei weiteren ökonometrischen Modellschätzungen wie auch bei den sich ergebenden Schlussfolgerungen zu berücksichtigen. Zum anderen wurden die FE für die Musiklabels und die Approximationsvariable für die Größe von Musiklabels aufgrund von vermeintlich vorliegender Multikollinearität als Substitute betrachtet.¹⁴⁸ Nach Ansicht der Europäischen Kommission hätten daher anstelle der Approximationsvariable für die Größe von Musiklabels ebenso anhand der statistisch signifikant geschätzten FE Aussagen über die zu prüfende Hypothese getroffen werden können. Da mit FE – unabhängig von ihrem Dimensionsbezug – qua Definition zeitinvariante Heterogenitäten, in dem Fall zwischen den Musiklabels, in Regressionsmodellen reflektiert werden können, sich die Größe von Musiklabels jedoch auch in einem kurzen Zeitraum verändern kann und mit der eigens spezifizierten stetigen Variable für die Größe von Musiklabels bereits ein Proxy zur Erfassung derartiger zeitvarianter Heterogenitäten zwischen den Musiklabels zur Verfügung stand, erscheint weder ein inhaltlich naheliegender Bezug noch eine methodische Notwendigkeit für die unterstellte Substituierbarkeit beider Variablen ersichtlich. Eine auf statistischen Argumenten, in dem Fall auf Multikollinearität, gestützte Begründung sollte stets gegenüber einer auf kontextbezogenen Argumenten gestützten Begründung subsidiär sein. Die Bedeutung von Multikollinearität nimmt etwa i. d. R. mit steigendem Datenumfang und der daraus resultierenden höheren methodischen Schätzgenauigkeit ab, weshalb eine gemeinsame Berücksichtigung der eigens spezifizierten stetigen Variable für die Größe von Musiklabels und den FE als Proxy für zeitinvariante Merkmale von Musiklabels aus Gründen einer umfassenden Modellspezifikation ohnehin notwendig wird. Auch wenn aufgrund der sehr kurzen Zeitdimension der Paneldaten, des vorgenommenen Gewichtungsprozederes, der IV-Schätzungen sowie der Logarithmierung der Variablen die Datenvariation insgesamt erheblich eingeschränkt und dies wahrscheinlich ursächlich für die statistische Insignifikanz der Musiklabel-Größe in Regressionsmodellen gewesen war, in denen die Größe der Musiklabels und die FE für die Musiklabels gemeinsam enthalten waren, können beide Erklärungsgrößen nach Auffassung der Monopolkommission nicht denselben Sachverhalt reflektieren und als Substitute angesehen werden. Obgleich im Hinblick auf die Datenqualität und

¹⁴⁸ Multikollinearität bezeichnet einen sehr starken, aber nicht perfekten linearen Zusammenhang zwischen zwei oder mehr erklärenden Variablen in einem Regressionsmodell, was tendenziell zu insignifikanten Schätzungen der Einflüsse einer oder mehrerer erklärender Variablen führt; vgl. Wooldridge, J.M., *Introductory Econometrics: A Modern Approach* 2. Aufl., Cincinnati 2003, S. 95 ff.

-quantität eine solche Argumentation wie die der Europäischen Kommission äußerst plausibel erscheint, sollte für eine profunde Evaluierung stets auf falsifizierende Aspekte hingewiesen werden.

692. Darüber hinaus äußert die Monopolkommission Vorbehalte gegenüber der Vorgehensweise bei der Prüfung der Hypothese, inwieweit die Größe eines Musiklabels einen Einfluss auf dessen Verhandlungsmacht und damit auf die ausgehandelten Vertragskonditionen haben könnte. Hierzu wurde zunächst eine Korrelationsanalyse zwischen der Approximationsvariable für die Größe von Musiklabels und der Approximationsvariable für die Fähigkeit, bessere Vertragskonditionen auszuhandeln, separat für jeden einzelnen von den digitalen Musikhandelsplattformen bereitgestellten Datensatz vorgenommen. Anschließend erfolgten für dieselben Datensätze jeweils separat ökonometrische Schätzungen. Anhand eines visuellen Vergleichs der jeweils geschätzten Einflussniveaus wurden Rückschlüsse auf die zu prüfende Hypothese gezogen. Nach Auffassung der Monopolkommission erscheint ein solch visueller Vergleich nicht ausreichend, da die angeführten Ergebnisse auf unterschiedlichen Datenbeständen basierten und damit ein Testen auf statistische Signifikanz nur eingeschränkt möglich war. Insoweit erscheint die Entscheidungsfindung inkonsistent, sollte doch gerade anhand ökonometrischer Methoden eine statistische Verifizierung der Ergebnisse der qualitativen Analysen vorgenommen werden. Statt die gesamte zur Verfügung stehende Datenbasis a priori in kleinere Subdatenbestände zu separieren, hätten in dem grundlegenden Regressionsmodell – unter Verwendung des gesamten Datenbestandes – z. B. sogenannte Interaktionsterme integriert werden können. Mit Interaktionstermen, die in dem Fall dem Produkt aus der Approximationsvariable für die Größe von Musiklabels und binären Variablen zur Identifizierung der digitalen Musikhandelsplattformen entsprächen, wären statistische Testverfahren durchführbar gewesen.¹⁴⁹

693. Was den Aspekt der gegengewichtigen Nachfragemacht betrifft, machten die beteiligten Unternehmen unter anderem geltend, dass sie einer begrenzten Anzahl von starken Nachfragern wie Apple (i-tunes) und Amazon gegenüberstünden. Zudem sei die Bedeutung von Musikaufnahmen für diese Nachfrager angesichts einer Vielzahl alternativer Entertainment-Angebote in jüngerer Zeit gesunken. Darüber hinaus schwäche die zunehmende Musikpiraterie die Position der Zusammenschlussparteien zugunsten der Nachfrager. Die Europäische Kommission verneinte das Vorliegen von gegengewichtiger Nachfragemacht aus mehreren Gründen. Zum einen hätten die Parteien offenbar den Aspekt der gegengewichtigen Nachfragemacht im Sinn der Horizontal-Leitlinien mit der typischen Dynamik bei Vertragsverhandlungen zwischen verschiedenen Beteiligten verwechselt. So besage der Umstand, dass einige Nachfrager besonders aggressiv verhandelten, noch nicht, dass diese auch über Nachfragemacht verfügen. Die Parteien hätten ferner nicht dargelegt, in welcher konkreten Weise ihre Abnehmer gegengewichtige Nachfragemacht ausüben könnten. Nach Ansicht der Europäischen Kommission fehlte es jedenfalls an der Möglichkeit der Abnehmer, glaubhaft mit einem Lieferantenwechsel, einer vertikalen Integration oder dem Aufbau eines neuen Wettbewerbers zu drohen. Mit Verweis auf ihre – oben dargestellten – Ermittlungen zur Verhandlungsmacht der Zusammenschlussparteien konstatierte sie außerdem, dass kleinere Kunden der Marktmacht der Parteien stärker ausgesetzt wären als größere Abnehmer. Insoweit kam hier erneut der Aspekt zum Tragen, demzufolge das Vorliegen gegengewichtiger Nachfragemacht nur dann berücksichtigt werden kann, wenn sämtliche Nachfrager von ihr profitieren.

2.4.3 Quantitative Analysen

694. Der verstärkte ökonomische Ansatz (more economic approach), der im europäischen Kartellrecht seit den 1990er Jahren verfolgt wird, hat sich während des Berichtszeitraums auch bei der Anwendung der Fusionskontrollvorschriften niedergeschlagen. Eine wesentliche Entwicklung im Berichtszeitraum 2012/2013 betrifft die stärkere Einbindung theoretischer und empirischer Analysen auf Basis ökonomischer Modelle in die fusionskontrollrechtliche Entscheidungsfindung. Im aktuellen Berichtszeitraum hat die

¹⁴⁹ Eine andere Möglichkeit bestünde eventuell in der Schätzung eines sogenannten Seemingly-Unrelated-Regression-Modells, vgl. Heij, C. u.a., *Econometric Methods with Applications in Business and Economics*, Oxford 2004, S. 682 ff.

Europäische Kommission in einer Reihe von Fällen quantitative Untersuchungen durchgeführt. In den Verfahren Baxter International/Gambro, Crane Co/Mei Group und Refresco/Pride, die in der ersten Verfahrensphase unter Bedingungen und Auflagen freigegeben worden sind, hat sie jeweils Analysen von Ausschreibungsdaten erstellt. Daneben nahm sie quantitative Analysen vornehmlich in Zweite-Phase-Verfahren vor. Besonders erwähnenswert ist das Verfahren Hutchison 3G Austria/Orange Austria, in dem die Europäische Kommission erstmals mittels des GUPPI-Ansatzes einen möglichen, durch den Zusammenschluss ausgelösten Preisdruck analysierte. Eine Alternative hierzu stellt die Simulation etwaiger Preisveränderungen dar, welche im Verfahren Outokumpu/Inoxum durchgeführt wurde. Im Verfahren Universal Music Group/EMI Music wurde eine ökonomische Analyse der infolge des Zusammenschlusses potenziell entstehenden Verhandlungsmacht durchgeführt.¹⁵⁰ Dass ökonomische Methoden sowohl zur Marktabgrenzung als auch zur wettbewerblichen Beurteilung genutzt werden können, zeigte das Verfahren Ryanair/Aer Lingus III. Hier kam die Relevanz ökonomischer Methoden insbesondere bei der Analyse des wettbewerblichen Näheverhältnisses zum Tragen. Von besonderem Interesse ist außerdem der Fall Deutsche Börse/NYSE Euronext, in dem die Europäische Kommission erstmalig die Quantifizierung von vorgebrachten Effizienzvorteilen vorgenommen hat.

695. Die Europäische Kommission hat wegen der zunehmenden Bedeutung von ökonomischen und ökonomischen Analysen bereits im Oktober 2011 Empfehlungen für die Erarbeitung und Übermittlung von entsprechenden Beweismitteln veröffentlicht.¹⁵¹ Der Fokus dieser Empfehlungen liegt insbesondere auf den Methoden zur Durchführung empirischer Analysen. Inwieweit empirische Analysen, vor allem mittels ökonomischer Methoden, bei der Prüfung von Zusammenschlüssen zur Anwendung kommen, ist vom Sachverhalt, der Datenverfügbarkeit sowie von der Bereitschaft seitens der Europäischen Kommission sowie der beteiligten Unternehmen abhängig, derartige Analysen durchzuführen.

696. Die Monopolkommission hat sich bereits in früheren Gutachten grundsätzlich positiv gegenüber einer verstärkten Einbeziehung quantitativer Analysen in die fusionskontrollrechtliche Entscheidungspraxis geäußert.¹⁵² Insbesondere dort, wo die qualitative Analyse nicht zu eindeutigen Ergebnissen kommt, können quantitative Untersuchungen zusätzliche Indizien liefern und die Entscheidungsfindung verbessern. Die Monopolkommission erkennt allerdings auch die zum Teil erheblichen Kosten von zusätzlichen quantitativen Analysen; diese entstehen vor allem durch den erforderlichen, zum Teil massiven Ressourceneinsatz bei Wettbewerbsbehörden, Zusammenschlussparteien und sonstigen Marktteilnehmern sowie durch häufig unumgängliche Verzögerungen des Verfahrensablaufs. Daher muss die Europäische Kommission grundsätzlich in jedem Einzelfall zwischen Nutzen und Kosten einer von ihr vorgenommenen quantitativen Analyse abwägen. Nach Ansicht der Monopolkommission ist sie keinesfalls verpflichtet, in jedem untersuchten Zusammenschlussfall eine quantitative Untersuchung durchzuführen. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn die Verfahrensbeteiligten eine entsprechende Studie vorlegen, um ihre Argumentation zu stützen. In einem solchen Fall ist die Europäische Kommission prinzipiell verpflichtet, sich mit dem Vorbringen auseinander zu setzen und muss zu diesem Zweck erforderlichenfalls eigene quantitative Analysen durchführen.

2.4.3.1 Anwendung des UPP-Ansatzes und Merger Simulation

697. Eine neue Entwicklung bei der quantitativen Analyse in der europäischen Fusionskontrollpraxis stellt der Fall Hutchison 3G Austria/Orange Austria dar, der sich auf den österreichischen Mobilfunkmarkt auswirkte und die Fusion von zwei der vier größten Mobilfunkbetreiber bedeutet hätte. Hutchison 3G Austria (H3G) beabsichtigte dabei, das Unternehmen Orange Austria (Orange) zu erwerben; das entstehende Unter-

¹⁵⁰ Vgl. Tz. 686. ff.

¹⁵¹ Vgl. DG Competition, Best Practices for the Submission of Economic Evidence and Data Collection in Cases Concerning the Application of Articles 101 and 102 TFEU and in Merger Cases, Staff Working Paper, 17. Oktober 2011.

¹⁵² Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 920 ff.

nehmen wäre nach der Fusion nur noch dem Wettbewerb der zwei verbleibenden Konkurrenten Telekom Austria und T-Mobile Austria ausgesetzt gewesen. Der österreichische Mobilfunkmarkt war zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses durch erhebliche Marktzutrittsschranken und fast gänzlich fehlendem Wettbewerb durch unabhängige Betreiber virtueller Mobilfunknetze gekennzeichnet. Obwohl durch die Fusion nur der drittgrößte Marktteilnehmer entstanden wäre, unterzog die Europäische Kommission das Zusammenschlussvorhaben aufgrund gravierender Wettbewerbsbedenken einer vertieften Untersuchung. Die Europäische Kommission verwendete hier – soweit ersichtlich zum ersten Mal in ihrer Fusionskontrollpraxis – eine Upward Pricing Pressure-Analyse (UPP-Analyse), mittels derer sie einen signifikanten fusionsbedingten Preissteigerungsdruck prognostizierte. Die Fusion wurde letztendlich unter Auflagen freigegeben, die es ermöglichen sollten, dass ein weiterer virtueller Mobilfunknetzbetreiber (MVNO) in den Markt eintritt.¹⁵³

698. Zur Berechnung des sogenannten Gross Upward Pricing Pressure-Index (GUPPI), einer Variante des UPP-Ansatzes, werden Daten zu sogenannten Diversion Ratios zwischen den relevanten Produkten der Zusammenschlussbeteiligten sowie zu den Gewinnmargen dieser Produkte benötigt. Die Diversion Ratios ließen sich in diesem Fall aus Daten zur Telefonnummerportierung zwischen Netzbetreibern ermitteln, die gemäß einer gesetzlichen Vorschrift erfasst werden. Ein Nachteil dieser Daten ist allerdings, dass darin Nutzer, die bei einem Betreiberwechsel ihre Nummer nicht behalten möchten, nicht erfasst werden. Dies betrifft den Untersuchungen der Europäischen Kommission zufolge im Wesentlichen Kunden mit Prepaid-Verträgen und Data-only-Verträgen, während das Wechselverhalten von Postpaid-Kunden von den Daten repräsentativ abgebildet wird. Die UPP-Analyse beschränkte sich somit auf das Postpaid-Kundensegment.

699. Weiterhin merkte die Europäische Kommission an, dass grundsätzlich die Diversion Ratios als Reaktion auf Preiserhöhung zu ermitteln sind. Das beobachtete Wechselverhalten könne zwar auch von anderen Faktoren als dem Preis beeinflusst sein, es stelle aber eine akzeptable Annäherung an das erwartete Wechselverhalten bei Preiserhöhungen dar, die bereits in zahlreichen weiteren Fällen verwendet wurden.¹⁵⁴ Die Analyse der Diversion Ratios deutete darauf hin, dass die wettbewerbliche Nähe zwischen H3G und Orange größer ist als die Nähe zu anderen Anbietern, da eine gemessen an Marktanteilen deutlich überproportionale Substitution ihrer Kunden zueinander stattfand. Dies bestätigte die Vermutung, dass H3G und Orange in besonderem Maße Wettbewerbsdruck aufeinander ausübten und für eine signifikante Anzahl von Kunden die erste bzw. zweite Wahl darstellten.

700. Die verwendeten Gewinnmargen basieren auf von den Antragstellern für interne Zwecke erhobenen Daten, welche den durchschnittlichen Erlös pro Kunde (average revenue per user, ARPU) dokumentieren. Dabei wurde neben der Bruttomarge die sogenannte contribution margin betrachtet, welche Kundenakquisitions- und Kundenbindungskosten enthalten. Diese ist laut Europäischer Kommission im Mobilfunkmarkt relevanter, da der Wettbewerb um neue Kunden ausgetragen werde.

701. Die Europäische Kommission entschied sich im vorliegenden Fall dafür, in Verbindung mit der Berechnung des GUPPI eine lineare Nachfrage anzunehmen, um durch die dadurch implizierte sogenannte (Cost) Pass-Through-Rate¹⁵⁵ in der Lage zu sein, zusätzlich zur Richtung auch das konkrete Ausmaß möglicher Preissteigerungen prognostizieren zu können.¹⁵⁶ Die Berechnung erfolgte gemäß der von Hausman,

¹⁵³ Vgl. Tz. 737., 745., 760. ff.

¹⁵⁴ EU-Kommission, Entscheidung vom 12. Dezember 2012, COMP/M. 6497 – Hutchison 3G Austria/Orange Austria, Fn. 236.

¹⁵⁵ Die Pass-Through-Rate ist die Rate, mit der sich Produktionskostenänderungen in Preisänderungen niederschlagen. Beträgt diese Rate bspw. 50 Prozent, führt eine Kostensteigerung von zehn Prozent zu einer Preiserhöhung von fünf Prozent.

¹⁵⁶ Diese Annahme ist in dem Sinne robust, als dass aus linearer Nachfrage die geringsten Preissteigerungen im Vergleich zu anderen gängigen Nachfragefunktionen (z. B. Logit, AIDS, iso-elastisch) resultieren, sodass die Gefahr zu hoher Prognosen minimiert wird. Siehe dazu Werden, G./Froeb, L./Scheffman, D., A Daubert Discipline for Merger Simulation, *Antitrust*, 18(3), 2004, 89–95.

Moresi und Rainey (2011)¹⁵⁷ hergeleiteten Formel, welche es ermöglicht, Preissteigerungen für eine allgemeine Konstellation von Firmen verschiedener Größe zu berechnen, ohne dabei weiterer Daten als der ohnehin für die Berechnung des GUPPI verwendeten zu bedürfen. Diese Formel erscheint auf den ersten Blick weniger transparent als andere Maße mit vergleichbarer Aussage, wie etwa der sogenannte IPR (Illustrative Price Rise) oder die Multiplikation des GUPPI mit der Pass-Through Rate. Allerdings basiert deren Transparenz implizit oder explizit auf der Annahme zweier gleich großer Anbieter mit identischen Diversion Ratios ihrer Produkte zueinander, was in den seltensten Fällen zutrifft. Die Berechnungen der Europäischen Kommission ergaben signifikante Preiserhöhungen von 10-20 Prozent für H3G und von 10-20 Prozent für Orange für einen durchschnittlichen Mobilfunkvertrag im Postpaid-Segment.

702. Um die Untersuchung möglicher Preiseffekte der Fusion zu vervollständigen, analysierte die Europäische Kommission die Preissetzungsanreize für die übrigen Marktteilnehmer. Zuvor beobachtetes Verhalten von Konkurrenten als Reaktion auf Preiserhöhungen eines Unternehmens im Mobilfunkmarkt wurde dabei als Indiz dafür gewertet, dass die Produkte in diesem Markt strategische Komplemente sind, d. h. dass Preiserhöhungen bei einem Produkt zu Preiserhöhungen bei den anderen Produkten führen.¹⁵⁸ Dies sei außerdem eine Standard-Annahme in gängigen ökonomischen Modellen oligopolistischen Preiswettbewerbs. Obwohl die theoretische Möglichkeit bestehe, dass es sich um strategische Substitute handle, wie von den Parteien unter Zitierung einer einschlägigen wissenschaftlichen Arbeit¹⁵⁹ angeführt wurde, merkte die Europäische Kommission an, dass dies in Oligopolmärkten nur unter extremen Annahmen auftrete, die jedoch im gegebenen Fall nicht erfüllt wären. Die Europäische Kommission vertrat daher die Auffassung, dass die Konkurrenten von H3G und Orange ihrerseits mit Preiserhöhungen reagieren würden, was weiteren Preissteigerungsdruck entstehen ließe, sodass die UPP-Analyse den tatsächlichen Effekt des Zusammenschlusses im Hinblick auf nicht-koordinierte Effekte unterschätze.

703. Mit Verweis auf die vorangegangene Diskussion möglicher, im vorliegenden Fall allerdings nicht vorhandener Faktoren, die einer Preiserhöhung entgegenwirken könnten,¹⁶⁰ konstatierte die Europäische Kommission für den angemeldeten Zusammenschluss signifikante wettbewerbsschädliche Effekte und gab ihn nur unter Bedingungen und Auflagen frei.

704. Die UPP-Analyse der Europäischen Kommission basierte auf einer Reihe von Annahmen und Einschränkungen, die von den Zusammenschlussparteien kritisiert wurden. Die Europäische Kommission wies diese Kritik jedoch in ihrer Gänze als unbegründet zurück. Im Einzelnen handelte es sich insbesondere um folgende Punkte: Erstens bemängelten die Parteien, dass die UPP-Analyse sich nur auf ein einzelnes Segment des Marktes, nämlich den Markt für Postpaid-Verträge beziehe. Zweitens wendeten sie ein, dass der UPP-Ansatz zu simplifizierend sei und wichtige Aspekte des österreichischen Mobilfunkmarktes nicht berücksichtige. So sei der Preis nicht der einzige wettbewerblich relevante Parameter, vielmehr komme es daneben z. B. auf die Investitionen in die Netzqualität an. Ferner kritisierten die Parteien zu diesem Punkt, dass die vereinfachende Annahme eines durchschnittlichen Tarifs und die UPP-Berechnung basierend auf dem ARPU nicht mit der Realität vereinbar seien.

Die Beschränkung der Analyse auf ein Marktsegment wurde von der Europäischen Kommission damit begründet, dass dieses gemessen an den Einnahmen das bei Weitem wichtigste Segment des Mobilfunkmarktes

157 Vgl. Hausman, J./Moresi, S./Rainey, M., Unilateral Effects of Mergers with General Linear Demand, *Economics Letters* 111(2), 2011, S. 119-121.

158 Dieses Konzept wurde vorgestellt in Bulow, J.I./Geanakoplos, J.D./Klemperer, P.D., Multimarket Oligopoly: Strategic Substitutes and Complements, *Journal of Political Economy* 93(3), 1985, S. 488-511.

159 Die Arbeit von Buehler, S./Schmutzler, A., On the Role of Access Charges under Network Competition, in: Haucap, J./Dewenter, R. (Hrsg.): *Access Pricing: Theory and Practice*, Amsterdam 2006, befasst sich mit Fällen, in denen strategische Komplementarität in Oligopolmärkten nicht gegeben ist.

160 Siehe dazu die Analyse der Europäischen Kommission zu Marktzutrittsschranken und Nachfragemacht (Abschnitt 6.7) und zur Reaktion der anderen Wettbewerber (Abschnitt 6.9); EU-Kommission, Entscheidung vom 12. Dezember 2012, COMP/M. 6497 – Hutchison 3G Austria/Orange Austria.

sei.¹⁶¹ Die Europäische Kommission wies ferner darauf hin, dass sich der Anreiz zur Preiserhöhung auch in der Änderung sämtlicher anderer Wettbewerbsparameter, z. B. der Qualität, manifestieren könne. Das UPP-Konzept sei für die Betrachtung sogenannter hedonischer bzw. qualitätsadjustierter Preise völlig offen und sei auch in diesem Fall so zu interpretieren. Auf den letztgenannten Einwand der Parteien entgegnete die Europäische Kommission, dass die Parteien nicht vorgetragen hätten, inwiefern die Vereinfachung die konkreten Eigenschaften des Marktes nicht abbilde oder zu fehlerhaften Ergebnissen führen würde.

705. Die Parteien bemängelten außerdem, dass die UPP-Analyse kein geeignetes Werkzeug sei, um in einer Zweite-Phase-Untersuchung Preiseffekte zu prognostizieren, weil es lediglich als Screening-Werkzeug konzipiert sei. Die UPP-Analyse liefere kein umfassendes Bild zu den wettbewerblichen Auswirkungen eines Zusammenschlusses, da sie relevante Faktoren wie insbesondere Produkt-Repositionierung, Innovation und Effizienzgewinne nicht einbeziehe. Die Europäische Kommission stimmte zu, dass in einer Fusionskontrollentscheidung neben Preissetzungsanreizen alle wettbewerblich relevanten Faktoren berücksichtigt werden müssten, und verwies darauf, dass sie dies in der qualitativen Analyse getan habe. Weiterhin führte sie aus, dass die UPP-Analyse ein weithin angewendetes Verfahren sei, welches unter anderem im amerikanischen AT&T/T-Mobile Fall verwendet worden war,¹⁶² und die Parteien keinen anderen, geeigneteren Ansatz vorgeschlagen hätten, der in diesem Kontext praktikabel gewesen wäre. Die Europäische Kommission schloss daraus, dass es keinen alternativen Ansatz gebe, der angesichts der Datenlage besser geeignet gewesen wäre. In Abwesenheit einer alternativen Quantifikation der Preiseffekte durch die Parteien und/oder einer Erklärung, wieso die Preise entgegen den Ergebnissen der UPP-Analyse nicht steigen sollten, sah die Europäische Kommission ihre Analyse nicht als wirksam kritisiert an.

706. Den Zusammenschlussparteien ist insoweit zuzustimmen, als der UPP-Ansatz ursprünglich als Screening-Instrument konzipiert wurde. Mit seiner Hilfe kann – die Verfügbarkeit der erforderlichen Daten vorausgesetzt – eine relativ leichte Unterscheidung zwischen unproblematischen Fusionsvorhaben und solchen Transaktionen, die einer eingehenderen Untersuchung bedürfen, vorgenommen werden. In dieser Funktion kann der ermittelte Preissteigerungsdruck – wie bislang etwa die Höhe der Marktanteile – ein erstes Indiz für mögliche negative Wettbewerbseffekte eines Zusammenschlusses sein. Eine aufwendige Marktabgrenzung, wie sie die Ermittlung von Marktanteilen oft voraussetzt, ist hierbei nicht notwendig. Der UPP-Test ist zudem wesentlich einfacher als etwa eine sogenannte merger simulation durchzuführen; allerdings kann er eine Reihe von Faktoren, die in die Gesamtbewertung eines Zusammenschlusses einfließen müssen, nicht abbilden. Im vorliegenden Fall hat die Europäische Kommission den UPP-Test nicht für die Entscheidung darüber genutzt, ob sie die zweite Verfahrensphase eröffnen soll oder nicht. Sie hat den Test vielmehr unmittelbar in der zweiten Verfahrensphase angewendet, um ihre qualitative Untersuchung zu ergänzen. Nicht überraschend wurde der analysierte Preissteigerungsdruck in Höhe von 10 bis 20 Prozent als weiteres bedenkliches Indiz gegenüber dem Zusammenschlussvorhaben gewertet. Gegen eine Anwendung des UPP-Tests in dieser Weise lässt sich nach Auffassung der Monopolkommission nicht anführen, dass auf diesem Weg nicht alle für eine Gesamtbetrachtung des Zusammenschlussvorhabens wichtigen Faktoren Beachtung finden; denn diese Faktoren wurden bereits im Rahmen der qualitativen Bewertung berücksichtigt. Sollte die Europäische Kommission den UPP-Test künftig häufiger oder sogar regelmäßig anwenden, empfiehlt die Monopolkommission entsprechende Erläuterungen in den Leitlinien zur europäischen Fusionskontrolle. Hier könnten z. B. Grenzwerte für den ermittelten Preissteigerungsdruck – ähnlich den Schwellenwerten zum sogenannten Herfindahl-Hirschman-Index (HHI), die heute schon in den Leitlinien zu finden sind – festgelegt werden, bei deren Erreichen die Europäische Kommission üblicherweise von Wettbewerbsproblemen ausgeht.

¹⁶¹ In Textziffer 154 der Entscheidung wird angegeben, dass das Postpaid-Voice-Segment (ohne Postpaid-Data) allein 51,5 Prozent der Kunden und 64,8 Prozent der Einnahmen umfasst.

¹⁶² United States v. AT&T Inc., T-Mobile USA, Inc. and Deutsche Telekom AG, The United States – Department of Justice, <http://www.justice.gov/atr/cases/attmobile.htm>, Abruf am 10. Mai 2014.

707. Dem Zusammenschlussverfahren Outokumpu/Inoxum lag das Vorhaben von Outokumpu Oyj (Outokumpu), einem finnischen staatlichen Edelstahlunternehmen, zugrunde, die gesamten Anteile an der Inoxum GmbH sowie der Nirosta GmbH (Inoxum), jeweils Edelstahlsparten des deutschen Stahl- und Industrieunternehmens Thyssen Krupp AG, zu übernehmen. Nach Prüfung der vorgelegten Verpflichtungszusagen von Outokumpu wurde das Zusammenschlussvorhaben nach Art. 8 Abs. 2 FKVO freigegeben.

708. Die Europäische Kommission kam aufgrund ihrer qualitativen Analyse der horizontalen und vertikalen Auswirkungen zu dem Schluss, dass die potenziellen Synergien etwaige Preissteigerungen nach dem Zusammenschluss nicht in ausreichendem Maße hätten verhindern können. Zur Verifizierung dieser Erkenntnisse unternahm sie eine Simulation zu etwaigen Preisveränderungen in der Post-Merger-Integration.¹⁶³ Die Simulation von Markteffekten im Zuge von Unternehmenszusammenschlüssen besteht generell aus vier Schritten.¹⁶⁴ Im ersten Schritt wird ein theoretisch-ökonomisches Modell zur bestmöglichen Beschreibung der Marktnachfrage ausgewählt, das im zweiten Schritt kalibriert wird. Eine Kalibrierung entspricht dabei einer Analyse, bei der die Modellparameter – nicht wie in ökonometrischen Analysen geschätzt – in einem arbiträren, heuristischen Verfahren so spezifiziert werden, dass anhand der vorliegenden Daten die in der Pre-Merger-Phase beobachtbaren Preise und Marktanteile errechnet werden können. Im dritten Schritt wird ein theoretisch-ökonomisches Modell zur bestmöglichen Beschreibung des produktions- und wettbewerbs-spezifischen Verhaltens der Unternehmen bestimmt. Meist wird das klassische Bertrand-Modell verwendet, das einen Preiswettbewerb bei homogenen Gütern auf Oligopol-Märkten zugrunde legt.¹⁶⁵ Im vierten und letzten Schritt wird für die Simulation angenommen, dass sich in der Post-Merger-Integration die Unternehmen nicht kooperativ verhalten und dass die ausgewählten theoretischen Modelle zur Beschreibung der Nachfrage- und der Produktionskalküle weiterhin Gültigkeit behalten. Mithilfe dieser vier Schritte ist die Ermittlung des etwaigen neuen (theoretischen) Marktgleichgewichtes infolge des Zusammenschlusses möglich.

709. Für die Simulation wählte die Europäische Kommission das in der Wettbewerbsökonomie gängige Bertrand-Edgeworth-Modell.¹⁶⁶ Dieses unterscheidet sich von dem klassischen Bertrand-Modell dahingehend, dass jedes Unternehmen über eine beschränkte Produktionskapazität verfügt, die es ihm nicht erlaubt, die gesamte Marktnachfrage zu bedienen, was der Realität eher entspricht. Erfolgt eine unilaterale Preiserhöhung eines Oligopolisten, so entsteht bei den Wettbewerbern eine zusätzliche Nachfrage – durch den Wechsel der Nachfrager –, die jedoch nur teilweise bedient werden kann. Als Mechanismus, welcher die Bedienung dieser zusätzlichen Nachfrage durch die Wettbewerber regelt, wählte die Europäische Kommission den sogenannten effizienten Rationierung; demnach werden Nachfrager mit der höchsten Zahlungsbereitschaft bevorzugt bedient.¹⁶⁷

710. Zur Simulation der Markteffekte auf Grundlage des Bertrand-Edgeworth-Modells sind weitere Annahmen notwendig, welche vor allem die Modellparameter betreffen. Hierbei orientierte sich die Europäische Kommission überwiegend an den in den vorgelegten Analysen der beteiligten Unternehmen enthaltenen Schätzungen und Annahmen. So ging die Europäische Kommission davon aus, dass die Zu-

¹⁶³ Für eine methodologische Übersicht zur Simulierung von etwaigen Markteffekten bei Unternehmenszusammenschlüssen vgl. Budzinski, O./Ruhmer, I., Merger Simulation in Competition Policy: A Survey, *Journal of Competition Law & Economics* 6(2), 2010, S. 277-319.

¹⁶⁴ Vgl. ebenda, S. 281 f.

¹⁶⁵ Beim klassischen Bertrand-Modell hat jedes Unternehmen im Marktgleichgewicht den Anreiz, den eigenen Preis in Höhe der – für alle Unternehmen identisch unterstellten – Stückkosten zu setzen, um nicht die Nachfrage an die Wettbewerber zu verlieren. Erfolgt hingegen eine marginale Preiserhöhung, so würde Nachfrage gänzlich auf die Wettbewerber entfallen. Das Bertrand-Modell unterstellt keine Kapazitätsbeschränkungen, d. h. die gesamte Nachfrage könnte mitunter auch nur von einem einzelnen Unternehmen bedient werden; vgl. Pindyck, R.S./Rubinfeld, D., *Mikroökonomie* 5. Aufl., München 2003, S. 614 f.

¹⁶⁶ Vgl. etwa Bester, H., *Theorie der Industrieökonomik* 6. Aufl., Berlin 2002, S. 103 ff.

¹⁶⁷ Als Alternative hätte auch die proportionale Rationierung angenommen werden können, nach welcher die Nachfrage, die von den Wettbewerbern ebenfalls nicht mehr bedient werden kann, anhand eines Zufallsprinzips selektiert wird. Die selektierte Nachfrage kann schlussendlich wiederum nur von dem preiserhöhenden Oligopolisten – zu dem höheren Preis – bedient werden.

sammenschlussparteien innerhalb des EWR im engen Wettbewerb zu zwei Unternehmen sowie zu weiterverarbeitenden Unternehmen von gewalztem Stahl, welche in der Modellanalyse als ein Unternehmen zusammengefasst wurden, stehen. Die Marktnachfrage, um welche die fünf Stahlunternehmen im EWR konkurrieren, wurde exklusive Importen außerhalb des EWR spezifiziert. Parameter für weitere Modellkomponenten wie die Preissensibilität der Marktnachfrage und des Marktangebots, den Grenzkosten sowie den Kostensynergien für die Pre-Merger-Phase und für die Post-Merger-Integration entsprechen laut Europäischer Kommission jenen in den von den Parteien vorgelegten Analysen. Unabhängige Annahmen der Europäischen Kommission betrafen z. B. die Kapazitätsauslastung in der Post-Merger-Integration, welche mit mindestens 90 Prozent angesetzt wurde, oder die ausschließliche modellhafte Berücksichtigung der Kapazitätsauslastung, welche nur für den im EWR verkauften kaltgewalzten Edelstahl eingesetzt worden war.

711. Die Europäische Kommission simulierte das zugrunde gelegte Modell zur adäquaten Beschreibung des EWR-Marktes für kaltgewalzten Edelstahl einerseits anhand öffentlicher Marktdaten und andererseits anhand der von den beteiligten Unternehmen übermittelten Daten. Für beide Datensätze konnte sie jeweils einen substantiellen Anstieg der Marktmacht der in Rede stehenden Unternehmen in Form erheblicher Preissteigerungen von mindestens durchschnittlich sieben Prozent feststellen. Parametermodifikationen und Sensitivanalysen, welche unter anderem eine geringere Preissensibilität der Nachfrage und eine geringere Bedeutung der Importe, eine geringere langfristige Kapazitätsauslastung, eine geringere Wettbewerbsintensität zwischen den fünf führenden Marktakteuren sowie die Nicht-Berücksichtigung von Erlösen aus blankglühenden Stahlprodukten¹⁶⁸ reflektieren sollten, hätten nach den Berechnungen der Europäischen Kommission sogar zu durchschnittlichen Preissteigerungsraten von über zehn Prozent geführt. Demnach habe die Simulation keine Indizien dafür ergeben, dass der beantragte Zusammenschluss nicht zu einem substantiellen Anstieg der Marktmacht geführt hätte.

712. Auf Basis der vorgelegten Verpflichtungszusagen, welche insbesondere die Veräußerung von Stahlproduktions- und Vertriebszentren vorsah, genehmigte die Europäische Kommission den beantragten Zusammenschluss dennoch. Die bislang erhobenen wettbewerblichen Bedenken seien durch die Auflagen beseitigt worden, sodass auf dem EWR-Markt für kaltgewalzte Edelstahlprodukte auch nach dem Zusammenschluss von einem ausreichenden Wettbewerbsdruck auszugehen sei.

713. Die Monopolkommission begrüßt die in diesem Verfahren vorgenommene quantitative Analyse anhand einer Simulation etwaiger Preiseffekte. Die Methode der Simulation erweitert das Analysespektrum der Europäischen Kommission und kann neue wichtige Erkenntnisse für die Ex-ante-Evaluierung generieren. Dennoch sieht die Monopolkommission aufgrund der noch relativ jungen und zugleich komplexen Methode im Rahmen von Fusionskontrollverfahren Verbesserungspotenziale in der vorgenommenen Analyse.¹⁶⁹ So hätte eine konzise Verifizierung der ermittelten Ergebnisse auf Grundlage kontrafaktischer Modellannahmen die Aussagekraft und damit gegebenenfalls die Akzeptanz für die Simulation bei den in Rede stehenden Unternehmen erhöht. Beispielsweise hätte eine zusätzliche Simulation mit einer von dynamischen Interaktionen gekennzeichneten Wettbewerbsstruktur sowie einem proportionalen Rationalisierungsmechanismus – wie von den beteiligten Unternehmen argumentiert – vorgenommen werden können. Auf Basis dieser exemplarischen Ergebnisse hätten zusätzliche Synergien-Potenziale für zukünftige Verfahren geschöpft und der Ressourcenaufwand vermindert werden können.

¹⁶⁸ Für das Blankglühen von Stahl bedarf es besonderer Produktionskapazitäten. Nach Auffassung der in Rede stehenden Unternehmen ist zwischen Erlösen aus mit und ohne blankglühenden Stahlprodukten zu differenzieren; nach Auffassung der Europäischen Kommission sind alle relevanten Marktakteure in der Erzeugung dieser Stahlprodukte tätig.

¹⁶⁹ Zur Anwendung von Simulationsmethoden vonseiten der Europäischen Kommission in früheren Verfahren vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 26. Oktober 2004, COMP/M. 3216 – Oracle/PeopleSoft. Zu früheren Verfahren, in denen Simulationsstudien in Auftrag gegeben wurden vgl. etwa EU-Kommission, Entscheidung vom 7. Januar 2004, COMP/M. 2978 – Lagardère/Natexis/VUP oder Entscheidung vom 15. März 2000, COMP/M. 1672 – Volvo/Scania.

2.4.3.2 Wettbewerbliches Näheverhältnis

714. Auch in dem Zusammenschlussvorhaben Ryanair/Aer Lingus III, das den Passagierluftverkehr auf mehreren Flugstrecken von bzw. nach Irland betraf und im Ergebnis von der Europäischen Kommission untersagt wurde, kamen ökonometrische Methoden zur Anwendung.¹⁷⁰ Die Europäische Kommission ermittelte zunächst sehr hohe gemeinsame Marktanteile der beteiligten Unternehmen auf allen betroffenen 46 Flugstrecken. Vor diesem Hintergrund prüfte die Europäische Kommission mithilfe von ökonometrischen Methoden vier Hypothesen, welche Erkenntnisse über die wettbewerbliche Nähe zwischen den beiden beteiligten Unternehmen bringen sollten. So untersuchte die Europäische Kommission zunächst, inwieweit sich die Flugpreise von einer Zusammenschlusspartei verändert hatten, als die andere Partei begann, Flüge für dieselbe Strecke anzubieten, et vice versa. Anschließend untersuchte die Europäische Kommission, ob dieser Wettbewerbsdruck vergleichsweise stärkere Preisänderungen hervorgerufen hatte als der von dritten Wettbewerbern ausgelöste Wettbewerbsdruck. Zudem prüfte sie, inwiefern die Existenz eines am Zielort (von einer Flugstrecke mit Dublin als Ausgangsort) operierenden (potenziellen) Wettbewerbers einen Einfluss auf die Flugpreise der beiden beteiligten Unternehmen besaß. Abschließend ging die Europäische Kommission der Frage nach, ob die Flugintensität einer Zusammenschlusspartei auf der jeweiligen Flugstrecke einen signifikanten Effekt auf die Flugpreise der jeweils anderen Partei ausübte.

715. Zur Verifizierung der Hypothesen bezog die Europäische Kommission Daten von der staatlichen Flughafengesellschaft Irlands, der DAA (Dublin Airport Authority), von Aer Lingus und von Ryanair in unterschiedlicher Qualität und Quantität.¹⁷¹ Der Datensatz umfasste dabei diverse Zahlen auf Monatsbasis für den Zeitraum von Ende 2004 bis Mitte 2012 für die angebotenen Flugstrecken von den vier irischen Flughäfen in Dublin, Cork, Knock und Shannon.

716. Als quantitative Analysemethode fungierte wie im Verfahren Ryanair/Aer Lingus II ein lineares Regressionsmodell mit sogenannten fixen Effekten.¹⁷² Anhand der übermittelten Paneldaten und der gewählten Analysemethode war es nach Ansicht der Europäischen Kommission nunmehr möglich, die durchschnittlichen Effekte der wettbewerblichen Nähe beider beteiligten Unternehmen zueinander sowie weiterer relevanter nachfrage- und kostenspezifischer Einflussfaktoren auf den jeweiligen Flugpreis je Flugstrecke zu schätzen und gleichzeitig die obigen Hypothesen zu testen. Zur Erfassung des von beiden jeweils ausgeübten Wettbewerbsdrucks wurden entweder binäre Variablen oder die jeweilige Flugfrequenz auf den entsprechenden Flugstrecken in die Regressionsmodelle integriert.¹⁷³

717. Die Schätz- und Testergebnisse der auf Basis der jeweiligen Datensätze durchgeführten Regressionsanalysen haben nach Auffassung der Europäischen Kommission die zu prüfenden Hypothesen bestätigt. So

¹⁷⁰ Vgl. Tz. 736. ff., 765.

¹⁷¹ Während Ryanair zunächst Zahlen zur Anzahl an gebuchten Aufträgen, zu Nettoumsätzen, Flugkapazitäten und –kosten etc. für den Zeitraum von Ende 2004 bis Mitte 2012 für alle Flugstrecken zwischen Dublin, Cork und Shannon und den Ausgangs- bzw. Zielstädten vorlegte, übersandte Aer Lingus aggregierte Zahlen zur faktischen Passagieranzahl, zu Nettoumsätzen, Flugkapazitäten und -kosten etc. für Kurzstreckenflüge ausgehend von Dublin, Cork und Shannon zu nicht-irischen Destinationen für Mitte 2008 bis Mitte 2012. Vonseiten der DAA wurden Zahlen zur Passagieranzahl, Flugfrequenz sowie zur Gesamtanzahl an angebotenen Sitzplätzen für alle Flüge ausgehend von Dublin, Cork und Shannon für den Zeitraum von Ende 2004 bis Mitte 2012 übermittelt. In der Folge übermittelten beide in Rede stehenden Unternehmen weitere Daten.

¹⁷² Die Berücksichtigung von fixen Effekten ermöglichte hierbei die Erfassung und Abstrahierung von wesentlichen flugstreckenspezifischen, zeitinvarianten Einflussfaktoren, welche zwar für den Kontext tendenziell nebensächlich erschienen, aber für die Validität der Panelanalyse unerlässlich waren. Zur Analyse von Paneldaten vgl. etwa Cameron, A.C./ Trivedi, P.K., *Microeconometrics: Methods and Applications*, Cambridge 2005, S. 698 ff. sowie umfassend Wooldridge, J.M., *Econometric Analysis of Cross Section and Panel Data* 2. Aufl., a. a. O.

¹⁷³ Die binäre Variable nahm – methodisch-technisch – je Flugstrecke den Wert eins an, als das jeweils andere in Rede stehende Unternehmen begann, ebenfalls dieselbe Flugstrecke zu bedienen, und den Wert null, als es noch keine parallele Bedienung derselben Flugstrecke gab. Die Werte der Variable „Flugfrequenz“ variierte über die Monate hinweg, weshalb ab dem Zeitpunkt, ab dem eine Bedienung derselben Flugstrecke von beiden in Rede stehenden Unternehmen erfolgte, die jeweilige Flugintensität relevant war; die Flugfrequenz betrug hingegen null, als noch keine parallele Bedienung derselben Flugstrecke stattfand.

hätten sich die Flugpreise von jeweils einem der beiden beteiligten Unternehmen statistisch signifikant verringert, nachdem das jeweils andere am selben Flughafen oder an einem Flughafen in derselben Stadt begann, dieselben Flugstrecken ebenfalls zu bedienen, et vice versa. Der jeweils gegenseitig ausgeübte Preiseffekt sei zudem stärker als der von dritten Wettbewerbern, wobei ein signifikanter Preiseffekt von (potenziellen) Wettbewerbern, welche am Flughafen des Zielortes operierten, nicht ermittelt werden konnte. Die Flugintensität beider in Rede stehenden Unternehmen hätte außerdem einen jeweils überproportionalen statistisch signifikanten Preiseffekt induziert. Zusammenfassend sieht die Europäische Kommission die vorangegangenen Ergebnisse der qualitativen Analyse durch die Ergebnisse der quantitativen Analyse bestätigt.

718. Die Monopolkommission begrüßt zunächst, dass die Europäische Kommission bei der Wahl einer angemessenen quantitativen Analyseverfahren im Verfahren Ryanair/Aer Lingus III auf die bereits im zeitlich vorgelagerten und thematisch sehr ähnlichen Verfahren Ryanair/Aer Lingus II verwendeten Methoden zurückgriff. Eine solche Konsistenz in der Anwendung vergleichsweise neuartiger und komplexer Analysemethoden fördert zum einen die Transparenz in den Fusionskontrollverfahren und zum anderen das Verständnis für derartige Analysemethoden. Durch eine vermehrte und konsistente Anwendung quantitativer und insbesondere ökonometrischer Methoden können beide Seiten, die Europäische Kommission und die Zusammenschlussparteien, profitieren. Der während der Verfahren stets vollzogene Informationsaustausch trägt zusätzlich dazu bei, dass Spill-over-Effekte generiert und in der Folge Synergien im Rahmen der gegenwärtigen und zukünftigen verfahrenstechnischen Abwicklung erzeugt werden können.

719. Als kritikwürdig sieht die Monopolkommission dagegen die von der Europäischen Kommission vernachlässigte, aber für die Aussagekraft der vorliegenden quantitativen Analyse bedeutsame methodische Diskussion zu einem etwaigen interdependenten Zusammenhang zwischen der Preissetzung und der wettbewerblichen Nähe. So wurden für beide Zusammenschlussparteien separate Regressionsmodelle geschätzt, die Aufschluss darüber geben sollten, inwieweit sich die Flugpreise der einen verändert hatten, als die andere begann, dieselbe Flugstrecke ebenfalls zu bedienen. Damit sollte zum einen anhand der Schätzung separater Regressionsmodelle verifiziert werden, ob jeweils Indizien für einen kausalen Zusammenhang zwischen der parallelen Bedienung derselben Flugstrecke vorlagen und zum anderen, ob dies für beide Unternehmen gleichermaßen zutraf. Obgleich jede Flugstrecke einen individuellen Markt repräsentiert, werden von den beteiligten Unternehmen (strategische) Entscheidungen getroffen, die Märkte übergreifend sind und die wiederum gleichzeitig von den Entwicklungen in den einzelnen Märkten beeinflusst werden. Demzufolge scheint es plausibel anzunehmen, dass vergangene und insbesondere aktuelle Flugpreise des jeweils anderen beteiligten Unternehmens einen bedeutsamen Einfluss auf die eigene Entscheidung für einen Markteintritt bzw. für eine parallele Bedienung einer Flugstrecke gehabt haben müssen; es läge somit ein interdependenter Zusammenhang vor. Werden nunmehr Regressionsmodelle spezifiziert, die einen solchen interdependenten Zusammenhang nicht berücksichtigen, sowie Schätzmethoden verwendet, die dafür nicht genügend kontrollieren können, dann sind die Ergebnisse höchstwahrscheinlich verzerrt. Die gängigste Schätzmethode, um derartige Verzerrungen zu vermeiden, ist die der Instrumentenvariablen-Schätzung.¹⁷⁴

720. Zwar äußerte sich die Europäische Kommission auf Einwand eines der beteiligten Unternehmen zu möglichen Schätzverzerrungen in einer Randnummer und verwies dabei auf Schätzungen, welche mittels einer solchen Instrumentenvariablen-Schätzung vorgenommen worden seien und die vorher ermittelten Ergebnisse in der Tendenz bestätigt haben sollen.¹⁷⁵ Der Einwand zielte aber nicht auf einen etwaigen interdependenten Zusammenhang, sondern auf eine mögliche Missspezifikation des Regressionsmodells aufgrund fehlender weiterer Einflussfaktoren, welche ebenso zu Schätzverzerrungen führen können. Eine Diskussion des soeben dargelegten Problems ist in der Entscheidung nicht ersichtlich. Für die Förderung methodischer Transparenz und des methodischen Verständnisses wäre jedoch eine umfassende Erläuterung (potenzieller) kontextbezogener neuralgischer Punkte einer Regressionsanalyse notwendig gewesen. Erst durch eine am

¹⁷⁴ Vgl. Tz. 688.

¹⁷⁵ EU-Kommission, Entscheidung vom 27. Februar 2013, COMP/M. 6663 – Ryanair/Aer Lingus III, Tz. 104.

Sachverhalt ausgerichtete Beschreibung der Potenziale und Grenzen neuartiger und komplexer Analysemethoden – zu denen ökonometrische Methoden im Bereich des Wettbewerbsrechts weiterhin zählen – kann deren Etablierung in Fusionskontrollverfahren substantiell gefördert werden.

2.4.3.3 Quantifizierung des Effizienzeinwands

721. Dem Verfahren Deutsche Börse/NYSE Euronext lag der geplante Zusammenschluss der Deutsche Börse AG (Deutsche Börse), einer deutschen Börsenorganisation und größte Miteigentümerin der Eurex Frankfurt AG, mit der NYSE Euronext Inc. (NYSE Euronext), einer US-amerikanischen Börsenorganisation und Betreiberin der NYSE Liffe, zur sogenannten HoldCo zugrunde. Die HoldCo sollte in Amsterdam ansässig und auf den Handel mit europäischen Finanzderivaten spezialisiert sein. Nach Prüfung mehrmals geänderter Verpflichtungszusagen der beteiligten Unternehmen untersagte die Europäische Kommission den beantragten Zusammenschluss am 1. Februar 2012 gemäß Art. 8 Abs. 3 FKVO. Ihrer Ansicht nach wäre eine monopolartige Stellung im Bereich des weltweiten Börsenhandels mit europäischen Finanzderivaten¹⁷⁶ entstanden, welche die Wirksamkeit des Wettbewerbs nachhaltig hätte stören können.¹⁷⁷

722. Die Prüfung der Europäischen Kommission ergab, dass bei der Erbringung von Emissionsdienstleistungen, der Bereitstellung von Marktdaten und von Indizesdaten, bei IT-Dienstleistungen sowie bei der Bewertung von hinterlegten Sicherheiten für risikobehaftete Finanztransaktionen keine erheblichen negativen Wettbewerbseffekte zu erwarten waren. Für den Börsenhandel mit europäischen Finanzderivaten konstatierte sie hingegen erhebliche schädliche Auswirkungen. So wurde der weltweite Handel mit europäischen Finanzderivaten größtenteils via Eurex oder Liffe betrieben; andere Börsen spielten insoweit nur eine untergeordnete Rolle, weshalb beide Börsen im engen Wettbewerb zueinanderstanden. Durch den Zusammenschluss zur Börse HoldCo wäre der bislang bestehende Wettbewerbsdruck zwischen beiden Börsen beseitigt worden. Die neu geschaffene Börsenplattform HoldCo hätte in der Folge eine monopolartige Stellung eingenommen, welche durch eine ca. 90-prozentige Marktabdeckung beim weltweiten Handel und Clearing¹⁷⁸ von europäischen börsengehandelten Finanzderivaten gekennzeichnet gewesen wäre. Die als gering eingestufte Nachfragemacht sowie die hohen Markteintrittsbarrieren hätten die monopolartige Stellung nachhaltig gefestigt und (potenziellen) Wettbewerb konterkariert. Als Konsequenz hätten sich erhebliche Anreize zum Missbrauch der Marktmacht aufseiten von HoldCo, unter anderem in Form einer ineffizienten Preissetzung, ergeben können.

723. Diese Bewertung änderte sich auch unter Berücksichtigung der von den Parteien vorgebrachten Effizienzen nicht. Geltend gemacht wurden erstens Kostensenkungspotenziale, welche im Zuge der Handelsgeschäfte generiert werden sollten, zweitens ein geringerer Bedarf an zu hinterlegenden Sicherheiten, welche die Durchführung von Finanzderivategeschäften erleichtert hätten, und drittens eine erhöhte Liquiditätsversorgung. Nach Auffassung der Europäischen Kommission waren die vorgetragenen Kostensenkungspotenziale hinsichtlich der Durchführung von Handelsgeschäften sowie die erhöhte Liquiditätsversorgung im Rahmen von Kassa- und Termingeschäften aufgrund mangelhafter Daten- und Informationsqualität nicht nachprüfbar. Bezüglich des Bedarfs an zu hinterlegenden Sicherheiten ging die Europäische Kommission zwar von der Nachprüfbarkeit einiger Effizienzvorteile aus, allerdings in wesentlich geringerem Umfang als die beteiligten Unternehmen. Zudem wäre ein Teil dieser Effizienzen nach Ansicht der Kommission auch auf weniger wettbewerbsbeeinträchtigende Weise erreichbar. Schließlich sei damit zu

¹⁷⁶ Finanzderivate stellen Termingeschäfte dar, deren ökonomischer Wert von der Wertentwicklung alternativer Investitionsmöglichkeiten wie z. B. die von Wertpapieren (Aktien etc.), Kennzahlen (Zinssätzen, Indizes etc.) und weiteren Handelsprodukten (Devisen etc.) abhängt. Finanzderivate können als standardisierte Kontrakte an Börsen oder als individuell gestaltete Kontrakte außerbörslich auf sogenannte OTC-Märkten (Over-The-Counter) gehandelt werden.

¹⁷⁷ Vgl. Tz. 741. ff., 763. ff.

¹⁷⁸ Clearing bezeichnet all jene Prozesse, welche zur Erfassung und Dokumentation von Forderungen und Verbindlichkeiten im Rahmen von Wertpapiertransaktionen notwendig sind.

rechnen, dass eintretende Effizienzvorteile lediglich zum Teil an die Verbraucher weitergereicht werden würden.

724. Besonders umfangreich gestaltete sich die Evaluierung potenzieller Effizienzvorteile in Form erhöhter Liquiditätsversorgung durch die Europäische Kommission. Sie verifizierte die geltend gemachten Effizienzen anhand einer von den beteiligten Unternehmen vorgelegten empirischen Analyse, für welche die Parteien einen Panel-Datensatz verwendet hatten, der die Handelsdaten der Wertpapierbörsen in Amsterdam, Lissabon, Paris und Brüssel für den Zeitraum von 2000 bis 2010 umfasste. Alle vier Wertpapierbörsen firmierten seit 2003 vollständig integriert unter der Holdinggesellschaft Euronext.¹⁷⁹ Ziel der vorgelegten Analyse war es, aus einem intertemporalen Vergleich der individuellen Verlaufsentwicklung der vier Börsen in den Perioden 2000 bis 2003 (Pre-Merger-Phase) sowie 2004 bis 2010 (Post-Merger-Integration) Rückschlüsse auf die potenziellen Effizienzvorteile des beantragten Zusammenschlusses in 2012 zu ziehen. Etwaige eruierte Effizienzvorteile infolge des Zusammenschlusses der vier Börsen sollten daher eine analoge Approximation für die antizipierten Effizienzvorteile des beantragten Zusammenschlusses darstellen. Mithilfe dieses Datensatzes wurden vonseiten der Zusammenschlussparteien Regressionsanalysen für den Kassa- und den Terminhandel durchgeführt, in denen jeweils versucht wurde, den Verlauf der sogenannten Bid-ask-spread, einer gewichteten Bid-ask-spread, der Handelsvolatilität, des Handelsvolumens, des Werts des Handelsvolumens sowie der täglichen Rendite von zu hinterlegenden Sicherheiten, durch Kontrollvariablen zu erklären.¹⁸⁰ Neben der Berücksichtigung von Kontrollvariablen, durch welche nach Auffassung der Parteien alle wesentlichen kontemporären Handelseinflüsse erfasst sein sollten, wurde eine zusätzliche binäre Variable integriert, die ausschließlich den Periodenunterschied zwischen der Pre-Merger-Phase und der Post-Merger-Integration und damit den auf den Zusammenschluss zurückzuführenden Effekt reflektieren sollte.¹⁸¹ Demnach hätte sich – gegeben der Berücksichtigung von weiteren Kontrollvariablen und damit der Abstrahierung von parallel auftretenden, als wesentlich erachteten Handelseinflüssen – die Entwicklung der Bid-ask-spread und der anderen genannten Kennzahlen in der Post-Merger-Integration signifikant von der in der Pre-Merger-Phase unterscheiden müssen.¹⁸² Die ermittelten Ergebnisse seien nach Auffassung der in Rede stehenden Unternehmen auf den beantragten Zusammenschluss übertragbar und zugunsten des beantragten Zusammenschlusses auszulegen.¹⁸³

725. Die Angemessenheit jener Vergleichsmarktanalyse für das zugrunde liegende Zusammenschlussvorhaben war nach Ansicht der Europäischen Kommission vor allem an zwei Bedingungen geknüpft. Zum einen hätte ein intertemporaler Rückschluss von dem Zusammenschluss in 2003 auf den beantragten Zusammenschluss in 2012 gerechtfertigt erscheinen müssen. Zum anderen hätte der von dem Zusammenschluss der vier Börsen jeweils ausgehende Effekt auf die jeweiligen Verläufe der vier Börsen – sowohl bei Kassa- wie auch bei Termingeschäften – eindeutig identifizierbar sein müssen. Für die Identifizierung eines solchen Effektes auf die entsprechenden Marktverläufe bedarf es dabei einer Abstrahierung von allen parallel auftretenden und als wesentlich erachteten Handelseinflüssen. Ohne eine derartige Differenzierung könnten sich Verzerrungen bei der Ermittlung eines solchen Effektes und folglich Probleme bei der Nachprüfbarkeit von Effizienzvorteilen ergeben.

179 In 2000 gründete sich die Holdinggesellschaft Euronext infolge eines Zusammenschlusses der Börsen von Amsterdam, Brüssel und Paris. In 2002 fusionierte Euronext mit der Börse in Lissabon und übernahm die Terminbörse (LIFFE) in London. In 2007 fusionierten Euronext und NYSE Group zur NYSE Euronext; vgl. NYSE Euronext, <http://www.nyx.com/who-we-are/history>, Abruf am 19. November 2013.

180 Die Bid-ask-spread beschreibt die Differenz zwischen angebotenem Kaufpreis und angebotenem Verkaufspreis eines Wertpapiers und gilt als konventionelle Größe zur Messung von Liquiditätskosten; vgl. Demsetz, H., *The Cost of Transaction*, *Quarterly Journal of Economics* 82, 1968, S. 33-53.

181 Die binäre Variable nahm den Wert eins ab dem Zeitpunkt der Post-Merger-Integration und den Wert null für die Pre-Merger-Phase an.

182 Zur Ermittlung von Effizienzvorteilen hätte der Koeffizient der binären Variable in den jeweiligen Regressionsanalysen statistisch signifikant negativ sein müssen.

183 So hätte der Zusammenschluss der vier Wertpapierbörsen z. B. die Bid-ask-spread sowie die Handelsvolatilität um ca. 50 Prozent bzw. ca. neun Prozent verringert und das Handelsvolumen um ca. 25 Prozent erhöht.

726. Die Europäische Kommission stellte am Anfang ihrer eigenen empirischen Analyse klar, dass sie die eingereichte Vergleichsmarktanalyse für nicht aussagefähig erachtet.¹⁸⁴ So hätten seit der Gründung von Euronext eine Vielzahl an systemrelevanten Veränderungen stattgefunden, wie z. B. die Einführung der Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente in 2007¹⁸⁵ oder die Einführung des Hochfrequenz-Handels in 2005¹⁸⁶, die einen intertemporalen Vergleich problematisch machten. Ungeachtet dieser unzweideutigen Positionierung verifizierte die Europäische Kommission die eingereichte ökonometrische Analyse. In Letzterer sah sie jedoch eklatante Probleme bei der Spezifikation des Regressionsmodells und damit in der Identifizierung des auf den Zusammenschluss in 2003 zurückzuführenden Effektes.

727. Als besonders problematisch schien nach Auffassung der Europäischen Kommission, dass sich bereits vor vollendetem Zusammenschluss der vier Wertpapierbörsen in 2003 ein erheblicher abnehmender Trend, z. B. bei den Bid-ask-spreads, abgezeichnet hatte.¹⁸⁷ In der von den beteiligten Unternehmen durchgeführten ökonometrischen Analyse sei hierfür nicht ausreichend kontrolliert worden. Demnach seien die entsprechenden Ergebnisse verzerrt, d. h. die geschätzten Effekte wären nicht – ausschließlich – auf den Zusammenschluss zurückzuführen, sondern durch andere, nicht in dem Regressionsmodell spezifizierte Markteffekte mit beeinflusst. Die Europäische Kommission prüfte daraufhin ihre These, indem sie anstelle einer binären Variable zur Erklärung der Periodenunterschiede mehrere quartals- und börsenspezifische binäre Variablen in das Regressionsmodell integrierte.¹⁸⁸ Die graphische Analyse zu den geschätzten quartalsbezogenen und börsenspezifischen Variablen spiegelte dabei keinen stufenartigen bzw. diskreten, sondern einen tendenziell permanenten bzw. stetigen Verlauf wider.¹⁸⁹ Demnach würde den Schätzungen weiterhin ein Trend zugrunde liegen, obwohl die berücksichtigten Kontrollvariablen einen solchen Trend eigentlich hätten erfassen sollen. Dieser Trend sei zuvor in Teilen durch die binäre Variable mit erfasst gewesen, was demnach zu Schätzverzerrungen führte, da diese ausschließlich den fusionsspezifischen Effekt messen sollte.¹⁹⁰ Zudem zeigte die Europäische Kommission auf Basis der von den Parteien vorgebrachten Regressionsmodelle, dass die angeführten Kontrollvariablen einen Trendverlauf – zumindest in der Pre-Merger-Phase – nicht ausreichend abdecken konnten. Daraus folgte die Europäische Kommission, dass die Entwicklung der Bid-ask-spreads zwischen 2000 und 2010 weiterhin von nicht fusionsspezifischen Faktoren beeinflusst worden sein musste, welche in den angeführten Regressionsanalysen nicht integriert worden waren. Darauf bauend äußerte die Europäische Kommission erneut Zweifel an der potenziellen Erklärungskraft der angeführten Regressionsmodelle, da Effekte bedeutsamer struktureller Markteinflüsse entweder als kurzfristig wirkend modelliert worden oder gänzlich unberücksichtigt geblieben waren. Solche Fehlspezifizierungen der Regressionsmodelle würden nicht nur die Schätzungen des fusionsspezifischen Effektes, sondern auch die der anderen Kontrollvariablen verzerren.

728. Bei der Quantifizierung der Effizienzvorteile kritisierte die Europäische Kommission die mangelnde Transparenz sowie Einseitigkeit der Berechnung. So sei einerseits nicht deutlich gemacht worden, auf

184 Da die vorgenommene Analyse samt Ergebnisse zu Kassageschäften der von Termingeschäften sehr ähnlich war, wird im Folgenden ausschließlich die Analyse zu den Kassageschäften dargestellt und evaluiert.

185 Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 über Märkte für Finanzinstrumente, zur Änderung der Richtlinien 85/611/EWG und 93/6/EWG des Rates und der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 93/22/EWG des Rates, ABl. EU L 145 vom 30. April 2004, S. 1.

186 Hochfrequenz-Handel ist in § 1 Abs. 1a lit. 4d KWG definiert.

187 Die Analysen zu den gewichteten Bid-ask-spreads, der Handelsvolatilität, des Handelsvolumens, dem Wert des Handelsvolumens sowie der täglichen Rendite von zu hinterlegenden Sicherheiten werden aufgrund des relativ geringen Mehrwertes nicht weiter erläutert.

188 Diese quartalsbezogenen und börsenspezifischen binären Variablen wurden als „time fixed effects“ bezeichnet, gleichwohl es sich bei den Paneldatenanalysen um keine sogenannte Fixed Effects-Schätzungen im klassischen Sinne handelte, sondern um sogenannte gepoolte Paneldatenanalysen. Zu Paneldatenanalysen vgl. Cameron, A.C./Trivedi, P.K., *Microeconometrics: Methods and Applications*, a. a. O., S. 698 ff.

189 Ein ähnlicher Verlauf ergab sich bei separaten Schätzungen für die Wertpapierbörsen in Amsterdam, Paris und Lissabon. Bei der Schätzung zur Wertpapierbörse in Brüssel ergab sich hingegen ein ansteigender Verlauf.

190 Zu Schätzverzerrungen in Regressionsanalysen aufgrund fehlspezifizierter Modellen vgl. Wooldridge, J.M., *Introductory Econometrics: A Modern Approach* 4. Aufl., Mason 2009, S. 89 ff.

welcher der angeführten Regressionsanalysen die Berechnung konkret fuße und andererseits seien keine alternativen Berechnungsszenarien zum Zwecke der Validität präsentiert worden. Auch die vonseiten der beteiligten Unternehmen durchgeführte Befragung von Marktakteuren zu den antizipierten Effekten des beantragten Zusammenschlusses wurde von der Europäischen Kommission in Frage gestellt. Demnach sei die Interpretation der Ergebnisse der Marktuntersuchung verzerrt dargestellt worden.

729. Zusammenfassend schlussfolgerte die Europäische Kommission, dass die von den beteiligten Unternehmen vorgebrachten Effizienzvorteile sowohl für Kassa- wie auch für Termingeschäfte nicht nachprüfbar seien. Etwaige branchenübergreifende Effizienzvorteile seien ebenso wenig überprüfbar. Des Weiteren seien vorgebrachte Kostensynergien, welche im Zuge des Zusammenschlusses hätten generiert und an die Verbraucher weitergegeben werden können, begrenzt gewesen, da aufgrund des fehlenden Wettbewerbsdrucks für die in Rede stehenden Unternehmen keine ausreichenden Anreize zur Weitergabe existiert hätten.

730. Die Monopolkommission begrüßt zunächst, dass die Europäische Kommission erstmalig im Rahmen der Fusionskontrolle eine Berechnung potenzieller Effizienzvorteile auf Grundlage von ökonometrischen Methoden vorgenommen hat. Dies erscheint wegen des verkürzten Untersuchungszeitraumes aufgrund der verzögerten Einreichung relevanter Dokumente sowie wegen der allgemeinen Komplexität ökonometrischer Analysen umso bedeutender.

731. Trotz dieser positiv zu bewertenden Entwicklung weist die Monopolkommission auf analytische Ambivalenzen hin, welche für zukünftige Evaluierungen ähnlich gelagerter Sachverhalte von Relevanz sein könnten. So erscheint nach Ansicht der Monopolkommission tendenziell fraglich, warum die Europäische Kommission trotz begründeter Zweifel über die Aussagekraft des vorgebrachten Regressionsmodells ihre eigene Analyse auf ein nahezu ähnlich spezifiziertes Regressionsmodell stützte. Damit nahm sie in Kauf, dass ihre Evaluierung ebenfalls auf einem fehlspezifizierten Regressionsmodell basierte. Es ist sehr wahrscheinlich davon auszugehen, dass die Substitution einer Kontrollvariable, in dem Fall der binären Variable zur Identifizierung des fusionsspezifizierten Effekts durch die integrierten quartals- und börsenspezifischen binären Variablen, welche allesamt eine Generalisierung der substituierten einzelnen binären Variable darstellen sollten, auch zu verzerrten Ergebnissen führen kann. Auch wenn die Intention der Europäischen Kommission womöglich gewesen war, eine relativ simple Widerlegung der angeführten ökonometrischen Analyse darzulegen, so hätte nach Ansicht der Monopolkommission die vorgebrachte Widerlegung eventuell anhand weiterer, unterschiedlich spezifizierter Regressionsmodelle und robusterer Schätzmethoden verifiziert werden müssen. Ein solch analytisches Vorgehen hätte besonders im Hinblick auf die Qualität zukünftig eingereichter ökonometrischer Analysen zur Quantifizierung von Effizienzvorteilen eine Signalwirkung entfalten können. Als alternative Schätzmethode für das fehlspezifizierte Regressionsmodell, das mit dem gängigen Schätzverfahren Ordinary-Least-Squares (OLS) geschätzt wurde, hätte das gängige Instrumentenvariablen-Schätzverfahren (IV-Schätzung) verwendet werden können.¹⁹¹ Mit IV-Schätzungen ist es generell möglich, aussagekräftige Ergebnisse auf Basis eines fehlspezifizierten Modells zu ermitteln. Voraussetzung hierfür ist, dass valide Instrumentvariablen gefunden werden, mit denen die Koeffizienten und damit die Effekte relevanter Kontrollvariablen in der Tendenz korrekt geschätzt werden können. Als valide Instrumentvariablen gelten gewöhnlich zeitlich verzögerte, d. h. zurückliegende Kontrollvariablen, welche in diesem Fall zur Verfügung gestanden hätten.¹⁹²

2.4.4 Effizienzen

732. Nach Erwägungsgrund 29 der VO 139/2004 soll die Europäische Kommission begründeten und wahrscheinlichen Effizienzvorteilen Rechnung tragen. In den Horizontal-Leitlinien legt die Europäische

¹⁹¹ Zu Instrumentenvariablen-Schätzungen bei Paneldatenanalysen vgl. Arellano, M., *Panel Data Econometrics – Advanced Texts in Econometrics*, Oxford 2003, S. 51 ff.

¹⁹² Als Instrumentvariablen für die 2000er-Daten, für die keine zeitverzögerten Variablen vorlagen, hätte – ohne Rückgriff auf externe Daten – z. B. eine Approximation mittels quadratischer und/oder kubischer Terme von anderen Kontrollvariablen vorgenommen werden können.

Kommission näher dar, unter welchen Voraussetzungen sie derartige Vorteile bei der Beurteilung eines Zusammenschlusses berücksichtigen wird.¹⁹³ Hiernach müssen Effizienzgewinne nachprüfbar sein und kausal auf dem Zusammenschluss beruhen. Zudem muss die Weitergabe der Effizienzgewinne an die Verbraucher wahrscheinlich sein. Die drei genannten Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Die Beweislast für das Bestehen von Effizienzen liegt bei den Zusammenschlussparteien.

733. Anders als im vorigen Berichtszeitraum, in dem die an Zusammenschlüssen beteiligten Unternehmen nur selten Effizienzeinwände erhoben haben¹⁹⁴, nahm die Europäische Kommission im aktuellen Berichtszeitraum relativ häufig Effizienzprüfungen vor. Diese Prüfung erfolgte überwiegend in Zweite-Phase-Verfahren, daneben auch in einem Erste-Phase-Verfahren, das unter Bedingungen und Auflagen abgeschlossen wurde. Betroffen waren – soweit ersichtlich¹⁹⁵ – der Fall Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV, der nach vertiefter Untersuchung bedingungslos freigegeben wurde, sowie die Zusammenschlussvorhaben Outokumpu/Inoxum, Syniverse/MACH und Hutchison 3G Austria/Orange Austria, die unter Bedingungen und Auflagen erlaubt wurden. Effizienzeinwände wurden außerdem in allen Verfahren vorgetragen, die mit einer Verbotsentscheidung endeten, namentlich Ryanair/Aer Lingus III, Deutsche Börse/NYSE Euronext sowie – laut Pressemeldung der Europäischen Kommission¹⁹⁶ – UPS/TNT Express. Von besonderem Interesse ist die Entscheidung im Fall Deutsche Börse/NYSE Euronext, weil die Europäische Kommission quantitative Methoden anwendete, um die Effizienzen zu bemessen. In dem Erste-Phase-Verfahren US Airways/American Airlines machten die Zusammenschlussparteien ebenfalls von der Möglichkeit des Effizienzeinwands Gebrauch.

734. Die Europäische Kommission hat sich in den relevanten Entscheidungen zum Teil nur sehr kurz, teilweise aber auch sehr ausführlich mit den vorgebrachten Effizienzeinwänden befasst. So umfassen die entsprechenden Ausführungen in den Verfahren US Airways/American Airlines, Syniverse/MACH und Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV nur eine knappe Seite, in dem Verfahren Deutsche Börse/NYSE Euronext dagegen ca. 60 Seiten. Nach dem Eindruck der Monopolkommission hängen Umfang und Tiefe der Auseinandersetzung mit den geltend gemachten Effizienzen wesentlich mit Umfang und Qualität der von den Zusammenschlussparteien vorgelegten Informationen und Belege zusammen. In dem Verfahren Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV, das nach Art. 8 Abs. 1 FKVO ohne Bedingungen und Auflagen in der zweiten Verfahrensphase erlaubt wurde, konnte sich die Europäische Kommission darüber hinaus kurzfassen, weil sie zuvor keine schädlichen Wettbewerbsauswirkungen festgestellt hatte. Sie konstatierte dennoch, dass die Zusammenschlussparteien nicht ausreichend detailliert zu den erforderlichen Voraussetzungen des Effizienzeinwands vorgetragen hätten.

735. Im Ergebnis hat der Effizienzeinwand in keinem der genannten Fälle dazu geführt, dass anfänglich erhobene ernsthafte Wettbewerbsbedenken vollständig ausgeräumt wurden. In der Regel fehlte es zumindest an einer der in den Horizontal-Leitlinien niedergelegten Voraussetzungen. In zwei Fällen hatte der Effizienzeinwand allerdings – wenn auch nur partiell – Erfolg. In dem Verfahren Deutsche Börse/NYSE Euronext bejahte die Europäische Kommission teilweise das Vorliegen der geltend gemachten Effizienzen, sah diese aber nicht als ausreichend an, um die prognostizierten negativen Wettbewerbseffekte zu beseitigen. In dem Fall UPS/TNT Express hat der Effizienzeinwand offenbar dazu geführt, dass Wettbewerbsbedenken

¹⁹³ EU-Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EU C 31 vom 5. Februar 2004, S. 5, Tz. 76 ff.

¹⁹⁴ Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 758.

¹⁹⁵ Bei Redaktionsschluss waren die Entscheidungen in den Zweite-Phase-Fällen Nynas/Shell/Harburg Refinery, Aegean/Olympic II, Munksjö/Ahlstrom und UPS/TNT Express noch nicht veröffentlicht. Der Pressemitteilung der Europäischen Kommission zu ihrer Freigabeentscheidung im Verfahren Nynas/Shell/Harburg Refinery lässt sich entnehmen, dass die Europäische Kommission auch positive Auswirkungen des Zusammenschlusses festgestellt hat. Sie geht davon aus, dass Nynas erhebliche Einsparungen bei den variablen Kosten für seine zusätzlichen Lieferungen erzielen würde, die das Unternehmen in gewissem Umfang an die Verbraucher weitergeben dürfte; vgl. EU-Kommission, Pressemitteilung vom 2. September 2013, IP/13/804.

¹⁹⁶ Vgl. EU-Kommission, Pressemitteilung vom 30. Januar 2013, IP/13/68.

auf einigen der betroffenen räumlichen Märkte entfielen.¹⁹⁷ Die Zusammenschlussparteien konnten dennoch die Untersagung ihres Vorhabens nicht verhindern.

2.4.4.1 Voraussetzungen des Effizienzeinwands

736. In den Verfahren Ryanair/Aer Lingus III, Deutsche Börse/NYSE Euronext, Syniverse/MACH sowie US Airways/American Airlines war die Überlegung der Europäischen Kommission relevant, dass der nach dem jeweiligen Zusammenschluss verbleibende Wettbewerbsdruck maßgeblich dafür ist, dass die erreichten Effizienzvorteile auch an die Verbraucher weitergegeben werden. Da in allen vier Zusammenschlussfällen mit der Entstehung monopolartiger bzw. monopolistischer Stellung zu rechnen war, hielt die Wettbewerbsbehörde eine Weitergabe zugunsten der Verbraucher für sehr unwahrscheinlich und sah die Voraussetzungen des Effizienzeinwands als nicht erfüllt an. Dies macht erneut deutlich, dass es für Unternehmen, die infolge eines Zusammenschlusses über sehr starke Marktstellungen verfügen, sehr schwierig ist, wettbewerblichen Bedenken mittels Effizienzeinwand zu begegnen. Nahezu unmöglich erscheint dies für Unternehmen, die nach einem Zusammenschluss monopolartige oder monopolistische Stellungen einnehmen. Nach Auffassung der Monopolkommission ist eine restriktive Anwendung des Effizienzeinwands vonseiten der Europäischen Kommission in diesen Fällen sachgerecht, da derartige Marktstrukturen gerade von dem Fehlen eines ausreichenden Wettbewerbsdrucks gekennzeichnet sind.

737. Das Vortragen von Effizienzgewinnen könnte daher am ehesten für Unternehmen sinnvoll erscheinen, die auch nach Durchführung ihres Vorhabens nicht Marktführer werden. Diese Voraussetzung ist in den typischen Lückenfällen gegeben, in denen zwar das SIEC-Kriterium erfüllt ist, jedoch keine marktbeherrschende bzw. monopolistische Stellung erlangt wird. Eine solche Konstellation lag während des Berichtszeitraums in dem Verfahren Hutchison 3G Austria/Orange Austria vor, in dem die Parteien auch nach dem Zusammenschluss nicht Marktführer geworden wären. Obgleich die Parteien in diesem Verfahren Effizienzen geltend gemacht haben, verneinte die Europäische Kommission auch insoweit das Vorliegen der erforderlichen Voraussetzungen und berücksichtigte die vorgetragenen positiven Auswirkungen des Zusammenschlusses nicht.

738. In dem Verfahren US Airways/American Airlines, das den Passagierflugverkehr betraf, machten die Zusammenschlussparteien auf der Grundlage einer ökonomischen Studie geltend, dass ihr Vorhaben zu Effizienzvorteilen für Passagiere von Anschlussflügen in Form geringerer Verspätungen und eines geringeren doppelten Preisaufschlags führen würde. Die Europäische Kommission setzte sich nur knapp mit dem Vorbringen auseinander. Zum einen zog sie einige der von den Parteien in der vorgelegten Studie getroffenen Annahmen in Zweifel. Zum anderen hielt sie es für sehr unwahrscheinlich, dass bei einem Zusammenschluss, der – wie hier – zu monopolartigen Stellungen des neuen Unternehmens führen würde, Effizienzen in einem solchen Umfang vorliegen könnten, dass wettbewerbliche Bedenken entfielen. Der Zusammenschluss wurde daher in der ersten Verfahrensphase nur unter Bedingungen und Auflagen erlaubt.

739. Ebenfalls keinen Erfolg hatte der Effizienzeinwand in dem Verfahren Ryanair/Aer Lingus III, das mit einer Verbotsentscheidung nach Art. 8 Abs. 3 FKVO endete. Ryanair argumentierte, dass substantielle Effizienzen zugunsten der Verbraucher dadurch entstehen würden, dass das Unternehmen seine Erfahrungen mit Kostensenkungen zur Verbesserung der Effizienz von Aer Lingus nutzen würde. Im Einzelnen sollten infolge des Zusammenschlusses Kosten und Ticketpreise gesenkt sowie der Verkehr auf den von Aer Lingus bedienten Kurz- und Langstrecken ausgebaut werden. Synergien ergäben sich laut Ryanair unter anderem bei Personal-, Flugzeug-, Benzin-, Wartungs-, Flughafen- und Bodenabfertigungskosten. Ryanair bezifferte das jährliche Kostensenkungspotenzial bei Aer Lingus auf etwa 50 Mio. Euro. Dieser Betrag übersteige die von Aer Lingus selbst erreichten Kosteneinsparungen in Höhe von 13 Mio. Euro. Darüber hinaus solle das Passagieraufkommen von Aer Lingus nach dem Zusammenschluss von 9,5 Mio. auf 14,5 Mio. jährliche

¹⁹⁷ Vgl. Almunia, J., Introductory remarks on UPS/TNT Express, Brüssel, Speech/13/84 vom 30. Januar 2013.

Passagiere erweitert werden, was die Möglichkeit zu weiteren Kostenreduzierungen eröffne. Zudem ermögliche der Zusammenschluss einen aggressiveren Wettbewerb mit US-amerikanischen Fluggesellschaften.

740. Die Europäische Kommission sah keine der drei erforderlichen Voraussetzungen als erfüllt an. Ryanair habe keine relevanten Informationen vorgelegt, die eine Nachprüfung der geltend gemachten Effizienzvorteile erlaube. Im Einzelnen bleibe z. B. unklar, wie Kosteneinsparungen bei Flughafen- und Bodenabfertigungsdiensten erreicht werden könnten. Denn Größenvorteile seien nicht zu erzielen, da die Zusammenschlussparteien i. d. R. unterschiedliche Flughäfen bedienten. Auch die Senkung von Wartungskosten hielt die Europäische Kommission angesichts des Umstands, dass die beteiligten Unternehmen ihre Flugzeugflotten einerseits mit Flugzeugen von Boeing und andererseits von Airbus ausgestattet hätten, für unwahrscheinlich. Die Wettbewerbsbehörde ermittelte zudem, dass der Zusammenschluss nicht kausal für die erwarteten Kostensenkungen sein würde, da die diesbezüglichen eigenen Anstrengungen von Aer Lingus bereits im Jahr 2011 Einsparungen in Höhe von über 80 Mio. Euro erbracht hätten. Für das Jahr 2012 rechne Aer Lingus mit weiteren Einsparungen in Höhe von knapp 100 Mio. Euro. Schließlich hielt die Europäische Kommission die Weitergabe möglicher Effizienzgewinne an die Verbraucher angesichts extrem hoher gemeinsamer Marktanteile der Zusammenschlussparteien für sehr unwahrscheinlich. Angesichts monopolistischer Positionen auf einigen Märkten und fehlender Marktzutrittsmöglichkeiten sei mit einer Weitergabe der Vorteile nicht zu rechnen.

2.4.4.2 Teilweise Anerkennung von Effizienzgewinnen

741. Von besonderem Interesse sind die Ausführungen der Europäischen Kommission zu dem Effizienzeinwand in dem Verfahren Deutsche Börse/NYSE Euronext. Die Europäische Kommission hat in diesem horizontalen Zusammenschlussfall das Vorliegen von Effizienzgewinnen (teilweise) bejaht und zum ersten Mal in ihrer Entscheidungspraxis die zu erwartenden Gewinne auf der Grundlage umfangreicher ökonomischer Untersuchungen quantifiziert.¹⁹⁸ Sie kam zu dem Schluss, dass die Effizienzvorteile nicht so umfangreich ausfielen, wie die Zusammenschlussparteien dargelegt hatten und im Ergebnis nicht ausreichten, um die erwarteten negativen Wirkungen des Zusammenschlusses aufzuwiegen.

742. Die beteiligten Unternehmen hatten Effizienzvorteile in Form von Kostensenkungen (unter anderem bei der IT), in Form eines geringeren Bedarfs an zu hinterlegenden Sicherheiten bei der Durchführung von Geschäften mit Finanzderivaten sowie in Form einer erhöhten Liquiditätsversorgung im Rahmen von Kassa- und Termingeschäften vorgebracht. Nach Auffassung der Europäischen Kommission waren die Effizienzvorteile in Form von Kostenreduzierungen nicht verifizierbar. Selbst wenn derartige Vorteile bestünden, sei unklar, ob sie auf der Fusion beruhten und inwieweit sie an die Kunden weitergereicht werden würden. Zu einem ähnlichen Ergebnis kam die Europäische Kommission auch hinsichtlich der geltend gemachten verbesserten Liquiditätsversorgung nach dem Zusammenschluss. In Bezug auf die angegebenen Ersparnisse bei der Hinterlegung von Sicherheiten bestätigte die Europäische Kommission die Nachprüfbarkeit einiger Effizienzgewinne, wenn auch nicht in der von den beteiligten Unternehmen angegebenen Höhe. Die Europäische Kommission ermittelte jedoch weiter, dass ein Teil dieser Effizienzen auch auf weniger wettbewerbsschädlichem Weg hätte erzielt werden können. Zudem rechnete sie damit, dass eintretende Effizienzvorteile lediglich zum Teil an die Verbraucher weitergereicht werden würden. Dafür spreche insbesondere der Mangel an ausreichendem Wettbewerbsdruck angesichts der monopolartigen Position der beteiligten Unternehmen nach dem Zusammenschluss. Im Ergebnis waren die festgestellten Effizienzgewinne nach Auffassung der Europäischen Kommission nicht substantiell genug, um die prognostizierten Wettbewerbsbeeinträchtigungen aufzuheben.

743. Bemerkenswert ist ferner, dass die Zusammenschlussparteien in dem Verfahren gesamtwirtschaftliche Effizienzvorteile wie den verbesserten Zugang von kleinen und mittleren Unternehmen zu Eigenkapital und daraus folgend die Schaffung von Arbeitsplätzen vortrugen. Da diese Vorteile unmittelbar aus der erhöhten

¹⁹⁸ Vgl. Tz. 721. ff., Tz. 763. ff.

Liquiditätsversorgung resultieren sollten, welche die Europäische Kommission als nicht belegt ansah, wurden letztlich auch die geltend gemachten Effizienzgewinne für die Gesamtwirtschaft als nicht nachprüfbar bewertet. Die Deutsche Börse hat Klage gegen die Entscheidung der Europäischen Kommission eingelegt.¹⁹⁹

2.4.4.3 Synergien in Fusionskontrollfällen

744. Im Berichtszeitraum gab es zwei Verfahren, in denen die beteiligten Unternehmen zwar Synergien vorbrachten und forderten, dass diese bei der Beurteilung des Sachverhalts zu beachten seien. Sie machten jedoch (zunächst) keinen Effizienzeinwand im Sinn der Horizontal-Leitlinien geltend. Die Europäische Kommission ist dem Ansinnen der Zusammenschlussparteien nicht nachgekommen, sondern hat auch in diesen Fällen eine Prüfung nach den in den Horizontal-Leitlinien festgelegten Maßstäben vorgenommen.

745. In dem Verfahren Outokumpu/Inoxum machten die beteiligten Unternehmen zwar Synergien ihres Vorhabens geltend, beriefen sich jedoch nicht auf einen Effizienzeinwand im Sinn der Horizontal-Leitlinien. Die Europäische Kommission prüfte dennoch das Vorliegen der Voraussetzungen, wie sie in den Horizontal-Leitlinien niedergelegt sind. Sie kam zu dem Schluss, dass es jedenfalls teilweise an der notwendigen Kausalität zwischen Zusammenschluss und Effizienzen mangelte, mögliche Effizienzvorteile zudem begrenzt blieben und damit nicht ausreichten, die prognostizierten Wettbewerbsbeeinträchtigungen auszugleichen. Gleichzeitig berücksichtigte die Europäische Kommission mögliche Synergien im Rahmen ihrer ökonomischen Analyse. Sie kam auch insoweit zu dem Ergebnis, dass nur relativ wenige Synergien mit dem Zusammenschluss erzielt werden würden, weshalb eine bedingungslose Freigabe des Zusammenschlusses nicht infrage kam. In dem Verfahren Hutchison 3G Austria/Orange Austria trugen die Zusammenschlussparteien positive Auswirkungen ihres Vorhabens zunächst ebenfalls nicht in Form des Effizienzeinwands, wie er in den Horizontal-Leitlinien angelegt ist, vor. Erst in einem späteren Verfahrensstadium erhoben die Parteien ausdrücklich einen Effizienzeinwand und machten unter anderem eine Verbesserung der Netzabdeckung geltend. Die Europäische Kommission untersuchte die Nachprüfbarkeit, die Kausalität und die Wahrscheinlichkeit der Weitergabe der Effizienzvorteile an die Verbraucher und verneinte im Ergebnis alle drei Voraussetzungen.

746. Das dargestellte Verhalten der beteiligten Unternehmen veranlasst zu der Frage, welche Ziele sie damit verfolgten. Eine mögliche Erklärung ist die Hoffnung der Zusammenschlussparteien, die Europäische Kommission werde die zweistufige Prüfung von negativen und positiven Wettbewerbswirkungen zugunsten einer einstufigen Gesamtbetrachtung der unterschiedlichen Effekte aufgeben. Damit könnte die Erwartung verbunden gewesen sein, dass die strengen Voraussetzungen für Effizienzen nach den Horizontal-Leitlinien abgeschwächt werden und eine Beweislasterleichterung für die betroffenen Unternehmen erfolgen würde. Die Europäische Kommission könnte zu einem integrierten Vorgehen deshalb motiviert sein, weil es mit wesentlich weniger behördlichem Aufwand und einem geringeren Risiko der gerichtlichen Anfechtung verbunden sein dürfte.

747. Die Monopolkommission begrüßt ausdrücklich, dass die Europäische Kommission derartigen Vorstellungen nicht nachgekommen ist, sondern auch in den genannten Fällen eine zweistufige Untersuchung der potenziellen negativen und positiven Zusammenschlusseffekte vorgenommen hat. Dieses Vorgehen gewährleistet größtmögliche Transparenz der Entscheidungsgründe und erhöht damit ihre Nachvollziehbarkeit für Beteiligte und Dritte. Daneben wird die Anwendung der in den Horizontal-Leitlinien festgelegten Beweislastregelung sichergestellt. Die Monopolkommission erkennt nicht, dass im Rahmen von quantitativen Untersuchungen eine zweistufige Vorgehensweise aus methodischen Gründen nicht immer möglich oder praktikabel ist. Dies ist unter der Voraussetzung hinzunehmen, dass die Beweislast für Effizienzen auch insofern bei den Zusammenschlussparteien verbleibt. Daraus folgt, dass die Parteien, die z. B. Kostenein-

¹⁹⁹ EuG, T-175/12: Klage eingereicht am 12. April 2012 – Deutsche Börse/Kommission, ABl. EU C 174 vom 16. Juni 2012, S. 25.

sparungen aufgrund des Zusammenschlusses geltend machen, auch die entsprechenden Daten an die Wettbewerbsbehörde übermitteln müssen.

2.5 Abhilfemaßnahmen

748. Gelangt die Europäische Kommission im Rahmen ihrer Prüfung zu der Erkenntnis, dass durch den Zusammenschluss Anlass zu ernsthaften wettbewerblichen Bedenken besteht, haben die beteiligten Unternehmen die Möglichkeit, durch Änderung ihres Zusammenschlusses eine Freigabe gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. b i. V. m. Abs. 2 FKVO in der ersten Verfahrensphase oder gemäß Art. 8 Abs. 2 FKVO in der zweiten Verfahrensphase zu erhalten. Insgesamt gingen im aktuellen Berichtszeitraum 560 Anmeldungen bei der Europäischen Kommission ein. Davon wurden 20 Vorhaben in der ersten Verfahrensphase und acht Vorhaben in der zweiten Verfahrensphase unter Bedingungen und Auflagen erlaubt. In drei Fällen hielt die Europäische Kommission die angebotenen Verpflichtungszusagen für unzureichend und sprach Unter-sagungsentscheidungen aus.

749. Positiv ist zu werten, dass die Europäische Kommission in den Jahren 2012 und 2013 bei horizontalen Zusammenschlüssen in aller Regel Veräußerungsangebote angenommen hat. Diese strukturellen Abhilfemaßnahmen haben sich bereits in vorangegangenen Entscheidungen als das wirkungsvollste Mittel erwiesen, um wettbewerbliche Bedenken nachhaltig zu beseitigen. Im Gegensatz zu bloßen Verhaltenszusagen, die zwar bei Nichteinhaltung ebenfalls mit einem empfindlichen Bußgeld geahndet werden können,²⁰⁰ dienen Veräußerungszusagen, entsprechend der Funktion der Fusionskontrolle im Allgemeinen, der Aufrechterhaltung kompetitiver Marktstrukturen.²⁰¹ Der Umfang kann bei Veräußerungszusagen stark variieren und ist stets von der Wettbewerbssituation auf dem betroffenen Markt abhängig.

2.5.1 Veräußerungszusagen

750. Der einfachste Fall einer strukturellen Abhilfemaßnahme betrifft die Veräußerung einzelner Betriebsstätten oder des gesamten Geschäftsbereichs, auf den die wettbewerblichen Bedenken zurückzuführen sind. So war in einigen Fällen bereits die Veräußerung einer einzigen Produktionsstätte ausreichend, vor allem sofern sich die wettbewerblichen Bedenken der Europäischen Kommission auf einen regional überschaubaren Bereich bezogen. In dem Zusammenschlussfall Arla Foods/Milk Link ergaben sich hohe gemeinsame Marktanteile von 60 bis 70 Prozent sowie Möglichkeiten und Anreize zur Preiserhöhung im Vereinigten Königreich. Während des Verfahrens stellte die Europäische Kommission fest, dass durch Importe kein hinreichender Wettbewerbsdruck bestand. Zudem beabsichtigte Arla Foods, auf anderen Märkten zu expandieren, wie in Deutschland durch den beabsichtigten Erwerb der Milch Union Hocheifel, was den schwachen Wettbewerbsdruck durch Importe weiter hätte abflachen lassen. Darüber hinaus war nach Auffassung der Europäischen Kommission die Nachfragemacht der Abnehmer nicht geeignet, Preisanstiege zu verhindern. Die beteiligten Unternehmen verpflichteten sich daher zur Veräußerung einer Produktionsstätte für haltbare Milch im Westen Englands.

751. Im Rahmen von Veräußerungsangeboten nahm die Europäische Kommission auch alternative Zusagen entgegen. Der Zusammenschluss DS Smith/SCA Packaging hätte in der ursprünglich beantragten Form zu wettbewerblichen Bedenken auf dem Markt für die Produktion und den Vertrieb von Wellpappverpackung im Vereinigten Königreich und in der Bretagne geführt. Neben der Veräußerung eines Werks für bedruckte und laminierte Wellpappverpackung in Darlington von SCA wurde die Veräußerung einer von drei Produktionsstätten für Wellpappe in der Bretagne sowie der Verkauf einer der zwei einzigen Produktionsstätten für hochfeste Wellpappverpackung im Vereinigten Königreich angeboten, wahlweise in Monmouth, Wales von DS Smith oder Hinckley in England von SCA Packaging. Der Annahme alternativer Zusagen-

²⁰⁰ Nach Art. 14 Abs. 2 lit. d FKVO sind Geldbußen bis zu zehn Prozent des von den beteiligten Unternehmen erzielten Gesamtumsatzes möglich.

²⁰¹ Mitteilung der Kommission über nach der VO Nr. 139/2004 des Rates und der VO Nr. 802/2004 der Kommission zulässige Abhilfemaßnahmen, ABl. EU C 267 vom 22. Oktober 2008, S. 1, Tz. 17.

angebote steht nach Auffassung der Monopolkommission nichts entgegen, sofern bei Durchführung jeder der Alternativen die aufgeworfenen Wettbewerbsbedenken beseitigt werden. Unter dieser Voraussetzung ist es positiv zu bewerten, dass durch eine alternativ ausgeformte Abhilfemaßnahme die unternehmerische Entscheidungsfreiheit der beteiligten Unternehmen so weit wie möglich gewahrt wird.

2.5.2 Lebensfähigkeit des zu veräußernden Geschäftsbereichs

752. Besondere Bedeutung legte die Europäische Kommission während des Berichtszeitraums auf die Lebensfähigkeit des zu veräußernden Geschäftsbereichs. Zur Sicherstellung der Lebensfähigkeit hielt sie in einigen Fällen zusätzliche Maßnahmen wie Belieferungsverpflichtungen, die Zurverfügungstellung von Know-how oder die Gewährung von Lizenzen gegenüber dem Erwerber für erforderlich. Im Rahmen des Erste-Phase-Verfahrens Kinnevik/Billerud/Korsnäs verpflichteten sich die beteiligten Unternehmen nicht nur zur Veräußerung eines Papierwerks mit den zwei Geschäftsbereichen für weißes Kraftsackpapier und für weißes maschinengefertigtes bzw. ungeglättetes Kraftpapier, sondern flankierend zur Belieferung des Erwerbers mit wesentlichen Vorleistungsprodukten. In dem Erste-Phase-Fall SCA/Georgia-Pacific Europe, der durch Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung Auswirkungen auf den Markt für Haushaltstücher und Toilettenpapier in Schweden, England, Irland und den Niederlanden zur Folge gehabt hätte, unterbreiteten die beteiligten Unternehmen ebenfalls sowohl strukturelle als auch verhaltensorientierte Zusagen. In Schweden sollte eine Produktionsstätte einschließlich der Ausstattung und aller dazugehörigen Lizenzen veräußert werden und eine Übernahme der bestehenden Kundenverträge erfolgen. Um die Lebensfähigkeit der Papiermühle sicherzustellen, sollte zusätzlich eine weitere Verarbeitungslinie aus einer anderen Produktionsstätte für das Werk in Schweden bereitgestellt werden. Im Vereinigten Königreich und Irland wurden neben einer Produktionsstätte einschließlich Lizenzen und Lieferverträgen aufgrund des starken Markenimage zusätzlich fünf Marken von Georgia-Pacific Europe veräußert. Um die nicht koordinierten Effekte in den Niederlanden zu beseitigen, boten die beteiligten Unternehmen eine einjährige Exklusivlizenz für zwei Marken von SCA für die Niederlande und darüber hinaus für Belgien und Luxemburg an. Zwar waren in Belgien und Luxemburg keine Auswirkungen des Zusammenschlusses zu befürchten, die Maßnahme sollte aber gleichwohl die Lebensfähigkeit des Geschäfts gewährleisten.

753. Der Fall SCA/Georgia-Pacific Europe zeigt, dass die Europäische Kommission auch in der ersten Verfahrensphase komplexe Zusagenpakete, die sich aus strukturellen und verhaltensorientierten Zusagen zusammensetzen und zum Teil sogar über die aufgeworfenen Wettbewerbsprobleme hinausgehen, annimmt. Es ist schwer nachvollziehbar, wie solch weitreichende Paketlösungen innerhalb der für die erste Verfahrensphase vorgesehenen 35 Arbeitstage erarbeitet werden können. Das Vorbringen derartiger Paketlösungen in dieser kurzen Frist ist vielmehr ein Indiz dafür, dass dem informellen Vorverfahren eine wesentlich bedeutendere Rolle beizumessen ist, als die Bezeichnung vermuten lässt. In der europäischen Fusionskontrollpraxis werden informelle Vorgespräche in der sogenannten Prä-Notifizierungsphase häufig dazu verwendet, komplexe Sach- und Rechtsfragen zu klären, um bereits in der ersten Verfahrensphase eine Freigabe zu erlangen.²⁰² Die Monopolkommission erkennt ein gewisses Bedürfnis der Verfahrensbeteiligten für eine erste informelle Kontaktaufnahme an. Sie bewertet eine weitgehende Verlagerung des Verfahrens in die Prä-Notifizierungsphase allerdings unter anderem deshalb als problematisch, weil auf diese Weise die gesetzlich festgelegten Beteiligungsrechte der Mitgliedstaaten erheblich eingeschränkt werden. So ist etwa der Beratende Ausschuss nach Art. 19 Abs. 3 FKVO lediglich vor Entscheidungen in der zweiten Verfahrensphase anzuhören.

754. In dem Zusammenschlussvorhaben Südzucker/ED&F MAN stellte die Europäische Kommission fest, dass durch den Zusammenschluss der beiden Zuckerproduzenten eine marktbeherrschende Stellung für die Belieferung mit weißem Zucker für Nahrungsmittelhersteller auf dem italienischen Markt begründet worden wäre. Die Zuckerindustrie ist ein europaweit regulierter Markt, der besonders auf der Importebene wett-

²⁰² Vgl. Körber, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 1: EU/Teil 2, 5. Aufl., München 2012, Art. 6 FKVO Rn. 5, 7.

bewerbliche Defizite aufweist, da die Europäische Union die Einfuhr von Zucker mit Importquoten reguliert und bereits hierdurch eine Abschottung der Märkte herbeiführt. Zusammenschlüsse in regulatorisch abgeschotteten Märkten weisen insbesondere dann ein hohes Konfliktpotenzial auf, wenn das zu übernehmende Unternehmen aus einem Land mit historisch hohen Preisen stammt. Gegenstand der Veräußerungszusage war die zweitgrößte Raffinerie für Rohrohrzucker innerhalb der EU, die für den süditalienischen Markt strategisch wichtig ist. Um die Lebensfähigkeit des zu veräußernden Geschäfts sicherzustellen, sollten die bestehenden Lieferverträge mit drei Abnehmern für Rohrohrzucker ebenfalls an den Käufer übertragen werden. Alternativ hatten die Zusammenschlussbeteiligten angeboten, bei einem Scheitern der Vertragsübernahme eine Abnahmegarantie einzuräumen. Da sich diese nicht auf die in den Lieferverträgen vereinbarten günstigen Preise, sondern nur auf die dort ausgewiesenen Mengen bezog, lehnte die Europäische Kommission das Alternativangebot als nicht ausreichend ab. Der Zusammenschluss wurde erst freigegeben, nachdem die beteiligten Unternehmen im dritten Anlauf ein Zusageangebot, welches auch die Lieferverträge mit den drei Abnehmern beinhaltete, unterbreitet hatten.

755. Um die Lebensfähigkeit des zu veräußernden Geschäftsbereichs sicherzustellen, hat die Europäische Kommission in einigen Fällen auch Abhilfemaßnahmen auferlegt, die in ihrer Reichweite über die festgestellten Wettbewerbsbedenken hinausgingen, z. B. in den Fällen SCA/Georgia-Pacific Europe und J&J/Synthes. Der Zusammenschluss von J&J und Synthes, zwei Herstellern von orthopädischen Medizinprodukten, hätte in der ursprünglichen Form zu marktbeherrschenden, teilweise sogar monopolartigen Stellungen auf verschiedenen nationalen Märkten für Traumaprodukte geführt. Obwohl es sich nicht um einen einheitlichen Weltmarkt, sondern um nationale Märkte handelt, musste J&J im Zuge der Veräußerung ihres gesamten Traumageschäftes im EWR den Verkauf einer Produktionsstätte des Tochterunternehmens De Puys in Miami oder alternativ ein Werk in der Schweiz anbieten. Um die Lebensfähigkeit sicherzustellen, mussten die beteiligten Unternehmen zusätzlich eine Belieferungsverpflichtung gegenüber dem Käufer gewähren und diesem das entsprechende Know-how überlassen sowie eine Option zur Übernahme von Personal einräumen.

2.5.3 Marktöffnungs- und Verhaltenszusagen

756. Bei Zusammenschlüssen mit vertikalen Effekten hat die Europäische Kommission eine Reihe von Marktöffnungszusagen und reinen Verhaltenszusagen angenommen. Für die Zusammenschlüsse Glencore/Xstrata und FrieslandCampina/Z&V und den Hollander mussten die beteiligten Unternehmen auf ihre Alleinbelieferungsrechte durch bestimmte Lieferanten verzichten und die entsprechenden Verträge an Wettbewerber abgeben. Des Weiteren sollte mit zusätzlichen Nebenabreden der Ausschluss einer weiteren Belieferung durch den bisherigen Lieferanten sichergestellt werden.

757. Bei der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens von ARM/Giesecke&Devrient/Gemalto, die den Markt für TEEs (Trusted Execution Environments), eine gesicherte Umgebung auf Mikrochips in mobilen Kommunikationsgeräten, betraf, prüfte die Europäische Kommission, ob für ARM die Möglichkeit und der Anreiz bestünden, den Zugang zu dem vorgelagerten Markt für die TrustZone einzuschränken. Das Vorhaben wurde unter der Bedingung freigegeben, dass den anderen Marktteilnehmern der Zugang zu diesem entscheidenden Vorprodukt zu gewähren sei. Das Zusammenschlussvorhaben von GE/Avio, zwei Anbietern von Motorenbauteilen für die zivile und militärische Luftfahrt, führte in der angemeldeten Form ebenfalls zu vertikalen Effekten. Im Bereich der zivilen Luftfahrt ist Avio als Produzent von Getrieben und Motorenteilen für die Wettbewerber von GE tätig. Um eine Verschlusswirkung durch Abschottung auszuschließen, mussten die beteiligten Unternehmen zusichern, dass in Zukunft keine Lieferverzögerungen zulasten von Pratt & Whitney, einem Wettbewerber von GE, stattfinden werden. Da sich mit GE und Avio zwei Zulieferer für konkurrierende militärische Flugsysteme zusammenschließen – Avio ist Zulieferer des Eurojet-Konsortiums, GE ist Zulieferer von Boeing – mussten sie sich außerdem verpflichten sicherzustellen, dass die strategischen Informationen über den Eurojet geschützt bleiben.

758. Reine Verhaltensmaßnahmen haben im Gegensatz zu Veräußerungen keinen Einfluss auf die Marktstruktur, bedürfen eines aufwendigen Monitoring und sind nach Auffassung der Monopolkommission schon daher in aller Regel ungeeignet, bestehende Wettbewerbsbedenken auszuräumen. Abhilfemaßnahmen, die sich in reinen Belieferungspflichten erschöpfen, bieten den verpflichteten Unternehmen vielfache Möglichkeiten zur Diskriminierung von Abnehmern, sei es hinsichtlich der Qualität, der Liefermenge, der Lieferfristen oder des Preises. In dem erwähnten Fall ARM/Giesecke&Devrient/Gemalto hatte die Europäische Kommission allerdings ermittelt, dass eine Lieferverpflichtung bereits vor dem Gründungsvorhaben des Gemeinschaftsunternehmens gegenüber dritten Unternehmen bestand und befolgt wurde. Dies könnte als Beleg für die Praxistauglichkeit der Verhaltenszusage auch im Nachgang zu dem konkreten Zusammenschluss gewertet worden sein. Die Entscheidung GE/Avio enthält bedauerlicherweise aufgrund der starken Kürzung wegen des strategischen, militärischen Geschäfts um den Eurojet keine Hinweise dazu, ob auch bestimmte Liefermengen und -preise für den Wettbewerber Pratt & Whitney zugesichert werden mussten. Der Ausschluss von Lieferverzögerungen alleine kann nach Ansicht der Monopolkommission jedenfalls nicht als ausreichend angesehen werden, um mögliches Diskriminierungspotenzial des zusammengeschlossenen Unternehmens zu beseitigen. Erhebliche Bedenken bestehen auch gegenüber der Wirksamkeit von sogenannten chinese walls innerhalb eines Unternehmens. Aufgrund der vielfältigen möglichen Berührungspunkte von Mitarbeitern verschiedener Geschäftsbereiche innerhalb eines Unternehmens ist eine solche Zusage jedenfalls nicht verlässlich und lückenlos zu überwachen.

2.5.4 Upfront-Buyer-Zusagen

759. Im Berichtszeitraum hat die Europäische Kommission Zusagenangebote in einigen Fällen nur unter der Bedingung angenommen, dass bereits eine bindende Verpflichtung mit einem Käufer vorgelegt werden konnte (Upfront-buyer-Lösung). Hierzu zählen – soweit ersichtlich – die Fälle Hutchison 3G Orange/Austria Orange, UPS/TNT Express, Syniverse/MACH und – in der ersten Verfahrensphase – Crane Co/Mei Group. Der Zusammenschluss von Syniverse/MACH hätte auf den neuen Technologiemarkten für Roaming-Dienste (Datenclearing- und Near Trade Roaming Data Exchange-Dienste) zu einer monopolartigen Stellung innerhalb des EWR geführt. Neben den hohen Marktanteilen bestand keine Nachfragemacht der Abnehmer, Markteintritte waren nicht zu erwarten und ein Wechsel zu anderen Anbietern schied für die Kunden aus, weil die verbleibenden Anbieter aufgrund ihrer Größe nur über eingeschränkte Kapazitäten verfügten. Zwar boten die beteiligten Unternehmen bereits in ihrer ersten Verpflichtungszusage an, das DC- und NTRDE-Geschäft von MACH im EWR zu veräußern. Jedoch konnte zu diesem Zeitpunkt nicht mit der Lebensfähigkeit des zu veräußernden Geschäfts gerechnet werden. Die weiteren Verpflichtungszusagen griffen diese Kritik auf und sahen zusätzlich die Überlassung von Schlüsselpersonal, Hardware und herstellerspezifischer Software sowie die Übernahme einiger wichtiger bestehender Kundenverträge vor. Darüber hinaus stellte die Europäische Kommission spezielle Bedingungen an den Käufer: Dieser muss bereits Erfahrungen auf den Technologiemarkten vorweisen und die beiden Geschäftsbereiche DC und NTRDE in sein Produktportfolio aufnehmen können. Zudem musste er der Europäischen Kommission im Rahmen einer upfront-buyer-Lösung präsentiert werden.

760. Bei dem Zusammenschluss von Hutchison 3G Austria/Orange Austria, zwei österreichischen Anbietern von mobilen Telekommunikationsdienstleistungen, wäre mit Orange ein besonders wichtiger Wettbewerber entfallen.²⁰³ Das Unternehmen setzte auf eine Niedrigpreisstrategie und war dadurch in der Lage, einen erheblichen Wettbewerbsdruck auf die großen Mobilfunkanbieter auszuüben. Die Europäische Kommission gelangte durch ihre Analyse zu dem Ergebnis, dass nach dem Zusammenschluss erhebliche Preissteigerungen möglich seien, da das zusammengeschlossene Unternehmen das bisherige preisaggressive Verhalten einstellen werde. Um diese Bedenken zu beseitigen, sagte H3G zu, einem virtuellen Netzbetreiber 30 Prozent seiner Netzkapazitäten für die nächsten 10 Jahre anzubieten. Durch den Aufbau eines Newcomers mit vergleichbarer Niedrigpreisstrategie sollte der Marktaustritt von Orange kompensiert werden. Erhebliche

²⁰³ Vgl. Tz. 657. ff., Tz. 697. ff., Tz. 737., Tz. 745. f.

Bedenken aufgrund des Rückgangs von vier auf drei Anbieter hatten auch die österreichische Bundeswettbewerbsbehörde und die österreichische Telekom-Control-Kommission (TKK). Sie monierten, dass H3G laut dem ersten Zusageangebot die Gebühren für die Netzkapazitäten einseitig vorgeben würde und neue Technologien wie LTE unberücksichtigt blieben. Die Europäische Kommission bestand auch in diesem Verfahren auf einer upfront-buyer-Lösung, die H3G durch eine Vereinbarung mit dem Unternehmen UPC erfüllte. Die finale Verpflichtungszusage enthielt außerdem eine Auflage, wonach H3G ein Auktionspektrum von zweimal zehn MHz innerhalb des Veräußerungsspektrums von 2.6 GHz für die TKK reserviert, das im Jahr 2013 im Rahmen einer Auktion versteigert werden sollte.

761. Laut Presseberichten hat sich nach dem Zusammenschluss trotz der Abhilfemaßnahmen und der Upfront-buyer-Zusage die wettbewerbliche Situation auf dem österreichischen Mobilfunkmarkt verschlechtert. Der Markt ist nach dem Zusammenschluss durch eine hohe Marktkonzentration der drei verbliebenen Anbieter Telekom Austria, T-Mobile Austria und H3G geprägt. In der Folge des Zusammenschlusses kam es zu erheblichen Preissteigerungen. Zuletzt erhöhte der virtuelle Betreiber Bob seine Preise je nach Tarif zwischen 20 und 83 Prozent.²⁰⁴ Auch gelang es nicht, die reservierten Frequenzen in der Herbstauktion vergangenen Jahres an einen Newcomer zu versteigern; lediglich die drei führenden Anbieter sicherten sich dort Frequenzen und den LTE-Zugang für einen Gesamtpreis von zwei Mrd. Euro.²⁰⁵ UPC hat zwischenzeitlich angekündigt, seinen Markteintritt in Form eines virtuellen Mobilfunknetzbetreibers (MVNO, mobile virtual network operator) frühestens Ende dieses Jahres zu realisieren.

762. Der Fall Hutchison 3G Austria/Orange Austria zeigt, dass selbst bei Abschluss einer Upfront-buyer-Zusage nicht immer gewährleistet ist, dass die erwarteten negativen Auswirkungen eines Zusammenschlusses ausbleiben. In dem vorliegenden Fall reichte es nicht aus, dass die schuldrechtliche Vereinbarung mit dem Erwerber UPC vor dem Zeitpunkt des Zusammenschlussvollzugs abgeschlossen worden war. Denn der Marktzutritt von UPC, der mit dem Erwerb von Kapazitäten ermöglicht werden sollte, fand bis heute nicht statt. Die Europäische Kommission wird in Zukunft noch stärker darauf achten müssen, dass der mit der Upfront-buyer-Zusage verfolgte Erfolg auch tatsächlich und zeitnah eintritt (im vorliegenden Fall z. B. durch Nutzung der erworbenen Kapazitäten auf dem betroffenen Markt und Erwerb und Nutzung der reservierten Frequenzen durch einen geeigneten Wettbewerber). Ein erster Schritt in diese Richtung könnte darin bestehen, einem potenziellen Erwerber in der schuldrechtlichen Vereinbarung eine Frist für seinen Marktzutritt bzw. die Nutzung der erworbenen Kapazitäten auf dem betroffenen Markt vorzugeben; eine solche Vorgabe müsste gegebenenfalls mit einer Vertragsstrafe bei Nichterfüllung verbunden werden. Sollte sich auch eine solche Maßnahme nicht als ausreichend erweisen, ist darüber nachzudenken, ob in Einzelfällen das Vollzugsverbot für die Zusammenschlussparteien bis zur Erfüllung der vereinbarten Verpflichtungen durch den Erwerber gelten soll.

2.5.5 Unzureichende Zusageangebote

763. In dem Fall Deutsche Börse/NYSE Euronext haben die beteiligten Unternehmen unter anderem eine informelle Zusage angeboten. Die Europäische Kommission hat diese wie das gesamte vorgelegte Zusagepaket nicht angenommen und das Vorhaben untersagt. Durch den beabsichtigten Zusammenschluss wäre auf dem Markt für den weltweiten Börsenhandel mit europäischen Finanzderivaten eine monopolartige Stellung entstanden. Die von den beteiligten Unternehmen vorgetragenen möglichen Effizienzgewinne reichten nach Ansicht der Europäischen Kommission nicht aus, um die auftretenden Wettbewerbsprobleme auszugleichen.²⁰⁶ Die Parteien schlugen daher in einem ersten und zweiten Zusageangebot vor, das Derivategeschäft auf Einzelaktien zu veräußern. Aufgrund des folgenden Markttests stellte die Europäische Kommission fest, dass dieses Paket eine überwiegend unattraktive Zusammenstellung von Finanzprodukten der Parteien beinhaltete und ein potenzieller Käufer in vergleichbarem Umfang wie die Parteien im Börsen-

²⁰⁴ Vgl. APA, A1: Neue Mobilfunknetze könnten Preiskampf wieder ankurbeln, *derStandard.at*, 30. Januar 2014.

²⁰⁵ Vgl. APA, Zwei Milliarden Euro für Mobilfunk-Frequenzen, *Salzburger Nachrichten*, 22. Oktober 2013.

²⁰⁶ Vgl. Tz. 721. ff.

handel aktiv sein müsste, um das Geschäft erfolgreich betreiben zu können. Die Parteien besserten ihr Angebot nach und boten im Rahmen der dritten und vierten Verpflichtungszusage eine neue Zusammenstellung des zu veräußernden Geschäftsbereichs an. Ergänzend sollten sie dem Käufer eine Lizenz für die Software zum Zinsderivatehandel gewähren. Der Markttest ergab, dass die angebotene Software ohne nennenswerten Aufwand auch selbst hergestellt oder von einem dritten Anbieter bezogen werden könnte. Auch die Zusammenstellung des Derivategeschäfts auf Einzelaktien war nicht geeignet, die Lebensfähigkeit des zu veräußernden Geschäfts zu gewährleisten, da es sich überwiegend um Nischenprodukte handelte und wichtige Finanzprodukte wie Stock Futures und Optionen nicht enthalten waren. Neben diesen qualitativen Defiziten entsprach das Paket lediglich 15 Prozent des Handelstagesvolumens und war somit nicht ausreichend, um einen neuen Wettbewerber etablieren zu können. Hinzu kam, dass der Marktzugang von zahlreichen weiteren Bedingungen abhängig ist.

764. Schließlich legten die beteiligten Unternehmen eine informelle Verhaltenszusage vor, um eine Freigabe des Zusammenschlussvorhabens zu erreichen. Diese Verhaltenszusage zielte darauf ab, die Handels- und Clearinggebühren über einen Zeitraum von drei Jahren einzufrieren. Positiv ist zu werten, dass die Europäische Kommission dieses informelle Angebot ablehnte. Zuzustimmen ist ferner den Feststellungen der Europäischen Kommission zum generellen Umgang mit informellen und Verhaltenszusagen: Grundsätzlich sei die Europäische Kommission nicht verpflichtet, informelle Zusagen überhaupt zu berücksichtigen, geschweige denn zu bewerten. Zusagen über zukünftiges Verhalten können nur in Ausnahmefällen angenommen werden, wenn deren Umsetzung vollständig gewährleistet ist. Zwingend erforderlich hierfür sei eine effektive Durchführung der Verhaltenszusage, ein vollständiges Monitoring sowie der Ausschluss des Risikos wettbewerbsverzerrender Auswirkungen. Die Europäische Kommission äußerte insoweit erhebliche Bedenken in Bezug auf das Einfrieren der Handels- und Clearinggebühren, da diese auf einer Vielzahl an komplexen und intransparenten Rabattregeln basierten. Die angebotene Verhaltenszusage sei zu komplex, um sie umzusetzen bzw. ein Monitoring durchführen zu können. Außerdem seien die Gebühren von der Marktentwicklung, den rechtlichen und regulatorischen Rahmenbedingungen sowie weiteren Umständen abhängig. In der Vergangenheit habe sich ferner gezeigt, dass der Wettbewerb ein wesentlich effizienteres Mittel zur Kostenreduzierung sei als eine Preisregulierung.

765. Nachdem die Europäische Kommission im Fall Ryanair/Aer Lingus bereits 2006 ihre erste und 2009 ihre zweite Untersagungsentscheidung erlassen hatte, stand sie im Berichtszeitraum erneut vor der Prüfung des Zusammenschlussvorhabens der beiden Fluggesellschaften.²⁰⁷ Durch das Vorhaben wäre es auf insgesamt 46 Strecken im Passagierflugverkehr zu marktbeherrschenden oder monopolartigen Stellungen gekommen. Die von den beteiligten Unternehmen vorgetragenen Effizienzen erkannte die Europäische Kommission nicht an. Ryanair unterbreitete mehrere Zusagenangebote, um die Wettbewerbsbedenken der Europäischen Kommission zu beseitigen. Das letzte Angebot umfasste im Wesentlichen die Veräußerung des Geschäfts von Aer Lingus auf 43 Strecken an Flybe sowie die Abgabe von Start- und Landerechten für drei Strecken an IAG/British Airways, wobei sich die beiden Unternehmen verpflichteten, die jeweiligen Strecken drei Jahre lang zu bedienen. Die Europäische Kommission zweifelte an der zeitnahen Umsetzbarkeit der Zusagen und war auch nicht überzeugt, dass die entsprechenden Abhilfemaßnahmen langfristig die gewünschte Wirkung haben würden. Ihrer Einschätzung nach wäre weder Flybe noch IAG/British Airways in der Lage gewesen, ausreichenden Wettbewerbsdruck auf das zusammengeschlossene Unternehmen auszuüben.

2.6 Rechtsprechung

766. Während des Berichtszeitraums sind mehrere Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Union im Bereich der Fusionskontrolle ergangen. Ein Fall der Drittklage gegen eine Freigabeentscheidung stellt das Verfahren Cisco und Messagenet/Europäische Kommission dar. In dem Verfahren *Électricité de*

²⁰⁷ Vgl. Tz. 714. ff., 736. ff.

France/Europäische Kommission ging es um die Frage der Umsetzungsfristen von Abhilfemaßnahmen. Das Urteil des Gerichts in dem Verfahren *Electrabel/Europäische Kommission* enthält interessante Ausführungen zum Kontrollerwerb aufgrund einer Minderheitsbeteiligung. Von besonderer Bedeutung sind daneben die Urteile *Agrofert Holding/Europäische Kommission* und *Édition Odile Jacob SAS/Europäische Kommission* des Gerichtshofs, in denen Fragen des Aktenzugangs in Fusionskontrollverfahren entschieden wurden.

767. In dem Verfahren *Cisco und Messenger/Europäische Kommission* wendeten sich die Kläger gegen die Freigabeentscheidung in dem Fusionskontrollverfahren *Microsoft/Skype*. Der Gerichtshof wies die Klage vollumfänglich ab.²⁰⁸ Besonders interessant sind seine Ausführungen zu horizontalen Auswirkungen des Zusammenschlusses bei sehr hohen Marktanteilen sowie zu möglichen konglomeraten Effekten. Auf dem Markt der Internetkommunikation für Privatkunden erreichte das zusammengeschlossene Unternehmen Anteile von 80 bis 90 Prozent. Dennoch bestätigte das Gericht die Auffassung der Europäischen Kommission, der zufolge keine negativen Wettbewerbswirkungen zu befürchten seien. Hohe Marktanteile sowie hohe HHI-Werte könnten zwar ein wichtiges Indiz für das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung bilden. Im vorliegenden Fall könne der hohe Marktanteil aber schnell wieder verloren gehen, da es sich um einen jungen, stark expandierenden Sektor mit kurzen Innovationszyklen handle. Zudem würden entsprechende Dienstleistungen auf diesem Markt üblicherweise kostenlos angeboten, sodass ein Anbieter mit einer auf die Erzielung von Nutzerentgelten ausgerichteten Geschäftspolitik das Risiko eingehen würde, die Attraktivität seiner Dienste zu vermindern und seine Kunden an kostenlose Dienste von Konkurrenten zu verlieren. Die Kläger hatten sich außerdem auf mögliche konglomerate Effekte des Zusammenschlusses gestützt und vorgebracht, dass Microsoft mit dem Zusammenschluss eine privilegierte Interoperabilität zwischen Lync, seinem Produkt auf dem Geschäftskommunikationsmarkt, und Skype und dessen Nutzern herstellen könnte. Der Gerichtshof hielt derartige Auswirkungen jedenfalls innerhalb des fusionskontrollrechtlichen Prognosezeitraums von zwei bis drei Jahren für unwahrscheinlich und wies in diesem Zusammenhang auf die herausragende Bedeutung der Beweisqualität für die Feststellung konglomerater Effekte hin. Unklar blieben nach Auffassung des Gerichts sowohl die künftige Fähigkeit als auch die künftigen Anreize von Microsoft, eine Marktverschlussstrategie zu verfolgen. Insbesondere sei nicht sicher, welche Vorteile ein solches Kommunikationsprodukt habe und ob es tatsächlich Nachfrager gebe. Schließlich spreche auch der Gesichtspunkt, dass Microsoft im Geschäftskommunikationsmarkt derzeit großen Wettbewerbern gegenüberstehe, gegen das Bestehen negativer konglomerater Effekte.

768. In dem Verfahren *Électricité/Europäische Kommission* suchte *Électricité de France (EdF)* vorläufigen Rechtsschutz, den das Gericht durch Beschluss ablehnte.²⁰⁹ Dem Verfahren lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Europäische Kommission hatte EdF im Zuge der Freigabe des Zusammenschlussverfahrens *EdF/Segebel* zwei Bedingungen auferlegt und Fristen für die Durchführung dieser Bedingungen gesetzt. Dies betraf die Veräußerung der Anteile an einem Kraftwerksprojekt und wahlweise die Veräußerung der Anteile oder weitere Investitionen in ein weiteres Kraftwerksprojekt. Während EdF die erste Bedingung rechtzeitig erfüllte, wollte es hinsichtlich der zweiten Bedingung eine Fristverlängerung erreichen, da ihrer Ansicht nach im Zeitpunkt des Fristablaufs weder für EdF noch für einen Wettbewerber eine endgültige Entscheidung über die Profitabilität eines Investments möglich sei. Das Gericht lehnte die beantragte Fristverlängerung im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes mit Hinweis darauf ab, dass EdF nicht nachgewiesen habe, dass eine Erfüllung der Abhilfemaßnahme innerhalb der ursprünglich gesetzten Frist die finanzielle Lebensfähigkeit der EdF-Gruppe gefährden würde oder ihre Marktanteile im Verhältnis zu ihrer Größe und ihrem Umsatz erheblich beeinträchtigen würde.

769. *Electrabel* hatte gegen eine Entscheidung der Europäischen Kommission geklagt, mit der diese einen Verstoß des Unternehmens gegen das Vollzugsverbot gemäß Art. 7 FKVO festgestellt und bebußt hatte. In der Sache ging es um *Electrabels* Erwerb von 49,95 Prozent des Kapitals und 47,92 Prozent der Stimmrechte an der *Compagnie Nationale du Rhône (CNR)* im Jahr 2003. Erst im März 2008 erfolgte die formelle An-

²⁰⁸ EuG, Urteil vom 11. Dezember 2013, T-79/12 – *Cisco Systems und Messenger/Kommission*.

²⁰⁹ EuG, Beschluss vom 11. Oktober 2012, T-389/12 R – *EDF/Kommission*.

meldung eines Zusammenschlusses durch Electrabel bei der Europäischen Kommission. Letztere vertrat die Auffassung, dass ein faktischer Kontrollerwerb bereits im Jahr 2003 stattgefunden habe und erlegte Electrabel ein Bußgeld wegen Verstoßes gegen das Vollzugsverbot des Art. 7 FKVO in Höhe von 20 Mio. Euro auf. Zur Begründung führte sie mehrere Argumente an, z. B. das Bestehen einer faktischen Hauptversammlungsmehrheit und die absolute Mehrheit von Electrabel im CNR-Vorstand seit 2003. Das Gericht bestätigte die Entscheidung der Europäischen Kommission.²¹⁰ Von besonderem Interesse ist die Feststellung des Gerichts, dass die Prüfung der Kommission im Hinblick auf die Umstände des Vollzugs eines Zusammenschlusses der umfassenden gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Der Europäischen Kommission steht also diesbezüglich kein Beurteilungsspielraum zu. Das Gericht ging ferner auf die Bedeutung eines französischen Gesetzes, das den Erwerb von mehr als 50 Prozent des Kapitals oder der Stimmrechte an CNR durch einen privaten Aktionär verbietet, für die Frage des Kontrollerwerbs nach der FKVO ein und folgte auch insoweit der Auffassung der Europäischen Kommission. Diese hatte festgestellt, dass aufgrund des besagten Gesetzes zwar die Erlangung einer De-iure-Kontrolle über CNR unmöglich sei. Allerdings hindere das Gesetz einen privaten Aktionär nicht daran, mittels einer Minderheitsbeteiligung faktische Kontrolle über CNR im Sinn der FKVO auszuüben.

770. Am 7. Juni 2013 erließ das Gericht das Urteil in dem Verfahren Spar Österreichische Warenhandels AG/Europäische Kommission.²¹¹ Hintergrund dieses Verfahrens war der Zusammenschluss Rewe (Billa)/Adeg, der sich auf den österreichischen Lebensmittel-Einzelhandel auswirkte und den die Europäische Kommission in der ersten Verfahrensphase unter Bedingungen und Auflagen gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. b i. V. m. Abs. 2 FKVO freigegeben hatte.²¹² Gegen diese Freigabe klagte Spar, die als Wettbewerberin der beiden Zusammenschlussparteien aktiv ist.

771. Das Gericht bestätigte zum einen den Beurteilungsspielraum der Europäischen Kommission bei der Bewertung komplexer wirtschaftlicher Sachverhalte. Es prüfte die fusionskontrollrechtliche Freigabeentscheidung nur darauf, ob die Verfahrens- und Begründungsvorschriften eingehalten seien, ob der Sachverhalt zutreffend festgestellt worden sei und ob offensichtliche Beurteilungsfehler oder ein Ermessensmissbrauch nachgewiesen werden könnten. Im Ergebnis verneinte das Gericht derartige Fehler sowohl hinsichtlich der Bewertung wettbewerblicher Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens als auch hinsichtlich der auferlegten Abhilfemaßnahmen. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass das Gericht die Prüfung allein anhand des Marktbeherrschungstests vornahm und die Bestimmung des Art. 2 Abs. 3 FKVO auch in dieser Weise zitierte.²¹³

772. Das Gericht führte zum anderen die bisherige Rechtsprechung fort, wonach die Europäische Kommission nicht in jedem Einzelfall sämtliche der in den Leitlinien zur Fusionskontrolle niedergelegten Kriterien prüfen muss. Die Klägerin hatte im vorliegenden Fall unter anderem moniert, dass bei der Beurteilung durch die Wettbewerbsbehörde der Konzentrationsgrad nach dem HHI-Index nicht berücksichtigt worden sei. Das Gericht entschied insofern, dass im vorliegenden Fall nicht davon ausgegangen werden könne, dass sich aus dem HHI-Wert nach dem Zusammenschluss ein klarer Hinweis auf das Vorhandensein von Wettbewerbsbedenken ergeben hätte.

773. Die Klägerin rügte ferner die fehlerhafte Beurteilung der von den Parteien angebotenen Verpflichtungszusagen durch die Europäische Kommission. Auch insoweit stellte das Gericht einen Beurteilungsspielraum der Wettbewerbsbehörde fest. Insofern obliege es der Klägerin darzulegen, dass ein offensichtlicher Beurteilungsfehler vorliege, was nicht erfolgt sei. Schließlich konnte die Klägerin nach

210 EuG, Urteil vom 12. Dezember 2012, T-332/09 – Electrabel/Kommission. Electrabel hat am 21. Februar 2013 Rechtsmittel gegen das Urteil eingelegt, C-84/13 P – Electrabel/Kommission.

211 EuG, Urteil vom 7. Juni 2013, T-405/08 – Spar Österreichische Warenhandels/Kommission.

212 EU-Kommission, Entscheidung vom 23. Juni 2008, COMP/M.5047 – Rewe/Adeg.

213 EuG, Urteil vom 7. Juni 2013, T-405/08 – Spar Österreichische Warenhandels/Kommission, Rz. 49. Die Randziffer 49 lautet: „Nach Art. 2 Abs. 3 der Verordnung Nr. 139/2004 sind Zusammenschlüsse, die eine beherrschende Stellung begründen oder verstärken, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde, für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt zu erklären.“

Auffassung des Gerichts nicht überzeugend darlegen, dass zum Zeitpunkt der Entscheidung die Wettbewerbsbedenken nicht klar umrissen gewesen seien. Zur Begründung führte das Gericht an, dass die Klägerin selbst zu Beginn des Fusionskontrollverfahrens ihre Bedenken kundgetan und schriftlich an die Europäische Kommission übermittelt habe.

774. Von besonderem Interesse sind darüber hinaus zwei Urteile des Gerichtshofs – Europäische Kommission/Édition Odile Jacob SAS und Europäische Kommission/Agrofert Holding – zur Frage des Aktenzugangs im Rahmen eines Zusammenschlussverfahrens.²¹⁴ Dem erstgenannten Verfahren lag folgender Sachverhalt zugrunde. Édition Odile Jacob (Odile Jacob) hatte die Europäische Kommission um den Zugang zu Dokumenten im Zusammenschlussverfahren Lagardère/Natexis/VUP ersucht. Die Europäische Kommission hatte den Zugang weitgehend abgelehnt, wogegen Odile Jacob gerichtlich vorgegangen war. Das Gericht hatte der Klage stattgegeben, da die Europäische Kommission den Zugang nicht ohne konkrete und individuelle Prüfung jedes Dokuments habe verweigern dürfen. In dem zweiten genannten Verfahren ging es um den Antrag von Agrofert Holding (Agrofert) auf Zugang zu Dokumenten in dem Zusammenschlussverfahren PKN Orlen/Unipetrol. Hier hatte die Europäische Kommission den Zugang zu vier Arten von Dokumenten versagt, wogegen Agrofert Klage erhoben hatte. Das Gericht hob auch diese Kommissionsentscheidung mit der Begründung auf, die Europäische Kommission könne sich nicht auf eine generelle Vermutung berufen, wonach der Zugang zu den in einem Zusammenschlussverfahren ausgetauschten Dokumenten grundsätzlich den Schutz der geschäftlichen Interessen der Parteien sowie den Schutz des Zwecks der Untersuchungstätigkeit beeinträchtige.

775. Der Gerichtshof hob beide Urteile auf. Seiner Ansicht nach müssen die Vorschriften der VO 1049/2001²¹⁵, die den Zugang zu Dokumenten der Organe in allgemeiner Form regeln, und die speziellen Vorschriften der FKVO zum Schutz von Berufsgeheimnissen und zur Akteneinsicht (Art. 17, 18 Abs. 3) kohärent und in Abwägung der verschiedenen betroffenen Interessen ausgelegt werden. Im Ergebnis stellte der Gerichtshof darauf ab, dass ein grundsätzlicher Zugang zu den Dokumenten eines Zusammenschlussverfahrens das in der FKVO hergestellte Gleichgewicht zwischen der Verpflichtung der Parteien zur Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen einerseits und der garantierten Geheimhaltung von sensiblen Informationen andererseits stören würde. Daraus leitete der Gerichtshof eine allgemeine Vermutung ab, der zufolge die Aufdeckung der mit den Anmeldern und Dritten im Rahmen eines Fusionskontrollverfahrens ausgetauschten Dokumente grundsätzlich den Schutz der geschäftlichen Interessen der betreffenden Unternehmen gefährdet. Daneben sah der Gerichtshof eine Gefährdung des Zwecks der Untersuchungstätigkeit, und zwar auch bei Antragstellung nach Abschluss des Fusionskontrollverfahrens. Denn die Aussicht auf eine solche Veröffentlichung wäre der Bereitschaft der Unternehmen zur Zusammenarbeit im laufenden Verfahren abträglich. Die allgemeine Vermutung gilt nach Auffassung des Gerichtshofes, ohne dass die Europäische Kommission eine konkrete und individuelle Prüfung jedes einzelnen Dokuments vornehmen müsse; sie sei allerdings widerlegbar. Die Europäische Kommission darf somit den Zugang zu Dokumenten in einem Zusammenschlussverfahren verweigern, wenn der Antragsteller kein überwiegendes öffentliches Interesse darlegen kann.

776. Eine Ausnahme gilt laut Gerichtshof nur für den Fall, dass ein Antrag auf Zugang zu internen Dokumenten zu dem Zeitpunkt gestellt wird, in dem das Zusammenschlussverfahren abgeschlossen ist und die Entscheidung bestandskräftig geworden ist. Hier muss die Europäische Kommission eine konkrete und individuelle Prüfung der fraglichen Dokumente vornehmen und konkrete Gründe angeben, wenn sie den Zugang verweigern will.

²¹⁴ EuGH, Urteil vom 28. Juni 2012, C-404/10 P – Kommission/Édition Odile Jacob; ders., Urteil vom 28. Juni 2012, C-477/10 P – Kommission/Agrofert Holding.

²¹⁵ Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission, ABl. EU L 145 vom 31. Mai 2001, S. 43.

777. Mit dieser Rechtsprechung im Hinblick auf Fusionskontrollverfahren folgte der Gerichtshof seiner Rechtsprechung zur Verweigerung des Aktenzugangs im Rahmen von Beihilfeverfahren.²¹⁶ Auf dieser Grundlage dürfte die Möglichkeit von Dritten zur erfolgreichen Anfechtung von Fusionskontrollentscheidungen, der schon bislang wegen des gerichtlich eingeräumten Beurteilungsspielraums der Europäischen Kommission bei komplexen wirtschaftlichen Sachverhalten hohe Hürden entgegenstehen, künftig noch eingeschränkter sein. Denn Dritte müssen für jedes einzelne Dokument, das sie einsehen möchten, Argumente für das Bestehen eines überwiegenden öffentlichen Interesses darlegen. Sobald die in Rede stehende Fusionskontrollentscheidung der Europäischen Kommission bestandskräftig geworden ist, entfällt die vom Gerichtshof aufgestellte allgemeine Vermutung zwar wieder und die Wettbewerbsbehörde ist zur konkreten und individuellen Prüfung jedes Dokuments verpflichtet. Eine Aufhebung der Entscheidung, wie sie häufig von konkurrierenden Unternehmen angestrebt wird, ist dann indes nicht mehr möglich. Mit dem Urteil des Gerichtshofs in der Sache Europäische Kommission/EnBW Energie Baden-Württemberg vom 27. Februar 2014 gelten dieselben Grundsätze nunmehr auch bei Anträgen auf Aktenzugang in Kartellverfahren.²¹⁷

2.7 Legislative Entwicklungen

778. Die Europäische Kommission verfolgte im Berichtszeitraum im Wesentlichen zwei Projekte zur Weiterentwicklung der europäischen Fusionskontrolle. Zum einen hat sie im Dezember 2013 ein Paket zur Vereinfachung des Fusionskontrollverfahrens angenommen.²¹⁸ Damit dehnte sie den Anwendungsbereich des vereinfachten Verfahrens für unproblematische Zusammenschlussvorhaben aus. Außerdem wurde der Umfang der für eine Zusammenschlussanmeldung vorzulegenden Unterlagen verringert. Zum anderen verfolgt die Europäische Kommission eine Initiative zur umfassenderen Überprüfung der Fusionskontrollverordnung und deren Anwendung. Einen Schwerpunkt dieser Initiative bildet die Frage, ob und in welchem Ausmaß die Zuständigkeit der Europäischen Kommission für Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb erweitert werden soll. Das Konsultationspapier von Juni 2013 behandelt außerdem eine mögliche Reform des Verweisungsregimes²¹⁹ und greift darüber hinaus eine Reihe weiterer Fragen auf.²²⁰

2.7.1 Verfahrensvereinfachung in der ersten Verfahrensphase

779. Das sogenannte vereinfachte Verfahren kann in der ersten Verfahrensphase der fusionskontrollrechtlichen Untersuchung zur Anwendung kommen. Grundsätzlich können Zusammenschlussfälle in der ersten Verfahrensphase abgeschlossen werden, wenn bei der Prüfung relativ schnell festgestellt wird, dass keine ernsthaften wettbewerblichen Bedenken gegen das Vorhaben sprechen. Die Frist für die erste Verfahrensphase dauert üblicherweise 25 Arbeitstage; legen die Zusammenschlussbeteiligten Zusagen zur Modifizierung ihres Vorhabens vor, beträgt die Frist 35 Arbeitstage. Für offensichtlich unproblematische Zusammenschlussvorhaben hält die Europäische Kommission das vereinfachte Verfahren bereit. Dieses ist z. B. bei horizontalen und vertikalen Zusammenschlüssen anwendbar, bei denen die Marktanteile gewisse Grenzen unterschreiten sowie bei Joint Ventures mit geringen Aktivitäten im EWR. Die Zusammenschlussparteien haben unter diesen Voraussetzungen geringere Informationspflichten bei der Anmeldung ihres Vorhabens und die Europäische Kommission kann ihre Entscheidung sehr kurz halten.

216 EuGH, Urteil vom 29. Juni 2010, C-139/07 P – Kommission/Ilmenau, Slg. 2010, I-5885.

217 EuGH, Urteil vom 27. Februar 2014, C-365/12 P – EnBW/Kommission.

218 Bekanntmachung der Kommission über ein vereinfachtes Verfahren für bestimmte Zusammenschlüsse gemäß der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates, ABl. EU C 366 vom 14. Dezember 2013, S. 5; Durchführungsverordnung (EU) Nr. 1269/2013 der Kommission vom 5. Dezember 2013 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 802/2004 zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EU L 336 vom 14. Dezember 2013, S. 1. Die Änderungen sind seit dem 1. Januar 2014 in Kraft.

219 Vgl. Tz. 665.

220 EU-Kommission, Commission Staff Working Document – Towards more effective EU merger control, SWD(2013) 239 final, Brüssel, 25.06.2013.

780. Das vereinfachte Verfahren ist in einer Bekanntmachung näher erläutert, die während des Berichtszeitraums überarbeitet wurde. Die wesentlichen Änderungen führen zu einer Erweiterung des Anwendungsbereichs des vereinfachten Verfahrens. Es kann nunmehr bei horizontalen Zusammenschlüssen bei gemeinsamen Marktanteilen bis 20 Prozent (bislang: 15 Prozent) und bei vertikalen Zusammenschlüssen bei Marktanteilen bis 30 Prozent (bislang: 25 Prozent) angewendet werden. Darüber hinaus kann die Europäische Kommission das vereinfachte Verfahren bei horizontalen Zusammenschlüssen künftig durchführen, wenn die gemeinsamen Marktanteile zwischen 20 und 50 Prozent liegen und die Differenz des HHI unter 150 bleibt.

781. Nach Auffassung der Monopolkommission sind die neuen Regelungen vertretbar. Bei der Beurteilung der vorgenommenen Änderungen ist zu berücksichtigen, dass die Europäische Kommission einerseits Bestrebungen zeigt, ihren Kompetenzbereich auszuweiten (insbesondere im Bereich der Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb), andererseits bereits vor 2014 ca. 60 Prozent der Fälle im vereinfachten Verfahren erledigt hat; mit der Modifizierung der Bekanntmachung werden voraussichtlich etwa 70 Prozent der Fälle in den Anwendungsbereich des vereinfachten Verfahrens fallen. Allerdings zeigen die Erfahrungen mit der Amtspraxis, dass die Europäische Kommission auch seit der Geltung des SIEC-Tests kaum Wettbewerbsbedenken in Fällen geäußert hat, in dem die nun modifizierten, höheren Marktanteilsschwellen des vereinfachten Verfahrens erreicht worden sind. Kritischer sieht die Monopolkommission den neu eingeführten Tatbestand der geringen HHI-Differenz (unter 150), weil mit diesem eine Art Spürbarkeitsschwelle in der europäischen Zusammenschlusskontrolle errichtet wird, die dem deutschen Fusionskontrollrecht fremd ist. Vielmehr kann bei Anwendung des GWB auch ein geringer Marktanteilszuwachs als wettbewerblich bedenklich erachtet werden. Ein solcher Zuwachs wird um so problematischer bewertet, je höher die Marktanteilsposition des anderen beteiligten Unternehmens bereits vor dem Zusammenschluss ist. Die neu aufgenommene Spürbarkeitsschwelle für das vereinfachte Verfahren in der europäischen Fusionskontrolle erscheint jedoch vor dem Hintergrund akzeptabel, dass die Europäische Kommission jederzeit in das normale Verfahren zurückkehren kann, wenn sich die Prüfung eines Zusammenschlusses doch als komplexer als zunächst erwartet herausstellt.

782. Zu gewährleisten ist nach Auffassung der Monopolkommission daher in erster Linie, dass die Wettbewerbsbehörde über alle notwendigen Informationen zu dem jeweiligen Zusammenschlussvorhaben verfügt. Dies scheint auch nach der Verschlinkung der Anmeldeformulare für das vereinfachte Verfahren der Fall zu sein. Dasselbe gilt für die Reduzierung der Anmeldeanforderungen bezüglich des normalen Verfahrens. Im Vergleich zu nationalen Erfordernissen sind die Informationsanforderungen im europäischen Fusionskontrollverfahren nach allgemeiner Meinung sehr hoch. Gerade das Beispiel des deutschen Wettbewerbsrechts zeigt jedoch, dass auch auf der Grundlage geringerer Informationsanforderungen eine sachgerechte Beurteilung von Fusionsvorhaben möglich ist. Dies gilt vor allem angesichts der Tatsache, dass das Bundeskartellamt auch im laufenden Verfahren Informationen nachfordern kann, wenn deren Erforderlichkeit erst zu einem späteren Zeitpunkt deutlich wird. Die von der Europäischen Kommission getroffenen Maßnahmen stellen daher einen zu begrüßenden Beitrag zur Verminderung der bürokratischen Belastung betroffener Unternehmen dar.

2.7.2 Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb

783. Nach derzeitiger Gesetzeslage stellt die Beteiligung eines Unternehmens an einem anderen nur dann einen Zusammenschluss im Sinn der FKVO dar, wenn mit der Beteiligung ein sogenannter Kontrollerwerb einhergeht. Dies ist bei Mehrheitsbeteiligungen i. d. R. gegeben. Bei Minderheitsbeteiligungen liegt ein Kontrollerwerb üblicherweise nur vor, wenn zusätzliche Umstände hinzukommen, z. B. dem Minderheitsaktionär Vetorechte eingeräumt werden oder seine Stimmrechtsmehrheit in der Hauptversammlung aufgrund geringer Präsenz anderer, fragmentierter Anteilseigner gegeben ist.²²¹ Die Europäische Kommission überlegt

²²¹ EU-Kommission, Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäß der Verordnung (EG)

nunmehr, ihre Zuständigkeit auf (gewisse) Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb auszudehnen. Die Generaldirektion Wettbewerb hat dazu ein Konsultationspapier veröffentlicht, auf dessen Grundlage eine öffentliche Konsultation durchgeführt wurde.

784. In dem Konsultationspapier werden zwei Optionen zur Erfassung von Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb vorgeschlagen: Eine Option besteht in der Einführung eines Anmeldesystems mit Vollzugsverbot. Das bedeutet die zwingende Anmeldung seitens der beteiligten Unternehmen und eine Ex-ante-Prüfung der Europäischen Kommission in jedem Einzelfall. Die andere Möglichkeit sieht ein Aufgreifermessen der Europäischen Kommission vor, wobei hier wiederum zwischen zwei verschiedenen Verfahrensweisen unterschieden wird. In der einen Verfahrensweise nehmen die beteiligten Unternehmen eine Selbsteinschätzung ihrer Minderheitsbeteiligung vor und haben keine Informationspflicht gegenüber der Europäischen Kommission. Diese kann eine nachträgliche Untersuchung (Ex-post-Prüfung) einleiten. Bei der zweiten Verfahrensweise, dem sogenannten Transparenzsystem, sind die beteiligten Unternehmen verpflichtet, die Europäische Kommission in knapper Form zu informieren; außerdem wird die geplante Transaktion veröffentlicht. Die Europäische Kommission ist auch hier zu einer Ex-post-Untersuchung berechtigt. Beide Vorschläge verzichten auf ein Vollzugsverbot.

Im Konsultationspapier werden im Zusammenhang mit beiden Optionen weitere Fragen gestellt. Bezüglich der Option Anmeldesystem wird unter anderem gefragt, ob eine vereinfachte Anmeldung ermöglicht und ob und wie eine Entscheidungsfrist definiert werden solle. Bezüglich der zweiten Option zielen Fragen z. B. auf die Vorteile einer freiwilligen Anmeldeöglichkeit und eines Vollzugsverbots ab Anmeldung.

785. Am 17. September 2013 erfolgte eine gemeinsame Stellungnahme des BMWi und des Bundeskartellamtes²²², die insgesamt eine eher kritische Haltung widerspiegelt. Zwar wird die Anwendung der Fusionskontrollregeln auf bestimmte Minderheitsbeteiligungen grundsätzlich für sinnvoll erachtet. Voraussetzung für eine Erweiterung des Anwendungsbereichs der FKVO sei allerdings eine Schutzlücke im europäischen Recht. Diese bestehe gegebenenfalls in Bezug auf solche Mitgliedstaaten, die bislang keine (nationale) Kontrolle von Minderheitsbeteiligungen durchführten. Allerdings wird gleichzeitig darauf hingewiesen, dass aufgrund der geringen Anzahl grenzüberschreitender Fälle in Hinsicht auf Minderheitsbeteiligungen wohl keine europäische Lösung erforderlich sei. Als weiteres Erfordernis wird die Gewährleistung des bisher auf nationaler Ebene bestehenden wettbewerblichen Schutzniveaus angemahnt. Das bedeute, dass sichergestellt sein müsse, dass die bislang nach deutschem Recht untersuchten Fälle weiterhin kontrolliert werden. Notwendig sei ferner, dass die Prüfung in einem vorhersehbaren Zeitraum erfolge und das Vollzugsverbot gelte. Die Geltung des Vollzugsverbots sei zwingend, da die Rückabwicklung von Zusammenschlüssen nach deutscher Erfahrung im Falle von Minderheitsbeteiligungen nicht einfacher als bei Vollfusionen sei. Daraus schließen Ministerium und Amt, dass im Rahmen einer möglichen Erweiterung der Zuständigkeit der Europäischen Kommission nur ein Anmeldesystem mit Vollzugsverbot in Betracht gezogen werden sollte.

786. Um die Belastung für betroffene Unternehmen gering zu halten, werden verfahrensrechtliche Modifizierungen für möglich gehalten, vor allem der Verzicht auf das Prä-Notifizierungsverfahren, verringerte Informationsanforderungen sowie die Möglichkeit einer Freigabe auch durch Fristablauf. Die Europäische Kommission könne dadurch entlastet werden, dass keine Minderheitsbeteiligungen von Unternehmen auf komplementären Märkten geprüft würden.

787. Die Monopolkommission hat sich bereits im XIX. Hauptgutachten mit verschiedenen Aspekten von Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb und ihrer behördlichen Kontrolle befasst.²²³ Einigkeit besteht in Wissenschaft und Praxis darin, dass auch Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb negative Wett-

Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EU C 43 vom 21. Februar 2009, S. 10.

²²² Vgl. BMWi/BKartA, Schriftliche Stellungnahme des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie und des Bundeskartellamts zum Konsultationspapier der Generaldirektion Wettbewerb zur möglichen Verbesserungen in bestimmten Bereichen der EU-Fusionskontrollverordnung (FKVO), Berlin/Bonn 17. September 2013.

²²³ Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 797 ff.

bewerbsseffekte auslösen können. Allerdings sind negative Auswirkungen nicht in jedem Fall derartiger Minderheitsbeteiligungen zu erwarten; außerdem können solche Beteiligungen auch Effizienzgewinne hervorrufen. Eine Regelung, welche die Zuständigkeit der Europäischen Kommission auf Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb erweitert, sollte nach Auffassung der Monopolkommission unter Berücksichtigung von Nutzen und Kosten ausgestaltet werden. Sie sollte einerseits gewährleisten, dass sämtliche wettbewerblich bedenklichen Fälle zuverlässig aufgegriffen werden können. Andererseits ist sie so zu gestalten, dass die zusätzliche bürokratische Belastung für Unternehmen und Wettbewerbsbehörden möglichst gering bleibt, keine Überregulierung erfolgt und ein hohes Maß an Rechtssicherheit besteht.

788. Bei der Einführung einer entsprechenden Regelung in die FKVO ist ferner zu berücksichtigen, dass in einigen Mitgliedstaaten – unter anderem in Deutschland – bereits gegenwärtig eine Kontrolle von Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb durchgeführt wird. Die Forderung nach einer möglichst geringen zusätzlichen bürokratischen Belastung der betroffenen Unternehmen durch eine neu in die FKVO aufzunehmende Regelung steht dabei in einem gewissen Spannungsverhältnis zu den Kontrollmöglichkeiten der nationalen Wettbewerbsbehörden. Sind z. B. in Deutschland die Voraussetzungen des § 37 Abs. 3 Nr. b oder § 37 Abs. 4 GWB erfüllt, gelten sowohl die Anmeldepflicht für die beteiligten Unternehmen als auch die Prinzipien der behördlichen Ex-ante-Kontrolle und des Vollzugsverbots. Eine Zuständigkeitserweiterung der Europäischen Kommission sollte nicht zur Folge haben, dass das bestehende Schutzniveau in den Mitgliedstaaten, die schon bislang Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb erfassen, gesenkt wird. Es ist insoweit auf eine geeignete Verfahrensausgestaltung zu achten.

789. Eine Option, die eine geringe bürokratische Belastung mit sich bringen und ein hohes Maß an Rechtssicherheit gewährleisten würde, wäre die Einführung eines – relativ hohen – quantitativen Aufgreifstatbestands zusammen mit der Verankerung einer obligatorischen Ex-ante-Kontrolle, einer Anmeldepflicht und einem Vollzugsverbot. Auf diese Weise könnte auch das Schutzniveau in den Mitgliedstaaten erhalten werden, in denen bereits jetzt eine entsprechende Aufgreifmöglichkeit besteht. Ein wesentliches Problem dieser Lösung besteht allerdings in den mit ihr verbundenen Umgehungsmöglichkeiten. Wie gerade auch die Erfahrungen in Deutschland gezeigt haben, ist eine solche quantitative Schwelle – sofern sie nicht ganz niedrig angesetzt wird – nicht zielführend, weil sie von interessierten Unternehmen leicht umgangen werden kann. Eine Aufgreifschwelle in Höhe von 20 oder 25 Prozent des Anteils- oder Vermögenserwerbs bietet somit keine Gewähr dafür, dass alle wettbewerblich bedenklichen Fälle tatsächlich aufgegriffen werden können. Dies veranlasste den deutschen Gesetzgeber, einen weiteren, qualitativen Aufgreifstatbestand – den Tatbestand des wettbewerblich erheblichen Einflusses – in das GWB aufzunehmen.

790. Nach Auffassung der Monopolkommission sollte eine Regelung in der FKVO daher sowohl einen relativ hoch ansetzenden, quantitativen Aufgreifstatbestand als auch einen qualitativen Aufgreifstatbestand enthalten, der schon bei niedriger Beteiligung eingreift, sofern weitere Einflussfaktoren erfüllt sind. Der quantitative Tatbestand sorgt für schnelle Erkennbarkeit und Rechtssicherheit. Mithilfe des qualitativen Aufgreifkriteriums werden Umgehungsversuche verhindert und sämtliche problematischen Fallkonstellationen erfassbar gemacht.

791. Dabei kann das Ziel, mit der Erweiterung der Kommissionszuständigkeit möglichst geringe zusätzliche bürokratische Lasten für betroffene Unternehmen zu schaffen, nach Auffassung der Monopolkommission auf zwei Wegen verfolgt werden. Zum einen ist an die gesetzliche Verankerung von „safe harbours“ zu denken, das heißt von Konstellationen, die von vornherein nicht in den Anwendungsbereich der FKVO fallen. Von einer kartellbehördlichen Kontrolle ausgenommen werden könnten z. B. Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb, die konglomerate Beziehungen zwischen den beteiligten Unternehmen betreffen. Ferner könnten Ausnahmen für reine Finanzbeteiligungen und sehr niedrige Minderheitsbeteiligungen (z. B. in Höhe von fünf Prozent bei horizontalen Beteiligungen) geschaffen werden.

792. Zum anderen könnte die zusätzliche bürokratische Belastung der beteiligten Unternehmen und der Europäischen Kommission durch geeignete Verfahrensregeln begrenzt werden. Nach den Vorstellungen der

Monopolkommission könnte das Verfahren so ausgestaltet sein, dass die betroffenen Unternehmen zunächst nur eine Pflicht zur Mitteilung begrenzter Informationen bezüglich ihres Beteiligungsvorhabens trifft. Die zu übermittelnden Informationen wären in Umfang und Tiefe deutlich geringer als die für eine Anmeldung erforderlichen Daten, müssten der Wettbewerbsbehörde aber ermöglichen, relevante Fälle zu erkennen. An diese Mitteilung könnte sich eine relativ kurze Frist (z. B. zehn Arbeitstage) anschließen, in der einerseits das Vollzugsverbot gilt, andererseits die Zuständigkeit zwischen Europäischer Kommission und mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden geklärt wird. Hierzu wäre die Europäische Kommission zu verpflichten, die erlangten Informationen unverzüglich an die Mitgliedstaaten weiterzuleiten. Ein Mitgliedstaat, dessen nationale Aufgreifkriterien erfüllt sind, hat die Europäische Kommission darüber innerhalb von wenigen Arbeitstagen zu informieren. Die Europäische Kommission entscheidet dann ebenfalls innerhalb weniger Tage, ob sie den Fall selbst behandeln will oder an den Mitgliedstaat verweist. Besteht Klarheit über die zuständige Wettbewerbsbehörde, informiert diese die Zusammenschlussparteien und verlangt die Anmeldung nach den jeweils geltenden Vorschriften des Mitgliedstaates oder der FKVO. Das weitere Verfahren richtet sich ebenfalls nach den einschlägigen nationalen Bestimmungen bzw. nach denen der FKVO. Bei einer Zuständigkeit der deutschen Wettbewerbsbehörde würde dann z. B. das Vollzugsverbot nach § 40 GWB gelten. Für den Fall, dass die Europäische Kommission trotz Mitteilung eines Mitgliedstaats keine Entscheidung innerhalb der vorgegebenen Frist trifft, könnte eine gesetzliche Vermutung für eine erfolgte Verweisung eingeführt werden.

Für den Fall, dass ein Beteiligungsvorhaben nationale Aufgreifkriterien nicht erfüllt bzw. kein Mitgliedstaat ein Verfahren einleiten will, entscheidet die Europäische Kommission innerhalb der festgelegten Frist, ob sie den Fall untersuchen will oder nicht. Trifft sie keine Entscheidung innerhalb der Frist, könnte eine gesetzliche Vermutung für die Freigabe eingreifen und die Parteien können ihr Vorhaben ohne weitere Verzögerung durchführen.

793. Als materieller Test sollte nach Auffassung der Monopolkommission auch für Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb der SIEC-Test Anwendung finden. Die möglichen Wettbewerbsprobleme bei derartigen Minderheitsbeteiligungen unterscheiden sich nicht grundsätzlich von den Wettbewerbsproblemen bei Minderheitsbeteiligungen mit Kontrollerwerb oder Mehrheitsbeteiligungen. Daher besteht kein sachlicher Grund, in den erstgenannten Fällen einen anderen materiellen Prüfungsmaßstab anzuwenden. Gegen die Aufspaltung des Prüfungsmaßstabs spricht außerdem die damit verbundene Rechtsunsicherheit für die betroffenen Unternehmen.

3 Marktmachtmissbrauch bei der Versorgung mit Fernwärme?

794. Unter Fernwärme wird eine Form der Versorgung von Industrie und Bevölkerung mit zentral erzeugter Wärme verstanden. FernwärmeverSORger erzeugen die Wärme typischerweise in dedizierten Heizwerken oder als Nebenprodukt der Stromerzeugung in Heizkraftwerken und transportieren sie durch ein Rohrleitungssystem in die Fläche, um sie vor allem als Heizwärme für Gebäude zu vermarkten. Die Untersuchung der Monopolkommission betrifft insbesondere den Vertrieb von Fernwärme an Endkunden. Die auf dieser Ebene bestehenden potenziellen Probleme einer Marktmacht der Versorger und möglicherweise überhöhte Preise ist Gegenstand einer intensiven sowohl wettbewerbspolitischen als auch kartellrechtlichen Debatte.

795. Neben der wettbewerbsökonomischen Situation wird Fernwärme als Heizungstechnologie vor allem unter ökologischen Gesichtspunkten diskutiert. Diese Aspekte könnten wettbewerbspolitisch dann bedeutsam werden, wenn durch sie der Eindruck entstünde, dass ökologische Ziele und Wettbewerb hier in einem Widerspruch zueinanderstehen. Tatsächlich besteht ein solcher Widerspruch nicht. Ökologische Vorteile werden der Versorgung mit Fernwärme insbesondere dann zugesprochen, wenn die Wärme nicht in Heizwerken, sondern durch Kraft-Wärme-Kopplung (KWK) als Abfallprodukt der Stromerzeugung produziert

wird.²²⁴ Die möglichen ökologischen Vorteile werden dadurch in geeigneter Weise internalisiert, dass in KWK erzeugter Strom entsprechend dem Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz (KWKG) eine Förderung erhält.²²⁵ Eine darüber hinausgehende indirekte Förderung aufseiten der Wärmeauskopplung, z. B. durch das Dulden potenzieller Marktmacht oder das Zulassen überhöhter Preise des Fernwärmevertriebs, würde die Förderung hingegen intransparent und ökonomisch ineffizient gestalten.

796. Ein effizienter Einsatz von Fernwärme liegt dann vor, wenn sich die Fernwärme dort gegenüber anderen Versorgungsformen durchsetzt, wo sie kostengünstiger als andere Energieträger die Wärmeversorgung sicherstellt. Ob Marktmachtprobleme und daraus folgender Preismissbrauch im Fernwärmesektor die effiziente Versorgung von Industrie und Bevölkerung mit Wärme behindern und welche kartellbehördlichen Maßnahmen bisher eingeleitet wurden, wird im Folgenden untersucht.

3.1 Grundlegende Wettbewerbssituation und Sektoruntersuchung des Bundeskartellamtes

797. Ein Grund der in der Fernwärmeversorgung diskutierten Wettbewerbsprobleme liegt in der Struktur der Branche. Die Anbieter von Fernwärme sind vertikal integrierte Unternehmen und sowohl als Betreiber von Fernwärmenetzen als auch im Vertrieb der Wärme aktiv. In vielen Fällen treten sie außerdem als Produzenten der Wärme auf, zum Teil kaufen sie jedoch ihrerseits Energie von Dritten zu. Von grundsätzlicher Bedeutung für die Wettbewerbssituation ist, dass die Fernwärmeinfrastruktur, also das Rohrleitungsnetz, ein natürliches Monopol darstellt. Aufgrund hoher Fixkosten der Netze ist der Betrieb von im Wettbewerb stehenden Parallelnetzen in den meisten Fällen nicht rentabel.

798. Fraglich ist, ob sich das Monopol der Netzinfrastrukturen auch auf die vor- und nachgelagerte Ebene ausdehnt oder ob hier die theoretische Möglichkeit eines Wettbewerbs mehrerer Versorger im selben Netz gegeben ist. Derzeit existiert ein solcher Wettbewerb unterschiedlicher im Wettbewerb stehender Versorger im gleichen Fernwärmenetz nicht.²²⁶ Auch scheinen die Voraussetzungen für einen Wettbewerb innerhalb von Fernwärmenetzen nicht optimal zu sein, da im Hinblick auf Netzverlauf, Netzoptimierung und Netzverluste offenbar hoher Abstimmungsbedarf (und damit Verbundvorteile) zwischen Netzbetreibern und einspeisenden Kraftwerken besteht.

799. Da Kunden aus den dargestellten Gründen nicht unter mehreren Fernwärmeversorgern wählen und zwischen diesen wechseln können, wird angenommen, dass die Versorger über einen unkontrollierten Verhaltensspielraum verfügen, d. h. sie sind marktbeherrschend im Sinne des GWB. In der Konsequenz hätten Anbieter von Fernwärme die Möglichkeit, ihren Kunden höhere Entgelte zu berechnen, als es in einer Situation wirksamen Wettbewerbs der Fall wäre.

800. Aufgrund der dargestellten Situation im Vertrieb von Fernwärme hatte das Bundeskartellamt Mitte des Jahres 2009 Auskunftsbefehle an bestimmte Fernwärmeversorger verschickt und eine Untersuchung des Sektors gemäß § 32e GWB angekündigt. Das Amt hatte in diesem Zusammenhang von den Unternehmen Daten, insbesondere zur Kalkulation der Erlöse, für die Jahre 2007 und 2008 erhoben. Die Ergebnisse der Sektoruntersuchung wurden allerdings erst verhältnismäßig spät,²²⁷ mit einem Abstand von drei Jahren nach

²²⁴ Im Rahmen der KWK wird die Prozesswärme der Stromerzeugung für die Fernwärmeversorgung ausgekoppelt, wodurch sich sehr hohe technische Wirkungsgrade der Energieumwandlung erreichen lassen. Allerdings ist die ökologische Bilanz der KWK dennoch nicht eindeutig. Als potenzielle Probleme sind z. B. zu nennen, dass mit einer Wärmeauskopplung eine Senkung des Wirkungsgrades der (höherwertigen) Stromerzeugung verbunden ist, dass die zentrale Erzeugung von Wärme Leitungsverluste verursacht und eine Nutzung der Wärme gerade im Sommer zudem nicht immer möglich ist. Kritisch hierzu bspw. Deutsche Physikalische Gesellschaft, Elektrizität, Schlüssel zu einem nachhaltigen und klimaverträglichen Energiesystem, Bad Honnef, Juni 2010.

²²⁵ Die Monopolkommission bewertet damit nicht, ob die Förderung an sich ökologisch angemessen ist oder in ihrer absoluten Höhe richtig bemessen wurde.

²²⁶ Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Fernwärme, Abschlussbericht gemäß § 32e GWB, August 2012, Rn. 223ff.

²²⁷ Die Dauer der Untersuchung ist aus verschiedenen Gründen problematisch. Zum einen wird der Schaden für die Verbraucher erhöht, wenn auf Basis der Untersuchung Preismissbrauchsverfahren verspätet eingeleitet werden

Beginn der Untersuchung, im August 2012 veröffentlicht.²²⁸ Der Abschlussbericht enthält eine detaillierte Auseinandersetzung mit den wesentlichen, die Stellung und Preissetzung der Versorger beeinflussenden Faktoren. Das Bundeskartellamt kommt zu dem Schluss, dass Fernwärmeversorger in ihren jeweiligen Versorgungsgebieten über eine marktbeherrschende Stellung verfügen, wodurch der Anwendungsbereich der Vorschriften nach § 19 GWB gegen den Missbrauch einer solchen Stellung eröffnet sei. Auf dieser Basis hat das Bundeskartellamt im März 2013 gegen sieben Versorger Preismisbrauchsverfahren eingeleitet.²²⁹

3.2 Wärmemarkt oder Markt für Fernwärme?

801. Die Annahme einer marktbeherrschenden Stellung der Fernwärmeversorger setzt allerdings voraus, dass ein auf die Versorgung mit Fernwärme begrenzter sachlich relevanter Markt vorliegt. Dem steht entgegen, dass der spezifische Bedarf der Nachfrager nach Wärmeversorgung theoretisch auch mit anderen Energieträgern gedeckt werden kann. Die Fernwärmeversorger bringen daher vor, dass sie nicht auf einem Markt für Fernwärme, sondern auf einem allgemeineren Wärmemarkt tätig sind und auf diesem zwar nicht mit anderen Fernwärmeversorgern, wohl aber mit verschiedenen Heizsystemen wie Öl-, Gas- und Pelletheizungen, im Wettbewerb stehen. Gerade für Wohnungsgesellschaften mit Wohnsiedlungsbestand – eine wichtige Kundengruppe der Fernwärmeversorger – ergäben sich außerdem zunehmend Möglichkeiten, eine Eigenversorgung mit Nahwärme z. B. durch Wärmepumpen oder Blockheizkraftwerke zu realisieren. Die Frage nach möglichen Wettbewerbsproblemen in der Fernwärmeversorgung wird daher ganz zentral durch die Frage bestimmt, ob ein wirksamer Wettbewerb zwischen unterschiedlichen Systemen zur Wärmeversorgung besteht oder ob der Fernwärmesektor einen eigenen relevanten Markt darstellt.

802. Das Bundeskartellamt hat sich in seiner Sektoruntersuchung verhältnismäßig knapp mit der Frage der Marktabgrenzung auseinandergesetzt. Das Amt begründet dies damit, dass der BGH in der Vergangenheit die Abgrenzung eines einheitlichen Wärmemarktes in verschiedenen Fällen abgelehnt habe.²³⁰ Inhaltlich begründet das Bundeskartellamt seine Annahme separater Märkte für einzelne Heizformen vor allem mit der Schwierigkeit des Heizsystemwechsels.²³¹ Für die Zeitpunkte, in denen eine Systementscheidung möglich ist, deutet das Amt in seiner Sektoruntersuchung hingegen an, dass eine Wettbewerbssituation vorliegen könnte.²³²

Nach Auffassung der Monopolkommission ist die Marktabgrenzung im Fall der Fernwärme außerordentlich schwierig zu beurteilen. Allerdings ist sie von großer Tragweite für die Bewertung möglicher Handlungserfordernisse. Diese grundlegende Bedeutung macht nach Auffassung der Monopolkommission eine intensive Befassung mit der Frage des sachlich relevanten Marktes notwendig. Auch die erwähnte Rechtsprechung macht eine aktualisierte Analyse nicht überflüssig, da aufgrund veränderter Rahmenbedingungen eine andere Einschätzung erforderlich sein könnte.

803. Kritisch zu würdigen ist dabei zunächst das vom Bundeskartellamt vorgebrachte Kernargument, nach dem der Systemwettbewerb infolge der Wahl eines Heizsystems eingeschränkt sei. In seiner Sektorunter-

können. Zum anderen sind die Ergebnisse weniger verlässlich, wenn auf ihrer Grundlage erst zu späterer Zeit Preismisbrauchsverfahren eingeleitet werden. Letzteres wird im Zusammenhang mit der Sektoruntersuchung Fernwärme z. B. daran deutlich, dass sich Fundamentalfaktoren der Energieerzeugung, wie etwa Gas- und Ölpreise, seither verändert haben und über potenziellen Wettbewerb, veränderte Ausgangskosten oder Preisgleitklauseln möglicherweise auch zu einer veränderten Situation bei den Fernwärmepreisen geführt haben könnten.

228 Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Fernwärme, a. a. O.

229 Vgl. BKartA, Bundeskartellamt prüft überhöhte Fernwärmepreise, Pressemitteilung vom 7. März 2013.

230 Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Fernwärme, a. a. O., Rn. 176; BGH, Urteil vom 09. Juli 2002, KZR 30/00, – Fernwärme für Borsen, WuW 2003, 162 (165); BGH, Beschluss vom 10. Dezember 2008, KVR 2/08 – Stadtwerke Uelzen, NJW 2009, S. 1212.

231 Im Hinblick auf die Gasversorgung hatte auch die Monopolkommission in der Vergangenheit dargelegt, dass sie einen gemeinsamen Markt mit anderen Heizsystemen für zu weit gefasst hält; vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 59, a. a. O., Tz. 161 ff.

232 Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Fernwärme, a. a. O., Rn. 175.

suchung Fernwärme erläutert das Amt seine Position damit, dass ein Kunde eine Entscheidung treffe, in deren Folge er von dem entsprechenden Energieträger bzw. der Heizform abhängig werde. Die Abhängigkeit sei darauf zurückzuführen, dass ein Wechsel vor Ende der Nutzungsdauer eines Heizsystems (versunkene) Kosten auslöse. Typisch sei bei Heizsystemen eine Nutzungsdauer von 15 bis 20 Jahren, nach der eine neue Systementscheidung anstehe.²³³ Da andere Heizsysteme wie Gas- oder Ölheizungen oftmals hohe unmittelbare Investitionen aufseiten der Nachfrager erfordern, erscheint diese vom Bundeskartellamt genannte Wechselhürde vor allem für einen vorzeitigen Systemwechsel „zur“ Fernwärme relevant. Mit Blick auf einen Wechsel „von“ der Fernwärme zu einem anderen Heizsystem ist jedoch bedeutender, dass der Fernwärmekunde durch lange Vertragslaufzeiten in seinen Wahlmöglichkeiten eingeschränkt ist.²³⁴

804. In Bezug auf die Fernwärme-Versorgungsverträge ist die spezifische Situation während deren Laufzeit wichtig. Im Unterschied zu Versorgungsverträgen über andere Energieträger (z. B. Strom, Gas) werden im Fernwärmesektor stets langjährige Laufzeiten vereinbart; die Laufzeit eines Erstvertrages beträgt i. d. R. zehn Jahre (gesetzliche Höchstlaufzeit); wird ein Vertrag nicht innerhalb von neun Monaten vor Ablauf gekündigt, kommt es zu einer automatischen Verlängerung um weitere fünf Jahre.²³⁵ Während der Laufzeit der Verträge sind Preisänderungen nur im Rahmen von sogenannten Preisgleitklauseln möglich, deren Ausgestaltung durch § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV reguliert ist. Die Klauseln müssen danach ein Kostenelement (Kosten der Fernwärmeerzeugung) und ein Marktelement (Preise anderer in einem Markt gehandelter Energieträger zur Wärmeerzeugung) enthalten. Über ihre Ausgestaltung besteht zudem eine umfangreiche Rechtsprechung.

805. Das Bundeskartellamt misst der Tatsache, dass Preisgleitklauseln den Preispfad während der Vertragslaufzeit bestimmen, allerdings im Hinblick auf die Möglichkeit eines bestehenden Preismissbrauchs keine Bedeutung zu. Das Preisniveau könne nach Auffassung des Amtes trotz der Preisgleitklauseln überhöht sein, da diese nur Preisänderungen betreffen.²³⁶ In diesem Zusammenhang weist die Monopolkommission darauf hin, dass ein möglicherweise unkontrollierter Verhaltensspielraum der Versorger infolge dieser Situation ausschließlich auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses begrenzt ist. Ein möglicher Preismissbrauch könnte in diesem Fall insbesondere zu einem überhöhten Ausgangspreis für Wärmelieferungen bzw. zu für den Abnehmer ungünstigen Konditionen bei der Ausgestaltung der Preisgleitklauseln (im Rahmen des verbleibenden gesetzlichen Spielraums) in den Verträgen führen. Übergreifend betrachtet erscheint die Argumentation des Bundeskartellamtes insofern nicht konsistent, da somit einerseits die Situation bei Vertragsabschluss hervorgehoben wird, eben diesem Zeitpunkt an anderer Stelle aber am ehesten eine Wettbewerbssituation durch andere Heizsysteme zuerkannt wird.

806. Allerdings nennt das Bundeskartellamt in der Sektoruntersuchung auch verschiedene weitere Zusammenhänge, welche die Einschätzung stützen, dass der objektiven Wechselmöglichkeit zu einem anderen Heizsystem oftmals Grenzen gesetzt sind. Dazu gehören insbesondere Abnahmeverpflichtungen, z. B. ein Anschluss- und Benutzungszwang für Fernwärme, denen allerdings nur ein kleinerer Teil der fakturierten Wärmemenge zuzurechnen ist.²³⁷ Eine faktische Beschränkung für einen Wechsel des Heizsystems besteht auch in einzelnen Kommunen, wenn diese für Neubaugebiete Verbrennungsverbote im Bebauungsplan vorsehen.²³⁸ Solche Verbote können dazu führen, dass den Bauherren nur Fernwärme als einzige faktisch nutzbare Wärmeversorgung verbleibt. Nach Auffassung der Monopolkommission erscheint dies vor allem dann

²³³ Vgl. ebenda, Rn. 175.

²³⁴ Der Wechsel von der Fernwärme zu einem anderen Heizsystem wird dabei nicht in jedem Fall primär durch versunkene Kosten eingeschränkt, da der Anschluss an das Fernwärmenetz sehr unterschiedliche und je nachdem nur geringe einmalige Investitionen für den Abnehmer der Wärme verursacht. Auch der Aufwand für eine Installation des Wärmetauschers im Haus kann geringer sein als die Installation etwa einer Gas- oder Ölheizung.

²³⁵ § 32 Abs. 1 Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme (AVBFernwärmeV).

²³⁶ Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Fernwärme, a. a. O., Rn. 124.

²³⁷ Das Bundeskartellamt führt aus, dass für sechs Prozent der fakturierten Fernwärme eine umfassende, für 29 Prozent eine teilweise Abnahmeverpflichtung bestehe; vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Fernwärme, a. a. O., Rn. 112.

²³⁸ Vgl. ebenda, Rn. 99 ff.

problematisch, wenn kommunale Unternehmen den Vertrieb der Fernwärme übernehmen und die Verbrennungsverbote die Kommune in die Lage versetzen, ihr eigenes Angebot zu monopolisieren.

807. Die Monopolkommission hält weitere Aspekte für relevant, die eine Wechselhürde darstellen können. Ein besonders wichtiges Hindernis für die Entfaltung des Wettbewerbs zwischen Fernwärme und anderen Möglichkeiten der Wärmeversorgung könnte danach in der indirekten Entscheidungssituation bei der Wahl eines Heizsystems liegen. Die Entscheidung über das Heizsystem von Mietwohnungen wird typischerweise durch den Vermieter getroffen, während die Mieter mit den variablen Kosten des Heizsystems belastet werden. Daraus ergibt sich das Risiko einer Verzerrung bei der Wahl von Heizsystemen, weil variable Kosten gegenüber fixen Kosten oder zusätzlichem Aufwand für den Vermieter tendenziell untergewichtet werden. Die vom Vermieter geschlossenen Versorgungsverträge haben in diesen Fällen eine Wirkung, die vergleichbar ist mit der von Verträgen zulasten Dritter. Immer dann, wenn der Anschluss an das Fernwärmenetz vergleichsweise geringere Investitionen oder geringeren Aufwand (z. B. Schaffung von Räumlichkeiten) des Vermieters erfordert als bei anderen Heizsystemen, während im Gegenzug dafür höhere laufende Kosten anfallen, wirkt sich diese Verzerrung zugunsten der Fernwärme aus und kann einen Wechsel zu einem anderen Heizsystem auch dann verhindern, wenn dieser insgesamt kostengünstiger wäre. Weiterhin bringt eine Entscheidung für eine Fernwärmeheizung oftmals auch faktische Marktaustrittsbarrieren mit sich, wenn der für Gasthermen oder zentrale Ölheizungen notwendige Platz infolge der Versorgung mit Fernwärme anderweitig genutzt wurde und nicht ohne Weiteres neu geschaffen werden kann. Unklar ist schließlich auch, welcher Anteil der Fernwärmekunden überhaupt die Möglichkeit des Anschlusses an das Gasleitungsnetz hat. Da Informationen über den Verlauf der Fernleitungsnetze nicht zentral verfügbar sind, lassen sich die tatsächlichen wettbewerblichen Alternativen derzeit nicht verlässlich erfassen.

808. Nach Auffassung der Monopolkommission machen die dargestellten Überlegungen deutlich, dass im Fall der Fernwärme eine allein auf qualitativen Argumenten basierende Marktabgrenzung problematisch ist. Die Gemengelage vieler unterschiedlicher institutioneller Wirkungen erschwert es, den Wettbewerbsdruck, der von alternativen Heizformen ausgeht, verlässlich einzuschätzen. Dieses Problem beeinträchtigt auch die Bewertung der Erforderlichkeit weiterer Maßnahmen. Daher erscheint es geboten, die bisher vor allem von den Kartellbehörden angenommene Abgrenzung eines dedizierten Fernwärmemarktes durch empirische Analysen zu überprüfen und gegebenenfalls zu fundieren. Die Monopolkommission prüft derzeit, ob die Datenlage eine entsprechende eigene Untersuchung zulässt. Hierbei ist auch die Frage des Datenzugangs zu den vom Bundeskartellamt erhobenen Daten von großer Bedeutung. Zwar hat das Bundeskartellamt der Monopolkommission auf Anfrage einzelne Datenreihen aus der Sektoruntersuchung Fernwärme in indexierter Form überlassen. Eine Klärung des aktuellen Problems der Akteneinsicht der Monopolkommission beim Bundeskartellamt und eine umfassende Verwendung auch der aktuell vom Bundeskartellamt im Fernwärmesektor erhobenen Daten durch die Monopolkommission würde die Möglichkeiten einer empirischen Überprüfung der Marktabgrenzung jedoch deutlich verbessern.²³⁹

3.3 Wirkung von Preismissbrauchsverfahren als regulierungsähnliche Marktaufsicht

809. Die Kartellbehörden haben in den vergangenen Jahren zunehmend das Instrument der wettbewerbsrechtlichen Missbrauchsaufsicht eingesetzt, um systematischen, durch erhebliche Marktmacht verursachten Funktionsstörungen auf Märkten zu begegnen. In solchen Fällen kann die Anwendung der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht wie eine regulierungsähnliche Marktaufsicht erscheinen.²⁴⁰ Hierbei besteht mit Blick auf die Fernwärme eine Reihe von Parallelen insbesondere zu den im Wassersektor durchgeführten Preiskontrollen der Kartellbehörden.²⁴¹ Vergleichbar mit dem Wassersektor spielt zudem auch in der Fernwärme eine Rolle, dass viele Versorger nur in einzelnen Bundesländern agieren, was die Zuständigkeit der

²³⁹ Vgl. Kapitel I, „Datenzugang der Monopolkommission“, Tz. 364. ff.

²⁴⁰ Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 581 ff.

²⁴¹ Vgl. Kapitel V, Abschnitt 4.1.2, Tz. 1239. ff.

jeweiligen Landeskartellbehörde begründet. Die Schutzwirkung kartellrechtlicher Kontrollen bleibt daher immer durch die Aktivität der jeweils zuständigen Kartellbehörde begrenzt.²⁴²

810. Ein wichtiger Ausgangspunkt für eine engere kartellrechtliche Aufsicht über die im Fernwärmesektor geforderten Entgelte war die Sektoruntersuchung des Bundeskartellamtes. Das Amt hatte in dieser Studie einen Vergleich der Erlöse größerer Fernwärmeversorger durchgeführt, um einen ersten Anhaltspunkt für das Bestehen von Differenzen zwischen den Entgelten zu erhalten. Dabei hatte das Amt erhebliche Unterschiede von teilweise über 30 Prozent vom Durchschnitt in den auf eine Einheit Wärme berechneten Erlösen (Erlös/m³) festgestellt. Auf dieser Basis hat das Bundeskartellamt im Frühjahr 2013 gegen sieben Versorgungsunternehmen (betreffend 30 verschiedene Wärmeversorgungsgebiete) Verfahren wegen des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gemäß § 19 GWB eingeleitet.²⁴³ Zur Klärung, ob ein Missbrauch vorliegt, hat das Bundeskartellamt von den betreffenden Unternehmen sowie von mehreren Vergleichsunternehmen aktuelle Daten für die Jahre 2010 bis 2012 abgefragt. Zum Zeitpunkt der Veröffentlichung dieses Gutachtens dauern diese Verfahren noch an. Neben dem Bundeskartellamt haben zudem auch einzelne Landeskartellbehörden Untersuchungen sowie Preismissbrauchsverfahren im Fernwärmesektor eingeleitet.²⁴⁴

811. Mit Rücksicht auf die noch laufenden Verfahren nimmt die Monopolkommission derzeit nur eine allgemeine Einschätzung zur Wirksamkeit von Preismissbrauchsverfahren im Fernwärmesektor vor. Diese basiert auf früheren Einschätzungen der Monopolkommission, insbesondere den Erfahrungen mit bereits abgeschlossenen Verfahren in anderen Sektoren (z. B. Wasser, Gas, Heizstrom) sowie auf den Informationen aus der o.g. Sektoruntersuchung.

Sowohl in früheren Preismissbrauchsverfahren als auch in der Fernwärme-Sektoruntersuchung hat das Bundeskartellamt regelmäßig einen Erlösvergleich als Ansatz zur Umsetzung des Vergleichsmarktkonzeptes durchgeführt, um einen potenziellen Preismissbrauch marktbeherrschender Unternehmen nachzuweisen. Wie in Kapitel V, Abschnitt 3.2.2 dieses Gutachtens dargestellt, hat dieser Ansatz zur Kontrolle von Entgelten verschiedene Vor- und Nachteile. Ein zentrales Problem des Konzeptes besteht darin, dass die verschiedenen Märkte in Bezug auf die Kostenstrukturen vergleichbar sein müssen, damit der Erlösvergleich ökonomisch folgerichtige Ergebnisse im Hinblick auf vorwerfbare Preisdifferenzen liefert. Je eher die strukturellen Gegebenheiten der herangezogenen Vergleichsmärkte auch bezüglich der notwendigen Kosten des Geschäftes vergleichbar sind, desto aussagekräftiger ist ein Erlösvergleich, um einen etwaigen Preismissbrauch nachzuweisen. Daher ist der kartellrechtliche Ansatz des Vergleichsmarktkonzeptes nicht in allen untersuchten Branchen gleichermaßen geeignet.

812. Dem Problem der Vergleichbarkeit der Kostenstrukturen sind die Kartellbehörden in Preishöhenmissbrauchsverfahren in der Vergangenheit auf unterschiedliche Art und Weise begegnet. Im Verfahren gegen die Berliner Wasserbetriebe hat das Bundeskartellamt bspw. die Erlöse nicht nur bezogen auf das gelieferte Wasser, sondern auch je Meter Leitungsnetz berechnet, um Dichtevorteile berücksichtigen zu können. Zudem hat das Amt begründbare Kostenunterschiede, wie etwa die Sonderkosten des Umbaus des Berliner Leitungsnetzes nach der Wiedervereinigung, anerkannt und die errechneten Erlösunterschiede entsprechend angepasst. In Bezug auf die Fernwärme hat das Bundeskartellamt bereits in seiner Sektoruntersuchung auf eine Reihe vergleichbarer Rechtfertigungsgründe hingewiesen, die zum Teil zu Korrekturen gegenüber einem reinen Erlösvergleich führen könnten.²⁴⁵ Das Bundeskartellamt hat den Erlösvergleich von Fernwärmeversorgern in seiner Sektoruntersuchung zudem innerhalb drei verschiedener Gruppen vorgenommen, in denen jeweils nur Netze einer bestimmten Längenkategorie verglichen werden. Dies erlaubt einen sehr

242 Vgl. Kapitel V, Abschnitt 4.1.2, Tz. 1240.

243 Vgl. BKartA, Bundeskartellamt prüft überhöhte Fernwärmepreise, a. a. O.

244 Bekannt geworden sind etwa die Untersuchungen in Mecklenburg-Vorpommern, vgl. o. V., Fernwärme-Preisuntersuchung in Mecklenburg-Vorpommern, Zeitung für kommunale Wirtschaft, 30. Oktober 2012.

245 Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Fernwärme, a. a. O., Rn. 208 ff.

groben Ausgleich der strukturellen Kostenunterschiede aufgrund der Netzlänge.²⁴⁶ Grundsätzlich zeichnet sich jedoch bereits eine Reihe weiterer möglicher struktureller Kostenunterschiede zwischen Fernwärmenetzen ab. Deren Nachweis ist jedoch besonders schwierig zu erbringen und eine Quantifizierung zur Erlöserrechnung lässt sich oftmals nicht leicht durchführen.²⁴⁷ In diesem Zusammenhang regt die Monopolkommission an zu prüfen, ob sich im Rahmen einer regressionsanalytischen Betrachtung der strukturellen Einflussfaktoren deren Auswirkung fundierter erheben lässt.

813. Ein weiteres Problem könnte dann auftreten, wenn die vom Bundeskartellamt berechneten Vergleichserlöse bzw. Entgelte (nach einer angeordneten Entgeltsenkung) nicht ausreichen, um die Kosten der betreffenden Unternehmen zu decken. Ein Preismissbrauchsverfahren darf nur dann zu einer Kostenunterdeckung führen, wenn der verbleibende Kostenüberhang auf das nicht erfolgte Ausschöpfen von Effizienzreserven zurückzuführen ist.²⁴⁸ Wäre das Bundeskartellamt gezwungen eine Kostenunterdeckung zu prüfen, erscheint dies allgemein,²⁴⁹ besonders aber im Hinblick auf die Gemeinkostenzurechnung im Fernwärmesektor,²⁵⁰ als schwierig.

814. Die Monopolkommission begrüßt prinzipiell, dass sich die Kartellbehörden ausführlicher mit dem Fernwärmesektor befassen. Sie weist an dieser Stelle jedoch nochmals darauf hin, dass vor allem die Markt-abgrenzung im Fernwärmesektor weiter fundiert werden sollte, um den Bedarf eines Eingriffs zu begründen. Sofern von einer marktbeherrschenden Stellung der Fernwärmeversorger auszugehen ist, liegt in dem Sektor allerdings ein systematisches Problem vor. Die Monopolkommission weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass sie sich bereits in der Vergangenheit kritisch zu der Frage geäußert hat, ob die Anwendung von Preismissbrauchsverfahren zur Korrektur eines systematischen und dauerhaften Marktversagens ein wirksames Instrument darstellt, um der Gefahr überhöhter Preise zu begegnen.²⁵¹ Diese Zweifel sind im Fernwärmesektor insbesondere vor dem Hintergrund der dargestellten Schwierigkeiten bei der Anwendung kartellrechtlicher Prüfmaßstäbe angebracht. Solange jedoch keine geeigneteren Instrumente in der Rechtsordnung verankert wurden – insbesondere eine Entgeltregulierung – mit der sich Marktmacht in einer vergleichbaren Situation begegnen lässt, sind kartellrechtliche Maßnahmen notwendig, um einen Mindestschutz der Bürger zu gewährleisten.

246 Ein Ergebnis der Sektoruntersuchung war, dass Netze größerer Längenkategorie durchschnittlich geringere Erlöse erzielen. Dies deutet darauf hin, dass die Netzlänge Einfluss auf die Kosten der Versorgung mit Fernwärme hat.

247 Dies kann auch deshalb zu Problemen führen, da den betroffenen Unternehmen zunächst ihre eigene Kostensituation bekannt ist, nicht aber zwingend strukturelle Kostenunterschiede gegenüber Unternehmen, die vom Bundeskartellamt für den Erlösvergleich herangezogen werden. Allerdings betreiben Fernwärmeversorger in der Regel mehrere Netze, wodurch dieses Problem zumindest gemildert wird.

248 BGH, Beschluss vom 22. Juli 1999, KVR 12/98 - Flugpreisspaltung.

249 Vgl. hierzu die Erfahrungen im Heizstromsektor; Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 629 ff.

250 Vgl. ebenda, Tz. 110.

251 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 63, Die GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht, Baden-Baden 2012, Tz. 106 ff.

4 Kartelle und Kartellverfahren

4.1 Ökonomische Methoden einer proaktiven Kartellverfolgung

4.1.1 Einführung

815. Zur Identifizierung²⁵² von kartellrechtswidrigen Absprachen²⁵³ gemäß § 1 GWB und Art. 101 AEUV stehen dem Bundeskartellamt grundsätzlich zwei Vorgehensweisen zur Verfügung: reaktive Verfolgung (reactive detection) und proaktive Verfolgung (proactive detection).²⁵⁴

816. Bei einer reaktiven Kartellverfolgung verhält sich die Behörde zunächst passiv und nimmt die Ermittlungen zur Kartellverfolgung erst auf, wenn ihr verlässliche Informationen übermittelt werden, die einen hinreichenden Verdacht kartellrechtswidriger Absprachen begründen. Während Kunden und gegebenenfalls Wettbewerber einen Anreiz haben, der Behörde relevante Informationen zu überliefern, müssen Kartellanten erst zusätzliche monetäre Anreize gesetzt werden, damit diese selbst der Behörde relevante Informationen offenlegen. Die Bonusregelung stellt ein solches Instrumentarium reaktiver Kartellverfolgung dar, das Kartellanten eine Reduktion der Geldbuße in Aussicht stellt und so einen Anreiz zur umfassenden Kooperation setzt.²⁵⁵ Ähnlich ist die Verfolgung auf Grundlage einer Beschwerde anzusehen. Die Aufdeckung von kartellrechtswidrigen Handlungen ist demnach zunächst an die Initiative von Marktteilnehmern gekoppelt, auf welche das Bundeskartellamt anschließend mit der Einleitung von Ermittlungen reagiert.

817. Bei einer proaktiven Verfolgung verhält sich die Behörde aktiv und initiiert den Verfolgungsprozess, ohne dass die Behörde vorab relevante Informationen von den Marktteilnehmern bekommen hat (z. B. durch Screening). Voraussetzung für eine erfolgreiche proaktive Verfolgung ist ein Verständnis über die Ursachen und den Umfang des potenziellen Kartellrechtsverstößes. Ein solches Verständnis kann durch eigene Marktuntersuchungen sowie durch Auswertung bisheriger Kartellverfahren erarbeitet werden.

818. Im Rahmen der proaktiven Verfolgung kann eine Behörde auf ökonomische Analysen und insbesondere auf die Verknüpfung ökonomischer Theorien mit quantitativen Methoden im Rahmen datengestützter Marktanalysen zurückgreifen. Derartige Methoden werden in strukturelle Methoden und in verhaltensorientierte Methoden unterteilt.²⁵⁶

252 Die Aufdeckungswahrscheinlichkeit bei Kartellen wird auf zwischen 10 Prozent und 33 Prozent geschätzt; vgl. etwa Connor, J.M./Lande, R.H., *The Size of Cartel Overcharges: Implications for U.S. and EU Fining Policies*, *Antitrust Bulletin* 51, 2006, S. 983-1022.

253 Kartellrechtswidrige Preisabsprachen in der Europäischen Union führen z. B. zu durchschnittlichen Aufschlägen, d. h. die Differenz zwischen dem Preis bei kartellrechtswidrigem Verhalten und dem bei kompetitiven Verhalten in Relation zum Preis bei kartellrechtswidrigem Verhalten, von ca. 20 Prozent; vgl. Bolotova, Y.V., *Cartel Overcharges: an Empirical Analysis*, *Journal of Economic Behavior & Organization*, 2009, S. 321-341; Smuda, F., *Cartel Overcharges and the Deterrent Effect of EU Competition Law*, *Journal of Competition Law and Economics*, 2014, S. 63-86, doi:10.1093/joclec/nht012.

254 Vgl. OECD, *Background note by the secretariat, Roundtable on Ex Officio Cartel Investigations and the Use of Screens to Detect Cartels*, DAF/COMP(2013)14, 2013, S. 6 ff.

255 Vgl. aktuelle Fassung BKartA, Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen - Bonusregelung - vom 7. März 2006. Zu alternativen Ansätzen einer reaktiven Kartellverfolgung vgl. Tz. 118. ff. dieses Gutachtens.

256 Beide Methoden werden von Abrantes-Metz (2013) auch als screening-Methoden bezeichnet; vgl. Abrantes-Metz, R., *Roundtable on Ex Officio Cartel Investigations and the Use of Screens to Detect Cartels*, DAF/COMP(2013)20, 2013, S. 2 f. Der Gebrauch des Begriffs „Screening“ ist jedoch uneinheitlich. Abrantes-Metz, R.M./Bajari, P. (2009) definieren einen screen als „... a statistical test designed to identify industries where competition problems exist and, in such industries, which are the firms involved in a conspiracy“; vgl. Abrantes-Metz, R./Bajari, P., *Screens for Conspiracies And Their Multiple Applications*, *Antitrust* 24(1), 2009, S. 66. Harrington (2006) definiert Screening hingegen als „Screening refers to a process whereby industries are identified for which the existence of a cartel is likely. [...] Screening is then the first phase of a multi-stage process which may or may not end with prosecution“; vgl. Harrington, J.R., *Behavioral Screening and the Detection of Cartels*, in: Ehlermann, C.-D./Atanasiu, I. (Hrsg.), *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels*, Oxford/Portland 2006, S. 49 ff.

Mit strukturellen Methoden der proaktiven Kartellverfolgung erfolgt eine Identifizierung von relevanten Märkten, die von kartellrechtswidrigen Absprachen gekennzeichnet sind. Die Identifizierung gründet auf Faktoren, die Kartellierung begünstigen sollen.

Mit verhaltensorientierten Methoden der proaktiven Kartellverfolgung werden Markteffekte identifiziert, anhand derer ex post auf kartellrechtswidriges Verhalten geschlossen werden kann. Für die Identifizierung mittels verhaltensorientierter Methoden ist eine Abgrenzung zwischen kompetitivem, nicht-koordiniertem Verhalten und koordiniertem Verhalten entscheidend, da unterschiedliche unternehmerische Verhaltensweisen i. d. R. zu unterschiedlichen Markteffekten führen.

819. Die Aussagekraft der gewählten Methoden hängt von einer sachverhaltsgerechten Anwendung der ökonomischen Theorien sowie der quantitativen Methoden und von der Datenqualität sowie -quantität ab. Anhand eines Vergleichs zwischen den theoretischen (zu erwartenden) Vorgaben und der empirischen (faktisch gemessenen) Evidenz können anschließend Rückschlüsse auf die zugrunde liegenden Marktgegebenheiten gezogen werden. Da sich beide Methoden zur proaktiven Kartellverfolgung ergänzen, stellen sie zugleich auch Bestandteile eines mehrstufigen Prozesses der proaktiven Kartellverfolgung dar.²⁵⁷ Dieser Verfolgungsprozess beginnt stets mit dem strukturellen Ansatz und kann in einem Kartellverfahren münden.²⁵⁸

820. Ein neuralgischer Punkt in der Anwendung ökonomischer Methoden zur proaktiven Kartellverfolgung liegt jedoch in dem – nach der vorherrschenden Auslegung des Kartellverbots, das eine explizite Abstimmung voraussetzt – begrenzten Potenzial einer Identifizierung von kartellverbotswidrigem Verhalten.²⁵⁹ Denn in ökonomischen Modellen wird größtenteils nicht zwischen kartellverbotswidrigen Absprachen, sogenannter expliziter Kollusion, und an sich kartellverbotskonformem Parallelverhalten, sogenannter impliziter Kollusion, differenziert. Da beide Formen der Kollusion zwar die Erzielung kollektiver Marktvorteile ermöglichen, mit Bezug auf das Kartellverbot aber unterschiedlich beurteilt werden, könnten im Zuge derartiger Analysen sich ergebende Diagnosen u. U. ohne rechtlichen Aussagewert sein.²⁶⁰

4.1.2 Konzepte

4.1.2.1 Struktureller Ansatz

821. Für eine effektive Kartellverfolgung ist eine effiziente Ressourcennutzung unerlässlich. Langzeitstudien zu ausgewählten Märkten erscheinen unter den gegebenen Rahmenbedingungen wenig zielführend. Mit zeitlich begrenzten Sektoruntersuchungen können dagegen spezifische Marktkenntnisse gesammelt und anschließend zu einem holistischen Märkteverständnis gebündelt werden. Dies ist der vom Bundeskartellamt verfolgte Ansatz.

²⁵⁷ Nach Harrington (2008) besteht der Kartellverfolgungsprozess aus drei Stufen. In der ersten Stufe ("Screening") geht es um die Identifizierung von Märkten, bei denen Anzeichen für kartellwidriges Verhalten gefunden wurden. In der zweiten Stufe ("Verification") soll kompetitives Verhalten ausgeschlossen und somit Evidenz für kollusives Verhalten gewonnen werden. In der dritten und letzten Stufe ("Prosecution") bedarf es der Entwicklung ökonomischer Analysemethoden, mithilfe derer verlässliche Informationen zu kartellrechtswidrigem Verhalten gefunden werden können; vgl. Harrington, J.E. Jr., *Detecting Cartels*, in: Buccirrossi, P. (Hrsg.), *Handbook in Antitrust Economics*, Massachusetts 2008, S. 213 ff.

²⁵⁸ Dass betroffene Marktakteure durch Eigenanalyse Indizien für ein Kartell auch vor öffentlicher Aufdeckung des selbigen durch die Behörde sammeln können, zeigen Hüschelrath, K./Veith, T., *Cartel Detection in Procurement Markets*, *Managerial and Decision Economics*, 2014, doi: 10.1002/mde.2631.

²⁵⁹ Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 470 ff. m.w.N. sowie Marshall, R.C./Marx, L.M., *The Economics of Collusion: Cartels and Bidding Rings*, Cambridge 2012, S. 211 f.

²⁶⁰ Vgl. etwa Fonseca, M.A./Normann, H.-T., *Explicit vs. Tacit Collusion – The Impact of Communication in Oligopoly Experiments*, *European Economic Review* 56(8), 2012, S. 1759-1772. Zudem werden überwiegend die Einwirkungen behördlicher Verfolgungsaktivitäten auf die Kartellstabilität vernachlässigt; vgl. anders Harrington, J.E. Jr./Chen, J., *Cartel Pricing Dynamics with Cost Variability and Endogenous Buyer Detection*, *International Journal of Industrial Organization* 24(6), 2006, S. 1185-1212.

822. Beim strukturellen Ansatz soll gerade von diesem Erkenntnisprozess profitiert werden. Die Anwendung struktureller Methoden gleicht demnach einer Suche nach bereits als wesentlich für kartellrechtswidriges Verhalten erachteten Marktfaktoren²⁶¹ bzw. einer Suche nach Marktfaktoren, welche die Wahrscheinlichkeit sowohl der Entstehung wie auch der Stabilität von kartellrechtswidrigem Verhalten erhöhen.²⁶² Die Aussagekraft struktureller Methoden ist somit stets von dem verfügbaren Arsenal an Marktfaktoren abhängig. Die ökonomische Theorie²⁶³ und die empirischen Analysen zu aufgedeckten Kartellen²⁶⁴ haben dabei bereits eine Vielzahl an strukturellen, angebotsseitigen oder nachfrageseitigen Marktfaktoren identifiziert (vgl. Tabelle IV.4).²⁶⁵

Tabelle IV.4: Kartellrechtswidriges Verhalten begünstigende Marktfaktoren

Strukturell bedingt	Angebotsseitig bedingt	Nachfrageseitig bedingt
Überschaubare Anzahl an Unternehmen	Geringes Innovationspotenzial	Steigende Nachfrage
Hohe Markteintrittsbarrieren	Ähnliche Produktionsprozesse und Kostenstrukturen	Geringe Nachfrageschwankungen
Hohe Interaktionsfrequenz der Unternehmen	Ähnliche Produktionskapazitäten	Hoher auf die Nachfrager wirkender Wettbewerbsdruck
Hohe Markttransparenz	Ähnliche Produkte/Produkteigenschaften	
	Hohe Anzahl an Märkten, auf denen Unternehmen miteinander konkurrieren	
	Erhebliche Überkreuzbeteiligung zwischen Unternehmen	

Quelle: In Anlehnung an OECD, Background note by the secretariat, Roundtable on Ex Officio Cartel Investigations and the Use of Screens to Detect Cartels, DAF/COMP(2013)14, 2013, S. 18 ff.

823. Die aufgeführten Marktfaktoren sind als erster Gradmesser für kartellrechtswidriges Verhalten zu interpretieren. Welches Ausmaß ein einzelner Marktfaktor aufweisen muss und wie viele Marktfaktoren vorliegen müssen, damit Vermutungen über ein Vorliegen von kartellrechtswidrigem Verhalten erhärtet werden, ist stets einzelfallabhängig zu bestimmen. Eine Abwägung muss bei jeder Marktbetrachtung neu vorgenommen werden. Mehrere Marktfaktoren begünstigen i. d. R. kartellrechtswidriges Verhalten, indem sie gemeinsam den zu erwartenden Kartellgewinn erhöhen und mitunter die Kartellstabilität steigern. Eine Vielzahl an Marktfaktoren kann eine Abwägung und somit eine Eingrenzung der eingehender zu prüfenden Märkte erschweren. Strukturelle Methoden können trotz der beschriebenen Schwächen als Entscheidungsgrundlage dienen, gegebenenfalls weitergehende Untersuchungen einzuleiten und zusätzliche Ressourcen für die Marktaufklärung einzusetzen.

261 Vgl. Rey, P., On the Use of Economic Analysis Cartel Detection, in: Ehlermann, C.-D./Atanasiu, I. (Hrsg.), European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels, Oxford/Portland 2006, S. 69 ff.

262 Vgl. Grout, P.A./Sonderegger, S., Structural Approaches to Cartel Detection, in: Ehlermann, C.-D./Atanasiu, I. (Hrsg.), European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels, Oxford/Portland 2006, S. 83 ff.

263 Vgl. Motta, M., Competition Policy: Theory and Practice, Cambridge 2004; Pepall, L./Richards, D./Norman, G., Industrial Organization: Contemporary Theory and Empirical Applications 4. Aufl., Oxford 2008.

264 Die Grundlage bilden Zeitreihenanalysen vgl. etwa Suslow, V., Cartel Duration: Empirical Evidence from Inter-war International Cartels, Industrial and Corporate Change 14(5), 2005, S. 705-744.

265 Einen Überblick gewähren Levenstein, M.C./Suslow, Y., What Determines Cartel Success?, Journal of Economic Literature 44(1), 2006, S. 43-95 und Grout, P.A./Sonderegger, S., Predicting Cartels, Gutachten im Auftrag von Office of Fair Trading, März 2005, S. 20 ff.

4.1.2.2 Verhaltensorientierter Ansatz

824. Auf Basis des strukturellen Ansatzes können weiterführende Untersuchungen durchgeführt werden, um die durch etwaige kartellrechtswidrige Absprachen ausgelösten Effekte innerhalb eines relevanten Marktes zu identifizieren. Der verhaltensorientierte Ansatz ermöglicht es, Indizien für kartellrechtswidriges Verhalten anhand von Datenanalysen zu zentralen Marktgrößen wie etwa den Preisen, Produktionsmengen, Marktanteilen etc. zu sammeln.²⁶⁶ Dem verhaltensorientierten Ansatz liegt der Gedanke zugrunde, dass derartige Marktgrößen das Ergebnis unternehmerischen Verhaltens darstellen und dass sich das unternehmerische Verhalten in einem Kartell von dem im Wettbewerb unterscheidet.

825. Für den verhaltensorientierten Ansatz ist die Unterscheidung zwischen Markteffekten, welche von kartellrechtswidrigem Verhalten verursacht worden sein können und denen, welche sich aus wettbewerblichem Verhalten hätten ergeben können, von zentraler Bedeutung. Die Grundlage hierfür bilden industrieökonomische Theorien, die eine Prognose sowohl über die durch kartellrechtswidriges Verhalten wie auch über die durch kartellrechtskonformes Verhalten induzierten Markteffekte erlauben.²⁶⁷

826. Ähnlich wie beim strukturellen Ansatz lassen sich hinsichtlich der Markteffekte zahlreiche Merkmale (collusive markers) identifizieren, von denen auf kartellrechtswidriges Verhalten geschlossen werden kann. Die Markteffekte unterscheiden sich darin, dass sie zu verschiedenen Phasen eines Kartells auftreten: in der Übergangsphase von wettbewerblichem Verhalten zu kartellrechtswidrigem Verhalten und in der von kartellrechtswidrigem Verhalten geprägten Phase.²⁶⁸ Eine Übersicht über spezifische Markteffekte kartellrechtswidrigen Verhaltens zeigt Tabelle IV.5, wobei Markteffekte unter Wettbewerbsbedingungen den Vergleichsmarkt bilden. Zur Kontrastierung werden außerdem die Vermutungsregeln der Rechtsprechung für kartellrechtswidriges Verhalten in Tabelle IV.6 aufgeführt.²⁶⁹

827. Eine Identifizierung derartiger Markteffekte bzw. eine Unterscheidung zwischen etwaigem kartellrechtswidrigen und wettbewerblichem Verhalten mittels empirischen Untersuchungen hängt von der Verfügbarkeit an qualitativ hochwertigen Marktdaten ab. Die Datenmenge beeinflusst die Wahl des geeigneten Vergleichsmarktes (Benchmarking), anhand dessen auf das kontrafaktische, wettbewerbliche Marktszenario geschlossen werden soll. Der Vergleichsmarkt kann entweder derselbe relevante Markt zu einem unterschiedlichen Zeitpunkt, derselbe sachlich, aber geographisch unterschiedlich relevante Markt oder ein sachlich ähnlich relevanter Markt jeweils zu demselben Zeitpunkt sein.²⁷⁰ Als Vergleichsmärkte nicht in Betracht kommen Märkte, auf denen nicht vom Bestehen wirksamen Wettbewerbs auszugehen ist.

Liegen für einen relevanten Markt Daten über einen Zeitraum vor, der sowohl Phasen wettbewerblichen Verhaltens wie auch kartellrechtswidrigen Verhaltens umfasst, dann sollten Verhaltensänderungen durch eine signifikante Veränderung der betreffenden Marktgröße reflektiert werden (structural break). Ist ein solcher Markteffekt nicht anderweitig durch wettbewerbliches Verhalten erklärbar, so kann dies als Indiz für Absprachen gewertet werden. Ein intertemporaler Vergleich kann demnach einen Vergleich zwischen kartellrechtskonformem und kartellrechtswidrigem Verhalten ermöglichen.²⁷¹ Liegen dagegen Daten zu einem

²⁶⁶ Vgl. OECD, Background note by the secretariat, roundtable on Ex Officio Cartel Investigations and the Use of Screens to Detect Cartels, DAF/COMP(2013)14, 2013, S. 21 ff.

²⁶⁷ Im Zentrum der theoretischen Analyse zu Kartellen und deren Stabilität stehen sogenannte wiederholte Spiele; vgl. Friedman, J., A Non-Cooperative Equilibrium for Supergames, Review of Economic Studies 38(113), 1971, S. 1-12; Tirole, J., The Theory of Industrial Organization, Cambridge 1988 sowie Feuerstein, S., Collusion in Industrial Economics – A Survey, Journal of Industry, Competition and Trade 5(3/4), 2005, S. 163-198.

²⁶⁸ Vgl. Harrington, J.R. Jr., Behavioral Screening and the Detection of Cartels, a. a. O., S. 49 ff.

²⁶⁹ Vgl. auch Haucap, J./Schultz, M.L., Forensische Kartellforschung, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 19. August 2011.

²⁷⁰ Für eine methodische Übersicht vgl. Oxera, Quantifying Antitrust Damages – Towards Non-Binding Guidance for Courts, Study for the European Commission, Dezember 2009, S. 44.

²⁷¹ Vgl. Friederiszick, H.W./Maier-Rigaud, F.P., Triggering Inspection Ex Officio: Moving Beyond a Passive EU Cartel Policy, Journal of Competition Law and Economics 4(1), 2008, S. 89-113.

sachlich identischen, aber geographisch unterschiedlichen Markt oder zu einem sachlich ähnlichen Markt vor, dann kann auf Basis der Entwicklung der dortigen Marktgröße die kontrafaktische Entwicklung der Marktgröße des betreffenden Marktes simuliert werden.²⁷² Zur Durchführung müssen nicht notwendigerweise Zeitreihen vorliegen, ein Referenzzeitpunkt ist ausreichend. Sollten hingegen weder Zeitreihen über den relevanten Markt noch über Vergleichsmärkte vorliegen, so bestünde die Möglichkeit, dass das kontrafaktische Marktszenario anhand der theoretischen Modelle prognostiziert und anhand der verfügbaren Daten verifiziert wird.²⁷³

Tabelle IV.5: Markteffekte kartellrechtswidrigen Verhaltens

Marktgröße	Markteffekte
Preis	Höherer Preis ¹
	Geringere Preisvariation zwischen den Unternehmen sowie gegenüber den Nachfragern ¹
	Zeitraum stetigen Preisanstiegs, gefolgt von massivem Preissturz ¹
	Hoher positiver Zusammenhang bei Preisen ¹
	Preisanstieg, gefolgt von Importrückgängen ¹
	Abrupte Preisänderungen ¹
	Parallelverhalten in Bezug auf Preissetzung u.a. ¹
	Größere Anzahl an Preissteigerungen als an Preissenkungen ²
	Geringere Anzahl an Preisänderungen ²
Menge	Marktanteile sind über die Zeit stabil ¹
	Unmittelbar erhebliche Veränderung in den Marktanteilen ¹
	niedrigere Kapazitätsauslastung ¹
Renditen	Höhere Gewinnmarge ¹
	Kein Zusammenhang zwischen Gewinnmargen und Produktionskapazitätserweiterungen ¹
Produktionseffizienz	Kein Zusammenhang zwischen Preisen und Kostensenkungen ¹
	Geringere Produktionseffizienz ¹

Quellen: ¹In Anlehnung an OECD, Background note by the secretariat, roundtable on ex officio cartel investigations and the use of screens to detect cartels, DAF/COMP(2013)14, 2013, S. 25 ff.; ²in Anlehnung an von Blanckenburg, K./Geist, A./Kholodilin, K.A., The Influence of Collusion on Price Changes: New Evidence from Major Cartel Cases, German Economic Review 13(3), 2012, S. 245-256

828. Entscheidend für die Durchführung einer aussagekräftigen Vergleichsanalyse ist, dass zur Identifizierung des durch kartellrechtswidrigen Verhaltens ausgelösten Markteffektes von allen wesentlichen unter Wettbewerbsbedingungen auftretenden Einflussfaktoren abstrahiert wurde. Andernfalls ergäben sich verzerrte Analyseergebnisse, aus denen fehlerhafte Rückschlüsse gezogen würden. Solch differenzierte Analysen sind mit speziellen Verfahren der induktiven Statistik, insbesondere ökonometrischen Methoden, durchführbar.²⁷⁴

²⁷² Vgl. Oxera, Hide and Seek: The Effective Use Of Cartel Screens, September 2013.

²⁷³ Vgl. Porter, R.H./Zona, D.J., Ohio School Milk Markets: An Analysis of Bidding, Rand Journal of Economics 30(2), 1999, S. 263-288.

²⁷⁴ Dass Preisvergleiche mit ökonometrischen Methoden zu exakteren Ergebnissen führen als mit Verfahren der deskriptiven Statistik vgl. Paha, J., Empirical Methods in the Analysis of Collusion, Empirica 38(3), 2011, S. 389-415.

Tabelle IV.6: Vermutungsregeln der Rechtsprechung für kartellrechtswidriges Verhalten

Allgemein	Kartellvereinbarungen werden typischerweise zumindest in bestimmtem Umfang umgesetzt ²
	Vorhandensein einer marktmächtigen Gegenseite, Operieren an den Herstellungskapazitätsgrenzen, erhöhte Durchschnittspreise eines bestimmten Jahres entfalten keine Indizwirkung ²
	Auswirkungen auf den Wettbewerb sind um so wahrscheinlicher, je länger und nachhaltiger das Kartell praktiziert wurde und je flächendeckender es angelegt ist ¹
Quotenkartell	Quotenkartelle haben typischerweise eine preistreibende Wirkung ²

Quellen: ¹Nachweis von Mehrerlös: BGH, Beschluss vom 28. Juni 2005, KRB 2/05 – Berliner Transportbeton I, WuW 2005, S. 1257-1261; ²Schadenersatzanspruch gegen Quotenkartellbeteiligte, KG, Urteil vom 1. Oktober 2009, 2 U 10/03 – Berliner Transportbeton, WuW 2010, S. 189-204

829. Der verhaltensorientierte Ansatz ist auch bei Verdacht auf wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen anwendbar.²⁷⁵ Da es sich bei Ausschreibungen um die Vergabe zeitlich begrenzter Aufträge handelt, bei denen oftmals nur ein Unternehmen den Zuschlag erhält, und konspiratives Bieterverhalten i. d. R. einen längeren Zeitraum und mehrere Ausschreibungen umfasst, erscheint eine Beobachtung des relevanten Marktes über mehrere Perioden sinnvoll.²⁷⁶ Indizien für ein abgestimmtes Gebotsverhalten sind in Tabelle IV. 7 aufgeführt.

Tabelle IV.7: Anzeichen konspirativen Bieterverhaltens

Zeitbezug	Markteffekte
Gegenwartsbezogen/Intertemporal	Nahezu identische Preisgebote
	Kein Zusammenhang zwischen Preisgeboten und kalkulierten Kosten des umworbenen Auftrages
	Erhebliche Differenz zwischen niedrigstem Preisgebot und höchstem Preisgebot
Intertemporal	Enger Zusammenhang zwischen Preisgeboten

Quelle: In Anlehnung an OECD, Background note by the secretariat, roundtable on ex officio cartel investigations and the use of screens to detect cartels, DAF/COMP(2013)14, 2013, S. 32 ff.

4.1.3 Stand der Amtspraxis

830. Das Bundeskartellamt führt bereits zeitlich begrenzte Marktuntersuchungen für ausgewählte Wirtschaftszweige im Rahmen von Sektoruntersuchungen durch.²⁷⁷ Es hat bislang jedoch noch keine Untersuchungen explizit zum Zwecke der proaktiven Verfolgung angestoßen.²⁷⁸ Auch andere Wettbewerbsbehörden haben bislang nur wenige Erfahrungen mit einer proaktiven Verfolgung gesammelt. So hat bspw.

²⁷⁵ Des Weiteren sind mit dem verhaltensorientierten Ansatz die Auswirkungen einer Fusion auf die Wahrscheinlichkeit abgestimmten Marktverhaltens analysierbar; vgl. Kovacic, W.E. u.a., Quantitative Analysis of Coordinated Effects, Antitrust Law Journal 76(2), 2009, S. 397-430.

²⁷⁶ Vgl. etwa Porter, R.H./ Zona, D.J., Detection of Bid Rigging in Procurement Auctions, Journal of Political Economy, vol. 101(3), 1993, S. 518-538; Marshall, R.C./Marx, L.M./Meurer, M.J., The Economics of Auctions and Bidder Collusion, in Chatterjee, K./Samuelson, W.F. (Hrsg.), Game Theory and Business Applications, New York 2014, S. 367-394.

²⁷⁷ Vgl. BKartA, Sektoruntersuchungen, http://www.bundeskartellamt.de/DE/Home/home_node.html, Abruf am 14. April 2014. Die in 2011 abgeschlossene Sektoruntersuchung Kraftstoffe war u.a. mit ursächlich für die Inbetriebnahme der Markttransparenzstelle für Kraftstoffe, welche seit August 2013 eine permanente Marktbeobachtung erlaubt, vgl. Abschnitt 10.

²⁷⁸ Obgleich finden sich in dem Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle Vorgaben zur Prüfung von Kausalität, welche auf die Systematik verhaltensorientierter Methoden hindeutet; vgl. BKartA, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, 2012, Tz. 183, mit Tz. 19 f. des Abschnittes 4.1.2.2 dieses Gutachtens.

die Europäische Kommission in den insgesamt 48 Kartellverfahren zwischen 2004 und 2008 keine Untersuchungen zum Zwecke der proaktiven Verfolgung angestoßen²⁷⁹, während gegenwärtig in einigen europäischen Staaten wie z. B. den Niederlanden²⁸⁰, Schweden²⁸¹, Großbritannien²⁸² und Österreich²⁸³ entsprechende Maßnahmen implementiert werden oder bereits umgesetzt worden sind. In den USA werden quantitative Analysemethoden zur proaktiven Verfolgung bereits seit den 1970er Jahren eingesetzt.²⁸⁴

Allerdings ist der Erfolg, gemessen an der Anzahl der aufgedeckten Fälle, trotz diverser institutioneller Anstrengungen bis dato überschaubar. Ökonomische Analysen basierend auf ökonometrischen Methoden spielen in den USA jedoch bei der Berechnung von Kartellschäden eine wichtige Rolle.²⁸⁵ Auch in Europa ist ein vermehrter Einsatz ökonomischer Analysen zur Quantifizierung von Kartellschäden feststellbar.

831. Dass von einer proaktiven Kartellverfolgung und insbesondere von quantitativen Methoden zur proaktiven Kartellverfolgung vonseiten der Behörden bislang nur zurückhaltend Gebrauch gemacht wurde, könnte vornehmlich zwei Aspekten geschuldet sein.²⁸⁶ Zum einen birgt die datenbasierte Verifizierung ökonomischer Theorien mittels quantitativer Methoden Fehlerpotenziale in sich, sodass empirische Analysen mitunter nicht verlässliche Informationen hervorbringen können.²⁸⁷ Zum anderen sind empirische Analysen i. d. R. relativ ressourcenintensiv, sowohl in Bezug auf die Datenbeschaffung als auch hinsichtlich der Datenauswertung.

4.1.4 Würdigung

832. Ein Vergleich einer proaktiven und einer reaktiven Kartellverfolgung zeigt, dass die Vorteile des einen Instrumentariums nahezu die Nachteile des anderen sind. So liegt der Vorteil einer reaktiven Kartellverfolgung im Vergleich zu einer proaktiven Kartellverfolgung darin, dass Aufwendungen bei einer reaktiven Kartellverfolgung erst ab dem Zeitpunkt der Einleitung des Ermittlungsverfahrens anfallen. In der Passivität liegt aber zugleich auch der Nachteil begründet, da z. B. die Bonusregelung als eine Maßnahme der reaktiven Kartellverfolgung gerade dann nicht in Anspruch genommen wird, wenn das Kartell intern stabil ist und es keine auffälligen Verdachtsmomente schöpfen lässt. In diesem Fall verfehlt die Bonusregelung ihre Wirkung, den durch Unternehmensabsprachen entstehenden Wohlfahrtsverlusten effektiv zu begegnen. Dagegen kann mit Methoden der proaktiven Kartellverfolgung von Amts wegen nach Marktauffälligkeiten gesucht und der Anstoß für eine zeitnahe Kartellverfolgung gelegt werden. Obgleich eine proaktive Kartellverfolgung zunächst ergebnisoffen ist, sodass ein Risiko für eine ergebnislose Aufwendung von Ressourcen besteht, und mit den angewandten Methoden i. d. R. lediglich Indizien für etwaiges kartellrechtswidriges Verhalten gewonnen werden können, soll der Nutzen einer frühzeitigen Identifizierung kartellrechtswidriger

279 Vgl. Lianos, I./Genakos, C., *Econometric Evidence in EU Competition Law: An Empirical and Theoretical Analysis*, in: Lianos, I./Geradin, D. (Hrsg.), *Handbook in EU Competition Law Enforcement and Procedure*, Cheltenham 2013, S. 1-138.

280 Vgl. Bujis, M., *Pointers to Competition Problems: An Integrated Approach*, Office of Chief Economist, Netherlands Competition Authority, Brüssel, Präsentation vom 10. Dezember 2008.

281 Vgl. OECD, *Note by Sweden, Roundtable on Ex Officio Cartel Investigations and the Use of Screens to Detect Cartels*, DAF/COMP/WD(2013)82.

282 Vgl. Britische Regierung, Pressemitteilung vom 1. April 2014, <https://www.govomuk/government/news/new-competition-authority-to-make-markets-work-well-for-consumers-business-and-the-economy>, Abruf am 7. Mai 2014.

283 Vgl. BWB, Tätigkeitsbericht 2011, S. 20 ff.

284 Vgl. Abrantes-Metz, R./Bajari, P., *Screens for Conspiracies and their Multiple Applications*, *Antitrust* 24(1), 2009, S. 66-71, 69 ff.

285 Etwa *In re Live Concert Antitrust Litigation*, 247 F.R.D. 98, 146 (C.D. Cal. 2007), S. 55.

286 Vgl. International Competition Network (ICN), *Cartel Working Group, Anti-Cartel Enforcement Manual*, Chapter 4: *Cartel Case Initiation*, März 2010, S. 16 f.

287 Vgl. etwa *Economist*, *Just one more fix*, Artikel vom 29. März 2014. Zu den Fehlerpotenzialen quantitativer Methoden vgl. etwa Doane, M.J. u.a., *Screening for Collusion as a Problem of Inference*, forthcoming in: Blair, R.D./Sokal, D.D., *Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, Oxford, 2013.

Abreden in Form einer zeitnahen Minderung des Wohlfahrtsschadens sowie einer erhöhenden Abschreckungswirkung keinesfalls unerwähnt bleiben.²⁸⁸

833. Die Monopolkommission sieht in einer proaktiven Kartellverfolgung mit ökonomischen Analysemethoden zwar durchaus das Potenzial, die Wettbewerbsaufsicht umfassender zu gestalten. So könnte eine transparente wie strategische proaktive Kartellverfolgung die Abschreckungswirkung von Sanktionen als komplementäres Instrumentarium reaktiver Kartellverfolgung steigern.²⁸⁹ Ebenso könnten, basierend auf dem akkumulierten Wissensfundus aus den bisherigen Kartellverfahren und aus den Sektoruntersuchungen, die eingesetzten Analysemethoden verbessert und effektiver eingesetzt werden.²⁹⁰ Gleichzeitig ist jedoch auf die Problematik einer ausreichenden Differenzierung zwischen expliziter und impliziter Kollusion, auf die bisherigen ambivalenten Erfahrungen ausländischer Behörden sowie auf das Risiko einer womöglich ergebnislosen Bindung knapper Ressourcen hinzuweisen. Vor diesem Hintergrund empfiehlt die Monopolkommission daher zum gegenwärtigen Zeitpunkt die Entwicklungen in den europäischen Ländern, in denen Maßnahmen zur proaktiven Kartellverfolgung zur Anwendung kommen oder derzeit implementiert werden, eingehend zu verfolgen und den Erfahrungsaustausch mit den betreffenden Behörden zu intensivieren.

4.2 Schwerpunktgebiete der Kartellverfolgung

834. Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum seine Ermittlungen im Konsumgüterbereich fortgesetzt und Verfahren zu Marken-Konsumgütern durchgeführt (Bier, Kartoffeln, Schokoladenwaren, Instant-Kaffee und -Spezialitäten, Tiernahrung, Tiefkühlpizza, Waschmittel und Drogerieartikel). Weitere Kartellverfahren betrafen den Chemiegroßhandel, Porzellan, Tapeten, Schienen und andere Produkte für Eisenbahnen sowie Baustoffe. Die insbesondere bei Verbrauchsgütern zunehmend in der Presse aufgegriffenen Verfahren haben, soweit sie bereits abgeschlossen sind, zu hohen Geldbußen für die kartellbeteiligten Unternehmen und für einzelne direkt beteiligte natürliche Personen geführt.

835. Die hohen Geldbußen sollten nicht den Blick darauf verstellen, dass die aktuellen Kartellfälle eine Reihe von Erkenntnissen liefern, die vielfach Bedeutung für die Weiterentwicklung der Kartellverfolgung über die konkreten Fälle hinaus haben dürften. Diesbezüglich sollen nachfolgend einige Aspekte herausgegriffen werden, nämlich: (i) die internationale Dimension von Fällen des wettbewerbswidrigen Informationsaustauschs (Drogerieartikel), (ii) die Folgen, die Kartellverstöße abgesehen von den Geldbußen für die Täter für Kartellunbeteiligte haben können (Schienenfall) und zuletzt (iii) die fortbestehenden Kartellprobleme in zentralen Wirtschaftsbereichen und das damit einhergehende Schadensrisiko (Baustofffälle und Sektoruntersuchung Walzasphalt).

4.2.1 Drogerieartikel

836. Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum die Verfahren zum Kartellfall betreffend Drogerieartikel beendet.²⁹¹ Die Verfahren wurden im Zeitraum 2007 bis 2013 geführt und vom Amt zuletzt gegen sechs Beteiligte abgeschlossen.²⁹² Beteiligte Unternehmen waren Colgate-Palmolive, Coty, delta pronatura, Henkel, Johnson & Johnson, Procter & Gamble, SC Johnson, Sara Lee, Schwarzkopf & Henkel, Reckitt Benckiser, Unilever, Beiersdorf, Erdal-Rex, Gillette, GlaxoSmithKline, L'Oréal und der Markenverband. Das Bundeskartellamt hat in Bezug auf mehrere Tatkomplexe Geldbußen in Höhe von insgesamt rund EUR 100 Mio. festgesetzt. Gegen Colgate-Palmolive als Kronzeuge wurde keine Geldbuße festgesetzt. Henkel war in Bezug

²⁸⁸ Vgl. etwa o. V., Boring can still be bad, Economist, 29. März 2014.

²⁸⁹ Vgl. ebenso den Abschnitt zur Kriminalisierung von Kartellrechtsverstößen, Tz. 118. ff., in diesem Gutachten.

²⁹⁰ Aufgrund der vielfältigen Einsatzmöglichkeiten von ökonomischen und insbesondere ökonometrischen Methoden, z. B. zur Quantifizierung von Kartellschäden, könnten bei einer konsequenten Anwendung zusätzliche Synergien erzeugt werden.

²⁹¹ Vgl. BKartA, Beschluss vom 18. März 2013, B11-17/06; dazu siehe schon Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 525.

²⁹² Gegen drei Beteiligte wird das Verfahren in der Rechtsmittelinstanz fortgeführt.

auf einen isolierten Tatkomplex Kronzeuge und wurde insofern ebenfalls nicht bebußt.²⁹³ Gegenüber anderen Unternehmen hat das Amt aufgrund ihrer Kooperation als Bonusantragssteller bzw. im Vergleichsverfahren die eigentlich zu verhängende Geldbuße reduziert. Die Entscheidungen sind in den meisten Fällen ausführlich begründet und daher relativ umfangreich (bis zu ca. 200 Seiten).

837. Der Kartellfall betreffend Drogerieartikel war für sich genommen ein eigenständiger Fall, stand inhaltlich allerdings im Zusammenhang mit einer Reihe von Kartellverfahren betreffend Luxuskosmetik-Produkten und andere Verbrauchskemikalien, die in den vergangenen Jahren in Deutschland und in anderen europäischen Mitgliedstaaten durchgeführt worden sind. Die folgende Tabelle gibt einen Überblick, wobei nur die in mehreren Verfahren Beteiligten aufgeführt sind.²⁹⁴

²⁹³ Tatkomplex Maschinengeschirrspülmittel.

²⁹⁴ Vgl. BKartA, Fallbericht vom 14. Juni 2013, B11-17/06, und Pressemitteilungen vom 18. März 2013, 23. November 2011, 10. Juli 2008 und 20. Februar 2008; frz. Autorité de la concurrence, Pressemitteilung vom 8. Dezember 2011 und vom 14. März 2006; ECN Brief 01/2012, S. 41 (Slowakei); Schweiz. WEKO, Pressemitteilungen vom 17. November 2011 und 28. Mai 2010; EU-Kommission, Pressemitteilung vom 13. April 2011, IP/11/473; ital. AGCM, Pressemitteilung vom 15. Dezember 2010, 1701; span. CNC, Pressemitteilung vom 27. Januar 2010; Mitteilung auf PLC vom 15. Juni 2011 (Niederlande); Mitteilung auf Concurrences vom 10. Februar 2011 (Tschechien).

Tabelle IV.8: Überblick zu Kartellfällen bei Drogerieartikeln in der EU

	Deu- tschland	Deu- tschland	EU	Frank- reich	Frank- reich	Italien	Spanien	Schweiz	Nieder- lande	Slow- akei	Tsch- echien
	Drogerie- artikel	Luxus- kosmetik	Wasch- mittel	Wasch- mittel	Luxus- kos- metik ²⁹⁵	Drogerie- artikel	Drogerie- artikel	Parfümer- -ie- und Kosmetik- produkte	Drogerie- artikel	Wasch- mittel	Drogerie- artikel
Beiers- dorf	X					X		X ²⁹⁶	X		
Chanel		X			X			X			
Clarins		X						X			
Colgate- Palm- olive	X			X		X	X		X		
Coty	X	X						X			
Estée Lauder		X			X			X			
Glaxo- Smith- Kline	X					X		X			
Henkel	X		X	X			X		X	X	X
Johnson & Johnson	X					X					
L'Oréal	X	X			X	X		X	X		
Procter & Gamble	X	X ²⁹⁷	X	X		X		X		X	X
Puig							X	X			
Reckitt- Benckis er	X					X					X
Sara Lee	X					X	X		X		
Shis- eido ²⁹⁸		X			X			X			
Unilever	X		X	X		X			X		
YSL Beauté		X			X			X			
Verband	X					X		X			
Andere	X	X			X		X	X			

Quelle: Eigene Darstellung

295 Parallele Vertikalbeschränkungen.

296 La Prairie.

297 Ehem. Cosmopolitan Cosmetics Prestige.

298 Auch: Beauté Prestige.

838. Das Bundeskartellamt hatte schon 2008 Verfahren gegen Markenartikelhersteller von Konsumgütern wegen des Verdachts des Informationsaustauschs in mehreren Produktbereichen (u. a. Süßwaren, Waschmittel und Tiernahrung) und in einem Fall wegen des Verdachts abgestimmter Preiserhöhungen eingeleitet. Die Ermittlungen wurden durch einen Bonusantrag der Mars GmbH ausgelöst. Das Amt hat auch hier Geldbußen verhängt, und zwar gegen Kraft, Dr. Oetker und Unilever sowie im Berichtszeitraum auch gegen Nestlé.²⁹⁹ Das Verfahren gegen Henkel wurde eingestellt. Damit gibt es hinsichtlich der Verfahrensbeteiligten zum Teil Überschneidungen zwischen den Verfahren betreffend Drogerieartikel und den Verfahren betreffend die zuvor genannten Konsumgüter. In Bezug auf jene Konsumgüter haben außerhalb Deutschlands ebenfalls weitere Verfahren stattgefunden.³⁰⁰

839. Der Fall des Bundeskartellamtes in Bezug auf Drogerieartikel betraf insbesondere den Informationsaustausch in einem Arbeitsgremium des Markenverbandes, dem Arbeitskreis „Körperpflege, Wasch- und Reinigungsmittel“ (KWR). An diesem Informationsaustausch, der in den Jahren 2004 bis 2006 regelmäßig stattfand, waren die führenden Anbieter von Markenprodukten in den vom KWR abgedeckten Bereichen beteiligt. Der Austausch umfasste beabsichtigte kundenübergreifende Bruttopreiserhöhungen sowie den aktuellen Stand der Verhandlungen mit ausgewählten, großen Einzelhändlern in Jahresgesprächen und Sonderforderungen. Außerdem erfolgte ein Austausch über nicht öffentlich zugängliche Vertriebskennzahlen, bei dem in identifizierender Form Vertriebsstrukturen und -kosten sowie die jeweilige Behandlung und Gewährung von Zahlungszielen gegenüber dem Handel offengelegt wurden. Fünf Unternehmen stimmten in einer getrennten Tat die Anhebung von Listenpreisen speziell für Handgeschirrspülmittel, Duschgel und Zahncreme ab. Mehrere Unternehmen trafen ferner gesonderte Preisabsprachen über Maschinengeschirrspülmittel. Es handelte sich also um eine Kartellstruktur, bei der ein Tatkomplex alle Beteiligten betraf und die im Übrigen in mehrere Kartellverstöße mit verschiedenen Beteiligten zerfiel.³⁰¹ Der gemeinsame Tatkomplex zum Informationsaustausch im KWR ist über den konkreten Fall hinaus von Interesse, da er Hinweise für die Regeln zur Unternehmensteilnahme an Verbandsarbeitskreisen und etwaige Haftungsrisiken gibt.

840. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Kartellfall zu Drogerieartikeln im zeitlichen Zusammenhang mit der Weiterentwicklung und Präzisierung des deutschen und europäischen Rechtsrahmens für die Beurteilung des Austauschs kartellrechtsrelevanter Informationen steht.³⁰² Auch wenn der Fall auf Basis der bereits vorhandenen deutschen Rechtsprechung zum Informationsaustausch eingeleitet und verfolgt wurde, handelt es sich um einen der ersten Fälle, auf die nunmehr auch die weiter entwickelten Grundsätze zum Informationsaustausch angewendet werden können. Der Informationsaustausch im KWR fand zur Abwehr von Handelsforderungen und zum Ausloten der geeigneten Verhandlungsposition der im Arbeitskreis vertretenen Mitglieder gegenüber dem Handel statt. Er überschritt nach den Feststellungen des Amtes allerdings die Grenzen des kartellrechtlich Zulässigen, weil er Rückschlüsse auf einzelne Unternehmen und Geschäftsvorgänge in einer Weise zuließ, die den Beteiligten eine unmittelbare wettbewerbliche Reaktion zum Nachteil anderer

²⁹⁹ Vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht 2010/2011, BT-Drs. 17/6640, S. 67, und Pressemitteilungen vom 17. März 2011, 1. August 2012, 31. Januar 2013 und 27. März 2013.

³⁰⁰ Autorité de la concurrence, Entscheidung vom 20. März 2012, 12-D-10 – Hunde- und Katzenfutter.

³⁰¹ Ähnlich sind insofern übrigens die erwähnten Verfahren betreffend Konsumgüter: So gab es einen informellen Gesprächskreis von Konsumgüterherstellern (Hema-Kreis). Daneben fand in Bezug auf Süßwaren ein Informationsaustausch in Arbeitskreisen (Verbandsarbeitskreis) und informellen Gesprächskreisen (Vierer-Runde) statt, es gab aber auch zusätzliche Absprachen.

³⁰² Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Milch, B2-19/08, Zwischenbericht (Dezember 2009), S. 114 f., und Abschlussbericht (Januar 2012), Tz. 139 ff.; EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. EU C 11 vom 14. Januar 2011, S. 1.

Marktteilnehmer ermöglichen.³⁰³ Die ausgetauschten Informationen waren jeweils individualisiert, aktuell und nicht öffentlich zugänglich. Eine Effizienzrechtfertigung kam nicht in Betracht.

841. Die Beteiligten haben sich in ihren Schriftsätzen mit Argumenten verteidigt, die in ähnlicher Form auch bereits in einer Reihe von anderen Kartellverfahren zu wettbewerbswidrigem Informationsaustausch vorgebracht worden sind und insoweit über den konkreten Fall hinaus bedeutsam erscheinen. In der Sache verteidigten sich die Beteiligten gegen die Vorwürfe damit, die Produkte der beteiligten Unternehmen überschneiden sich nur in Teilbereichen. Der Austausch sei nur eine von vielen Informationsquellen gewesen, um allgemeine Markttrends besser einzuschätzen. Angesichts der Nachfragemacht des Handels sei der Austausch immer bedeutsamer geworden, um einander Mut zu machen. Dabei habe es sich bei dem Austausch aber nur um „cheap talk“ gehandelt. Man habe also darauf geachtet, als sensibel angesehene Informationen nicht zu offenbaren. Die Gespräche seien aufgrund der Art der ausgetauschten Informationen und des Zeitpunktes des Austauschs weder dazu geeignet noch dazu bestimmt gewesen, das Preisverhalten der Unternehmen zu beeinflussen. Die Betroffenen hätten zu keiner Zeit ein Unrechtsbewusstsein gehabt. Eine Wettbewerbsbeschränkung sei folglich nicht nachgewiesen. In Bezug auf einzelne Beteiligte wurde außerdem vorgebracht, dass die früher beteiligten Gesellschaften durch Verschmelzung erloschen seien und es für eine Haftung der Rechtsnachfolgerin keine ausreichende Rechtsgrundlage gebe.

842. Das Bundeskartellamt hielt das Vorbringen der Kartellbeteiligten letztlich nicht für durchgreifend. In der Sache stellte es ausgehend von der allgemeinen Lebenserfahrung fest, dass der Informationsaustausch über beabsichtigte Preiserhöhungen und den Stand von Verhandlungen mit dem Ziel stattfand, das durch den Informationsaustausch erlangte Wissen zu nutzen und dadurch die eigene Verhandlungsposition zu verbessern, und dass die Beteiligten das erlangte Wissen – bei kaufmännisch vernünftigem Vorgehen – auch nutzten. In Anbetracht der Teilnahme der jeweils führenden Markenhersteller und der breiten Produktaufstellung dieser Hersteller war es aus Sicht des Amtes irreführend, wenn die beteiligten Unternehmen zu ihrer Entlastung vorbrachten, dass ihre Produkte sich nur in Teilbereichen überschneiden. Zudem war es für die Beteiligten nach Einlassungen von an dem Austausch teilnehmenden Unternehmensvertretern auch unabhängig von ihrer konkreten Wettbewerbssituation bedeutsam, wie die jeweils anderen Beteiligten mit den Forderungen des Handels umgingen. Die wirtschaftliche Bedeutung des Austauschs wurde ferner bereits durch den Aufwand indiziert, den die Beteiligten mit ihrer regelmäßigen Teilnahme am Austausch betrieben. Das Amt stellte ferner fest, dass die Beteiligten auch selbst von einem konkreten Mehrwert der betreffenden Informationen ausgingen, wie sich aus den vorhandenen Beweismitteln ergab. Es überzeuge daher nicht, wenn einzelne Beteiligte sich dahin gehend einließen, die Informationen seien für sie von keiner wirtschaftlichen Relevanz gewesen.

843. Die Beteiligten seien sich auch bewusst gewesen, dass die ausgetauschten Informationen vertraulich und sensibel waren. Das zeige sich unter anderem daran, dass der Austausch über bestimmte Inhalte nicht oder allenfalls sehr abstrakt dokumentiert wurde und dass die Beteiligten Untersuchungen von Kartellbehörden in ihrer Branche mitverfolgten. Die Beteiligten haben in ihren Verteidigungsschriftsätzen auch nicht dargelegt, dass sie die nach der Rechtsprechung erforderlichen Maßnahmen ergriffen hatten, um Kartellverstöße ihrer Mitarbeiter zu vermeiden und dies auch dokumentieren zu können. Nach Auffassung der Monopolkommission deutet der Vortrag zum fehlenden Unrechtsbewusstsein vor diesem Hintergrund lediglich darauf hin, dass sich ein etwaiger Irrtum über die Grenzen des kartellrechtlich Zulässigen hätte vermeiden lassen und – damit einhergehend – dass ein kartellrechtskonformes Verhalten der am Informationsaustausch teilnehmenden Mitarbeiter von vornherein nicht gewährleistet war.

³⁰³ Vgl. EuGH, Urteil vom 2. Oktober 2003, C-194/99 P – Thyssen Stahl, Slg. 2003, I-10821, Rz. 81 ff.; BGH, Beschluss vom 18. November 1986, KVR 1/86 – Baumarktstatistik, NJW 1987, 1821; BGH, Beschluss vom 29. Januar 1975, KRB 4/74, WuW/E BGH 1337 – Aluminium-Halbzeug; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. Juli 2002, Kart 37/01 (V) – Transportbeton Sachsen, WuW/E DE-R 949 (950); OLG Frankfurt, Beschluss vom 13. Dezember 1991, 6 Ws (Kart.) 27/91 – Grundkonsens, WuW/E OLG 5048 ff.

844. Das Bundeskartellamt lehnte auch eine Enthftung aufgrund von zwischenzeitlichen Umstrukturierungen ab. Es verwies insofern auf die deutsche Rechtsprechung zur wirtschaftlichen Identität der relevanten Vermögensverbindungen.³⁰⁴ Es verwies ferner darauf, dass anders als in den bisher vom BGH entschiedenen Fällen hier ein Verstoß gegen Art. 101 AEUV in Rede stand, für den die Grundsätze zur wirtschaftlichen Einheit nach europäischem Recht maßgeblich sind. Das Problem möglicher Haftungslücken in Fällen der Rechtsnachfolge hat sich inzwischen allerdings durch die 8. GWB-Novelle entschärft (vgl. § 30 Abs. 2a OWiG n. F.).

845. Die Monopolkommission begrüßt die Kartellverfolgung im Konsumgüterbereich, insbesondere in dem beispielhaft dargestellten Fall betreffend Drogerieartikel. Die Verfahren betreffen neben Kernbeschränkungen auch vorgelagerte Formen der Verhaltensabstimmung bzw. des dazu dienenden Informationsaustauschs. Das Aufgreifen derartiger Fälle ist – neben der Verfolgung reiner Kernbeschränkungen – sehr wichtig, um die präventive Wirkung der Kartellvorschriften zu erhöhen. Die festgesetzten Geldbußen erscheinen mit Blick auf die konkreten Verstöße moderat. Sie tragen zugleich aber auch dem Umstand Rechnung, dass die Schädigung des Wettbewerbs regelmäßig um so stärker ist, je intensiver Wettbewerber ihr Marktverhalten durch den Austausch strategischer Informationen koordinieren.³⁰⁵ Die Monopolkommission unterstützt die Verfahrenspraxis des Amtes somit auch weiterhin.

4.2.2 Schienen, Weichen und Schwellen

846. Einen außergewöhnlich schwerwiegenden und umfangreichen Wettbewerbsverstoß betraf der Kartellfall um die sogenannten Schienenfreunde. Dabei handelt es sich um die Selbstbezeichnung der Beteiligten eines Kartells, dessen Ursprünge möglicherweise über fünfzehn bis zwanzig Jahre zurückliegen und in dessen Rahmen Preise und/oder Mengen für Schienen, Weichen und Eisenbahnschwellen abgesprochen wurden.³⁰⁶ Das Bundeskartellamt untersuchte in zwei Verfahren mehrere Tatkomplexe, die sich über den Tatzeitraum von zumindest 2001 bis 2008 und zum Teil bis 2011 erstreckten.³⁰⁷

847. Der am schärfsten sanktionierte Tatkomplex betraf Mengen- und Preisabsprachen über Normalschienen zum Nachteil der Deutschen Bahn AG. An diesem Tatkomplex waren ursprünglich sieben Unternehmen beteiligt. Eine wirtschaftlich zentrale Rolle hatte eine Tochter des voestalpine-Konzerns inne, die im Jahr 2001 von ThyssenKrupp auf voestalpine übertragen worden war. Das daneben bedeutendste Kartellmitglied war ThyssenKrupp, ebenfalls über eine Tochtergesellschaft. Weitere Kartellmitglieder waren die Stahlberg Roensch GmbH (heute eine Tochter von Vossloh) und die CMC-Trinec Stahlhandel GmbH (heute: Moravia Steel Deutschland GmbH). In Bezug auf zwei weitere Unternehmen wurde die Kartellbeteiligung wegen Verjährung nicht verfolgt; ein drittes Unternehmen ist insolvent. Die Absprachen über Normalschienen fanden zwischen den genannten Kartellmitgliedern im Zeitraum 2001 bis 2008 statt und wurden zwischen voestalpine und ThyssenKrupp bilateral bis 2011 fortgeführt.

848. Die Absprachen und ihre Umsetzung hingen von den jeweiligen Ausschreibungsverfahren der Deutschen Bahn ab. Seit Ende 1990er Jahre bis zum Jahr 2006 schrieb die Deutsche Bahn Rahmenvereinbarungen aus, für die sich die Anbieter zunächst präqualifizieren ließen. Darin sicherte die Deutsche Bahn noch in den 1990er Jahren ihren Lieferanten für Direktlieferungen feste Lieferquoten zu.³⁰⁸ In späteren

304 BGH, Urteil vom 10. August 2011, KRB 55/10 – Versicherungsfusion; Urteil vom 10. August 2011 KRB 2/10 – Transportbeton Elske. Im vorliegenden Fall könnte sich die Haftung wohl ohnehin aus dem Fortbestand der ehemaligen Kommanditistin ergeben, die das Gesellschaftsvermögen als Rechtsnachfolgerin vollständig und somit ohne wirtschaftliche Betroffenheit eines Dritten übernommen hat; vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 63, a. a. O., Tz. 127.

305 Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 530, 533.

306 Vgl. zum Kartellzeitraum Eder, W., Voestalpine-Chef hakt Schienenkartell ab, Handelsblatt, 3. April 2012.

307 Vgl. BKartA, Fälle B12-11/11 (Absprachen zulasten der Deutschen Bahn) und B12-16/12, B12-19/12 (Absprachen zulasten anderer Kunden).

308 Vgl. Murphy, M., Schienenkartell holt Deutsche Bahn ein, Handelsblatt, 9. Oktober 2012.

Rahmenvereinbarungen waren diese Lieferquoten nicht mehr aufgeführt, wurden aber in Form von „Soll-Quoten“ von den Kartellmitgliedern weiter beachtet. Für die Ausschreibungszeiträume der Jahre 2006 bis 2007 und 2008 bis 2011 änderte die Deutsche Bahn ihre Ausschreibungspraxis, worauf die Beteiligten ihre Absprachen anpassten. Das multilaterale Kartell wurde im Jahr 2008 schließlich aufgebrochen, als ArcelorMittal die Kartellmitglieder deutlich unterbot. Nach Presseberichten soll ThyssenKrupp allerdings noch 2010 versucht haben, Marktneulinge in das Kartell einzubinden.³⁰⁹

849. Neben dem multilateralen Kartell bestand über den gesamten Tatzeitraum 2001-2011 eine kartellrechtswidrige Vertriebsvereinbarung zwischen voestalpine und ThyssenKrupp, auf deren Grundlage ThyssenKrupp auch Schienen der voestalpine an die Deutsche Bahn lieferte. Außerdem trafen voestalpine und Stahlberg Roensch in den Jahren 2010/2011 Absprachen zu kopfgehärteten Schienen. Zwischen Kihn S.A., einer anderen Tochter von Vossloh, und voestalpine gab es ferner in den Jahren 2006-2011 Absprachen in Bezug auf Weichenzungen.

850. Einen weiteren Tatkomplex bildeten Preis-, Quoten- und Kundenschutzabsprachen von insgesamt neun Unternehmen im Zeitraum 2001-2011, die Schienen, Weichen und Schwellen zum Nachteil von Nahverkehrsunternehmen, Privat-, Regional- und Industriebahnen sowie Bauunternehmen betrafen (Privatmarkt). An den Absprachen war CMC-Trinec/Moravia Steel nicht beteiligt. In diesem Tatkomplex bestanden regional unterschiedliche Kartellkreise und die Kartellstruktur war insgesamt stärker kunden- bzw. projektbezogen angepasst. Eine spezielle Plattform bildeten zumindest für den Zeitraum 2001-2008 die Sitzungen des „Arbeitskreises Marketing“ innerhalb des Fachverbands Weichenbau bzw. des Verbands der Bahnindustrie. Eine weitere Besonderheit war die Einbeziehung von Stammkunden in die Erstellung von Leistungsverzeichnissen, die faktisch dazu führte, dass den Beteiligten schon vor einer Ausschreibung bekannt war, auf wen das jeweilige Projekt voraussichtlich zulaufen würde. Andererseits war auch im Zusammenhang dieses Tatkomplexes die zwischen voestalpine und ThyssenKrupp bestehende Vertriebsvereinbarung von Bedeutung.

851. Das Bundeskartellamt hat im Juli 2012 Geldbußen in Höhe von EUR 124,5 Mio. wegen des Tatkomplexes der Absprachen zulasten der Deutschen Bahn verhängt, davon EUR 103 Mio. gegenüber ThyssenKrupp, EUR 13 Mio. gegenüber Vossloh und EUR 8,5 Mio. gegenüber voestalpine. Im Juli 2013 hat es eine weitere Geldbuße gegen Moravia Steel in Höhe von EUR 10 Mio. festgesetzt, wodurch dieser Tatkomplex abgeschlossen wurde. In den Verfahren wegen Absprachen zulasten der Geschädigten im Privatmarkt hat das Bundeskartellamt im Juli 2013 gegen acht Unternehmen Geldbußen in Höhe von insgesamt EUR 97,64 Mio. verhängt, davon EUR 88 Mio. gegen ThyssenKrupp und EUR 6,4 Mio. gegen voestalpine.³¹⁰ Damit hat ThyssenKrupp die höchste Geldbuße auferlegt bekommen, die das Bundeskartellamt bis dahin im Rahmen eines Kartellfalls gegen ein einzelnes Unternehmen festgesetzt hat. Die Bußen gegen voestalpine wurden auf Grundlage der Bonusregelung des Amtes gemindert. Nahezu alle Unternehmen haben kooperiert.

852. Der durch die Kartellabsprachen entstandene Schaden ist beträchtlich und könnte nach bisherigen Schätzungen EUR eine Mrd. erreichen oder übersteigen. Hauptgeschädigte ist die Deutsche Bahn; in mehr als 100 Fällen wurden nach Pressemeldungen jedoch auch kommunale Nahverkehrsunternehmen und sonstige Abnehmer geschädigt. Zu Schäden hat das Kartell möglicherweise auch außerhalb Deutschlands geführt, da sich ausländische Abnehmer zum Teil an den deutschen Preisen orientierten (z. B. in Österreich, Schweiz). Die Absprachen betrafen außerdem teilweise öffentlich ausgeschriebene Produkte und Dienstleistungen und haben deshalb auch staatsanwaltliche Ermittlungen ausgelöst.

³⁰⁹ Vgl. Leyendecker, H./Ott, K. Das Erbe des Dreier-Klubs, Süddeutsche Zeitung, 7. Januar 2013.

³¹⁰ Weitere beteiligte Unternehmen: Schreck-Mieves GmbH, Holz-Fehlings Gleistechnik und Entsorgung GmbH, Fehlings Narosch Gleistechnik und Entsorgung GmbH, Künstler Bahntechnik GmbH, Heinrich Krug GmbH & Co. KG, Betzler Eisenbahntechnik GmbH.

853. In Bezug auf den Tatkomplex betreffend Absprachen zulasten der Deutschen Bahn ist im April 2013 eine außergerichtliche Einigung bekannt geworden, wonach voestalpine der Deutschen Bahn einen Ausgleichsbetrag von EUR 50 Mio. zahlt. Die begrenzte Zahlungshöhe ist nach Presseberichten unter anderem darauf zurückzuführen, dass voestalpine aufgrund der Bonusregelung mit dem Bundeskartellamt kooperiert und damit wesentlich zum Nachweis der Tat beigetragen hatte. Nachdem die Deutsche Bahn vor dem LG Frankfurt a. M. gegen die übrigen Kartellmitglieder Klage erhoben hatte, wurde Mitte November 2013 bekannt, dass sich auch ThyssenKrupp mit der Deutschen Bahn über die Zahlung von Schadenersatz – hier in Höhe von EUR 150 Mio. – geeinigt hat. Die Deutsche Bahn fordert von ThyssenKrupp allerdings weiter auch Schadenersatz wegen kartellbedingt überteuerter Lieferungen von Drittfirmen.

854. Die beiden Hauptbeteiligten des Kartells haben darüber hinaus ihren Rückzug aus kartellbefangenen Geschäftsbereichen eingeleitet. So hat voestalpine im März 2012 angekündigt, die Produktion einer – profitablen – kartellbefangenen Tochtergesellschaft stillzulegen, und diesen Schritt zum Jahreswechsel 2013/2014 vollzogen. ThyssenKrupp hat nach erfolglosen Verkaufsbemühungen im März 2013 bekannt gegeben, dass das Unternehmen seine – allerdings defizitäre – Gleistechniksparte ebenfalls schließen werde.

855. Der Fall um das Schienenkartell zeigt deutlich die Risiken und Nachteile von Kartellen für die Täter, die Geschädigten und andere Betroffene auf – und zwar auch unabhängig von der Belastung der Kartelltäter durch Geldbußen. Er ist insofern für die Berichterstattung der Monopolkommission aus mehreren Gründen von Interesse:

- Zum einen verdeutlicht er die hohe Relevanz, die im Rahmen der Regeln zur behördlichen Kartellverfolgung die Verfahrensstrategie mittlerweile für die am Kartellverfahren beteiligten Unternehmen gewinnt.
- Zweitens zeigt er die möglichen gravierenden Risiken auf, die Unternehmensverantwortliche in finanzieller Hinsicht und in Bezug auf den Unternehmensruf eingehen, wenn sie Wettbewerbsverstöße in ihrer Bedeutung unterschätzen und Compliance-Maßnahmen unterlassen.
- Drittens lassen sich an diesem Fall mögliche Risiken aufzeigen, die am Kartell nicht Beteiligte (Abnehmer, Mitarbeiter) zu gewärtigen haben, wenn sie nicht selbst hinreichend Acht auf mögliche Kartellverstöße geben, die anschließend von den zuständigen Behörden aufgedeckt werden.

856. Der Schienenkartellfall zeigt zunächst exemplarisch die Bedeutung eines strategisch durchdachten Vorgehens für betroffene Unternehmen in Fällen behördlicher Kartellverfolgung.

Dies wird unmittelbar deutlich, wenn man die Auswirkungen des Falles auf das Unternehmen voestalpine und die Auswirkungen auf die anderen Kartellbeteiligten miteinander vergleicht. ThyssenKrupp und voestalpine waren in unterschiedlicher Weise, jedoch in beiden Fällen in erheblichem Umfang an dem Kartell beteiligt. Dennoch konnte vor allem voestalpine die Auswirkungen der Kartellaufdeckung auf das Unternehmen durch ein kooperatives und vor allem schnelles Vorgehen wirksam begrenzen. Nachdem das Bundeskartellamt durch eine anonyme Anzeige erste Hinweise zu dem Kartell erhalten hatte, stellte voestalpine als erstes kartellbeteiligtes Unternehmen einen Bonusantrag. Obwohl der Kronzeugenantrag infolge der anonymen Anzeige nicht zweifelsfrei erfolgreich sein würde, gelang es voestalpine, sich in der Öffentlichkeit schon früh als Kronzeuge zu positionieren. Die Festsetzung von Geldbußen in Höhe von insgesamt EUR 14,9 Mio. wurde darauf in der öffentlichen Berichterstattung über das Kartell nur noch beiläufig aufgegriffen. Auch mit der Deutschen Bahn konnte voestalpine schnell eine Einigung über eine Ausgleichszahlung erzielen, die wegen der Kooperation des Unternehmens als Bonusantragsteller relativ gering ausfiel.

Eine derart günstige Lösung blieb den anderen Kartellbeteiligten, die sich später positionierten, verwehrt. Zwar haben auch diese Unternehmen im Kartellamtsverfahren kooperiert. Die Möglichkeit, als Kronzeuge sanktionslos zu bleiben, war ihnen jedoch von vornherein versperrt. ThyssenKrupp musste sogar Geldbußen

in Rekordhöhe zahlen. Zwar schloss auch ThyssenKrupp mit der Deutschen Bahn einen außergerichtlichen Vergleich. Allerdings gelang dies erst nach Klageerhebung der Bahn und vergleichsweise schwierigen Verhandlungen.³¹¹ ThyssenKrupp musste als Ausgleich EUR 150 Mio. und damit den dreifachen Betrag von voestalpine zahlen, obwohl die Deutsche Bahn wesentlich mehr Schienen aus der Produktion von voestalpine bezogen hatte. Der Vergleich umfasst zudem keine Schädigung durch Drittlieferungen. Die anderen Kartellbeteiligten sind nach Presseberichten weiter mit einer Schadenersatzklage der Deutschen Bahn über gesamtschuldnerischen Schadenersatz in Höhe von EUR 550 Mio. sowie Zinsen in Höhe von EUR 300 Mio. konfrontiert. Klagen anderer Geschädigter sind in Deutschland und anderen Mitgliedstaaten entweder schon anhängig oder zumindest in Vorbereitung. Die deutsche Berichterstattung zu dem Fall konzentriert sich dabei auf ThyssenKrupp.

857. Der Schienenfall ging mit erheblichen Haftungsrisiken nicht nur für die kartellbeteiligten Unternehmen, sondern auch für die Unternehmensverantwortlichen einher. Ein solches Haftungsrisiko folgt daraus, dass erforderliche (!) Compliance-Maßnahmen – wenn überhaupt – offenbar erst aus Anlass der Ermittlungen im Schienenkartellfall getroffen wurden. So sahen die Hauptbeteiligten voestalpine und ThyssenKrupp während des Verfahrens die Notwendigkeit, ihre internen Kontrollmechanismen zu verbessern bzw. massiv zu verstärken.³¹² Zwar hatte ThyssenKrupp bereits 1999 ein erstes Compliance-Programm eingeführt. Allerdings sah dieses Programm gegenüber den an einem aufgedeckten Wettbewerbsverstoß beteiligten Mitarbeitern drastische Sanktionen vor, ohne dass zugleich in geeigneter Form sichergestellt war, dass Mitarbeiter Verstöße selbstständig meldeten, ohne Sanktionen befürchten zu müssen. Dieses Programm konnte somit nicht gewährleisten, dass Wettbewerbsverstöße schnell erkannt und abgestellt werden konnten. Dies zeigte sich, als sich im Schienenfall herausstellte, dass kartellbeteiligte Mitarbeiter eine „frühere Aufdeckung des Kartells durch bewusstes Schweigen und systematisches Lügen bewusst verhindert haben.“³¹³ ThyssenKrupp wurde zudem in den letzten fünfzehn Jahren in zwei Fällen auf EU-Ebene mit Geldbußen belegt und ist im Berichtszeitraum vom Bundeskartellamt wegen des Verdachts einer Wiederholungstäterschaft nach deutschem Recht erneut durchsucht worden, diesmal in Bezug auf Autobleche.³¹⁴ Die immer neuen Kartellverstöße sprechen für ein schwerwiegendes Versagen der bis zum vorliegenden Fall bestehenden internen Aufsichts- und Compliance-Struktur.³¹⁵

858. Der Schienenkartellfall hat abgesehen von den Auswirkungen auf die betroffenen Unternehmen und deren Verantwortliche auch erhebliche Nachteile für Kartellunbeteiligte offenbart, welche nicht oder zumindest nicht ohne Weiteres kompensiert werden können.

859. Dies gilt insbesondere in Bezug auf die Schadenersatzforderungen Kartellgeschädigter. Ein vollständiger Ausgleich dürfte für die kartellgeschädigten Abnehmer nach den derzeit verfügbaren Informationen im Schienenfall nicht zu erreichen sein. Ein Schadensausgleich wird von vornherein dadurch behindert, dass das Kartell über die gegebene Laufzeit zu einer Verzerrung des Preisniveaus im gesamten Markt – d. h. auch außerhalb des Kartells – geführt haben dürfte. Derartige indirekte Effekte, welche über eine allgemeine Steigerung des Marktpreises infolge der Kartellvereinbarung auch erhöhend auf Preise

311 Vgl. o. A., Bahn will Schadenersatz, n-tv.de, 16. September 2012.

312 Vgl. Eder, W., Voestalpine-Chef hakt Schienenkartell ab, Handelsblatt vom 3. April 2012; ThyssenKrupp, Pressemitteilungen vom 16. April 2013 und vom 23. Juli 2013.

313 Vgl. ThyssenKrupp AG, Pressemitteilung vom 7. November 2012.

314 Siehe Europäische Kommission, Entscheidung vom 21. Februar 2007, COMP/38.823 – Aufzüge und Fahrtreppen; Entscheidung vom 21. Januar 1998, IV/35.814 – Legierungszuschlag, und Neuentscheidung vom 20. Dezember 2006, Fall COMP/39.234 – Legierungszuschlag (Neuentscheidung), und zu dem in Deutschland laufenden Verfahren Bundeskartellamt, Pressemitteilung vom 28. Februar 2013; ThyssenKrupp, Pressemitteilung vom 28. März 2013.

315 Hierfür spricht auch, dass zwischenzeitlich Strafklage gegen beteiligte Manager u. a. von voestalpine und ThyssenKrupp erhoben wurde, wobei mehrere dieser Manager eine Beteiligung an den illegalen Absprachen gestanden haben sollen; siehe Votsmeier, V., Schienenkartell: 14 Ex-Manager von ThyssenKrupp und Voestalpine angeklagt, Juve online vom 5. Juni 2014; Murphy, M., Ex-Manager von Thyssen und Voestalpine angeklagt, Handelsblatt, 5. Juni 2014.

wirken, die außerhalb des Kartells stehende Unternehmen verlangen, werden als Preisschirmeffekte bezeichnet.³¹⁶ Ein Indiz für die Bedeutung solcher Preisschirmeffekte im konkreten Fall kann es sein, wenn Presseberichte zutreffen sollten, wonach der Wettbewerber ArcelorMittal bereits im Kartellzeitraum von dem Kartell wusste.³¹⁷ ArcelorMittal hat dieses Wissen offenbar ausgenutzt, um die Kartellmitglieder zu unterbieten und ihnen so Geschäft zu entziehen. Der Umstand, dass das Unternehmen zugleich auf eine Beschwerde bei den Kartellbehörden verzichtet hat, deutet jedoch darauf hin, dass es sich einen Vorteil davon versprach, dass das Kartell fortbestand und zu einer dauernden Dämpfung des Preiswettbewerbs führte. Eine Bemessung derartig dämpfender Effekte erscheint jedoch kaum möglich.

860. Ein weiteres und noch schwerer wiegendes Hindernis für den Schadensausgleich dürfte es darstellen, wenn gegenüber den Abnehmern des Kartells ein Mitverschuldenseinwand erhoben werden kann. Das ist dann der Fall, wenn die kartellgeschädigten Abnehmer von den Absprachen wussten oder sogar selbst an Kartelltreffen teilnahmen. So soll die Deutsche Bahn durch die Vorgabe fester Liefermengen und unzureichende interne Kontrollen selbst eine Grundlage für das Kartell gelegt haben. Mitarbeiter sollen nach Presseberichten außerdem schon früh über Unregelmäßigkeiten auf dem Schienenmarkt informiert gewesen sein.³¹⁸ Sie sollen diese jedoch hingenommen haben, weil sie dadurch die Schienenlieferanten als Kunden bei der Güterverkehrstochter DB Cargo halten konnten und die durch das Kartell verursachten Mehrkosten durch den Bund getragen wurden.³¹⁹ Allgemein gibt es zudem (zweideutige) Hinweise, dass Vertreter geschädigter Abnehmer bisweilen auch selbst an Kartelltreffen teilgenommen haben.³²⁰ Dieses potenziell kartellfördernde Verhalten der Abnehmerseite ging insbesondere zulasten des Bundes, da es im Wesentlichen der Bund ist, der die Investitionen der Deutschen Bahn in das Schienennetz finanziert, und der Bund die Modernisierung und Sanierung der Schienennetze auch auf kommunaler Ebene fördert.

861. Es ist bislang offen, inwieweit hier ein etwaiger Mitverschuldenseinwand durchgreift. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die kartellgeschädigten Abnehmer wegen der starken Marktstellung der kartellbeteiligten Lieferanten im Kartellzeitraum nicht ohne Weiteres auf andere Anbieter ausweichen konnten. Damit ist fraglich, ob ein etwaiges Mitverschulden überhaupt für den entstandenen Schaden kausal werden konnte.

862. Auch ungeachtet dieser Fragen ist allerdings abzusehen, dass der größte Teil des durch das Schienenkartell entstandenen Schadens letztlich durch die Abnehmer der Kartellbeteiligten und damit durch deren Kunden (= Fahrgäste) und die – meist staatlichen – Träger (= die Steuerzahler) zu tragen sein wird. So hat die Deutsche Bahn bisher durch außergerichtliche Einigungen offenbar nur einen sehr begrenzten Teil ihres eingeklagten bzw. ihres tatsächlichen Schadens erstattet bekommen. Einvernehmliche Schadensregelungen mit anderen kartellgeschädigten Abnehmern der öffentlichen Hand sind bislang nicht bekannt. Im Berichtszeitraum ist zudem deutlich geworden, dass insbesondere die Deutsche Bahn in den vergangenen Jahren auch außerhalb des Schienenfalls und in großem Umfang durch Kartelle geschädigt worden ist. Es ist vor diesem Hintergrund zu begrüßen, dass die Deutsche Bahn darauf mit der Einrichtung einer besonderen Abteilung („CRK4“) reagiert hat, die gegenüber Kartelltätern systematisch Schadenersatzforderungen verfolgen soll.³²¹

863. Daneben hat sich gezeigt, dass Kartelle neben Außenstehenden auch unbeteiligte Mitarbeiter der kartellbeteiligten Unternehmen selbst schädigen können, etwa wenn die Kartellverfolgung die Schließung

316 Vgl. etwa zuletzt EuGH, Urteil vom 5. Juni 2014, C-557/12 – Kone.

317 Vgl. Murphy, M., Arcelor-Mittal wusste vom Kartell und schwieg, Handelsblatt/Wirtschaftswoche online, 12. Dezember 2011.

318 Vgl. Schraven, D., Schienenkartell betrog den Bund – Schaden wird auf EUR 400 Mio. geschätzt, Der Westen vom 8. Juli 2011; Murphy, M., Zeugen untergraben Ersatzansprüche der Bahn, Handelsblatt, 1. August 2012; ders., Bahn und Thyssen-Krupp wussten von Absprachen, Handelsblatt, 10. Dezember 2012.

319 Vgl. Murphy, M., Kartell des Schweigens, Handelsblatt, 10. Dezember 2012.

320 Vgl. Murphy, M., „Schienenfreunde“ trafen sich auch im Bordell, Handelsblatt, 10. September 2012; Himmelsbauer, L., Schienenkartell zieht immer weitere Kreise, Wirtschaftsblatt, 11. September 2012.

321 Vgl. Ott, K., Bahn macht Jagd auf Kartelle, Süddeutsche Zeitung, 24. März 2014.

kartellbefangener Konzerngesellschaften nach sich zieht. Dies hat im vorliegenden Fall zu Forderungen aus der Politik geführt, dass die von der Kartellbeteiligten voestalpine geschlossene Schienensparte von der Deutschen Bahn als einem Unternehmen des Bundes übernommen werden sollte.³²² Dabei stellte sich jedoch das Problem, dass die kartellrechtliche Haftung an die wirtschaftliche Identität der Kartellbeteiligten anknüpft.³²³ Das hätte vorliegend bedeutet, dass die Deutsche Bahn bei einer Übernahme der Schienenproduktion auch die auf Schadenersatz haftenden Unternehmensteile der voestalpine übernommen hätte. Dies hätte die weitere Geltendmachung von Schadenersatzforderungen erheblich erschweren können. Davon abgesehen hätte die Verlagerung der Schienen- und Weichenproduktion auf den Staat und ihre vertikale Integration in den bedeutendsten Abnehmer von Schienen und Weichen in Deutschland auch grundsätzliche Bedenken in Bezug auf den Erhalt wettbewerblicher Marktstrukturen hervorgerufen.³²⁴ Daher ist es zu begrüßen, dass die genannten politischen Forderungen nicht umgesetzt wurden. Für die betroffenen Mitarbeiter bedeutete dies allerdings den Verlust ihres bisherigen Arbeitsplatzes.

4.2.3 Baustoffe

864. Die Kartellverfolgung in der Baustoffindustrie bildet seit Jahren einen Schwerpunkt der Tätigkeit des Bundeskartellamtes. Das liegt an der Marktstruktur und dabei insbesondere an vielfältigen Verflechtungen der Baustoffunternehmen untereinander und an bestehenden Überkapazitäten.

865. Gegenstand kartellbehördlicher Untersuchungen waren in der Vergangenheit besonders häufig die Zement- und Transportbetonmärkte, daneben verschiedene Vorproduktmärkte (Kies, Sand, Kalksandstein), bis in die achtziger Jahre auch die Märkte für Natursteine. Die Baustoffmärkte sind typischerweise regional geprägt. Baustoffe sind i. d. R. überall in Deutschland ortsnahe verfügbar. Dagegen ist der Aufwand eines Transports über große Strecken hoch.

866. Die Marktstruktur ist auf Anbieterseite verkrustet.³²⁵ Auf vielen Märkten ist ein Nebeneinander großer, mittlerer und kleiner Anbieter anzutreffen, die durch Gemeinschaftsunternehmen in großem Umfang miteinander verflochten sind. Diese Verflechtungen haben sich trotz dekonzentrativer Tendenzen seit der Wende teilweise noch verstärkt.³²⁶ So haben gerade die großen Zementhersteller andere Baustoffunternehmen akquiriert, um in möglichst vielen Bundesländern vertreten zu sein und in nachgelagerte Bereiche (Mörtel, Transportbeton, Betonerzeugnisse) einzudringen. Die bei den übernommenen Unternehmen bestehenden Beteiligungen haben sie typischerweise mit übernommen (etwa bei Übernahmen im Transportbetonbereich). Daneben besteht ein offenbar weiter ungebrochener Trend zur Kooperation, insbesondere beim Vertrieb.

867. Die Baustoffmärkte sind vielfach bereits seit Jahrzehnten durch Überkapazitäten gekennzeichnet. Diese Überkapazitäten sind zum einen darauf zurückzuführen, dass es sich bei Baustoffen oft um preissensible, homogene Massengüter handelt und die Zutrittsschranken auf den relevanten regionalen Märkten gering sind. Zum anderen wird eine nachhaltige Konsolidierung der Anbieter bislang durch die kleinteilige Marktstruktur und die bestehenden Unternehmensverflechtungen behindert.

868. Die beschriebene Marktstruktur rechtfertigt nach Einschätzung der Kartellbehörden und Gerichte die Annahme, dass davon erhebliche wettbewerbsdämpfende Effekte ausgehen und dass sie förderlich für die

322 Antrag der Fraktion Die Linke vom 8. Mai 2012, BT-Drs. 17/9581, auf Übernahme des Schienenherstellers TSTG Schienen Technik in Duisburg durch die Deutsche Bahn AG.

323 Vgl. BGH, Urteil vom 10. August 2011, KRB 55/10 – Versicherungsfusion; Urteil vom 10. August 2011, KRB 2/10 – Transportbeton Elske.

324 Vgl. Kapitel V.

325 Daran ändern auch die Fusionswellen, die es in dieser Branche – auch Deutschland übergreifend – immer wieder gegeben hat, grundsätzlich nichts; vgl. jüngst Becker, T., Baustoff-Riesen vor Zusammenschluss, Börsen-Zeitung, 5. April 2014, und ders., LafargeHolcim zementiert Dominanz, Börsen-Zeitung, 8. April 2014.

326 Vgl. BGH, Urteil vom 10. August 2011, KRB 55/10 – Versicherungsfusion; Urteil vom 10. August 2011, KRB 2/10 – Transportbeton Elske.

Anbahnung und Durchführung von Kartellen sind.³²⁷ Das gilt ungeachtet der erfolgreichen Aufdeckung von Kartellen in der Vergangenheit und ungeachtet der zum Teil umfangreichen Veräußerungszusagen in Fusionskontrollverfahren sowie der Auflösung und Neustrukturierung von Gemeinschaftsunternehmen. Aufgrund der Vielzahl von Gemeinschaftsunternehmen ist das Bundeskartellamt dazu übergegangen, die kooperativen Effekte von Zusammenschlüssen grundsätzlich innerhalb des Fusionskontrollverfahrens zu untersuchen.³²⁸ Daneben hält es an einer rigorosen Kartellverfolgung fest.

869. Dabei zeigt die Verfolgungspraxis der letzten Jahrzehnte, dass die Wettbewerbsverstöße in der Baustoffbranche ungeachtet der kleinteiligen Marktstruktur häufig sehr umfangreich und schwerwiegend sind. Die nachfolgende Liste auf Basis der Tätigkeitsberichte des Amtes gibt für den Zeitraum ab 1993/94 einen Überblick über die Kartellverfolgung:

Tabelle IV.9: Überblick über die behördliche Kartellverfolgung

Verfahrens- zeitraum	Betroffene Branche	Art der Absprachen	Zahl der beteiligten Unternehmen	Kartellgebiet	Bemerkungen
1993-1997	Bituminöses Mischgut (Gussasphalt)	Preis- und Quotenkartell	4 (3) ³²⁹	Baden-Württemberg u. angrenzende Bundesländer	Verfahren wurde an StA Stuttgart abgegeben und nach Rückgabe der Akten teilweise wg. Verjährung eingestellt.
1999/2000	Transportbeton	Preis- und Quotenkartell	69	11 regionale Märkte in 5 Bundesländern in Nord- u. Ostdeutschland	Bis dahin umfangreichstes Kartellverfahren des Amtes. Dazu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 31. Januar 2005, VI-Kart 51/01 OWi, u. Urteil vom 6. Mai 2004, VI- Kart 41-43 + 45-47/01 OWi; dazu BGH, Beschluss vom 28. Juni 2005, KRB 2/05. Infolge des Urteils des OLG Düsseldorf wurde § 81 GWB neu gefasst. ³³⁰
2000	Transportbeton /Betonpumpen	Preis- und Quotenkartell	48	Südwestdeutschland, Thüringen u. Sachsen	Dazu OLG Düsseldorf, Urteil vom 29. Oktober 2003, VI-Kart 9-11/03 OWi.
1999/2000	Transportbeton	Marktinformatio- nssystem	Verband	Bundesweit	
1999/2000	Kalksandsteine	Gebiets-, Preis- und Quotenkartell	4	Nordrhein-Westfalen u. Niedersachsen	

³²⁷ Vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht 2009/2010, BT-Drs. 17/6640, S. 74 f.; OLG Düsseldorf, Urteil vom 5. April 2006, VI-2 Kart 5 + 6/05 OWi, Abschn. IV.1 (dort speziell zur Zement- und Transportbetonindustrie).

³²⁸ Vgl. schon Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 466 ff. zur Doppelkontrolle in diesen Fällen.

³²⁹ Gegen ein Unternehmen wurde das Verfahren eingestellt.

³³⁰ Die infolge des Verfahrens geführten Schadenersatzprozesse haben zudem zur Weiterentwicklung des Kartellschadenersatzrechts beigetragen; siehe insb. KG, Urteil vom 1. Oktober 2009, 2 U 10/03 Kart – Berliner Transportbeton.

Verfahrens- zeitraum	Betroffene Branche	Art der Absprachen	Zahl der beteiligten Unternehmen	Kartellgebiet	Bemerkungen
2001/2002	Transportbeton	Abkauf von Wettbewerb, Quotenkartell	7	Niederbayern	Dazu LG München, Urteil vom 23. August 2000, 21 O 16924/99; OLG Düsseldorf Urteil vom 29. Oktober 2003, VI-Kart 9-11/03 OWi; Urteil vom 5. April 2006, VI-2 Kart 5 + 6/05 OWi; Beschluss vom 31. Januar 2005, VI-Kart 51/01 (OWi); BGH, Beschluss vom 25. April 2005, KRB 22/04; Beschluss vom 23. November 2004, KRB 23/04.
2001/2002	Transportbeton	Preis- und Quotenkartell	8	Nordost-Westfalen, Osnabrück	
2001-2005	Transportbeton /Betonpumpen	Preis- und Quotenkartell	12	Raum Dresden	
2001	Transportbeton	Marktinformatio nssystem	45 Unterneh men u. 1 Treuhand er	Sachsen	Dazu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. Juli 2002 u. 30. September 2002, VI-Kart 37/01 (V).
2002-2003	Zement	Quotenkartell; BGH, Urteil vom 10. August 2011, KRB 55/10 – Versicherungsfu sion; Urteil vom 10. August 2011 KRB 2/10 – Transportbeton Elskes.	30 (12)	Bundesweit	Bis dahin höchste Geldbußen des Amtes (EUR 702 Mio.). Dazu OLG Düsseldorf, Urteil vom 26. Juni 2009, VI-2a Kart 2 - 6/08 OWi; BGH, Urteil vom 26. Februar 2013, KRB 20/12. ³³¹
2004- 2007/2008	Transportbeton	Quotenkartell	92 (62)	Verschiedene regionale Märkte in Süddeutschland, Thüringen, Sachsen, Schleswig-Holstein u. Mecklenburg-Vorpommern	Dazu OLG Düsseldorf, Urteil vom 30. März 2009, VI-2 Kart 10/08 OWi; BGH, Beschluss vom 10. August 2011, KRB 2/10.

³³¹ In Bezug auf Schadenersatz siehe auch LG Düsseldorf, Urteil vom 17. Dezember 2013, 37 O 200/09 (Kart) U – Zementkartell II.

Verfahrens- zeitraum	Betroffene Branche	Art der Absprachen	Zahl der beteiligten Unternehmen	Kartellgebiet	Bemerkungen
2003/2004- 2006	Zement	Preis-, Gebiets- und Quotenkartell	12	Bundesweit	Folgeverfahren zu dem Verfahren 2002-2003.
2005/2006	Wandbaustoffe	Kartellrechtswid- riges Gemeinschaftsu- nternehmen (Nord-KS): Marktinformatio- nssystem	2	Norddeutschland Entscheidend ist insoweit die Beeinträchtigung der Verbraucherinteressen . ³³² In diesem Zusammenhang erscheint auch die enge Verwandtschaft zwischen standardessenziellen Patenten ³³³ und Datenstandards von besonderer Bedeutung	Siehe auch BKartA, Tätigkeitsbericht 2009/10 zur Entflechtung des Gemeinschaftsunternehme- ns (Nord-KS); OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25. Oktober 2006 u. 20. Juni 2007, VI-Kart 14/06 (V); Beschluss vom 4. Juni 2006, VI-Kart 6/06 (V); BGH, Beschluss vom 4. März 2008, KVZ 55/07.
2006-2009	Trockenmörtel und Putze	Preis- und Konditionen- kartell (Silos)	12 (9)	Bundesweit	Dazu OLG Düsseldorf, Urteile vom 29. Oktober 2012, V-1 Kart 1 - 6/12 (OWi), u. 17. Dezember 2012, V-1 Kart 7/12 (OWi)
2008/2009	Tondachziegel	Preiskartell	9	Bundesweit	
2009	Transportbeton	Quotenkartell	3	Großraum Freiburg i. Br.	Flankierende Absprachen auf der vorgelagerten Marktstufe, flankierende Kooperation in Gemeinschafts- unternehmen
2010-2012	Betonrohre und -schächte	Kunden-/ Objekt-, Preis- und Quotenkartell	10	Norddeutschland ³³⁴	
2009/2010- 2014	Betonpflasterst- eine	Kunden-, Preis- und/oder Gebietskartell	ca. 50	Bundesweit, schwerpunktmäßig Nordrhein-Westfalen und angrenzende Landkreise	

³³² Vgl. etwa ausdrücklich EuG, Urteil vom 17. September 2007, T-201/04 – Microsoft, Rn. 643 ff., 647; EuGH, Urteil vom 29. April 2004, Verb. Rs. C-418/01 – IMS Health, Rn. 48.

³³³ Vgl. dazu unten Tz. 977. ff.

³³⁴ Das BKartA hat aus Gründen eines effizienten Einsatzes seiner Ressourcen zunächst von der Verfolgung eines parallelen Kartellverdachts in Bezug auf Betonrohre/-schächte und Betonpflastersteine in Süddeutschland abgesehen.

Verfahrens- zeitraum	Betroffene Branche	Art der Absprachen	Zahl der beteiligten Unternehmen	Kartellgebiet	Bemerkungen
2009/2010	Zement	Marktinformatio nsverfahren	Verband	Bundesweit	
2011/2012	Kalksandsteine	Kartellrechtswid riges Gemeinschaftsu nternehmen	3 Gemein- schaftsunt ernehmen	Nordrhein-Westfalen	Folgeverfahren zum Verfahren betr. Wandbaustoffe 2005/2006
2014	Walzasphalt	Quoten- und Lieferabsprache	6-10 (gegenw. Stand)	Hessen und angrenzende Bundesländer	Ermittlungsverfahren läuft ³³⁵

Quelle: Eigene Darstellung

Hinzu kommt eine Reihe von Anmeldekartellen, denen das Bundeskartellamt bis zum im Tätigkeitsbericht 2004/2005 abgedeckten Zeitraum widersprochen hat.³³⁶ Der Freigabe standen meist hohe regionale Marktanteile der Beteiligten oder Preis- und Quotenabreden in der Kartellvereinbarung entgegen.

870. Das Bundeskartellamt hat auch in diesem Berichtszeitraum mehrere Kartellverfahren im Baustoffbereich eingeleitet bzw. durchgeführt, namentlich in den Bereichen Betonpflastersteine und andere Betonbauteile.³³⁷ Es hat gegen die beteiligten Unternehmen und verantwortliche Personen Geldbußen verhängt, soweit die Verfahren bereits abgeschlossen sind. Die Geldbußen haben eine sehr unterschiedliche Höhe, von deutlich unter EUR 100.000 bis in den Millionenbereich. Dies ist auf erhebliche Unterschiede bei den Unternehmensgrößen, bei den tatbezogenen Umsätzen und Faktoren wie der Schwere und Dauer des Verstoßes und der individuellen Leistungsfähigkeit zurückzuführen.³³⁸

871. Daneben hat das Bundeskartellamt die Sektoruntersuchung im Bereich Walzasphalt abgeschlossen, die es Mitte des Jahres 2010 eingeleitet hatte.³³⁹ Die Sektoruntersuchung hat ergeben, dass die Hälfte der bundesweit erfassten 541 Asphaltmischwerke von Betreibergesellschaften geführt wird, die in der Form von Gemeinschaftsunternehmen organisiert sind. Dabei kommt vier Unternehmen eine zentrale Stellung zu, welche an immerhin 405 der Werke beteiligt sind.

872. Das Bundeskartellamt hat die Gemeinschaftsunternehmen nach deutschem Recht eingeordnet und in vier Gruppen eingeteilt:

- Gemeinschaftsunternehmen, welche eine Regelvermutung der Rechtsprechung für das Bestehen von Wettbewerbsbeschränkungen auslösen, weil mindestens zwei Gesellschafter und das Gemeinschaftsunternehmen auf demselben räumlich relevanten Markt für Walzasphalt tätig sind (Typ A);³⁴⁰
- Gemeinschaftsunternehmen, welche, ohne die Regelvermutung auszulösen, deshalb zu überprüfen sind, weil ein Gesellschafter unmittelbar und ein weiterer über eine nicht beherrschte Beteiligungs-

³³⁵ Dieses Verfahren war noch nicht Gegenstand der Berichterstattung des Bundeskartellamts. Weitere Verfahren werden im Baustoffbereich zurzeit in die Wege geleitet.

³³⁶ Mittelstands- und Konditionenkartelle. Die Möglichkeit zur Kartellanmeldung ist anschließend entfallen.

³³⁷ Vgl. BKartA, B12-11/10 – Beton-Standardpflastersteine; B12-15/09 – Betonbauteile. Als Fall in einem zusammenhängenden Markt zu nennen ist das Verfahren B12-15/12 – Betongaragen.

³³⁸ Vgl. auch BKartA, Pressemitteilung vom 1. März 2012.

³³⁹ Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Walzasphalt, B1-33/10, Abschlussbericht vom Sept. 2012.

³⁴⁰ Einschließlich von Unternehmensverbindungen über nicht allein oder gemeinsam beherrschte Beteiligungsgesellschaften.

gesellschaft auf dem relevanten Markt tätig ist (Typ B1), weil ein Gesellschafter auf dem relevanten Markt und ein weiterer auf dem unmittelbar benachbarten Markt tätig sind (Typ B 2) oder weil mindestens zwei Gesellschafter, ohne auf dem relevanten Markt oder benachbarten Märkten tätig zu sein, auf anderen Märkten als Wettbewerber aufeinandertreffen (Typ B 3);

- Gemeinschaftsunternehmen, bei denen, unbeschadet der Regelvermutung, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Informationsaustausch in Betracht kommt (Typ C);
- Gemeinschaftsunternehmen, bei denen keine Wettbewerbsbeschränkung zu erwarten ist (Typ U).

Gemeinschaftsunternehmen in Form von nicht wettbewerbsbeschränkenden Arbeitsgemeinschaften wurden von dieser Einteilung konzeptionell ausgenommen. Derartige Arbeitsgemeinschaften waren im vorliegenden Zusammenhang allerdings nicht wahrscheinlich.

873. Das Bundeskartellamt berücksichtigte in der Sektoruntersuchung, dass eine mögliche Kartellkoordinierung auch durch gesellschaftsrechtliche Beschränkungen oder die Ausgestaltung gesellschaftsrechtlicher Informationsrechte bedingt sein kann. Es hob aber hervor, dass gesellschaftsrechtliche Beschränkungen die Anwendung des Kartellverbots letztlich nicht beeinflussen können.

874. Das wesentliche Ergebnis der Untersuchung war, dass etwa 80 Prozent der Betreibergesellschaften bzw. Werke der überprüften Gemeinschaftsunternehmen in mindestens eine der Fallgruppen A bis C fallen und dabei für mehr als die Hälfte der Betreibergesellschaften die Regelvermutung der Kartellrechtswidrigkeit gemäß Typ A gilt. Eine Einzelfreistellung aufgrund von Effizienzgewinnen war in Fällen wettbewerbsbeschränkender Gemeinschaftsunternehmen typischerweise nicht zu erwarten.

875. Das Bundeskartellamt hatte schon im Tätigkeitsbericht 2009/2010 die betroffenen Unternehmen dazu angehalten, die gefestigte Rechtsprechung zur Anwendung des deutschen Kartellverbots (§ 1 GWB) auf Gemeinschaftsunternehmen umzusetzen.³⁴¹ Im Abschlussbericht zur Sektoruntersuchung betonte es erneut die grundsätzliche Verpflichtung der betroffenen Unternehmen, die Verstöße unverzüglich selbstständig abzustellen, und kündigte die Einleitung von Verfahren an. Im Anschluss an die Sektoruntersuchung wurden sodann Verwaltungsverfahren eingeleitet und bundesweit bereits zahlreiche Gemeinschaftsunternehmen entflochten.³⁴² Aufgrund der Ermittlungen erhielt das Bundeskartellamt außerdem über Bonusanträge Hinweise auf eine möglicherweise kartellrechtswidrige Quoten- und Gebietsabsprache, denen es zurzeit nachgeht.

876. Darüber hinaus hat das Bundeskartellamt Ende 2013 eine Sektoruntersuchung des Transportbetonssektors eingeleitet.³⁴³ Daneben behält sich das Bundeskartellamt weitere Sektoruntersuchungen und Einzelverfahren auch in anderen Bereichen der Baustoffbranche (z. B. Sand und Kies, aufgehendes Hintermauerwerk) vor.

877. Hintergrund der Sektoruntersuchung im Transportbetonbereich sind zunächst Erfahrungen mit den lang andauernden Kartellen im Transportbeton- und Zementmarkt sowie Erkenntnisse aus der Sektoruntersuchung Walzasphalt. Daneben ergaben sich Anhaltspunkte für strukturell bedingte Wettbewerbsverzerrungen aus der Tatsache, dass sich in mehreren Fusionskontrollverfahren aus neuerer Zeit gezeigt hatte, dass auch im Transportbetonbereich vielfältige gesellschaftsrechtliche Verflechtungen zwischen den Marktteilnehmern bestehen und zahlreiche kooperative Gemeinschaftsunternehmen auf dem Markt tätig sind.³⁴⁴ Weiterhin hatte sich ein bedeutendes und – angesichts der Erhöhung der Transparenz für die Beteiligten – problematisches Ausmaß vertikaler Integration gezeigt, insbesondere zwischen Transportbetonunternehmen und Unternehmen, welche wesentliche Vorprodukte herstellen (Zement, Kreis, Sand). Schließlich könnte sich die

341 Vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht 2009/2010, BT-Drs. 17/6640, S. 75.

342 Zur Doppelkontrolle von Gemeinschaftsunternehmen vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 466 ff. (insb. Tz. 468); XVIII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 508 ff.

343 Dazu ergingen Auskunftsbeschlüsse am 19. November 2013.

344 Vgl. BKartA, Abschlussbericht Sektoruntersuchung Walzasphalt, a. a. O., Fälle des Typs A.

Branche nach Einführung der zweiten Inlandsumsatzschwelle vom Bundeskartellamt unbemerkt weiter konsolidiert oder verflochten haben. Denn Zusammenschlüsse und somit auch Gründungen von Gemeinschaftsunternehmen unterliegen nur noch in Einzelfällen der Zusammenschlusskontrolle.³⁴⁵

878. Das Bundeskartellamt hat zunächst alle ermittelbaren Transportbeton produzierenden Unternehmen angeschrieben und diese zu den relevanten Geschäftsaktivitäten und zur ihren Gesellschaftern befragt. Bis Mai 2014 sind Antworten von über 700 Gesellschaften eingegangen, die mit eigenen Werken Transportbeton herstellen und vertreiben. Die erste Befragungsrunde wird abgeschlossen mit einer umfangreicheren Befragung der Zementhersteller, welche über die Angaben zu den Transportbetonaktivitäten und die Gesellschafterstruktur hinaus um Angaben zu ihren Zementaktivitäten gebeten werden. Die Auswertung der erhaltenen Daten ist für die zweite Jahreshälfte 2014 vorgesehen.

879. Wenn sich in der Sektoruntersuchung zu Transportbeton herausstellen sollte, dass Gemeinschaftsunternehmen und vertikale Integration den Transportbetonmarkt vergleichbar prägen wie den Markt für Walzasphalt, so wäre eine Koordination mit spürbaren Wettbewerbsverfälschungen aus Sicht des Bundeskartellamtes auch ohne explizite Kartellabsprachen möglich, insbesondere in dem Fall, dass die Gesellschafter von Gemeinschaftsunternehmen auf den gleichen oder angrenzenden Regionalmärkten aktiv sind.³⁴⁶ Auch die Präsenz eines in bestimmten Regionalmärkten marktstarken und vertikal verbundenen Zementproduzenten könnte Wettbewerbsbeschränkungen in Form von Preisscheren nach sich ziehen. Zudem erhalten vertikal integrierte Zementproduzenten über ihre Transportbeton produzierenden Töchter bzw. Unternehmensbereiche als Nachfrager Kenntnis über Preise oder Wettbewerbsvorstöße konkurrierender Zementhersteller, was wiederum zu Einschränkungen des Wettbewerbs auf den Zementmärkten führen könnte. Die Sektoruntersuchung soll klären, ob ein Eingreifen des Amtes im Rahmen von Einzelverfahren erforderlich ist.

880. Probleme im Baustoffsektor werden indessen auch von anderen Europäischen Wettbewerbsbehörden wahrgenommen. So fand auf Initiative der Niederländischen Kartellbehörde ACM hierzu im Februar 2014 eine Sitzung des Netzwerks Europäischer Kartellbehörden (ECN) statt. Auf dieser Sitzung bestand zwischen den beteiligten Wettbewerbsbehörden Einigkeit darüber, dass eine enge internationale Zusammenarbeit notwendig ist, weil einige wichtige Marktteilnehmer in mehreren Staaten aktiv sind und viele der sich stellenden Probleme vergleichbar sind. Die Ergebnisse der Sitzung umfassen unter anderem den Aufbau eines sektorspezifischen Netzwerks und die Sammlung relevanter Informationen (z. B. Fallstudien). Die ECN-Arbeitsgruppe „Kartelle“ wird über die Arbeit des Sektornetzwerks in Kenntnis gesetzt.

881. Die Monopolkommission begrüßt die systematische Überprüfung der Marktstrukturen durch das Bundeskartellamt und die damit abgestimmte Fortsetzung der Kartellverfolgung im Baustoffbereich. Sie stimmt der Einschätzung zu, dass hier insbesondere Gemeinschaftsunternehmen, bei denen mehrere Gesellschafter und das Gemeinschaftsunternehmen auf demselben relevanten Markt tätig sind, tendenziell kritisch zu sehen sind. Das gilt ungeachtet der Tatsache, dass bestimmte Wettbewerbsbeschränkungen aus der gesellschaftsrechtlichen Struktur des Gemeinschaftsunternehmens folgen und damit notwendig verbunden sein können.³⁴⁷ Die Gründer eines Gemeinschaftsunternehmens dürfen trotzdem weder direkt untereinander unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen vereinbaren, noch dürfen sie solche Beschränkungen indirekt über eine gesellschaftsrechtlich nicht gebotene Koordination herbeiführen, welche lediglich einen Deckmantel für ein verdecktes Kartell bildet.³⁴⁸ Jedenfalls bei kooperativen Gemeinschaftsunternehmen er-

³⁴⁵ Dazu zuletzt Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 473.

³⁴⁶ Vgl. BGH Beschluss vom 4. März 2008, KVZ 55/07 – Nord-KS/Xella.

³⁴⁷ Vgl. EU-Kommission, Bekanntmachung über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABl. EU C 56 vom 5. März 2005, S. 3, Tz. 36.

³⁴⁸ BGH, Beschluss vom 8. Mai 2001, KVR 12/99 – Ost-Fleisch, Abschnitt B.II.3; EU-Kommission, Entscheidung vom 19. Juli 2006, COMP/M.4170 – LSG Lufthansa Service Holding/Gate Gourmet Switzerland, Tz. 50 ff.; ferner Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1, 5. Aufl. 2012, Art. 2 FKVO Rz. 614 u. Fn. 2273.

scheint daher aus Sicht der Monopolkommission eine kartellfreie Kooperation nur unter sehr engen Voraussetzungen denkbar.

882. Zu begrüßen ist vor diesem Hintergrund auch die Bereitschaft der Marktteilnehmer, gewachsene Strukturen im Falle kartellrechtlicher Bedenken zu überprüfen und Gemeinschaftsunternehmen in zahlreichen Fällen im Anschluss an die Einleitung der Sektoruntersuchungen freiwillig und ohne behördliche Druckausübung zu entflechten. Es ist hervorzuheben, dass solche Entflechtungen nicht selten mit spürbaren Effizienzgewinnen einhergehen können, etwa wenn dadurch überkommene Strukturen modernisiert werden.

883. Die Monopolkommission spricht sich ergänzend dafür aus, dass die öffentliche Hand den Wettbewerbsrisiken im Baustoffbereich im Rahmen von Vergabeverfahren verstärkt Rechnung trägt. Sie hebt hervor, dass vor allem die öffentliche Hand Walzasphalt abnimmt, zugleich aber auch ein bedeutender Abnehmer von anderen Baustoffen ist.³⁴⁹ Die umfänglichen Wettbewerbsverstöße in der Baustoffindustrie führen zu beträchtlichen Schäden, die die öffentlichen Haushalte und somit mittelbar die Bürger als Steuerzahler erheblich belasten. Es ist angesichts der weitverbreiteten Verstöße und der Schwierigkeiten bei der Schadensbemessung zu empfehlen, dass die öffentlichen Abnehmer (z. B. Straßenbauämter) Leistungen möglichst getrennt voneinander ausschreiben (z. B. Bauleistung, Material), dass sie in Verträgen mit der Baustoffindustrie grundsätzlich Schadenspauschalen für den Fall von Wettbewerbsverstößen vorsehen und dass sie überführte Kartelltäter von Vergaben ausschließen.

5 Vertriebsbeschränkungen (insbesondere: Internetvertrieb)

884. Die Kontrolle der Vertriebskette durch den Hersteller (oder Importeur) ist bei wirtschaftlicher Betrachtung ambivalent. Einerseits wird dadurch die Freiheit der Vertragspartner im Wettbewerb beschränkt. Andererseits lassen sich über solche Vereinbarungen Effizienzen realisieren. Typische positive Wirkungen sind etwa die Internalisierung externer Effekte, die Vermeidung von Anreizproblemen sowie von höheren Preisen und Outputreduzierungen infolge doppelter Marginalisierung. Das Kartellrecht erkennt die grundsätzlich geringere Wettbewerbsschädlichkeit vertikaler Restriktionen im Vergleich mit Horizontalbeschränkungen an. Entsprechend gilt im Rahmen der Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung (vGVO)³⁵⁰ das Kartellverbot der Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB für Wettbewerbsbeschränkungen im Vertrieb unter bestimmten Voraussetzungen nicht. Die vGVO wird von Vertikalleitlinien begleitet, die die Regelungen der vGVO und die Anwendung des Kartellverbots auf derartige Vereinbarungen erläutern.³⁵¹

885. Dabei ist anerkannt, dass einige Typen vertikaler Restriktionen regelmäßig besonders schädlich sind. Diese werden daher entweder von vornherein nicht oder aber als Kernbeschränkung von der Gruppenfreistellung erfasst. Letzteres lässt die Freistellung für die gesamte Vereinbarung, die eine oder mehrere solche Klauseln enthält, entfallen. Derartige Vertragsbedingungen sind jedoch nicht schlichtweg kartellrechtswidrig; vielmehr kommt unter Berücksichtigung der genauen Konstellation eine Einzelfreistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV, § 2 Abs. 1 GWB in Betracht. Allerdings tragen in diesem Fall die Vertragsparteien bzw. der Verwender die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der Freistellungs Voraussetzungen.

886. Die weiterhin stark zunehmende Bedeutung des Internet für den Vertrieb hat zum einen eine stark gesteigerte Transparenz und Vergleichbarkeit für die Verbraucher zur Folge. Diese und die immer stärkere Präsenz internetzentrierter Vertriebsmodelle mit typischerweise gegenüber stationären Händlern niedrigeren Vertriebskosten haben zu einem teilweise offenbar bedeutenden Margendruck sowohl auf stationäre Händler als auch auf manche Hersteller geführt. Eine ansteigende Zahl von Herstellern versucht dem entgegen-

³⁴⁹ Vgl. auch BKartA, Abschlussbericht Sektoruntersuchung Walzasphalt, a. a. O., Tz. 11.

³⁵⁰ Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. EU L 102 vom 23. April 2010, S. 1.

³⁵¹ EU-Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. EU C 130 vom 19. Mai 2010, S. 1.

zusteuern und neben einer Stabilisierung der Margen, auch eine stärkere Kontrolle über die nachgeordneten Wertschöpfungsstufen zu erlangen.

887. Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum seine Verfolgung von Wettbewerbsbeschränkungen in Vertriebsbeziehungen fortgesetzt und dabei ein besonderes Augenmerk auf die Verfolgung von Wettbewerbsverstößen im Internetvertrieb gelegt.³⁵² Es ist als Verdienst des Amtes hervorzuheben, durch eine Reihe von Musterverfahren einen wichtigen Beitrag zum praktischen Verständnis der Wettbewerbsregeln im Internetvertrieb geleistet zu haben und noch weiter zu leisten. In der EU nimmt das Amt insofern eine Vorreiterposition ein, auch wenn andere Wettbewerbsbehörden (etwa das britische OFT) ebenfalls solche Verfahren durchgeführt haben.³⁵³ Die Verfahren des Amtes lassen sich den nachfolgenden Problembereichen zuweisen.

5.1 Preisbindungen (Festool, Dr. Hauschka)

888. Das Amt hat – anknüpfend an die im XIX. Hauptgutachten berichteten Fälle – weitere Verfahren wegen vertikaler Preisbindungen durchgeführt.³⁵⁴ In den diesen Verfahren zugrunde liegenden Fällen legten Hersteller gegenüber ihren Händlern ein bestimmtes Preisniveau fest, das einzuhalten (Festpreis) oder jedenfalls nicht zu unterschreiten war (Mindestpreis). Zur Durchsetzung des vorgegebenen Preisniveaus übten die Hersteller Druck auf die Händler in der Vertriebskette aus. Diese Druckausübung lag in den vorliegenden Fällen unzweifelhaft vor, anders als in dem bereits im letzten Hauptgutachten berichteten Kontaktlinsenfall, der insofern als Grenzfall anzusehen sein dürfte.³⁵⁵

889. Eine kartellrechtswidrige Druckausübung kann im Übrigen auch schlüssig erfolgen, was die höchst-richterliche Rechtsprechung im Berichtszeitraum bestätigt hat. Das ist etwa dann der Fall, wenn ein Mitarbeiter des Herstellers den Händler telefonisch kontaktiert, das Gespräch über die Abgabepreise sucht und auf die Frage des Händlers, ob seine Äußerung zur mangelnden betriebswirtschaftlichen Nachvollziehbarkeit der Kalkulation des Händlers bedeute, dass der Hersteller ihn nicht mehr beliefern werde, nur antwortet, dies nicht gesagt zu haben und die Äußerung schlicht wiederholt, statt sich eindeutig zur weiteren Belieferung des Händlers zu äußern.³⁵⁶

5.2 Bestpreisklauseln: Bindung von Wettbewerbern des Plattformbetreibers (Plattformneutralität) (Amazon)

890. In einem Fall untersuchte das Amt die Geschäftsbedingungen von Amazon, des Betreibers einer Internetplattform für Bücher und andere Verbraucherprodukte, welche in den letzten Jahren wegen ihrer Reichweite sowohl bei Online-Händlern als auch bei Verbrauchern sehr erfolgreich gewesen ist.³⁵⁷ Der Betreiber nutzte die Plattform einerseits selbst für eigene Produktangebote, die mit den Angeboten der anderen Online-Händler konkurrierten, und verpflichtete andererseits die Händler zur Einhaltung einer Preisparitätsklausel (Bestpreisklausel). Die Händler verpflichteten sich damit, einen Artikel über die Plattform mindestens so günstig wie über sonstige Vertriebswege anzubieten. Die vereinbarte Klausel ließ zwar den Wettbewerb auf der Plattform intakt, weil verschiedene Händler den betreffenden Artikel über die Plattform zu unterschiedlichen Preisen anbieten konnten. Sie beschränkte die Händler jedoch in ihrer Freiheit, ihre Produkte außerhalb der Plattform zu einem frei gewählten Preis anzubieten.

³⁵² Vgl. bereits Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 499 ff., 512 ff.

³⁵³ Vgl. OECD, Vertical Restraints for On-line Sales, Serie Policy Roundtables (2013), DAF/COMP(2013)13, für einen Überblick.

³⁵⁴ Vgl. BKartA, B5-20/10 – Festool, Fallbericht vom 8. Oktober 2012; B6-98/09 – Naturkosmetik.

³⁵⁵ Zu diesem Fall Monopolkommission, vgl. XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 516, 518. Hier hatte allerdings die Gesamtheit des Überwachungs- und Interventionssystems zur Preispflege, das der Hersteller betrieb, die Bedenken des Bundeskartellamtes begründet.

³⁵⁶ Vgl. BGH, Beschluss vom 6. November 2012, KZR 13/12 – Rucksäcke und Schulranzen (Scout).

³⁵⁷ Vgl. BKartA, B6-46/12 – Amazon, Fallbericht vom 9. Dezember 2013.

891. Das Bundeskartellamt sah die Preisparitätsklausel schwerpunktmäßig als horizontale Wettbewerbsbeschränkung zwischen dem Plattformbetreiber als Händler und den übrigen über die Plattform anbietenden Online-Händlern an, da der Plattformbetreiber und die Dritthändler direkte Wettbewerber auf den betroffenen Handelsmärkten sind.³⁵⁸ Demgegenüber trat der vertikale Aspekt, dass der Plattformbetreiber die Klausel in einen Dienstleistungsvertrag über die Bereitstellung der Plattform aufgenommen hatte, zurück. Ebenso traten sonstige Wettbewerbsbeschränkungen in den Vertragsklauseln zurück. Das Bundeskartellamt wählte gleichwohl eine Gesamtschau zur Beurteilung aller Wettbewerbswirkungen. Eine Rechtfertigung für die ermittelten Wettbewerbsbeschränkungen ließ sich jedenfalls für die Vereinbarungen über die Preisparität allerdings nicht begründen. Der Plattformbetreiber hat daraufhin seine Vertragsbedingungen EU-weit abgeändert und insbesondere auf die Einhaltung der Preisparität für die Zukunft verzichtet.

892. Das Verfahren konnte Ende 2013 eingestellt werden. Die Monopolkommission hält auf Basis des Ermittlungsergebnisses die wettbewerbliche Beurteilung des Falles durch das Bundeskartellamt für zutreffend.

5.3 Bestpreisklauseln: Bindung von (reinen) Nutzern einer Plattform (Hotelbuchungsportale)

893. In einem weiteren Fall hat das Amt die Praxis eines Plattformbetreibers (HRS) aufgegriffen, Hotels, die über seine Plattform Zimmer anbieten, zur Einhaltung einer Bestpreisklausel zu verpflichten, ohne dass der Plattformbetreiber zugleich ein eigenes Zimmerangebot unterhielt.

894. Mit Blick auf die Bestpreisklausel des Plattformbetreibers waren ausschließlich vertikale Verträge auf ihre mögliche wettbewerbsbeschränkende Wirkung zu überprüfen, da der Plattformbetreiber hier nicht als Wettbewerber der über die Plattform anbietenden Hotels auftrat. Die Vorgabe einer Bestpreisgarantie beschränkte allerdings wie in der zuvor dargestellten Fallgruppe (vgl. Abschnitt 5.2) den Wettbewerb der Plattformnutzer, indem sie diesen die Freiheit nahm, Hotelzimmer außerhalb der Plattform zu einem frei wählbaren Preis anzubieten. Dies war auf Grundlage des deutschen und europäischen Rechts kritisch zu sehen (§ 1 GWB, Art. 101 AEUV), weil Bestpreisklauseln den Preiswettbewerb auf Hotelebene erheblich behindern können. Daneben können sie auch Rückwirkungen auf den Wettbewerb zwischen den Buchungsplattformen untereinander haben, weil neue Plattformen aufgrund der Bestpreisklausel Hotelzimmer nicht günstiger anbieten können.

895. Eine wettbewerbliche Rechtfertigung der Bestpreisklauseln hätte sich zwar daraus ergeben können, dass solche Klauseln einen Schutz vertragsspezifischer Investitionen des Plattformbetreibers dagegen ermöglichen, dass Verbraucher die umfangreiche und sortierte Angebotsdarstellung auf der Plattform zu ihrer Information nutzen, die Buchung dann aber direkt beim Hotel vornehmen. Es ließ sich jedoch nicht nachweisen, dass die Bestpreisklausel hierfür erforderlich war und dass z. B. nicht die Vereinbarung einer Servicegebühr für die Nutzung der Plattform zum Schutze der Investitionen des Plattformbetreibers ausreichte. Ein konkreter Nachweis (überwiegender) Effizienzen, welche die mit entsprechenden Klauseln verbundenen Wettbewerbsbeschränkungen rechtfertigen könnten, ist in der Praxis allerdings auch kaum zu führen, sodass der Beweislast hier entscheidendes Gewicht zukommt.

896. Das Bundeskartellamt hat infolgedessen in diesem ersten Verfahren die Bestpreisklausel untersagt.³⁵⁹ Mehrere im Anschluss eröffnete Verfahren gegen konkurrierende Plattformbetreiber (Booking, Expedia) laufen noch. Die Monopolkommission tritt im Interesse gleicher Wettbewerbsbedingungen dafür ein, dass das Bundeskartellamt künftig Fälle, in denen gleichartige oder eng verwandte Vertragsgestaltungen kartellrechtlich bedenklich erscheinen, parallel aufgreift. Dadurch ließen sich insbesondere möglicherweise nicht unerhebliche Wettbewerbsverzerrungen zwischen den gleichzeitig betroffenen Unternehmen vermeiden.

³⁵⁸ Vgl. BKartA, B6-46/12 – Amazon, Fallbericht vom 9. Dezember 2013, S. 2.

³⁵⁹ Ähnlich schon OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. Februar 2012, VI-W (Kart) 1/12 – JBM JustBook Mobile/HRS.

897. Eine zusätzliche Komplikation folgt in den bislang aufgegriffenen Fällen daraus, dass Bestpreisklauseln in den Geschäftsbedingungen der Buchungsportale für Hotels sich zwischenzeitlich zu einer weit im Markt verbreiteten Praxis entwickelt haben und auf nachgelagerter Ebene die Verbraucher in einem gewissen Umfang den Preisschutz einer Bestpreisgarantie erwarten dürften.

Der Portalbetreiber in dem bereits abgeschlossenen Fall hat deshalb angekündigt, gegenüber den Verbrauchern weiter (einseitig) den Bestpreis zu garantieren und die Differenz, wenn der über das Portal ausgewiesene Preis andernorts unterboten würde, zu erstatten. Nach eigenen Angaben hat er die Bestpreisklausel seit Beginn der kartellbehördlichen Untersuchung im Februar 2012 jedoch auch nicht mehr angewendet. Trotzdem haben die über das Portal anbietenden Hotels – soweit erkennbar – die Bestpreisgarantie in der Zwischenzeit grundsätzlich weiter beachtet. Dies mag mit der faktischen Möglichkeit des relevanten Plattformbetreibers zusammenhängen, Abweichungen von der Bestpreisgarantie durch Beeinflussung der Trefferanzeige auf dem Buchungsportal zu sanktionieren. Hotelbuchungen über das relevante Buchungsportal haben für die betroffenen Hotels zurzeit eine derartige Bedeutung, dass eine veränderte Trefferanzeige ihre Chancen zur Kundengewinnung beträchtlich schmälern könnte (Marktmachtproblem).

Alternativ könnte die weitere Einhaltung der Bestpreisgarantien selbst nach Einleitung des Verfahrens darauf zurückzuführen sein, dass die Hotels sich bisher zur Einhaltung von Bestpreisgarantien auch bei ihrem Angebot über andere Buchungsportale verpflichtet sehen, sodass sich der Wegfall der Bestpreisklausel auf einer Plattform praktisch nicht auswirkt. Das Amt hat deshalb in Aussicht gestellt, die Bestpreisklauseln der anderen verfahrensbetroffenen Plattformbetreiber ebenfalls zu untersagen und erstmals den Vorteil einer kartellrechtlichen Gruppenfreistellung, soweit deren Voraussetzungen erfüllt sind, zu entziehen.³⁶⁰

898. Bei der Würdigung der Amtspraxis ist der Entwicklung des Internetvertriebs Rechnung zu tragen. Bestpreisklauseln wie in den vom Bundeskartellamt aufgegriffenen Fällen ermöglichen eine wirkungsvolle Werbung gegenüber Verbrauchern, die auf garantierte Bestpreise hingewiesen werden können. Solche Klauseln waren deshalb ein wirkungsvolles Mittel bei der Etablierung von Hotelbuchungsportalen als neuem Angebot zur Erleichterung der Recherche nach Hotelzimmern.³⁶¹ Zugleich schützten sie das Buchungsportal davor, dass Hotels es zwar nutzten, die Zimmerbuchung jedoch direkt beim Hotel stattfand (Freifahrer- bzw. Trittbrettfahrerproblematik). Es dürfte mit zunehmender Marktdurchdringung der Online-Buchungsportale jedoch zunehmend schwieriger werden, weitere Kunden von anderen Vertriebskanälen für die Buchungsplattformen zu gewinnen. Es kann auch zweifelhaft erscheinen, ob derartige Bestpreisklauseln und damit schwerwiegende Eingriffe in die Preissetzungsfreiheit der Hotels mildestes Mittel und damit erforderlich sind, um zu verhindern, dass die Hotels die mit der Plattform verbundenen Vorteile (bessere Auffindbarkeit usw.) ohne entsprechende Vergütung nutzen. Die verfahrensbetroffenen Plattformbetreiber haben bislang nicht substantzieren können, inwiefern ein derartiges Trittbrettfahrerproblem bei Zimmerbuchungen über Hotelplattformen überhaupt besteht. Allerdings erscheint ein Nachweis insoweit nur schwer möglich, sodass die Beweislastverteilung hier regelmäßig ausschlaggebend sein dürfte.

899. Der Wettbewerb hat sich offenbar zunehmend auf das Verhältnis der Buchungsplattformen zueinander verlagert. Die Kostenstruktur der Buchungsplattformen untereinander ähnelt sich dabei stärker als die Kostenstruktur solcher Plattformen im Vergleich mit der Kostenstruktur des stationären Vertriebs für Hotelzimmer. Im Verhältnis der Plattformen zueinander gewinnt die Qualität des Angebots für die Nutzer gegenüber Preisargumenten somit wesentlich stärker an Gewicht. Eine Trittbrettfahrerproblematik ist in diesem Wettbewerbsverhältnis auch unwahrscheinlich. Bestpreisstrategien verringern im Verhältnis der Plattformen zueinander somit den Wettbewerb, ohne dass die damit ursprünglich verbundenen Vorteile zum Tragen

³⁶⁰ Dazu Art. 29 Abs. 2 VO 1/2003, § 32d GWB sowie der speziellere Art. 6 VO 330/2010.

³⁶¹ Vgl. EU-Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. EU C 130 vom 19. Mai 2010, S. 1, Tz. 225, mit einer ähnlichen Erwägung bzgl. Preisbindungen; ferner Wey, C., Ökonomische Analyse von Plattformmärkten im Zusammenspiel mit vertikalen Beschränkungen: insbesondere Meistbegünstigungsklauseln, Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht, Bonn, Präsentation vom 10. Oktober 2013, Folie 9.

kommen. Die wettbewerbsverringenden Wirkungen der Bestpreisklauseln sind nicht zuletzt deshalb besonders stark zu spüren, weil solche Klauseln mittlerweile weit verbreitet sind.³⁶²

900. Die weitere Entwicklung bleibt abzuwarten. Allerdings wäre es aus den dargelegten Gründen zu begrüßen, wenn die Amtspraxis beim Vertrieb von Hotelzimmern über Buchungsplattformen zu einer Verringerung der Bedeutung von Bestpreisklauseln führen wird. Die Monopolkommission hält den Ansatz des Bundeskartellamtes in juristischer Hinsicht für zutreffend, weist aber darauf hin, dass aus ökonomischer Sicht noch viele Fragen offen sind.

5.4 Behinderung des Internetabsatzes (Haus- und Gartengeräte sowie Sportartikel)

901. Eine vierte Fallgruppe der Amtspraxis betrifft Fälle, in denen ein Markenhersteller versucht, Einfluss auf die Vertriebskanäle zu nehmen, über die seine Produkte (weiter) vertrieben werden, und zwar zum Nachteil von Online-Händlern. Er kann dies insbesondere tun, indem er unterschiedliche Preise für die Belieferung von stationären Händlern und Online-Händlern verlangt (Doppelpreissystem) oder indem er ein selektives Vertriebssystem mit Qualitätsanforderungen aufbaut, die sich vor allem über den stationären Vertrieb erfüllen lassen. Die Etablierung eines Doppelpreissystems hat dabei denselben Zweck, knüpft anders als Anforderungen für den selektiven Vertrieb jedoch nicht unmittelbar an den Produktvertrieb der Vertriebs Händler an, sondern an die Preise für die vertriebenen Produkte (Gegenleistungen). Das Bundeskartellamt hat Fälle zu beiden Gestaltungsvarianten aufgegriffen.

902. Die Hersteller in den betreffenden Verfahren rechtfertigen die Vertriebsbeschränkungen im Wesentlichen mit dem Schutz ihrer Marke. Die getroffenen Maßnahmen sollen ein stabiles Preisniveau gewährleisten, um den Ruf der Marke zu wahren und sie gegen eine etwaige „Verramschung“ zu schützen.

903. Im Wettbewerb zwischen Markenprodukten (inter-brand) konkurrieren tatsächlich nicht nur die Produkte der Hersteller, sondern auch ihre Marken miteinander. Das unterscheidet diesen Wettbewerb vom markeninternen Wettbewerb (intra-brand). Zwischen den Vertriebs Händlern desselben Herstellers findet nur markeninterner Wettbewerb statt.

904. Die Herstellermarke hat als Wettbewerbselement mehrere Funktionen. Sie ist ein Kennzeichen, das auf die Herkunft des Produktes hinweist und so die Abgrenzung von anderen Produkten ermöglicht (Herkunftsfunktion).³⁶³ Aus dieser Grundfunktion leiten sich andere Funktionen ab, so etwa die Garantie bestimmter Produkteigenschaften (Qualitätsfunktion) oder die Zuweisung eines positiv besetzten Images, z. B. Exklusivität, und eines bestimmten Wiedererkennungswertes (Werbefunktion).³⁶⁴ Das Markenrecht als solches erschöpft sich zwar mit dem Inverkehrbringen des Produktes. Dennoch ist anerkannt, dass ein Markenhersteller Maßnahmen zum Schutz des Wertes seiner Marke auch im Rahmen des Vertriebs der Markenprodukte treffen können muss, jedenfalls soweit dieser Schutz letztlich den Verbrauchern zugutekommt (z. B. Schutz des Qualitätssignals).

905. Ein Markenhersteller kann deshalb, ohne das Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV auszulösen, auch Maßnahmen treffen, die ihrem Wesen nach grundsätzlich den Wettbewerb verfälschen und deshalb als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen anzusehen sind. Das gilt jedenfalls insoweit, wie derartige Maßnahmen legitime Bedürfnisse im zuvor (Tz. 904.) genannten Sinn erfüllen und im Ergebnis zu einer Stärkung des Wettbewerbs beitragen.³⁶⁵ So ist insbesondere anerkannt, dass ein Markenhersteller ein selektives Vertriebssystem errichten kann, ohne dass die damit verbundene Beschränkung der Vertriebs Händler mit dem

362 Vgl. BKartA Pressemitteilung vom 20. Dezember 2013; Schlautmann, C., Die Wut der Hoteliers, Handelsblatt, 26. Juli 2013; o. A., HRS nimmt den Preiskampf an, Hotel & Technik, 20. Dezember 2013.

363 EuGH, Urteil vom 12. November 2002, C-206/01 – Arsenal Football Club, Slg. 2002, I-10273, Rz. 48.

364 EuGH, Urteil vom 18. Oktober 2009, C-487/07 – L'Oréal/Bellure, Slg. 2009, I-5185, Rz. 63.

365 EuGH, Urteil vom 13. Oktober 2011, C-439/09 – Pierre Fabre, Slg. 2011, I-9419, Rz. 40. In dem Umfang, in dem solche Maßnahmen nicht einmal Art. 101 Abs. 1 AEUV unterfallen, hat die Förderung des Markenwettbewerbs Vorrang gegenüber dem Schutz des markeninternen Wettbewerbs.

Wettbewerbsrecht in Konflikt steht. Ein solches System erlaubt es dem Hersteller, sein Markenprofil im Wettbewerb zwischen Markenprodukten zu schärfen und Qualitätsmerkmale der Markenprodukte zum Nutzen der Verbraucher im Markt durchzusetzen. Das selektive Vertriebssystem muss jedoch so ausgestaltet sein, dass grundsätzlich beliebige Händler teilnehmen können. Der Hersteller darf ohne Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV gleichwohl qualitative Kriterien bestimmen, die die Händler erfüllen müssen, um beliefert zu werden. Die Aufstellung solcher Kriterien beschränkt jedenfalls dann nicht den Wettbewerb, wenn das fragliche Produkt einen selektiven Vertrieb rechtfertigt, alle Händler die gleichen Möglichkeiten haben, in das Vertriebssystem aufgenommen zu werden, und die aufgestellten Kriterien ihrerseits erforderlich sind.³⁶⁶ Daneben sind quantitative Beschränkungen i. S. v. Art. 101 Abs. 1 AEUV dahin gehend möglich, als dass nur eine bestimmte Händlerzahl oder Händler mit einem vorab definierten Umsatz zu dem System zugelassen werden.³⁶⁷ Etwaige Beschränkungen nach Art. 101 Abs. 1 AEUV müssen jedoch durch damit verbundene Effizienzen gerechtfertigt sein.

906. Davon abgesehen kann ein Hersteller, ohne gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV zu verstoßen, auch Maßnahmen aufgrund seines Markenrechts treffen, um den Prestigecharakter einer Marke zu schützen, jedenfalls soweit dieses Prestige materiell auf hochwertigen Eigenschaften und einer damit zusammenhängenden Ausstrahlung beruht.³⁶⁸ Es ist ihm zwar nicht gestattet, den selektiven Vertrieb lediglich zur Wahrung eines bestimmten Markenprestiges zu beschränken, ohne dass sonstige Rechtfertigungsgründe hinzutreten.³⁶⁹ Ein Markenhersteller muss somit auch einen Vertrieb unter Verwendung der in der betreffenden Branche üblichen Vertriebsformen hinnehmen. Eine Rufbeeinträchtigung, die sich aus einer Verfälschung der Marke ergeben würde, kann er aufgrund seines Markenrechts jedoch unterbinden.³⁷⁰ Vertriebsbeschränkungen, die darüber hinausgehen, verstoßen gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV, außer es gibt eine wettbewerbliche Rechtfertigung.

907. Die Einordnung von Beschränkungen des Internetvertriebs nach diesen Grundsätzen ist schwierig. Dabei spielen markenrechtliche Erwägungen bislang jedoch keine Rolle. Doppelpreissysteme werden vom Bundeskartellamt im Regelfall kritisch gesehen, weil sie mit einer Beschränkung der Kundengruppe einhergehen, an die die am Vertriebssystem beteiligten Händler verkaufen können. Es handelt sich insoweit um eine Kernbeschränkung gemäß Art. 4 lit. b VO 330/2010, die grundsätzlich nicht freistellungsfähig ist. Bei Qualitätsanforderungen in einem selektiven Vertriebssystem wird hingegen danach differenziert, ob sie im Einzelfall durch vertragsspezifische Effizienzen gerechtfertigt sind. Das Amt sieht in Beschränkungen, die es Online-Händlern erschweren, mit ihrem Angebot im Internet gefunden zu werden (z. B. Beschränkung der Nutzung von Online-Marktplätzen), eine mögliche Kernbeschränkung im Sinne von Art. 4 lit. c VO 330/2010.³⁷¹ Dies ist im Grundsatz durchaus auf einer Linie mit der europäischen Rechtsprechung.³⁷²

908. Die Beurteilung wird im Einzelfall zusätzlich dadurch erschwert, dass auch Preiskomponenten genutzt werden können, um z. B. legitime Qualitätsanforderungen durchzusetzen. Die europäischen Vertikalleitlinien gestatten deshalb feste Zuschüsse, um den stationären oder den Online-Verkauf zu unterstützen.³⁷³ Solche

366 EU-Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, a. a. O., Tz. 175.

367 EuGH, Urteil vom 25. Oktober 1977, 26/76 – Metro (I), Slg. 1977, 1875, Ls. 10 u. Rz. 37; Urteil vom 11. Dezember 1980, 30/80 – L'Oréal, Slg. 1980, 3775, Ls. 1 u. Rz. 16 f.

368 EuGH, Urteil vom 4. November 1997, C-337/95 – Dior/Evora, Slg. 1997, I-6013, Rz. 43 f.; Urteil vom 23. April 2009, C-59/08 – Copad/Dior, Slg. 2009, I-3421, Rz. 57 f.; EuG, Urteil vom 12. Dezember 1996, T-88/92 – Leclerc, Slg. II-1961, Rz. 109 f., wo auf Qualitätskriterien wie das „ästhetisch und funktionell Besondere“ und die daraus folgende Werbewirkung der Produkte abgestellt wird.

369 EuGH, Urteil vom 13. Oktober 2011, C-439/09 – Pierre Fabre, Slg. 2011, I-9419, Rz. 44, 46.

370 EuGH, Urteil vom 23. April 2009, C-59/08 – Copad/Dior, Slg. 2009, I-3421, Rz. 57 f.; dazu instruktiv Palzer, EWS 2011, 220.

371 Speziell gegenüber Art. 4 lit. b VO 330/2010; so auch BKartA, Hintergrundpapier, a. a. O., S. 23; abweichend KG, Urteil vom 19. September 2013, 2 U 8/09 Kart, WRP 2013, 1517 (1523) (Art. 4 lit. b VO 330/2010); offen EuGH, Urteil vom 13. Oktober 2011, C-439/09 – Pierre Fabre, Slg. 2011, I-9419.

372 EuGH Urteil vom 13. Oktober 2011, C-439/09 – Pierre Fabre, Slg. 2011, I-9419, Rz. 53 f.

373 EU-Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, a. a. O., Tz. 52 lit. d.

Zuschüsse werden als mit dem Verbot von Doppelpreissystemen vereinbar angesehen. Die Beurteilung eines Rabatts, der zu demselben Zweck gewährt wird, ist dagegen weniger eindeutig, weil ein Rabatt gegenüber Händlern eine problematische Sogwirkung hin zum stationären Vertrieb ausüben kann.

909. Das Bundeskartellamt hat in zwei Fällen, in denen Markenhersteller ein nach Vertriebsweg (stationär online) differenzierendes Rabattsystem angewendet hatten, als unzulässige Doppelpreissysteme beurteilt; daraufhin wurden die Preissysteme von den Unternehmen freiwillig aufgegeben.³⁷⁴ Diese Rabattsysteme sahen vor, dass Händler von Haushalts- bzw. Gartengeräten einen Rabatt in Abhängigkeit davon erhielten, wie hoch der Anteil des stationären Geschäfts war. Der Rabatt sollte in den genannten Fällen den zusätzlichen Aufwand des stationären Handels ähnlich einem festen Zuschuss vergüten. Er setzte allerdings auch die für ein Doppelpreissystem typischen Anreize dafür, dass die Händler eher stationär als online absetzten, um in den Genuss eines höheren Rabatts zu gelangen. Das Doppelpreissystem war in diesen Fällen nicht erwiesenermaßen durch die unterschiedliche Kostenstruktur von stationärem Vertrieb und Online-Vertrieb gerechtfertigt.

910. Das Bundeskartellamt ermittelt außerdem zurzeit in mehreren Verfahren, in denen Sportartikelhersteller den Absatz über das Internet erschwert haben, indem sie die Nutzung von Handelsplattformen oder Online-Marktplätzen begrenzt haben, die Unterstützung von Preisvergleichsmaschinen oder von Internetmarketingdiensten über markenbezogene Suchworte untersagen.³⁷⁵ Das Amt sieht die Beschränkung des Internetvertriebs auch in diesen Fällen kritisch. Zwar erkennt das Amt an, dass eine solche Beschränkung im Einzelfall nach Art. 101 Abs. 3 AEUV gerechtfertigt sein kann, etwa wenn die mit der Marke verbundene Qualitätserwartung der Verbraucher durch den Vertrieb über das Internet beeinträchtigt wird. Allerdings haben die Hersteller, gegen die das Amt Verfahren eingeleitet hat, auch in diesen Fällen bislang nicht überzeugend darlegen können, weshalb die Einschränkung des Internetvertriebs im Einzelfall gerechtfertigt sein sollte.

911. Die Position des Amtes wird vonseiten der Markenhersteller und Vertretern der Wissenschaft kritisiert. Die Kontroverse bezieht sich dabei auf die Frage, in welchem Umfang Markenhersteller den Internetvertrieb von Markenprodukten unter Berufung auf ihre Marke auch dann beschränken dürfen, wenn sich Effizienzen wie insbesondere die Sicherstellung der Verbraucherinformation und der Schutz einer bestimmten Qualitätserwartung nicht ohne Weiteres belegen lassen.³⁷⁶ Strittig ist insbesondere, inwiefern Hersteller den Internetvertrieb beschränken dürfen, um ein bestimmtes Preissignal (hoher Preis) gegenüber den Verbrauchern als Bestandteil ihrer auf Prestige bzw. Exklusivität ausgerichteten Markenstrategie abzusichern.

912. Das Bundeskartellamt erkennt Vertriebskriterien, welche die „Aura des Exklusiven“ bzw. das Prestige der Herstellermarke schützen sollen, nicht an. Es verweist insofern auf die europäische Rechtsprechung, wonach es einem wettbewerbsbeschränkenden Vertragszweck im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht entgegensteht, wenn eine Beschränkung des Internetvertriebs der Wahrung des Prestigecharakters eines Markenprodukts geschuldet ist.³⁷⁷ Nach der Rechtsprechung sind solche Beschränkungen immer nur im Einzelfall freistellungsfähig. Allerdings soll nach Auffassung des Bundeskartellamtes auch eine Einzelfreistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV grundsätzlich nicht in Betracht kommen, wenn die Beschränkung mit dem Schutz des Prestigecharakters des Markenprodukts begründet wird. Bei mit Art. 101 Abs. 1 AEUV unvereinbaren Wirkungen könne der etwaige Vorteil der Gruppenfreistellung entzogen werden.³⁷⁸

374 BKartA, Fallbericht vom 5. Dezember 2013, B5-144/13 – Gardena; Fallbericht vom 23. Dezember 2013, B7-11/13 – Bosch-Siemens Haushaltsgeräte.

375 In einem weiteren Fall, der einen Hersteller hochwertiger Kopfhörer betraf, hat das Bundeskartellamt nach (partiellen) Zugeständnissen des Unternehmens (vorläufig) von der Entscheidung eines Verfahrens nach Art. 101 AEUV, § 1 GWB abgesehen; Bundeskartellamt, Fallbericht vom 24. Oktober 2013, B7-1/13-35 – Sennheiser.

376 Dazu auch OECD, Vertical Restraints for On-line Sales, Serie Policy Roundtables (2013), DAF/COMP(2013)13, S. 6 f.; Buccirosi, Competition Policy and Productivity Growth: An Empirical Assessment, a. a. O., 10 ff.

377 EuGH, Urteil vom 13. Oktober 2011, C-439/09 – Pierre Fabre, Slg. 2011, I-9419, Rz. 46.

378 Vgl. BKartA, Hintergrundpapier, a. a. O., S. 23 f.

913. Die Auffassung des Amtes ist dahin gehend mit der europäischen Rechtsprechung vereinbar, dass die Interessen eines Markeninhabers bei der Gestaltung der Vertriebswege grundsätzlich hinter den Schutz des unverfälschten Wettbewerbs zurücktreten müssen, außer es entsteht der falsche Eindruck, dass ein Wiederverkäufer zum selektiven Vertriebssystem des Herstellers gehört, oder aber der Marke droht eine erhebliche Rufschädigung.³⁷⁹ Im Regelfall gehen Herstellervorgaben für den Internetvertrieb zudem mit einer spürbaren Beeinträchtigung des markeninternen Wettbewerbs einher, denn sie beschränken die Möglichkeiten der Händler zur freien Produktvermarktung. Dem entsprechend ist es grundsätzlich konsequent, dass ein Markenhersteller restriktive Vorgaben für den Internetvertrieb nicht allein damit rechtfertigen kann, dass er über diese Vorgaben seine Marke schützen möchte.

914. Die Monopolkommission nimmt in Bezug auf die Praxis des Bundeskartellamtes gleichwohl eine abwartende Haltung ein. Aus ihrer Sicht ist davon auszugehen, dass das Internet noch einen relativ neuen Vertriebskanal darstellt, den die Hersteller erst seit einigen Jahren – wenngleich zunehmend – in ihre Geschäftsmodelle integrieren. Vorgaben, die allein den Vertriebsweg über das Internet beschränken, sind in erster Linie einseitig vom Hersteller gesetzte Qualitätsvorgaben, die nichts daran ändern, dass grundsätzlich jeder Händler, der diese Qualitätsvorgaben erfüllt, auch beliefert wird. Es handelt sich bei der Etablierung eines Vertriebssystems, in dem der Internetvertrieb benachteiligt wird, weder um eine Vereinbarung, durch die eine wettbewerbsbeschränkende Abstimmung auf Herstellerebene oder auf Händlerebene vorgeschrieben oder erleichtert wird (Kollusion), noch um eine Vereinbarung, die auf Hersteller- oder Händlerebene auf den Ausschluss nicht beteiligter Unternehmen aus dem Markt abzielt (Marktabstottung).³⁸⁰

915. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass der Hintergrund für die Zulässigkeit des Selektivvertriebs in dem Bestreben liegt, einen Ausgleich zwischen dem Markenschutz und den Belangen des Wettbewerbs herbeizuführen.³⁸¹ Die immer wieder erfolgreiche Etablierung von Markenprodukten ist als typisches Zeichen für einen innovativen und funktionsfähigen Markenwettbewerb anerkannt. Markenrechte können jedoch einen eigenständigen Wert haben, der nicht allein auf einer konkret feststellbaren Produkt- oder Vertriebsqualität beruht.³⁸² So sind Produkte von Markenherstellern typischerweise zwar gerade aufgrund ihrer besonderen Qualitäten im Markenwettbewerb erfolgreich, doch besteht dieser Qualitätsvorteil unter Umständen nur aus Verbrauchersicht und ist in einem solchen Fall nur eingeschränkt messbar (positives Image). Die aus nicht konkret feststellbaren Produkt- oder Vertriebsvorteilen bestehenden Effizienzen können zumindest eine Einzelfreistellung von Vertriebsbeschränkungen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV nahelegen.

916. Eine Einzelfreistellung von Vertriebsbeschränkungen zum Schutz des Markenprestiges dürfte insbesondere dann in Betracht zu ziehen sein, wenn Händler ein Trittbrettfahrerverhalten zeigen, indem sie sich über graue Kanäle Markenprodukte verschaffen und vertreiben, um so am guten Ruf eines Markenprodukts zu partizipieren, ohne sich jedoch an den in den Aufbau der Marke geflossenen Investitionen zu beteiligen (z. B. hinsichtlich Produktwerbung, Beratung). Eine Unterbindung von Vertriebsbeschränkungen, die gegen ein solches Trittbrettfahrerverhalten gerichtet sind, würde die Anreize für die Vertriebshändler reduzieren, in den Aufbau und die Pflege einer vom Verbraucher angenommenen Marke zu investieren. Sie würde zugleich für Markenhersteller die Anreize zur fortlaufenden Sicherstellung einer hohen Produktqualität vermindern. Eine solche Entwicklung könnte langfristig den Markenwettbewerb beeinträchtigen.

³⁷⁹ EuGH, Urteil vom 23. Februar 1999, C-63/97 – BMW, Slg. 1999, I-905, Ls. 8 u. Rz. 51 ff.; Urteil vom 4. November 1997, 337/95 – Dior/Evora, Slg. 1997, I-6013, Rz. 43. Zum begrenzten Umfang von Schutzrechten im Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts siehe auch EuGH, Urteil vom 4. Oktober 2011, Verb. Rs. C-403 u. 429/08 – Football Association Premier League, Slg. 2011, I-9083, Rz. 135-146, insb. Rz. 138 f. (zu Urheberrechten).

³⁸⁰ Als wettbewerbsliche Bedenken stehen bei Beschränkungen des Internetvertriebs vor allem die damit einhergehende Kundenbeschränkung und die Fragmentierung des Binnenmarktes im Vordergrund; vgl. auch Abschnitt „Institutionelles Wettbewerbshemmnis: Der Jugendhilfeausschuss“ in diesem Gutachten.

³⁸¹ Siehe oben Tz. 905.

³⁸² Siehe oben Tz. 906.

917. Demgegenüber besteht unabweisbar ein gewisses Risiko, dass Markenhersteller durch Vorgaben für den Selektivvertrieb den markeninternen Wettbewerb übermäßig beschränken. Dabei ist zu beachten, dass Vertriebshändler selbstständige Unternehmer und keine unselbstständigen Handelsvertreter sind. Vertriebshändler müssen ihre Geschäftsstrategie also grundsätzlich frei gestalten können. Die Tatsache, dass sie Markenprodukte vertreiben, ändert daran grundsätzlich nichts.

918. Es ist demnach eine Abwägung nötig, um bei der Prüfung einer Einzelfreistellung für Beschränkungen des Internetvertriebs zum Schutz des Prestiges von Markenprodukten die relevanten Gesichtspunkte miteinander auf praktikable Weise in Ausgleich zu bringen. Die europäischen Vertikalleitlinien enthalten für den Regelfall geeignete Grundsätze und Wertungen, um Beschränkungen in Bezug auf den stattfindenden markeninternen Wettbewerb in der Vertriebskette zu beurteilen. Dies gilt nach dem Verständnis der Monopolkommission ungeachtet der zwischenzeitlichen Rechtsprechung, da diese Rechtsprechung sich nicht zu den Kriterien einer Einzelfreistellung äußert.³⁸³ Im Übrigen dürfte eine Einzelfallbeurteilung erforderlich sein, bei der die Auswirkungen auf den markeninternen Wettbewerb und die (längerfristigen) Auswirkungen auf den Markenwettbewerb gegeneinander abzuwägen sind.

919. Allerdings ist zu beachten, dass die Vertikalleitlinien nur einen Ausschnitt der Fälle abdecken, die in der jüngeren Verfahrenspraxis des Amtes relevant waren. Es ist zu unterscheiden:

- Internetverbot: Das Verbot eines Herstellers gegenüber seinen Vertriebshändlern, überhaupt im Internet zu vertreiben, ist eine unzulässige Kernbeschränkung und dürfte in Hinblick auf den Vertrieb der meisten Markenprodukte nicht zu rechtfertigen sein.
- Doppelpreissysteme: Die Gewährung eines Zuschusses für stationäre Händler ist bereits nach den Vertikalleitlinien nicht zu beanstanden.³⁸⁴ Bei Rabatten erscheint eine Einzelfallprüfung über die Vertikalleitlinien hinaus sinnvoll. Eine solche Einzelfallprüfung kann dem Umstand Rechnung tragen, dass auch ein Rabatt, der nur nachweisbare Kostennachteile ausgleicht, keine Sogwirkung hin zum stationären Vertrieb beinhaltet, die einen Eingriff in Freiheit von Vertriebshändlern zur Gestaltung ihres Geschäftsmodells bedeuten würde. Zudem können Preisdifferenzierungen wohlfahrtssteigernd wirken, wenn sie die Ausbringungsmenge erhöhen.
- Verbot von Suchmaschinen-Werbung: Eine solche Klausel beschränkt die Möglichkeit von Vertriebshändlern, über dritte Dienstleister Kunden auf ihre Internetseite zu locken. Derartige Vorgaben sind grundsätzlich nach den Vertikalleitlinien zu beurteilen. Innerhalb eines selektiven Vertriebssystems dürfte ein völliges Verbot der Suchmaschinen-Werbung im Regelfall allerdings nicht erforderlich sein.³⁸⁵
- Vorgabe geschlossener Marktplätze/Verbot von Drittplattformen (Online-Marktplätzen): Eine solche Klausel ist als Beschränkung des Händlerwettbewerbs nach den Vertikalleitlinien zulässig.³⁸⁶ Die Vertikalleitlinien gehen ihrem Wortlaut nach allerdings über eine Regelung zur Ausgestaltung eines (selektiven) Vertriebssystems hinaus. Denn auf einer offenen Internetplattform konkurrieren i. d. R. nicht nur die Vertriebshändler eines Vertriebssystems (d. h. die Händler eines

383 Zweifelnd BKartA, Hintergrundpapier, Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht, Bonn, Präsentation vom 10. Oktober 2013, S. 24; differenzierend dazu die Antwort des Wettbewerbskommissars J. Almunia vom 12. Juni 2014 auf die Parlamentarische Anfrage von MdEP Schwab (PPE) vom 17. April 2014 an die Kommission, E-005151-14.

384 EU-Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, a. a. O., Tz. 52 lit. d,

385 EU-Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, Tz. 53. Vgl. EuGH, Urteil vom 23. März 2010, Verb. Rs. C-236-238/08 – Google France, Slg. 2010, I-2417, zu den legitimen Herstellerinteressen in Bezug auf Suchschlüsselwörter („Keyword Advertising“).

386 EU-Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, Tz. 54. Eine Variante stellt die Vorgabe an Vertriebshändler dar, Markenprodukte nur über Internetseiten mit dem Herstellerlogo zu verkaufen. Siehe aber auch BKartA, B7-1/13-35 – Sennheiser, Fallbericht vom 24. Oktober 2013 zu einem Sonderfall (integrierte Plattform eines autorisierten Händlers).

Sportartikelherstellers), sondern auch ganze Vertriebssysteme (d. h. die Händler mehrerer Sportartikelhersteller).³⁸⁷ Die Vertikalleitlinien können insofern nur eine Vermutung dahin gehend aufstellen, dass ein Plattformverbot gerechtfertigt sein kann; insbesondere weil der Hersteller darüber ein Freifahrerverhalten ausschließen will, das langfristig sein stationäres Vertriebssystem unterminieren würde.³⁸⁸ Die Annahme einer solchen Rechtfertigung erscheint gleichwohl problematisch, wenn es für ein solches Freifahrerverhalten keinerlei Anhaltspunkte gibt.

- Verbot der Listung auf Preisvergleichsmaschinen: Die Beschränkung der Händlermöglichkeiten zur Listung auf Preisvergleichsportalen dürfte im Regelfall über eine zulässige Nutzung der Herstellermarkenrechte hinausgehen und einen unzulässigen Boykott darstellen (§ 21 Abs. 1 GWB). Preisvergleichsdienstleister sind ebenfalls kein Teil der Vertriebskette. Sie weisen vielmehr nur auf die Preise in den Online-Shops der Vertriebshändler hin.

Eine abweichende Beurteilung kann im Einzelfall geboten sein, wenn der betreffende Markenhersteller die konkrete Gefahr einer erheblichen Rufschädigung aufgrund der Geschäftsstrategie seiner Vertriebshändler nachweisen kann. In einem solchen Fall liegt bereits keine Wettbewerbsbeschränkung gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV vor. Der markenrechtliche Einwand dürfte jedoch ins Leere gehen, wenn der Hersteller eine Rufschädigung durch branchenübliche Vertriebsmaßnahmen geltend macht (wenn z. B. die Suchmaschinenwerbung, die Nutzung von Online-Marktplätzen usw. üblich ist). Allerdings sind Effizienzen durch eine Förderung des Markenwettbewerbs gleichwohl nicht ausgeschlossen (Art. 101 Abs. 3 AEUV).³⁸⁹

920. Die bisherige Vorgehensweise des Bundeskartellamtes ist freilich nicht nur abstrakt nach den oben genannten Grundsätzen, sondern mit Blick auf die konkrete Marktsituation in den aufgegriffenen Fällen zu würdigen. So begegnet es grundsätzlich Bedenken, wenn ein marktstarker Hersteller bei seinen Vorgaben für den Internetvertrieb einen ihm zukommenden Verhaltensspielraum ausnutzt oder wenn mehrere Hersteller gleichförmige Selektivvertriebsnetze über den gesamten Markt hinweg legen, wie dies in den vom Bundeskartellamt eingeleiteten Verfahren der Fall war.³⁹⁰ In solchen Fällen ist sicherzustellen, dass Markenhersteller die Vertriebswege nicht in einem Umfang unter ihre Kontrolle bringen, der die freie Entwicklung des Internethandels auf die Dauer spürbar behindert. Dies gilt in Bezug auf direkte Beschränkungen des Internetvertriebs ebenso wie in Bezug auf Doppelpreissysteme. Das bisherige Vorgehen des Bundeskartellamtes berücksichtigt diese Aspekte. Dabei kann allerdings eine derartige Regulierung der Vertriebswege die vertikale Integration fördern.

6 Sanktionen und Schadenersatz

6.1 Verfassungsrechtliche Fragen

921. Die deutschen Gerichte hatten im Berichtszeitraum in mehreren Fällen zu verfassungsrechtlichen Fragen in Bezug auf die Sanktionen in Kartellfällen zu entscheiden. Die Monopolkommission nimmt zu dieser Entscheidungspraxis aus wettbewerbspolitischer Perspektive Stellung.

³⁸⁷ Darüber hinaus beschränkt es den Wettbewerb zwischen den Plattformen; vgl. dazu Zimmer/Blaschczok, JECLAP 2014, 187 (191) (dort zu Bestpreisklauseln).

³⁸⁸ Das ist prima facie deshalb nicht auszuschließen, weil sich der Wettbewerb auf Internetplattformen typischerweise stark auf die Preise ausrichten dürfte. Damit bestehen für die Onlinehändler Anreize, die Vertriebsqualität steigernde eigene Zusatzleistungen (z. B. Beratung) zu unterlassen und die vom stationären Vertrieb erbrachten Zusatzleistungen auszunutzen.

³⁸⁹ Vgl. oben Tz. 914. ff.

³⁹⁰ Vgl. auch EuGH, Urteil vom 25. Oktober 1977, 26/76 – Metro (I), Slg. 1977, 1875, Rz. 22; ferner EU-Kommission, Leitlinien zu vertikalen Beschränkungen, a. a. O., Tz. 75 f.

6.1.1 Bußgeldhöhe

922. Im Grauzementfall hat der BGH zur umstrittenen Verfassungsmäßigkeit der Bußgeldgrenze in § 81 Abs. 4 S. 2 und 3 GWB Stellung genommen.³⁹¹ Er hat die Verfassungsmäßigkeit bejaht, ohne allerdings alle offenen Streitfragen abschließend zu klären.

923. Die Verfassungsmäßigkeit von § 81 Abs. 4 S. 2 GWB ist seit Jahren umstritten. Dazu hat auch die offenkundige Absicht des Gesetzgebers beigetragen, das deutsche Recht an das europäische Recht anzugleichen.³⁹² Vor allem ist umstritten, ob die Vorschrift eine Kappungsgrenze (wie Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003) oder eine Bußgeldobergrenze bestimmt. Der BGH hat sich im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung der Auffassung des OLG Düsseldorf angeschlossen, wonach § 81 Abs. 4 S. 2 GWB eine Bußgeldobergrenze vorsieht.

924. Die Verfassungsmäßigkeit von § 81 Abs. 4 S. 2 GWB ist insbesondere mit Verweis auf den Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG bestritten worden, der auch für deutsche Ordnungswidrigkeiten-Tatbestände wie § 81 Abs. 4 GWB gilt. Dabei wurde insbesondere auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Vermögensstrafe verwiesen. Dort hatte das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass der Rahmen für eine Strafe (Buße) eine „abstrakt bestimmte oder auch nur bestimmbare Unter- und Obergrenze“ enthalten muss. Die Belastungsobergrenze muss vom Gesetzgeber „fallunabhängig“ vorgegeben werden und einen „für alle Anwendungsfälle“ geltenden Strafraum vorsehen. Diese Voraussetzung sei nicht erfüllt, wenn es sich um einen „wandernden“ Strafraum handle, dessen Obergrenze erst „zum Zeitpunkt der konkreten Rechtsanwendung auf den Einzelfall“ sichtbar werde.³⁹³ Der BGH nahm zu diesen Kriterien in seinem Urteil nicht ausdrücklich Stellung, verwies mit Bezug auf § 81 Abs. 4 S. 2 GWB allerdings darauf, dass „[d]ie umsatzmäßig zu bestimmende Obergrenze innerhalb eines transparenten Berechnungsrahmens eine auf die Finanzausstattung und wirtschaftliche Potenz wesentlich besser zugeschnittene Ahndung [erlaubt], als dies [...] ein starres Bußgeldsystem mit betragsmäßig bestimmten Obergrenzen ermöglichte.“³⁹⁴ Die Vereinbarkeit dieser Aussage mit der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung bleibt bislang offen.

925. Der BGH hat auch die Verfassungsmäßigkeit von § 81 Abs. 4 S. 3 GWB bejaht. Nach seiner Auffassung ist bei der Berechnung der umsatzabhängigen Obergrenze der Konzernumsatz zugrunde zu legen, in den sämtliche Umsätze von verbundenen Unternehmen i. S. v. § 36 Abs. 2 GWB einbezogen werden. Der BGH gründet seine Entscheidung darauf, dass § 81 Abs. 4 GWB als Bezugseinheit „die wirtschaftliche Einheit [anspricht], zu der die verbundenen Unternehmen hinzuzurechnen sind, die in einem Konzernverbund (§ 18 AktG) unter einheitlicher Leitung verbunden sind.“ Hiergegen ist vorgebracht worden, die Umsatzzurechnung über § 36 Abs. 2 GWB könne im Rahmen von § 81 Abs. 4 S. 3 GWB zu einer automatischen Haftungszurechnung führen, ohne dass es auf die eigene Verantwortlichkeit derjenigen Unternehmensteile ankomme, deren Umsätze zugerechnet werden. Dies sei mit dem Haftungssystem des deutschen Ordnungswidrigkeitenrechts nicht zu vereinbaren (vgl. auch § 30 OWiG). Der BGH hat zu diesen Bedenken keine Stellung genommen, sondern hervorgehoben, dass die Unternehmensteile, deren Umsätze im konkreten Fall zusammengerechnet wurden, jeweils eine eigenständige bußgeldrechtliche Verantwortlichkeit trafen.³⁹⁵ Die Anwendung von § 81 Abs. 4 S. 3 GWB im vorliegenden Fall spricht allerdings dafür, dass der BGH die genannten Bedenken nicht als durchgreifend erachtet.

³⁹¹ BGH, Beschluss vom 26. Februar 2013, KRB 20/12 – Grauzementkartell, Rz. 50 ff., 66 ff.

³⁹² Vgl. einerseits den Wortlaut („Gesamtumsatz“, s. entsprechend Art. 23 Abs. 1 VO 1/2003 im Gegensatz zu §§ 35 ff. GWB, insb. § 38 Abs. 1 S. 1 GWB) und andererseits die Gesetzesmaterialien (Bundesregierung, Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drs. 15/5049 vom 9. März 2005, S. 50; Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels, BT-Drs. 16/7156 vom 14. November 2007, S. 11).

³⁹³ BVerfGE 105, 135, Rz. 97 f. (zit. nach Juris), vgl. z. B. bei Geldstrafen § 40 I StGB (Tagessatzzahl) i. V. m. §§ 40 Abs. 2 S. 3 StGB (Tagessatzhöhe).

³⁹⁴ BGH, Beschluss vom 26. Februar 2013, KRB 20/12 – Grauzementkartell, Rz. 63.

³⁹⁵ BGH, Beschluss vom 26. Februar 2013, KRB 20/12 – Grauzementkartell, Rz. 80 ff.

926. Aus wettbewerbspolitischer Perspektive ist es nicht erforderlich, hier zur Verfassungsmäßigkeit von § 81 Abs. 4 S. 2 und 3 GWB Stellung zu nehmen. Das Bundeskartellamt hat auf die Rechtsprechung des BGH hin seine Bußgeldleitlinien überarbeitet, um eine Anpassung der Verfahrenspraxis an jene Rechtsprechung zu ermöglichen.³⁹⁶ Die Monopolkommission hält es jedoch gleichwohl für geboten, dass das deutsche Kartellbußgeldrecht überarbeitet wird. Sie sieht nach dem Urteil des BGH keinen Anlass, von ihrer Auffassung abzurücken, dass es sich bei § 81 Abs. 4 S. 2 GWB um eine Kappungsgrenze und nicht um eine Bußgeldobergrenze handelt.³⁹⁷ Die Ausgestaltung der Bußgeldbemessung durch das Bundeskartellamt begegnet für sich genommen keinen Bedenken. Das gilt auch mit Bezug auf die neuen Bußgeldleitlinien. Problematisch ist es allerdings, dass die vielen Streitfragen, die mit § 81 Abs. 4 GWB verbunden sind, die Entwicklung einer einheitlichen und vorhersehbaren Bußgeldpraxis und ihre Akzeptanz durch die Rechtsunterworfenen fortlaufend behindern. Dabei ist zu berücksichtigen, dass hohe Kartellbußen zur Erreichung einer effizienten Abschreckung einerseits geboten sind, andererseits für die betroffenen Unternehmen aber auch einen unter Umständen existenzvernichtenden Eingriff darstellen können.³⁹⁸

6.1.2 Vergleichsverfahren

927. Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum Verfahren in mehreren Fällen durch einvernehmliche Verfahrensbeendigung (sogenannte Settlements) zum Abschluss gebracht. Derartige Vergleichsverfahren sind in allen kartellrechtlichen Ordnungswidrigkeitenverfahren möglich. Sie sind für das Bundeskartellamt ein wichtiges Instrument zum effizienten Ressourceneinsatz und haben mittlerweile eine erhebliche praktische Bedeutung.

928. Das Bundeskartellamt hat kürzlich in einem Merkblatt die wesentlichen Verfahrensgrundsätze niedergelegt.³⁹⁹ Danach können beide Seiten sogenannte Settlement-Gespräche anregen, um ein Vergleichsverfahren auszulösen. In diesen Gesprächen erläutert das Bundeskartellamt dem jeweiligen Beteiligten schriftlich oder mündlich den zur Last gelegten Sachverhalt, stellt einen Höchstbetrag als Geldbuße in Aussicht und hört den jeweiligen Beteiligten hierzu an. Dem Beteiligten wird gegebenenfalls ein Vorschlag für eine Settlement-Erklärung übersendet, der innerhalb einer gesetzten Frist angenommen werden kann. Das Settlement erfordert eine geständige Einlassung, die neben einer Beschreibung der prozessualen Tat Angaben über die Umstände enthalten muss, die für die Bußgeldzumessung maßgeblich sind. Der Beteiligte muss den zur Last gelegten Sachverhalt zutreffend anerkennen und die Geldbuße bis zur Höhe der in Aussicht gestellten Höhe akzeptieren. Außerdem muss er i. d. R. auf eine vollständige Akteneinsicht verzichten. Ein Schuldeingeständnis oder ein Rechtsmittelverzicht wird nicht verlangt.

929. Das Bundeskartellamt betont in seinem Merkblatt, dass die Voraussetzungen für einvernehmliche Verfahrensbeendigungen einfachgesetzlich nicht geregelt sind und insbesondere § 257c StPO zu strafprozessualen Verständigungen im Rahmen von kartellbehördlichen Vergleichsverfahren nicht gilt. Dies folgt in der Tat aus der eigenständigen Ausgestaltung des Verfahrens in Ordnungswidrigkeitensachen.⁴⁰⁰

930. Das Bundesverfassungsgericht hat in Bezug auf strafrechtliche Verständigungsverfahren im Berichtszeitraum allerdings rechtsstaatliche Defizite festgestellt.⁴⁰¹ Es sei mit der Amtsaufklärungspflicht der Strafgerichte nicht vereinbar, wenn eine solche Verständigung eigene Ermittlungen des Gerichts ersetze und die einzige Urteilsgrundlage bilde. Auch der staatsanwaltschaftlichen Vorarbeit komme im Strafprozess eine

³⁹⁶ Vgl. BKartA, Leitlinien für die Bußgeldzumessung in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren, 25. Juni 2013.

³⁹⁷ Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 474.

³⁹⁸ Dazu EuG, Beschluss vom 29. Oktober 2009, T-352/09 R – Nováckechemické závody/Kommission, Slg. 2009, II-208, Rz. 9, 42 ff.; BKartA, Bekanntmachung Nr. 38/2006 vom 15. September 2006, Bußgeldleitlinien, Tz. 24 („kann das Bundeskartellamt“ - Hervorhebung nur hier).

³⁹⁹ Vgl. BKartA, Das Settlement-Verfahren des Bundeskartellamts in Bußgeldsachen, Merkblatt vom 23. Dezember 2013.

⁴⁰⁰ Anders dürfte dies übrigens im Rechtsmittelverfahren sein, §§ 46 Abs. 1, 71 Abs. 1 OWiG.

⁴⁰¹ BVerfG, Urteil vom 19. März 2013, 2 BvR 2628/10 u. a.

herausgehobene Bedeutung zu, weil die Angeklagte und das Gericht sich hinsichtlich des Verfahrensergebnisses einer Bindung unterwerfen und die Gesetzmäßigkeit der Verständigung sicherzustellen ist. Die gegenwärtige Praxis sei insofern mit dem Schuldgrundsatz und anderen Verfassungsgarantien nicht vereinbar.

931. Diese Rechtsprechung dürfte auf einvernehmliche Verfahrensbeendigungen in kartellbehördlichen Ordnungswidrigkeitenverfahren nicht ohne Weiteres übertragbar sein. Der Schuldgrundsatz ist in Ordnungswidrigkeitenverfahren zwar anwendbar, wenn das Verfahren nicht nur gegen ein Unternehmen, sondern auch gegen seine Organwalter geführt wird, wie dies in Kartellbußgeldverfahren häufig der Fall ist.⁴⁰² Im Übrigen ist jedoch umstritten, in welchem Umfang der Schuldgrundsatz in solchen Verfahren Anwendung findet.⁴⁰³

932. Die einvernehmliche Verfahrensbeendigung durch Vergleich mit einer Kartellbehörde ist zudem keine Ausgestaltung eines gerichtlichen Verfahrens. Im Strafprozess hat die öffentliche Verfahrensführung durch ein unparteiisches Gericht eine zentrale Bedeutung. Im kartellbehördlichen Vergleichsverfahren verzichten die Beteiligten dagegen bewusst auf einen derartigen gerichtlichen Rechtsschutz, um die aus ihrer Sicht bestehenden Nachteile einer öffentlichkeitswirksamen Überprüfung des behördlichen Ermittlungsergebnisses zu vermeiden (ähnlich wie z. B. in Fällen des § 153a StPO).⁴⁰⁴

933. Trotzdem sind eine Reihe der Risiken, die das Bundesverfassungsgericht für eine verfassungsgemäße Verfahrensführung sieht, in zumindest ähnlicher Form auch bei kartellbehördlichen Vergleichsverfahren nicht von der Hand zu weisen.

934. Insbesondere entfalten solche Verfahren einen Anreiz für die Behörde, die Amtsermittlung zur Ressourcenschonung gerade in komplexen Verfahren auf ein Minimum zu beschränken. Auf der anderen Seite nehmen die beteiligten Unternehmen möglicherweise auch eine aus ihrer Sicht ungerechtfertigte Sanktion in Kauf, da sie deren Folgen aufgrund der fehlenden Öffentlichkeit des Verfahrens mit relativ hoher Aussicht auf Erfolg auf ihre Kunden und Anteilsinhaber abwälzen können. Das Fehlen einer unparteiischen Überprüfung durch ein Gericht erweist sich insofern eher als zusätzlicher Nachteil solcher Verfahrensbeendigungen.

935. Die Monopolkommission sieht in einvernehmlichen Verfahrensbeendigungen allerdings ein wettbewerbspolitisch notwendiges Instrument, um den Kartellbehörden eine effiziente Verfolgung von Wettbewerbsverstößen zu ermöglichen. Die verfassungsrechtliche Rechtsprechung im Berichtszeitraum könnte dieses Instrument infrage stellen. Die Monopolkommission mahnt deshalb auch aus Gründen der Rechtssicherheit mit Blick auf einvernehmliche Verfahrenbeendigungen eine baldige grundlegende Reform der Vorschriften über das kartellbehördliche Ordnungswidrigkeitenverfahren an.

6.1.3 Verzinsungspflicht bei Kartellgeldbußen

936. Das Bundesverfassungsgericht hat die Verfassungsmäßigkeit der Pflicht zur Verzinsung von kartellbehördlichen Geldbußen nach § 81 Abs. 4 GWB bestätigt.⁴⁰⁵ Die Antragstellerin im zugrunde liegenden Verfahren hatte diesbezüglich Bedenken aufgrund von mehreren Grundrechten (insbesondere Art. 3 Abs. 1 GG) und in Anbetracht der Unbestimmtheit der gesetzlichen Grundlage für Geldbußen wegen Kartellverstößen geltend gemacht. Das zuständige OLG Düsseldorf setzte das Verfahren daraufhin aus und legte dem

402 BVerfG, Beschluss vom 23. Januar 1990, 1 BvL 4/87 u.a., BVerfGE 81, 228, Rz. 13, 30 (zit. nach Juris).

403 BVerfG, Beschluss vom 25. Oktober 1966, 2 BvR 506/62, BVerfGE 20, 323 (336); BGH, Beschluss vom 26. Februar 2013, KRB 20/12 – Grauzementkartell, Rz. 65; zum Streitstand vgl. Aberle, L. Sanktionsdurchgriff und wirtschaftliche Einheit im deutschen und europäischen Kartellrecht, Diss., Köln 2013, S. 152 mit Nachweisen.

404 EGMR, Urteil vom 27. Februar 1980, Nr. 6903/75 – Deewer vs. Belgium, Serie A 35, Rz. 51(b).

405 BVerfG, Beschluss vom 19. Dezember 2012, 1 BvL 18/11 – Verzinsungspflicht, WuW/E DE-R 3765 = NJW 2013, 1418.

Bundesverfassungsgericht unter mehreren Gesichtspunkten die Frage vor, ob die Verzinsungspflicht von Kartellgeldbußen mit dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz vereinbar sei.

937. Das Bundesverfassungsgericht verneinte eine Grundrechtsverletzung. Eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung liege nicht vor. Dem stehe nicht entgegen, dass die Verzinsungspflicht bei Kartellgeldbußen nur juristische Personen und Personenvereinigungen, aber keine natürlichen Personen träfe. Denn Kartellbußen würden gegen natürliche Personen in geringerem Umfang verhängt und träfen die Betroffenen härter als die mit einer Buße belegten juristische Personen und Personenvereinigungen. Eine verfassungswidrige Ungleichbehandlung liege auch nicht vor, weil die Verzinsungspflicht nur in Kartellbußgeldsachen besteht und nur bei einer behördlichen Bußgeldfestsetzung ausgelöst wird, aber nicht bei Festsetzung durch ein Kartellgericht. Die Verzinsungspflicht verstoße auch nicht gegen die verfassungsrechtliche Rechtsschutzgarantie oder die Unschuldsvermutung. Das Bundesverfassungsgericht ließ in diesem Verfahren die Verfassungsmäßigkeit der Normen zur Bußgeldzumessung offen.

938. Das OLG Düsseldorf hat den zugrunde liegenden Rechtsstreit zwischenzeitlich unter Beachtung der Rechtsauffassung des Bundesverfassungsgerichts entschieden.⁴⁰⁶ Die Monopolkommission begrüßt die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, da sie mit Blick auf die Pflicht zur Verzinsung von Geldbußen für Rechtssicherheit sorgt.

6.2 Private Kartellverfolgung

939. Das Recht der Kartellgeschädigten zur Erhebung von Schadenersatzklagen ist als Bestandteil des Kartellverbots des Art. 101 AEUV anerkannt. Nach der europäischen Rechtsprechung kann das Kartellverbot nur dann volle Wirksamkeit entfalten, wenn neben der behördlichen Kartellverfolgung auch private Schadenersatzklagen möglich sind.⁴⁰⁷

940. Kartellschadenersatzklagen haben in den letzten Jahren zunehmende praktische Bedeutung gewonnen, vor allem in Großbritannien, Deutschland und den Niederlanden. Die Kläger können sich dabei die Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen zunutze machen („Follow-on“-Klagen).

941. Die Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen wegen Wettbewerbsverstößen stößt für private Kläger in der Praxis nach wie vor auf erhebliche Schwierigkeiten. Die deutschen Gerichte haben im Berichtszeitraum ihre für Kläger im internationalen Vergleich günstige Rechtsprechung nicht ungebrochen fortgesetzt.⁴⁰⁸ So entschied das LG Düsseldorf, dass Abtretungen für eine privat organisierte Repräsentantenklage sittenwidrig sind, wenn ein Unternehmen die ihm abgetretenen und gebündelten Schadenersatzforderungen gegen Kartellmitglieder geltend macht, aber über kein hinreichendes Kapital verfügt, um die Prozesskosten im Unterliegensfall zu tragen.⁴⁰⁹ Insgesamt hat es in der EU in Kartellfällen bisher kaum Verurteilungen zu Schadenersatz gegeben (aber durchaus Prozessvergleiche).⁴¹⁰

942. Die Europäische Kommission hat deshalb einen neuen Vorschlag für eine Richtlinie zu privaten Schadenersatzklagen vorgelegt.⁴¹¹ Der Vorschlag berücksichtigt im Berichtszeitraum ergangene Ent-

406 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25. September 2013, Az. V-1 Kart 7/11 (Owi) – Verzinsung von Geldbußen, WuW/E DE-R 4014.

407 EuGH, Urteil vom 6. Juni 2013, C-536/11 – Donau Chemie, noch nicht in amtl. Slg.

408 Siehe insbesondere BGH, Urteil vom 28. Juni 2011, KZR 75/10 – ORWI; KG, Urteil vom 1. Oktober 2009, 2 U 10/03 Kart (n. rkr.) – Berliner Transportbeton zu den Voraussetzungen privater Kartellschadenersatzklagen nach deutschem Recht.

409 LG Düsseldorf, Urteil vom 17. Dezember 2013, 37 O 200/09 (Kart) U – Zementkartell II.

410 Siehe allerdings jüngst LG Mannheim, Urteil vom 4. Mai 2012, 7 O 463/11 Kart – Feuerlöschfahrzeuge (vertraglich pauschalierter Schadenersatz).

411 EU-Kommission, Vorschlag vom 11. Juni 2013 für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, COM(2013) 404 final (Vorschlag Schadenersatz-Richtlinie).

scheidungen der europäischen und nationalen Gerichte zum Verhältnis von öffentlicher (= kartellbehördlicher) und privater Kartellverfolgung.⁴¹² Das Gesetzgebungsverfahren konnte im April 2014 inhaltlich noch knapp vor dem Ende der Legislaturperiode abgeschlossen werden.⁴¹³

943. Der Europäische Gerichtshof hatte in seinem Urteil im Fall „Donau Chemie“ klargestellt, dass die Wirksamkeit der Wettbewerbsregeln durch öffentliche und private Durchsetzungsmaßnahmen gleichermaßen sichergestellt wird. Die private Durchsetzung durch Schadenersatzklagen diene jedoch nicht nur öffentlichen Zwecken, sondern müsse es dem Einzelnen auch ermöglichen, einen vollständigen Ausgleich für Schäden durch Wettbewerbsverstöße zu erlangen.⁴¹⁴

944. Die Richtlinie knüpft an diese Rechtsprechung an und normiert ein Recht auf vollständigen Schadenersatz (Art. 2). Die mitgliedstaatlichen Vorschriften sind danach so auszugestalten, dass dieses Recht wirksam geltend gemacht werden kann (Art. 3). Der Vorschlag führt für die Gerichte eine Befugnis ein, die Offenlegung von Beweismitteln durch einen Beklagten oder Dritten anzuordnen (Art. 5). Diese Befugnis zur Anordnung der Offenlegung ist allerdings beschränkt (Art. 6). Wenn ein Kläger solche Informationen durch Akteneinsicht erlangt, dürften sie gleichfalls nicht in den Prozess eingeführt werden (Art. 7). Hinzu treten flankierende Sanktionsnormen (Art. 8). Der Richtlinien-Vorschlag enthält außerdem Regelungen über die Feststellungswirkung von kartellbehördlichen Entscheidungen (Art. 9), über den Eintritt der Verjährung und die Verjährungsfrist (mind. fünf Jahre; Art. 10), die gesamtschuldnerische Haftung mehrerer Kartellanten (Art. 11), den Einwand der Schadensabwälzung (sogenannte passing-on defence) und die Rechte mittelbarer Abnehmer, auf die der Schaden abgewälzt wurde (Art. 12 ff.), über die Vermutung, dass ein Kartell einen Schaden verursacht hat (Art. 17) und über einvernehmliche Streitbelegungen (Art. 18).

945. Die Richtlinie ist als wegweisende Neuregelung von Kartellzivilprozessen anzusehen, die eine Reihe lange streitiger Fragen für alle Mitgliedstaaten regelt (z. B. Schadensabwälzung und Rechte mittelbar Geschädigter, Schadensvermutungen). Das Bundeskartellamt hatte den zugrunde liegenden Richtlinienvorschlag in einer Stellungnahme begrüßt. Es hatte dabei allerdings Bedenken hinsichtlich der Ausgestaltung der Verfahrensgrundsätze für privaten Schadenersatz geäußert.

946. Die Monopolkommission hält die endgültige Richtlinie ebenfalls für begrüßenswert. Aus ihrer Sicht ist mehreren im Zusammenhang mit dem Richtlinienvorschlag geäußerten Bedenken in zufriedenstellender Weise Rechnung getragen worden. In Bezug auf einige Einzelfragen wäre es gleichwohl wünschenswert gewesen, wenn nach der Veröffentlichung des Vorschlags mehr Zeit für die Ausarbeitung der endgültigen Richtlinienfassung verblieben wäre.

947. So stellt zwar die gerichtliche Befugnis zur Anordnung der Offenlegung von Beweismitteln (Art. 5) eine Neuregelung dar, die sich ähnlich vergleichbaren früheren Richtlinienvorgaben relativ unproblematisch im deutschen Recht umsetzen lassen dürfte.⁴¹⁵ Die gesetzlichen Beschränkungen für die Offenlegung bestimmter Beweismittelkategorien (Art. 6) werfen allerdings Fragen auf.

Diese Ausnahmen waren mit Blick auf ihre Vereinbarkeit mit der europäischen Rechtsprechung bereits im Gesetzgebungsverfahren umstritten. Der Europäische Gerichtshof hat in Bezug auf mitgliedstaatliche Regelungen bereits entschieden, dass der Antrag eines nicht am Verfahren beteiligten Dritten auf Einsicht in

412 Insbesondere EuGH, Urteil vom 6. Juni 2013, C-536/11 – Donau Chemie, noch nicht in amtl. Slg.; AG Bonn, Beschluss vom 18. Januar 2012, 51 Gs 53/09 – Pfeiderer im Anschluss an EuGH, Urteil vom 14. Juni 2011, C-360/09 – Pfeiderer, Slg. 2011, I-5161; England and Wales High Court, Urteil vom 4. April 2012 – National Grid Electricity Transmission plc v ABB Ltd and others, [2012] EWHC 869 (Ch).

413 Siehe Richtlinie 2014/[...]/EU über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, vorl. Fassung der Entschließung des Europäischen Parlaments vom 15. April 2014, P7_TA-PROV(2014)0451.

414 EuGH, Urteil vom 6. Juni 2013, C-536/11 – Donau Chemie, noch nicht in amtl. Slg., Rz. 23 f.

415 Umsetzungsvorschriften zu RL 2004/48/EG.

Akten eines Kartellgerichts nur aufgrund einer Einzelfallabwägung versagt bleiben darf.⁴¹⁶ In Bezug auf Anträge auf Akteneinsicht bei der Europäischen Kommission hat er kürzlich bestätigt, dass selbst im Falle mehrerer gegenläufiger europäischer Regelungen, von denen einige dem Wortlaut nach eine abwägungsfreie Entscheidung in Bezug auf ein Akteneinsichtsbegehren vorsehen, eine Abwägung zwischen den Interessen des Antragstellers und gegenläufigen Interessen im Rahmen der behördlichen Kartellverfolgung vorzunehmen ist.⁴¹⁷ Allerdings hat er in dem letztgenannten Urteil auch entschieden, dass gesetzliche Vermutungen in Bezug auf bestimmte Kategorien von Dokumenten dahin gehend möglich seien, dass die Verbreitung dieser Dokumente grundsätzlich den Schutz der geschäftlichen Interessen von Verfahrensbeteiligten und den Schutz des Zwecks kartellbehördlicher Untersuchungen beeinträchtigen würde, die noch nicht bestandskräftig abgeschlossen sind.⁴¹⁸ Es sei zulässig, dass ein Ausforschungsantrag ohne Abwägung aufgrund solcher Vermutungsregelungen abgewiesen wird. Im Fall eines Antrags auf Einsicht in einzeln bezeichnete Aktenstücke müsse die Vermutung indes widerlegbar sein.

Die Richtlinie sieht nach ihrem Wortlaut keine Abwägung in Bezug auf die Beweismittelkategorien vor, für die die Offenlegung beschränkt ist. Die Richtlinie orientiert sich im Ergebnis an der nationalen Entscheidungspraxis im Berichtszeitraum.⁴¹⁹ Es ist jedoch unklar, ob die Richtlinie hierdurch die Vorgaben der europäischen Rechtsprechung vollständig umsetzt. Dies ist insofern misslich, als die Rechtsprechung sich vom Kartellverbot des Art. 101 AEUV ableitet und damit von höherrangigem Recht, dessen Wirksamkeit durch Ausführungsregelungen wie die vorliegende Richtlinie nicht eingeschränkt werden kann. Die Richtlinie könnte nach ihrem Wortlaut allerdings so zu verstehen sein, dass sie eine Aktenvorlage auch in Fällen ausschließt, in denen diese erforderlich ist, um die Wirksamkeit von Art. 101 AEUV zu gewährleisten. Der Anwendungsbereich der Regelung bleibt durch die europäischen Gerichte zu klären.

948. Eine im Richtlinienetzungsverfahren besonders umstrittene Frage betraf die Rechtsposition von direkten und indirekten Schadenersatzklägern zueinander. Nach der deutschen Rechtsprechung hat ein direkter Abnehmer aufgrund der Beweislastverteilung eine relativ starke Position in einer Schadenersatzklage.⁴²⁰ Die Position indirekter Abnehmer ist entsprechend schwächer. Die Richtlinie sieht demgegenüber Beweiserleichterungen für mittelbare Abnehmer vor. Diese Beweiserleichterungen sollen offenbar nur für Abnehmer innerhalb der Vertriebskette gelten.⁴²¹ Die Stärkung der Position mittelbarer Abnehmer birgt die Möglichkeit in sich, dass die Beklagten eines Kartellschadenersatzprozesses doppelt belastet werden. Ein solches Risiko besteht immer dann, wenn direkt Kartellgeschädigte ihren Schaden nachweisen können und indirekt Kartellgeschädigte ebenfalls Klage erheben und sich dabei auf die Beweiserleichterungen zu ihren Gunsten berufen. Die Regelungen in der endgültigen Richtlinienfassung schließen eine Überkompensation allerdings ausdrücklich aus (Art. 2 Abs. 3, 12 Abs. 2, siehe auch Art. 15). Damit dürften Beklagte eine doppelte Inanspruchnahme etwa über eine Streitverkündung vermeiden können.⁴²² Zu hinterfragen bleibt allerdings, weshalb die Richtlinie überhaupt eine Vollharmonisierung der Regeln zum Verhältnis von

416 EuGH, Urteil vom 6. Juni 2013, C-536/11 – Donau Chemie, noch nicht in amtl. Slg., Rz. 35, 43.

417 EuGH, Urteil vom 27. Februar 2014, C-365/12 P – EnBW Energie Baden-Württemberg, noch nicht in amtl. Slg. In diesem Fall ging es um Art. 4 Abs. 2, 3 UAbs. 1 VO 1049/2001, ABl. EU L 145 vom 31. Mai 2001, S. 43, und Art. 27 f. VO 1/2003, wobei die letztgenannten Vorschriften nach ihrem Wortlaut für das Akteneinsichtsbegehren eines verfahrensfremden Dritten keine solche Abwägung vorsehen.

418 EuGH, Urteil vom 27. Februar 2014, C-365/12 P – EnBW Energie Baden-Württemberg, noch nicht in amtl. Slg., Tz. 92 f., 114.

419 Siehe insb. England and Wales High Court, Urteil vom 4. April 2012 – National Grid Electricity Transmission plc v ABB Ltd and others, [2012] EWHC 869 (Ch).

420 BGH, Urteil vom 28. Juni 2011, KZR 75/10 – ORWI, WuW/E DE-R 3431, Rz. 68-72.

421 Sie dürften also z. B. nicht ohne Weiteres für die Endkunden eines indirekten Abnehmers gelten. D. h., die Beweiserleichterungen würden nicht gelten, wenn ein kartellbefangenes Produkt (z. B. Reifen) nicht lediglich weiter veräußert wird, sondern wenn der am Ende der Vertriebskette stehende Erwerber (= indirekter Abnehmer) es als Hersteller (z. B. Autohersteller) im Rahmen eines eigenen Herstellungsvorgangs verwendet und das Endprodukt (z. B. ein Fahrzeug) an eigene Endkunden verkauft, die dann einen Kartellschaden geltend machen.

422 Das dürfte zumindest im Grundsatz gelten; allerdings bleiben im geltenden deutschen Recht Fragen offen, z. B. hinsichtlich der Auswirkung von Urteilen auf die Beweislastverteilung im noch laufenden Prozess.

direkten und indirekten Schadenersatzklägern zueinander vornimmt und den Mitgliedstaaten keinen Ausgestaltungsspielraum belässt.

949. Für Kläger auf vorgelagerten Vertriebsstufen gelten die Beweisregeln in Bezug auf direkte und indirekte Abnehmer entsprechend (Art. 12 Abs. 4). Die Praxis wird zeigen müssen, welcher Raum überhaupt für den Einwand der Schadensabwälzung gegenüber einem Kläger einer vorgelagerten Vertriebsstufe besteht, da dieser häufig bereits seine eigenen Abnahmeverpflichtungen eingegangen sein wird, noch bevor er an die Mitglieder eines Nachfragekartells liefert. Noch nicht abschließend geklärt ist auch die beweisrechtliche Stellung von Klägern, die außerhalb der Vertriebskette stehen.

950. Eine intendierte Überkompensation aufgrund von mehrfachem Schadenersatz (etwa im Sinne eines Strafschadenersatzes) bleibt nach der endgültigen Richtlinienfassung nur noch aufgrund einer ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung nach nationalem Recht möglich. Ein solcher mehrfacher Schadenersatz kann durchaus sinnvoll sein angesichts des Umstands, dass viele Kartellschäden als Streuschäden nicht geltend gemacht werden. Die Monopolkommission erinnert daran, dass sie sich bereits zuvor für eine derartige Regelung ausgesprochen hatte.⁴²³ Die Richtlinie wählt rechtspolitisch einen anderen Ansatz, indem sie den Kartellbehörden die Möglichkeit gibt, eine freiwillige Entschädigungsregelung seitens der Mitglieder von Kartellen positiv auf mögliche Kartellbußgelder anzurechnen (Art. 18 Abs. 4). Die Auswirkungen dieser Regelung bleiben abzuwarten.

951. Weitere Fragen bleiben auch nach Annahme der Richtlinie offen, die zwar in Schadenersatzprozessen relevant geworden sind, aber auch außerhalb davon eine Rolle spielen. Dies betrifft insbesondere die bußgeldrechtliche Haftung von Unternehmensteilen, denen der Wettbewerbsverstoß nach Art. 101 f. AEUV zurechenbar ist, ohne dass sie Adressat einer Bußgeldentscheidung sind.⁴²⁴ Diese Frage ist nach der zitierten europäischen Rechtsprechung eine Frage des materiellen Rechts (Tatbestandsseite) und nicht lediglich eine Frage des bußgeldrechtlichen Haftungsadressaten (Rechtsfolgenseite). Die Richtlinie (Art. 1 Abs. 1) legt für die Frage des zivilrechtlichen Schadenersatzes dasselbe Verständnis zugrunde. Im bußgeldrechtlichen Kontext kann nichts anderes gelten. Dem steht nicht entgegen, dass es sich bei der Frage der Haftungszurechnung nach dem deutschen Ordnungswidrigkeiten- und Schadenersatzrecht bislang um eine Frage des Haftungsadressaten handelt. Es bedarf dringend der gesetzlichen Klarstellung, dass das deutsche Recht einer Haftungszurechnung nach Art. 101 f. AEUV nicht entgegen steht.

952. Eine nach Annahme der Richtlinie ebenfalls offengebliebene Frage betrifft die Rechtsposition von Schadenersatzklägern im Rahmen des Kartellverfahrens. Der Richtlinienvorschlag sieht vor, dass Kronzeugen in Schadenersatzprozessen von einer Haftungsprivilegierung profitieren (Art. 11 Abs. 3 RL). Die Anerkennung als Kronzeuge im Kartellverfahren schließt demnach eine Haftung des betreffenden Kartellmitglieds gegenüber bestimmten Kartellgeschädigten aus. Das Bundeskartellamt hatte im Gesetzgebungsverfahren darauf hingewiesen, dass den Geschädigten infolge dessen möglicherweise ein Recht auf Beteiligung am kartellbehördlichen Verfahren eingeräumt werden müsste. Die Monopolkommission stimmt dieser Einschätzung grundsätzlich zu. Sie gibt allerdings zu bedenken, dass die Klage eines Geschädigten ohne die vorherige Kooperation des Kronzeugen und die Möglichkeit der Kartellbehörden, einen Bescheid zu erlassen, regelmäßig keine ausreichende Basis haben dürfte.⁴²⁵ Die Klage hat also meist nur aufgrund der

⁴²³ Dazu schon Monopolkommission, Sondergutachten 41/42, Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle, Baden-Baden 2004, Tz. 76, 78 ff.

⁴²⁴ Siehe EuGH, Urteil vom 25. Oktober 1983, 107/82 – AEG, Slg. 1983, 3151, Rz. 31 ff., insb. Rz. 49-53; Urteil vom 10. September 2009, C-97/08 P – Akzo Nobel, Slg. 2009, I-8237, Rz. 56 u. 77; Urteil vom 20. Januar 2011, C-90/09 P – General Química, Slg. 2001, I-1, Rz. 36-38; abweichend LG Berlin, Urteil vom 6. August 2013, 16 O 193/11, Rz. 79 ff. (zit. nach Juris).

⁴²⁵ EU-Kommission, Mitteilung über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. EU C 298 vom 8. Dezember 2006, S. 17, Tz. 8 („Unternehmen als erstes Informationen und Beweismittel vorlegt, die es der Kommission ihrer Auffassung nach ermöglichen“); ähnlich BKartA, Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen – Bonusregelung, 7. März 2006, Tz. 3 Nr. 1 („sich als erster Kartellbeteiligter an das Bundeskartellamt wendet, bevor dieses über ausreichende Beweismittel verfügt“).

vorherigen Kooperation des Kronzeugen überhaupt Aussicht auf Erfolg. Anders dürfte die Situation in Fällen sein, in denen der Geschädigte nur von anderen Kartellmitgliedern Waren bezogen hatte und seine Klage folglich auf keine Schädigung durch den Kronzeugen stützt. Es erscheint jedoch auch hier nicht geboten, dass der Kronzeuge gegenüber dem Geschädigten gesamtschuldnerisch haftet.

953. Offen ist schließlich noch die Praktikabilität der Richtlinienvorgaben. Diese erscheint bspw. in Bezug auf die in einem späten Kompromiss eingefügte Haftungsprivilegierung für kleine und mittlere Unternehmen mit niedrigem Marktanteil schwierig herzustellen (Art. 11 Abs. 2). Die besagte Regelung führt zu einem wettbewerbspolitisch nicht zweifelsfreien Schutz für solche Unternehmen gegenüber Schadenersatzforderungen, die ihre Lebensfähigkeit gefährden können. Sie kann Schadenersatzprozesse allerdings mit überaus komplexen Prüfungen dahin gehend belasten, welchen Marktanteil das potenziell privilegierte Unternehmen über den gesamten Kartellzeitraum hatte (< 5 Prozent) und inwiefern die Haftung seine wirtschaftliche Lebensfähigkeit unwiederbringlich gefährden und seine Aktiva jeglichen Werts berauben würde. Bei der Umsetzung dieser Richtlinienvorgabe wird darauf zu achten sein, dass die erforderlichen Nachweise so vorzubringen sind, dass Verfahrensverzögerungen, welche die Wirksamkeit von Schadenersatzklagen zur Durchsetzung des Kartellrechts beeinträchtigen könnten, unterbleiben.

954. Die Richtlinie wird durch eine Empfehlung der Europäischen Kommission zu kollektiven Unterlassungs- und Schadenersatzverfahren flankiert.⁴²⁶ Diese Empfehlung betrifft kollektive Rechtsschutzverfahren im Allgemeinen und nicht nur in Wettbewerbssachen. Sie ist allerdings im Zusammenhang mit aktuellen Rechtsentwicklungen zu kartellrechtlichen Schadenersatzklagen in anderen Mitgliedstaaten zu sehen, insbesondere im Vereinigten Königreich, das aufgrund des angelsächsischen Rechts (insbesondere: disclosure rules) und aufgrund der Sprache in der EU die für solche Klagen bevorzugte Rechtsordnung ist.

Die britische Regierung hat im Berichtszeitraum Änderungen für eine Reform des Verfahrensrechts für private Schadenersatzklagen vorgeschlagen, welche die Erhebung von Sammelklagen (Opt-out) und nicht an eine behördliche Verfügung anknüpfende Kartellklagen vor einem speziellen Kartellgericht (Competition Appeal Tribunal) möglich machen würde.⁴²⁷ Diese Maßnahmen werden nach Einschätzung von Marktbeobachtern die Attraktivität des Vereinigten Königreichs als Gerichtsstand für Kartellschadenersatzklagen weiter steigern. Sie dürften zugleich allerdings das Risiko erhöhen, dass Schadenersatzklagen gegen deutsche Unternehmen außerhalb Deutschlands und damit in einer für heimische Unternehmen nicht leicht einschätzbaren Rechtsordnung erhoben werden.

Die Monopolkommission warnt vor diesem Hintergrund davor, die Umsetzung der Richtlinie zu privaten Schadenersatzklagen in deutsches Recht zu verzögern. Für den Fall einer spürbaren Verlagerung von Kartellschadenersatzklagen zu ausländischen Gerichtsständen tritt sie dafür ein, die geltenden Verfahrensregeln für Schadenersatzklagen mit Blick auf die Kommissionsempfehlung zu kollektiven Unterlassungs- und Schadenersatzverfahren zu überprüfen, um das deutsche Verfahrensrecht in geeigneter Weise anzupassen.

6.3 Bedeutung von Compliance

955. Die Monopolkommission hatte bereits im XIX. Hauptgutachten darauf hingewiesen, dass eine freiwillige Befolgung der Wettbewerbsvorschriften insbesondere in den Bereichen Kartellverfolgung und Missbrauchsaufsicht größte Bedeutung hat. Die Verfolgungspraxis des Bundeskartellamtes kann die Ent-

⁴²⁶ EU-Kommission, Empfehlung vom 11. Juni 2013, Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadenersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten, ABl. EU L 201 vom 26. Juli 2013, S. 60.

⁴²⁷ Department for Business, Innovation & Skills, Consumer Rights Bill: Statement on Policy Reform and Responses to Pre-Legislative Scrutiny (Januar 2014), Cm 8796, Anhang K, <https://www.gov.uk/government/publications/consumer-rights-bill>, Abruf am 17. Juni 2014.

wicklung einer Compliance-Kultur bei den Marktteilnehmern unterstützen.⁴²⁸ Die Monopolkommission hat allerdings darauf hingewiesen, dass durch völlige Nichtbehandlung des Themas Compliance in der Öffentlichkeitsarbeit ein wirksames Mittel ungenutzt bleibt, Unternehmen zusätzlich zu kartellrechtmäßigem Verhalten anzuregen.⁴²⁹ Die Monopolkommission hat dahin gehend im XIX. Hauptgutachten bereits allgemeine Empfehlungen abgegeben, die sie hiermit weiter präzisiert.

956. Es obliegt den Unternehmensverantwortlichen, die Einhaltung kartellrechtlicher Pflichten sicherzustellen. Verstöße gegen die Wettbewerbsvorschriften deuten darauf hin, dass die Unternehmensverantwortlichen ihre Aufsichtsverantwortung nicht hinreichend wahrgenommen haben.

957. Die deutschen Kartellbehörden verzichten aus Sicht der Monopolkommission auch zu Recht auf Leitlinien zur materiellen Beurteilung bestimmter Verhaltensweisen, da solche Leitlinien ein fehlerhaftes Rechtsverständnis befördern können. Für solche Leitlinien besteht in Anbetracht der Kommissionsleitlinien zu Verhaltensabstimmungen zwischen Wettbewerbern zudem kein Bedarf. Dasselbe gilt betreffend Wettbewerbsbeschränkungen in der Vertriebskette und Marktmachtverstöße, wobei zu berücksichtigen ist, dass gerade in diesen Fällen eine Einzelfallbeurteilung erforderlich ist.

958. Allerdings erscheint es bedenklich, dass Wettbewerbsverstöße mit Blick auf die damit verbundenen Sanktionen in Wirtschaftskreisen vielfach weiter als – teure – Kavaliersdelikte angesehen werden, was auch zur laufenden Debatte um eine Kriminalisierung solcher Verstöße beiträgt. Ein Grund für diese Debatte dürfte im Fehlen des Bewusstseins dafür liegen, dass schon heute nicht nur die Unternehmen einem realen Haftungsrisiko ausgesetzt sind, sondern auch die Unternehmensverantwortlichen selbst und die untergebenen Mitarbeiter, die sich an Wettbewerbsverstößen beteiligen.⁴³⁰ Es entspricht auch durchaus dem Ansatz des Bundeskartellamtes, persönliche Sanktionen gegenüber den Unternehmensverantwortlichen festzusetzen, um die ihnen vorwerfbare Vernachlässigung von Compliance-Maßnahmen zu ahnden. Zur Förderung der wettbewerblichen Compliance dürfte es sich jedoch empfehlen, in Pressemeldungen u. ä. öffentlich darauf hinzuweisen, wenn mit derartigen Sanktionen die Nichteinhaltung von Compliance-Standards geahndet wird.

959. Die aktive Behandlung des Themas Compliance kann ferner das Bewusstsein der Marktteilnehmer dafür erhöhen, dass es in ihrem eigenen Interesse ist, auf die Einhaltung der Kartell-Compliance bei ihren Geschäftspartnern zu achten, um nicht durch wettbewerbswidriges Verhalten geschädigt zu werden. Ein solcher Einsatz der Marktteilnehmer kann wiederum die Kartellbehörden entlasten. Die Monopolkommission regt aus diesem Grunde an, dass das Bundeskartellamt in Pressemeldungen explizit hervorhebt, dass Wettbewerbsverstöße andere Marktteilnehmer zu Schadenersatz berechtigen können.⁴³¹

960. Die Monopolkommission betont, dass die Durchsetzung von Compliance-Standards durch die Öffentlichkeitsarbeit der Kartellbehörden zwar gefördert werden kann, primär indessen eine Aufgabe der Marktteilnehmer bleiben sollte. Ihr ist bewusst, dass die unternehmensinterne Entwicklung der einzuhaltenden Standards gerade für kleinere Unternehmen eine große Herausforderung darstellt. Dennoch spricht sie sich dagegen aus, Unternehmen bei der Festsetzung von Sanktionen für ein bestehendes Compliance-Programm zu belohnen. Die Verpflichtung der Marktteilnehmer zum wettbewerbskonformen Verhalten spricht eher umgekehrt dafür, die Nichteinhaltung von Compliance-Standards auch bei Unternehmensbußen schärfend zu berücksichtigen.

⁴²⁸ Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 416.

⁴²⁹ Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 425 f.

⁴³⁰ Vgl. §§ 9, 14, 130 OWiG. Bei einem Kartellverstoß nach europäischem Recht ist darüber hinaus zu beachten, dass auch die Muttergesellschaft Teil der haftenden wirtschaftlichen Einheit ist, und zwar auch dann, wenn sie nur eine Finanzbeteiligung hält; vgl. EU-Kommission, Pressemitteilung vom 2. April 2014, IP/14/358 (zur Haftung von Goldman Sachs als Investmentgesellschaft).

⁴³¹ Vgl. die Praxis der EU-Kommission, z. B. Pressemitteilung vom 10. Dezember 2013, IP/13/1233.

7 Spezielle Wirtschaftsbereiche

7.1 Geistiges Eigentum im Wettbewerb

961. Als geistiges Eigentum (Intellectual Property, IP) werden verschiedene Schutzrechte zusammengefasst, die Ausschließlichkeitsrechte über geistige Schöpfungen verleihen.⁴³² Diese Immaterialgüterrechte, wie gewerbliche Schutzrechte und Urheberrechte, sollen – neben einer Reihe weiterer Ziele –⁴³³ insbesondere Anreize zu geistigen Schöpfungen bieten und entsprechende Investitionen absichern. Im wettbewerblichen Kontext ist vor allem die (wirtschaftliche) Verwertung derartiger Rechte von Bedeutung. Durch diese kann der Berechtigte (zeitlich und sachlich begrenzt) andere von der Nutzung der geistigen Schöpfung ausschließen und dadurch (monopolartige) Innovationsrenten erwirtschaften. Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse werden bislang⁴³⁴ als solche in Deutschland im Wettbewerb⁴³⁵ nur indirekt geschützt,⁴³⁶ sind jedoch eng verwandt mit Immaterialgüterrechten.

962. Das Recht des geistigen Eigentums sieht selbst eine Vielzahl immanenter Beschränkungen der Reichweite einzelner Immaterialgüterrechte vor. So sind nicht etwa einzelne Informationen geschützt, sondern deren Ausdruck, Zusammenhang oder Verwertung. Eine wichtige immanente Beschränkung geistiger Eigentumsrechte ist etwa der Erschöpfungsgrundsatz, nach dem geschützte Produkte (unterschiedlich weitgehend) der Bestimmung der Rechteinhaber entzogen sind, soweit sie mit deren Willen in Verkehr gebracht wurden. Die einzelnen Gesetze, die Immaterialgüterrechte begründen, sehen regelmäßig für spezielle Konstellationen Zwangslizenzen bzw. Kontrahierungszwänge⁴³⁷ und Beschränkungen des Schutzes für einzelne Bereiche⁴³⁸ vor.

963. Die generell-abstrakten Wertungen des Rechts des geistigen Eigentums gehen jedenfalls faktisch bislang nur in Ausnahmefällen auf die konkreten marktlichen Auswirkungen von Immaterialgüterrechten ein. Dem steht die kartellrechtliche Betrachtung des Wettbewerbs auf einzelnen konkreten Märkten und der Auswirkungen einzelner Verhaltensweisen auf diese Märkte gegenüber. Soweit der Wettbewerb durch die Ausübung oder Kombination von Schutzrechten beeinträchtigt wird, können Kartellrechtsvorschriften eingreifen.

964. In der ökonomischen Diskussion findet sich insoweit auf der einen Seite die Betonung der Anzeizeffekte der (durch geistiges Eigentum vermittelten) Monopolstellung: Monopolgewinne stellen einen starken Anreiz für viele Innovationen dar, von denen nur einzelne tatsächlich auch wirtschaftlich erfolgreich sein können. Auch können Innovationsanreize für Monopolisten deshalb besonders stark sein, weil diese am Besten die daraus folgenden Innovationsrenten internalisieren können.⁴³⁹ Auf der anderen Seite der Dis-

⁴³² Vgl. zu dem nicht unumstrittenen Begriff etwa Götting, H.-P., Der Begriff des Geistigen Eigentums, GRUR 2006, S. 353-358.

⁴³³ Bedeutsam sind insoweit bspw. im Patentrecht die mit der zwingenden Offenlegung der patentgeschützten Technologie verbundene Diffusion von Wissen, im Urheberrecht der Schutz des Persönlichkeitsrechts des Urhebers.

⁴³⁴ Vgl. jedoch EU-Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung vom 28. November 2013, COM (2013) 813.

⁴³⁵ Vgl. etwa BVerfG, Beschluss vom 14. März 2006, Az. 1 BvR 2087/03 zu deren Schutz in Verwaltungs- und Gerichtsverfahren auf Grundlage der Verfassung.

⁴³⁶ Insbesondere nach §§ 1, 17 ff. UWG sowie etwa in Kartellverfahren nach § 72 Abs. 2 S. 2 GWB; vgl. hierzu im internationalen Vergleich etwa de Martinis, L./Gaudino, F./Respass, T., Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market [Studie für GD Markt], Mailand 2013, S. 22 sowie 47 ff.

⁴³⁷ Etwa § 24 Patentgesetz, § 20 Gebrauchsmustergesetz, §§ 12 f. Sortenschutzgesetz („Zwangsnutzungsrecht“), §§ 5 Abs. 3 S. 2, 42a, 87 Abs. 5 Urheberrechtsgesetz.

⁴³⁸ Etwa §§ 11, 13 Patentgesetz, § 12 Gebrauchsmustergesetz, § 10a Sortenschutzgesetz, § 40 Designgesetz, §§ 44 ff., 69, 83, 87c Urheberrechtsgesetz.

⁴³⁹ Vgl. etwa Schumpeter, J., Capitalism, Socialism and Democracy, New York 1942 (3. A. 1976), S. 90; 131 ff. (e-Book 2003).

kussion werden diese innovationsförderlichen Monopoleffekte in Relation zu gegenläufigen Monopoleffekten gesetzt: Zum einen versprechen Innovationen Monopolisten regelmäßig nur geringen zusätzlichen Nutzen, insbesondere können dadurch keine Marktanteile hinzu erworben werden; auch unterliegt der Monopolist auf Grundlage seiner bestehenden Strukturen oftmals Pfadabhängigkeiten, die für ihn Veränderungen besonders aufwendig machen.⁴⁴⁰ Zum anderen sind die Anreize der tatsächlich Handelnden zu Innovation oftmals durch Monopolstrukturen beeinträchtigt.⁴⁴¹ Insgesamt ist mittlerweile weitgehend anerkannt, dass Wettbewerbs- und Innovationsintensität in einer dynamischen Beziehung stehen, die abhängig von der genauen Marktsituation ist.⁴⁴²

965. Die wirtschaftliche Bedeutung geistigen Eigentums hat in jüngerer Zeit weltweit wie auch in Deutschland erheblich zugenommen.⁴⁴³ So entfielen 2010 45,9 Prozent des deutschen Bruttoinlandsprodukts und 27,4 Prozent der in Deutschland Beschäftigten auf Industrien, in denen geistiges Eigentum eine überdurchschnittliche Bedeutung hat.⁴⁴⁴ Die Zahlungsbilanzstatistik der Deutschen Bundesbank weist für 2013 außenhandelsbezogene Zahlungen allein für Patente und Lizenzen in Höhe von knapp EUR 40 Mrd. aus.⁴⁴⁵ Einige Experten gehen sogar davon aus, dass bis zu 80 Prozent der Marktkapitalisierung börsennotierter Unternehmen auf geistige Eigentumsrechte zurückgehen.⁴⁴⁶

966. Immaterialgüterrechte spielen in der Entscheidungspraxis der Kartellbehörden allerdings bislang eine eher untergeordnete Rolle. Das liegt zum einen an den Besonderheiten geistigen Eigentums, welche die regelmäßig hohe Komplexität der relevanten Sachverhalte weiter erhöhen und vor dem Hintergrund der Begrenztheit der behördlichen Ressourcen Opportunitätsabwägungen beeinflussen können. Zum anderen wirkt sich hier aus, dass zum Zeitpunkt einer Beschwerde bei den Kartellbehörden regelmäßig bereits Verhandlungen und/oder Zivilprozesse zwischen den Betroffenen laufen bzw. anhängig sind, deren (absehbarer) Ausgang mitunter ein Tätigwerden der Kartellbehörden als nicht vorrangig erscheinen lässt.

Soweit die Kartellbehörden hier überhaupt Untersuchungen einleiten, finden diese fast immer einen informellen Abschluss oder werden mit Zusagenentscheidungen beendet, die nur geringe Ausstrahlungswirkung auf verwandte Sachverhalte haben.⁴⁴⁷ Auf Grundlage einer Tendenz der Unternehmen, sich in Konfliktfällen um Immaterialgüterrechte einvernehmlich zu einigen, sind auch vergleichsweise wenig gerichtliche Entscheidungen zu verzeichnen, in denen Kartellrecht im Bereich des geistigen Eigentums angewendet wird. Eine positive Ausnahme an Transparenz stellen insoweit Vergleichsverträge im Bereich pharmazeutischer Patente dar, deren Monitoring die Europäische Kommission auch im Berichtszeitraum fortgesetzt hat.⁴⁴⁸

440 Vgl. etwa Arrow, K., Economic Welfare and the Allocation of Resources for Inventions, in: Nelson, R. (Hrsg.), The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors, Princeton 1962.

441 Vgl. etwa Hart, O., The Market Mechanism as an Incentive Scheme, Bell Journal of Economics, 1983, S. 366 ff.

442 Vgl. etwa Aghion, P. u.a., Competition and Innovation: an Inverted-U Relationship, The Quarterly Journal of Economics 2005, S. 701 ff.; Aghion, P., u.a., The Causal Effects of Competition on Innovation: Experimental Evidence, NBER Working Paper No. 19987, März 2014 sowie im Überblick etwa Scotchmer, S., Innovation and Incentives, Cambridge 2004, S. 97 ff. und Moser, S., Patents and Innovation: Evidence from Economic History, Journal of Economic Perspectives 2013, S. 23 ff.

443 Vgl. etwa OECD, Supporting Investment in Knowledge Capital, Growth and Innovation, Paris 2013, S. 179 ff.; für den Anstieg der Zahl von Patenten WIPO, World Intellectual Property Indicators, Genf 2013, S. 46. Während genaue Messungen hier schwierig sind, besteht doch über die Tendenz Einigkeit, vgl. für einen Überblick etwa Blind, K. u.a., Die volkswirtschaftliche Bedeutung geistigen Eigentums und dessen Schutzes mit Fokus auf den Mittelstand – Endbericht, Berlin 2009, S. 14 ff.

444 Europäisches Patentamt/Europäisches Markenamt, Intellectual property rights intensive industries: contribution to economic performance and employment in the European Union, o. A. 2013, S. 83.

445 Vgl. Deutsche Bundesbank, Zahlungsbilanzstatistik, März 2014, S. 1.

446 So für die Werte des S&P 500 etwa Gurry, F., Re-Thinking the Role of Intellectual Property, 22. August 2013, <http://www.wipo.int/about-wipo/en/dgo/speeches/>, Abruf am 17. Juni 2014.

447 Diese Praxis der Kartellbehörden ist in Bereichen, in denen die genaue Reichweite des Kartellrechts noch wenig geklärt ist, durchaus problematisch, vgl. zuletzt Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 430.

448 EU-Kommission (Generaldirektion Wettbewerb), 4th Report on the Monitoring of Patent Settlements, Brüssel, 9.

967. Auf europäischer Ebene waren insbesondere im Berichtszeitraum eine Reihe von Verfahren zu verzeichnen, denen die kartellrechtlichen Grenzen der Ausübung geistiger Eigentumsrechte zugrunde lagen. Herausgehoben werden hier insoweit drei Verfahren im Bereich von Finanzinformationen untersucht. Daneben machen die deutsche und die europäische Rechtsprechung, Sekundärrechtsakte bzw. Leitlinien sowie Entscheidungen der Europäischen Kommission eine Reihe von recht weitgehenden Vorgaben in Bezug auf die Reichweite des Kartellverbots bei Verträgen mit Immaterialgüterrechtsbezug und der Ausübung derartiger geistiger Eigentumsrechte. Das 2014 novellierte Technologietransfer-Regime wird im folgenden Abschnitt gewürdigt. Zusätzlich erscheinen aktuelle Tendenzen einer Europäisierung audiovisueller Leistungsschutzrechte von besonderer Bedeutung. Im Gegensatz zu dieser breit gefächerten Tätigkeit vor allem auf europäischer Ebene hatte im Berichtszeitraum keine Entscheidung des Bundeskartellamtes im Kern die Anwendung des Kartellrechts auf geistige Eigentumsrechte zum Gegenstand,⁴⁴⁹ was auch daran lag, dass die relevanten Sachverhalte vielfach mindestens europäische Dimensionen aufwiesen.

7.1.1 Grundlegende Elemente der Anwendung des Kartellrechts im Bereich des geistigen Eigentums

968. Zentral ist im Bereich des geistigen Eigentums das kartellrechtliche Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung aus Art. 102 AEUV, § 19 GWB, das die unilaterale Ausübung wirtschaftlicher Machtpositionen einhegt. Dabei gilt es zu beachten, dass ein Immaterialgüterrecht i. d. R. zwar ein rechtliches „Monopol“ an der Nutzung der geschützten geistigen Schöpfung verleiht. Der relevante Markt im kartellrechtlichen Sinne umfasst jedoch alle konkreten Substitutionsmöglichkeiten aus Nachfragersicht, sodass Immaterialgüterrechte nur ausnahmsweise eine marktbeherrschende Stellung i. S. d. Art. 102 AEUV, § 18 GWB vermitteln, und nur dann, wenn zu der geschützten Schöpfung keine (gleichwertige) funktionale Alternative besteht.

969. Daneben folgt aus dem Kartellverbot der Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB auch im Bereich der Immaterialgüterrechte das grundsätzliche Verbot wettbewerbsbeschränkender abgestimmter Verhaltensweisen und Vereinbarungen. Derartige Vereinbarungen können bei Erfüllung der Voraussetzungen der Art. 101 Abs. 3 AEUV, § 2 Abs. 1 GWB freigestellt sein; daneben sehen insbesondere die Horizontalleitlinien⁴⁵⁰ sowie die Technologietransfer-Gruppenfreistellungsverordnung⁴⁵¹ und die entsprechenden Leitlinien⁴⁵² der Europäischen Kommission Freistellungen für bestimmte Vereinbarungen im Bereich der Immaterialgüterrechte vor.

970. Die Übertragung geistigen Eigentums kann von der Fusionskontrolle erfasst sein. Soweit die betroffenen Immaterialgüterrechte jedoch nicht als Teil eines Unternehmens, sondern selbständig erworben werden, ist erforderlich, dass mit diesen eine (tatsächliche) Marktposition übergeht. Typischerweise wird in derartigen Fällen für eine Fusionskontrollpflichtigkeit gefordert, dass mit den Immaterialgüterrechten eine aktuelle Marktpresenz mit aktuellen Umsätzen übertragen wird.⁴⁵³ Das kann auch dann der Fall sein, wenn

Dezember 2013.

449 Vgl. jedoch die Entscheidungen um die Zentralvermarktung der Bundesliga-Übertragungsrechte (BKartA, Beschluss vom 12. Januar 2012, B6-114/10, dazu bereits Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 541 ff.) und um den unternehmensübergreifenden Aufbau von Internet-Videoplattformen (hierzu unten Tz. 1054.). Weitere (informelle) Verfahren wurden mangels Feststellbarkeit einer marktbeherrschenden Stellung und mangels Substanziierung vorgebrachter Beschwerden eingestellt.

450 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. EU C 11 vom 14. Januar 2011, S. 1.

451 Verordnung (EU) Nr. 316/2014 vom 21. März 2014 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. EU L 93 vom 28. März 2014, S. 17.

452 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. EU C 89 vom 28. März 2014, S. 3.

453 Vgl. etwa EU-Kommission, Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäß der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EU C 43

lediglich Patente ohne Produktionsstrukturen übertragen werden.⁴⁵⁴ Die mit der Voraussetzung aktueller Umsätze auf Grundlage einer aktuellen Marktposition verbundene statische Betrachtung trägt zwar der Funktion der Fusionskontrolle als Strukturkontrolle Rechnung. In besonderen Fällen, insbesondere in dynamischen Märkten, bei neuen Technologien oder schon entsprechender Vorprägung der betroffenen Märkte,⁴⁵⁵ muss jedoch auch dem (überwiegend wahrscheinlichen) Marktpotenzial der betroffenen Immaterialgüterrechte Rechnung getragen werden.⁴⁵⁶ Denn eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs kann auch von der Übernahme einer (hinreichend konkreten)⁴⁵⁷ potenziellen Wettbewerbsposition ausgehen.

971. Das Kartellrecht versucht, die Entstehung und den Missbrauch von Marktmacht einzudämmen und den Wettbewerb bzw. den Verbrauchernutzen zu schützen. Immaterialgüterrechte verleihen dagegen (zeitweilige) Ausschließlichkeitsrechte, die mitunter Macht jedenfalls über einzelne Marktsegmente implizieren können. Diese auf den ersten Blick inkompatiblen Mittel zur Verfolgung der gesetzlichen Zwecke sind insoweit deckungsgleich, als durch Immaterialgüterrechte zentral der Wettbewerb auf der Innovationsebene gefördert werden soll.⁴⁵⁸ Die Ebenen der Produktion und des Konsums hingegen werden dabei vor allem als Ursprünge der für die Anreize zu geistigen Schöpfungen notwendigen Innovationsrenten betrachtet. Das Recht des geistigen Eigentums ist also wesentlich auf eine bestimmte Facette der Innovationseffizienz fokussiert.⁴⁵⁹

972. Innerhalb der Innovationseffizienz ist zu unterscheiden zwischen primärer und sekundärer Innovation, wobei Letztere auf ersterer aufbaut („Follow-on-Innovation“). Das Recht des geistigen Eigentums schützt vornehmlich die primäre Innovation, während für die sekundäre Innovation ganz überwiegend lediglich einzelne Ausnahmen vorgesehen sind. Die Innovationseffizienz ist einbegriffen in der dynamischen Effizienz, die neben der produktiven und allokativen Effizienz vom kartellrechtlichen Effizienzbegriff umfasst wird. Insoweit lässt sich festhalten, dass die Schutzzwecke des geistigen Eigentums und des Kartellrechts zwar teilweise deckungsgleich sind. Das Kartellrecht hat jedoch auf Grundlage seiner gesamtwirtschaftlichen Perspektive und seiner Berücksichtigung der Besonderheiten der konkreten (Markt-)Situation einen breiteren Zielkatalog. Daneben ist dem Kartellrecht durch seinen Fokus auf den intrinsisch dynamischen Wettbewerb und die zunehmend ökonomische Einzelfallbetrachtung eine dynamische Perspektive zu eigen, während durch das Recht des geistigen Eigentums in erster Linie Immaterialgüterrechte als solche geschützt werden. Dennoch ist zunehmend anerkannt, dass zwischen beiden Regelungsmaterien eine prinzipielle Konkordanz oder jedenfalls Komplementarität besteht.⁴⁶⁰

vom 21. Februar 2009, S. 9; BGH, Beschluss vom 11. Oktober 2006, KVR 32/05 – National Geographic I.

454 Vgl. etwa die Kontrolle des Erwerbs der Novell-Patente durch das Gemeinschaftsunternehmen CPTN im Jahr 2011, vgl. hierzu Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 730 ff. Vgl. allerdings auch EU-Kommission, Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäß der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EU C 43 vom 21. Februar 2009.

455 Vgl. anschaulich etwa EU-Kommission, Entscheidung vom 19. Mai 2006, COMP/M.3998 – Axalto / Gemplus, Rn. 58 ff., 64, 83 ff.

456 Vgl. etwa Régibeau, P./Rockett, K., Assessment of Potential Anticompetitive Conduct in the Field of Intellectual Property Rights and Assessment of the Interplay between Competition Policy and IPR Protection, Brüssel 2011, S. 77 ff.

457 Vgl. zu dieser Frage unter dem Marktbeherrschungskriterium BGH, Beschluss vom 19. Juni 2012, KVR 15/11 – Haller Tagblatt.

458 Vgl. hierzu etwa Machlup, F., An Economic Review of the Patent System, Washington 1958; Arrow, K., Economic Welfare and the Allocation of Resources for Inventions, a. a. O.; Weizsäcker, C., Barriers to Entry, Berlin 1980, insbes. S. 22 ff.; Scotchmer, S., Innovation and Incentives, a. a. O., insbes. S. 31 ff.

459 Vgl. statt vieler Engel, C., Geistiges Eigentum als Anreiz zur Innovation – Die Grenzen des Arguments, in: ders., Harhoff, D., Geistiges Eigentum und Innovation, Berlin 2008, S. 43, m. w. N.; auch online verfügbar als Preprint 2007/4b des Max-Planck-Instituts für Gemeinschaftsgüter, Bonn.

460 Vgl. etwa Heinemann, A., Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, Tübingen 2002, S. 623 ff.; Harhoff, D., Innovationen und Wettbewerbspolitik, in: Monopolkommission, Zukunftsperspektiven der Wettbewerbspolitik, Baden-Baden 2005, S. 73; Hovenkamp, H., The Intellectual Property-Antitrust Interface, U Iowa Legal Studies Research Paper No. 08-46, 2008. Vgl. auch die Beiträge in Oberender, P. (Hrsg.), Wettbewerb und geistiges Eigentum, Berlin 2007, sowie Carrier, M., Innovation for the 21st Century, Oxford 2009, S. 71 ff., 87 ff.

973. Bei der Herstellung des bisweilen erforderlichen praktischen Ausgleichs zwischen kartell- und immaterialgüterrechtlichen Erwägungen⁴⁶¹ mag mitunter als entscheidend erscheinen, dass sich genauer Inhalt und Reichweite des geistigen Eigentums noch weniger als bei physischem Eigentum aus diesem selbst heraus bestimmen lassen. Immaterialgüterrechte als Eigentumsrechte sind im Grunde immer rechtspolitische Schöpfungen.⁴⁶² So wurde etwa zuletzt in Deutschland gegen erheblichen wissenschaftlichen, politischen und praktischen Widerstand⁴⁶³ 2013 ein spezielles Leistungsschutzrecht für Presseverleger eingeführt,⁴⁶⁴ um diese an den Umsätzen Dritter teilhaben zu lassen, die auch auf den Inhalten der Presseverleger aufbauen. Um die indirekten Folgen der – technisch ohnehin bereits vorher problemlos möglichen –⁴⁶⁵ Nutzungseinschränkungen für die Rechteinhaber zu kompensieren, kann kartellbehördliches Eingreifen erforderlich sein, etwa wenn Suchmaschinenbetreiber Angebote allein deshalb als weniger relevant einstufen, weil diese nicht frei zugänglich sind.⁴⁶⁶ Soweit aus Sicht der Verbraucher die freie Zugänglichkeit von Angeboten tatsächlich ein relevantes Merkmal für die Anordnung der Suchergebnisse ist, besteht allerdings die Gefahr, dass durch entsprechende Behördenentscheidungen der Wettbewerb auf Kosten der Verbraucherinteressen geschützt wird.

974. Das Kartellrecht bewirkt durch die Einschränkung der Ausübung von Immaterialgüterrechten eine Verdünnung dieser Eigentumsrechte.⁴⁶⁷ Die Freiheit der Inhaber von Immaterialgüterrechten, die vom Recht des geistigen Eigentums grundsätzlich vorgesehenen Ausschließungsrechte in vollem Umfang geltend zu machen, wird begrenzt. Mit der kartellrechtlichen Einschränkung von Immaterialgüterrechten sind typischerweise im Einzelfall Kosten verbunden, insbesondere ein Verlust an Rechtssicherheit und die negativen Anreizeffekte eines Eingriffs hinsichtlich der primären Innovation. Diesen Kosten steht jedoch immer auch nicht unerheblicher Nutzen gegenüber: Zu nennen sind hier vor allem die Einzelfallgerechtigkeit bzw. -effizienz, die typischerweise vermiedenen Transaktionskosten sowie positive Anreizeffekte hinsichtlich sekundärer Innovationen. Zudem führt die Kartellrechtsanwendung im Bereich des geistigen Eigentums regelmäßig zu Lerneffekten für beide Rechtsgebiete, die nicht selten am Anfang eines dialektischen Lernprozesses stehen.⁴⁶⁸ Die im singulären Eingriffsfall notwendigen Regulierungs- bzw. Verfahrenskosten stellen allerdings eine gewissermaßen natürliche Schwelle für die Anwendung des Kartellrechts im Einzelfall dar.

461 Vgl. etwa Drexl, J., Is there a 'more economic approach' to intellectual property and competition law?, in: ders., Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, Cheltenham 2008, S. 27.

462 Vgl. etwa für das Patentrecht Kurz, P., Weltgeschichte des Erfindungsschutzes, Köln u.a. 2000, für das Urheberrecht http://de.wikipedia.org/wiki/Geschichte_des_Urheberrechts, Abruf am 17. Juni 2014. Erhellend im Internationalen Vergleich auch Wadle, E., Entwicklungsschritte des geistigen Eigentums in Frankreich und Deutschland. Eine vergleichende Studie, in: Siegrist, H./Sugarman, D., (Hrsg.), Eigentum im internationalen Vergleich: (18.-20. Jahrhundert), Göttingen 2000, S. 245; Fisher, W., Geistiges Eigentum – ein ausufernder Rechtsbereich. Die Geschichte des Ideenschutzes in den Vereinigten Staaten, in: Siegrist, H./Sugarman, D., (Hg.), a. a. O., S. 265.

463 Vgl. stellvertretend etwa Max-Planck-Institut für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf für eine Ergänzung des Urheberrechtsgesetzes durch ein Leistungsschutzrecht für Verleger, München 2012; Junge Union, Jusos, Grüne Jugend, Junge Liberale und Junge Piraten, Wir lehnen die Einführung eines Leistungsschutzrechts für Presseverlage ab, Gemeinsame Erklärung vom 29. November 2012; Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins (Ausschuss Geistiges Eigentum) zum Entwurf eines Siebenten Gesetzes zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes (BT-Drs. 17/11470), Stellungnahme Nr.: 4/2013, Berlin, 2013. Vgl. im Überblick etwa Gensing, P., Breaking news: Alles bleibt beim Alten, Tagesschau online, 1. August 2013.

464 §§ 87f ff. UrhG, eingeführt durch das Achte Gesetz zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes, BGBl. I, S. 1161 vom 14. Mai 2013.

465 Vgl. etwa http://de.wikipedia.org/wiki/Robots_Exclusion_Standard, Abruf am 17. Juni 2014.

466 EU-Kommission, Commission seeks feedback on commitments offered by Google to address competition concerns – questions and answers, MEMO/13/383 vom 25. April 2014.

467 Vgl. etwa FTC, The Evolving IP Marketplace – Aligning Patent Notice and Remedies with Competition, Washington 2011, S. 31 ff., 49 ff. Vgl. zu den Grundlagen etwa Eggertsson, T., Economic behavior and institutions, Cambridge 1990, S. 83 ff.; Lemley, M., Property, Intellectual Property, and Free Riding, Texas Law Review 2005, S. 1031; Mossoff, A., The False Promise of the Right to Exclude, Econ Journal Watch 2011, S. 255.

468 Anschaulich etwa Wu, T., Intellectual Property Experimentalism by Way of Competition Law, Competition Policy International 2013, S. 30.

975. Eine etablierte bzw. höchstgerichtliche kartellrechtliche Rechtsprechung kann jedoch für die erfassten Konstellationen dauerhaft Ineffizienzen des Immaterialgüterrechts begegnen, indem Unsicherheits- und Transaktionskosten minimiert und Erwartungswerte maximiert werden. Darüber hinaus kann das Kartellrecht, abhängig von der Überzeugungskraft seiner Wertungen, mittelfristig auf eine stärkere Ausdifferenzierung des Immaterialgüterrechts selbst und dessen immanente Beschränkungen hinwirken. Entsprechende Diffusion von im kartellrechtlichen Bereich gewonnenen Einsichten ist bereits heute teilweise in den sachlich bedingten Reformen bzw. Reformbestrebungen in unterschiedlichen Bereichen des Rechts des geistigen Eigentums zu beobachten. Die im Kern politische Natur und damit die Wandlungs- und Anpassungsfähigkeit von Immaterialgüterrechten manifestiert sich regelmäßig auch insoweit.⁴⁶⁹ Besonders fruchtbar erscheint die Begegnung beider Rechtsgebiete im internationalen Vergleich, wenn die jeweils zuständigen Institutionen ihre fachliche Abgeschlossenheit überwinden und in einen konstruktiven Dialog miteinander treten.⁴⁷⁰

976. Aktuell sind insbesondere Patente, Urheberrechte und Marken⁴⁷¹ von besonderer Bedeutung in der Kartellrechtsanwendung. Während Patente und Marken Immaterialgüterrechte im gewerblichen Bereich schützen, liegen dem Urheberrecht und verwandten Schutzrechten im Kern ideelle Schöpfungen zugrunde, die überwiegend auch Ausdruck des Persönlichkeitsrechts sind. Das Kartellrecht hegt diese Rechte im Kontext konkreter marktlicher Beziehungen ein. Dabei ist bereits an dieser Stelle zu betonen, dass das Kartellrecht kaum jemals den Bestand, sondern regelmäßig nur die Reichweite der Ausübung geistigen Eigentums einschränkt. Entsprechend der Zielsetzung des Kartellrechts bezwecken die im Folgenden untersuchten Verfahren und Entscheidungen vor allem die Offenhaltung von Märkten und die Ermöglichung von Interoperabilität von Produkten verschiedener Hersteller. Vor dem Hintergrund des meist bestenfalls stark eingeschränkten Überblicks der Kartellbehörden über die in den Märkten herrschenden Vertragspraktiken ist die Rechtsgemeinschaft dabei vielfach auf die Ausstrahlungswirkung der wenigen gerichtlichen und behördlichen Entscheidungen in diesem Bereich sowie auf die spontane Befolgung von Primär- und Sekundärrecht durch die Marktteilnehmer angewiesen.

7.1.2 Zugang zu standardessenziellen Patenten (SEP)

977. Ein Patent sichert dem Patentinhaber grundsätzlich die alleinige Befugnis, die patentierte Erfindung (im Rahmen des geltenden Rechts) zu nutzen. Standardessenziell werden Patente durch Einbeziehung in faktische oder durch Standardsetzung festgelegte technische Standards (De-facto- bzw. De-jure-Standards), wenn sie zur technischen Implementierung eines Standards, also zur Produktion standardkompatibler Produkte, unverzichtbar, also ohne faktische Alternative, sind. Vor dem Hintergrund zunehmender technischer Komplexität hat die Bedeutung von SEP und damit das Potenzial und die Anreize zu missbräuchlichem Verhalten tendenziell zugenommen. Entscheidend für die wettbewerbliche Beurteilung ist dabei, dass die sich aus der Einbeziehung einer Patentlehre in einen Standard ergebende Marktposition des Patentinhabers nicht am Markt, sondern durch die Standardisierungsvereinbarung erworben wurde. Insoweit kommt bei wettbewerbsbehinderndem Verhalten des Inhabers von SEP neben einem Missbrauch nach Art. 102 AEUV, § 19 GWB auch ein Kartellverstoß nach Art. 101 AEUV, § 1 GWB in Betracht.

⁴⁶⁹ Vgl. etwa aus dem Patentrecht Wissenschaftlicher Beirat beim BMWi, Patentschutz und Innovation, Berlin 2007, S. 14 ff.; EPO Economic and Scientific Advisory Board, Recommendations for improving the patent system, München 2013, S. 5; mit Bezug auf das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte Langus, G./Neven, D./Poukens, S., Economic Analysis of the Territoriality of the Making Available Right in the EU, Studie für DG Markt, Brüssel 2014.

⁴⁷⁰ Vgl. etwa OECD, Intellectual Property Rights, Best Practices Roundtable, Paris 2004; dies., Competition, Patents and Innovation, Best Practices Roundtable, Paris 2005; dies., Competition, Patents and Innovation II, Best Practices Roundtable, Paris 2009.

⁴⁷¹ Vgl. insoweit die Ausführungen zum Online-Vertrieb, Tz. 909. ff.

7.1.2.1 Überblick: Patente und Standards

978. Standards werden in der ökonomischen Theorie ambivalent gesehen.⁴⁷² Während mitunter durch Standards funktionsfähige Produkte erst geschaffen werden (etwa in Netzwerkmärkten) und so Wettbewerb erst entsteht, können Standards andererseits Wettbewerb auch ausschließen und zu Pfadabhängigkeiten führen („Lock-In“). Je nach genauer Ausgestaltung, Marktposition der Standardisierungsteilnehmer, verfügbaren Alternativtechnologien, mit der Standardimplementierung verbundenen Lizenzkosten usw. können Standards Marktpositionen etablierter Anbieter absichern und Folgeinnovationen verhindern oder Märkte erst schaffen oder eröffnen.

979. Mit der zunehmenden technischen Komplexität und fortschreitenden Arbeitsteilung ist die Bedeutung von Standards erheblich gestiegen.⁴⁷³ Parallel ist auch die Patentlandschaft in vielen Bereichen komplexer geworden. Eine Vielzahl paralleler Patentverletzungsprozesse wird etwa aktuell weltweit im Bereich der Mobiltelefonie geführt; dieses Phänomen wird mitunter als „Patent Wars“ apostrophiert.⁴⁷⁴ In diesen Prozesskaskaden, für die Deutschland eines der weltweit wichtigsten Foren darstellt,⁴⁷⁵ ist regelmäßig die Anwendung des Kartellrechts von entscheidender Bedeutung. Dabei sind regelmäßig zumindest auch SEP Streitgegenstand. Insbesondere im Informations- und Kommunikationssektor sind Produkte meist abhängig von einer Vielzahl von Patenten: So waren etwa 2013 knapp 6.000 Patente als essenziell für den LTE-Standard (Long Term Evolution, Mobilfunk der vierten Generation) erklärt, von denen sich über 50 Prozent in der Hand von sechs Unternehmen befanden.⁴⁷⁶

980. Die Standardsetzung unterliegt insbesondere den aus dem Kartellverbot folgenden Vorgaben an Offenheit, Transparenz und Diskriminierungsfreiheit.⁴⁷⁷ Die Europäische Kommission geht in ihren Horizontalleitlinien auf verschiedene Standardisierungssituationen ein, beleuchtet die Vorzüge und kartellrechtlichen Probleme in diesem Kontext und gibt umfangreiche Handreichungen zur Vermeidung von Wettbewerbsbeschränkungen im Rahmen von Standardisierungsprozessen.⁴⁷⁸ In diesem Rahmen weist sie auf vier Voraussetzungen hin, deren Erfüllung einen Verstoß gegen das Kartellverbot im Rahmen einer Standardsetzung, bei der Gefahr besteht, dass sie Marktmacht vermittelt, unwahrscheinlich machen (insoweit lässt sich auch untechnisch von Safe Harbour sprechen): Danach muss (i) die uneingeschränkte Möglichkeit einer

472 Vgl. etwa Katz, M./Shapiro, C., Systems Competition and Network Effects, *Journal of Economic Perspectives*, 1994, S. 93; Blind, K., *The Economics of Standards*, Cheltenham 2004; Layne-Farrar, A./Llobet, G./Padilla, J., Payments and Participation: The Incentives to Join Cooperative Standard Setting Efforts. *Journal of Economics & Management Strategy*, 2014, S. 24; Cabral, L./Salant, D., Evolving technologies and standards regulation, *International Journal of Industrial Organization*, doi: 10.1016/j.ijindorg.2013.07.006.

473 Vgl. etwa Blind, K. u. a., *Deutsches Normungspanel 2013 – Indikatorenbericht zur Bedeutung von Normen und Standards sowie Normungsaktivitäten deutscher Unternehmen*, Berlin 2013.

474 Vgl. etwa die Analyse bei Fröhlich, M., The smartphone patent wars saga: availability of injunctive relief for standard essential patents, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2014, S. 156 ff.; anschaulich auch die (unvollständige) Liste unter http://en.wikipedia.org/wiki/Smartphone_patent_wars, Abruf am 14. Juni 2014.

475 Nur ein Bruchteil der relevanten Urteile ist veröffentlicht, vgl. etwa aus dem Berichtszeitraum OLG Karlsruhe, Beschluss vom 19. Februar 2014, 6 U 162/13; LG Düsseldorf, Urteile vom 12. Dezember 2013, 4b O 87/12 und 4b O 88/12; BGH, Urteile vom 11. April 2013, I ZR 151/11 bis 153/11; OLG Düsseldorf, Urteil vom 04. April 2013, I-2 U 72/11, 2 U 72/11; LG Düsseldorf, Urteil vom 11. Dezember 2012, 4a O 54/12; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 13. Juni 2012, 6 U 136/11; LG Düsseldorf, Urteile vom 24. April 2012, 4b O 273/10 und 4b O 274/10; BGH, Urteil vom 27. März 2012, KZR 108/10; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 27. Februar 2012, 6 U 136/11; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 23. Januar 2012, 6 U 136/11.

476 Vgl. die aktuelle Aufstellung unter http://www.etsi.org/deliver/etsi_sr/000300_000399/000314, Abruf am 14. Juni 2014; dazu etwa die Analyse bei Cyber Creative Institute, *Evaluation of LTE essential patents declared to ETSI*, o. A. 2013.

477 Vgl. EuG, Urteil vom 12. Mai 2010, T-432/05 – EMC Development, Tz. 67 ff.

478 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. EU C 11 vom 14. Januar 2011, S. 1, Tz. 257 ff.

Mitwirkung am Normungsprozess gegeben und (ii) das Verfahren für die Annahme der betreffenden Norm transparent sein, die Standardsetzung darf (iii) keine Verpflichtung zur Einhaltung der Norm enthalten und Dritten muss (iv) der Zugang zu der Norm zu fairen, zumutbaren und diskriminierungsfreien Bedingungen (kurz FRAND, vom englischen Fair, Reasonable, Non-Discriminatory)⁴⁷⁹ möglich sein.⁴⁸⁰

981. Während die Europäische Kommission in diesem Bereich eine Reihe von Verfahren geführt hat, hat das Bundeskartellamt insoweit vor allem Vorermittlungen geführt. Das liegt zum einen daran, dass die meisten Probleme in diesem Bereich eine europäische Dimension aufweisen. Zum anderen sind hier vor allem eine Vielzahl von Entscheidungen der Zivilgerichte als Patentverletzungsgerichte ergangen und ergehen weiterhin; das Bundeskartellamt hat sich bislang nicht zuletzt aus Opportunitätsgründen auch einer Rolle als *amicus curiae* im Rahmen von § 90 Abs. 2 GWB enthalten.

982. Sind Patente in Standardspezifikationen integriert, stellt sich insbesondere die Frage, ob der Patentinhaber entsprechend den allgemeinen Regeln mutmaßlichen Patentverletzern, die standardkonforme Produkte herstellen, die Nutzung des Patents rundweg verbieten darf.⁴⁸¹ Denn die vom Patentrecht grundsätzlich vorgesehene Möglichkeit des Patentinhabers, Dritte nach Belieben und bedingungslos von der Nutzung des Patents auszuschließen (§ 139 Abs. 1 PatG), wirkt in Bezug auf SEP weit über die Reichweite des einzelnen Patents hinaus.⁴⁸² So können derartige Verbote (in Form von Anträgen auf Unterlassungsverfügungen bei den zuständigen Gerichten) Wettbewerber erheblich behindern und jeglichen Wettbewerb ausschließen.

7.1.2.2 Vorreiterfunktion des BGH: Der Orange Book-Standard und dessen Weiterentwicklung

983. In der deutschen Rechtsprechung ist seit Längerem anerkannt, dass Inhaber von standardessenziellen Schutzrechten aus dem Gesichtspunkt des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots heraus verpflichtet sind, Herstellern standardkonformer Produkte unter bestimmten Umständen, insbesondere gegen Zahlung einer angemessenen Lizenzgebühr, eine Lizenz einzuräumen.⁴⁸³ Danach stellt die Durchsetzung des patentrechtlichen Unterlassungsanspruchs den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung dar, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen mit der Weigerung, einen ihm angebotenen Patentlizenzvertrag abzuschließen, das um die Lizenz nachsuchende Unternehmen diskriminiert oder unbillig behindert. Die Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs des Patentinhabers ist diesem aus dem Rechtsgedanken des Verbots widersprüchlichen Verhaltens versagt, wenn darin ein Missbrauch läge.

984. Der BGH hat (für die Konstellation eines De-facto-Standards, doch ohne expliziten Bezug auf diesen) 2009 in der Entscheidung um den CD-R/RW-Standard „Orange Book“ Kriterien aufgestellt,⁴⁸⁴ bei deren Erfüllung ein mutmaßlicher Patentverletzer, der das Patent eines insoweit marktbeherrschenden Unternehmens implementiert, dem Unterlassungsbegehren des Patentinhabers einen auf § 19 Abs. 1, 2 Nr. 1 (§ 20 Abs. 1 a.F.) GWB gestützten Zwangslizenzeinwand entgegenhalten kann:

479 Dabei wird insbesondere im angelsächsischen Sprachraum mitunter unter Verzicht auf das „fair“ lediglich von RAND Erklärungen gesprochen, ohne dass damit ein inhaltlicher Unterschied verbunden wäre.

480 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, a. a. O., Tz. 277 ff.

481 Zu einer Übersicht über dieses Problem und verwandte Probleme im Bereich von Patenten und Standards etwa Blind, K. u.a., Study on the Interplay between Standards and Intellectual Property Rights, Berlin, April 2011.

482 So weist etwa bereits Ullrich darauf hin, dass in solchen Konstellationen die Modellbedingungen des Patentschutzes nicht mehr erfüllt werden, vgl. Ullrich, H., Patente, Wettbewerb und technische Normen: Rechts- und ordnungspolitische Fragestellungen, GRUR 2007, S. 817 ff., 822.

483 Vgl. BGH, Urteil vom 13. Juli 2004, KZR 40/02 – Standardspundfass.

484 BGH, Urteil vom 6. Mai 2009 - KZR 39/06 – Orange Book, vgl. bereits Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 730 ff.

985. Der Lizenzsucher muss dem Patentinhaber ein unbedingtes Angebot auf Abschluss eines Lizenzvertrages gemacht haben, das der Patentinhaber nicht ablehnen darf, ohne den Lizenzsucher unbillig zu behindern oder gegen das Diskriminierungsverbot zu verstoßen, und sich an dieses Angebot gebunden halten.

986. Der Lizenzsucher muss, wenn er den Gegenstand des Patents bereits nutzt, bevor der Patentinhaber sein Angebot angenommen hat, diejenigen Verpflichtungen einhalten, die der abzuschließende Lizenzvertrag an die Nutzung des lizenzierten Gegenstandes knüpft. Der Lizenzsucher ist also insbesondere verpflichtet, über den Umfang seiner Nutzungshandlungen abzurechnen und für diese eine angemessene Lizenzgebühr zu entrichten bzw. deren Zahlung sicherzustellen.

Der BGH betont dabei zum einen die erforderliche Unbedingtheit des Angebots des Lizenzsuchers, das insbesondere nicht an den Ausgang des Verletzungsprozesses geknüpft werden dürfe. Zum anderen folge aus der Pflicht des Lizenzsuchers, sich bereits vor der ersten Nutzung des Patents wie ein „ordentlicher“ Lizenznehmer zu verhalten, dass von vornherein die Lizenzgebühr zu entrichten oder unter Verzicht auf das Recht zur Rücknahme zu hinterlegen sei. Die Bedeutung der danach möglichen Zwangslizenzeinrede ergibt sich neben der weitreichenden Wirkung einer regelmäßig geschäftsbeendenden Untersagungsverfügung wegen Patentverletzung auch daraus, dass angemessene Lizenzgebühren deutlich niedriger sind als der in jenem Fall geschuldete Schadenersatz.

987. Aus diesem Urteil wurden, in Ausfüllung der Anforderungen an einen „ordentlichen Lizenznehmer“, eine Reihe weiterer Kriterien für das Verhalten des Lizenzsuchenden abgeleitet. So soll nach einer Auffassung etwa der Lizenzsucher auf Einwendungen verzichten müssen, die er gegen den Bestand des Patentes hat; weiter soll er dem Grunde nach seine Schadenersatzpflicht für die zeitlich frühere Nutzung des Patents anzuerkennen haben.⁴⁸⁵

988. Die vom BGH aufgestellten Voraussetzungen des Zwangslizenzeinwands sollen nach bisheriger instanzgerichtlicher Rechtsprechung auch in Fällen gelten, in denen der Patentinhaber (etwa im Rahmen eines Standardisierungsverfahrens) eine sogenannte FRAND-Erklärung abgegeben hat, nach der jedem, der den Standard, der das betroffene Patent mit einbezieht, eine Lizenz nach „FRAND“ Bedingungen erteilt werden wird.⁴⁸⁶ Derartige Erklärungen sind regelmäßig in Statuten von Standardisierungsorganisationen als Voraussetzung einer Aufnahme patentierter Technologien in Standards vorgesehen.

989. Vor dem Hintergrund in vielen Patentverletzungsverfahren umstrittener genauer Voraussetzungen des Zwangslizenzeinwands und insbesondere der ungeklärten Frage, welche Bedeutung einer FRAND-Erklärung des Patentinhabers insoweit zukommt, hat das LG Düsseldorf dem EuGH eine Reihe von Fragen im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV vorgelegt.⁴⁸⁷

Der EuGH wird in diesem Verfahren insbesondere zu klären haben, ob und unter welchen Voraussetzungen Patentinhaber aus einer FRAND-Erklärung schon bei bloßer Verhandlungsbereitschaft des Lizenzsuchers gehindert sind, einstweiligen Rechtsschutz geltend zu machen bzw. welche Bedingungen das Angebot oder Verhalten eines Lizenzsuchers erfüllen muss, damit dieser den Zwangslizenzeinwand geltend machen kann.

⁴⁸⁵ Vgl. etwa OLG Karlsruhe, Beschlüsse vom 23. Januar und 27. Februar 2012, 6 U 136/11.

⁴⁸⁶ Vgl. etwa LG Düsseldorf, Urteil vom 24. April 2012, 4b O 274/10; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 19. Februar 2013, 6 U 162/13.

⁴⁸⁷ LG Düsseldorf, Beschluss vom 21. März 2013, 4b O 104/12. Das Verfahren ist beim EuGH unter dem Az. C-170/13 anhängig. Vgl. in diesem Kontext etwa auch Europäische Kommission, Commission sends Statement of Objections to Motorola Mobility on potential misuse of mobile phone standard-essential patents, MEMO/13/403 vom 6. Mai 2013.

990. Die Entscheidung des BGH hat auch international viel Beachtung gefunden.⁴⁸⁸ Vergleichbare Diskussionen um die Reichweite der Ausschließlichkeitsrechte von SEP und um Auswirkungen von FRAND-Erklärungen finden auch in vielen anderen Jurisdiktionen, wie Australien, China, Frankreich, Korea, Japan den USA und dem Vereinigten Königreich statt. In den USA hat etwa 2013 die Wettbewerbsabteilung des Justizministeriums (DoJ) gemeinsam mit dem Patentamt USPTO eine Handreichung zum Umgang mit FRAND-behafteten SEP veröffentlicht,⁴⁸⁹ während beide Kartellbehörden über eine Reihe von Entscheidungen⁴⁹⁰ und öffentliche Stellungnahmen ihrer Vertreter an der Diskussion teilnehmen.

991. Parallel zu der beschriebenen Entwicklung hat die Europäische Kommission ihre Zusagenpraxis in diesem Bereich fortgesetzt. So wurden Verfahren gegen Google/Motorola und Samsung wegen des Verdachts auf missbräuchliches Verhalten mit dem Verbot beendet bzw. gegen die Zusagen eingestellt, zukünftig keine Verwendungsverbote mehr für (FRAND-behaftete) SEP durchzusetzen bzw. die Folgen eines derartigen – vor Gericht erwirkten, doch nach Auffassung der Europäischen Kommission missbräuchlichen – Verbotes zu beseitigen.⁴⁹¹ Innerhalb des von der Europäischen Kommission so geschaffenen „Safe Harbour“ genügt es für die Missbräuchlichkeit eines Verwendungsverbotes, wenn der Lizenzsucher sich grundsätzlich bereit erklärt hat, zu „FRAND“ Bedingungen einen Lizenzvertrag abzuschließen.

7.1.2.3 Stellungnahme der Monopolkommission

992. Die Monopolkommission begrüßt grundsätzlich die von Gerichten und Kartellbehörden durchgesetzten Einschränkungen der patentrechtlichen Ausschließlichkeitsrechte in den referierten Fällen. Die Zulassung der Zwangslizenzinrede ist auch eine Konsequenz aus der Erkenntnis, dass der Patentinhaber mit der Einbringung eines Patenten in einen Standard gerade schlüssig, aber eindeutig erklärt, er wünsche die Anwendung der patentgeschützten Technologie. Die kartellrechtliche Einhegung der Ausübung von Ausschließlichkeitsrechten aus Patenten wirkt insoweit vor allem auf einen angemessenen Ausgleich der jeweiligen Verhandlungspositionen hin. Die vom BGH für die Anerkennung des Zwangslizenzinwandes geforderten Voraussetzungen erscheinen jedoch nicht unbedenklich, da sie die praktische Wirksamkeit des Kartellrechts beschneiden. Die daraus von manchen Instanzgerichten abgeleiteten, weitergehenden Voraussetzungen laufen nicht selten grundlegenden kartellrechtlichen Wertungen zuwider und verkennen mitunter weitgehend die Besonderheiten von SEP.

Die Monopolkommission weist in diesem Zusammenhang nachdrücklich auf den Plattformcharakter von SEP hin. Deren Implementierung ist – unabhängig davon, ob es sich um De-facto- oder De-jure-Standards handelt – definitionsgemäß für die Teilnahme an den betroffenen Märkten unabdingbar. Nicht nur wenn der Marktposition einzelner Patentinhaber eine Standardisierungsvereinbarung zugrunde liegt, kann grundsätzlich ein Verbot gegenüber Konkurrenzunternehmen, das SEP zu nutzen, missbräuchlich erscheinen. Eine derartige Marktverschließung ist zwar grundsätzlich im Patentrecht angelegt. Diese generelle Regel trägt jedoch der weit über die einzelne Patentlehre hinausgehenden Bedeutung von SEP nicht Rechnung.

⁴⁸⁸ Vgl. etwa die abweichenden Auffassungen in Rechtbank Den Haag, Urteil vom 17. März 2010, 316533/HA ZA 08-2522, 316535/HA ZA 08-2524 sowie bei EU-Kommission, Kommission übermittelt Samsung Mitteilung der Beschwerdepunkte wegen möglichen Patentmissbrauchs auf dem Mobiltelefonmarkt, Pressemitteilung vom 21. Dezember 2012 über die Mitteilung der Beschwerdepunkte an Samsung wegen möglichen Patentmissbrauchs auf dem Mobiltelefonmarkt, IP/12/1448.

⁴⁸⁹ DoJ/USPTO, Policy Statement on Remedies for Standards-Essential Patents Subject to Voluntary F/RAND Commitments, 8. Januar 2013.

⁴⁹⁰ Vgl. etwa FTC, Entscheidung vom 24. April 2013, Case No. 1210081, Docket No. C-4377 – Bosch/SPX; FTC, Entscheidung vom 24. Juli 2013, Case No. 1210120 – Google/Motorola; Dec. 5, 2012, Scott Morton, F., The Role of Standards in the Current Patent Wars, Redemanuskript vom 5. Dezember 2012; Wright, J., SSOs, FRAND, and Antitrust: Lessons from the Economics of Incomplete Contracts, Redemanuskript vom 12. September 2013; Hesse, R., The Art of Persuasion: Competition Advocacy at the Intersection of Antitrust and Intellectual Property, Redemanuskript vom 8. November 2013.

⁴⁹¹ EU-Kommission, Entscheidung vom 29. April 2014, AT.39939 – Samsung; dies., Entscheidung vom 29. April 2014, AT.39986 – Motorola.

Jedenfalls solange das Patentrecht keine (wirksamen) Instrumente zur Einbeziehung derartiger Besonderheiten aufweist, sind die Gerichte, aber auch die Kartellbehörden angehalten, diesen auf kartellrechtlicher Grundlage Rechnung zu tragen.

993. Die Monopolkommission begrüßt vor diesem Hintergrund besonders die Vorlage des LG Düsseldorf an den EuGH. Angesichts der von den Instanzgerichten meist in Eilverfahren zu beantwortenden und nicht nur deshalb im Einzelnen ungeklärten Frage nach den genauen Voraussetzungen einer Zwangslizenzeinrede erscheint eine höchstgerichtliche Entscheidung zur Rechtsklärung und -fortbildung sinnvoll.⁴⁹² In der Sache hält die Monopolkommission die Auffassung der Europäischen Kommission für zutreffend. Die teilweise von deutschen Instanzgerichten für eine Zwangslizenzeinrede geforderten Voraussetzungen versuchen zwar, den Bestand des geistigen Eigentums möglichst weitgehend zu sichern. Allerdings sollte dem Lizenzsucher der Einwand der Ungültigkeit des Patentes erhalten bleiben. Denn andernfalls würde das eigentlich der Sphäre des Patentinhabers zuzurechnende Risiko einer Aufhebung des Patents dem Lizenzsucher aufgelastet. Auch die Vorgabe des BGH, der Lizenzsucher müsse die Lizenzgebühr, für deren Angemessenheit er allein das Risiko tragen soll, unter Verzicht auf eine Rücknahme hinterlegen, wirkt sich faktisch zum einen als Verschiebung eines eigentlich den Patentinhaber treffenden Risikos auf den Lizenzsucher und zum anderen als bedeutsame Machtposition des Patentinhabers aus. Vergleichbares gilt etwa für die Anerkennung von Schadenersatzansprüchen des Patentinhabers. Schließlich würde das mit dem Patent erteilte Ausschließlichkeitsrecht wettbewerbswidrig über seine Reichweite hinaus erstreckt, verwehrte man faktisch dem Lizenzsucher die Möglichkeit, das Patent anzufechten.

994. Wenn der Standardessenzialität eines Patents nicht die Konvergenz von Marktbewegungen oder vorbestehende Marktmacht des Patentinhabers (De-facto-Standard), sondern eine in der Tendenz wettbewerbsbeschränkende Standardisierungsvereinbarung zugrunde liegt (De-jure-Standard), wirkt sich dieser Umstand typischerweise auch auf die Anwendung des kartellrechtlichen Missbrauchsverbotes aus. Im letzteren Fall können daneben je nach Konstellation auch Beschränkungen der Ausübung von Rechten aus dem Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1, 3 AEUV bzw. §§ 1, 2 GWB folgen. Insgesamt erscheinen die kartellrechtlichen Grenzen der Ausübung solcher Patentrechte enger, was Auswirkungen sowohl auf die Durchsetzung entsprechender Ausschließlichkeitsrechte als auch auf die Höhe der Lizenzgebühr haben kann.

995. Soweit der Patentinhaber sich durch eine FRAND-Erklärung verpflichtet hat, jedem Lizenzsucher diskriminierungsfrei eine Lizenz zu gewähren, dürfte ein Verwendungsverbot regelmäßig nur aus besonderen Gründen infrage kommen, die in der Situation des Lizenzsuchers liegen. Jedenfalls bei FRAND-behafteten SEP erscheint bei Vorliegen einer konkreten Verhandlungsbereitschaft des Lizenzsuchers regelmäßig eine Entrichtung bzw. Hinterlegung des Lizenzentgeltes vor Nutzung des Patents verzichtbar, wenn nicht etwa die Solvenz oder Bonität des Lizenznehmers zweifelhaft sind.

996. Die Bestimmung der genauen „FRAND“-Lizenzgebühr ist selten einfach, da diese typischerweise von einer Vielzahl von Faktoren abhängt.⁴⁹³ Auch stehen nicht immer (gut) vergleichbare Lizenznehmer als Vergleichsmaßstab zur Verfügung. Insbesondere wenn ein Standard verschiedene Patentfamilien integriert, wenn über Patentpools gehaltene Patente betroffen sind oder, wie in vielen Hochtechnologiemärkten der Fall, Kreuzlizensierungsabkommen zwischen Beteiligten bestehen, kann die Ermittlung von Vergleichsentgelten eine besondere Herausforderung darstellen.⁴⁹⁴ Vor diesem Hintergrund erscheint aus Sicht der

⁴⁹² Während das LG Düsseldorf entsprechende Verfahren bis zu einer Entscheidung des EuGH weitgehend ausgesetzt hat, gelten die vom BGH aufgestellten Grundsätze weiter und werden auch weiter von den Gerichten angewendet, vgl. etwa Klos, M., Trotz Vorlage an EuGH: Patentgerichte in Mannheim und Karlsruhe urteilen über SEP, Juve online, 12. März 2014.

⁴⁹³ In besonderen Fällen kann sich aus dem Diskriminierungsverbot auch eine Freilizenz ergeben, vgl. etwa BGH, Urteil vom 13. Juli 2004, KZR 40/02 – Standardspundfass.

⁴⁹⁴ Vgl. etwa Baumol, W./Swanson, D., Reasonable and Non-Discriminatory (RAND) Royalties, Standards Selection, and Control of Market Power, *Antitrust Law Journal* 2005, S. 1; Layne-Farrar, A./Padilla, J./Schmalensee, R., Pricing Patents for Licensing in Standard-Setting Organizations: Making Sense of FRAND Commitments, Anti-

Monopolkommission eine an der Lösung des BGH und an § 315 BGB angelehnte, abgestufte Verhandlungslösung geeignet, diesen Schwierigkeiten prozedural zu begegnen. Danach obläge dem Patentinhaber, ein erstes Angebot zu machen. In einem zweiten Schritt kann der Lizenzsucher dieses auf seine Diskriminierungsfreiheit überprüfen und gegebenenfalls ein Gegenangebot abgeben. Erst wenn keine Einigung möglich ist, käme in einem dritten Schritt dann eine (schieds-)gerichtliche Überprüfung in Betracht.⁴⁹⁵

997. Aktuell sehen die Mehrzahl der Standardisierungsorganisationen (Standard-Setting Organisations, SSO) zumindest eine Verpflichtung für Teilnehmer an Standardisierungsverfahren vor, in den Standard eingebrachte Patente zu „FRAND“ Bedingungen zu lizensieren. Weitergehend werden teilweise überhaupt keine lizenzpflichtigen Technologien in Standards aufgenommen, etwa nach den Standardisierungsstatuten der Internet-SSO World Wide Web Consortium (W3C). In Bezug auf manche Technologien mag eine derartige „offene Standardsetzung“ möglicherweise nicht zielführend und die Einbeziehung von lizenzpflichtigen Patenten in Standards mitunter unverzichtbar sein. Insoweit erscheint jedoch eine echte Transparenz der damit verbundenen Lizenzkosten im Zeitpunkt der Standardisierungsentscheidung im Interesse einer sachgerechten Entscheidung notwendig. Darüber hinaus würde eine Transparenz der standardbezogenen Zahlungsflüsse zwischen den verschiedenen beteiligten Patentinhabern und den standardimplementierenden Unternehmen, die keine oder nur wenige Patente einbringen (können), eine Entscheidung der einzelnen Unternehmen für oder gegen die Implementierung eines Standards erleichtern. Dadurch würden auch die Probleme der Bestimmung von „FRAND“ Lizenzgebühren zumindest erheblich vermindert.⁴⁹⁶

7.1.2.4 Ausblick: Lösungsansätze jenseits des Wettbewerbsrechts

998. Zwar sollte eine konsequente Anwendung und Durchsetzung kartellrechtlicher Vorgaben für Standardisierungsprozesse und für die Ausübung geistiger Eigentumsrechte bereits einen nicht unerheblichen Teil der in diesem Zusammenhang zu beobachtenden Schwierigkeiten lösen können. Allerdings dürfen daneben die über die unmittelbare Anwendung des Kartellrechts hinausgehenden Möglichkeiten, volkswirtschaftliche Effizienz an der Schnittstelle von geistigem Eigentum und Standards zu fördern, nicht außer Acht gelassen werden. So sollte eine Steigerung der Transparenz in diesen Bereichen auch durch eine verbesserte Verfüg- und Nutzbarkeit von relevanten Informationen seitens relevanter SSO und der Patentbehörden für Dritte verfolgt werden. Es erscheint aus Sicht der Monopolkommission etwa nicht unproblematisch, dass bislang viele Standards bzw. deren Dokumentationen nur gegen Entgelt einsehbar sind.⁴⁹⁷ Insoweit waren und sind auch bereits eine Reihe von Initiativen auf unterschiedlichen Ebenen zu beobachten, deren konsequente Weiterentwicklung dringend erforderlich erscheint.⁴⁹⁸

trust Law Journal 2007, S. 671. Anschaulich auch Microsoft Corp v. Motorola, Inc., C10-1823JLR, 2013 WL 2111217 (W.D. Wash.), 25. April 2013; In re Innovatio IP Ventures, LLC Patent Litigation, 1-11-cv-09308 (ILND), 27. September 2013. Vgl. im Überblick Führer, A., Final Report from the Expert Group on Intellectual Property Valuation, Brüssel 2013, insbes. S. 46 ff.

495 Vgl. zum vergleichbaren Problem der Entgeltbestimmung für die Gewährung von Zugang zu einer wesentlichen Einrichtung Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 582 ff., 592 f.

496 Vgl. etwa auch die Schlussfolgerungen bei ECORYS und TU/e, Patents and Standards – A modern framework for IPR-based standardization Studie für die Europäische Kommission, Brüssel, 2014, insbesondere S. 133 ff.

497 Paradox insoweit etwa DIN 820-1:2009-05 (Normungsarbeit - Teil 1: Grundsätze): „Normen sollten sich nicht auf Gegenstände erstrecken, auf denen Schutzrechte ruhen.“, ersetzt durch DIN 820-1:2014-06. Diese Normen sind nur gegen Zahlung von mittleren zweistelligen Eurobeträgen einsehbar. Soweit damit eine notwendige Verwertungskette geschützt werden soll, sind auch mildere Mittel wie nicht ausdrückbare Dokumente vorstellbar. Vor diesem Hintergrund erscheint auch bereits ein Verstoß aktueller Praxis gegen kartellrechtliche Grundsätze nicht fernliegend.

498 Vgl. beispielhaft die Verordnung (EU) Nr. 1025/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 zur europäischen Normung, zur Änderung der Richtlinien 89/686/EWG und 93/15/EWG des Rates sowie der Richtlinien 94/9/EG, 94/25/EG, 95/16/EG, 97/23/EG, 98/34/EG, 2004/22/EG, 2007/23/EG, 2009/23/EG und 2009/105/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung des Beschlusses 87/95/EWG des

999. Auch mit Blick auf das weitere institutionelle Umfeld erscheint nicht zuletzt im internationalen Vergleich⁴⁹⁹ zumindest naheliegend, dass eine Intensivierung der teilweise bereits bestehenden Kooperation zwischen SSO, Patent- und Wettbewerbsbehörden gezielt einzelnen Problemen von Standardisierung im Bereich geistigen Eigentums bereits an der Wurzel begegnen könnte.⁵⁰⁰ Denn die sachlich verursachte institutionelle Kompetenzverteilung führt auf Grundlage unzureichender Kooperation zu Informationsdefiziten und blockiert erhebliche Steuerungspotenziale.

1000. Diese Probleme ergeben sich zum einen aus der Ungleichzeitigkeit des Tätigwerdens jeder der drei Institutionen und zum anderen aus der Abgeschlossenheit der jeweiligen Prüfung bzw. Ansatzpunkte. So sind die drei Bereiche Schutzrechtserteilung, Standardsetzung und Wettbewerbsschutz im Lebenszyklus eines Produkts bzw. einer Technologie zeitlich typischerweise von gestaffelter Bedeutung: Schutzrechte werden in aller Regel vor Markteinführung gewährt. Die spätere Marktposition darauf aufbauender Produkte wird vielfach durch die Einbeziehung in einen Standard deutlich aufgewertet. Die Wettbewerbsaufsicht kann schließlich regelmäßig erst dann tätig werden, wenn Marktmacht missbräuchlich ausgenutzt wird oder ungerechtfertigte Wettbewerbsbeschränkungen bekannt werden.

1001. Die aus dieser zeitlichen Asymmetrie folgende Informationsasymmetrie wird durch die jeweiligen Handlungsrahmen weiter verstärkt: So handeln Wettbewerbsbehörden regelmäßig auf Grundlage von Informationen über Marktverhältnisse und damit über die ökonomische Bedeutung eines Schutzrechtes, während die Patentbehörden typischerweise vor allem die innovative Qualität eines Schutzrechtsantrags beurteilen. Im Rahmen der Standardisierung schließlich wird regelmäßig das Interoperabilitätspotenzial und -bedürfnis einer Technologie ermittelt.

1002. Eine verbesserte Kooperation zwischen SSO, Patent- und Wettbewerbsbehörden, etwa durch regelmäßigen interinstitutionellen und transdisziplinären Dialog könnte das gegenseitige Verständnis und das Problembewusstsein für und die Fachkenntnisse in den jeweils anderen Bereichen erhöhen. Gerade um die wirtschaftlichen Machtpotenziale einer Einbindung geistiger Schutzrechte in Standards möglichst frühzeitig einzuhegen, sollte die zuständige Wettbewerbsbehörde eingebunden werden.

7.1.3 Reform des europäischen Technologietransfer-Regimes

1003. Im März 2014 hat die Europäische Kommission ein überarbeitetes Regelwerk für Technologietransfer-Vereinbarungen angenommen, das eine Gruppenfreistellungsverordnung (TT-GVO)⁵⁰¹ und Leitlinien (TT-LL)⁵⁰² umfasst. Diese ersetzen die entsprechenden, 2004 verabschiedeten Regeln⁵⁰³ und modernisieren das bisherige Regime behutsam. Dabei werden einerseits Erkenntnisse aus knapp zehn Jahren Anwendungserfahrung und zwei konsekutiven öffentlichen Konsultationen integriert. Andererseits werden die Regeln an neue Herausforderungen angepasst. Beide Dokumente tragen dem Grundgedanken Rechnung, dass an sich wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen durchaus volkswirtschaftlich wünschenswert und insoweit vom Kartellverbot der Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB freigestellt sein können.

Rates und des Beschlusses Nr. 1673/2006/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. EU L 316 vom 14. November 2012, S. 12 ff.; Normungspolitisches Konzept der Bundesregierung, Berlin 2012, und die aus Bundesmitteln geförderten Plattformen INS (Innovation mit Normen und Standards) und TNS (Transfer von Forschungs- und Entwicklungsergebnissen durch Normung und Standardisierung).

499 Vgl. etwa die umfangreichen Kooperationen der US-amerikanischen Wettbewerbs- und Patentbehörden.

500 In diese Richtung bereits etwa auch BMWi, Schlaglichter der Wirtschaftspolitik, Februar 2010, Berlin, S. 23.

501 Verordnung (EU) Nr. 316/2014 der Kommission über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. EU L 93 vom 28. März 2014, S. 17.

502 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. EU C 89 vom 28. März 2014, S. 3.

503 Verordnung (EG) Nr. 772/2004 der Kommission vom 27. April 2004 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. EG L 123 vom 27. April 2004, S. 11, und EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 EG-Vertrag auf Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. EG C 101 vom 27. April 2004, S. 2.

1004. Die von den Unternehmen im Markt in diesem Bereich geschlossenen Verträge sind von ganz erheblicher Bedeutung für den Wettbewerb in einer Vielzahl von Wirtschaftsbereichen. Für die Kartellbehörden werden die daraus folgenden Machtstrukturen jedoch allenfalls punktuell transparent. Um so bedeutsamer ist die Vorprägung der Vertragslandschaft durch das TT-Regime, die kartellverbotswidrigen Verträgen vorbeugt. Insbesondere vor dem Hintergrund der Einbindung betroffener Verträge in laufende Geschäftsbeziehungen kommen allerdings diesbezügliche Streitigkeiten nur selten vor die Gerichte.⁵⁰⁴

1005. Die TT-GVO gilt für Technologietransfer-Vereinbarungen, nach denen Technologierechte⁵⁰⁵ mit dem Ziel der Produktion durch den Lizenznehmer und/oder seine Zulieferer lizenziert werden, sowie für eine Übertragung derartiger Rechte mit dem Ziel der Produktion, wenn das mit deren Verwertung verbundene Risiko jedenfalls zum Teil beim Veräußerer bleibt.⁵⁰⁶ Für derartige Vereinbarungen gilt das Kartellverbot nach Art. 2 TT-GVO grundsätzlich nicht, wenn der gemeinsame Marktanteil der Parteien auf dem relevanten Markt bei Konkurrenten 20 Prozent, bei sonstigen Unternehmen 30 Prozent nicht überschreitet. Die Freistellung entfällt vollständig, wenn die betreffende Vereinbarung eine Kernbeschränkung nach Art. 4 TT-GVO enthält; einzelne Beschränkungen sind nach Art. 5 TT-GVO von der Freistellung ausgenommen. Die TT-GVO ist unanwendbar, soweit eine Vereinbarung unter die Forschungs- und Entwicklungs-Gruppenfreistellungsverordnung⁵⁰⁷ oder unter die Spezialisierungs-Gruppenfreistellungsverordnung⁵⁰⁸ fällt, Art. 9 TT-GVO. Ausdrücklich aufgeführt sind unter anderem die allgemeinen Befugnisse der Europäischen Kommission und der nationalen Kartellbehörden aus der Kartellverfahrensverordnung 1/2003, im Einzelfall den Rechtsvorteil der TT-GVO zu entziehen, wenn die Auswirkungen eigentlich freigestellter Vereinbarungen in bestimmten Märkten mit Art. 101 Abs. 3 AEUV unvereinbar sind. Als beispielhafte Voraussetzungen für derartige Entscheidungen führt Art. 6 der TT-GVO die Beschränkung des Marktzugangs für Technologien Dritter oder für potenzielle Lizenznehmer an, etwa durch die kumulative Wirkung paralleler gleichartiger Verträge. Die TT-LL erläutern die TT-GVO im Detail und geben Hinweise für die konkrete Anwendung der TT-GVO und des Kartellverbotes auf einzelne Kategorien von Vereinbarungen.

1006. Die Novellierung bringt eine behutsame Modernisierung mit sich, die allerdings vormalig freigestellte Vereinbarungen in einigen Bereichen deutlich kritischer behandelt. Neben einer Anzahl kleinerer Anpassungen sind eine Reihe von Veränderungen der TT-GVO hervorzuheben. Die Beschränkung des passiven Verkaufs von mit der lizenzierten Technologie hergestellten Produkten durch Lizenznehmer für ein Gebiet oder an eine Kundengruppe innerhalb der ersten beiden Jahre der Vertragsdurchführung fällt nicht mehr automatisch unter die Freistellung. Verpflichtungen des Lizenznehmers, nicht von der lizenzierten Technologie abtrennbare Verbesserungen exklusiv an den Lizenzgeber zurück zu lizenzieren („Grant-Back“), sind nicht mehr freigestellt, während nicht-exklusive Rücklizenzverpflichtungen weiterhin freigestellt bleiben. Vertragliche Kündigungsrechte für den Fall, dass der Lizenznehmer die Gültigkeit eines oder mehrerer der lizenzierten Technologierechte angreift, sind nur noch im Fall exklusiver Lizenzen freigestellt.

1007. Die TT-LL, insbesondere die Abschnitte über Streitbeilegungsvereinbarungen und Technologiepools, sind in ähnlichem Maße überarbeitet worden. Streitbeilegungsvereinbarungen oder Vergleichsverträge haben eine ambivalente Wirkung. Einerseits wird der Wettstreit der Beteiligten um Rechtspositionen beendet,

⁵⁰⁴ Vgl. jedoch etwa OLG Naumburg, Urteil vom 19. September 2013, 2 U 20/13 (Kart); OLG Karlsruhe, Beschluss vom 23. Januar 2012, 6 U 136/11.

⁵⁰⁵ Diese sind in Art. 1 Abs. 1 lit. b) legaldefiniert und umfassen Patente, Gebrauchsmuster, Geschmacksmuster, Topografien von Halbleiterprodukten, ergänzende Schutzzertifikate für Arzneimittel oder andere Produkte, für die solche ergänzenden Schutzzertifikate vergeben werden können, Sortenschutzrechte sowie Software-Urheberrechte.

⁵⁰⁶ Im Fall vollständiger Übertragung ohne beim Veräußerer verbleibendes Risiko sind grundsätzlich die Regeln der Fusionskontrolle anwendbar; vgl. oben Tz. 970.

⁵⁰⁷ Verordnung (EU) Nr. 1217/2010 der Kommission vom 14. Dezember 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung, ABl. EU L 335 vom 18. Dezember 2010, S. 36.

⁵⁰⁸ Verordnung (EU) Nr. 1218/2010 der Kommission vom 14. Dezember 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen, ABl. EU L 335 vom 18. Dezember 2010, S. 43.

andererseits kann die daraus folgende Planungs- und Rechtssicherheit wettbewerbsfördernde Wirkungen haben. Aus den Erfahrungen insbesondere in der Pharmabranche heraus wird nunmehr klargestellt, dass die vertragliche Verzögerung oder Beschränkung von Marktzutritten durch Vergleichsverträge vor allem auch dann kartellrechtswidrig sein kann, wenn die Parteien Wettbewerber sind und im Zusammenhang mit der Vereinbarung erhebliche Beträge vom Lizenzgeber an den Lizenznehmer fließen. Ebenso wird betont, dass der vertragliche Verzicht darauf, ein Technologierecht anzugreifen, insbesondere dann problematisch sein kann, wenn dieses auf Grundlage von unzutreffenden oder irreführenden Angaben erworben wurde. In Anerkennung der grundsätzlich positiven Wirkungen von Technologiepools wird eine Liste von Kriterien für die Einzelfreistellung von deren Gründung der Lizenzvergabe durch diese aufgestellt, die funktional einem „Safe Harbour“ nahekommen dürfte.

1008. Die Monopolkommission begrüßt sowohl das Verfahren als auch das Ergebnis der – in der alten TT-GVO bereits angelegten – Reform. Die doppelte Konsultation hat es der Europäischen Kommission ermöglicht, Stellungnahmen aus einem breiten Spektrum von Marktteilnehmern und Fachleuten iterativ mit in ihre Entscheidung einzubeziehen. In der Sache werden im Rahmen der Reform bewährte Regeln beibehalten, an einigen Punkten jedoch auch nachjustiert. Dies findet in allen referierten Bereichen die Zustimmung der Monopolkommission. Insoweit ist insbesondere hervorzuheben, dass auch bei nicht von der TT-GVO freigestellten Vereinbarungen eine Einzelfreistellung nach Art. 101 Abs. 3, § 2 Abs. 1 GWB in Betracht kommt. Insoweit ändert sich für Vereinbarungen, die nicht mehr unter die GVO fallen, lediglich die Darlegungs- und Beweislast der betroffenen Unternehmen im Streitfall. Die Verschärfung der Ausführungen der LL zu Streitbeilegungsvereinbarungen vollziehen lediglich aktuelle Erkenntnisse nach und beseitigen teilweise rechtliche Unschärfen. Die Einführung eines informellen „Safe Harbour“ für bestimmte Technologiepools ist besonders zu begrüßen; derartige Regeln entwickeln häufig in der Praxis Leitcharakter, ohne dass dadurch rechtliche und institutionelle Innovationen abgeschnitten wären.

1009. Eine grundsätzliche Kritik der Monopolkommission, die nicht allein die TT-Regelungen betrifft, bezieht sich auf die unter der Legalausnahme bzw. dem Selbsteinschätzungsprinzip des Art. 1 Abs. 2 der Kartellverfahrensverordnung 1/2003 regelmäßig geringe Übersicht der Kartellbehörden über die im Markt tatsächlich vorherrschenden Vertragsstrukturen. Daraus folgt die Gefahr, dass mitunter Vereinbarungen freigestellt sind, die aufgrund paralleler Vertragsnetzwerke oder anderer Besonderheiten der betroffenen Marktbereiche klar negative volkswirtschaftliche Auswirkungen haben. Insoweit sehen die Regeln zwar einen Entzug des Rechtsvorteils im Einzelfall und die Erklärung der Nichtanwendung der GVO auf solche Märkte durch die Kartellbehörden vor. In der Praxis jedoch haben diese Vorschriften bislang keine Bedeutung, was nicht allein Informationsdefiziten, sondern auch mangelnden Präzedenzfällen und einer in der Literatur unangemessen hoch angesetzten Beweislast zulasten der Behörden geschuldet ist.⁵⁰⁹

7.1.4 Nutzung von proprietären Informationen als Marktstandards

1010. Aus von Unternehmen einzeln oder im Verbund geschaffenen Datendefinitionen entstehen mitunter Marktstandards, ohne deren Nutzung die Teilnahme an (abgeleiteten) Märkten nicht oder kaum möglich ist. Insbesondere bei Kommunikations- und Datenaustauschnittstellen, bei Kennzahlensystemen und Segmentierungen von Informationskontinua kann zur Wettbewerbsteilnahme ein Minimum an Interoperabilität notwendig sein. Obwohl in derartigen Fällen regelmäßig die Schöpfungshöhe gering ist und der besondere Wert der Datendefinitionen vornehmlich oder ausschließlich aus der Durchsetzung als Marktstandard folgt, sieht das Urheberrecht insoweit bislang keine (wirksamen) Beschränkungen vor. In solchen Konstellationen kann in der Verweigerung einer Lizenz ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung liegen. Dann kann eine Abhilfe in der (behördlichen oder gerichtlichen) Anordnung einer Zwangslizenz liegen. Auch hier wird regelmäßig ein erheblicher Unterschied zwischen dem Monopolwert der Daten-

⁵⁰⁹ Vgl. zuletzt Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 431 ff.

definition, ausgedrückt in der Möglichkeit, Nutzer diskretionär auszuschließen oder entsprechende Lizenzgebühren zu berechnen, und einer angemessenen (oder FRAND) Lizenzgebühr liegen.

1011. Insbesondere im Berichtszeitraum sind einige gerichtliche und behördliche Entscheidungen zu verzeichnen, die die Reichweite geistiger Eigentumsrechte in Beziehung zu der mit diesen verbundenen Schöpfungshöhe und zu deren Marktbedeutung setzen. Neben einem aktuell zur höchstgerichtlichen Entscheidung anstehenden Fall im Bereich pharmazeutischer Marktinformationen betreffen die untersuchten Fälle Finanzmärkte bzw. Finanzinformationen.

7.1.4.1 Datenstandards als Plattform

1012. Illustrativ für die Probleme proprietärer Datenstandards ist die aktuellste Entwicklung eines der bekanntesten europäischen Fälle in diesem Bereich, der auf Datendefinitionen bzw. einer Datenbankstruktur basiert, in der das Marktforschungsunternehmen IMS Health das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland in 1860 einzelne regionale Segmente eingeteilt hatte. Auf dieser Grundlage arbeiteten nahezu sämtliche Abnehmer von pharmazeutischen Marktinformationen. Als ein Wettbewerber zu diesen Datendefinitionen kompatible Informationen anbot, ging IMS Health gegen deren Nutzung vor.

Parallel zu einer Eilentscheidung der Europäischen Kommission aus dem Jahr 2001⁵¹⁰ war das LG Frankfurt befasst, das dem EuGH vorlegte. Der EuGH ging in seinem Urteil im Jahr 2004⁵¹¹ von der Annahme des Vorlagegerichts aus, der Datenbankschutz des Urheberrechts sei berührt. Er rekapitulierte die gefestigte Rechtsprechung, das ausschließliche Recht der Vervielfältigung gehöre zu den Vorrechten des Inhabers eines Immaterialgüterrechts, und nur unter außergewöhnlichen Umständen könne die Ausübung des ausschließlichen Rechts durch den Inhaber ein missbräuchliches Verhalten darstellen. Solche außergewöhnlichen Umstände setzten i. d. R. die kumulative Erfüllung dreier Bedingungen voraus: Die Weigerung müsse das Auftreten eines neuen Erzeugnisses verhindern, nach dem eine potenzielle Nachfrage der Verbraucher besteht, sie dürfe nicht sachlich gerechtfertigt, und sie müsse geeignet sein, jeglichen Wettbewerb auf einem abgeleiteten Markt auszuschließen. Ob die Bedingungen erfüllt seien, habe das Vorlagegericht selbst zu entscheiden.

Sowohl das LG als auch das OLG Frankfurt als Berufungsinstanz gingen von einem urheberrechtlichen Schutz der zugrunde liegenden Datenbank als Datenbankwerk nach § 4 Abs. 2 UrhG aus; allerdings wurde ein Unterlassungsanspruch mangels ausreichender Aktivlegitimation der IMS Health verneint.⁵¹² Die Datenbank sei zwar grundsätzlich auch nach § 87a ff. UrhG geschützt. Das gelte jedoch nicht für Datendefinitionen der Segmentstruktur, die als solche keinen wesentlichen Bestandteil der Datenbank i. S. d. §§ 87a, 87b Abs. 1 S. 2 UrhG darstellten. Daran schlossen sich beide Gerichte in nachfolgenden Entscheidungen in der gleichen Sache⁵¹³ gegenüber dem Rechtsnachfolger des Wettbewerbers 2008 und 2013 an.⁵¹⁴

510 EU-Kommission, Entscheidung vom 3. Juli 2001, COMP D3/38.044 – NDC Health/IMS HEALTH: Einstweilige Maßnahmen, ausgesetzt durch Beschlüsse des Präsidenten des Gerichts Erster Instanz vom 10. August 2001 und vom 26. Oktober 2001 T-184/01 R, Aussetzung bestätigt durch Beschluss des Präsidenten des Gerichtshofes vom 11. April 2002, C-481/01 P(R). Die Europäische Kommission hat die einstweiligen Maßnahmen mit Beschluss vom 13. August 2003, 2003/741/EG, zurückgenommen und die Sache für erledigt erklärt.

511 EuGH, Urteil vom 29. April 2004, C-418/01 – IMS Health.

512 LG Frankfurt, Urteil vom 12. Oktober 2000, 2/3 O 283/00; OLG Frankfurt, Urteil vom 17. September 2002, 11 U 67/00.

513 LG Frankfurt, Urteil vom 6. Juni 2008, 2-3 O 629/00, bestätigt durch OLG Frankfurt, Urteil vom 12. November 2013, 11 U 48/08.

514 Der in diesem Fall von den Gerichten unter dem Gesichtspunkt des ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes vor allem für die Vergangenheit bejahte Anspruch aus § 1 UWG hat besondere Voraussetzungen: so muss das fragliche Erzeugnis von wettbewerbllicher Eigenart sein und es müssen besondere Umstände hinzutreten, die den Nachbau unlauter erscheinen lassen. Zwischen dem Grad der wettbewerbllichen Eigenart, der Art und Weise und der Intensität der Übernahme sowie den besonderen Umständen besteht eine Wechsel-

1013. Zentral erscheint im kartellrechtlichen Kontext, dass das Datenbankherstellerrecht nach den §§ 87a ff. UrhG die Vervielfältigung, Verbreitung oder öffentlichen Wiedergabe unwesentlicher Teile der geschützten Datenbank nur ausschließt, soweit diese Handlungen einer normalen Auswertung der Datenbank zuwiderlaufen oder die berechtigten Interessen des Datenbankherstellers unzumutbar beeinträchtigen. Diese auf Art. 7 Abs. 1, 5 der Datenbankrichtlinie⁵¹⁵ zurückgehende Einschränkung ist nach gefestigter Rechtsprechung⁵¹⁶ nach dem Verhältnis des entnommenen Datenvolumens zum Gesamtdatenvolumen zu bestimmen. Zwar können nach Erwägungsgrund 20 der Datenbankrichtlinie der Thesaurus, der Index und das Abfragesystem unter den Schutz der Datenbank fallen. Doch geschützt ist insbesondere nicht die Datenstruktur oder Datendefinition. Insbesondere entspricht es nicht dem Sinn und Zweck der §§ 87a ff. UrhG, Dritten die Entwicklung eigener Datenbanken dadurch zu erschweren, dass ein bestimmter Aufbau der Datenbank als solcher monopolisiert werden soll.⁵¹⁷ Jedenfalls in Bezug auf das Datenbankrecht des Herstellers sieht somit das Urheberrecht selbst eine gewisse Abwägungsmöglichkeit zwischen privatem Investitionsschutz und der Gewährleistung der Freiheit bloßer Informationen und Datendefinitionen.

1014. Der Fall ist insoweit typisch, als eine Vielzahl gerichtlicher Entscheidungen über mehr als dreizehn Jahre noch immer keine Klarheit über die genauen Grenzen des Ausschließlichkeitsrechts von IMS Health besteht; das Zivilgerichtsverfahren ist aktuell beim BGH anhängig.⁵¹⁸ Die zugrunde liegende wirtschaftliche Frage, ob die von IMS Health (mit Hilfe von Branchenteilnehmern) erstellten Datendefinitionen ein Ausschließlichkeitsrecht vermitteln, mit dem IMS Health Wettbewerber vom Markt fernhalten kann, teilt sich rechtlich in die beiden Fragen, ob die Datendefinitionen bzw. die Datenbankstruktur urheberrechtlich geschützt sind, und ob dieser Schutz eine Verbotsverfügung rechtfertigt.

1015. Die Monopolkommission betont mit Hinblick auf § 87b Abs. 1 S. 2 UrhG, dass für die Beantwortung der Frage, ob die Datenbanknutzung einer normalen Auswertung der Datenbank zuwiderläuft oder die berechtigten Interessen des Datenbankherstellers unzumutbar beeinträchtigt, von erheblicher Bedeutung sein kann, ob es sich bei dem genutzten Datenbankbestandteil um einen Marktstandard handelt. Denn dann dürfte regelmäßig die Nutzung von Datendefinitionen zum einen im Rahmen der normalen Auswertung der Datenbank liegen. Auch eine unzumutbare Beeinträchtigung berechtigter Interessen erscheint jedenfalls dann wenig wahrscheinlich, wenn die Marktgeltung der Datenbank vor allem auf zeitliche Priorität und weniger auf überlegene Qualität der Datendefinitionen zurückgeht.

1016. Der relativen Marktbedeutung der Datendefinitionen kann im Rahmen des Urheberrechts nur eingeschränkt Rechnung getragen werden, sodass in Fällen besonderer Marktmacht vor allem auch die Anwendung des Kartellrechts infrage kommt. Bei Marktbeherrschung kann sich auch im Datenbankrecht eine Zwangslizenzinrede ergeben, die nicht zwingend davon abhängig ist, dass ein neues Produkt geschaffen werden soll. Allerdings kann schon fraglich erscheinen, ob inhaltlich eigenständige Produkte mit wesentlich unterschiedlichen Charakteristika schon deshalb das Kriterium eines neuen Produkts nicht erfüllen, weil sie zu geschützten Datenstandards kompatibel sind. Dies erscheint in Fällen, in denen die Interoperabilität von Plattformen und damit die Nutzung einer gemeinsamen Basis infrage steht, umso bedenklicher. Insoweit weist die Monopolkommission darauf hin, dass die in der Rechtsprechung des EuGH regelmäßige

wirkung. Je größer die wettbewerbliche Eigenart und je höher der Grad der Übernahme ist, desto geringer sind die Anforderungen an die besonderen Umstände, die die Wettbewerbswidrigkeit begründen. Andererseits sind die Anforderungen an die wettbewerbliche Eigenart bei besonders anstößig erscheinender Nachahmung oder unmittelbarer Leistungsübernahme umso geringer, vgl. BGH, Urteil vom 7. Februar 2002, I ZR 289/99. Entscheidend war nach Auffassung der Gerichte in diesem Fall, dass der lizenzsuchende Wettbewerber die Struktur schlicht aus einer bei ihm verbliebenen, IMS Health gehörigen Datei (raub-)kopiert hatte, um die Datenbankstruktur weitgehend unverändert zu nutzen.

515 Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, ABl. EU L 77 vom 27. März 1996, S. 20.

516 Vgl. EuGH, Urteil vom 9. November 2004, C-203/02 – British Horseracing, Rn. 70 ff.; BGH, Urteil vom 21. Juli 2005, I ZR 290/02 – HIT-BILANZ.

517 OLG Frankfurt, Urteil vom 17. September 2002, 11 U 67/00.

518 I ZR 58/14.

referenzierten Kriterien, anders als weithin angenommen, lediglich Beispiele für die in Art. 102 S. 2 AEUV aufgeführten Regelbeispiele des Missbrauchs darstellen. Entscheidend ist insoweit die Beeinträchtigung der Verbraucherinteressen.⁵¹⁹ In diesem Zusammenhang erscheint auch die enge Verwandtschaft zwischen standardessenziellen Patenten⁵²⁰ und Datenstandards von besonderer Bedeutung. Entsprechend kann auch in Bezug auf Datenbankstrukturen bzw. Datendefinitionen unter Umständen ein urheberrechtliches Verwendungsverbot aus dem Gesichtspunkt des kartellrechtlichen Missbrauchs von Marktmacht ausgeschlossen sein.

7.1.4.2 Wertpapiercodes als Plattform: Standard & Poor's und Reuters Instruments Codes

1017. Zwei vergleichbare Fälle betrafen die Lizenzierung von Wertpapiercodes, die sich teils auf Grundlage von Standardsetzungsprozessen, teils durch Pfadabhängigkeiten als Marktstandards durchgesetzt haben und dabei urheberrechtlich geschützt sind. Die Rechteinhaber hatten teils auch für die indirekte Nutzung dieser Datendefinitionen Lizenzgebühren verlangt und die Lieferung von Daten auf Grundlage dieser Standards zwangsweise mit umfangreichen weiteren Dienstleistungen gebündelt, die entsprechend hochpreisig zu entgelten waren.

1018. Das erste hier untersuchte Verfahren betrifft die Nutzung US-amerikanischer International Securities Identification Numbers (ISINs). Diese sind eindeutige Identifikationsnummern für US-amerikanische Wertpapiere, die allein von Standard & Poor's (S&P) vergeben werden. Das Monopol von S&P ergibt sich aus der Funktion als nationale Vergabestelle (National Numbering Agency, NNA) für die USA entsprechend der Norm ISO 6166. Diese stellt das einzige eindeutige, genormte und international anerkannte Identifizierungssystem für Wertpapiere dar. Entsprechend werden US-amerikanische ISIN-Datensätze werden von nahezu allen Marktteilnehmern der Finanzdienstleistungsbranche global genutzt. Zu ihrer Verwendung besteht in dieser Branche nach Feststellungen der Europäischen Kommission keine Alternative. Die zugrunde liegende Norm ISO 6166 wurde auf internationaler Ebene als öffentliche Dienstleistung für die Finanzdienstleistungsbranche entwickelt. Nach dem Kostendeckungsgrundsatz der ISO-Norm dürfen NNA für den Vertrieb von ISINs nicht mehr als die zur Kostendeckung erforderlichen Beträge in Rechnung stellen; für indirekte Lieferungen ist eine Kostenfreiheit vorgesehen. S&P berechnete jedoch auch indirekten Nutzern Lizenzgebühren, während direkte Nutzer unabhängig von ihrer tatsächlichen Nutzung von Produkten von S&P einheitlich den Preis für ein umfangreiches Produktpaket zu entrichten hatten.

1019. Die Europäische Kommission hatte Anfang 2009 ein Verfahren gegen S&P wegen des Verdachts auf Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung eröffnet. Mitte 2011 wurde ein Zusagenvorschlag von S&P einem öffentlichen Markttest unterzogen. Ende 2011 nahm die Europäische Kommission schließlich die von S&P gemachten Zusagen an und erklärte sie für verbindlich. Danach verpflichtete sich S&P, auf die bislang gegenüber indirekten Nutzern berechneten Lizenzgebühren für die Verwendung von ISINs zu verzichten.⁵²¹ In Bezug auf direkte Nutzer von ISINs sagte S&P zu, ein spezielles Produkt einzuführen, das außer der täglichen Lieferung US-amerikanischer ISIN-Datensätze keine höherwertigen Services enthält und getrennt von anderen höherwertigen Informationen zu vertreiben; der Preis für dieses Produkt wurde unter Berücksichtigung der Kostendaten von S&P festgesetzt; die Verpflichtungsentscheidung sieht insoweit einen Inflationsausgleich vor. Altkunden wurde ein Sonderkündigungsrecht eingeräumt. Die Verpflichtungen gelten für fünf Jahre; dabei hat sich S&P verpflichtet, jährlich einen vertraulichen Bericht über die Umsetzung der Verpflichtungen vorzulegen.

1020. Ein zweiter, eng mit dem ISIN-Verfahren verwandter Fall in diesem Bereich betrifft Reuters Instrument Codes (RICs), die ein von dem Finanzinformationsanbieter Thomson Reuters (TR) geschaffenes

⁵¹⁹ Vgl. etwa ausdrücklich EuG, Urteil vom 17. September 2007, T-201/04 – Microsoft, Rn. 643 ff., 647; EuGH, Urteil vom 29. April 2004, C-418/01 – IMS Health, Rn. 48,

⁵²⁰ Vgl. dazu oben Tz. 978. ff.

⁵²¹ EU-Kommission, Beschluss vom 15. November 2011, COMP/39.592 – Standard & Poor's.

Identifikationssystem für Wertpapiere und ihren Handelsplatz bilden. RICs halten zwar keine standardbasierte Monopolstellung wie die ISIN, stellen aber auf Grundlage ihrer weltweiten Verbreitung in der gesamten Finanzbranche einen Marktstandard dar: Nach den vorläufigen Feststellungen der Europäischen Kommission hat TR eine marktbeherrschende Stellung auf dem weltweiten Markt für konsolidierte Echtzeit-Finanzmarkt-Datenströme inne.⁵²² TR hatte seinen Kunden vertraglich verboten, RICs zur Abfrage von Daten anderer Datenanbieter zu verwenden. Weiter war den Kunden untersagt worden, RICs den von anderen Anbietern für ihre Datenströme verwendeten Codes zuzuordnen (sogenanntes Mapping). Parallel dazu hatte TR Dritte auf urheberrechtlicher Grundlage daran gehindert, Mapping-Tabellen im Namen von Kunden zu erstellen und zu führen, was diesen ermöglicht hätte, auf ihren Systemen (teilweise) mit Datenströmen Dritter zu arbeiten.

1021. Das Verfahren der Europäischen Kommission war im Herbst 2009 auf Grundlage eines Verdachts auf Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung eröffnet worden. Im Herbst 2011 sandte die Europäische Kommission ein vorläufiges Vorwurfsschreiben an TR, worauf ein erster Zusagenvorschlag unterbreitet wurde. Nach zwei Markttests dieses und eines weiteren Zusagenvorschlages wurde schließlich Ende 2012 ein dritter Zusagenvorschlag von TR für verbindlich erklärt. Darin verpflichtet sich TR, eine neue Lizenz anzubieten, die es den Kunden ermöglicht, RICs gegen eine monatliche Gebühr zur Abfrage von Daten von Wettbewerbern von TR zu verwenden. Diese Lizenz ermöglicht Unternehmen, die die RICs verwenden, ihre Anwendungen auf konkurrierende Anbieter konsolidierter Echtzeit-Datenströme umzustellen. TR hat sich weiter verpflichtet, den Lizenznehmern regelmäßige und zeitnahe Aktualisierungen der RICs zukommen lassen. Die Lizenz kann weltweit genutzt werden, sofern der Kunde von TR eine echte Geschäftstätigkeit im Europäischen Wirtschaftsraum ausübt. Die Lizenznehmer sind nach dem Erwerb der Lizenz nicht verpflichtet, andere Daten oder sonstige Dienste von TR zu abonnieren oder ihre Abonnements fortzusetzen. Die Lizenz wird auf unbegrenzte Zeit an die Lizenznehmer vergeben, sofern die entsprechende Gebühr gezahlt wird. Daneben hat sich TR verpflichtet, Drittentwicklern weitgehende Verwendungsmöglichkeiten der RICs zur Erstellung und Pflege von Anwendungen zum Anbieterwechsel einzuräumen, die die Interoperabilität zwischen den RICs und den Diensten von Konkurrenten ermöglichen, indem die RICs in die Codes anderer Anbieter von Dateneinspeisungen umgesetzt werden.⁵²³ In diesem Verfahren wurde ein unabhängiger Überwachungstreuhänder (Monitoring Trustee) eingesetzt, der über die Umsetzung der zeitlich grundsätzlich unbegrenzten Selbstverpflichtungen von TR sieben Jahre lang wacht.

1022. Beide Entscheidungen erscheinen als geeignete Mittel, den (vorläufigen) kartellrechtlichen Bedenken der Europäischen Kommission zu begegnen. Die Reichweite beider Entscheidungen ist entsprechend der unterschiedlichen Begründung und Auswirkungen der Marktstellung der jeweiligen Datenstandards abgestuft. Die ISINs bleiben als solche im Markt auf Grundlage ihrer normgestützten Marktgeltung vorerst weiterhin unverzichtbar. Deshalb war das Problem systemimmanent im Kern mit Lizenzen zu beseitigen. Die RICs hingegen sind als solche zwar grundsätzlich schon heute durch Alternativen ersetzbar. Um eine Interoperabilität mit Drittdaten und eine Umstellung der Systeme von TR-Kunden bzw. ihren Softwarelieferanten auch mittel- und langfristig zu gewährleisten, waren weitergehende Zusagen von TR und die Einsetzung eines unabhängigen Überwachungstreuhänders notwendig.

1023. Während die Freilizenz für indirekte Nutzer von ISINs jedenfalls bereits aus der ISO-Norm 6166 folgt, vermag die Monopolkommission auf Grundlage der ihr vorliegenden Daten die Angemessenheit der zugestandenen Lizenzgebühren nicht abschließend zu bewerten. Vor dem Hintergrund der überschaubaren Investitionen in die Schaffung der jeweiligen Kennsysteme und deren jahrzehntelange Marktgeltung mit nach vorläufigen Feststellungen der Europäischen Kommission deutlich überhöhten Lizenzgebühren erscheint jedoch nicht fernliegend, dass die bei strenger Durchsetzung kartellrechtlicher Maßstäbe im Rahmen einer

⁵²² EU-Kommission, Beschluss vom 20. Dezember 2012, COMP/39.654 – Reuters Instrument Codes.

⁵²³ Anschaulich aus Sicht von Branchenteilnehmern etwa Delaney, A., No Migration Tsunami Expected from Newly Extended RICs, referencedatareview.com/blog vom 17. Juli 2013.

Entscheidung ohne Verhandlungscharakter zulässigen Lizenzgebühren möglicherweise erheblich niedriger ausgefallen wären. Bedauerlich, und möglicherweise sowohl dem Interesse der Europäischen Kommission, die gebundenen Kapazitäten möglichst zeitnah anderweitig einzusetzen, als auch entstehendem echten Wettbewerb in diesem Bereich geschuldet, erscheint insoweit auch der Ausschluss von Wettbewerbern von der Nutzung der Wertpapiercodes. Die Monopolkommission hätte es begrüßt, wenn die zugrunde liegenden Rechtsfragen einer gerichtlichen Klärung zugeführt worden wären, die eine ungleich stärkere Ausstrahlungswirkung über diese beiden Fälle hinaus gehabt hätte.⁵²⁴

1024. In beiden Verfahren zeigt sich anschaulich die Komplexität einer nachträglichen Durchsetzung bzw. rechtlichen Ermöglichung von Interoperabilität und der nachträglichen Öffnung von Datenstandards. In beiden Fällen waren umfangreiche behördliche Ermittlungen und mehrfache Markttests erforderlich, um die Verfahren auf vorläufiger Grundlage zu einem Abschluss zu bringen. Die ISO-Norm 6166 erlaubt nach europäischem Verständnis keinen urheberrechtlichen Schutz an ISINs. Der Streit um diese Frage zeigt allerdings, dass die Norm insoweit nicht ausreichend klar gefasst ist. Im Fall der RICs schien gar die komplexe Ermöglichung von Wettbewerb und die Einsetzung eines Überwachungstreuhanders für sieben (!) Jahre erforderlich. Wäre bereits bei Einführung der beiden Datendefinitionen auf wettbewerbliche Offenheit geachtet worden, hätten sich neben erheblichen Reibungsverlusten und Verfahrenskosten auch Pfadabhängigkeiten vermeiden lassen, die noch erhebliche weitere Kosten ohne echten Gegenwert verursachen werden. Die beiden Verfahren können insoweit einerseits ungeachtet ihrer eingeschränkten Reichweite als Präzedenzfälle für die Kartellrechtsanwendung auf derartige Probleme gelten. Andererseits lassen sich aus den hier gewonnenen Erkenntnissen Anhaltspunkte für die Ausgestaltung derartiger Systeme in der Zukunft ableiten.

7.1.4.3 Kollektive Lizenzverweigerung: Credit Default Swap-Informationen

1025. Im April 2011 hat die Europäische Kommission ein Verfahren gegen dreizehn Investmentbanken⁵²⁵ und den Datendienstleister Markit sowie, mit zeitlicher Verzögerung, gegen die International Swaps and Derivatives Association (ISDA) eröffnet, das im Juli 2013 zu einer Mitteilung der Beschwerdepunkte führte.⁵²⁶ Kern des Vorwurfs ist, dass die Betroffenen kollektiv darauf hingewirkt hätten, die Deutsche Börse und die Chicago Mercantile Exchange vom Markt für Kreditderivate (hier insbesondere Kreditausfallversicherungen, Credit Default Swaps, CDS) auszuschließen. Mittel für diese kollektive Marktverschließung sei die koordinierte Ausübung von Urheberrechten, insbesondere in Bezug auf Daten und Index-Benchmarks. Deren Lizenzierung sei für einen Eintritt auf die abgeleiteten Derivatemärkte unverzichtbar, durch die betroffenen Banken, welche die ISDA und Markit kontrollierten, jedoch kollektiv verhindert worden.

1026. Der auch von einer US-Kartellbehörde untersuchte⁵²⁷ Fall hat bis zum Redaktionsschluss dieses Gutachtens noch keinen endgültigen Abschluss gefunden. Nach den vorläufigen Feststellungen der Europäischen Kommission könnten die betroffenen Unternehmen durch ihre (kollektive) Weigerung, bestimmte Daten und Index-Benchmarks an (potenzielle) Wettbewerber zu lizenzieren, gegen Art. 101 AEUV verstoßen haben. Die Entwicklung eines gegenüber dem so abgeschirmten außerbörslichen Handel kostengünstigeren und sichereren börslichen Handels mit standardisierten und liquiden Kreditderivaten wäre so auf

⁵²⁴ Die regelmäßigen Opportunitätserwägungen geschuldete Praxis der Kartellbehörden, auch in Bereichen, in denen die genaue Reichweite des Kartellrechts noch wenig geklärt ist, Zusagen anzunehmen, erscheint überaus problematisch, vgl. zuletzt Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 430.

⁵²⁵ Im einzelnen Bank of America Merrill Lynch, Barclays, Bear Sterns, BNP Paribas, Citigroup, Credit Suisse, Deutsche Bank, Goldman Sachs, HSBC, JP Morgan, Morgan Stanley, Royal Bank of Scotland und UBS.

⁵²⁶ Verfahren 39.745 CDS – Information market. Vgl. Europäische Kommission, Kommission sendet in Untersuchung zu Credit Default Swaps eine Mitteilung der Beschwerdepunkte an 13 Investmentbanken, ISDA und Markit, Pressemitteilung vom 1. Juli 2013, IP/13/630.

⁵²⁷ Vgl. Geiger, K./Leising, M./Forden, S., Markit Group Said to Avoid U.S. Antitrust Claims as EU Proceeds, a. a. O.

Grundlage eines Kartells verhindert worden. Dieser Fall demonstriert somit die Bedeutung des Kartellverbots für die Ausübung geistiger Eigentumsrechte im Bereich von (Markt-)Standards.

1027. Die kollektive Schaffung und Ausübung geistigen Eigentums kann durchaus wettbewerbsförderlich sein. Wenn aber wie hier eine kollektive Lizenzverweigerung jeglichen Wettbewerb vonseiten Dritter ausschließt, während nicht ersichtlich ist, dass ein solcher Ausschluss für die Erstellung des geschützten Werks erforderlich wäre, liegt in aller Regel ein Verstoß gegen das Kartellverbot aus Art. 101 AEUV und § 1 GWB vor. Der Nachweis des Vorliegens eines Missbrauchs von Marktmacht nach Art. 102 AEUV und §§ 19, 20 GWB ist dann nicht mehr erforderlich, um die Kartellrechtswidrigkeit des Verhaltens und dessen Sanktion bzw. Abstellung durch die Kartellbehörden und Gerichte zu begründen.

7.1.4.4 Fazit: Interoperabilität durch kartellrechtliche Einhegung von geistigem Eigentum an Marktstandards

1028. Neben der vor allem in historisch jüngeren Bereichen des geistigen Eigentums und bislang nur teilweise wirksamen immanenten Beschränkung von Immaterialgüterrechten ist vor allem das Kartellrecht geeignet, einer Verschließung von Märkten durch die wettbewerbswidrige Ausübung von geistigen Eigentumsrechten entgegenzuwirken. Dabei lässt das Kartellrecht diese Rechte als solche in aller Regel im Bestand unberührt und beschränkt lediglich deren Ausübung, indem etwa statt der Verhinderung von Markteintritten lediglich (diskriminierungsfrei zu ermittelnde) Lizenzgebühren geltend gemacht werden können.

1029. Das Kartellrecht ist insoweit, anders als grundsätzlich das Recht des geistigen Eigentums, nicht indifferent gegenüber der tatsächlichen Marktgeltung einzelner Immaterialgüterrechte und deren Hintergründen. So kann mitunter die einem Schutzrecht zugrunde liegende tatsächliche Schöpfungshöhe begrenzt sein, während dieses auf Grundlage von Standardisierungsprozessen, von vorbestehender Marktmacht oder von Marktentwicklungen eine über den Markt vermittelte wirtschaftliche Machtposition vermittelt. Den Inhaber einer (derartigen) marktbeherrschenden Stellung trifft nach gefestigter höchstgerichtlicher europäischer und deutscher Rechtsprechung eine gesteigerte Sorgfaltspflicht für den (Rest-)Wettbewerb auf betroffenen Märkten.⁵²⁸ Missbraucht der Rechteinhaber seine marktbeherrschende Stellung entgegen dieser besonderen Verantwortung, kommt insbesondere die kartellrechtliche Erzwingung von Interoperabilität in Betracht. Soweit einer marktverschließenden Ausübung von Schutzrechten wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen zugrunde liegen, kommt auch unabhängig von einem konkreten Missbrauch die Anwendung des Kartellverbots in Betracht.

1030. Das in einzelnen behördlichen Verfahren durchgesetzte Kartellrecht kann – innerhalb der Grenzen des rechtsstaatlichen Verfahrens und behördlicher Kapazitäten – ein Mittel zur Herstellung von Interoperabilität sein. Das setzt jedoch voraus, dass konkrete Verstöße gegen Kartellrecht jedenfalls soweit ausermittelbar sind, dass die betreffenden Unternehmen in Verpflichtungszusagen zu einer (teilweisen) Öffnung von ihnen auf Grundlage von proprietären Datenstandards beherrschter Märkte bewegt werden können.

1031. Ungleich weit reichendere Wirkung hätte eine an den Orange Book-Standard des BGH angelehnte allgemeine Regel, welche die rechtliche Konsequenz aus der sachlichen Vergleichbarkeit von Patenten mit im Kern gewerblichen Schutzrechten an Datendefinitionen zieht.

Aus volkswirtschaftlicher Sicht jedenfalls erscheint die vielfach zu beobachtende Ausnutzung von durch den Schutz von Datendefinitionen vermittelten monopolartigen Marktstellungen dann nicht gerechtfertigt, wenn diese nicht auf besonderer Innovationskraft oder besonderen Investitionen, sondern vor allem auf zeitlicher Priorität und auf Netzwerkeffekten beruhen.

⁵²⁸ Vgl. etwa EuGH, Urteil vom 9. November 1983, 322/81 – Michelin, Rn. 57; EuGH, Urteil vom 17. Februar 2011, C-52/09 – Telia-Sonera, Rn. 24; BGH, Urteil vom 4. November 2003, KZR 16/02 – Strom und Telefon I; BGH, Beschluss vom 4. März 2008, KVR 21/07 – Soda-Club II.

Aus juristischer Sicht stellen zwar Rechtssicherheit und Persönlichkeitsrechte einzelner Urheber hohe Rechtsgüter dar. Diese gebieten allerdings jedenfalls bei genauerer Betrachtung nicht, unterschiedslos auch in Ausnahmesituationen wirtschaftliche Interessen absolut zu schützen. So können einzelne Immaterialgüterrechte Stellungen vermitteln, die weit über deren vom Gesetzgeber vorgesehene Reichweite hinausgehen. Mitunter basiert die Marktgeltung solcher einzelner Schutzrechte vor allem auf Hebelwirkungen und Pfadabhängigkeiten.

1032. In derartigen Fällen kann es nicht nur auf Grundlage des Kartellrechts, sondern auch der Verfassung geboten erscheinen,⁵²⁹ die bislang weitestgehend unbeschränkte Ausübung von Urheberrechten einzuhängen.⁵³⁰ Ein Zwangslizenz einwand liegt insbesondere dann nahe, wenn das Schutzrecht faktisch auf Kosten der Gesellschaft nicht durch Investition oder Innovation gerechtfertigte Monopolrenten vermittelt. Durch angemessene Lizenzgebühren und Anerkennung der Urheberschaft kann in solchen Ausnahmefällen den berechtigten Interessen der Urheber durchaus Rechnung getragen werden.

1033. Eine nachträgliche Beschränkung der Ausübung individueller Schutzrechte auf kartellrechtlicher Basis kann i. d. R. nur im Einzelfall wirksam werden. Grundsätzlich erscheint demgegenüber jedoch die Einbeziehung von Interoperabilitätsaspekten und Wettbewerbsoffenheit bereits bei der Konzeption, Festlegung, Einführung und Weiterentwicklung von Daten- und Schnittstellenstandards vorzugswürdig.⁵³¹ Dafür spricht nicht allein die damit verbundene Rechtssicherheit ex ante und die Einsparung erheblicher Transaktions- und Unsicherheitskosten. Denn insbesondere die positiven dynamischen Effekte einer Ausgestaltung von Daten- und Schnittstellenstandards als wettbewerbsoffene Plattform können diese statischen Vorteile um ein Vielfaches übersteigen. Diese dynamischen Effekte macht etwa das Konzept von (halb-)offenen Anwendungsplattformen anschaulich, das insbesondere im Softwarebereich zunehmend offenkundig wird. Allerdings sind die Erfolge von Interoperabilität ermöglichenden Plattformen schon deutlich länger offen sichtbar: Populäre Beispiele sind, neben technischer Normung etwa von Schrauben, Steckern, Glühbirnengewinden bspw. die Entwicklung von Hard- und Software anhand des (teil-)offenen IBM PC-Standards, von Software auf Grundlage des Windows-Betriebssystems, die Entwicklungen um sogenannte Open Source Soft- und Hardware, die sogenannten App-Stores für Anwendungen für Mobiltelefone mit Betriebssystemen etwa von Apple und Google sowie stellvertretend für das sogenannte „Web 2.0“ die Online-Enzyklopädie Wikipedia.

7.1.5 Europäisierung der audiovisuellen Leistungsschutzrechte?

1034. Audiovisuelle Leistungsschutzrechte sind dem Urheberrecht verwandte Rechte, um in Bezug auf geschützte Inhalte die öffentliche Wiedergabe, Zugänglichmachung und Vervielfältigung zu kontrollieren. Derartige Rechte sind in den EU-Mitgliedstaaten, teilweise auf europarechtlicher Grundlage, weitgehend nach nationalem Recht ausgestaltet.

1035. Leistungsschutzrechte haben eine zunehmende wirtschaftliche Bedeutung. Dies liegt daran, dass bestimmte geschützte Inhalte wie Sportereignisse und Elemente der Popkultur (Musik, Filme) in einem seit

⁵²⁹ Dabei sind hier vor allem die Grundrechte der durch den Schutzrechtsinhaber wirtschaftlich (ungerechtfertigt) ausgenutzten Abnehmer, aber auch die der ausgeschlossenen Wettbewerber von Bedeutung, vgl. auch zum Schutz des Wettbewerbs als in Grundrechtsabwägungen einstellungsfähiges Rechtsgut zuletzt Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1281. Die Wettbewerbsfreiheit wird meist aus der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Artikel 2 Absatz 1 GG oder aus der Berufsfreiheit nach Artikel 12 Absatz 1 GG abgeleitet; vgl. Di Fabio, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Loseblattausgabe (Stand 10/2011), Artikel 2 Absatz 1 GG Rn. 116 ff. mit weiteren Nachweisen. Die Frage der Herleitung und Rangstellung der Wettbewerbsfreiheit kann hier nicht abschließend behandelt werden, über den Schutz der Wettbewerbsfreiheit von Verfassungen wegen besteht jedenfalls weitgehend Einigkeit; vgl. nur die Analyse bei Scholz, R., Entflechtung und Verfassung, Baden-Baden 1981, S. 92 ff. m. w. N.

⁵³⁰ Vgl. etwa BVerfGE 31, 229 ff.; BVerfGE 49, 382 ff.; BVerfGE, 79, 29 ff.

⁵³¹ Vgl. etwa stellvertretend für viele Initiativen etwa aus dem Bereich der Informations- und Kommunikationstechnologie der öffentlichen Hand die Arbeiten des ISA-Programms der Europäischen Union und des Europäischen Komitees für Interoperable Systeme (European Committee for Interoperable Systems (ECIS)).

Jahren wachsendem Umfang als wirtschaftliche Produkte vermarktet werden und zugleich mit der Möglichkeit zur Übermittlung von Werbung verbunden sind.

Mit der wirtschaftlichen Nutzung von Leistungsschutzrechten haben auch die Zahl und der Umfang von darauf bezogenen Verfahren von Behörden und Gerichten sowohl auf nationaler als auch auf EU-Ebene zugenommen.⁵³² Dabei geht es um die Abgrenzung der Rechte am übertragenen Werk von den Rechten und Grundfreiheiten von Lizenznehmern und Verbrauchern sowie um Wettbewerbsfragen.

1036. Diese Fragen kommen insbesondere in Bezug auf die Verbreitung geschützter Inhalte über Satellit oder Kabel und im Internet auf. Insbesondere insofern kommt es zu Kollisionen zwischen den nationalen Rechten des geistigen Eigentums und dem europäischen Recht.

Besondere Bedeutung hat vor diesem Hintergrund die Entwicklung der europäischen Rechtsprechung. Im Berichtszeitraum sind mehrere Urteile ergangen, die zur weiteren Klärung der relevanten Fragen beigetragen haben.⁵³³ Diese Entscheidungen sind in Verbindung mit dem Urteil im Fall „Premier League“ zu sehen, das kurz vor dem Berichtszeitraum ergangen ist.⁵³⁴

1037. Der Fall „Premier League“ betraf das Vorgehen eines Lizenzgebers für die öffentliche Ausstrahlung von Sportübertragungen gegenüber Gaststättenbetreibern und gegenüber Vertreibern von Zubehör zur Entschlüsselung solcher Übertragungen, dessen Lizenzbedingungen beschränkende Regelungen über den Einsatz von Satelliten-Decodiervorrichtungen für die Sportübertragungen enthielten. Prüfungsgegenstand waren Rechte in Bezug auf die Sportübertragungen. Die Beschränkung des Einsatzes von Decodiervorrichtungen wurde als unselbstständiger Bestandteil dieser Rechte geprüft.

1038. Im Gegensatz zum Fall „Premier League“ war Gegenstand der Rechtsstreitigkeiten im Berichtszeitraum die Tätigkeit von Verwertungsgesellschaften, die für die kollektive Ausübung von Rechten an öffentlichen Aufführungen von Musikwerken bzw. von Rechten an der öffentlichen Wiedergabe von Rundfunkausstrahlungen nationale Monopole halten. Die Verwertungsgesellschaften sind für die Lizenzierung der Rechte zuständig und erbringen darauf bezogene Verwaltungsdienstleistungen.⁵³⁵ In den betreffenden Fällen ging es nicht um Beschränkungen des Empfangs der Übertragungen, sondern um die Übertragungen als solche.

1039. Die Urteile sind hier aus wettbewerbspolitischer Sicht zu würdigen. Allerdings können wettbewerbliche Fragen nicht isoliert geprüft werden. Ausgangspunkt ist die Reichweite des Rechtsschutzes für das geistige Eigentum (Urheberrechte und verwandte Schutzrechte) und der Grundfreiheiten von Lizenznehmern und Verbrauchern.⁵³⁶ Deshalb ist ein gestuftes Vorgehen erforderlich. Für die Ermittlung des Anwendungsbereichs der Wettbewerbsregeln bei Übertragungen audiovisueller Inhalte gelten nach dem gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung die folgenden Grundsätze:

- Ausgangspunkt der Prüfung ist die genaue Bestimmung des Rechtsumfangs für Lizenzgeber nach nationalem Recht. Das bedeutet z. B., dass ein Schutzrecht, das sich auf die Ausstrahlung von

532 Siehe z. B. Europäische Kommission, COMP 40.023 - Cross-border access to pay-TV content; BKartA, Entscheidung vom 12. Januar 2012, B 6 – 114/10 – Zentrale Vermarktung der Medienrechte an Spielen der Fußball Bundesliga; sowie EuGH, Urteile vom 18. Juli 2013, C-201/11 P – UEFA, und C-205/11 P – FIFA, jeweils noch nicht in amtl. Slg.; und die nachfolgend im Text besprochenen Fälle.

533 Mit Blick auf Wettbewerbsfragen insbesondere EuGH, Urteil vom 27. Februar 2014, C-351/12 – OSA, noch nicht in amtl. Slg., und EuG, Urteil vom 12. April 2013, T-442/08 – CISAC, noch nicht in amtl. Slg.

534 EuGH, Urteil vom 4. Oktober 2011, Verb. Rs. C-403/08 und C-429/08 – Football Association Premier League, Slg. 2011, I-9083.

535 Vgl. hierzu insbesondere die bis zum 10. April 2016 umzusetzende Richtlinie 2014/26/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die kollektive Wahrnehmung von Urheber- und verwandten Schutzrechten und die Vergabe von Mehrgebietslizenzen für Rechte an Musikwerken für die Online-Nutzung im Binnenmarkt, ABl. EU L 84 vom 20. März 2014, S. 72.

536 Vgl. Art. 345 AEUV.

Sportereignissen bezieht, nur in Bezug auf die Ausstrahlung selbst und nicht etwa in Bezug auf den Empfang der ausgestrahlten Sportübertragung relevant ist.⁵³⁷

- Anschließend wird von den Gerichten geprüft, ob beschränkte Lizenznehmer bzw. die Verbraucher sich in Bezug auf die Übertragung auf ihre Grundfreiheiten berufen können.⁵³⁸ Denn nur soweit Grundfreiheiten einschlägig sind, können sich Beschränkungen auf ein selbstständiges und nicht durch Recht des geistigen Eigentums vorbestimmtes Verhalten beziehen. Die Gerichte sind in den bisherigen Fällen davon ausgegangen, dass der Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit eröffnet ist (Art. 56 AEUV).
- Hierauf aufbauend wird geprüft, ob die Beschränkungen der Grundfreiheiten durch Lizenzgeber, die mit dem relevanten Schutzrecht begründet werden, gerechtfertigt sind oder nicht. Dabei ist eine solche Rechtfertigung dann anzunehmen, wenn die Beschränkung zum Schutz des relevanten Rechts geeignet und erforderlich ist.⁵³⁹
- In einem letzten Schritt prüfen die Gerichte sodann, ob die fraglichen Beschränkungen zugleich Wettbewerbsbeschränkungen sind und ob sie in diesem Fall gerechtfertigt sind.⁵⁴⁰ Die Prüfung der Rechtfertigung läuft dabei weitgehend parallel zur Rechtfertigungsprüfung nach dem Recht der Grundfreiheiten.

1040. Demgegenüber haben sogenannte Erschöpfungsgrundsätze in der Rechtsprechung bislang keine Rolle gespielt. Dies mag damit zusammenhängen, dass Erschöpfung nur dann relevant wird, wenn das Recht mit einer Beschränkung verbunden wird, die nicht an die Nutzung des lizenzierten Produkts, sondern an eine Weiterlizenzierung anknüpft.

1041. Die Urteile im Berichtszeitraum bestätigen den Grundansatz des Urteils im Fall „Premier League“, dass Rechte des geistigen Eigentums zwar Beschränkungen des Lizenznehmers gestatten, dass sie aber keine Basis für darüber hinausgehende Markteingriffe sind, insbesondere wenn sich solche Eingriffe mit den Grundfreiheiten und den Wettbewerbsregeln nicht vereinbaren lassen.

Die Urteile korrigieren in gewissem Umfang aber den Eindruck, dass Schutzrechte gegenüber den Rechten der Lizenznehmer (z. B. Gaststättenbetreiber) und von Verbrauchern, die von Lizenznutzung durch Lizenznehmer profitieren (z. B. Zuschauer einer Sportübertragung in der Gaststätte des Lizenznehmers) im Zweifelsfall zurücktreten müssen.

1042. Bereits im Fall „Premier League“ hatte der Europäische Gerichtshof klargestellt, dass Lizenzen speziell für die öffentliche Wiedergabe von Fernsehübertragungen in Gaststätten vergeben werden können.⁵⁴¹ Entsprechendes gilt nach der Rechtsprechung im Berichtszeitraum für die Wiedergabe per Internet-Livestream und in Kureinrichtungen.⁵⁴² Außerdem verbleibt Lizenzgebern nach der europäischen Rechtsprechung natürlich weiterhin die Möglichkeit, Übertragungslizenzen nur für ein bestimmtes Gebiet zu vergeben und Lizenznehmern die aktive Werbung für Übertragungen außerhalb ihres Lizenzgebiets zu untersagen.⁵⁴³

537 EuGH, Urteil vom 4. Oktober 2011, Verb. Rs. C-403/08 und C-429/08 – Football Association Premier League, Slg. 2011, I-9083, Rz. 57 ff., siehe auch Rz. 95 ff.

538 Ebenda, Rz. 76 ff.

539 Ebenda, Rz. 89, 105 ff.

540 Ebenda, Rz. 134 ff.

541 Ebenda, Rz. 200 ff.

542 EuGH, Urteil vom 27. Februar 2014, C-351/12 – OSA, noch nicht in amtl. Slg., Rz. 22 ff. (kumulative Wirkung entscheidend); EuGH, Urteil vom 7. März 2013, C-607/11 – ITV Broadcasting, noch nicht in amtl. Slg., Rz. 31 ff.; ähnlich schon zuvor EuGH Urteil vom 7. Dezember 2006, C-306/05 – SGAE, Slg. 2006, I-11519, Rz. 33 ff. (für Übertragungen in Hotels).

543 EuGH, Urteil vom 18. März 1980, 62/79 – Coditel I, Slg. 1980, 881; EuGH, Urteil vom 8. Juni 1982, 258/78 – Nungesser, Slg. 1982, 2015.

1043. Die europäischen Gerichte haben außerdem zu erkennen gegeben, dass eine Rechtfertigung von durch Verwertungsgesellschaften auferlegten Beschränkungen insbesondere dann naheliegt, wenn die Verwertungsgesellschaften solche Beschränkungen einführen, um dadurch eine effektive Kontrolle der Nutzung geschützter Werke im Rahmen der Lizenz und der ordnungsgemäßen Entrichtung der geschuldeten Gebühren sicherzustellen.⁵⁴⁴

1044. Die europäische Rechtsprechung kann allerdings trotz der Durchsetzung der Wettbewerbsregeln auch neue Marktverzerrungen und Verbrauchernachteile nach sich ziehen. So waren im Fall „Premier League“ unter anderem zeitliche Beschränkungen für Satellitenübertragungen nach britischem Recht relevant, wodurch Stadionbesuche (anstelle des Konsums von Satellitenübertragungen) gefördert werden sollen (sogenannte Blackout Rule). Die Lizenzgeberin hat im Anschluss an das Urteil ihre Lizenzbedingungen nun jedoch so abgeändert, dass Lizenznehmer die Blackout Rule bei ihren Übertragungen in anderen EU-Mitgliedstaaten beachten müssen.⁵⁴⁵ Anders als früher sind Übertragungen von Premier-League-Spielen inzwischen somit europaweit zu bestimmten Zeiten ausgeschlossen. Zwar waren die zeitlichen Beschränkungen ursprünglich von der Europäischen Kommission für mit Art. 101 AEUV vereinbar angesehen worden, allerdings zu einer Zeit, in der grenzüberschreitende Übertragungen noch eine weitaus geringere Rolle spielten als heutzutage.⁵⁴⁶ Es ist fraglich, ob derartige Beschränkungen nach nationalem Recht auch künftig noch Bestand haben können, wenn sie von Lizenzgebern europaweit durchgesetzt werden.

1045. In Anbetracht des komplexen Zusammenspiels von Fragen des Schutzrechtsumfangs, Grundfreiheiten und Wettbewerbsgesichtspunkten in Bezug auf Urheberrechte und verwandte Schutzrechte ist die Konsultation der Europäischen Kommission zur Überprüfung der Regeln zum EU-Urheberrecht zu begrüßen. Diese Konsultation betraf unter anderem das Territorialitätsprinzip bei Lizenzen und die Fragmentierung des Lizenzmarktes.⁵⁴⁷ Die Weiterentwicklung der Gesetzgebung sowie der behördlichen und gerichtlichen Entscheidungspraxis bleibt zu beobachten.

7.2 Medien

7.2.1 Besondere Verantwortung des Staates

1046. Medien erbringen nach weit geteilter Ansicht mit der Übermittlung von Meinungen und Inhalten Dienstleistungen von allgemeinem Interesse.⁵⁴⁸ Die Ausübung der Meinungs-, Informations-, Presse- und Rundfunkfreiheit ist grundrechtlich besonders geschützt (Art. 5 GG, Art. 11 Grundrechte-Charta). Das Bundesverfassungsgericht betont in ständiger Rechtsprechung außerdem die hohe Bedeutung der Medien für den demokratischen Meinungskampf. Aus der Bedeutung der Medien für die Grundrechtsausübung der einzelnen Bürger und für das demokratische Staatswesen folgt ein besonderer Schutzauftrag für den Staat.

1047. Der Staat nimmt diesen Schutzauftrag wahr, indem er die Meinungs- und Informationsvielfalt in den Medien schützt. Er kann dies verfassungskonform tun, indem er selbst – staatsferne – Medien betreibt, die jeweils ein möglichst vollständiges Meinungsbild abdecken (Binnenpluralität). Der Staat kann im Rundfunkbereich daneben jedoch auch konkurrierende Medien zulassen, die in ihrer Gesamtheit die vorhandene

⁵⁴⁴ EuG, Urteil vom 12. April 2013, T-442/08 – CISAC, noch nicht in amtl. Slg., Rz. 137, 140 ff.; EuGH, Urteil vom 27. Februar 2014, C-351/12 – OSA, noch nicht in amtl. Slg., Rz. 71 ff.

⁵⁴⁵ Van Rompuy, B., Premier League fans in Europe worse off after Murphy judgment, Kluwercompetitionlawblog, Eintrag vom 6. Mai 2014.

⁵⁴⁶ Vgl. EU-Kommission, Pressemitteilung vom 20. April 2001, IP/01/583.

⁵⁴⁷ Vgl. EU-Kommission, http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/index_de.htm, Abruf am 17. Juni 2014.

⁵⁴⁸ Dabei handelt es sich grundsätzlich (auch) um ein wirtschaftliches Interesse, vgl. EU-Kommission, Mitteilung über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABl. 2009 C 257, S. 1 vom 27. Oktober 2009, Tz. 6, 17 (zum Rundfunk); Richtlinie 2008/6/EG vom 20. Februar 2008 zur Änderung der Richtlinie 97/67/EG im Hinblick auf die Vollendung des Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaft; Erwägungsgrund 38 (Zugang zu Inhalten über Zeitungen und Bücher).

Vielfalt an Inhalten und Meinungen abdecken (Außenpluralität). Im Pressebereich muss er zur Wahrung der Grundrechte eine unabhängige Presse dulden und darf diese nur in relativ engen Grenzen beschränken. Weitergehend sind die europäischen Grundfreiheiten zu beachten.⁵⁴⁹

1048. Wenn der Staat im Rundfunk einen Wettbewerb zwischen medialen Anbietern zulässt, muss er freilich nicht nur verhindern, dass Konzentrationsentwicklungen zu einer verfassungsrechtlich problematischen Beschränkung der Kanäle zur Übermittlung von Inhalten und Meinungen führen.⁵⁵⁰ Darüber hinaus ist vielmehr zu beachten, dass bei einem wirtschaftlichen Wettbewerb zwischen Medienunternehmen auch der Anwendungsbereich des deutschen und europäischen Wettbewerbsrechts eröffnet ist.

1049. Zwischen dem Schutz des demokratischen Meinungskampfes und dem Schutz des wirtschaftlichen Wettbewerbs besteht kein grundsätzlicher Widerspruch. Die von den Medien vertriebenen Inhalte sind grundsätzlich ein Bestandteil medialer (Wirtschafts-)Produkte. Der Meinungsschutz ist somit in großen Teilen gleichbedeutend mit dem wettbewerbsrechtlichen Schutz des Angebots von Medienprodukten auf dem Markt. Der Wettbewerbsschutz geht allerdings insofern weiter, als Wettbewerbsverfälschungen auch dann unzulässig sein können, wenn diese Wettbewerbsverfälschungen mit keiner Einschränkung der Kundenversorgung mit medialen Inhalten einhergehen. In Einzelfällen ist es umgekehrt möglich, dass Marktinnovationen wettbewerbsrechtlich unzulässig sind, die sogar zu einer Verbesserung der medialen Versorgung führen, weil die damit einhergehenden Wettbewerbsverfälschungen nicht erforderlich und mit keinen (wirtschaftlichen) Vorteilen verbunden sind, die die betreffende Verfälschung des Wettbewerbs aufwiegen.⁵⁵¹

1050. Der Staat muss im Verhältnis zu den Medien den möglichen Spannungen zwischen dem Schutz der Meinungsvielfalt und den Belangen des Wettbewerbsschutzes Rechnung tragen. Diese Spannungen traten auch im Rahmen mehrerer Entscheidungen der Kartellbehörden und Gerichte im Berichtszeitraum zutage. Daneben spielten sie eine Rolle bei mehreren Gesetzgebungsmaßnahmen, die allerdings an dieser Stelle nicht zu würdigen sind.⁵⁵²

7.2.2 Videoportale privater und öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten

1051. Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum seine Verfahrenspraxis zum Aufbau von Online-Videoportalen im Rahmen von Gemeinschaftsunternehmen (Joint Ventures) fortgesetzt.⁵⁵³ In diesem Rahmen hat es Bedenken gegen eine gemeinsame Videoplattform von ARD und ZDF geltend gemacht („Germany's Gold“). Diese Plattform sollte entgeltpflichtig betrieben werden, sodass der Markt für Video-on-Demand betroffen war. Die Bedenken des Amtes beruhten darauf, dass die Sendergruppen schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkungen (Kernbeschränkungen) vereinbart hatten, deren Spürbarkeit nach der Natur der Beschränkungen und auch aufgrund des Absatzpotenzials und der Gebührenfinanzierung der Programmbibliotheken der beteiligten Sender außer Zweifel stand. Aus Sicht des Amtes gab es keine ausreichende Begründung dafür, dass die Sender die relevanten Inhalte nicht unabhängig voneinander vermarktetten.⁵⁵⁴ Die beiden Sendergruppen haben das Projekt einer gemeinsamen Videoplattform zwischenzeitlich aufgegeben.⁵⁵⁵

⁵⁴⁹ Vgl. etwa EGMR, Urteil vom 24. November 1993, Nr. 36/1992/381/455-459 – Informationsverein Lentia u.a., EuGRZ 1994, 549 (550 f.).

⁵⁵⁰ Dazu wurde im Rundfunkbereich die Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich gegründet; siehe § 35 II Nr. 3 des Staatsvertrags für Rundfunk und Telemedien (Rundfunkstaatsvertrag - RStV -) vom 31. August 1991, in der Fassung des Fünfzehnten Rundfunkänderungsstaatsvertrags vom 15./17.12.2010; konsolidierte Fassung, <http://revosax.sachsen.de/Details.do?sid=8123214875820>, Abruf am 16. Juni 2014.

⁵⁵¹ Vgl. nachfolgend Abschnitt 7.2.2.

⁵⁵² Z. B. die Gesetzgebung zu sogenannten Snippets (§ 87f Abs. 1 UrhG) und zur Einführung eines Rundfunkbeitrags (Art. 1 des Fünfzehnten Staatsvertrags zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge),

⁵⁵³ Vgl. schon zuvor BKartA, Entscheidung vom 17. März 2011, B6-94/10.

⁵⁵⁴ Vgl. BKartA, Pressemitteilung vom 11. März 2013.

⁵⁵⁵ Vgl. BKartA, Pressemitteilung vom 16. September 2013.

1052. In einem weiteren Fall bestätigte das OLG Düsseldorf eine frühere Verfügung des Bundeskartellamtes, in welcher den Sendern RTL und ProSiebenSat.1 der Aufbau und Betrieb einer gemeinsamen Netz-Plattform im Stile der Mediatheken der öffentlich-rechtlichen Sender untersagt wurde („Amazonas“).⁵⁵⁶ Das Oberlandesgericht teilte in diesem Fall die Bedenken des Amtes, dass das Gemeinschaftsunternehmen ein beherrschendes Duopol der beiden Sendergruppen auf dem Fernseh-Werbemarkt weiter verstärken werde. Außerdem handle es sich um eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung, die nicht gerechtfertigt sei. Eine Rechtsbeschwerde gegen die Entscheidung des Oberlandesgerichts wurde nicht zugelassen.

1053. Die Position des Bundeskartellamtes im Fall der Videoplattform von ARD und ZDF ist bei den betroffenen Sendern auf Unverständnis gestoßen. Sie verwiesen darauf, dass das geplante Videoportal Verbrauchern ein hochwertiges und zeitgemäßes Angebot von Medieninhalten zur Verfügung gestellt hätte. Das Bundeskartellamt hat den Sendern allerdings ein solches Angebot nicht untersagt. Die Bedenken des Bundeskartellamtes richteten sich allein dagegen, dass die dazu geplante Zusammenarbeit in dem von den Beteiligten vorgesehenen Umfang nicht erforderlich und mit schwerwiegenden Wettbewerbsbeschränkungen verbunden war und außerdem auf einem bereits verzerrten Markt zu einer Marktverschließung geführt hätte, die die Sender zum Nachteil der Verbraucher hätten ausnutzen können.⁵⁵⁷ Die Entscheidung des Amtes begegnet insofern keinen Bedenken.

1054. Die Entscheidungspraxis zu Videoplattformen hat bei den Marktteilnehmern allerdings auch allgemeine und weiterreichende Kritik hervorgerufen. Branchenvertreter aus dem Rundfunk- und Pressebereich beanstanden schon seit Längerem, dass das Amt künstlich den Markt segmentiere und in realitätsferner Weise den Wettbewerb von Medienangeboten im Internet ausblende. Soweit die Entscheidungspraxis gerichtlich gebilligt werde und durch das geltende Recht vorgegeben sei, stelle sich die Frage, ob der rechtliche Rahmen zur aktuellen Transformationsphase der Medien passe.⁵⁵⁸

1055. Diese grundsätzliche Kritik ist aus der unbeteiligten Perspektive der Monopolkommission zwar verständlich, erscheint allerdings – jedenfalls bezogen auf die Entscheidungen des Amtes zu Videoplattformen – nicht berechtigt. Nach dem aktuellen Verständnis der Monopolkommission entzündet sich die Kritik der Marktteilnehmer an dem Umstand, dass die Kartellbehörden auch im Medienbereich grundsätzlich von einer Marktbeurteilung auf Basis des traditionellen Bedarfsmarktkonzepts ausgehen. Das bedeutet, dass der Wettbewerb grundsätzlich in Bezug auf diejenigen Produkte zu beurteilen ist, die von den Abnehmern als austauschbar angesehen werden.⁵⁵⁹ Es besteht zunächst durchaus ein Risiko, dass bei einer solchen Beurteilung die Besonderheiten der Medienmärkte aus dem Blick geraten.

1056. Denn Transaktionen im Medienbereich weisen besondere Eigenschaften auf. Es ist daran zu erinnern, dass Medienunternehmen Leistungen erbringen, die nicht nur für den wirtschaftlichen Wettbewerb relevant ist, sondern auch für den Austausch und den Wettbewerb von Inhalten und Meinungen. Insbesondere die Fernsehsender stellen für die Verbraucher ein inhaltlich mehr oder weniger gleichwertiges Angebot bereit. Dieser Umstand hat Einfluss auf das Verhalten der Mediennutzer und wirkt insofern auch auf die Wettbewerbssituation zurück. Man spricht von medienübergreifenden („cross-medialen“) Effekten.

1057. Bei der kartellbehördlichen Beurteilung der Wettbewerbssituation wird eine Gesamtbetrachtung vorgenommen. Deshalb kann auch bei einer Prüfung auf Basis der herkömmlichen kartellbehördlichen Markt-

⁵⁵⁶ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. August 2012, VI – Kart 4/11 (V); vgl. dazu BKartA, Pressemeldung vom 8. August 2012; zu dem Fall auch Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 733 ff.

⁵⁵⁷ Vgl. EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11 vom 14. Januar 2011, S. 1, Tz. 230 ff., insb. Tz. 234, 237.

⁵⁵⁸ So o. A., Ex-RTL-Chefredakteur kritisiert Plattform-Verbote, dpa/Bild, 16. Oktober 2013; Schmid, T., Online-Videoplattform „Germany's Gold“ wird nicht realisiert, dpa/Westfälische Nachrichten, 16. September 2013.

⁵⁵⁹ EU-Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. 1997 C 372 vom 9. Dezember 1997, S. 5, Tz. 15.

abgrenzung einer Marktverknüpfung durch cross-mediale Effekte Rechnung getragen werden. Eine solche Marktverknüpfung kann grundsätzlich auf Nachfrage- oder auf Angebotsseite vorliegen:

- Eine nachfrageseitige Marktverknüpfung liegt z. B. bei Nachschlagewerken vor. Nachschlagewerke sind gedruckt und online erhältlich und finanzieren sich jeweils auf unterschiedliche Weise. Dennoch geht von den Nutzern der Nachschlagewerke zu bestimmten Themen eine einheitliche Nachfrage nach dem Inhalt aus.⁵⁶⁰
- Eine angebotsseitige Marktverknüpfung lag z. B. in dem vor Jahren geplanten Zusammenschluss zwischen einem Presseverlag und einem Fernsehsender vor, bei dem die Beteiligten sich Vorteile durch eine aufeinander abgestimmte Werbestrategie erhofften (Cross-Promotion).⁵⁶¹

Im Rundfunk und Fernsehen besteht jeweils eine nachfrageseitige Marktverknüpfung innerhalb desselben Mediums. Die Sendeunternehmen zielen mit inhaltlich konkurrierenden Angeboten an Rundfunk- und Fernsehübertragungen auf dieselbe potenzielle Gesamtnachfrage ab, und zwar gänzlich unabhängig davon, wie sie ihr inhaltliches Angebot finanzieren. Daneben erwächst den Sendeunternehmen medienübergreifend durch Angebote im Internet eine weitere inhaltliche Konkurrenz. Beides ist bei der kartellbehördlichen Prüfung zu berücksichtigen.

1058. Daneben wird berücksichtigt, dass es sich bei Medienmärkten im Grundsatz um zweiseitige Märkte handelt, da Medienunternehmen typischerweise zum einen ein inhaltliches Angebot und zum anderen ein Angebot von Werbeflächen oder -zeiten machen können. Auf zweiseitigen Märkten ist die Nachfrage auf einem Markt (z. B. Zuschauer, Leser) Teil des Angebots auf dem anderen Markt (z. B. Reichweite von Werbung). Ein zweiseitiges Angebot besteht grundsätzlich im Bereich der Presse. In Rundfunk und Fernsehen hängt der Umfang des Werbeangebots hingegen davon ab, wie das betreffende Sendeunternehmen sein inhaltliches Angebot finanziert. In Deutschland gibt es insofern drei Modelle (zuschauer-, werbe- oder beitragsfinanziert). Soweit die betreffenden Sender auf eine Finanzierung durch Werbung verzichten, ist allerdings die Möglichkeit einer solchen Finanzierung bei der Prüfung eventueller cross-medialer Effekte gleichwohl zu berücksichtigen. Eine zweiseitige Verknüpfung von Märkten ist bei Online-Medien ebenfalls möglich.

1059. Die Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes in Bezug auf Videoportale steht zu diesen Grundsätzen nicht im Widerspruch. Das Plattformprojekt der privaten Sendergruppen RTL und ProSiebenSat1 war nicht freistellungsfähig, nicht zuletzt gerade wegen der in diesem Fall zuungunsten der Beteiligten wirkenden cross-medialen Effekte auf den Fernsehwerbemarkt. Das Bundeskartellamt hat auch im nachfolgenden Fall der Videoplattform von ARD und ZDF marktübergreifende Wirkungen berücksichtigt, indem es den beihilfebedingten Wettbewerbsvorteil in Rechnung gestellt hat, der den staatlichen Sendeunternehmen aufgrund ihrer Beitragsfinanzierung zugutekommt. Dagegen standen in diesem Verfahren cross-mediale Effekte offensichtlich nicht im Vordergrund. Der anwaltliche Vertreter der beiden Sendergruppen hat auch in einer Stellungnahme zu dem Fall die Besonderheiten des öffentlichen Fernsehens hervorgehoben, ohne sich vertieft zur inhaltlichen Konkurrenz aus dem Internet zu äußern.⁵⁶²

1060. Die Monopolkommission hält die wettbewerbliche Einschätzung der untersuchten Videoportale durch das Bundeskartellamt nach den gegenwärtig verfügbaren Informationen für vollauf überzeugend. Sie nimmt die von Medienvertretern weitergehend geäußerte Kritik gleichwohl ernst und behält sich eine ausführlichere Untersuchung der Wettbewerbssituation auf den Medienmärkten vor.

⁵⁶⁰ Vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht 2009/2010, BT-Drs. 17/6640 vom 20. Juli 2011, S. 97 f. (zu Brockhaus/Wikipedia); dazu auch schon Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 571 ff.

⁵⁶¹ Vgl. BKartA, Entscheidung vom 19. Januar 2006, B6-103/05.

⁵⁶² Vgl. Mailänder, P.K., Das Verfahren hatte eine politische Dimension; promedia-Ausgabe Nr. 11/2013; <http://www.medienpolitik.net/2013/10/das-verfahren-hatte-eine-politische-dimension/>, Abruf am 6. Mai 2014.

7.2.3 Verteidigung des Systems des deutschen Presse-Grosso

1061. Ein Gegenstand gerichtlicher Entscheidung war im Berichtszeitraum erneut die Frage, ob das zentrale Verhandlungsmonopol des Bundesverbands Presse-Grosso gegen europäisches Wettbewerbsrecht verstoße. Diese Frage war im Rahmen eines schon seit Längerem bestehenden Streits eines führenden deutschen Zeitschriftenverlags mit Mitgliedern des Bundesverbandes Deutscher Buch-, Zeitungs- und Zeitschriften-Grossisten e.V. (BVPG) zu klären, in dem BGH in vergangenen Jahren bereits zu Grossistenkündigung entschieden hatte.⁵⁶³ Die Monopolkommission hat die Erosion des bestehenden Kartells der unmittelbar Beteiligten im Presse-Grosso bereits seit Längerem mitverfolgt.⁵⁶⁴

1062. Das LG Köln hatte bereits im Jahr 2012 entschieden, dass die zentralen Preis- und Konditionenverhandlungen des BVPG eine abgestimmte Verhaltensweise der Pressegrossisten darstelle, die geeignet sei, den potentiellen Wettbewerb der Grossisten zu beschränken, und die nicht gerechtfertigt sei.⁵⁶⁵ Es war für das Landgericht nicht nachvollziehbar, warum es bundeseinheitlich und auch bei verschiedenen strukturierten Grossogebieten gleicher Preise und Leistungskonditionen bedürfe. Ein Preis- und Konditionenwettbewerb berühre nicht die tragenden Pfeiler des Presse-Grosso, nämlich Vollsortiment, Dispositionsrecht, Remissionsrecht, Preisbindung und Neutralität. Die Infragestellung des bislang üblichen Alleingebietsgrosso durch individuelle Verhandlungen bzw. durch den Aufbau eines Wettbewerbs-Grosso sei wettbewerbsrechtlich unbedenklich. Das gelte jedenfalls dann, wenn ein Wettbewerb um Preise und Konditionen nicht dazu führe, dass einzelne Presseunternehmen ihre Erzeugnisse nicht mehr zu angemessenen Bedingungen vertreiben könnten. Nach dem Vorbringen der Klägerin war nicht ersichtlich, weshalb dies hier der Fall sein sollte.

1063. Der Gesetzgeber hat im Rahmen der 8. GWB-Novelle auf die Entscheidung des LG Köln reagiert, indem er unter Beteiligung des BVPG eine Regelung in das Gesetz eingefügt hat, wonach Presseverlage und Presse-Grossisten zur Sicherstellung eines flächendeckenden und diskriminierungsfreien Vertriebs von Zeitungen und Zeitschriften im stationären Einzelhandel mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne von Art. 106 Abs. 2 AEUV betraut sind.⁵⁶⁶ Die Monopolkommission hat diese Sonderregelung in mehreren Pressemitteilungen kritisiert.⁵⁶⁷

1064. Das OLG Düsseldorf hat zwischenzeitlich die vom BVPG eingelegte Berufung gegen das Urteil zurückgewiesen. In seinem Urteil hat das Oberlandesgericht eine wirksame Betrauung mit der Begründung abgelehnt, dass die Neuregelung den Presse-Grossisten keine Verpflichtung auferlege, eine bestimmte Leistung zu erbringen.⁵⁶⁸ Aus der Politik wurden daraufhin Stimmen laut, im Kartellrecht „nachzubessern“, um das Solidarsystem des Presse-Grosso und damit die Pressevielfalt abzusichern.

1065. Die Monopolkommission hält die Entscheidungen der beiden Gerichte im Ergebnis für zutreffend. An dieser Beurteilung würde auch eine „Nachbesserung“ der gesetzlichen Regelung nichts ändern. Diese Regelung ist nur zu rechtfertigen, wenn und soweit die im Presse-Grosso-System vereinbarten Wettbewerbsbeschränkungen zur Sicherstellung der Pressevielfalt wirklich erforderlich sind.⁵⁶⁹ Sie ist funktionslos, da es bisher keine Anhaltspunkte dafür gibt, dass das Presse-Grosso bundeseinheitlich gleiche Preise und

⁵⁶³ BGH, Urteil vom 24. Oktober 2011, KZR 7/10 – Grossistenkündigung, WuW/E DE-R 3446 = NJW 2012, 773.

⁵⁶⁴ Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 696 ff.

⁵⁶⁵ LG Köln Urteil vom 14. Februar 2012, 88 O (Kart) 17/11, GRUR-RR, 171.

⁵⁶⁶ § 30 Abs. 2a S. 2 GWB.

⁵⁶⁷ Vgl. Monopolkommission, Pressemitteilung vom 18. Juni 2013 zur 8. GWB-Novelle und „Wunschzettel“ für die aktuelle Legislaturperiode: Wettbewerb stärken – Reformen entschlossen angehen, vgl. Monopolkommission, Pressemitteilung vom 6. November 2013.

⁵⁶⁸ OLG Düsseldorf, Urteil vom 26. Februar, 2014, VI – U (Kart) 7/12, NZKart 2014, 154. Der BVPG hat Nichtzulassungsbeschwerde beim Bundesgerichtshof eingelegt.

⁵⁶⁹ EuGH, Urteil vom 28. Februar 2013, C-1/12 – Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas, noch nicht in amtl. Slg., Rz. 106.

Konditionen erfordert. Die Monopolkommission fordert den Gesetzgeber deshalb auf, die Sonderregelung für das Presse-Grosso zu streichen.

7.3 Krankenversicherung

1066. Die deutschen Wettbewerbsregeln im Bereich der Krankenversicherung sind auch nach der 8. GWB-Novelle nicht zufriedenstellend, was die kartellbehördliche Praxis beeinträchtigt.⁵⁷⁰ Hinsichtlich des europäischen Rechts ist die Rechtsauffassung der gesetzgebenden Körperschaften auf Basis der europäischen Rechtsprechung im Berichtszeitraum und der einschlägigen Kommissionsleitlinien unzutreffend.

7.3.1 Rechtswegzersplitterung im Verfahrensrecht

1067. Besonders kritisch ist die weitergehende Rechtswegzersplitterung im wettbewerblichen Verfahrensrecht zu sehen. So sind die Zivilgerichte für Klagen wegen Wettbewerbsverstößen im Sinne des GWB und für Klagen von privaten Krankenversicherungsunternehmen und Verbraucherschutzorganisationen wegen unlauteren Wettbewerbs zuständig. Dagegen können die Sozialgerichte für Klagen wegen unlauteren Wettbewerbs von gesetzlichen Krankenkassen untereinander zuständig sein.⁵⁷¹ Die Zivilgerichte sind für Rechtsmittel der gesetzlichen Krankenkassen gegen behördliche Bescheide nach dem allgemeinen Kartellrecht zuständig, dagegen die Sozialgerichte für Rechtsmittel in Fällen der Zusammenschlusskontrolle.

1068. Diese Rechtswegzersplitterung führt bei den Kartellbehörden nachvollziehbar zu großer Zurückhaltung bei der Überprüfung einzelner Vorgänge im Bereich der Krankenversicherung. Diese Situation erscheint wettbewerbspolitisch durchaus problematisch.

7.3.2 Gemischtes Bild im materiellen deutschen Recht

1069. Im materiellen Recht hat die 8. GWB-Novelle Verbesserungen gebracht, doch gehen diese aus Sicht der Monopolkommission nicht weit genug. Zu begrüßen ist die gesetzliche Klarstellung, dass freiwillige Vereinigungen von gesetzlichen Krankenkassen der kartellrechtlichen Zusammenschlusskontrolle unterliegen. Dagegen ist zu kritisieren, dass der Anwendungsbereich des allgemeinen Kartellrechts auch in der 8. GWB-Novelle nicht auf das Verhältnis der Krankenkassen untereinander und im Verhältnis zu den Versicherten erstreckt worden ist. Dabei soll keineswegs in Abrede gestellt werden, dass in einem solchen Fall zusätzliche Regelungen erforderlich sein könnten, um den Besonderheiten der gesetzlichen Krankenversicherung (Solidarsystem) Rechnung zu tragen.

1070. Die Gründe, die im Gesetzgebungsverfahren für den völligen Verzicht auf eine Erstreckung des Anwendungsbereichs des allgemeinen Kartellrechts auf die gesetzlichen Krankenkassen herangezogen wurden, sind indes nicht überzeugend. So wurde im Gesetzgebungsverfahren insbesondere vorgebracht, eine Erweiterung der Anwendung des allgemeinen deutschen Kartellrechts auf die Krankenkassen würde zu einer deutlichen Verschlechterung der Versorgungssituation und der Rechte gesetzlich Krankenversicherter führen.⁵⁷² Dieser Annahme liegt ein falsches Grundverständnis zugrunde: Wettbewerb auf Anbieterseite lässt grundsätzlich die Verbraucher auf Nachfrageseite profitieren (und umgekehrt). Das Fehlen von Wettbewerb belässt den Anbietern hingegen Spielräume, die sie zum Nachteil der Nachfrageseite ausnutzen können. Dies bleibt nun hinsichtlich des Verhältnisses der Krankenkassen zu den gesetzlich Krankenversicherten der Fall. In dem Gesetzesbeschluss des Deutschen Bundestages vom 18. Oktober 2012 war auch vorgesehen, dass bei

⁵⁷⁰ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 63, Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht, Baden-Baden 2012, Tz. 130 ff.

⁵⁷¹ BGH, Urteil vom 9. November 2006, I ZB 28/06, Rz. 10, 13 – Gesamtzufriedenheit; Beschluss vom 17. August 2011, I ZB 7/11, Rz. 8 ff - Radiologisch-diagnostische Untersuchungen (maßg., auf welche Vorschriften der Anspruch gestützt wird).

⁵⁷² Bundesrat, BR-Drs. 641/12 (Beschluss) vom 23. November 2012, S. 3.

der Anwendung des deutschen Kartellrechts der Versorgungsauftrag der Krankenkassen zu berücksichtigen sei.

1071. Weitere Bedenken gegenüber einer Anwendung des allgemeinen Kartellrechts betrafen Kostensteuerungsmechanismen aufgrund von verbandsmäßiger Koordination (z. B. Arzneimittelrabattverträge), die künftig infrage gestellt wären.⁵⁷³ Die zugrunde liegenden Annahmen zur wettbewerblichen Rechtslage treffen jedoch nicht zu. Das deutsche Kartellrecht enthält kein generelles Kooperationsverbot, sondern es gestattet vielmehr Kooperationen, die objektiv erforderlich sind, um komplementäre Tätigkeiten, Fähigkeiten oder Vermögenswerte zusammenzuführen, oder deren wettbewerbsfördernde Wirkungen die wettbewerbsschädlichen Auswirkungen überwiegen. Kooperationen zugunsten der Versicherten sind demnach typischerweise zulässig. Außerdem gilt ein sowohl vom Gesetzgeber vorgesehener als auch vom Bundeskartellamt anerkannter Vorrang des Sozialrechts.⁵⁷⁴ Soweit das Sozialrecht den Krankenkassen ein bestimmtes Verhalten vorschreibt, bleibt von vornherein kein Raum für Wettbewerb und damit auch kein Raum für eine wettbewerbsrechtliche Überprüfung.

1072. Schließlich ist die Annahme, die Mechanismen und die Aufsicht der Krankenkassen nach SGB V seien ausreichend und eine zusätzliche wettbewerbliche Aufsicht führe zu einem ungerechtfertigten bürokratischen Mehraufwand, zu hinterfragen.⁵⁷⁵ Die Monopolkommission hat bereits zuvor auf die wettbewerblichen Risiken hingewiesen, die nach der – weitgehend unverändert gebliebenen – Rechtslage bestehen und durch das Sozialrecht bislang nicht behoben werden.⁵⁷⁶

7.3.3 Anwendungsbereich des europäischen Wettbewerbsrechts

1073. Der Bundesrat ist im Gesetzgebungsverfahren von der Auffassung ausgegangen, dass eine entsprechende Anwendung des deutschen Kartellrechts auf die gesetzlichen Krankenkassen die Wahrscheinlichkeit erhöhe, dass der Europäische Gerichtshof in seiner zukünftigen Rechtsprechung die Unternehmenseigenschaft der Krankenkassen bejahen und dass dann das europäische Wettbewerbsrecht für das gesamte deutsche Gesundheitswesen gelten werde.⁵⁷⁷ Diese Auffassung erscheint aus mehreren Gründen unzutreffend.

1074. Das europäische Recht bildet eine autonome Rechtsquelle, die vom Anwendungsbereich des deutschen Kartellrechts unabhängig ist.⁵⁷⁸ Die Unternehmenseigenschaft der Krankenkassen nach europäischem Recht bemisst sich zudem allein nach der Ausgestaltung der Tätigkeit der Krankenkassen nach dem Sozialrecht. Deshalb lässt sich schon im Ansatz nicht nachvollziehen, dass eine Vorschrift, die das GWB auf Krankenkassen für entsprechend anwendbar erklärt, Auswirkungen auf die Beurteilung der Krankenkassen als Unternehmen im Sinne des europäischen Kartellrechts haben soll.

1075. Davon abgesehen dürfte die Annahme, dass das europäische Recht im Verhältnis der Krankenkassen untereinander und im Verhältnis zu den Versicherten unanwendbar ist, vor dem Hintergrund der europäischen Rechtsprechung im Berichtszeitraum und der einschlägigen Kommissionsleitlinien von 2012 zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nicht mehr haltbar sein. Hierbei ist freilich in Rechnung zu stellen, dass die europäische Rechtslage bisher unklar war.⁵⁷⁹

⁵⁷³ Ebenda, S. 4.

⁵⁷⁴ Vgl. Ausschuss für Wirtschaft und Technologie (9. Ausschuss), BT-Drs. 17/11053, S. 20; BKartA, Tätigkeitsbericht 2011/2012, BT-Drs. 17/13675 vom 29. Mai 2013, S. 14.

⁵⁷⁵ Dazu Bundesrat, BR-Drs. 641/12 (Beschluss) vom 23. November 2012, S. 3.

⁵⁷⁶ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 63, a. a. O., Tz. 131.

⁵⁷⁷ Bundesrat, BR-Drs. 641/12 (Beschluss) vom 23. November 2012, S. 7 f.

⁵⁷⁸ EuGH, Urteil vom 15. Juli 1964, 6/64 – Costa / E.N.E.L., Slg. 1964, 1253, Ls. 3, u. S. 1269.

⁵⁷⁹ Deshalb auch Monopolkommission, Sondergutachten 63, a. a. O., Tz. 132, wonach „die Anwendbarkeit des europäischen Wettbewerbsrechts [...] – jedenfalls gegenwärtig – ausgeschlossen [sei].“

1076. Ein „Unternehmen“ im Sinne des europäischen Rechts ist eine Einheit, die eine „wirtschaftliche Tätigkeit“ ausübt.⁵⁸⁰ Es ist nach den tatsächlichen Gegebenheiten zu prüfen, ob dies der Fall ist. Das Vorliegen oder Fehlen einer Gewinnerzielungsabsicht ist dabei ohne Belang.⁵⁸¹ Eine wirtschaftliche Tätigkeit ist dann anzunehmen, wenn die betreffende Einheit selbständig, d. h. ohne dazu gesetzlich gezwungen zu sein, Güter oder Dienstleistungen auf einem Markt anbietet (Marktprinzip).⁵⁸² Den Gegensatz zur selbständigen Bedarfsdeckung nach dem Marktprinzip bilden Leistungen nach dem Solidaritätsprinzip, also Leistungen, auf die die Nachfrageseite einen von den Anbietern zu erfüllenden gesetzlichen Anspruch hat.⁵⁸³

1077. Der mitgliedstaatliche Gesetzgeber ist frei, wie er die betreffenden Leistungen organisiert.⁵⁸⁴ Er kann somit dem Solidaritätsprinzip den Vorrang geben, bspw. wenn dies erforderlich ist, weil es auch um Leistungen an Bedürftige geht, welche diese Leistungen nicht nach Marktpreisen bezahlen können. Der Gesetzgeber kann auch zwei Systeme nebeneinander bestehen lassen, wie dies nach der Konzeption der deutschen Krankenversicherung mit gesetzlicher und privater Krankenversicherung der Fall ist.

1078. Ein nach dem Solidaritätsprinzip organisiertes System setzt jedoch stets voraus, dass das Leistungsangebot gesetzlich festgelegt ist. Dies ist bei den gesetzlichen Krankenkassen grundsätzlich dann der Fall, wenn sie nur die Gesetze anwenden und keine Möglichkeit haben, auf die Höhe der Beiträge, die Verwendung der Mittel und die Bestimmung des Leistungsumfangs Einfluss zu nehmen.⁵⁸⁵ Innerhalb des Solidarsystems kann der Gesetzgeber den Krankenkassen auch die Möglichkeit zu einem gewissen Wettbewerb um Mitglieder einräumen. Das kann er tun, indem er den Krankenkassen einen Spielraum gewährt, um selbst ihre Beitragssätze festzulegen. Ein solcher Spielraum soll ein ordnungsgemäßes Funktionieren des Systems nach den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit gewährleisten, d. h. eine möglichst effiziente und kostengünstige Tätigkeit der Krankenkassen.⁵⁸⁶ Anders ist es zu beurteilen, wenn den Krankenkassen ein so weitgehender Spielraum eingeräumt wird, dass sie über die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit hinaus Kunden akquirieren können. Dies gilt insbesondere, wenn gesetzliche Krankenkassen auch Kunden von außerhalb des Solidarsystems gewinnen können – also von den privaten Krankenversicherungen. Allerdings kommt es nicht auf die versicherungsrechtliche Grenzziehung zwischen der gesetzlichen und der privaten Krankenversicherung an.⁵⁸⁷ Entscheidend ist, ob die Kassen in Bezug auf ihre Leistungen und die Verwendung ihrer Mittel – also über einen Beitragswettbewerb zur Erhöhung ihrer Kosteneffizienz nach Wirtschaftlichkeitsgrundsätzen hinaus – tatsächlich in einen Wettbewerb um Kunden eintreten. Davon ist insbesondere dann auszugehen, wenn die gesetzlichen Krankenkassen zur Kundenakquisition auch auf die Verwendung ihrer Mittel und die Bestimmung des Leistungsumfangs Einfluss nehmen können.

1079. Entsprechende Grundsätze gelten, soweit die betreffenden Krankenkassen nicht als Anbieter, sondern als Nachfrager von Leistungen tätig sind. Allerdings ist hierbei zu beachten, dass bei der Beurteilung der Einkaufstätigkeit nach der europäischen Rechtsprechung der Kauf nicht von der späteren Verwendung zu trennen ist und dass der wirtschaftliche oder nicht-wirtschaftliche Charakter der späteren Verwendung deshalb den Charakter der Einkaufstätigkeit bestimmt.⁵⁸⁸

1080. Im Berichtszeitraum wurde nunmehr klargestellt, dass Einheiten eines nach dem Solidaritätsprinzip organisierten Leistungssystems eine Doppelfunktion ausüben können. Es bedarf mithin einer Einzelfall-

580 EU-Kommission, Mitteilung über die Anwendung der Beihilfenvorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (nachfolgend: Mitteilung zur Daseinsvorsorge), ABl. 2012 C 8 vom 11. Januar 2012, S. 4, Tz. 9.

581 Ebenda, Tz. 9.

582 Ebenda, Tz. 11.

583 EuGH, Urteil vom 16. März 2004, Verb. Rs. C-264/01 u.a. - AOK Bundesverband, Slg. 2004, I-2493, Rz. 47; siehe auch EU-Kommission, Entwurf einer Mitteilung, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe, Tz. 21.

584 EU-Kommission, Mitteilung zur Daseinsvorsorge, ABl. 2012 C 8, vom 11. Januar 2012, S. 4, Tz. 12.

585 EuGH, Urteil vom 16. März 2004, Verb. Rs. C-264/01 u.a. - AOK Bundesverband, Slg. 2004, I-2493, Rz. 47.

586 Ebenda, Rz. 56.

587 EU-Kommission, Mitteilung zur Daseinsvorsorge, ABl. 2012 C 8, S. 4 vom 11. Januar 2012, Tz. 13.

588 EuGH, Urteil vom 11. Juli 2006, C-205/03 P – FENIN, Slg. 2006, I-6295, Rz. 26.

betrachtung, um festzustellen, ob ihre jeweilige Tätigkeit einem sozialen oder einem wirtschaftlichen Zweck zuzuordnen ist.⁵⁸⁹ Nach nach den gegenwärtigen Regelungen des SGB V sind die gesetzlichen Krankenkassen jedoch in einem zumindest eingeschränkten Rahmen wirtschaftlich tätig. Die gesetzlichen Krankenkassen unterliegen z. B. in ihrer Werbung keinen besonderen rechtlichen Grenzen.⁵⁹⁰ Sie können zusätzliche Leistungen und Wahltarife anbieten, auch unabhängig von dem für sie geltenden Gebot der Kostensenkung (§ 12 SGB V).⁵⁹¹ Sie können in Modellvorhaben Erstattungssätze und Boni bestimmen und haben Einfluss auf Prämien und die Festlegung der Rücklage.⁵⁹² Zumindest insoweit die Kassen solche Freiheiten genießen, durch die sie selbst ihr Angebot zur Kundenakquisition (mit-)gestalten können, üben sie eine wirtschaftliche Tätigkeit aus. Sie sind insofern Unternehmen im Sinne des europäischen Wettbewerbsrechts.

1081. Die Ausgestaltung der gesetzlichen Krankenversicherung als teilweise unternehmerische Tätigkeit führt entgegen der Auffassung des Gesetzgebers zwar nicht dazu, dass das europäische Wettbewerbsrecht für das gesamte deutsche Gesundheitswesen gilt. Sie impliziert allerdings, dass die gesetzlichen Regelungen, die den Krankenkassen die Möglichkeit zur unternehmerischen Tätigkeit eröffnen, nach Art. 106 Abs. 1 AEUV und Art. 107 ff. AEUV überprüfbar sind, soweit die Anwendung der europäischen Wettbewerbsregeln nicht die Erfüllung der den Krankenkassen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert (vgl. Art. 106 Abs. 2 AEUV). Die Tätigkeit der einzelnen Krankenkassen unterliegt mit derselben Einschränkung den Art. 101 ff. AEUV, sofern sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen kann.

7.3.4 Betrachtung des Gesamtmarkts und Ausblick

1082. Der Krankenversicherungsmarkt als Ganzes (gesetzlich/privat) hat sich im Berichtszeitraum dynamisch weiter entwickelt. Dabei war eine kartellbehördliche Überprüfung einzelner Vorgänge aufgrund der schwierigen und teilweise unklaren Rechtslage nur sehr eingeschränkt möglich. Derweil haben sich Hinweise auf strukturelle Wettbewerbsprobleme in der privaten Krankenversicherung ergeben, da dort ein Versicherungswechsel in der Praxis weiter auf erhebliche Schwierigkeiten trifft. Die Monopolkommission begrüßt, dass die Regierungskoalition in ihren Koalitionsverhandlungen darüber einig war, dass das deutsche Krankenversicherungssystem weiter entwickelt werden muss, um seine Zukunftsfähigkeit dauerhaft sicherzustellen. Eine solche Weiterentwicklung muss marktkonform erfolgen, wobei der möglichen Anwendung der europäischen Wettbewerbsregeln Rechnung zu tragen ist. Die Monopolkommission behält sich deshalb vor, die Krankenversicherungsmärkte in absehbarer Zeit erneut zu begutachten.⁵⁹³

8 Verfahrensrelevanz quantitativer Methoden

1083. Seitdem die Europäische Kommission Ende der 1990er Jahre einen „more economic approach“ in der Wettbewerbspolitik proklamiert, binden auch nationale Behörden ökonomische Analysen in ihre Entscheidungsfindungsprozesse vermehrt ein.⁵⁹⁴ Mit der Gründung des Referates G 3 „Ökonomische Grund-

589 GA Bot, Schlussanträge vom 4. Juli 2013, C-59/12 – BKK Mobil Oil, noch nicht in amtl. Slg., Rz. 28-30 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 16. März 2004, Verb. Rs. C-264/01 u.a. – AOK Bundesverband, Slg. 2004, I-2493, Rz. 58 f.

590 § 4 Abs. 3 S. 2, Abs. 5 SGB V. Es greifen allerdings die Grenzen aus dem Recht des unlauteren Wettbewerbs; siehe EuGH, Urteil vom 3. Oktober 2013, C-59/12 – BKK Mobil Oil, noch nicht in amtl. Slg.

591 §§ 11 Abs. 6, 53 Abs. 4 SGB V.

592 §§ 63 ff., insb. § 64 Abs. 3; §§ 242 Abs. 2, 261 Abs. 2 SGB V.

593 Vgl. zuletzt Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1034 ff.

594 Vgl. etwa Hellwig, M., Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit? Zur normativen Grundlegung der Wettbewerbspolitik, in: Engel, C./Möschel, W. (Hrsg.), Recht und spontane Ordnung. Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker zum 80. Geburtstag, Baden-Baden 2006, S. 231-268; Gual, A., u.a., An Economic Approach to Article 82, Competition Policy International 2, 2006, S. 111-154; Monti, M., A Reformed Competition Policy: Achievements and Challenges for the Future, Rede vom 28. Oktober 2004, Competition Policy Newsletter Number 3, Autumn 2004; Kroes, N., Tackling Exclusionary Practices to avoid Exploitation of Market Power: Some preliminary Thoughts on the Policy Review of Article 82, Fordham International Law Journal 29(4), 2006; Kommission, Weissbuch über die

satzfragen“ in 2007 hat das Bundeskartellamt seinerseits der wachsenden Bedeutung ökonomischer Analysen in seiner Entscheidungspraxis Ausdruck verliehen.

1084. Ökonomische Analysen lassen sich in zwei Kategorien unterteilen: die, welche ausschließlich theoretische Abhandlungen umfassen und ein punktuelles Abbild der Realität zeichnen, und die, welche auf eine Überprüfung der Theorie mittels empirischer Analysen, d. h. datengestützter Analysen unter Verwendung quantitativer Methoden, abzielen. Obgleich Erkenntnisse aus der (industrie-)ökonomischen Literatur bedingt durch den „more economic approach“ bereits in die Amtspraxis Einzug gehalten haben, finden Auswertungen mittels quantitativer Methoden bislang nur vereinzelt Berücksichtigung. Dies beruht vor allem darauf, dass die Durchführung von empirischen Analysen im Allgemeinen und die Anwendung von quantitativen Methoden im Speziellen komplex, zeitaufwendig sowie ressourcenintensiv sind. Mit empirischen Analysen können zudem lediglich Indizien gewonnen und keine Belege ermittelt werden. Dem gegenüber steht für das Bundeskartellamt die verfahrensrechtliche Notwendigkeit, innerhalb der vorgegebenen Fristen verlässliche Informationen für eine sachverhaltsgerechte Entscheidungsfindung zu sammeln.

1085. Innerhalb dieses Spannungsfeldes kamen im Berichtszeitraum vielschichtige quantitative Methoden im Rahmen der Datenanalyse in Verfahren des Bundeskartellamtes vereinzelt zur Anwendung.⁵⁹⁵ So hat das Bundeskartellamt in fünf Verfahren, welche allesamt die Zusammenschlusskontrolle betrafen, derartige Auswertungen von Amts wegen vorgenommen.⁵⁹⁶ In einem Verfahren im Rahmen der Kartell- und Missbrauchsaufsicht wurde eine eingereichte Datenanalyse eines beteiligten Unternehmens im entsprechenden Beschluss gewürdigt.⁵⁹⁷ Die Wahl der quantitativen Methoden erfolgte in allen Verfahren einzelfallbezogen und konzentrierte sich vorwiegend auf die der deskriptiven Statistik. Vergleichsweise komplexe Methoden der induktiven Statistik, wie z. B. ökonometrische Methoden in Form von Regressionsanalysen waren in zwei Verfahren Bestandteil der Analyse. In drei der fünf Verfahren, in denen das Bundeskartellamt eine Datenanalyse betrieb, wurden Daten vom Bundeskartellamt anhand von Marktbefragungen eigens erhoben, in den anderen zwei Verfahren wurde auf die bereits von den beteiligten Unternehmen erhobenen Daten zurückgegriffen.

1086. Die geringe Anzahl an von vergleichsweise komplexen quantitativen Methoden geprägten Datenanalysen gibt jedoch nicht die generelle Bedeutung von Datenanalysen für die Amtspraxis und von den amtsintern erbrachten konzeptionellen Tätigkeiten in adäquatem Maße wieder. So spielt die Auswertung von Daten mit herkömmlichen quantitativen Methoden wie z. B. bei der Marktabgrenzung bereits heute eine grundlegende Rolle für die Amtspraxis, ohne dass weiterführend komplexe quantitative Analysen vorgenommen werden (müssen).⁵⁹⁸ Auch Sektoruntersuchungen stellen datengestützte Analysen dar, die Ressourcen des Bundeskartellamtes absorbieren, was etwa in der mehrjährig andauernden Sektorunter-

Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag, Arbeitsprogramm der Kommission Nr. 99/027, 12. Mai 1999, ABl. 1999 C 132 vom 12. Mai 1999, S. 1; BKartA, Wettbewerbsschutz und Verbraucherinteressen im Lichte neuerer ökonomischer Methoden, Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht, 2004.

⁵⁹⁵ Hierunter werden all jene quantitativen Methoden verstanden, die über die bei einer Datenauswertung grundlegend zur Anwendung kommenden herkömmlichen Methoden der deskriptiven Statistik (z. B. arithmetisches Mittel oder Standardabweichung) hinausgehen wie bspw. statistische Testverfahren (z. B. Verteilungstests) und Methoden der induktiven Statistik (z. B. Regressionsanalyse).

⁵⁹⁶ Vgl. BKartA, Beschluss vom 19. Dezember 2012, B2-64-12, etwa Tz. 111, Tz. 172 ff.; Beschluss vom 12. März 2012, B1-30/11, etwa Tz. 132 ff.; Beschluss vom 27. März 2013, B2-113/12, etwa Tz. 115 ff., Tz. 189; Beschluss vom 24. April 2012, B3-187/11, etwa Tz. 82 ff., Tz. 109; Beschluss vom 12. Dezember 2012, B3-127-12, etwa Tz. 68 ff., Tz. 99 f.

⁵⁹⁷ Vgl. BKartA, Beschluss vom 27. Dezember 2013, B9-66-10, etwa Tz. 210, 226.

⁵⁹⁸ Mit herkömmlichen quantitativen Methoden werden all jene Methoden der deskriptiven Statistik verstanden, die bei einer Datenauswertung grundlegend zur Anwendung kommen wie z. B. das arithmetische Mittel, Median, Standardabweichung etc.

suchung Fernwärme deutlich wurde.⁵⁹⁹ Zudem besteht u.a. in der Prüfung eingereichter ökonomischer Gutachten, welche in wachsender Anzahl vorgelegt werden und oftmals vielschichtige quantitative Analysen enthalten und daher wiederum für die Abschätzung des Eigenbedarfs an Datenanalysen zweckdienlich sind, ein permanenter Bezug zu quantitativen Analysen.⁶⁰⁰

1087. Dass das BKartA empirischen Analysen sowie der Anwendung quantitativer Methoden eine größere Bedeutung beizumessen scheint und als integralen Bestandteil der Ausübung seiner Amtstätigkeiten auffasst, zeigt sich in dem im Januar 2014 neu aufgestellten Referat G 3A „Datenerfassung und Ökonometrie“. Obgleich die Abspaltung datenbasierter Analysetätigkeiten vom Referat G 3 eine stringente Weiterentwicklung der Amtspraxis darstellt, erscheint sie mittel- bis langfristig nur bei steigendem Bedarf an Datenanalysen und damit einhergehend einer adäquaten Ressourcenaufstockung erforderlich. Die Datenerfassung bzw. -beschaffung versucht das Bundeskartellamt bereits gegenwärtig zu verbessern, indem es z. B. bei Marktbefragungen vermehrt Online-Fragebögen einsetzt. Dieser Prozess der elektronischen Standardisierung sollte durch das neu gegründete Referat tendenziell vorangetrieben werden.

1088. Für die Effektivität von datengestützten Analysen sind theoretisches Wissen und praktische Erfahrungen maßgebend. Während praktische Erfahrungen bei einer verstärkten Anwendung gesammelt werden können, lässt sich theoretisches Wissen durch eine Orientierung am aktuellem Forschungsstand, an der gegenwärtigen Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission sowie am externen Sachverstand aneignen. Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, durch einen Erfahrungsaustausch mit anderen Behörden zusätzliches Wissen anzusammeln.⁶⁰¹

1089. Die Monopolkommission begrüßt die Bereitschaft des Bundeskartellamtes zu einer stärkeren Einbindung quantitativer Methoden in die Amtspraxis. Die bisher durchgeführten quantitativen Analysen trugen zu den Verfahrensentscheidungen des Amtes unterstützend bei. Die Monopolkommission betont, dass für eine Etablierung neuartiger und komplexer Methoden eine stets genaue und konsistente Anwendung eine unabdingbare Voraussetzung darstellt. Insbesondere eine konsistente Methodenanwendung sollte für Effizienzsteigerungen und vermehrte Transparenz in der Amtspraxis förderlich sein. Beispielsweise könnten im Rahmen von Fusionsentscheidungen zur Beurteilung der wettbewerblichen Nähe der beteiligten Unternehmen auf Märkten mit heterogenen Produkten verstärkt sogenannte Umlenkungskennziffern (diversion ratios) berechnet werden, für welche es keiner a priori spezifizierten Marktabgrenzung bedarf.⁶⁰²

Die Aussagekraft empirischer Analysen ist generell an die Qualität und Quantität der zur Verfügung stehenden Daten geknüpft. Hier können nach Auffassung der Monopolkommission unter Berücksichtigung des Budgets auch private Datenquellen, z. B. Scanningdaten im Lebensmitteleinzelhandel, womöglich eine hochwertige Alternative zu den eigens erhobenen sowie zu den von den Unternehmen übermittelten Daten sein.

⁵⁹⁹ Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Fernwärme, Abschlussbericht gemäß § 32 e GWB – August 2012, Tz. 19, und allgemein Sektoruntersuchungen, http://www.bundeskartellamt.de/DE/Wirtschaftsbereiche/Sektoruntersuchungen/sektoruntersuchungen_node.html, Abruf am 14. April 2014.

⁶⁰⁰ Vgl. BKartA, Standards für ökonomische Gutachten vom 20. Oktober 2010. Dafür, dass eingereichte empirische Gutachten gar Verfahrensänderungen herbeiführen können, vgl. etwa RBB Economics, Turning Round a Supertanker: the OFT's abuse of dominance case against CH Jones, RBB Brief 46, März 2014.

⁶⁰¹ Der Informationsaustausch zwischen Behörden könnte aus Gründen vermeintlicher Wahrung der eigenen Reputation mitunter eingeschränkt erfolgen, was für den Lernprozess hinderlich wäre. Das Bundeskartellamt engagiert sich in diversen internationalen Vereinigungen und steht somit im engen Kontakt zu anderen Behörden; vgl. auch BKartA, Internationale Zusammenarbeit, http://www.bundeskartellamt.de/DE/Internationales/internationales_node.html, Abruf am 27. März 2014.

⁶⁰² Vgl. hierzu etwa BKartA, Beschluss vom 19. Dezember 2012, B2-64-12, Tz. 111 mit Beschluss vom 27. März 2013, B2-113/12, Tz. 115 ff.; Beschluss vom 24. April 2012, B3-187/11, Tz. 82 ff.; Beschluss vom 12. Dezember 2012, B3-127/12, Tz. 68 ff. Zu Umlenkungskennziffern vgl. etwa Farrell, J./Shapiro, C., Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition, *The B.E. Journal of Theoretical Economics: Policies and Perspectives* 10(1) Artikel 9, 2010 und Epstein, R.J./Rubinstein, D.L., Understanding UPP, *B.E. Journal of Theoretical Economics: Policies and Perspectives* 10(1), Artikel 21, 2010.

9 Ex-post-Evaluation der Amtspraxis

9.1 Einführung

1090. Als Ex-post-Evaluation kann eine mit zeitlichem Abstand vorgenommene Analyse von Entscheidungen einer Wettbewerbsbehörde verstanden werden. Im Gegensatz zu Ex-ante-Evaluationen, mit denen versucht wird, die zu erwartenden Auswirkungen einer Amtshandlung zu prognostizieren, ist mit einer Ex-post-Evaluation die Messung der faktischen Auswirkung einer Amtshandlung möglich.⁶⁰³ Die Zielsetzung einer Ex-post-Evaluation kann variieren. Die OECD unterscheidet diesbezüglich drei Formen: (1) die Berichterstattung über die (Gesamt-)Tätigkeit der Behörde, (2) detaillierte Nachuntersuchungen zu spezifischen Verfahrensentscheidungen und deren Auswirkungen auf die betroffenen Märkte sowie (3) die Ermittlung des Einflusses der Wettbewerbspolitik auf die Volkswirtschaft als Ganzes.⁶⁰⁴

1091. Durch eine zeitnahe und regelmäßige Berichterstattung über die behördlichen Aktivitäten besteht gegenüber den gesetzgebenden Körperschaften, Verbrauchern sowie Unternehmen die Möglichkeit, einerseits über die zurückliegende Amtspraxis zu informieren und andererseits den volkswirtschaftlichen Nutzen einer effektiv agierenden Wettbewerbsaufsicht zu dokumentieren. Des Weiteren kann mit einer Berichterstattung von Amts wegen Rechenschaft über die Verwendung der eingesetzten Steuergelder abgelegt werden. Zu beachten ist aber, dass die Berichterstattung zwar ex post erfolgt, aber auf dem Informationsstand zum Zeitpunkt der jeweiligen Entscheidung basiert.

1092. Ex-post-Evaluationen in Form von Nachuntersuchungen zu spezifischen Verfahrensentscheidungen ermöglichen eine Überprüfung der Angemessenheit und Wirksamkeit der Entscheidungen anhand der sich in der Folge ergebenden Marktentwicklungen.⁶⁰⁵ Daraus können Erkenntnisse gezogen werden, die zur Effektivierung des behördlichen Entscheidungsprozesses beitragen.⁶⁰⁶ Im Gegensatz zur Berichterstattung bedarf es für die Durchführung von Nachuntersuchungen zu spezifischen Verfahrensentscheidungen, z. B. von Remedies, i. d. R. jeweils einer mehrjährigen Zeitspanne. Zur Evaluation kann etwa auf quantitative Methoden der Datenanalyse und/oder auf Befragungen von Marktteilnehmern sowie Experten zurückgegriffen werden.⁶⁰⁷

1093. Ex-post-Evaluationen können außerdem weitreichende Wirkungsanalysen der Entscheidungspraxis darstellen. Das Ziel besteht in der Eruierung der von den Amtsentscheidungen ausgehenden Impulse auf makroökonomische Faktoren wie z. B. die Arbeitsproduktivität, Unternehmensinnovationen etc. Anhand ermittelter Indizien z. B. für innovations- oder produktivitätsfördernde Effekte kann so der volkswirtschaftliche Nutzen behördlicher Wettbewerbsentscheidungen zusätzlich untermauert werden.⁶⁰⁸ Für die Identifizierung solcher sich gewöhnlich erst mittel- bis langfristig entfaltenden Marktimpulse ist ebenfalls eine

⁶⁰³ Vgl. ICN, Advocacy Toolkit – Part I: Advocacy process and tools, prepared by ICN Advocacy Working Group, presented at the 10th Annual Conference of the ICN, The Hague, Präsentation in 2011, S. 29 f.

⁶⁰⁴ Vgl. OECD, Working Party No. 2 on Competition and Regulation, Evaluation of Competition Enforcement and Advocacy Activities: The Results of an OECD Survey – Note by the Secretariat –, DAF/COMP/WP“(2012)/FINAL, 2013, S. 3 f.

⁶⁰⁵ Der zeitlich unmittelbare Nutzen wettbewerblicher Marktstrukturen liegt in einer nahezu ausschließlich an Nachfrage- und Angebotsbedingungen orientierten Preissetzung (allokative Effizienz); vgl. Budzinski, O., Impact Evaluation of Merger Control Decisions, European Competition Journal 9(1), 2013, S. 199-224.

⁶⁰⁶ Vgl. ICN, Market Studies Good Practice – Handbook, 2012, Presented in final form at the 11th Annual Conference of the ICN, Rio de Janeiro, Präsentation im April 2012, S. 122 ff.

⁶⁰⁷ Vgl. Budzinski, O., Empirische Ex-Post Evaluationen von wettbewerbspolitischen Entscheidungen: Methodische Anmerkungen, in: Theurl, T. (Hrsg.), Methodische Grundlagen der empirischen Institutionenökonomik, Berlin 2012, S. 45-71.

⁶⁰⁸ Der zeitlich mittelbare Nutzen wettbewerblicher Marktstrukturen kann in einer innovationsfördernden Anreizsetzung (dynamische Effizienz) sowie in einer gestiegenen operativen Unternehmensflexibilität (evolutionäre Effizienz) bestehen; vgl. etwa Buccirossi, P. u.a., Competition Policy and Productivity Growth: An Empirical Assessment, The Review of Economics and Statistics 95(4), 2013, S. 1324-1336 und Budzinski, O., Impact Evaluation of Merger Control Decisions, European Competition Journal 9(1), 2013, S. 199-224.

mehrfährige Zeitspanne nach der Amtsentscheidung notwendig. Die Evaluationsmethoden entsprechen im Wesentlichen denen zur Ex-post-Evaluation einzelner Entscheidungen.

1094. Den geschilderten Vorteilen von Ex-post-Evaluationen stehen ihre Kosten – insbesondere der Ressourcenaufwand – gegenüber. Dagegen stellt die Möglichkeit eines Reputationsverlustes von Wettbewerbsbehörden im Zuge einer Identifizierung von fehlerbehafteten Amtsentscheidungen kein stichhaltiges Argument gegen die Durchführung solcher Evaluationen dar. Mit der Aufdeckung von fehlerbehafteten Amtsentscheidungen ist zwar tendenziell ein höheres Risiko von Schadenersatzklagen sowie möglicherweise eine verminderte Abschreckungswirkung von Sanktionen verbunden.⁶⁰⁹ Die positiven Wirkungen einer Evaluation, namentlich die Möglichkeit einer Verbesserung der Amtspraxis auf der Grundlage der Ergebnisse früherer Evaluationen, sollten aber ihre Nachteile auch aus Sicht der Behörden überwiegen. Zudem könnte die mit Ex-post-Evaluationen einhergehende höhere Transparenz der Behörden deren Reputation sogar erhöhen.

1095. Als evaluierende Institutionen kommen grundsätzlich die Behörden selbst sowie dritte Forschungseinrichtungen in Betracht, wobei eine Evaluation durch Dritte aufgrund der mit einer Selbstevaluation einhergehenden Interessenkonflikte grundsätzlich vorzugswürdig erscheint. Zwar können hierbei Probleme hinsichtlich der Datenverfügbarkeit auftreten, insbesondere wenn die im Rahmen des Verfahrens den Behörden übermittelten Daten der Geheimhaltungspflicht unterliegen. Jedoch verfügen auch die Behörden selbst zum Zeitpunkt der Ex-post-Evaluation über keine Ermittlungsbefugnisse, sodass für die Unternehmen keine Pflicht zur Übermittlung aktueller Marktdaten besteht. Hingegen besteht bei einer Selbstevaluation ein erhöhtes Risiko einer Selektionsverzerrung bei der Auswahl der zu evaluierenden Amtsentscheidungen. Eine solche Fokussierung auf Entscheidungen, die eine positive Evaluation versprechen, sollte in jedem Fall und unabhängig von der evaluierenden Institution vermieden werden.⁶¹⁰

9.2 Stand der Evaluationspraxis

1096. Die derzeitige Aufarbeitung der Praxis des Bundeskartellamtes beschränkt sich im Wesentlichen auf die eigene Berichterstattung in seinen Tätigkeitsberichten sowie auf die Hauptgutachten der Monopolkommission. Durch Letztere findet in Deutschland im Unterschied zu der in vielen anderen Ländern bestehenden Situation bereits heute eine regelmäßige externe Würdigung der Amtspraxis statt. Darüber hinaus werden die Entscheidungen des Bundeskartellamtes z. T. von Gerichten juristisch geprüft.

1097. In den Tätigkeitsberichten erläutert das Bundeskartellamt seine Arbeit der jeweils letzten zwei Jahre sowie die Lage und Entwicklung seiner Aufgabengebiete. Zwar hat das Bundeskartellamt in seinen jüngeren Tätigkeitsberichten vereinzelt auch Ergebnisse von Ex-post-Analysen, z. B. zur Sektoruntersuchung „Duales System“ und zur Missbrauchsaufsicht im Gassektor, veröffentlicht⁶¹¹ und punktuell in anderen Publikationen auf den Mehrwert einer effektiven Wettbewerbspolitik hingewiesen.⁶¹² Jedoch handelt es sich hierbei nicht um systematische Ex-post-Evaluationen. Eine solche freiwillige systematische Selbstevaluation seiner Entscheidungspraxis wird vonseiten des Bundeskartellamtes bislang nicht vorgenommen.

1098. Die Monopolkommission nimmt in ihren Hauptgutachten ihrerseits zu aktuellen wettbewerbspolitischen Fragen Stellung und würdigt in diesem Rahmen auch die kartellrechtliche Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes.⁶¹³ Zu Letzteren gehört insbesondere das Aufzeigen von maßgeblichen Fort- und

609 Vgl. etwa Neven, D./Zenger, H., Ex Post Evaluation of Enforcement: A Principal-Agent Perspective, *De Economist* 156(4), 2008, S. 484.

610 Vgl. OECD, Working Party No. 2 on Competition and Regulation, Evaluation of Competition Enforcement and Advocacy Activities: The Results of an OECD Survey – Note by the Secretariat –, DAF/COMP/WP“(2012)7/FINAL, 2012, S. 11 ff.; S. 17.

611 Vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht 2011/2012, BT-Drs. 17/13675 vom 29. Mai 2013, S. 86 f.; Tätigkeitsbericht 2009/2010, BT-Drs. 17/6640 vom 20. Juli 2011, S. 120.

612 Vgl. BKartA, Erfolgreiche Kartellverfolgung – Nutzen für Wirtschaft und Verbraucher, August 2011, S. 15.

613 Vgl. Kapitel IV.

möglichen Fehlentwicklungen sowie das Unterbreiten von Lösungskonzepten. Eine systematische Evaluierung von Einzelfallentscheidungen ist gegenwärtig mit Hinblick auf die Ressourcenausstattung der Monopolkommission nicht realisierbar.

1099. Neben der Berichterstattung durch das Bundeskartellamt und der Begutachtung durch die Monopolkommission sind die Amtsentscheidungen auch Gegenstand gerichtlicher Überprüfungen. Gerichtliche Überprüfungen stellen eine zentrale Komponente des wettbewerbspolitischen Entscheidungsprozesses dar und werden daher nicht als eine Ex-post-Evaluation angesehen.⁶¹⁴ Zudem sind sie stets einzelfallbezogen und werden von den Gerichten nicht systematisch vorgenommen.

1100. Vergleichsweise umfangreiche Erfahrungen mit Ex-post-Evaluationen von Verfahrensentscheidungen sammeln derzeit ausländische Wettbewerbsbehörden. Eine von der OECD durchgeführte Befragung unter 46 Wettbewerbsbehörden zeigt, dass eine überwiegende Anzahl an Behörden einen jährlichen Tätigkeitsbericht veröffentlicht und insbesondere seit dem Jahr 2000 mindestens eine Ex-post-Evaluation – überwiegend auf freiwilliger Basis – ihrer behördlichen Entscheidungspraxis vorgenommen hat.⁶¹⁵

Besonders aktiv sind in diesem Bereich die Wettbewerbsbehörden der Vereinigten Staaten sowie Großbritanniens, die bereits seit längerer Zeit Evaluationen von Verfahrensentscheidungen – überwiegend von Fusionskontrollentscheidungen – durchführen. Im Rahmen dieser Evaluationen werden bspw. die Auswirkungen einer genehmigten Fusion auf die Produktqualität im betroffenen Markt untersucht, um im Fusionsverfahren geltend gemachte Qualitätsverbesserungen ex post zu überprüfen. Die Überprüfung erfolgt mittels quantitativer Methoden im Rahmen empirischer Analysen.⁶¹⁶

Insgesamt dokumentiert die Umfrage, dass eine Mehrheit der befragten Wettbewerbsbehörden einen steigenden Bedarf an einer Bewertung der eigenen Amtspraxis sieht. Als wesentliche Gründe für die Durchführung entsprechender Ex-post-Evaluationen werden Lerneffekte sowie die Rechtfertigung bezüglich der eingesetzten Ressourcen genannt. Ein steigender Bedarf an Ex-post-Evaluationen wird offensichtlich auch vom International Competition Network (ICN) gesehen, das die nationalen Wettbewerbsbehörden in seinen langfristigen Zielvorgaben zu vermehrter Eigenevaluation ermutigt.⁶¹⁷

Wenig Erfahrungen haben ausländische Behörden bislang mit Evaluationen gesammelt, welche die Wirkungsreichweite von Verfahrensentscheidungen thematisieren. Ursächlich hierfür dürfte die methodische Komplexität der Analyse sein, mit der eine Identifizierung der von den Amtsentscheidungen ausgehenden Marktimpulse erfolgen soll.

9.3 Würdigung

1101. Die Monopolkommission hält grundsätzlich eine stärkere Ex-post-Evaluation der Verfahrensentscheidungen des Bundeskartellamtes – z. B. im Rahmen von Fusionskontrollverfahren in oligopolistischen Märkten⁶¹⁸, aber auch von Kartell- und Missbrauchsverfahren – für wünschenswert. Wesentlich hierfür sind die mit einer solchen Evaluation einhergehenden Lerneffekte, die zu einer optimierten Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes und damit auch zu einer erhöhten Abschreckungswirkung einer effektiven Wettbewerbskontrolle beitragen können. Mögliche Reputationsverluste oder Schadenersatzklagen aufgrund negativer Ex-post-Evaluationen stellen hingegen aus Sicht der Monopolkommission keine überzeugenden

614 Vgl. etwa Bergman, M.A., Quis Custodiet Ipsos Custodes or Measuring and Evaluating the Effectiveness of Competition Enforcement, *De Economist* 156 (4), 2008, S. 391.

615 Vgl. OECD, Working Party No. 2 on Competition and Regulation, Evaluation of Competition Enforcement and Advocacy Activities: The Results of an OECD Survey – Note by the Secretariat –, DAF/COMP/WP“(2012)7/FINAL, 2013.

616 Für eine beispielhafte Übersicht durchgeführter Ex-post-Evaluationen vgl. ebenda, S. 25 ff.

617 Vgl. ICN, Agency Effectiveness Working Group 2013-2016 Work Plan, 2013, S. 1.

618 Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 472; XVIII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 529, 572 ff.

Gegenargumente dar. Vielmehr sollten der langfristig mit objektiven und auch kritischen Evaluierungen einhergehende Nutzen einer optimierten Entscheidungspraxis und die gestiegene Glaubwürdigkeit eventuelle Bedenken beseitigen und kurzfristig auftretende Kosten überkompensieren.

1102. Grundsätzlich hält die Monopolkommission insbesondere eine Evaluation von Amtsentscheidungen besonderer Tragweite für wünschenswert. In Betracht kommt eine Evaluation durch das Bundeskartellamt, wobei bei einem solchen Vorgehen die Gefahr einer Befangenheit der (sich selbst) evaluierenden Institution nicht von der Hand zu weisen ist. Dieser Einwand bestünde nicht, wenn eine andere Einrichtung als das Bundeskartellamt mit der Evaluation betraut würde. Hier käme zum einen eine Betrauung der Monopolkommission, zum anderen eine solche einer anderen Institution in Betracht. Dass die Monopolkommission mit der Würdigung der Amtspraxis bereits eine Form der Evaluation vornimmt, spricht grundsätzlich für ihre Betrauung.

10 Marktransparenzstelle für Kraftstoffe

10.1 Einführung

1103. Das Bundeskartellamt hat die Marktransparenzstelle für Kraftstoffe (MTS-K) am 31. August 2013 in Betrieb genommen.⁶¹⁹ Seitdem sind nach § 47k Abs. 2 GWB in Fassung der 8. GWB-Novelle i. V. m. § 4 Abs. 2 der entsprechenden Rechtsverordnung⁶²⁰ Betreiber von öffentlichen Tankstellen sowie Unternehmen, die über Preissetzungshoheit an öffentlichen Tankstellen verfügen, in Deutschland zur elektronischen Übermittlung der Verkaufspreise für die Kraftstoffe Super E5, Super E10 und Diesel an die MTS-K innerhalb von fünf Minuten nach einer Änderung verpflichtet. Die so erhobenen Kraftstoffpreise werden anschließend an die bei der MTS-K zugelassenen Anbieter privater Verbraucher-Informationsdienste weitergegeben, welche diese den Verbrauchern über eine elektronische Informationsplattform zum Abruf zur Verfügung stellen. Bei den Informationsdiensten ist zugleich jeweils eine Beschwerdestelle angesiedelt, an die Verbraucher unzutreffende Kraftstoffpreise reklamieren können.

1104. Mit der Einrichtung der MTS-K sind maßgeblich zwei Ziele verbunden. Zum einen soll den Verbrauchern die Möglichkeit geboten werden, sich über die aktuellen Kraftstoffpreise an den Tankstellen in den gewünschten Regionen zu informieren. Die zeitnahe Übertragung der Kraftstoffpreise via verschiedener elektronischer Kommunikationsmittel – Internet, Mobiltelefone sowie Navigationsgeräte – soll die Entscheidungsfindung der Verbraucher erleichtern und so deren Preiselastizität erhöhen. Zum anderen sollen die Eingriffsmöglichkeiten des Bundeskartellamtes bei Kartellrechtsverstößen insbesondere beim unternehmerischen Missbrauch der Marktmacht durch eine Erweiterung der Datenmenge verbessert werden. Anhand umfangreicher Datenauswertungen können Markterkenntnisse gewonnen werden, die auf etwaige Kartellrechtsverstöße untersucht werden können. Beiden Zielen inhärent ist die Förderung des Wettbewerbs auf den Kraftstoffmärkten durch vermehrte Transparenz.⁶²¹

1105. Hintergrund der Einrichtung der MTS-K waren Erkenntnisse aus der Sektoruntersuchung Kraftstoffe des Bundeskartellamtes aus dem Jahr 2011.⁶²² Dem Bundeskartellamt zur Folge sind die Kraftstoffmärkte oligopolistisch strukturiert. Der Regierungsentwurf zum Marktransparenzstellen-Gesetz sah die Errichtung

⁶¹⁹ Die MTS-K ist bis zum 30. November 2013 im Probebetrieb gelaufen und am 1. Dezember 2013 in den Regelbetrieb übergegangen. Für weitere Informationen zur MTS-K vgl. BKartA, 2014, http://www.bundeskartellamt.de/DE/Wirtschaftsbereiche/Mineral%C3%B6l/MTS-Kraftstoffe/mtskraftstoffe_node.html, Abruf am 15. März 2014.

⁶²⁰ Verordnung zur Marktransparenzstelle für Kraftstoffe (MTS-Kraftstoff-Verordnung) vom 22. März 2013, BGBl. 2013 I S. 595, 3245, 3304.

⁶²¹ Dass die relevanten Märkte für einzelne Kraftstoffe sachlich verschieden sind, davon gehen das Bundeskartellamt und die Europäische Kommission aus; vgl. etwa BKartA, Beschluss vom 7. März 2008, B8-134/09; Beschluss vom 29. April 2009, B8-175/08, und EU-Kommission, Entscheidung vom 9. Februar 2000, COMP/M.1628 – Totalfina/Elf, Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates.

⁶²² Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Kraftstoffe, B8-200/09, Abschlussbericht gemäß § 32e GWB, Mai 2011.

der MTS-K zum Zwecke der Aufdeckung von Kartellrechtsverstößen, insbesondere von Preis-Kosten-Scheren oder Untereinstandspreis-Verkäufen, vor.⁶²³ Die Monopolkommission hatte in ihrem letzten Hauptgutachten Bedenken hinsichtlich der Zweckmäßigkeit der Ausgestaltung der MTS-K auf Grundlage des Regierungsentwurfes geäußert.⁶²⁴ Nach Ansicht der Monopolkommission können Verbote von Preis-Kosten-Scheren und Untereinstandspreisverkäufen tendenziell zu höheren Verbraucherpreisen führen.⁶²⁵ Die geltende Regelung sieht, im Gegensatz zum Regierungsentwurf,⁶²⁶ keinerlei Erfassung von Vorleistungspreisen vor. Die Gesetz gewordene, von der Monopolkommission im Sommer 2012 geforderte unmittelbare Nutzbarmachung der erhobenen Endkundenpreise⁶²⁷ kann allerdings u. U. die Machtausübung der Tankstellenbetreiber begrenzen.

10.2 Funktionalität

1106. Seit Inbetriebnahme erhebt und übermittelt die MTS-K die Preisdaten an diverse Verbraucher-Informationsdienste, sodass die Verbraucher jederzeit die Möglichkeit haben, die aktuellen Kraftstoffpreise an Tankstellen in Deutschland via Internet, Smartphones und Navigationsgeräte zu vergleichen. Die MTS-K ist nach § 47k Abs. 5 S. 3 GWB befugt, bei Nichteinhaltung der Vorgaben der MTS-Kraftstoff-Verordnung (insbesondere hinsichtlich einer sachgerechten Datenübermittlung an die Verbraucher) von einer Weitergabe der Daten an die entsprechenden Verbraucher-Informationsdienste abzusehen.

1107. Zur Abwicklung des Datentransfers von den meldepflichtigen Unternehmen über die MTS-K zu den Verbraucher-Informationsdiensten nutzt das Bundeskartellamt als elektronische Plattform den sogenannten „Mobilitäts-Daten-Marktplatz“ (MDM) der Bundesanstalt für Straßenwesen.⁶²⁸ Der MDM ist Teil der Innovationsinitiativen der Bundesregierung und des daraus geförderten Projektes „Metadatenplattform Verkehrsinformationen des Individualverkehrs“. Für einen Zugang zum MDM ist eine vorherige Registrierung notwendig; dies gilt sowohl für die meldepflichtigen Unternehmen, für die privaten Verbraucher-Informationsdienste wie auch für die in § 47k Abs. 4 S. 3 GWB genannten Institutionen. Die eingegangenen und weitergeleiteten Daten konnten aus technischen Gründen zunächst nicht (persistent) gespeichert werden. Eine im Januar 2014 abgeschlossene Überarbeitung des dem MDM zugrunde liegenden Datentransfersystems soll nunmehr eine effizientere Datenübermittlung und -speicherung sicherstellen. Damit sollte die Aufbereitung und Auswertung insbesondere auch für das Bundeskartellamt und für Institutionen gemäß § 47k Abs. 4 S. 3 GWB, etwa das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie und die Monopolkommission, erleichtert werden.

1108. Maßgeblich für das anfängliche Fehlen einer persistenten Datenspeicherung waren laut Bundeskartellamt die praktische Notwendigkeit einer zeitnahen und an den gesetzlichen Vorgaben ausgerichteten Errichtung einer funktionstüchtigen MTS-K sowie der mit einer permanenten Meldung von Preisänderungen verbundene Datenumfang. So gehen derzeit von etwa 14.500 Tankstellen Meldungen bei der MTS-K ein. Während § 47k Abs. 2 S. 1 GWB eine Meldepflicht der Daten in „Echtzeit“ vorsieht, verpflichtet die MTS-Kraftstoff-Verordnung nach § 4 Abs. 2 S. 2,3 zu einer Übermittlung der Daten innerhalb von 5 Minuten nach Preisänderung. Diese Zahl spiegelt den Kraftstoffmarkt nicht in Gänze wider, da sich Tankstellen von der Meldepflicht befreien lassen können und nicht öffentliche einschließlich „halb“-öffentliche Tankstellen nicht

623 Vgl. Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Einrichtung einer Markttransparenzstelle für den Großhandel mit Strom und Gas (Markttransparenzstellen-Gesetz) vom 2. Mai 2012. Preis-Kosten-Scheren liegen vor, wenn Mineralölkonzerne Betreibern von kleinen und mittelgroßen Tankstellen Kraftstoffe zu einem höheren Preis anbieten, als sie selbst vom Endverbraucher verlangen. Untereinstandspreisverkäufe liegen grundsätzlich vor, wenn Kraftstoffe zu einem Preis angeboten werden, der unter dem Einkaufspreis liegt, ohne dass eine sachliche Rechtfertigung vorliegt; vgl. etwa Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 568 ff.

624 Vgl. ebenda, Tz. 141.

625 Vgl. ebenda, Tz. 141 ff., Tz. 166 ff.; Sondergutachten 63, a. a. O., Tz. 86 ff.

626 § 47k Abs. 5 Reg-E.

627 Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 148, 579 ff.

628 Vgl. Mobilitäts Daten Marktplatz (MDM), <http://www.mdm-portal.de/startseite.html>, Abruf am 4. April 2014.

der Meldepflicht unterliegen.⁶²⁹ Eine Meldung beinhaltet stets Angaben zu Grunddaten, d. h. den Namen und die Konzernmarke der Tankstelle, Adressdaten und Öffnungszeiten sowie Preisdaten für die Kraftstoffe. Angaben über Erlöse respektive abgesetzte Kraftstoffmengen werden bislang nicht erhoben. Die erhobenen Daten werden den Verbrauchern derzeit von 13 zugelassenen Verbraucher-Informationsdiensten zum Abruf zur Verfügung gestellt.⁶³⁰

1109. Für den Aufbau der MTS-K wurde ein Personalbedarf mit etwa sieben dauerhaften Vollzeitstellen sowie – während eines Zeitraums von mindestens zwei Jahren – mit mindestens zwei temporären im Rahmen von Sachmitteln zu besetzen Vollzeitstellen eingeplant.⁶³¹ Gegenwärtig ist die MTS-K mit sechs Referenten, einem Sachbearbeiter sowie mehreren studentischen Aushilfskräften besetzt. Nach Auskunft des Bundeskartellamtes ist geplant, den Personalbestand im Zeitablauf zu reduzieren.

10.3 Resonanz und Entwicklung

1110. Das Informationsangebot der MTS-K wird von den Verbraucher-Informationsdiensten und den Verbrauchern bislang in vermehrtem Umfang nachgefragt. Die Anzahl an beim Bundeskartellamt eingehenden Anträgen auf Zulassung als Verbraucher-Informationsdienst übersteigt die Zahl der bisher zugelassenen Verbraucher-Informationsdienste um ein Vielfaches. Die Dienste der zugelassenen Verbraucher-Informationsdienste werden bereits von den Verbrauchern, vor allem durch die Nutzung sogenannter Mobiler Anwendungen (Apps), in Anspruch genommen.

So hatte laut einer repräsentativen bundesweiten Umfrage des Allensbach Instituts im November 2013 bereits jeder vierte Autofahrer die Kraftstoffpreise von Tankstellen über das Internet oder Apps verglichen.⁶³² Weitere 60 Prozent sollen von der Möglichkeit Kenntnis genommen, davon aber noch nicht Gebrauch gemacht haben. Insgesamt sei eine höhere Resonanz bei jüngeren Altersgruppen festzustellen.⁶³³

1111. Eine große Reichweite bzw. ein hoher Bekanntheitsgrad der Verbraucher-Informationsdienste innerhalb der Bevölkerung ist eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung für eine Stärkung der Marktposition der Verbraucher und einer Intensivierung des Wettbewerbs auf den Kraftstoffmärkten. Erst die Beeinflussung des Tankverhaltens infolge einer Nutzung der angebotenen Apps, d. h. eines Vergleichs der Kraftstoffpreise an Tankstellen und des Anfahrens preiswerter Tankstellen, könnten zusätzliche Wettbewerbsimpulse auslösen.⁶³⁴ Bei der Wahl der geeigneten Tankstelle können aber ebenso das Serviceangebot und insbesondere die unterschiedlichen Wegstrecken eine wesentliche Rolle spielen.⁶³⁵ Ein rational handelnder Autofahrer wird zwischen dem erzielbaren zusätzlichen Nutzen in Form niedrigerer Tankkosten sowie verbessertem Serviceangebot und den sich durch eine längere Wegstrecke ergebenden Zusatzkosten abwägen.

629 Bisher sind etwa 600 Tankstellen nach der Ausnahmeregelung des § 3 der MTS-Kraftstoff-Verordnung von einer Meldepflicht befreit. Zu den nicht öffentlichen bzw. „halb“-öffentlichen Tankstellen zählen Tankstellen, die exklusiv für Mitarbeiter oder ausgewählte Kunden öffnen.

630 Vgl. BKartA, http://www.bundeskartellamt.de/DE/Wirtschaftsbereiche/Mineral%20C3%B6l/MTS-Kraftstoffe/Verbraucher/verbraucher_node.html, Abruf am 4. April 2014.

631 Vgl. Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Einrichtung einer Markttransparenzstelle für den Großhandel mit Strom und Gas (Markttransparenzstellen-Gesetz) vom 2. Mai 2012, S. 31.

632 Vgl. Institut für Demoskopie Allensbach, Allensbacher Kurzbericht, Allensbach, 12. Dezember 2013.

633 Vgl. ebenso Mundt, A. in Greive, M., Die Zeche zahlt der Verbraucher, Welt am Sonntag, 16. März 2014.

634 Hiermit wird implizit unterstellt, dass bei der Auswahl nur die Tankstellen Berücksichtigung finden, die aus Sicht des Autofahrers demselben sachlich relevanten Markt, d. h. dieselbe oder nahezu identische Qualität eines Kraftstoffes aufweisen, und demselben räumlich relevanten Markt, d. h. eine potenziell zurücklegbare Distanz aufweisen, angehören.

635 Bei dem Serviceangebot kann es sich z. B. um monetäre Kundenbindungsprogramme, ein (größeres Sortiment) an Lebensmitteln sowie an Dienstleistungsangeboten handeln. Bei den zusätzlichen Kosten kann es sich um monetäre Kosten wie etwa zusätzlichen Kraftstoffverbrauch sowie erhöhte Fahrzeugabnutzung und um nicht-monetäre Kosten wie etwa höheren Zeitaufwand handeln.

Aktuellen Umfragen zur Folge ist die Mehrzahl aller Autofahrer preissensitiv und würde tendenziell die preiswerteste Tankstelle anfahren, auch wenn eine längere Wegstrecke zurückzulegen wäre.⁶³⁶ Die Höhe der Kraftstoffpreise sei demnach bedeutsamer als der Standort der Tankstelle. Aus Sicht der Verbraucher spielen danach Öffnungszeiten, das Serviceangebot sowie die Wahrnehmung von Unterschieden in der Kraftstoffqualität eine vergleichsweise untergeordnete Rolle.

1112. Von einer höheren Informationstransparenz können auch die Mineralölunternehmen profitieren. So könnte das bereits in der Sektoruntersuchung Kraftstoffe in 2011 analysierte Parallelverhalten der führenden Mineralölunternehmen bei der Preissetzung durch die zeitnahe Veröffentlichung der Angebotspreise via MTS-K weiter begünstigt werden.⁶³⁷ Preisabstände zwischen den Mineralölunternehmen könnten von diesen besser kontrolliert und systematisiert werden. Insbesondere Betreiber von freien Tankstellen könnten die gestiegene Informationstransparenz zur Reduzierung ihrer Preisdifferenz zu den führenden Mineralölunternehmen nutzen.⁶³⁸

Gleichwohl sind die Stellungnahmen der Mineralölunternehmen zur MTS-K ambivalent. Während Verbandsvertreter der führenden Mineralölunternehmen und freien Tankstellen die Einrichtung einer MTS-K begrüßen,⁶³⁹ schätzt nach einer Marktstudie die Mehrheit der Unternehmen die Marktwirkung der Preistransparenz als tendenziell gering ein.⁶⁴⁰

1113. Wie in Abbildung IV.3 deutlich wird, ist bei der Entwicklung der realen, d. h. der inflationsbereinigten Preise für die Kraftstoffe Diesel und Super E10 seit September 2012 ein anhaltender Abwärtstrend zu verzeichnen. Seit September 2013, dem Zeitpunkt der Inbetriebnahme der MTS-K, hat sich der Abwärtstrend sogar verschärft. Hierfür werden aber weniger die durch die MTS-K forcierte Preistransparenz verantwortlich gemacht als sinkende Einstandspreise für Rohöl und die Aufwertung des Euro gegenüber dem US-Dollar.⁶⁴¹ Für eine externe Validierung derartiger Aussagen könnten auf Basis der durch die MTS-K erhobenen Daten empirische Analysen unter Verwendung ökonometrischer Methoden durchgeführt werden.⁶⁴² Nach einer Untersuchung des ADAC zur Volatilität der Kraftstoffpreise im Tagesverlauf schwanken die Preise für Benzin und Diesel durchschnittlich um 8,3 Cent bzw. 8,7 Cent, wobei die Preise i. d. R. in der Nacht bzw. zu Beginn des Tages ihren Höchststand erreichen und im Laufe des Tages sukzessiv sinken.⁶⁴³

636 Vgl. Institut für Demoskopie Allensbach, Allensbacher Kurzbericht, Allensbach, 12. Dezember 2013; DEKRA, Pressemitteilung vom 26. September 2013; DICE, Maßnahmen zur Steigerung des Wettbewerbs auf den Kraftstoffmärkten in Deutschland, Studie für den Allgemeinen Automobil-Club e.V. (ADAC), Düsseldorf, April 2012, S. 38.

637 Vgl. bereits Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 579.

638 Vgl. Hildenbrand, A., Tanken mit der App, F.A.Z., 22. Februar 2014 sowie Haedrich, H., Pressemeldepflicht bringt dem Autofahrer nichts, tankstellenWelt, Ausgabe 6/2013.

639 Vgl. etwa Mineralölwirtschaftsverband e.V. (MWV), Pressemitteilung vom 12. September 2013 sowie Mittelständische Energiewirtschaft Deutschland e.V. (MEW), Pressemitteilung vom 13. November 2013. Der MWV hatte sich noch zuvor kritisch über die Einrichtung einer Markttransparenzstelle und einer gesetzlichen Modifizierung geäußert; vgl. MWV, Pressemitteilung vom 2. Mai 2012.

640 Vgl. memo Services GmbH, Studie Benzinpreismeldestelle und Tankstellen-Marketing 2013, Forschungsprojekt im Auftrag der Henri B. Meier Unternehmerschule der Universität St. Gallen, Berlin, Februar 2013.

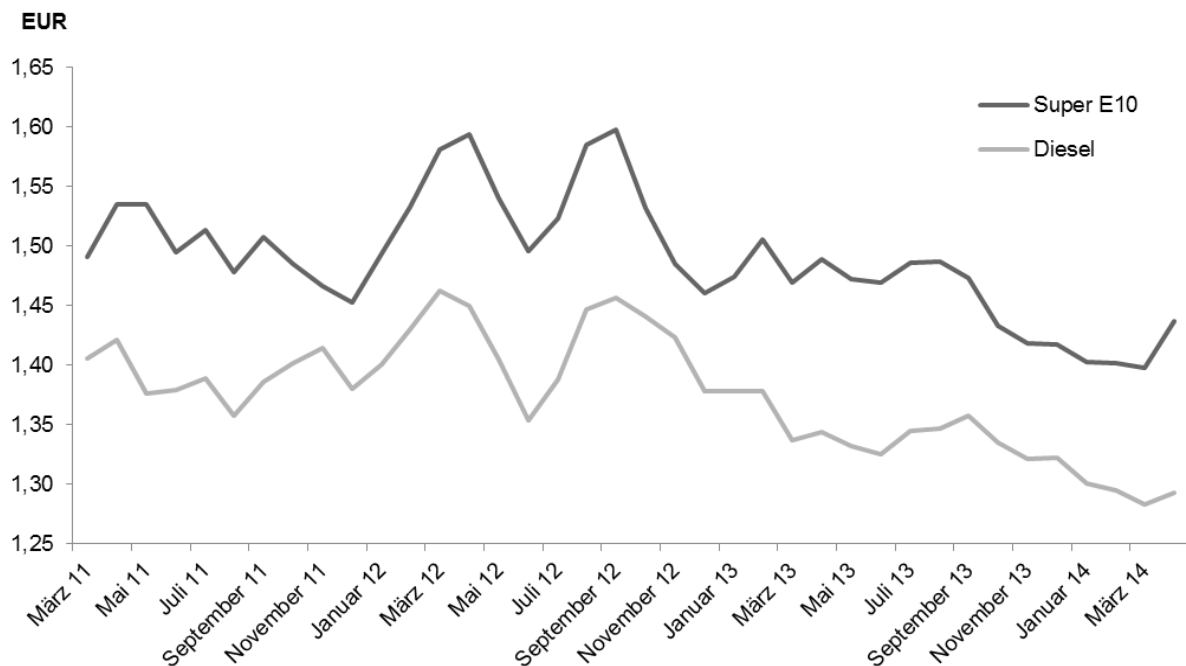
641 Vgl. Brok, S. in Sturbveck, W., Benzinpreise schwanken mehr als je zuvor, FAZ.net, 12. Februar 2014.

642 Vgl. beispielhaft Heijnen, P./Haan, M.A./Soeteven, A.R., Screening for Collusion: a spatial statistics approach, *Journal of Economic Geography*, doi:10.1093/jeg/lbu012, Eckert, A., Empirical Studies of Gasoline Retailing: A Guide to the Literature, *Journal of Economic Surveys* 27(1), 2013, S. 140-166; Holmes, M.J./Otero, J./Panagiotidis, T., On the dynamics of gasoline market integration in the United States: Evidence from a pair-wise approach, *Energy Economics* 36, 2013, S. 503-510; Noel, M.D., Edgeworth Price Cycles and Intertemporal Price Discrimination, *Energy Economics* 34(4), 2012, S. 942-954; Lewis, M.S./Noel, M.D., The Speed of Gasoline Response in Markets with and without Edgeworth Cycles, *The Review of Economics and Statistics* 92(3), 2011, S. 672-682; Verlinda, J.A., Do Rockets Rise Faster and Feathers Fall Slower in an Atmosphere of Local Power? Evidence from Retail Gasoline Market, *Journal of Industrial Economics* LVI(3), 2008, S. 581-612; Slade, M.E., Vancouver's Gasoline-Price Wars: An Empirical Exercise in Uncovering Supergame Strategies, *Review of Economic Studies* 59, 1992, S. 257-276.

643 Vgl. ADAC, Pressemitteilung vom 13. Dezember 2013.

Erste Datenauswertungen des Bundeskartellamtes und der Süddeutschen Zeitung bestätigen diese Ergebnisse in der Tendenz.⁶⁴⁴ Derartige Preisvolatilitäten können einerseits ein Indiz für einen verstärkten Wettbewerb auf den Kraftstoffmärkten sein, da die Preise nunmehr vergleichsweise zeitnah an die vorherrschende Marktsituation angepasst werden können. Sie können aber andererseits auch zu einer verstärkten Unsicherheit bei den Verbrauchern führen, da sich in dem Zeitraum zwischen der ursprünglichen Preisabfrage und dem faktischen Tankprozess bereits eine neue Preisänderung vollzogen haben könnte.⁶⁴⁵

Abbildung IV.3: Monatliche reale Durchschnittspreise für Diesel und Super E10 in Deutschland von 2011-2014



Quelle: Eigene Berechnung, in Anlehnung an ADAC, <http://www.adac.de/infotestrat/tanken-kraftstoffe-und-antrieb/kraftstoffpreise/kraftstoff-durchschnittspreise/>, Abruf am 4. April 2014. Zur Inflationsbereinigung wurden Monatswerte des Verbraucherpreisindex mit dem Basisjahr 2010 verwendet; vgl. Statistisches Bundesamt, Verbraucherpreisindex für Deutschland, 2014

1114. Erfahrungen aus dem Ausland mit vergleichbaren Einrichtungen einer MTS-K sind rar. Eine Meldepflicht für Betreiber von Tankstellen an eine zentrale staatliche Preismeldestelle gibt es etwa in Österreich und Westaustralien; in beiden Ländern ist die Meldepflicht gleichzeitig auch an staatliche Vorgaben zu Preisänderungen geknüpft.⁶⁴⁶ So sind die Mineralölunternehmen in Österreich lediglich berechtigt, die Kraftstoffpreise bis 12:00 Uhr eines jeden Tages höchstens einmal zu erhöhen, beliebig viele Preissenkungen sind hingegen erlaubt. Die Übermittlung der meldepflichtigen Preisdaten erfolgt jedoch nicht wie in Deutschland nahezu in Echtzeit, sondern innerhalb einer 10- bzw. 30-minütigen Frist. In Westaustralien

⁶⁴⁴ Auskunft des BKartA. Vgl. ebenso Jaschensky, W./Harloff, T., Spritmonitor: Wie Sie günstig tanken, Süddeutsche.de, 17. April 2014.

⁶⁴⁵ Vgl. Mundt, A., Nachtrag: Steigende Benzinpreise: Fehlende Transparenz auf dem Öl- und Kraftstoffmarkt?, ifo Schnelldienst 65(12), 2012, S. 4.

⁶⁴⁶ Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 576 ff.

müssen die Mineralölunternehmen die Kraftstoffpreise für den nächsten Tag bis 14:00 Uhr melden und dürfen die Kraftstoffpreise nur einmal täglich verändern. Empirische Evidenz für substanzielle Preissenkungseffekte, welche durch die staatlichen Vorgaben zu Preisänderungen in Österreich und in Westaustralien ausgelöst werden, konnte bislang nicht gefunden werden.⁶⁴⁷

10.4 Würdigung

1115. Die Monopolkommission erkennt die Bestrebungen des Gesetzgebers, durch die MTS-K die Marktstellung der Verbraucher auf den Kraftstoffmärkten in Deutschland stärken zu wollen, als positiv an. Die Ausgestaltung der Rechtsverordnung beinhaltet im Vergleich zum Regierungsentwurf vom 2. Mai 2012 Elemente, die wettbewerbliche Impulse auf den hiesigen Kraftstoffmärkten auslösen und die Verbraucher durch vermehrte Transparenz stärker schützen können.

Die Monopolkommission begrüßt das Nutzbarmachen der in Echtzeit erhobenen Kraftstoffpreise für die Verbraucher, was in dem ursprünglichen Regierungsentwurf nicht vorgesehen war und von ihr bereits im letzten Hauptgutachten vorgeschlagen wurde. Hiermit wird mehr Informationstransparenz für Verbraucher geschaffen und ein zeitnahe Preisvergleich ermöglicht. Dass ein Datenabruf für die Verbraucher über private Informationsplattformen und nicht über die staatliche MTS-K selbst erfolgt, sollte für die intendierte Informationsdiffusion nur förderlich sein, da auf diesen noch weitere Informationen angeboten werden können.

Die Monopolkommission heißt grundsätzlich gut, dass § 47l S. 3 GWB eine Evaluierung der MTS-K drei Jahre nach Beginn der Meldepflicht vorsieht. Nur im Falle eines positiven Evaluationsergebnisses sollte die Tätigkeit der MTS-K verlängert werden.⁶⁴⁸

Die Monopolkommission nimmt zur Kenntnis, dass eine persistente Datenspeicherung bereits zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme der MTS-K nicht möglich war. Die jüngst durchgeführte technische Modifizierung der MTS-K, mit der nunmehr eine persistente Datenspeicherung der eingegangenen Daten möglich ist, wertet die Monopolkommission als positiv. Erst durch eine persistente Datenspeicherung wird eine ergiebige Datenauswertung möglich, mithilfe der die Marktentwicklungen und insbesondere die Wirkung vermehrter Preistransparenz durch die MTS-K in geeigneter Weise untersucht werden können. Die anfänglich nicht durch das Bundeskartellamt bzw. durch die MTS-K gespeicherten Daten hätten hierzu einen wichtigen Beitrag leisten können.

Für eine aussagekräftige Datenauswertung sind Angaben über Erlöse respektive Absatzmengen ebenfalls von besonderer Relevanz. Bislang fallen solche Angaben nicht unter die Meldepflicht, obwohl der Regierungsentwurf vom 2. Mai 2012 bereits eine Übermittlung vorsah. Im Hinblick auf die gegenwärtig von vertikaler Integration gekennzeichneten oligopolistischen Marktstrukturen empfiehlt die Monopolkommission dringend eine Ausweitung der Meldepflicht auf die abgesetzten Kraftstoffmengen und die entsprechenden Raffinerie-, Verrechnungs- und Großhandelspreise. Zur Wahrung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Mineralölunternehmen und aufgrund des Fehlens einer unmittelbaren Bedeutung für Verbraucher sollten die erhobenen Absatzmengen jedoch nicht an die Verbraucher-Informationsdienste weitergeleitet werden dürfen. Für Analysezwecke und aus Gründen der Praktikabilität sollte es ausreichend sein, dass die Übermittlung der Daten zu den Absatzmengen nicht wie bei den Preisdaten in Echtzeit, sondern gebündelt und mit einem gewissen zeitlichen Abstand, etwa einmal wöchentlich, erfolgt.

⁶⁴⁷ Vgl. etwa Berninghaus, S./Hesch, M./Hildenbrand, A., Zur Wirkung regulatorischer Preiseingriffe auf dem Tankstellenmarkt, Wirtschaftsdienst 92(1), 2012, S. 46-50; Dewenter, R./Heimershoff, U., Less Pain at the Pump? Regulatory Interventions in Retail Gasoline Markets, DICE Discussion Paper No 51, May 2012; Haucap, J./Müller, H., The Effects of Gasoline Price Regulations: Experimental Evidence, DICE Discussion Paper No 47, April 2012; ACCC, Petrol Prices and Australian Consumers: Report of the ACCC Inquiry into the Price of Unleaded Petrol, December 2007, S. 239 ff.

⁶⁴⁸ Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 147.

1116. Die Monopolkommission begrüßt die im September 2012 erfolgte Einleitung einer Sektoruntersuchung Raffinerien und Mineralölgroßhandel durch das Bundeskartellamt. Mit dieser Untersuchung sollen die Wettbewerbsbedingungen auf den Produktions- und Großhandelsstufen der Mineralölwirtschaft, die den Tankstellenmärkten vorgelagert sind, untersucht werden. Die Monopolkommission hatte in ihrem letzten Hauptgutachten bereits auf die Notwendigkeit einer eingehenden Analyse der den Tankstellen vorgelagerten Produktionsebenen, insbesondere des Mineralölraffineriesektors und des Mineralölhandels, hingewiesen.⁶⁴⁹ Nach Auskunft des Bundeskartellamtes ist die Sektoruntersuchung Raffinerien und Mineralölgroßhandel jedoch bereits im Dezember 2012 aufgrund einer Absorption der Ressourcen zur Errichtung der MTS-K unterbrochen worden. Die Arbeiten an der Sektoruntersuchung sollen während des 2. Quartals 2014 wieder aufgenommen werden. In diesem Zusammenhang weist die Monopolkommission erneut auf die Bedeutung einer Prüfung der Abgabenpreise der Mineralöllieferanten und Großhändler sowie der Vertikal-⁶⁵⁰ und der Mengenaustauschverträge⁶⁵¹ hin.

⁶⁴⁹ Vgl. ebenda, Tz. 148, 572 f.

⁶⁵⁰ Vgl. ebenda, Tz. 574 und BKartA, Sektoruntersuchung Kraftstoffe, B8-200/09, a. a. O., S. 159 ff., insbesondere 189, 211.

⁶⁵¹ Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 575, sowie BKartA, Sektoruntersuchung Kraftstoffe, a. a. O., S. 57 f.

Kapitel V

Kommunale Wirtschaftstätigkeit und der Trend zur Rekommunalisierung

1 Aktuelle Entwicklungen: Rekommunalisierung und unternehmerische Tätigkeit der kommunalen Hand

1117. Kommunen betätigen sich nicht nur in der Verwaltung des Gemeinwesens, sondern produzieren auch verschiedene eigene Leistungen durch kommunale Unternehmen. Die Diskussion um die unternehmerischen Tätigkeiten der Kommunen ist dabei zentral von der Frage geprägt, ob ein von den Entscheidungsträgern gewünschtes Leistungsangebot in Eigenerstellung erbracht oder bei privaten Unternehmen beauftragt werden sollte. Nachdem sich in den 1990er Jahren in Deutschland und anderen europäischen Ländern ein Trend zur zunehmenden Einbindung privater Unternehmen in die kommunale Aufgabenerbringung entwickelt hat, wird seit einigen Jahren unter dem Schlagwort der „Rekommunalisierung“ eine umgekehrte Entwicklung beschrieben. In einer beträchtlichen Anzahl von Kommunen zeigen sich seit einigen Jahren Bestrebungen, die eigenen wirtschaftlichen Tätigkeiten zu erweitern (vgl. Abschnitt 1.1).

Unter Rekommunalisierung wird meist nicht allein der Rückerwerb zuvor privatisierter Betriebe durch die Kommune verstanden, sondern – in etwas weiterer Auslegung – auch die Rückübernahme von Leistungserstellungen, die zuvor bei privaten Unternehmen in Auftrag gegeben waren. Die Ausdehnung der kommunalen Wirtschaftstätigkeiten der letzten Jahre beschränkt sich jedoch nicht darauf, dass Kommunen ihre zuvor privatisierten Aktivitäten „rekommunalisieren“. Daneben werden Kommunen durch Expansion ihrer Aktivitäten auch in bisher (rein) privatwirtschaftlich organisierte Bereiche, durch Neugründungen von Stadtwerken und Übernahme von Konzessionen stärker wirtschaftlich tätig. Der Trend zur räumlichen und sachlichen Ausdehnung kommunaler Wirtschaftstätigkeit geht daher über die eigentliche Rekommunalisierung wirtschaftlicher Tätigkeiten hinaus.

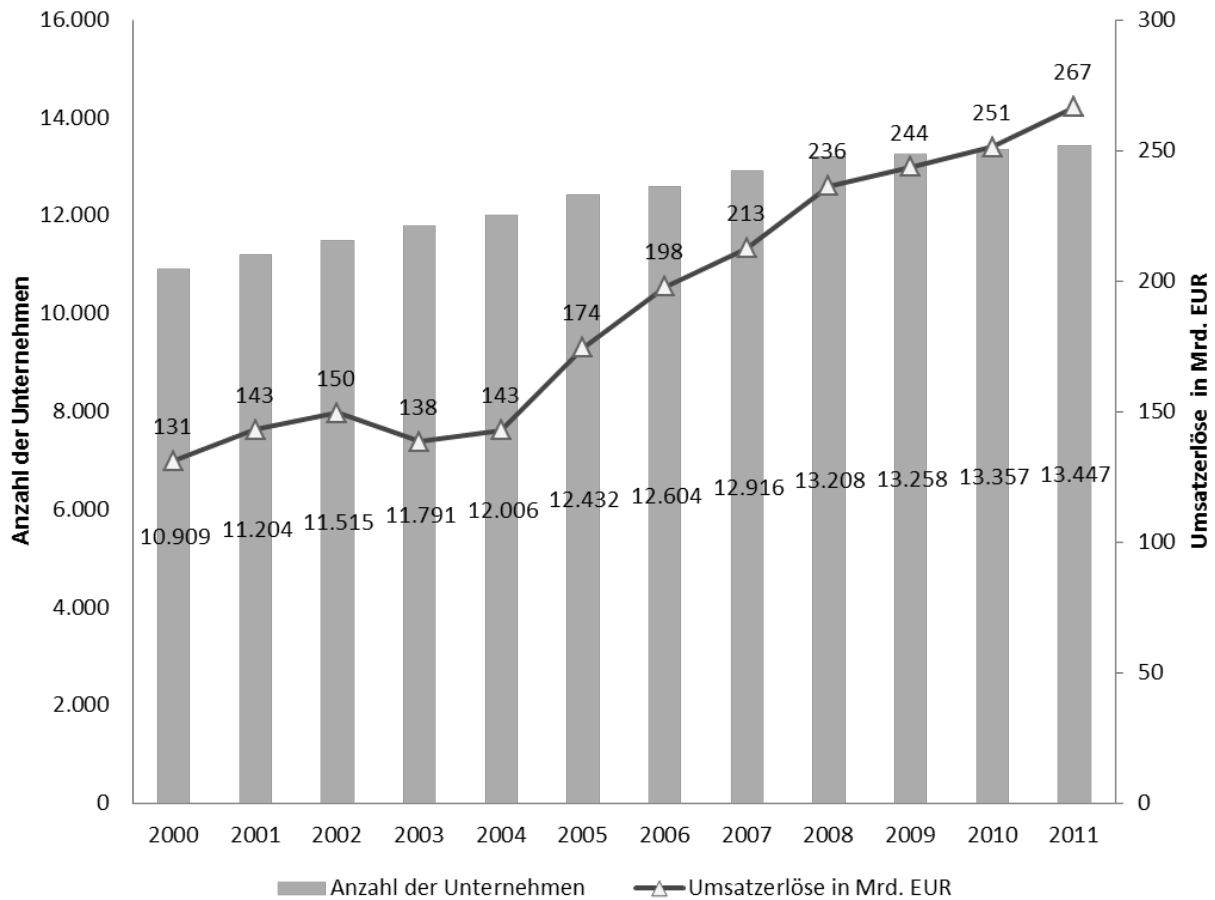
1118. Obwohl sich die dargestellten Entwicklungen auch empirisch nachzeichnen lassen, sollte einer Verallgemeinerung mit Vorsicht begegnet werden. So war die Privatisierung kommunaler Tätigkeiten auch vor 20 Jahren von erheblichen Widerständen begleitet, weshalb Versuche zur Privatisierung vielerorts nicht zu Ende geführt worden sind. Außerdem gab es parallel zur Privatisierung auch Kommunen, die ihre Tätigkeiten auszuweiten suchten. Daher sind die nun zu beobachtenden Tendenzen der Ausdehnung kommunaler Wirtschaftstätigkeit nicht zwingend als grundlegende Trendwende zu sehen.

1119. Die Monopolkommission geht vor diesem Hintergrund der Frage nach, welche ökonomischen Auswirkungen sich durch die kommunale Wirtschaftstätigkeit ergeben und inwiefern ordnungspolitischer Handlungsbedarf besteht.

1.1 Entwicklung kommunalen Unternehmertums

1120. Um sich der Frage zu nähern, inwiefern eine Ausdehnung kommunaler Wirtschaftstätigkeit auch empirisch zu beobachten ist, sollen zunächst einige Kenngrößen betrachtet werden. Dabei lässt sich ein deutlicher Anstieg der Anzahl der kommunalen Unternehmen erkennen: Während im Jahre 2000 noch 10.909 Unternehmen in kommunaler Hand waren, standen im Jahre 2011 bereits 13.447 Unternehmen unter kommunaler Kontrolle (vgl. Abbildung V.1). Dies entspricht einem Anstieg um 23,3 Prozent. Noch deutlicher ist die Entwicklung der Umsatzerlöse, die im Jahre 2011 bei etwa EUR 267 Mrd. lagen und damit mehr als doppelt so hoch waren wie noch im Jahre 2000 mit etwa EUR 131 Mrd. Inflationsbereinigt liegt diese Steigerung bei über 70 Prozent. Die Entwicklung dieser beiden Kennzahlen gibt bereits einen deutlichen Hinweis darauf, dass die wirtschaftlichen Aktivitäten der Kommunen in den letzten zehn bis fünfzehn Jahren forciert wurden.

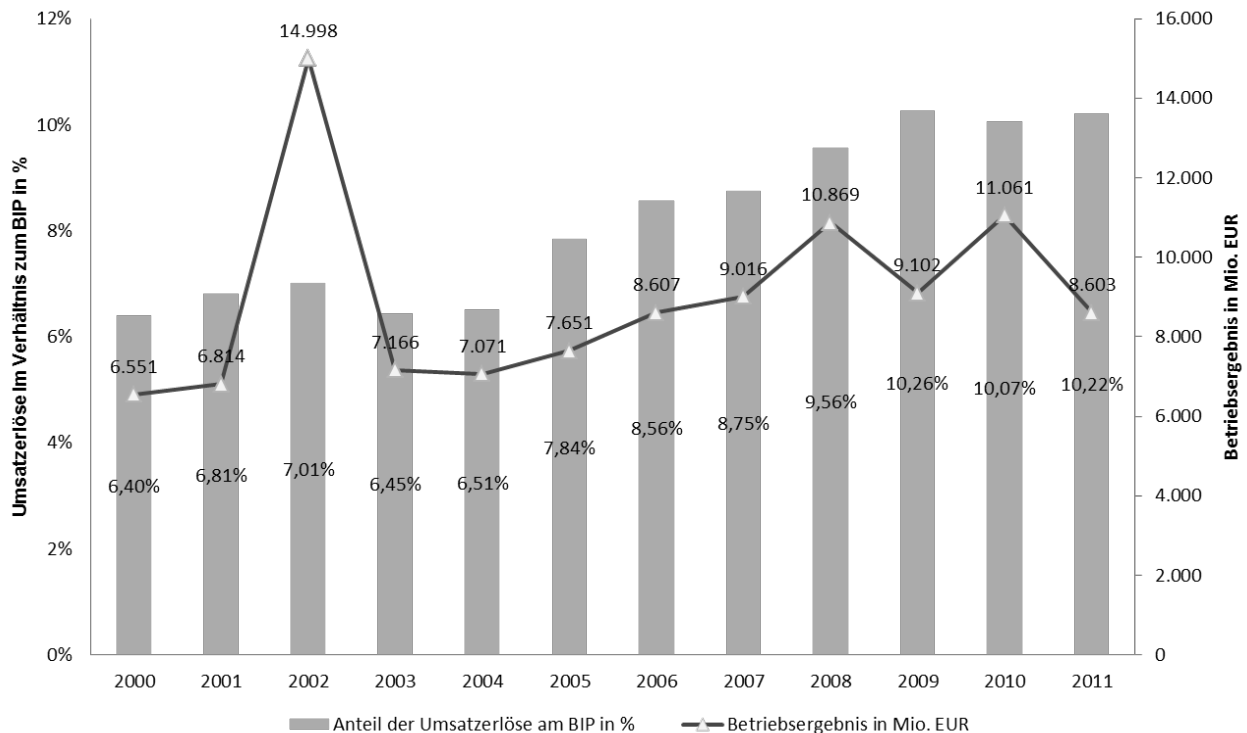
Abbildung V.1: Entwicklung der Anzahl und Umsatzerlöse kommunaler Unternehmen



Quelle: Eigene Berechnungen der Monopolkommission auf der Basis von Daten des Statistischen Bundesamtes

1121. Da die Aussagekraft absoluter Zahlen begrenzt ist, sind diese Zahlen in Relation zur gesamten volkswirtschaftlichen Wertschöpfung zu betrachten. Dabei ergibt sich ein vergleichbares Bild: Im Zeitraum 2000 bis 2011 stieg der Anteil der Umsatzerlöse kommunaler Unternehmen am nominalen Bruttoinlandsprodukt (BIP) von 6,4 Prozent auf 10,2 Prozent (vgl. Abbildung V.2). Dies entspricht einem Zuwachs um annähernd 60 Prozent. Diese Entwicklung verdeutlicht den stark wachsenden Umfang kommunaler Wirtschaftsaktivitäten. Beim wirtschaftlichen Erfolg der kommunalen Unternehmen scheint der positive Trend weniger stark ausgeprägt. So zeigt sich bei den aggregierten Betriebsergebnissen ein etwas volatilerer Verlauf. Gleichwohl liegt auch hier das Ergebnis aus dem Jahre 2011 um 31,3 Prozent über dem aus dem Jahre 2000. Von einer Verdoppelung, wie sie bei den Umsatzerlösen zu beobachten ist, ist diese Entwicklung jedoch weit entfernt.

Abbildung V.2: Betriebsergebnisse und Umsatzerlöse kommunaler Unternehmen im Verhältnis zum BIP



Quelle: Eigene Berechnungen der Monopolkommission auf der Basis von Daten des Statistischen Bundesamtes¹

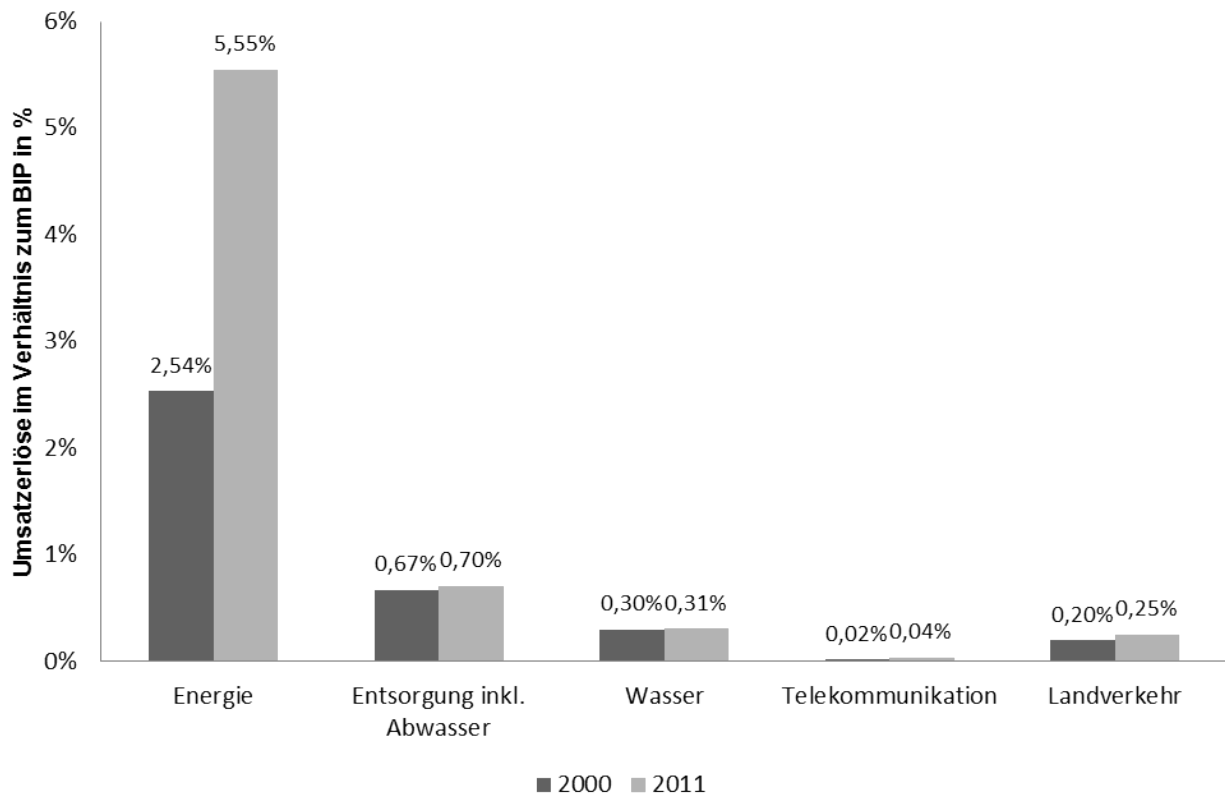
1122. Eine Betrachtung der konkreten kommunalen Wirtschaftstätigkeiten zeigt, dass Kommunen in nahezu allen Wirtschaftsbereichen aktiv sind. Neben den verbreiteten Wirtschaftsaktivitäten im Energiesektor, im öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV), in der Entsorgung, der Wasserversorgung oder im Telekommunikationssektor betätigen sich Kommunen in der Gastronomie, der Unterhaltung, der Wellness-Branche, der Schifffahrt, als Finanzdienstleister, Reiseveranstalter oder als Marktforscher.² Beispielsweise betreibt die Stadt Völklingen eine Zuchtanlage für Meeresfische, Essen einen Cateringservice, die Stadt Laufen (Salzach) einen städtischen Schlachthof, Duisburg ein kommunales Kino, die Stadt Bielefeld unterhält den deutschlandweit einzigen Tierpark, der 24 Stunden am Tag geöffnet hat, und die Stadt Dillingen/Saar bietet eine kommunale Schülerhilfe an. Und auch in solchen Wirtschaftsbereichen gibt es Beispiele für Rekommunalisierung. So haben die Stadtbetriebe der Stadt Siegburg zum Januar 2013 ein zuvor über eine Öffentlich-Private Partnerschaft betriebenes Freizeitbad vollständig zurück übernommen.

1123. Die Monopolkommission legt den Fokus der vorliegenden Untersuchung der Ausweitung kommunaler Wirtschaftstätigkeit auf die besonders wichtigen Bereiche kommunaler Wirtschaftstätigkeit. Dies sind die genannten Sektoren der Energie-, der Wasserversorgung, der Telekommunikation, des ÖPNV (als Teil des Landverkehrs) sowie der Entsorgung. Diesbezüglich zeigt sich, dass die kommunale Wirtschaftstätigkeit nicht über alle Bereiche hinweg in gleichem Maße wächst. Vielmehr ist der allgemeine Anstieg vor allem durch die erhöhte Betätigung in einigen wenigen Bereichen zu erklären (vgl. Abbildung V.3).

¹ Das sehr hohe aggregierte Betriebsergebnis in 2002 ergibt sich aus besonders hohen Zuweisungen und Zuschüssen der öffentlichen Hand sowie sonstigen betrieblichen Erträgen für den Wirtschaftszweig „Erbringung wirtschaftlicher Dienstleistungen“.

² Vgl. Deutsches Steuerzahlerinstitut des Bundes der Steuerzahler e.V.: DSi Sonderinformation "Staat vor Privat? - Risiken kommunaler Wirtschaftstätigkeit", April 2014.

Abbildung V.3: Umsatzerlöse kommunaler Unternehmen ausgewählter Branchen im Verhältnis zum BIP



Quelle: Eigene Berechnungen der Monopolkommission auf der Basis von Daten des Statistischen Bundesamtes

1124. Besonders der Energiesektor zeichnet sich durch einen massiven Zuwachs kommunaler Tätigkeiten aus. Hier sind die Umsatzerlöse im betrachteten Zeitraum von 2000 bis 2011 von EUR 51,9 Mrd. auf EUR 144,9 Mrd. und damit um 179 Prozent gestiegen. Auch der Anteil der Umsatzerlöse am nominalen BIP hat sich mehr als verdoppelt. Dieses eindrucksvolle Umsatzwachstum lässt sich auf verschiedene Entwicklungen zurückführen: Hohe Energiepreissteigerungen bei relativ stabilem Verbrauch haben für die Unternehmen zu höheren Umsätzen geführt. Dies verstärkte den Anreiz der Kommunen, ihre Aktivitäten im Energiesektor auszudehnen, was wiederum Umsatzsteigerungen verursachte.³

Außerdem ist die besondere Ausgangslage im Energiebereich zu beachten: Nach einer Welle von Privatisierungen in den 1990er Jahren laufen derzeit viele Verträge bzw. Konzessionen aus, sodass sich für Kommunen besonders viele Gelegenheiten ergeben, ehemals privatisierte Bereiche wieder in eigene Verantwortung zu überführen. Forciert werden diese Bestrebungen häufig durch Bürgerinitiativen, die sich für eine Dezentralisierung und Verstaatlichung der Energieversorgung einsetzen.

Ein bekanntes Beispiel hierfür ist die Hamburger Initiative „Unser Hamburg, unser Netz“. Die von den Initiatoren angestoßene Diskussion führte im Jahre 2012 zu einer 25,1-Prozent-Beteiligung der Stadt an den Netzgesellschaften für Strom, Gas und Fernwärme, die vorher zu 100 Prozent unter der Führung von Vattenfall bzw. E.ON Hanse standen. Da die Ziele der Bewegung damit jedoch nicht erreicht waren, fand im Herbst 2013 ein Volksentscheid statt, bei dem sich die Einwohner Hamburgs schließlich für die vollständige Rekommunalisierung der Netze entschieden. Infolgedessen einigte sich die Stadt im Januar 2014 mit Vattenfall über den Kauf der verbleibenden 74,9 Prozent Anteile an der Stromnetzgesellschaft sowie über

³ Vgl. Bardt, H./Fuest, W./Lichtblau, K., Kommunale Unternehmen auf Expansionskurs, IW-Trends 37(3), 2010, S. 8.

eine Rückkaufoption für die Fernwärmenetze im Jahr 2018.⁴ Die nun in kommunaler Hand befindliche „Stromnetz Hamburg GmbH“ hat sich um die aktuell neu zu vergebende Konzession für den Netzbetrieb beworben, eine Entscheidung wird jedoch nicht vor Ende 2014 erwartet. Eine Einigung mit E.ON Hanse über die Gasnetze steht noch aus. Der Konzessionsvertrag über das Gasnetz wird jedoch erst 2016 auslaufen.

Ähnliche Entwicklungen waren in Stuttgart zu beobachten. Auch hier formierte sich eine Bürgerinitiative, die eine Rekommunalisierung der im Jahre 2003 an EnBW – ein zum Teil in kommunaler Hand befindliches Unternehmen – übertragenen Energieversorgung forderte. Das geplante Bürgerbegehren wurde zwar für rechtlich unzulässig erklärt, dennoch unterstützte der Stadtrat die grundsätzliche Forderung nach einer Ausdehnung der kommunalen Aufgabenübernahme.⁵ So wurde 2012 ein Stadtwerk gegründet, das sich im März 2014 mit seiner Bewerbung um die Konzession für die Stromnetze durchsetzte, wenn auch nur in Kooperation mit der EnBW-Tochter Netze BW. Die Kooperationsvereinbarung sieht vor, dass sowohl eine gemeinsame Netzeigentümergesellschaft als auch eine Netzbetreiber-gesellschaft gegründet werden. Während die Stadtwerke bei der Netzeigentümergesellschaft mit 74,9 Prozent von Anfang an über eine Mehrheitsbeteiligung verfügen, ist bei der Netzbetreiber-gesellschaft zunächst Netze BW der Halter der Mehrheit. Erst nach fünf Jahren sollen die Stadtwerke auch hier 74,9 Prozent der Anteile besitzen.⁶ Diese Regelung ist auf Kritik durch die Initiatoren der Bürgerbewegung gestoßen, die eine sofortige und vollständige Übernahme des Netzbetriebes durch die Kommune gefordert hatten.

1125. Neben den geschilderten Entwicklungen in der Energiebranche ist ein verstärktes wirtschaftliches Engagement der Kommunen vor allem durch eine vermehrte kommunale Aufgabenübernahme im Entsorgungsbereich zu beobachten. Auch wenn der Anteil der Umsätze dieser Tätigkeiten am BIP im vorliegenden Zeitraum nur um 4,9 Prozent gestiegen ist, verzeichnen die absoluten Umsatzzahlen dennoch einen Anstieg um EUR 4,6 Mrd. oder 33,7 Prozent. Dem liegt ein leichter Trend zum „Insourcing“ vormals ausgelagerter Aufgaben zugrunde, wobei diese Entwicklung vornehmlich den Bereich „Sammeln und Transport“ von Abfällen und weniger die Verwertung betrifft.⁷ Zudem gab es in jüngster Vergangenheit im Bereich gewerblicher Sammlungen gerichtliche und gesetzliche Hürden für private Unternehmen (vgl. Abschnitt 5).

Eine Rückübertragung der Abfallerfassung führte im Jahre 2006 die Stadt Bergkamen in Nordrhein-Westfalen durch. Nachdem Müllsammmlung und -transport in Bergkamen in der Vergangenheit stets von privaten Unternehmen übernommen worden waren, entschied sich die Gemeinde aufgrund vermuteter Kosteneinsparungspotenziale gegen eine Vertragsverlängerung mit der Firma Remondis und für eine Überführung dieser erbrachten Dienste in die Verantwortung des neu gegründeten kommunalen „EBB – Entsorgungsbetrieb Bergkamen“. Tatsächlich konnten Kosteneinsparungen von 30 Prozent realisiert werden, die zumindest teilweise den Bürgern zugutekamen: Die Müllgebühren wurden um 12 Prozent gesenkt.⁸

4 Vgl. Stadt Hamburg, <http://www.hamburg.de/pressearchiv-fhh/4251684/2014-01-16-rueckkauf-netze.html>, Abruf am 17. Juni 2014. Der genaue Kaufpreis wird von unabhängigen Gutachtern festgelegt, die gemeinsam von der Hamburger Gesellschaft für Vermögens- und Beteiligungsmanagement (HGV) und Vattenfall beauftragt werden. HGV und Vattenfall haben sich auf einen vorläufigen Kaufpreis von EUR 550 Mio. für die Stromnetz Hamburg GmbH (bezogen auf 100 Prozent) verständigt, mindestens jedoch EUR 495 Mio. Für die Servicegesellschaften des Stromnetzgeschäfts wird nach gleichem Verfahren eine unabhängige Bewertung zur Kaufpreisbestimmung erfolgen. Für das Fernwärmegeschäft wurden abhängig vom Bau einer GuD-Anlage zwei alternative Mindestpreise (ebenfalls bezogen auf 100 Prozent) in Höhe von EUR 1.150 Mio. und EUR 950 Mio. vereinbart. Die endgültige Bestimmung des Kaufpreises erfolgt analog zum Verfahren für das Stromnetz durch einen unabhängigen Gutachter.

5 Vgl. Stuttgarter Zeitung, <http://www.stuttgarter-zeitung.de/inhalt.stadtwerke-votum-zum-buergerbegehren-page1.83a44f87-bd44-4cd4-ab50-19006a84fff7.html>, Abruf am 17. Juni 2014.

6 Vgl. Stadtwerke Stuttgart, <https://stadtwerke-stuttgart.de/aktuelles/news/2014/mar/21/stadtwerke-und-netze-bw-wollen-energie-wende-stuttgart/>, Abruf am 16. Juni 2014.

7 Vgl. VKS/Heinrich-Böll-Stiftung, In- und Outsourcing in der kommunalen Abfallwirtschaft, VKS-Information 75, 2010, S. 52 f.

8 Vgl. Schäfer, R., <http://www.roland-schaefer.de/muellabfuhr-stug-05-07.pdf>, Abruf am 17. Juni 2014.

1126. Die Umsätze kommunaler Unternehmen in den Bereichen der Wasserversorgung, Telekommunikation und Landverkehr bewegen sich sowohl im Verhältnis zum Gesamtumsatz aller kommunalen Unternehmen als auch im Verhältnis zum BIP auf einem niedrigen Niveau. Ihr Einfluss auf das Gesamtbild der kommunalen Wirtschaftstätigkeit ist deshalb begrenzt. Dennoch sind gerade in den Bereichen Telekommunikation und Verkehr beachtenswerte Zuwächse kommunaler Aktivitäten zu verzeichnen.

1127. Die Umsätze kommunaler Telekommunikationsbetriebe stiegen nicht inflationsbereinigt von EUR 328 Mio. im Jahr 2000 auf EUR 968 Mio. im Jahr 2011 und haben sich somit fast verdreifacht. Ihr Anteil am BIP stieg zeitgleich um rund 132 Prozent. Die Besonderheit der Telekommunikationsbranche besteht darin, dass hier kaum Rekommunalisierungen im Sinne der Rückübernahme zuvor privatisierter Leistungserbringung zu beobachten sind. Vielmehr findet eine regionale Ausdehnung der bisherigen Unternehmenstätigkeiten statt, insbesondere im Bereich des Ausbaus von Breitbandanschlüssen. So treibt die vom städtischen Energieversorger, Verkehrsbetrieb und Stadtparkasse gegründete Gesellschaft NetCologne seit 1994 erfolgreich die Ausweitung des Glasfasernetzes in der Region Köln, Bonn und Aachen voran und ist mittlerweile Marktführer im Bereich der DSL-Internetanschlüsse in Köln.⁹ Die Telekommunikationssparte des kommunalen Konzerns EWE AG (Energieversorgung Weser Ems) begann im Jahre 1996 mit dem Ausbau des Glasfaserkabelnetzes im Bereich Oldenburg. Nach sukzessiver Expansion ist das Unternehmen heute auch in Niedersachsen, Bremen und Teilen Brandenburgs und Nordrhein-Westfalens aktiv.¹⁰

1128. Im Verkehrssektor konnten kommunale Betriebe eine Umsatzsteigerung von EUR 4,1 Mrd. im Jahr 2000 auf EUR 6,6 Mrd. in 2011 und somit nicht inflationsbereinigt um 63,6 Prozent erzielen. Der Anteil am BIP erhöhte sich dabei um 28 Prozent. Der ÖPNV ist seit jeher durch eine kommunale Eigentümerstruktur geprägt. Einzelne vollständig privatisierte Verkehrsunternehmen finden sich meist im ländlichen Raum oder in Kleinstädten. Es ist daher wenig überraschend, dass es in dieser Branche kaum bedeutende, überregional beachtete Rekommunalisierungsprojekte gab. Jedoch zeigt sich am Beispiel der Stadt Kiel, dass Rekommunalisierung auch im ÖPNV eine Rolle spielt. So ist die Kieler Verkehrsgesellschaft 2010 wieder vollständig in kommunales Eigentum übergegangen.¹¹

1129. Im Bereich der Wasserversorgung ist auf Basis der Umsatzentwicklung bis 2011 kein eindeutiger Trend zur Rekommunalisierung erkennbar.¹² Es kam zwar im Zeitraum 2000 bis 2011 zu einer Erhöhung der Umsätze von EUR 6,2 Mrd. auf EUR 8 Mrd., also einer Steigerung um 29 Prozent, der Anteil der Umsätze am BIP blieb jedoch relativ konstant bei 0,3 Prozent. Dieses Ergebnis mag überraschen, gab es doch in den letzten Jahren in mehreren Großstädten überregional beachtete Rekommunalisierungsbestrebungen im Bereich der Wasserversorgung, die den Eindruck vermitteln könnten, Rekommunalisierung sei in diesem Sektor ein weitverbreitetes Phänomen. Zu den prominentesten Beispielen gehört hier sicherlich der in den Jahren 2012 und 2013 erfolgte Rückkauf der ehemals privatisierten Anteile an den Berliner Wasserbetrieben, dem ein öffentlichkeitswirksames Volksbegehren voranging, das die Offenlegung der Teilprivatisierungsverträge zum Ziel hatte.¹³ In Stuttgart ist die bisher von EnBW betriebene Wasserversorgung im Jahr 2014 in den Aufgabenbereich der „Kommunalen Wasserwerke Stuttgart“ übergegangen. Auch diesem Beschluss ging ein entsprechendes Bürgerbegehren voraus.¹⁴ Schließlich plant auch die Stadt Rostock, die seit nunmehr 20 Jahren laufende öffentlich-private Partnerschaft mit der Remondis-Tochter Eurawasser Nord GmbH zu beenden und die Wasserversorgung spätestens 2018 wieder in Eigenregie zu betreiben.¹⁵ Da diese Entwicklungen sehr aktuell sind oder sich sogar noch in der Planungsphase befinden, können sie sich natur-

⁹ Vgl. NetCologne, <http://www.netcologne.de/unternehmen/geschichte/>, Abruf am 16. Juni 2014.

¹⁰ Vgl. EWE, <http://www.ewe.com/de/konzern/unternehmen/geschichte.php>, Abruf am 17. Juni 2014.

¹¹ Libbe, J./Hanke, S./Verbücheln, M., Rekommunalisierung: eine Bestandsaufnahme, Difu-Paper, Berlin 2011, S. 11.

¹² Libbe, J./Hanke, S./Verbücheln, M., 2010, Rekommunalisierung: eine Bestandsaufnahme, a. a. O., S. 8.

¹³ Libbe, J./Hanke, S./Verbücheln, M., 2010, Rekommunalisierung: eine Bestandsaufnahme, a. a. O., S. 9.

¹⁴ Vgl. Stadt Stuttgart, <https://www.stuttgart.de/stadtwerke>, Abruf am 13. Juni 2014.

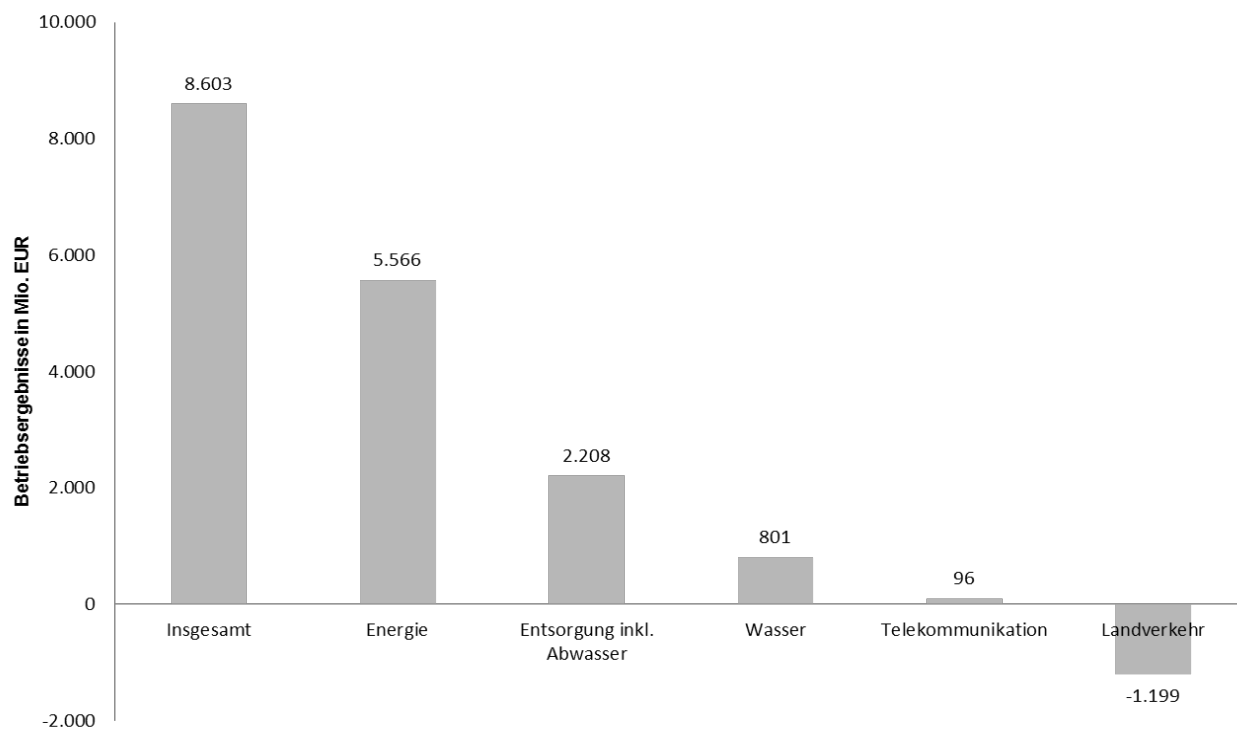
¹⁵ Vgl. Hansestadt Rostock, http://rathaus.rostock.de/sixcms/detail.php?id=41675&_sid1=rostock_01.c.261.de&_sid2=&_sid3=&_sid4=&_sid5=, Abruf am 13. Juni 2014.

gemäß in den vorliegenden Daten noch nicht widerspiegeln. Ob aktuellere Daten eine andere Schlussfolgerung bezüglich der Rekommunalisierungstendenzen zulassen werden, bleibt somit abzuwarten. Insgesamt ist jedoch festzuhalten, dass eine massive Rekommunalisierungswelle im Bereich der Wasserversorgung im Gegensatz zur Energiebranche schon deshalb nicht zu erwarten ist, da der Betrieb der Wasserversorgung seit jeher überwiegend in kommunaler Hand ist und keine nennenswerten flächenübergreifenden Privatisierungen stattgefunden haben.

1130. Größere Unterschiede zwischen den einzelnen Branchen finden sich auch beim wirtschaftlichen Erfolg. In den Bereichen Energie, Entsorgung und Wasserversorgung erzielten kommunale Unternehmen positive aggregierte Betriebsergebnisse, die zudem einem leichten Aufwärtstrend unterlagen (vgl. Abbildung V.4). Die durchschnittlichen Eigenkapitalrenditen verharrten in diesen drei Branchen weitgehend konstant auf einem positiven Niveau (vgl. Abbildung V.5). Während dagegen im Bereich Landverkehr nach wie vor hohe Verluste verbucht werden, weist die Telekommunikationsbranche eine beachtliche Entwicklung hinsichtlich ihrer Wirtschaftlichkeit auf. Bis zum Jahre 2002 waren die Betriebsergebnisse stets negativ. Nach einer bemerkenswerten Trendwende halten sich die Ergebnisse seit 2005 auf einem hohen positiven Niveau. Diese Entwicklung bestätigt sich durch die durchschnittlichen Eigenkapitalrenditen. Die Eigenkapitalrendite der Verkehrsbranche bleibt über den gesamten Zeitraum unverändert negativ. Bei der Telekommunikationsbranche hingegen zeigt sich die positive Entwicklung. Waren die durchschnittlichen Renditen bis zum Jahre 2002 noch deutlich negativ, erwirtschaften die Unternehmen dieser Branche seit 2004 durchschnittlich höhere Eigenkapitalrenditen als die aller anderen betrachteten Branchen. Aufgrund der aggregierten Betrachtung der Erfolgskennzahlen ohne Informationen zur Streuung ist hier allerdings die Aussagekraft zur Profitabilität im Einzelfall sehr begrenzt.

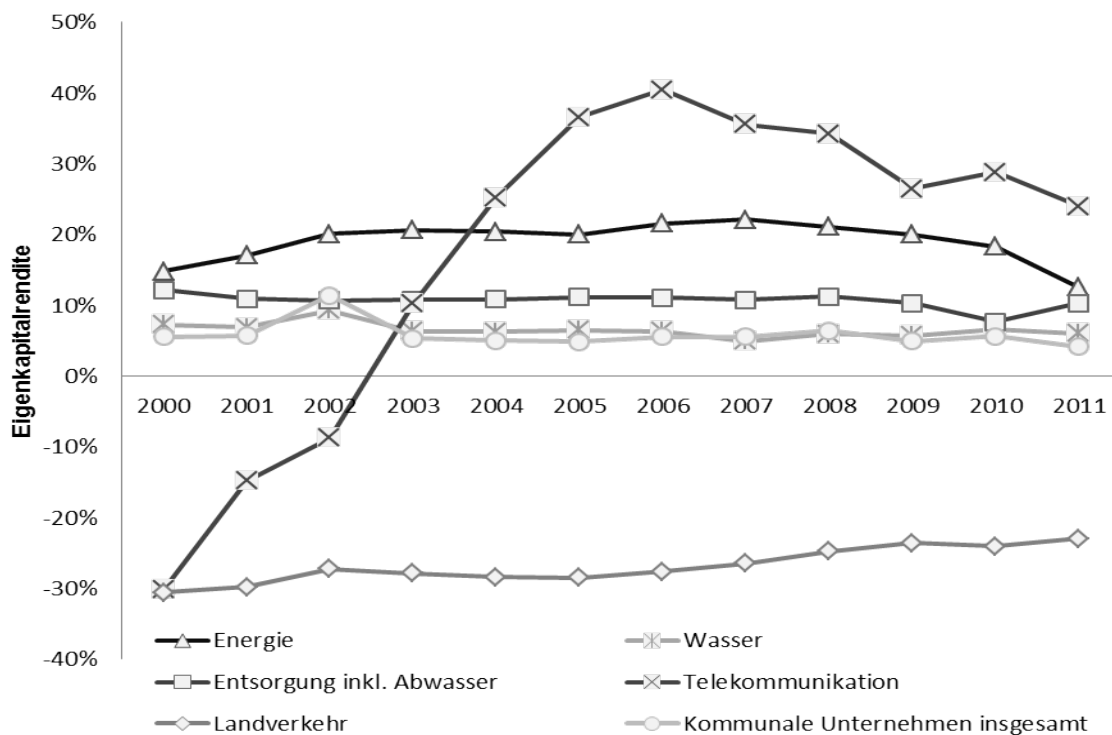
1131. Die massiven Branchenunterschiede hinsichtlich der Profitabilität begünstigen die Bestrebungen vieler Kommunen, durch eine gewinnbringende Betätigung insbesondere in den Bereichen Energie oder Entsorgung eine Quersubventionierung anderer verlustreicher Sektoren wie dem ÖPNV zu ermöglichen (vgl. Tz. 1134.).

Abbildung V.4: Betriebsergebnisse aller kommunalen Unternehmen im Jahr 2011



Quelle: Eigene Berechnungen der Monopolkommission auf der Basis von Daten des Statistischen Bundesamtes

Abbildung V.5: Entwicklung der durchschnittlichen Eigenkapitalrendite kommunaler Unternehmen



Quelle: Eigene Berechnungen der Monopolkommission auf der Basis von Daten des Statistischen Bundesamtes

1.2 Motive für die Ausdehnung kommunaler Wirtschaftstätigkeit

1132. Die Entwicklung kommunaler Wirtschaftstätigkeiten in den vergangenen zehn Jahren zeigt deutlich, dass die von den Entscheidungsträgern gewünschten Leistungsangebote zunehmend von Kommunen in Eigenerstellung erbracht werden. Im entsprechenden kommunalen Entscheidungsprozess bezüglich der Frage, wer eine bestimmte Leistung erbringen soll, spielt eine Vielzahl von Parametern eine Rolle. Neben den Rahmenbedingungen der Leistung wie Qualität und Preis sind meist eine Reihe von damit einhergehenden Effekten relevant. Dazu zählen vor allem Vorteile der Kommune für die Haushalts-, Finanz-, Industrie-, Sozial-, und Umweltpolitik.

1133. Da viele kommunale Wirtschaftsunternehmen in den letzten Jahren stark professionalisiert wurden und deutliche Effizienzsteigerungen aufweisen, ist das Vertrauen vieler Kommunen in ihre wirtschaftliche Kompetenz groß. Gleichzeitig hat sich nicht zuletzt aufgrund der Finanz- und Wirtschaftskrise ein Zweifel an der Leistungsfähigkeit der Märkte verbreitet. Ein wichtiges Ziel der Ausweitung der kommunalen Wirtschaftstätigkeit ist daher oft der Wunsch nach einer verbesserten Leistungserbringung. Diesem Ziel wird dadurch Nachdruck verliehen, dass kommunale Entscheidungsträger sich in einer Gewährleistungsverantwortung sehen und ihre Tätigkeit oft bereits hieraus allein begründen. Mit einer kommunalen Leistung wird daher oftmals der Gedanke verbunden, die Leistung den Bürgern zu einer höheren Qualität und/oder einem geringeren Preis bereitstellen zu können. Dies soll nach Auffassung der kommunalen Entscheidungsträger gewährleistet werden, indem die Effizienz verbessert und ein „bürgernäheres“ Angebot geschaffen wird. Dazu soll auch eine höhere Transparenz für die Bürger hergestellt werden. Zudem soll dadurch, dass die Gewinnerzielungsabsicht für kommunale verglichen mit privaten Unternehmen in den Hintergrund tritt, die Senkung der Gewinnmargen und damit der Preise erreicht werden.

Zusätzlich werden als Vorteile eines kommunalen gegenüber einem privaten Unternehmen auch rechtliche und insbesondere vergabe- und beihilferechtliche Rahmenbedingungen vorgebracht. So sei das für einen Ausschreibungswettbewerb notwendige effiziente Ausschreibungsmanagement gerade für kleine Kommunen eine große Herausforderung. Die Effizienz der privaten Leistungsbereitstellung könne daher nicht oder nur unter hohem Aufwand durch geeignete Ausschreibungen und Kontrollen sichergestellt werden. Zudem spielt bei der Frage nach der kommunalen Leistungsbereitstellung eine Rolle, dass davon ausgegangen wird, dass für Unternehmen in kommunaler Hand in rechtlicher Hinsicht größere Spielräume bestünden. So erfolgt bei öffentlich-rechtlichen Unternehmen, die für ihre Leistungen Benutzungsgebühren verlangen, eine andere Form der Entgeltaufsicht, sodass sich hier Spielräume zu Quersubventionierung öffnen.¹⁶

1134. Fürsprecher der Rekommunalisierung führen neben dem Ziel der Verbesserung der Leistung bei sinkenden Preisen – und in gewissem Widerspruch dazu – als wichtiges Ziel meist an, aus den kommunalen Betrieben auf Dauer einen Betrag zum Kommunalhaushalt leisten zu können.¹⁷ Dieses Ziel ist in den letzten Jahren auch aufgrund der problematischen Kommunalfinanzen in den Vordergrund gerückt. Die Bereiche, in denen kommunale Wirtschaftstätigkeiten ausgedehnt werden, zeichnen sich größtenteils dadurch aus, dass

¹⁶ Vgl. Abschnitt 3.2 in diesem Kapitel.

¹⁷ Vgl. VKU, Kommunalwirtschaft auf den Punkt gebracht, Grundsatzpapier, 2012, S. 10: „Kommunale Unternehmen sichern zugleich gesellschaftspolitische Handlungsspielräume der Städte und Gemeinden. Die in den wettbewerblich organisierten Bereichen wie der Energieversorgung erwirtschafteten Gewinne fließen zurück an die Kommune und entlasten damit die Städte und Gemeinden, die auch andere wichtige Infrastrukturen und Leistungen attraktiv und preiswürdig anbieten wollen, bspw. den flächendeckenden Betrieb von öffentlichem Personennahverkehr oder öffentliche Bäder. In der Entsorgungswirtschaft werden Überschüsse zudem zur Stabilisierung der Gebühren eingesetzt – das kommt den Bürgern direkt zugute. Überdies engagieren sich kommunale Unternehmen für die Bürgergesellschaft, indem sie vielfältige Projekte in Sport, Kultur, Bildung, im sozialen Bereich und Umweltschutz unterstützen.“

Gewinne erzielt werden können. Mit der Rekommunalisierung sollen für die Kommunen höhere Einnahmen als im Fall der privaten Leistungsbereitstellung generiert werden. Die Gewinne der kommunalen Unternehmen werden teilweise an den allgemeinen Haushalt abgeführt, oft dagegen unmittelbar zur Quersubventionierung anderer – defizitärer – Bereiche eingesetzt, bspw. zur Finanzierung des ÖPNV, städtischer Grünanlagen oder öffentlicher Bäder.

Neben den Möglichkeiten für kommunale Unternehmen, durch Einnahmeerhöhungen, Effizienzsteigerungen oder geringerem Gewinneinbehalt gegenüber privaten Unternehmen kommunale Erträge zu steigern, ergeben sich für kommunale Wirtschaftsunternehmen auch erhebliche steuerliche Vorteile. Zum einen können kommunale Unternehmen, wenn sie überwiegend der Ausübung öffentlicher Gewalt dienen, als Hoheitsbetriebe von der Körperschafts- und Umsatzsteuer befreit werden. Anstalten des öffentlichen Rechts wird zudem eine Befreiung von der Grunderwerbssteuer gewährt. Zum anderen haben Stadtwerke begrenzt die Möglichkeit, durch einen Querverbund beständige Verluste defizitärer Bereiche mit Gewinnen profitabler Bereiche zu verrechnen und so einen steuerwirksamen Ausgleich von Gewinnen und Verlusten zu realisieren.¹⁸ Die aufgrund dieser Steuervorteile möglichen Verbesserungen der Nachsteuerergebnisse für kommunale gegenüber privaten Unternehmen sind somit nicht das Ergebnis von gesamtwirtschaftlichen Effizienzsteigerungen und gehen nicht mit Wohlfahrtssteigerungen einher. Zudem wird der Wettbewerb zwischen öffentlichen und privaten Wirtschaftsunternehmen durch das Steuerrecht verzerrt.

Zusätzlich zur Gewinnabführung wird auch das Ziel der Steigerung kommunaler Erträge aus der Gewerbe- und Einkommensteuer vorgebracht. Dies kann durch die Kommune dann erreicht werden, wenn die Wertschöpfung in der Region gesteigert wird, Unternehmen also einen möglichst großen Teil der für die Erbringung der entsprechenden Leistung notwendigen Tätigkeiten in der Region durchführen. Dieses Ziel wird in jüngster Zeit zunehmend im Bereich der Energieerzeugung formuliert. Hier wird davon ausgegangen, dass mithilfe kommunaler Unternehmen eine dezentrale Energieerzeugung besser zu erreichen ist. Einsparungen für den Kommunalhaushalt können sich gegebenenfalls auch durch den Wegfall eines mit der Beauftragung von privaten Unternehmen notwendigen Ausschreibungsmanagements ergeben.

Zusammenfassend ist fiskalisches Interesse ein zentrales Motiv für die unternehmerischen Tätigkeiten von Kommunen.

1135. Für die wirtschaftliche Tätigkeit von Kommunen wird als weiteres und meist in den Vordergrund gestelltes Argument der gewünschte politische Einfluss auf die Geschäftspolitik der Stadtwerke im Sinne der Verfolgung kommunalpolitischer Ziele genannt.¹⁹ Die Durchsetzung kommunaler Interessen durch entsprechende Wirtschaftstätigkeit bedeutet dabei, dass neben der Qualität der Erbringung der eigentlichen Leistung weitere Zusatznutzen durch diese Tätigkeit eine Rolle spielen. Insofern werden insbesondere Einflussmöglichkeiten in der Lohn- und Beschäftigungspolitik herausgestellt. So wird vorgebracht, dass kommunale Unternehmen zur Schaffung sicherer Arbeitsplätze und zusätzlicher Ausbildungsplätze beitragen könnten. Mit der zusätzlichen Zielsetzung der Steigerung der lokalen Wertschöpfung würden auch Arbeits-

¹⁸ § 4 Abs. 4 und § 8 Abs. 9 KStG.

¹⁹ Vgl. VKU, Kommunalwirtschaft auf den Punkt gebracht, a. a. O., S. 8: „Die kommunalen Unternehmen tragen zugleich in vielerlei Form zur regionalen Wertschöpfung bei: Sie gehören zu den wichtigsten Arbeitgebern und Ausbildern in der Region. Sie führen Konzessionsabgaben, Steuern und Gewinnanteile an die Kommune ab. Sie investieren vor Ort, beziehen Leistungen von anderen ortsansässigen Unternehmen und vergeben zu einem großen Teil die Aufträge an die heimische Wirtschaft.“ und weiter (S. 10) „Die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen ist besonders bürgernah und dabei eng mit der jeweiligen Region verbunden.“ Zum Zweck der Verfolgung dieser Ziele wird zudem oft von einer besseren Steuerungsfähigkeit kommunaler Unternehmen gesprochen und dem Wunsch, Gestaltungsmacht zurückzugewinnen. Teilweise wird die Stärkung der strategischen Position der Kommune als eigenständiges Motiv formuliert.

plätze in die Region verlegt. Zudem könnten diese Beschäftigungsverhältnisse relativ gut entlohnt werden, sodass einem möglichen Lohndumping entgegengewirkt werden könne. Oft sollen so durch beschäftigungs-politische Maßnahmen auf kommunaler Ebene sozialpolitische Ziele verfolgt werden.

Vor allem im Energiesektor wird die zunehmende unternehmerische Tätigkeit von Kommunen häufig mit der Verfolgung von kommunalpolitischen Zielen begründet. Ein großer Teil der Bevölkerung befürwortet die stärkere Nutzung erneuerbarer Energiequellen und die Steigerung der Energieeffizienz im Rahmen der Energiewende. Kommunen vertreten die Auffassung, dass diese Zielsetzung durch kommunale Stadtwerke als Energieerzeuger und Verteilnetzbetreiber besser verfolgt werden könne, als wenn private Unternehmen in diesen Bereichen tätig sind. Auch wird die dezentrale Energieerzeugung in diesem Zusammenhang teilweise als eigenständiges Ziel formuliert.

1136. Im Ergebnis lassen sich drei zentrale Motive für die Ausdehnung kommunaler Wirtschaftstätigkeit beobachten:

- Verbesserung der Leistungserstellung,
- fiskalische Interessen,
- Verfolgung kommunalpolitischer Ziele.

Die Monopolkommission nimmt im Abschnitt 2.2 eine ökonomische Bewertung dieser Zielsetzung als Begründung für die Ausweitung der Wirtschaftsaktivitäten der Kommunen vor.

2 Rahmenbedingungen der kommunalen Tätigkeit

2.1 Rechtliche Grundlagen der wirtschaftlichen Tätigkeit von Kommunen

1137. Die Tätigkeit von Kommunen bei der Gründung, Führung und Rekommunalisierung wirtschaftlich tätiger Unternehmen unterliegt verschiedenen Gesetzen, die Grenzen für das kommunale Handeln normieren. Mit der Schaffung dieser rechtlichen Schranken soll insbesondere ordnungs- und wettbewerbspolitischen Motiven Rechnung getragen werden. Nachfolgend soll ein kurzer Überblick über die wichtigsten Regelungen zur kommunalen Tätigkeit gegeben werden. Dazu werden zunächst Regelungen angesprochen, die den Tätigkeitsbereich der Kommune grundsätzlich begrenzen. In einem zweiten Abschnitt werden die Rechtsbereiche angesprochen, die regeln, wie das Handeln der Kommunen mit wettbewerblichen Grundsätzen vereinbar ist.

2.1.1 Grundlegende Beschränkungen des kommunalen Tätigkeitsfeldes

1138. Für eine unternehmerische Betätigung von Kommunen ergeben sich Grenzen aus der Reichweite des kommunalen Selbstverwaltungsrechts. Grundlage der Selbstverwaltung kommunaler Gebietskörperschaften ist Artikel 28 Absatz 2 des Grundgesetzes. Dort wird das Recht der Gemeinden gewährleistet, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Wie umfassend die sich daraus ergebende Selbstverwaltungsgarantie für Gemeinden ist, ist Gegenstand einer umfangreichen rechtswissenschaftlichen Diskussion. Zwar kann das Selbstverwaltungsrecht nach dem Wortlaut der Verfassung durch Gesetze eingeschränkt werden. Auf der anderen Seite lässt sich je nach Rechtsauffassung ein mehr oder weniger flexibler, unantastbarer Kernbereich an Aufgaben ableiten, der nicht weiter eingeschränkt werden darf.²⁰

²⁰ Vgl. etwa Mehde in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 67. Lfg, München 2012, Art. 28 Abs. 2 Rn. 38 ff.

1139. Die Diskussion um einen besonders geschützten Kernaufgabenbereich steht zudem in enger Verbindung zum Begriff der kommunalen Daseinsvorsorge, der neben der rechtlichen vor allem die politische Diskussion bis heute sehr stark prägt. Tatsächlich ist die Verwendung des Begriffs der Daseinsvorsorge keineswegs einheitlich. Zwar werden der Daseinsvorsorge gemeinhin verschiedene kommunale Tätigkeiten wie z. B. der öffentliche Verkehr, Gas-, Wasser- und Elektrizitätsversorgung, Müllabfuhr, Abwasserbeseitigung und Krankenhäuser zugerechnet, die typischerweise durch die öffentliche Hand erbracht wurden. Allerdings verbirgt sich hinter der Daseinsvorsorge kein operationalisierbares Merkmal, das eine abstrakte Abgrenzung kommunaler Aufgaben ermöglichen würde.

1140. Der Begriff lässt sich vor allem aus seiner Entstehungsgeschichte einordnen. Er basiert auf einer Idee von Ernst Forsthoff aus dem Jahre 1938, wonach veränderte Umweltbedingungen und Industrialisierung zu einer Wegnahme des öffentlichen Lebensraumes führen, sodass der Mensch nicht mehr selbst – durch Bewirtschaftung dieses Raumes – für eine Absicherung seines Daseins sorgen könne.²¹ Demzufolge müsse der Staat als Leistungsträger diese Lebensgüter bereitstellen. Eine objektive Herleitung von bestimmten Lebensgütern, für die heute der Staat vorsorgen sollte, ist nach diesem Ansatz jedoch kaum möglich. Ein Kernaufgabenbereich des heutigen Gemeinwesens ist auf seiner Basis daher nicht konsistent herzuleiten. Vielfach wird der Begriff daher auch so verstanden, dass es lediglich um Güter geht, deren Bereitstellung gerade politisch erwünscht ist.²² Diese unscharfe Definition erschwert jedoch eine konsistente Verwendung des Begriffs der Daseinsvorsorge als Rechtsbegriff.

2.1.2 Erfordernis eines öffentlichen Zwecks und länderspezifische Regelungen der Kommunalverfassung

1141. Obwohl der Begriff der Daseinsvorsorge im Verwaltungsrecht immer noch vielfach Verwendung findet, wird er heute oftmals durch die Anknüpfung der kommunalen Aufgaben an einen „öffentlichen Zweck“ ersetzt. Eine Abgrenzung zwischen öffentlichem Zweck und Daseinsvorsorge ist aufgrund der unscharfen Konzeption beider Begriffe nicht möglich, die teils synonym, teils komplementär verwendet werden.²³

Die Voraussetzung der Verfolgung eines öffentlichen Zwecks geht mit einer Prüfung der Erforderlichkeit der Zweckverfolgung einher. Die Erforderlichkeit der wirtschaftlichen Betätigung auf Grundlage eines öffentlichen Zwecks ist nach Auffassung der Monopolkommission das zentrale rechtliche Abgrenzungskriterium für die unternehmerische Aktivität der Kommunen. Dies schlägt sich auch in den existierenden Kommunalverfassungen (bzw. Gemeindeordnungen) nieder, in denen stets eine Bindung der kommunalen Tätigkeit an einen öffentlichen Zweck (zum Teil zusätzlich unter Erwähnung der Daseinsvorsorge) vorgesehen ist.

1142. Neben dem öffentlichen Zweck enthalten die Gemeindeordnungen bundeslandspezifisch sehr unterschiedliche Regelungen, welche die unternehmerische Tätigkeit der Kommunen beschränken können. Einen Überblick über die wesentlichen Unterschiede gibt Tabelle V.1. Einige Gemeindeordnungen sehen Gebietsbegrenzungen der Tätigkeit öffentlicher Unternehmen auf das Gemeindegebiet vor. Des Weiteren wird mitunter der Schutz der örtlich ansässigen Unternehmen (vor allem Mittelstand und Handwerk) betont und

21 Vgl. Forsthoff, E., Die Verwaltung als Leistungsträger, Stuttgart 1938.

22 So erfasst die Daseinsvorsorge nach tradierter Definition „[a]lles, was von Seiten der Verwaltung geschieht, um die Allgemeinheit oder nach objektiven Merkmalen bestimmte Personenkreise in den Genuss nützlicher Leistungen zu versetzen“, Forsthoff, E., Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 10. Aufl., München 1973, S. 373. Enger demgegenüber die Definition des Bundesverfassungsgerichts, vgl. etwa BVerfG, Urteil vom 20. März 1984, 1 BvL 28/82 – Enteignung für Hochspannungsleitung, BVerfGE 66, 248, 258: „eine Leistung, deren der Bürger zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz unumgänglich bedarf“. Vgl. insgesamt etwa den Überblick bei Pielow, J., Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, Tübingen 2001, S. 392 ff.

23 Die teilweise enorm unscharfe Auslegung der Begriffe kann zu enormen Spannweiten führen. Beispielsweise wird in Burgi, M., Kommunalrecht, 4. Aufl., München 2012, S. 261 dem „Verkauf von Backwaren“, als Form der Versorgung der Bevölkerung, ein klarer öffentlicher Zweck zugestanden.

deren Einbeziehung bei der Entscheidung gefordert, ob eine Aufgabe von der Kommune selbst übernommen werden sollte oder nicht. Eine ganz zentrale Differenzierung in diesem Zusammenhang ergibt sich zudem aus der genauen Ausprägung des Subsidiaritätsprinzips, durch das die Nach- bzw. Gleichrangigkeit der Aufgabenerbringung durch die Gemeinde geregelt wird. Es kann hier zwischen dem weiten und dem engen Subsidiaritätsprinzip unterschieden werden. Danach ist ein Tätigwerden kommunaler Unternehmen ausgeschlossen, wenn andere (private) Unternehmen die relevanten Leistungen ebenso wirtschaftlich (enges, strenges, striktes oder echtes Subsidiaritätsprinzip) oder wirtschaftlicher (weites, einfaches oder unechtes Subsidiaritätsprinzip) erbringen können. In einigen Gemeindeordnungen werden Tätigkeiten der Daseinsvorsorge vom Subsidiaritätsprinzip ausgenommen und zum Teil auch sachlich konkretisiert. Unklar bleibt indes häufig, ob das jeweilige Gesetz den Schutz von Dritten (private Unternehmen) zum Ziel hat bzw. ob diese daraus subjektive Abwehrrechte ableiten können. Einige wenige Gemeindeordnungen weisen direkt auf den Schutz Dritter durch das Gesetz hin, in Brandenburg wird dieser wiederum ausgeschlossen.

1143. Viele der Detailregelungen, die die Gemeindeordnungen für die Tätigkeit kommunaler Unternehmen vorsehen, sind zudem nur schwer zu interpretieren und können nur bedingt Hilfestellungen dafür geben, inwieweit die unternehmerische Tätigkeit der Kommunen tatsächlich beschränkt wird. Ein Vorrang von Daseinsvorsorgeleistungen zum Subsidiaritätsprinzip ist z. B. schwierig zu interpretieren, wenn – wie zuvor erläutert – bereits eine Differenzierung zwischen Daseinsvorsorge und öffentlichem Zweck nicht konzeptionell hergeleitet werden kann und das Erfordernis eines öffentlichen Zwecks eine Grundvoraussetzung der kommunalen Tätigkeit in allen Gemeindeordnungen darstellt. Die Schwierigkeit einer Interpretation der Regelungen der Gemeindeordnung hat sich auch in einer diffusen und uneinheitlichen Rechtsprechung niedergeschlagen. Bezeichnend ist hier eine Entscheidung des OVG NRW aus dem Jahre 2003, in der das Gericht Zweifel ausdrückte, ob eine Leistung, die besser oder wirtschaftlicher durch andere Unternehmen erfüllt werden kann, überhaupt einen öffentlichen Zweck erfüllen kann. Insofern stehe infrage, ob die Subsidiaritätsklausel überhaupt eine substanzielle weitere Beschränkung neben dem öffentlichen Zweck darstelle.²⁴ Ähnliche Interpretationsschwierigkeiten bestehen auch für weitere Regelungen des Kommunalverfassungsrechts. Im Gegensatz zur tatsächlichen Wirkung der einzelnen Regelungen erscheint durch die jeweils gewählte Formulierung vor allem ein ideologischer Zusammenhang zu den Mehrheiten der die jeweilige Gemeindeordnung verantwortenden Länderparlamente deutlich, die möglicherweise deren politische Grundhaltung zu einer staatlichen Tätigkeit auf Märkten zum Ausdruck bringt.

24 Oberverwaltungsgericht NRW, Beschluss vom 13. August 2003, 15 B 1137/03, NVwZ 2003, 1520, Rn. 23.

Tabelle V.1: Regelungen der Gemeindeordnungen zu kommunalen unternehmerischen Tätigkeiten

Bundesland	Verortung des Gesetzes	Regierung	Subsidiaritätsprinzip	Erwähnung der Daseinsvorsorge	Möglichkeit, sich außerhalb des Gemeindegebiets zu betätigen	Schutz/Miteinbeziehung ansässiger Privatunternehmen	Expliziter Schutz von Dritten / Klagerecht für Privatunternehmen	Besonderheiten
Baden-Württemberg	§§ 102-108 Gemo	Grüne/SPD	eng	x	x	x	-	-
Bayern	Art. 86-99 GO	CSU	eng	x	x	x	-	-
Berlin	§ 65 LHC	SPD/CDU	weit	-	-	-	-	Stadtstaat
Brandenburg	§§ 91-100 BbgKVerf	SPD/Linke	weit	-	nur im Energiebereich	-	ausgeschlossen	Umgehung der Subsidiaritätsklausel bei "öffentlichem Interesse"
Bremen	§ 65 LHC	SPD/Grüne	weit	-	-	-	-	Stadtstaat
Hamburg	§ 65 LHC	SPD	weit	-	-	-	-	Stadtstaat
Hessen	§§ 121-127 HGO	CDU/Grüne	eng	-	nicht im Energiebereich	x	x	Regelmäßige Prüfung einer möglichen Privatisierung; besondere Voraussetzungen für kommunale Tätigkeit im Energiesektor
Mecklenburg-Vorpommern	§§ 68-77 KV M-V	SPD/CDU	weit	-	x	x	-	-
Niedersachsen	§§ 136-152 NkomVG	SPD/Grüne	eng	explizit Energie, Wasser, ÖPNV, Telekommunikation	-	-	x	-
Nordrhein-Westfalen	§§ 107-118 GC NRW	SPD/Grüne	weit	explizit Wasser, ÖPNV, Telekommunikation	x	x	-	-
Rheinland-Pfalz	§§ 85-92 Gemo	SPD/Grüne	eng	explizit Energie, Wasser, Breitbandtelekommunikation, ÖPNV	x	-	-	Energie immer als öffentlicher Zweck definiert, aber keine Beteiligung an der Nutzung fossiler Brennstoffe möglich
Saarland	§§ 108-118 KSVG	CDU/SPD	eng	-	x	x	-	Regelmäßige Prüfung einer möglichen Privatisierung
Sachsen	§§ 94a-102 SachsGemo	CDU/FDP	weit	-	-	x	-	-
Sachsen-Anhalt	§§ 116-124 GO LSA	CDU/SPD	weit	-	x	-	-	Energie, Wasser, Entsorgung und ÖPNV explizit als öffentlicher Zweck definiert
Schleswig-Holstein	§§ 101-109 GO	SPD/Grüne/SSW	weit	-	x	-	-	Gemeinde kann sich generell Dritten zur Erfüllung ihrer Aufgaben bedienen
Thüringen	§§ 71-77 ThürKO	CDU/SPD	eng	x	x	x	-	-
x im Gesetzestext geregelt - keine Erwähnung im Gesetzestext								

Quelle: Eigene Darstellung

1144. Ohne eine weitere Interpretation der Detailregelungen aus den Kommunalverfassungen vornehmen zu wollen, liegt nach Auffassung der Monopolkommission die zentrale Bedeutung für die Begrenzung kommunaler Tätigkeit in der Erforderlichkeit dieser Betätigung auf Grundlage eines öffentlichen Zwecks. Die Bestimmung und Subsumtion des öffentlichen Zwecks und die Prüfung der Verhältnismäßigkeit eines daraus abgeleiteten Tätigwerdens der Kommune bieten jedoch einen breiten Beurteilungsspielraum. Eine konsistente Auslegung bedarf hierbei einer konzeptionellen Unterfütterung des Rechtsbegriffs. Hierzu bieten sich vor allem ökonomische Ansätze zur Erklärung eines wohlfahrtssteigernden Verhaltens der Kommune an. Danach bestimmt den öffentlichen Zweck, dass die unternehmerische Tätigkeit der Kommune aufgrund von Marktversagen erforderlich ist. Praktische ökonomische Abwägungsmerkmale für das kommunale Handeln sind dazu in Abschnitt 2.2 dargelegt. Ein solches wohlfahrtsökonomisches Verständnis des Erfordernisses eines öffentlichen Zwecks erscheint der Monopolkommission zudem mit den Zielen der Sozialen Marktwirtschaft und damit der verfassungsmäßigen Wirtschaftsordnung vereinbar. Es ist vor allem auf europäischer Ebene bereits anerkannt und wird von der Monopolkommission auch bei der Prüfung einzelner Märkte und Sektoren vertreten.²⁵

2.1.3 Wettbewerbsrechtliche Schranken kommunaler unternehmerischer Tätigkeit

1145. Für die Gründung kommunaler Unternehmen und auch deren Spezialfall der Rekommunalisierung von Aufgaben besteht eine Reihe typischer Situationen, in denen wettbewerbsrechtliche Grenzen des kommunalen Handelns zu prüfen sind. Während für die Anwendbarkeit der allgemeinen Wettbewerbsnormen nur wenige Unterschiede zwischen der öffentlichen oder privaten unternehmerischen Tätigkeit bestehen, sind vor allem das deutsche bzw. europäische Vergaberecht und das europäische Beihilferecht zwei Rechtsgebiete, welche speziell die öffentliche Hand betreffen.

2.1.3.1 Anwendung des Kartellrechtes und die Frage der Preishöhenkontrolle

1146. Zunächst ist festzustellen, dass die Regelungen des deutschen Kartellrechts zu wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen, Missbrauch von Marktmacht und Fusionskontrolle gemäß § 130 Abs. 1 S. 1 GWB in gleicher Form für öffentliche wie für private Unternehmen gelten. Eine wichtige Ausnahme stellt lediglich die mit der 8. GWB Novelle 2013 eingeführte Neuregelung des § 130 Abs. 1 S. 2 GWB dar, nach der eine Missbrauchsaufsicht für öffentlich-rechtliche Gebühren und Beiträge ausgeschlossen ist. Das Unionskartellrecht gilt ebenso für alle wirtschaftlich tätigen Unternehmen, unabhängig von deren Rechtsform und Eigentümerstruktur,²⁶ setzt jedoch für seine Anwendbarkeit eine (potenzielle) Beeinträchtigung des grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs voraus.²⁷ Soweit dieses Kriterium etwa angesichts bedeutender Versorgungsgebiete, grenzüberschreitenden Ausschreibungswettbewerbs oder grenzüberschreitender Dienstleistungen bzw. Lieferungen im betroffenen Bereich erfüllt ist, unterliegt gemeindliches Handeln den Art. 101 ff. AEUV.

1147. Die Neuregelung des § 130 Abs. 1 S. 2 GWB ist eine Folge der Diskussion um die Voraussetzungen der Unternehmenseigenschaft einer kommunalen Tätigkeit. Diese Frage entzündete sich in der Vergangenheit vor allem im Falle der Kontrolle von Entgelten. Grundsätzlich können kommunale Unternehmen ihre Entgelte nur bedingt frei wählen. Gerade dann, wenn die Kommune Entgelte in einem Bereich erhebt, in dem sie nicht oder kaum in Konkurrenz zu anderen Anbietern steht – wenn also eine marktmächtige oder marktbeherrschende Stellung der kommunalen Tätigkeit vorliegt, besteht die Gefahr, dass der Bürger mit über-

²⁵ Vgl. z. B. zum öffentlichen Auftrag staatlicher Banken, Kapitel VI, Abschnitt 4.2, Tz. 1786. ff.

²⁶ Vgl. etwa EU-Kommission, Mitteilung über die Anwendung der Beihilfevorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsdienstleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, ABl. EU 2012 C 8, S. 4 vom 11. Januar 2012, Tz. 8 ff. mit umfangreichen weiteren Nachweisen.

²⁷ Vgl. etwa EU-Kommission, Mitteilung über die Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags, ABl. EG 2004 C 101, S. 81 vom 27. April 2004, Tz. 81-96.

höhten Entgelten belastet wird. Daher unterliegen kommunale Unternehmen einer Aufsicht über ihre Entgelte. Die Art der Aufsicht ist jedoch davon abhängig, ob es sich um eine unternehmerische oder hoheitliche Tätigkeit der Kommunen handelt. Im Falle einer hoheitlichen Tätigkeit ist allein die zuständige Kommunalaufsicht für die Kontrolle der Entgelthöhe verantwortlich. Bei einer unternehmerischen Tätigkeit im Sinne des GWB kann jedoch die Missbrauchsaufsicht gemäß § 19 GWB bzw. im Energiesektor die spezielle Missbrauchsaufsicht gemäß § 29 GWB einsetzen. Während die Abgrenzung zwischen unternehmerischer und hoheitlicher Tätigkeit lange strittig war, wird unter diesen beiden Möglichkeiten die wettbewerbsrechtliche Missbrauchsaufsicht jedenfalls faktisch als erheblich wirksamer eingeschätzt, insbesondere weil mit ihr eine Effizienzkontrolle erfolgt.

1148. Zuletzt hatte dabei insbesondere der Fall der Berliner Wasserbetriebe für Aufmerksamkeit gesorgt. Das Bundeskartellamt hatte die Höhe der Wassergebühren der Gesellschaft mit denen anderer Großstädte verglichen und eine Preissenkungsverfügung erlassen.²⁸ Bei diesem und weiteren Fällen wurde im Rahmen der Abgrenzung der Unternehmenseigenschaft insbesondere die Form der verlangten Entgelte problematisiert. Entgelte kommunaler Unternehmen können grundsätzlich als Preise oder Gebühren ausgestaltet sein. Während privatrechtlich organisierte Unternehmen stets Preise nehmen und damit grundsätzlich immer der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht unterworfen sind, ist dies vor allem bei öffentlich-rechtlichen Unternehmen umstritten, die nach Wahl Preise oder Gebühren nehmen können. Verbreitet war die Meinung, dass bei der Prüfung von Entgelten, die hoheitlich determiniert werden, allein das Gebührenrecht anwendbar sei und damit die Anwendung des Kartellrechts verdrängen könne. Hoheitlich determinierte Entgelte stellen insbesondere Gebühren dar, zum Teil können unter Umständen aber auch Preise betroffen sein, wenn diese (mindestens teilweise) durch Hoheitsakte festgelegt wurden.

1149. Die im Rahmen der 8. GWB-Novelle vor allem auf Druck einiger Bundesländer erfolgte Neuregelung des § 130 Abs. 1 S. 2 GWB versucht hier bei öffentlich-rechtlichen Gebühren und Beiträgen Klarheit zu schaffen, verhindert damit aber de facto eine Anwendung des deutschen Kartellrechts. Damit wird der Handlungsspielraum der Kommunen zwar vergrößert, der Schutz der Bürger vor überhöhten Entgelten für Leistungen öffentlicher Unternehmen wurde jedoch faktisch reduziert. Die Neuregelung ist daher von der Monopolkommission in der Vergangenheit mehrmals kritisch gewürdigt worden.

2.1.3.2 Grenzen aus der Anwendung des Beihilfe- und Vergaberechtes

1150. Bei der Bereitstellung von Leistungen durch Kommunen ergibt sich typischerweise eine Reihe von Berührungspunkten mit privatrechtlichen Unternehmen. Im einfachsten Fall wird dies ersichtlich, wenn z. B. der Einkauf von Vorleistungen wie beim Materialeinkauf betrachtet wird. Durch die speziell zur Regelung solcher Sachverhalte geschaffenen Rechtsgebiete des deutschen und europäischen Vergaberechts (§§ 97 ff. GWB sowie verschiedene europäische Richtlinien²⁹) und des europäischen Beihilferechts (Art. 107 ff. AEUV) soll eine auf dem Effizienzgedanken basierte Steuerung und Kontrolle des Handelns öffentlicher Stellen erfolgen.

1151. Das Vergaberecht dient dazu, eine sachwidrige Bevorzugung bestimmter Auftragnehmer bei Verträgen und insbesondere Beschaffungsvorgängen auszuschließen. Dazu sind bei der Vergabe von Dienstleistungsverträgen die Vorgaben des deutschen und europäischen Vergaberechts zu beachten. Demgegenüber werden

²⁸ Vgl. BKartA, Beschluss vom 4. Juni 2012, B8-40/10.

²⁹ Das deutsche Vergaberecht basiert bisher noch auf den Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG. Im Frühjahr 2014 ist indes das neue Richtlinienpaket zum Vergaberecht in Kraft getreten, das im Wesentlichen bis 18. April 2016 umzusetzen ist. Das Richtlinienpaket besteht aus a) der Richtlinie über die Vergabe öffentlicher Aufträge (wie Fn. 357 in Kapitel I dieses Gutachtens), welche die bisherige Vergabekoordinierungsrichtlinie (wie Fn. 358 in Kapitel I dieses Gutachtens) ersetzt, b) die Richtlinie über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (wie Fn. 359 in Kapitel I dieses Gutachtens), welche die Richtlinie 2004/17/EG82 ersetzt sowie c) der neuen Konzessions-Richtlinie (wie Fn. 361 in Kapitel I dieses Gutachtens).

durch das Beihilferecht Begünstigungen bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige aus staatlichen Mitteln erfasst und unter bestimmten Umständen ausgeschlossen, um eine Verzerrung des Wettbewerbs zu verhindern. Die Beihilfeprüfung erfolgt durch die Europäische Kommission, wobei eine Reihe von Freistellungsverordnungen besteht. Daneben besteht auch die Möglichkeit, beihilferechtliche Vorgaben privatinitiativ im Rahmen einer Konkurrentenklage durchzusetzen.³⁰

1152. Von beiden Rechtsgebieten gehen erhebliche praktische und sich teils überschneidende Wirkungen auch auf das unternehmerische Handeln von Kommunen aus. So ist die Vereinbarkeit mit dem Vergabe- und Beihilferecht vor allem dann zu prüfen, wenn ein (kommunales) Unternehmen Aufträge oder Dienstleistungskonzessionen von der Kommune erhält. Dabei sind die sich aus den genannten Normen ergebenden Wirkungen außerordentlich komplex und zum Teil branchenspezifisch verschieden. Grundsätzlich muss daher eine Prüfung des Einzelfalls erfolgen.

1153. Im Vergaberecht besteht jedoch eine ganz wesentliche Ausnahme für die Vergabe öffentlicher (und damit auch kommunaler) Leistungen an Unternehmen des gleichen öffentlichen Auftraggebers: Solche „Inhouse-Vergaben“ sind grundsätzlich von der Ausschreibungspflicht des Vergaberechtes befreit.³¹ Diese generelle Ausnahme ist jedoch für eine Vielzahl möglicher Situationen nicht einschlägig, sodass bei der unternehmerischen Betätigung von Kommunen und speziell bei Rekommunalisierungssachverhalten das Vergaberecht dennoch relativ oft betroffen ist. Durch die Modernisierung des europäischen Vergaberechts (2014, umzusetzen bis 18. April 2016) ist im Wesentlichen eine Kodifizierung der bisherigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs in diesem Zusammenhang erfolgt. Nachfolgend dargestellte Beispiele basieren allerdings zum Teil auf der früheren Rechtslage:

- Eine Inhouse-Vergabe einer Kommune an ein kommunales Unternehmen ist nur dann ausschreibungsfrei möglich, wenn das auftragnehmende Unternehmen durch die Kommune wie eine eigene Dienststelle kontrolliert wird. Besteht hingegen eine Beteiligung eines Privaten, sind die Voraussetzungen einer Inhouse-Vergabe i. d. R. nicht erfüllt.
- Die auftragsübernehmende Gesellschaft muss zudem ihre Tätigkeit im Wesentlichen für den öffentlichen Auftragnehmer erbringen, damit die Inhouse-Vergabe ausschreibungsfrei erfolgen kann. Dies ist z. B. bei der Beauftragung eines kommunalen Stadtwerks mit der Energieversorgung bereits fraglich. So hatte z. B. das OLG Hamburg entschieden, dass eine kommunale Stadtwerke-Gesellschaft keine Inhouse-Aufträge erhalten kann, wenn ihre Umsätze zu mehr als 10 Prozent aus Lieferungen an Private stammen. In diesem Fall sei das Wesentlichkeitskriterium nicht mehr erfüllt.³² Das neue europäische Vergaberecht lässt indes einen Drittumsatz von weniger als 20 Prozent zu (Art. 13 Abs. 4 lit. a RL 2014/23/EU, Art. 12 Abs. 1 lit. b RL 2014/24/EU, Art. 28 Nr. 1 lit. b RL 2014/25/EU).
- Das Vergaberecht ist zudem grundsätzlich auch auf Leistungen anwendbar, die eine Kommune bei einem anderen öffentlichen Auftraggeber – z. B. einer Nachbarkommune – einkauft.³³
- Im Falle der interkommunalen Zusammenarbeit und der Verlagerung einer kommunalen Aufgabe z. B. auf einen Zweckverband hat der EuGH verschiedene Kriterien aufgestellt, um die Möglichkeit einer Inhouse-Vergabe von Leistungen an die Verbundeinheit einzugrenzen.³⁴ So muss es sich ins-

30 Vgl. zuletzt BVerwG, Urteil vom 16. Dezember 2010, 3 C 44. 09, BVerwGE 138, 322; BGH, Urteil vom 10. Februar 2011, I ZR 136/09 - Flughafen Frankfurt-Hahn, WM 2011, 999.

31 Vgl. EuGH, Urteil vom 19. April 2007, C 295/05 - Asemfo, Slg. 2007, I-2999; EuGH, Urteil vom 19. Mai 2005, C - 340/04 - Carbotermo, Slg. 2006, I-4137; EuGH, Urteil vom 29. November 2012, Verb. Rs. C-182/11 und C-183/11 - Econord, Slg. 2012, I-0000.

32 OLG Hamburg, Beschluss vom 14. Dezember 2010, I Verg 5/10, NZBau 2011, 185.

33 EuGH, Urteil vom 13. Januar 2005, C-84/03 - Spanien/Kommission, Slg. 2005, I-139.

34 EuGH, Urteil vom 9. Juni 2009, C-480/06 - Stadtreinigung Hamburg, Slg. 2009, I-4747; EuGH, Urteil vom 19. Dezember 2012, 159/11 - Lecce, EuZW 2013, 189.

besondere um eine „echte Zusammenarbeit“ mit gegenseitigen Beistandspflichten zur Erfüllung einer gemeinsamen öffentlichen Aufgabe handeln. Ein Privater darf nicht beteiligt sein. Auch wenn diese Regeln Klarheit in die Diskussion um die Übertragung von Aufgaben an Zweckverbände und andere Kooperationen bringen, bleibt eine genaue vergaberechtliche Prüfung in diesen Fällen erforderlich.

- Die gerade bei Rekommunalisierungssachverhalten wichtige Ausschreibung von Konzessionsverträgen für die Nutzung öffentlicher Verkehrswege stellt gemäß § 46 Abs. 4 i. V. m. Abs. 2, 3 EnWG eine Ausnahme von der Zulässigkeit von Inhouse-Vergaben dar.³⁵

1154. Auch das europäische Beihilferecht besitzt eine Vielzahl von Berührungspunkten mit der Tätigkeit kommunaler Unternehmen. Ein typischer Anwendungsbereich, der in den vergangenen Jahren Auslöser grundsätzlicher Veränderungen der kommunalen Tätigkeit war, sind die Konzessionen an Unternehmen der öffentlichen Hand im ÖPNV. Da die Leistungen vieler kommunaler Verkehrsbetriebe nicht kostendeckend erbracht werden, erfolgte in der Vergangenheit typischerweise ein pauschaler Ausgleich der jährlichen Verluste durch die Kommune. Vor dem Hintergrund beihilferechtlicher Regelungen geriet dieser Verlustausgleich bereits 2003 mit der Grundsatzentscheidung des EuGH im Fall Altmark-Trans ins Wanken, in der das Gericht Kriterien für die Zulässigkeit staatlicher Hilfen aufstellte.³⁶ Gerade bei Konzessionsvergaben besitzt das Beihilferecht bis heute erhebliche Wirkung für die Kontrolle möglicher Begünstigungen kommunaler Unternehmen.

1155. Die Anwendung des Gemeinschaftsrechts, insbesondere der Wettbewerbsregeln der Art. 101 ff, ist nach Art. 106 Abs. 2 AEUV nur soweit eingeschränkt, wie die Anwendung dieser Vorschriften die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse den damit betrauten Unternehmen rechtlich oder tatsächlich unmöglich macht. Die Auslegung dieses Schutzbereichs wird durch verschiedene Rechtsakte der Europäischen Kommission konkretisiert (Monti-Kroes-Paket, Almunia-Paket, Dienstleistungsrichtlinie), deren Regelungen häufig überarbeitet werden. Tatsächlich bleibt die Anwendung der einzelnen Vorgaben des Beihilfe- und Vergaberechtes ein Instrumentarium mit erheblichen Wirkungen für Unternehmen der öffentlichen Hand; dennoch sind im Einzelfall bzw. für bestimmte Branchen Ausnahmen möglich, sodass Einzelfallprüfungen erforderlich sind.

2.2 Ökonomische Theorie und Empirie kommunaler Unternehmen

1156. Die ökonomische Grundlage zu der Frage, inwieweit die Übernahme (privat)wirtschaftlicher Tätigkeit durch kommunale Unternehmen wohlfahrtssteigernd ist, liefert die wissenschaftliche Diskussion zu öffentlicher und privater wirtschaftlicher Tätigkeit.³⁷ Wissenschaftliche Studien zeigen sehr deutlich, dass – sofern keine besonderen Bedingungen vorliegen – die Leistung öffentlicher Unternehmen im Allgemeinen geringer ist als die privater Unternehmen.³⁸ Die Gründe für die geringere Effizienz öffentlicher Unternehmen

35 Daneben ist die jeweilige Kommune zur Vermeidung eines Missbrauchs ihr zukommender Marktmacht nach § 19 GWB auch zur Ausschreibung verpflichtet, vgl. BGH, Urteile vom 17. Dezember 2013, KZR 65/12 und 66/12 - Stromnetze Heiligenhafen und Berkenthin, NZBau, 2014, 303.

36 Bei kumulativem Vorliegen der folgenden Kriterien liegt keine Beihilfe vor: Rechtsverbindliche Festlegung der zu erfüllenden Daseinsvorsorge-Aufgabe in einem Betrauungsakt. Verbindliche, vor Ausgleich der Kosten erfolgende objektive Festschreibung der Kostenparameter. Beachtung des Verbots der Überkompensation. Vergabe der Daseinsvorsorge-Leistung im Wege der Ausschreibung oder Begrenzung der Ausgleichssumme auf die Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten und angemessen mit Sachmitteln ausgestatteten Unternehmens abzüglich der dabei erzielten Erlöse. EuGH, Urteil vom 24. Juli 2003, C-280/00 - Altmark Trans, Slg. 2003, I-7747.

37 Vgl. Shleifer, A., State versus Private Ownership, Journal of Economic Perspectives 12(4), 1998, S. 133-150.

38 Einen ausführlichen Überblick über relevante Studien liefern Megginson, W.L./Netter, J.M., From State to Market: A Survey of Empirical Studies on Privatization, Journal of Economic Literature 39(2), 2001, S. 321-389. Die Autoren schließen „Research now supports the proposition, that privately owned firms are more efficient and more profitable than otherwise-comparable state-owned firms“ (S. 380). Eine vergleichbare Metastudie liefern zudem Shirley, M./Walsh, P., Public vs. private ownership: the current state of the debate. World Bank Policy Research Working Paper (2420), 2001. Unter den darin evaluierten 52 Studien kommen lediglich fünf eher ältere Unter-

sind vielfältig.³⁹ In der Debatte um die öffentliche Wirtschaftstätigkeit ist vor diesem Hintergrund mittlerweile weitgehend unstrittig, dass der Staat nur dann wirtschaftlich tätig werden sollte, wenn ein öffentliches Interesse an der Tätigkeit besteht und gleichzeitig eine öffentliche Institution diese wichtige Aufgabe besser übernehmen kann als eine private.

1157. Die unternehmerische Tätigkeit der öffentlichen Hand, die den Steuerzahler mit unternehmerischen Risiken belastet, bedarf demnach einer besonderen Rechtfertigung. Die Befürworter kommunaler unternehmerischer Tätigkeit sehen diese Rechtfertigung i. d. R. darin gegeben, dass durch sie die Durchsetzung wichtiger kommunaler Interessen erleichtert werde. Ökonomisch betrachtet lässt sich indes feststellen, dass als notwendige Bedingung einer effizienten öffentlichen Wirtschaftstätigkeit diese zunächst durch ein bestehendes Effizienzproblem mit einer durch den Markt organisierten Aufgabe begründet werden muss. Besteht ein solches Effizienzproblem, dann wird dies auch als Marktversagen bezeichnet. Marktversagen betrifft im Zusammenhang mit kommunalen Unternehmen insbesondere das Problem natürliche Monopole. In allen anderen Bereichen, in denen funktionsfähiger Wettbewerb möglich ist, begegnet die Tätigkeit öffentlicher Unternehmen dagegen grundsätzlichen Bedenken. Sofern keine besonderen ökonomischen Gegebenheiten vorliegen, die eine Ausnahme rechtfertigen, sollten kommunale Unternehmen deshalb nicht in Konkurrenz zu privaten Firmen treten.

1158. Als Motive für die Ausdehnung kommunaler Wirtschaftstätigkeit werden neben der Verfolgung kommunalpolitischer Ziele der Wunsch nach einer verbesserten Leistungserstellung und fiskalische Interessen vorgebracht (vgl. Abschnitt 1.2). Inwieweit diese Gründe die Tätigkeiten kommunaler Unternehmen rechtfertigen können, ist systematisch zu prüfen.

2.2.1 Effizienz kommunaler Betreiber natürlicher Monopole

1159. Liegt ein natürliches Monopol vor, dann kann das Angebot durch ein einzelnes Unternehmen zu erheblich geringeren Kosten als im Wettbewerb mehrerer Unternehmen erbracht werden. Dies ist bspw. sehr deutlich bei den Verteilnetzen für Strom, Gas und Wasser der Fall. Bei Vorliegen natürlicher Monopole kann eine rein durch den Markt organisierte Tätigkeit nicht durch den Wettbewerb kontrolliert werden und das Problem von Marktmacht des Monopolanbieters – und damit verbundener allokativer Ineffizienz – kann eine Intervention des Staates in den Markt rechtfertigen.

Allerdings stellt die Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand nicht zwingend die beste Lösung für das bezeichnete Problem natürlicher Monopole da. Gerade bei staatlichen Monopolunternehmen zeigt sich vielmehr gravierend das Problem der produktiven Ineffizienz. Während private Monopole i. d. R. nicht nur gewinnorientiert arbeiten (und daher auch Interesse an einer möglichst effizienten Produktion haben), sondern zudem auch einer Kontrolle und Disziplinierung durch die Finanz- und Kapitalmärkte unterliegen, verfolgen staatliche Monopole oft kein klares Gewinnziel, sondern oft mehrere, möglicherweise konfligierende Ziele. Auch unterliegen sie nicht so sehr dem Druck der Kapitalmärkte. Feindliche Übernahmen sind z. B. bei staatlichen Unternehmen ausgeschlossen, sodass deren Management weniger durch die Kapitalmärkte diszipliniert wird. Vielmehr operieren Staatsunternehmen oftmals mit weichen Budgetrestriktionen („soft budget constraints“), die zu produktiver Ineffizienz „einladen“.⁴⁰ Somit ist das Problem

suchungen zu dem Ergebnis, dass staatliche Unternehmen bessere Ergebnisse liefern, jedoch betonen die Autoren, dass keine Studie existiert, die eine größere Effizienz staatlicher Unternehmen in Bereichen finden, in denen Wettbewerb möglich ist („No studies find that public ownership is superior in potentially competitive industries.“, S. 52). Dagegen liefert die ökonomische Theorie Argumente dafür, dass unter bestimmten Voraussetzungen auch der Wettbewerb zwischen privaten und öffentlichen Anbietern sinnvoll sein kann: Fraja, G./Delbono, F., Game theoretic models of mixed oligopoly, *Journal of Economic Surveys* 4(1), 1990, S. 1-17.

39 Neben den Gründen, die sich bspw. aus der ökonomischen Theorie der Principal-Agent-Problematik ergeben, sind in der Praxis weitere Schwachstellen wie die problematische Besetzung von Positionen bei Leitung und Aufsichtsrat zu beobachten.

40 Vgl. Stiglitz, J. E., *Whither Socialism?*, Cambridge 1994.

der allokativen Ineffizienz bei staatlichen Monopolen eventuell weniger gravierend als bei privaten Monopolen, das Problem der produktiven Ineffizienz dafür aber umso ausgeprägter.⁴¹

1160. Unabhängig von der konkreten Frage, ob ein Unternehmen der öffentlichen Hand einen natürlichen Monopolmarkt bedienen sollte, stellt eine Regulierung des Marktes eine prinzipiell geeignete Vorgehensweise da, um den Effizienzproblemen zu begegnen. Dazu setzt die Gebietskörperschaft, über die sich die Tätigkeit des Monopolanbieters erstreckt, diesem Regeln, durch die der Anbieter Anreize erhält, seine allokativen und/oder produktiven Effizienz zu erhöhen. Angelehnt an eine solche Regulierung eines Marktes kann das Monopolproblem durch den Staat zudem auch dadurch angegangen werden, dass die entsprechende Leistung genau definiert und am Markt ausgeschrieben wird („Wettbewerb um den Markt“).

1161. Mit Blick auf die Praxis kommunaler Wirtschaftstätigkeit in natürlichen Monopolmärkten finden sich vielfältige Tätigkeitsbereiche und Umsetzungsformen. Während die Leistung öffentlicher Unternehmen im Wettbewerb im Allgemeinen schlechter ist als die privater Unternehmen, sind die ökonomischen Erkenntnisse im Hinblick auf die Tätigkeit im Bereich natürlicher Monopole weniger eindeutig. Empirische Untersuchungen zeigen, dass private Unternehmen in diesen Bereichen nicht zwingend effizienter sind. So legt die Metastudie von Shirley/Walsh (2001) dar, dass sich die wenigen Studien, die eine Überlegenheit öffentlicher Unternehmen gegenüber privaten Firmen finden, ausschließlich auf natürliche Monopole beziehen.⁴² Auch neuere empirische Untersuchungen unterstützen diese Tendenz.⁴³ Für die Bewirtschaftung natürlicher Monopole ist damit die Überlegenheit privater Unternehmen gegenüber der öffentlichen Hand nicht so klar wie in einer allgemeinen Betrachtung. Daher ist davon auszugehen, dass private Unternehmen in diesen Bereichen zumindest nicht immer über Effizienzvorteile verfügen.

Dieses Ergebnis lässt sich auf theoretische Überlegungen zur Regulierung unter asymmetrischer Information zurückführen.⁴⁴ Wenn die Leistungen der Unternehmen gut vertraglich fixierbar sind und deren Einhaltung überprüfbar ist, hat ein privates Unternehmen Anreize, die Leistung ähnlich effizient zu erbringen, wie es im Wettbewerb der Fall wäre. Sind dagegen vertraglich schwierig regelbare Gegenstände wie die Qualität einer Leistung betroffen, haben private Unternehmen tendenziell Anreize, Spielräume zu ihrem wirtschaftlichen Vorteil auszunutzen und ihre Kosten und damit teilweise auch die Qualität zu reduzieren. Dieser Fehlanreiz

41 Hier treten zudem die bekannten Probleme der Tätigkeit öffentlicher Unternehmen auf (vgl. Fn. 38 f.).

42 Allerdings finden sich fast ebenso viele Sektoren mit natürlichen Monopolen, in denen Studien eine Überlegenheit der privaten Wirtschaftstätigkeiten finden. Auch die genannte Metastudie von Megginson/Netter (2001) liefert bei der Betrachtung von natürlichen Monopolen uneinheitliche Ergebnisse, vgl. Megginson, W.L./Netter, J.M., *From State to Market: A Survey of Empirical Studies on Privatization*, a. a. O.

43 Eine Studie zum Energiesektor liefert Kwoka, Jr, J.E., *The Comparative Advantage of Public Ownership: Evidence from U.S. Electric Utilities*, *Canadian Journal of Economics* 38(2), 2005, S. 622-640. Die Analyse kommt zu dem Ergebnis, dass private Unternehmen im Bereich der Energieerzeugung und Unternehmen der öffentlichen Hand im Bereich der Verteilung effizienter sind. Dagegen findet eine andere Studie keine Überlegenheit öffentlicher Unternehmen bei der Energieverteilung: Fumagalli, E./Garrone, P./Grilli, L., *Service quality in the electricity industry: The role of privatization and managerial behavior*, *Energy Policy* 35(12), 2007, S. 6212-6224. Auch bei anderen natürlichen Monopolen ist keine klare Tendenz erkennbar. So findet eine Metastudie für die Bereiche der Wasserversorgung und Müllentsorgung keine signifikanten Kosteneinsparungen durch Privatisierung für Wasser, während bei der Müllentsorgung eher Einsparungen zu erwarten sind: Bel, G./Warner, M., *Does privatization of solid waste and water services reduce costs? A review of empirical studies*, *Resources, Conservation and Recycling* 52(12), 2008, S. 1337-1348. Die darin unter anderem ausgewertete Studie Bhattacharyya, A./Parker, E./Raffiee, K., *An examination of the effect of ownership on the relative efficiency of public and private water utilities*, *Land Economics*, 1994, S. 197-209, findet zwar eine größere mittlere Effizienz öffentlicher Unternehmen, jedoch bei diesen gleichzeitig eine deutlich größere Bandbreite, also auch sehr ineffiziente Unternehmen. Für regulierte natürliche Monopole in der Telekommunikation zeigt eine ältere Studie von Kwoka Jr, J.E., *The effects of divestiture, privatization, and competition on productivity in US and UK telecommunications*, *Review of Industrial Organization* 8(1), 1993, S. 49-61, wiederum deutliche Effizienzsteigerungen durch Privatisierung.

44 Vgl. Laffont, J.J., *Privatization and incentives*, *Journal of Law, Economics, and Organization*, 7, 1991, S. 84-105, Hart, O./Shleifer, A./Vishny, R. W., *The proper scope of government: theory and an application to prisons*, *Quarterly Journal of Economics*, 112(4), 1997, S. 1127-1161 und Shapiro, C./Willig, R. D., *Economic Rationales for the Scope of Privatization*, in: Wright, V./Perrotti, L. (Hrsg.), *Privatization and public policy*, Volume 1, Elgar Reference Collection, International Library of Comparative Public Policy, vol. 13, 2000, S. 185-217.

ist bei öffentlichen Unternehmen gegebenenfalls weniger stark vorhanden. Die Möglichkeiten, Leistungen der Unternehmen in Verträgen festzuschreiben, bilden damit eine wichtige Grundlage zur Beantwortung der Frage, ob die kommunale Wirtschaftstätigkeit sinnvoll sein kann.

1162. An dieser Stelle ist auch zu erwähnen, dass es für die Ergebnisse der Organisationsform der Leistungserbringung in der Praxis nicht nur darauf ankommt, wie gut Leistungen in Verträgen zwischen einer Kommune und privatwirtschaftlichen Unternehmen theoretisch spezifiziert werden können, sondern insbesondere auch wie gut solche Verträge tatsächlich gestaltet und durchgesetzt werden. So haben in den vergangenen Jahren einige Kommunen mit der Entscheidung für eine Voll- oder Teilprivatisierung der Leistungserstellung negative Erfahrungen gemacht. Dies spricht jedoch nicht immer dafür, diese grundsätzliche Entscheidung rückgängig zu machen. Vielfach sollten die Erfahrungen genutzt werden, um die Vertragsgestaltung zu verbessern. So können die Kommunen bspw. eine Instanz einrichten, die ihnen das Monitoring der Leistungen der privaten Unternehmen ermöglicht.⁴⁵ Dazu müssen die relevanten Informationen an diese Monitoringeinheit weitergeleitet werden.

1163. Neben den beschriebenen statischen Effekten ist für die diskutierte Frage auch die wirtschaftliche Entwicklung im Falle von kommunaler im Gegensatz zu privater Wirtschaftstätigkeit relevant. Dies beinhaltet insbesondere die Veränderung der Unternehmenslandschaft. In empirischen Studien zeigt sich, dass in den hier betrachteten Sektoren oft signifikante Größen- und Verbundvorteile existieren.⁴⁶ Insofern ist relevant, ob eher eine private oder eine öffentliche Eigentümerschaft geeignet ist, diese Vorteile nutzbar zu machen.

Anbieter können prinzipiell von Größenvorteilen profitieren, wenn sie in mehr als einer Kommune tätig sind. In der Privatwirtschaft sind insoweit insbesondere integrierte Strukturen bzw. Zusammenschlüsse zu beobachten. Kommunenübergreifende Tätigkeiten der öffentlichen Hand werden teilweise in Form von Kooperationen realisiert, die jedoch i. d. R. sachlich und regional begrenzt bleiben. Daher ist die Realisierung von Größenvorteilen mit höherer Wahrscheinlichkeit im Bereich privater als kommunaler Unternehmen bspw. durch Zusammenschlüsse zu erwarten. Durch Vergabe der Bewirtschaftung natürlicher Monopole an privatwirtschaftliche Unternehmen werden daher eher Strukturen entstehen, die Größenvorteile nutzbar machen.

Durch die örtliche Zusammenführung verschiedene Tätigkeitsbereiche besteht die Möglichkeit, dass Verbundvorteile realisiert werden können. Hier ist zu vermuten, dass kommunale Betriebe dies eher tun. Im Gegensatz dazu werden private Unternehmen kaum Verlust bringende Aktivitäten wie den ÖPNV oder öffentliche Bäder übernehmen, auch wenn dadurch gegebenenfalls gewisse Verbundvorteile generiert werden könnten.

1164. Für ein effizientes Ergebnis ist zudem die öffentliche und politische Akzeptanz des Regimes von Bedeutung. Fehlende politische Akzeptanz führt zu instabilen Rahmenbedingungen. Dies wiederum wirkt sich insbesondere in Sektoren, die sich durch ein hohes Maß an irreversiblen Investitionen auszeichnen – wie bspw. Netzsektoren – negativ auf Investitionsanreize aus. Insofern sind Verteilungsziele, die für die öffentliche und politische Akzeptanz eine entscheidende Rolle spielen, auch für die Effizienz des Gesamtsystems nach institutionenökonomischem Begriffsverständnis relevant.

1165. In der Gesamtschau ergibt sich kein eindeutiges Ergebnis bezüglich der relativen Effizienz öffentlicher und privater Unternehmen im Bereich natürlicher Monopole. In diesen Bereichen sollte der öffentliche Be-

⁴⁵ Vgl. insoweit auch die Regelungen in Art. 83 ff. der Vergaberichtlinie 2014 (wie Fn. 357 in Kapitel I dieses Gutachtens), Art. 99 ff. der Sektorenrichtlinie 2014 (wie Fn. 359 in Kapitel I dieses Gutachtens) sowie Art. 45 der Konzessionsvergaberichtlinie 2014 (wie Fn. 361 in Kapitel I dieses Gutachtens).

⁴⁶ Vgl. Growitsch, C./Jamash, T./Pollitt, M., Quality of service, efficiency and scale in network industries: an analysis of European electricity distribution, *Applied Economics* 41(20), 2009, S. 2555-2570; Yatchew, A., Scale Economies in Electricity Distribution – A Semiparametric Analysis, *Journal of Applied Econometrics* 15, 2000, S. 187-210.

trieb daher nicht aus reinen Effizienzgründen strikt abgelehnt werden. Jedoch ist zu betonen, dass Effizienzüberlegungen auch nicht für eine Rekommunalisierung sprechen, insbesondere da sich auch hier Tendenzen in Richtung einer größeren Effizienz privater Unternehmen zeigen. Soweit kein funktionsfähiger Wettbewerb möglich ist, ist eine Betrachtung im Einzelfall nötig. Eine kommunale Wirtschaftstätigkeit kann insbesondere dann begründet werden, wenn die erforderlichen Rahmenbedingungen der Tätigkeit nur schwer vertraglich festzuschreiben und zu überprüfen sind oder deren Kontrolle sehr kostenaufwendig ist. Ist dies nicht der Fall, sollte die öffentliche Hand eher als Gestalter der Rahmenbedingungen des Markts für privatwirtschaftliche Unternehmen agieren. Dies bedeutet auch, dass die Fortentwicklung des wirtschaftlichen Ordnungsrahmens entscheidende Auswirkungen auf die Beantwortung der Frage nach der Ausgestaltung der kommunalen Tätigkeit hat.

2.2.2 Probleme der Verfolgung kommunalpolitischer Ziele und fiskalischer Interessen

1166. Für die wirtschaftliche Tätigkeit von Kommunen wird als zentrales Argument der gewünschte politische Einfluss auf die Geschäftspolitik der Stadtwerke im Sinne der Verfolgung kommunalpolitischer Ziele genannt. Dazu gehören insbesondere die Sicherung von Arbeits- und Ausbildungsplätzen und die Stärkung von Unternehmen vor Ort. Daneben wird meist die allgemeine Generierung von Einnahmen zur Sicherung der politischen Handlungsfähigkeit in anderen Bereichen als Motiv vorgebracht. Die Verfolgung dieser Zielsetzungen durch entsprechende wirtschaftliche Tätigkeit heißt konkret in aller Regel, dass Profite kommunaler Stadtwerke zur Finanzierung kommunalpolitischer Interessen genutzt werden sollen. Neben rechtlichen Problemen entstehen dadurch vor allem Probleme der Effizienz, der Kontrolle und Transparenz.

1167. Die Verfolgung politischer Ziele durch kommunale Wirtschaftstätigkeit geht fast zwangsläufig mit Effizienzverlusten einher. Auf die politische Vorgabe, Aufträge bevorzugt an lokale Unternehmen zu vergeben, kommt es nur dann an, wenn deren Angebot gerade nicht das Beste ist. Denn dann werden effizientere Dritte übergangen. Dies gilt ebenso für die Sicherung von Arbeits- und Ausbildungsplätzen. Denn hier werden Arbeitsplätze erhalten, deren Grenzproduktivität unter den gegebenen Umständen zu gering ist oder es wird sogar für derartige Arbeitsplätze ausgebildet. Auch kann die Sicherung von Arbeitsplätzen oder eine gerechte Entlohnung nicht als Argument für Rekommunalisierung dienen, da die kommunale Wirtschaftstätigkeit nach der zugrunde liegenden Logik entsprechend beliebig ausgedehnt werden könnte und müsste. Wenn dies nicht geschieht, stellt sich bspw. die Frage nach einem gerechten Zugang zu den bewusst besonders attraktiv gestalteten Beschäftigungsverhältnissen bei kommunalen Unternehmen. Die erwünschte Stärkung der Wertschöpfung in der Region ist zudem über private Wirtschaftstätigkeit meist ebenso möglich.

Auch die Verfolgung weiterer politischer Ziele mithilfe kommunaler Unternehmen ist zumeist kritisch zu beurteilen. Beispielsweise sieht die Monopolkommission die Verfolgung umwelt- und energiepolitischer Interessen – wie das Fördern von erneuerbaren Energien – auf kommunaler Ebene ganz überwiegend nicht als zielführend an (vgl. Abschnitt 4.3). Ein Beitrag zum Klimaschutz kann durch kommunale Energiepolitik kaum geleistet werden. Auch das Ziel kommunaler Energieautarkie ist aus ökonomischer Sicht nicht sinnvoll, da damit explizit auf die Realisierung existierender Größen- und Verbundvorteile verzichtet wird.

1168. Die Verfolgung kommunalpolitischer Ziele durch die wirtschaftliche Tätigkeit der Kommunen führt im Ergebnis zu einer ineffizienten Nutzung von Ressourcen. Diese könnten an anderer Stelle besser eingesetzt werden. Aufgrund dieser Effizienzverluste ist es prinzipiell günstiger für die regionale Entwicklung, wenn sich die öffentliche Hand auf die Förderung von Unternehmen und nicht zuletzt deren Entstehung im privaten Sektor konzentrieren würde.

1169. Trotz dieser ökonomischen Vorbehalte erkennt die Monopolkommission demokratisch legitimierte kommunalpolitische Ziele auf politischer Ebene an, wenn die beschriebenen Ineffizienzen bewusst in Kauf

genommen und transparent gemacht werden.⁴⁷ Jedoch ist die Herkunft der ineffizient eingesetzten Ressourcen zu klären. Grundsätzlich dienen bei einer Querfinanzierung innerhalb kommunaler Unternehmen Stadtwerke als Ertragsbringer. Dieses stellt bspw. der Verband kommunaler Unternehmen (VKU) im Zusammenhang mit den Vorteilen der Rekommunalisierung entsprechend dar (vgl. Fn. 17). So können kommunalpolitische Ziele verfolgt werden – bspw. indem das Stadtwerk zur regionalen Wertschöpfung teurer beschafft als notwendig oder zusätzliche Mitarbeiter einstellt und damit auf Gewinne verzichtet.

1170. Eine Quersubventionierung kann teilweise bei Marktversagen in den subventionierten Bereichen ökonomisch sinnvoll sein. Im Personennahverkehr sprechen bspw. externe Effekte durch Umweltverschmutzung, Stau und Lärm dafür, Transport vom motorisierten Individualverkehr auf den ÖPNV zu verlagern. Ökonomisch gesehen entspricht die Quersubventionierung von einem profitablen Bereich einer Verbrauchssteuer. Die Stadtwerke erzielen ihre zur Umverteilung vorgesehenen Gewinne aufgrund von Preisen, die über denen funktionierenden Wettbewerbs liegen. Dieses Vorgehen kann einer Ramsey-Preissetzung für natürliche Monopole entsprechen und somit effizient sein, wenn die Preisbildung an den Preiselastizitäten der Nachfrage ausgerichtet wird. Dazu müssten die Preise für Güter mit einer preisunelastischen Nachfrage wie Wasser oder Energie relativ hoch sein und dadurch Preise für Güter, deren Nachfrage preiselastisch ist, niedrig gehalten werden. Eine Preissetzung nach Ramsey bedeutet also, dass diejenigen, die am schlechtesten ausweichen können, die höchsten Preise zahlen. Somit würden bspw. Güter der Grundversorgung besonders hoch bepreist, was verteilungspolitisch meist gerade nicht erwünscht ist. Zu berücksichtigen sind hier zudem dynamische Effekte. So können sich hohe Preise oder Gebühren für Güter mit sehr preisunelastischer Nachfrage langfristig negativ auf die Ansiedlung von Unternehmen und privaten Haushalten auswirken.

1171. Außerdem ergibt sich aus Sicht der Monopolkommission durch die Quersubventionierung innerhalb eines kommunalen Unternehmens das massive Problem der Intransparenz. Im Gegensatz zu Steuern und Abgaben ist die Verschiebung von Gewinnen innerhalb eines kommunalen Unternehmens kaum öffentlich wahrnehmbar. Somit findet eine öffentliche Diskussion dieser Querfinanzierung praktisch nicht statt. Die in aller Regel faktisch nur sehr eingeschränkte Verantwortung dieser Aktivitäten durch ein gewähltes Kommunalparlament sieht die Monopolkommission nicht als ausreichende demokratische Kontrolle an.

1172. Wenn die Quersubventionierung trotz der genannten Probleme gewünscht ist, bleibt die nachhaltige Finanzierung problematisch. So ist die Erzielung ausreichend hoher Renditen im Energiebereich langfristig aufgrund des begrüßenswerten zunehmenden Wettbewerbs im Endkundenmarkt und der Regulierung der Netzentgelte kaum möglich (vgl. Abschnitt 4.3.1). Daher muss zur Finanzierung auf Bereiche ausgewichen werden, in denen die faktischen Preissetzungsspielräume aufgrund hoher Marktmacht der Unternehmen größer sind. Dies ist bspw. derzeit bei der Wasserversorgung oder der Entsorgung der Fall. Jedoch schwinden auch dort die Möglichkeiten, hohe Deckungsbeiträge zu erzielen, da die Wettbewerbsaufsicht zunehmend aktiv wird; auch ist hier eine Regulierung in der Diskussion (vgl. Abschnitt 4.1). Wettbewerbspolitische Verbesserungen schränken die Möglichkeiten der Quersubventionierung damit ein.

1173. Aus den dargestellten Gründen der Ineffizienz, der fehlenden Transparenz und der mangelnden langfristigen Perspektive zur Quersubventionierung auch im Rahmen der Preissetzung nach Ramsey sieht die Monopolkommission die Rekommunalisierung zur Finanzierung kommunalpolitischer Ziele kritisch. Vorzugswürdig zur Bereitstellung defizitärer Dienste ist die Verwendung oder explizite Erhebung von Steuern und Abgaben. Dadurch wird einerseits eine ausreichende Transparenz über die Umverteilung geschaffen, was mit einer besseren Kontrolle darüber einhergeht, inwiefern die Bevölkerung diese gutheißt. Andererseits wird die Finanzierung der Erbringung der defizitären Leistungen nachhaltig gesichert.

1174. Neben der Wahrung des kommunalen Einflusses werden als Gründe für die Rekommunalisierung auch rechtliche und insbesondere vergabe- und beihilferechtliche Aspekte vorgebracht. So sei das für einen Ausschreibungswettbewerb notwendige effiziente Ausschreibungsmanagement gerade für kleine Kommunen

⁴⁷ Teilweise wird dies als Bestandteil der Sozialen Marktwirtschaft verstanden.

eine große Herausforderung. Der Monopolkommission erscheint es dagegen fraglich, ob es einer Kommune, die sich nicht in der Lage sieht, ein effizientes Ausschreibungsmanagement zu gewährleisten, gleichzeitig möglich ist, die Bewirtschaftung eines natürlichen Monopols so effizient zu gestalten wie privaten Unternehmen, die sich im Wettbewerb um diese Bewirtschaftung bewerben müssen. Zudem wird argumentiert, dass für Unternehmen in kommunaler Hand in rechtlicher Hinsicht größere Spielräume bestünden.⁴⁸ Diesbezüglich muss die Umgehung wettbewerbsrechtlicher Vorgaben durch die kommunale Wirtschaftstätigkeit aus volkswirtschaftlicher Perspektive strikt abgelehnt werden. Im Ergebnis mögen rechtliche Argumente im Einzelfall überzeugen. Als generelle Begründung für eine Tätigkeit öffentlicher Unternehmen sieht die Monopolkommission diese sehr kritisch.

2.2.3 Fazit: Wenige Argumente können im Einzelfall für kommunale Wirtschaftstätigkeit sprechen

1175. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass sich öffentliche Wirtschaftstätigkeit der Kommunen auf Bereiche natürlicher Monopole konzentrieren sollte. In diesen Bereichen kann kein funktionsfähiger Wettbewerb entstehen, sodass die ökonomisch einzig sinnvolle Alternative zur kommunalen Tätigkeit die Regulierung eines privatwirtschaftlichen Unternehmens ist. Empirische Studien finden keine eindeutigen Belege für klare Vorteile des zweiten Modells. Jedoch ist eine Überlegenheit privater Wirtschaftstätigkeit insbesondere dann wahrscheinlich, wenn durch überregionales Handeln Größenvorteile generiert werden können. Wenn vertraglich schwer fixierbare Qualitätskriterien eine Rolle spielen, ist dagegen das gegenteilige Ergebnis zu erwarten.

1176. Auf der anderen Seite können die von den Fürsprechern kommunaler Wirtschaftstätigkeiten vorgebrachten Argumente nicht überzeugen. Die Durchsetzung kommunaler Ziele wie die Sicherung von Arbeitsplätzen oder einer lokalen Wertschöpfung bedeutet einen ineffizienten Einsatz von Ressourcen, die an anderer Stelle besser genutzt werden könnten. Zudem ergeben sich erhebliche Transparenz- und damit Kontrolldefizite.

1177. Auf dieser Grundlage lässt sich nicht eindeutig beantworten, inwiefern Kommunen wirtschaftlich tätig werden sollten, jedoch sieht die Monopolkommission übermäßige öffentliche Wirtschaftstätigkeiten und Tendenzen zur zunehmenden Rekommunalisierung auf Grundlage der dargelegten Analyse eher skeptisch.⁴⁹ Allerdings ist eine pauschale Aussage nicht möglich, sondern vielmehr eine Einzelfallbetrachtung erforderlich. Dementsprechend werden aktuelle Entwicklungen einzelner Sektoren in den folgenden Abschnitten separat betrachtet.

2.3 Umsetzungsmöglichkeiten öffentlicher Aufgaben

2.3.1 Organisationsformen kommunaler Unternehmen

1178. Kommunalen Unternehmen stehen zahlreiche öffentlich-rechtliche wie privatrechtliche Organisationsformen zur Verfügung. Die Wahl der Organisationsform wirkt sich in vielerlei Bereichen auf die effektive und effiziente Erfüllung des Unternehmenszwecks aus; dies gilt z. B. hinsichtlich der steuerlichen Behandlung, der Organisation von Aufsichtsorganen, der Eingriffsmöglichkeiten der Kommune oder der internen Organisationsmöglichkeiten. Auch die Art der Entgelte, die z. B. die Eingriffsmöglichkeiten der Kartellbehörden eröffnen oder begrenzen (vgl. 2.2.2), wird durch die Wahl der Unternehmensform mitbestimmt. Um einige hervorzuhebende Entscheidungsdeterminanten transparent zu machen, sind die wichtigsten Organisationsformen kommunaler Unternehmen in der Tabelle V.2 dargestellt.

⁴⁸ Vgl. Abschnitt 4.1 in diesem Kapitel.

⁴⁹ Dabei spricht sich die Monopolkommission nicht dafür aus, den Kommunen die Entscheidungen langfristig völlig aus der Hand zu nehmen. Es ist durchaus sinnvoll, dass die Rahmenbedingungen so gestaltet sind, dass den Kommunen auch in diesen Bereichen entscheidende Bedeutung zukommt. Es muss kontinuierlich ein Wettbewerb um die besten Lösungen gewährleistet werden.

1179. Macht es ein öffentlicher Zweck erforderlich, bestimmte Aufgaben durch ein Unternehmen der öffentlichen Hand zu erbringen, dann bietet die vielfältige Auswahl öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Unternehmensformen Möglichkeiten, die Tätigkeit der Kommune passend zur Aufgabe zu gestalten. Die Monopolkommission begrüßt in diesem Zusammenhang grundsätzlich, dass den Kommunen z. B. durch die Wahl einer privatrechtlichen Gesellschaftsform Möglichkeiten offen stehen, sich effizient zu organisieren. Allerdings lässt eine zunehmend stark an das Privatrecht angelehnte Erfüllung von Aufgaben durch kommunale Unternehmen auch die Frage der Abgrenzung angemessener und zulässiger öffentlicher Wirtschaftstätigkeit noch dringlicher erscheinen. Je eher der Staat vergleichbar handelt, wie es private Unternehmen tun, desto eher erscheint es berechtigt zu prüfen, ob die kommunale Aufgabenerfüllung für die Verwirklichung eines öffentlichen Zwecks tatsächlich erforderlich ist.

1180. Die Absicht der reinen Gewinnerzielung ist zwar als öffentlicher Zweck nicht anerkannt und darf auch nicht das Kerninteresse einer kommunalen Tätigkeit sein. Im Zusammenhang mit einem öffentlichen Zweck ist die Gewinnerzielung allerdings zulässig. Dabei ist durchaus anzunehmen, dass viele Gemeinderäte auch die Gewinnerzielung im Blick haben, wenn sie über Gründung bzw. Organisationsform eines öffentlichen Unternehmens entscheiden. Auch vor diesem Hintergrund firmieren Unternehmen der öffentlichen Hand im Vergleich zur Situation vor 20 Jahren heute deutlich häufiger als privatrechtliche Kapitalgesellschaften.

Tabelle V.2: Organisationsformen kommunaler Unternehmen

	Regiebetrieb	Eigenbetrieb	A.ö.R. (Kommunalunter- nehmen)	Zweckverband	GmbH	AG
eigene Rechtspersönlichkeit	nein		ja			
direkte Einwirkung der Trägerkommune	ja				nach Gesellschaftsvertrag	insbesondere Konzernierung mit Beherrschungsvertrag
eigenes Rechnungswesen / Haushaltsführung	nein	ja (Kameralistik/Doppik)		wie Kommunalunternehmen	ja, Doppik	ja, Doppik
Rechnungsprüfung	Rechnungsprüfungsamt	Rechnungsprüfungsamt oder Wirtschaftsprüfer	nach den geltenden handelsrechtlichen Bestimmungen §§ 316 ff. HGB	wie Kommunalunternehmen	nach Bestimmungen des HGB, zusätzliche Prüfung gemäß § 44 HGrG bei Beteiligung Bund/Land durch Rechnungshof, ähnliches kann die Gemeindeordnung vorsehen	nach Bestimmungen des HGB, zusätzliche Prüfung gemäß § 44 HGrG bei Beteiligung Bund/Land durch Rechnungshof, ähnliches kann die Gemeindeordnung vorsehen
Entgelt	Gebühren oder Preise				Preise	
Umsatzsteuerpflicht	je nach Art der Tätigkeit, nach neuester Rechtsprechung: bei Wettbewerbsverzerrungen				ja	
Körperschaftsteuerpflicht	je nach Art der Tätigkeit, gem. § 4 KStG: bei Betrieben gewerblicher Art				ja, aber zum Teil Vorteil durch Verrechnung mit defizitären Gesellschaften	
Personal	öffentliches Dienstrecht für Angestellte, Beamtenrecht für Beamte: Laufbahnsystem, „unflexible Stellenpolitik“, Beamtenprinzip auf Lebenszeit, hoher Kündigungsschutz, im Rahmen von Art. 33 IV GG auch Angestelltenverhältnis mit außertariflicher Bezahlung für Führungskräfte möglich. Mitbestimmung der Arbeitnehmer nach Bundespersonalvertretungsgesetz (BpersVG) und damit weitgehender als bei privatwirtschaftlichen Betrieben.				Gehälter liegen teilweise unterhalb des öffentlichen Bereichs; Leistungsprinzip (auch in Besoldung und Belohnung); privates Arbeitsrecht: Unternehmen gehören aber meist Arbeitgeberverbänden an, die Dienstrecht für anwendbar erklären, Personalpolitik dennoch flexibler, Personalvertretung nach Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG)	
Haftung	keine Haftungsbeschränkung (Rechtsstaatsprinzip, Sozialstaatsprinzip); andere Auffassung: Art. 115 GG kann auch als Verpflichtung zur Risikobegrenzung gelesen werden				beschränkt/Freistellung möglich - i. d. R. Beschränkung aufgrund kommunaler Vorgaben sogar erforderlich	

Quelle: Darstellung basierend auf eigenen Recherchen

2.3.2 Public-Private-Partnerships

1181. Oftmals wird bei öffentlichen Aufgaben nicht mehr trennscharf zwischen staatlichen und privaten Märkten unterschieden, sondern die Erfüllung der Aufgabe wird durch eine Partnerschaft privater Unternehmen und der öffentlichen Hand wahrgenommen. Diese Form der Zusammenarbeit hat in den letzten 10 bis 20 Jahren auch im kommunalen Bereich zugenommen und ist unter dem Begriff Public-Private-Partnership bekannt (PPP, Öffentlich-Private Partnerschaft). Tatsächlich lässt sich der Begriff PPP nicht eindeutig abgrenzen. Typischerweise handelt es sich jedoch um eine erweiterte Zusammenarbeit von öffentlicher Hand und privaten Investoren bei Infrastrukturprojekten, die sich über den gesamten Lebenszyklus des Projektes erstrecken kann. Markante Beispiele für PPP finden sich insbesondere bei größeren Infrastrukturprojekten wie Tunnel (etwa Eurotunnel), Brücken (etwa Vasco da Gama-Brücke in Portugal), Straßen (etwa Autobahnen in Frankreich) bzw. Mautsystemen (etwa TollCollect); es besteht jedoch auch auf kommunaler Ebene eine große Vielfalt an PPP-Projekten, z. B. beim Bau und Betrieb kommunaler Schulen und Kindertagesstätten, im Wasser/Abwasserbereich bei Anlagen- und Verteilnetzen sowie bei komplexen Entsorgungs- und Recyclinganlagen.

1182. Aufgaben der öffentlichen Hand werden entweder durch eine eigene Organisationsform bzw. durch ein kommunales Unternehmen erbracht oder möglichst genau definiert am Markt ausgeschrieben. Die Abgrenzung zwischen einer gewöhnlichen Ausschreibung von Dienstleistungen und einem erweiterten PPP-Modell ist dabei nicht ganz trennscharf. Es kann als ein Kernmerkmal von PPP-Projekten angesehen werden, dass diese die klassische Form der horizontalen und vertikalen Aufgabentrennung überwinden. Im klassischen Ansatz besteht bei Infrastrukturprojekten eine Zweiteilung: Während der Bau oder die Sanierung bzw. die nötige Bauplanung meist als private Aufgaben angesehen wurde, die durch Ausschreibungen vergeben wurden, waren Finanzierung und der Betrieb öffentlicher Infrastrukturen oft Aufgaben, die die öffentliche Hand mittels eigener Organisationsformen durchführte. Dementgegen wird bei PPP-Projekten eine Verzahnung dieser Prozesse angestrebt. Abhängig von der Aufgabenverteilung über die Prozessstufen eines Infrastrukturprojektes unterscheiden die „EU Guidelines for PPP“ verschiedene Grundmodelle von PPP.⁵⁰ Eine typische Form von PPP sieht z. B. vor, dass ein privates Unternehmen Finanzierung, Bau und Betrieb übernimmt, während das Eigentum bei der öffentlichen Hand verbleibt, die das Projekt zudem überwacht. Im Rahmen der Finanzierung darf der Private zudem ein Entgelt erheben bzw. wird an dem Entgelt beteiligt oder er erhält eine Finanzierung aus dem öffentlichen Haushalt.

1183. PPP-Projekte werden manchmal als eine besonders moderne und effiziente Umsetzung zur Erfüllung kommunaler Aufgaben dargestellt. Dies liegt insbesondere in der veränderten Risikoverteilung, da bei PPP-Projekten private Investoren häufig längerfristig und auch nach einer Bau- oder Sanierungsmaßnahme für ein Projekt verantwortlich sind. Allerdings erfordert die Entscheidung, eine Aufgabe in Form eines PPP-Projektes durchzuführen, eine differenzierte Betrachtung. Aus ökonomischer Sicht liegt der mögliche Vorteil einer Gestaltung öffentlicher Projekte als PPP vor allem in einer potenziellen Reduzierung typischer Informationsprobleme infolge unvollständiger Verträge und deren Auswirkungen auf die Projektkosten. Die in diesem Zusammenhang relevanten volkswirtschaftlichen Kosten entstehen bei Infrastrukturprojekten insbesondere durch die mit dem Projekt zusammenhängenden Risiken. Diese lassen sich vereinfacht unterscheiden in originäre Projektrisiken einerseits⁵¹ und andererseits Risiken aus dem Vertrag mit privaten Unternehmen, die mit bestimmten Aufgaben im Rahmen des Projektes betraut werden. Bei PPP geht es vor allem um die Reduzierung vertraglicher Risiken. Ist ein privater Auftragnehmer nur für einen Teilprozess eines Projektes verantwortlich – z. B. den Bau der Infrastruktur – dann besitzt er nach Vertragsschluss eventuell Anreize, seine Einsätze in das Projekt nur ungenügend zu leisten („Moral Hazard“). Bei PPP-Projekten trägt der private Partner hingegen für mehr bzw. für längerfristige Prozesse des Projektes die Ver-

50 Vgl. EU-Kommission, Guidelines for successful public-private partnerships, März 2003.

51 Z. B. Bau-, Instandhaltungs-, Betriebsrisiko wie Verzögerungen, Materialprobleme, schlechte Arbeitsleistung etc.; umwelttechnische Risiken wie Verzögerung wegen unvorhergesehener Einschränkungen wie geschützte Tierarten etc.; Nachfrage- und Umsatzschwankungen.

antwortung, sodass sich die vertraglichen Risiken dadurch im besten Fall reduzieren. Allerdings kann es durch PPP nicht nur zu einer Senkung, sondern auch zu einer Erhöhung von Risiken kommen, etwa weil aufgrund der umfangreicheren und längerfristigen Aufgaben für die privaten Partner, die Überwachungskosten der öffentlichen Hand steigen oder sich das Risiko einer Nachverhandlung oder Vertragsbeendigung aufseiten der privaten Vertragspartner erhöht.

1184. Neben einer genauen Kontrolle der Risikoaspekte ist vor allem das Finanzierungsmotiv vieler PPP-Projekte kritisch zu hinterfragen. Da die Finanzierung der Infrastrukturprojekte im Fall von PPP durch Private erfolgt, müssen Kommunen in vielen Fällen keinen Kredit in den Kernhaushalt einstellen. Vor diesem Hintergrund besteht das Problem, dass PPP-Projekte oberflächlich betrachtet eine einfachere Finanzierung eines Projektes ermöglichen. Tatsächlich erfolgt die Finanzierung jedoch aus zukünftigen Haushaltsmitteln bzw. aus einem Verzicht auf die Einnahmen aus dem Projekt. Die Schuld wird somit gestundet. Zudem muss der private Investor für die Übernahme von Projektrisiken voll entschädigt werden. Da die öffentliche Hand typischerweise bessere Kreditkonditionen erhält als Private, kann dies die Projektkosten faktisch erhöhen. In Deutschland wird auf dieses Problem mit dem Modell der „Forfaitierung mit Einredeverzicht“ reagiert, durch das jedoch faktisch viele Risiken auf die öffentliche Hand zurückverlagert werden.⁵²

1185. PPP-Modelle der Kommunen können in Einzelfällen zu einer ökonomisch effizienten Aufgabenerfüllung beitragen. Allerdings sind auf PPP basierte Infrastrukturprojekte vor dem Hintergrund der dargestellten Probleme genau zu hinterfragen. Verschiedene Beispiele wenig erfolgreicher kommunaler PPP-Projekte machen deutlich, dass die entstehenden Risiken hier häufig unterschätzt werden. Selbst wenn ein bestimmtes Projekt einer Kommune kostengünstig durch ein PPP-Modell realisiert werden kann, ist dies noch keine hinreichende Bedingung für die Effizienz einer Betätigung der Kommune bei dieser Aufgabe. Die Aufgabe sollte daher vor allem vor dem Hintergrund der in Abschnitt 2.1 und 2.2 dargestellten juristischen und ökonomischen Erwägungsgründe geprüft werden.

3 Allgemeiner Handlungsbedarf: Verbessern von Transparenz und Gebührenaufsicht.

3.1 Transparenz über kommunale Wirtschaftstätigkeit

1186. Die Monopolkommission hat die allgemeine Situation und die wettbewerblichen Wechselwirkungen kommunaler Wirtschaftstätigkeit untersucht. Ein Kernaspekt betrifft dabei die Transparenz des kommunalen Handelns.

1187. Für die besondere Wichtigkeit der Transparenz öffentlicher Tätigkeit besteht ein klarer theoretischer Bezugsrahmen.⁵³ Werden Kommunen unternehmerisch tätig, dann stehen den durch kommunale Unternehmen erzielten Leistungen auch Risiken gegenüber, durch die Auswirkungen auf die kommunalen Haushalte und den Wettbewerb entstehen können. Entscheidungsträgern obliegt es, dieses Verhältnis aus Leistung und Risiko abzuwägen und bei kommunalen Unternehmen auf eine effiziente Betriebsführung zu achten. Pflichtmitglieder einer Kommune sind die gebietsangehörigen Bürger. Gestaltungsaufgaben werden jedoch von Bürgern (als Auftraggeber) durch Wahlen auf Mandatsträger (gewählte Politiker) übertragen, die die verschiedenen Interessen bei den Gestaltungsaufgaben der Selbstverwaltung abbilden sollen. Politiker mit Mandat im Hauptorgan einer Kommune – dem Rat – sind wiederum Auftraggeber der Verwaltung und der öffentlichen Beteiligungen. Die Mittelbarkeit des Verhältnisses zwischen Auftraggeber und Handelnden

⁵² Bei diesem Modell verkauft die Projektgesellschaft bzw. der private Partner seine Forderungen gegenüber der öffentlichen Hand an den Kreditgeber. Die öffentliche Hand verzichtet zusätzlich auf Einreden, d. h. sie kann Zahlungen bei Schlecht- oder Nichtleistung des Projektpartners nicht zurückhalten. Auch wenn die Wirkung dieser Konstruktion einer Bürgschaft sehr ähnlich ist, handelt es sich juristisch betrachtet nicht um eine solche.

⁵³ Theoretischer Bezugsrahmen für die Analyse solcher Konstellationen sind die „Prinzipal-Agent-Theorie“, aber auch alternative Untersuchungsansätze wie die „Stewardship-Theorie“ und die „Stakeholdertheorie“. Die hier nachfolgend dargelegte konkrete Dringlichkeit von Transparenzvorgaben im kommunalen Bereich ist letztlich mit allen theoretischen Ansätzen kompatibel.

kann jedoch ursächlich dafür sein, dass die Ergebnisse der Wirtschaftstätigkeit nicht zwingend mit dem Bürgerwillen übereinstimmen. Ein Grund dafür liegt häufig in Informationsproblemen, wegen denen die Auftraggeber die ausführenden Organe und Organisationen nicht geeignet steuern können.

1188. Damit Informationsprobleme reduziert werden und sowohl Bürger als auch politische Entscheidungsträger die Risiken aus der kommunalen Unternehmertätigkeit entsprechend bewerten können, sollte gerade das kommunale Handeln ausreichend transparent sein und durch einen effizienten Ordnungsrahmen gesteuert werden. Entsprechende Transparenzpflichten der Kommunen sind insbesondere in den jeweiligen Gemeindeordnungen der Bundesländer angelegt. Kommunen sind danach verpflichtet, ihre Finanzen in einem Haushalt zu planen und anschließend darzustellen. Kommunale Haushalte werden entsprechend den Regelungen der Gemeindeordnungen öffentlich bekannt gemacht.⁵⁴ Sie werden i. d. R. in der Kommune bereits in der Entwurfsphase ausgelegt. Neben dem Haushalt besteht auch die Pflicht zur Erstellung eines Jahresabschlusses.

1189. Grundsätzlich gilt für die öffentliche Haushaltsführung eine Vielzahl von Transparenzvorschriften. Zu den allgemeinen Grundsätzen gehört insbesondere das Prinzip der Klarheit und Wahrheit.⁵⁵ Auch vor diesem Hintergrund sollten Finanzbeziehungen und sämtliche Risiken aus Unternehmensbeteiligungen der Kommunen deutlich aus den Haushalten oder angehängten Berichten hervorgehen. Die relativ komplexen Regelungen zur kommunalen Haushaltsführung ermöglichen jedoch insbesondere im Hinblick auf Unternehmensbeteiligungen nicht immer eine ausreichende Transparenz über die von der Kommune eingegangenen Risiken. Dafür bestehen verschiedene Ursachen, auf die nachfolgend näher eingegangen wird.

3.1.1 Zunehmende Transparenz und Vergleichbarkeit durch neue Rechnungslegung

1190. Die traditionell in Kommunen praktizierte Form der Haushaltsführung ist die Kameralistik. Der Haushalt dient danach der planerischen Erfassung von Einnahmen und Ausgaben in Haushaltsrubriken. Der Kernhaushalt, in dem die laufenden Einnahmen und Ausgaben verbucht werden, wird in Kommunen gewöhnlich als Verwaltungshaushalt bezeichnet, während Vorgänge, die das Vermögen betreffen, gesondert im sogenannten Vermögenshaushalt verbucht werden. Im Unterschied zur kameralen Haushaltsführung wird in Wirtschaftsbetrieben stets die kaufmännische Buchführung angewendet, die auch als doppelte Buchführung oder Doppik bezeichnet wird. Schon seit mehreren Jahrzehnten bestehen im Rahmen der Reform des kommunalen Haushalts- und Rechnungswesens zunehmend erfolgreiche Anstrengungen, die Doppik auch in der kommunalen Haushaltsführung zu verwenden.⁵⁶

Die wesentlichen Unterschiede zwischen Kameralistik und Doppik werden an den Zielen beider Systeme deutlich. Durch die kamerale Buchführung soll vor allem die Ausführung des Haushaltsplanes hinsichtlich der Deckung der Ausgaben nachgewiesen werden. Unabhängig von der Art der Haushaltsführung besteht stets ein Gesamtdeckungsprinzip, wonach (über Verwaltungs- und Vermögenshaushalt hinweg) alle Positionen in Relation zueinander zu einem ausgeglichenen Haushalt führen sollen. Die Doppik zielt demgegenüber darauf, Gewinne und Verluste dadurch sichtbar zu machen, dass einerseits Aufwendungen und Erträge festgehalten werden und andererseits gleichzeitig das Vermögen ermittelt wird.

1191. Einnahmen und Ausgaben kommunaler Unternehmen sind – mit Ausnahme von Regiebetrieben – nicht im Kernhaushalt und dessen Jahresabschluss erfasst. Einen Überblick über die kommunalen Be-

⁵⁴ Z. B. § 7 Abs. 4 Satz 1 GO NRW.

⁵⁵ Der Haushaltsgrundsatz der Haushaltswahrheit und der Haushaltsklarheit wird unter anderem aus den Bestimmungen der §§ 10 und 11 Haushaltsgrundsatzgesetz (HGrG) abgeleitet. Öffentliche Haushalte müssen strukturiert aufgebaut sein und dürfen keine Tatsachen verschleiern.

⁵⁶ Für die kommunale Ebene hat insbesondere die Innenministerkonferenz (IMK) am 21. November 2003 die Zielsetzung der Umstellung auf die doppelte Buchführung für die deutschen Kommunen beschlossen. Vgl. Beschlüsse der 173. Sitzung der ständigen Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder am 21. November 2003 in Jena.

teilungen gibt daher vor allem der sogenannte kommunale Gesamtabchluss. Dabei handelt es sich um einen neueren Ansatz der öffentlichen Haushaltsführung, um die Transparenz über öffentliche Beteiligungen zu verbessern. Der Gesamtabchluss basiert auf dem Gedanken, dass eine Kommune – vergleichbar mit einer Konzernholding – neben der Kernverwaltung auch verschiedene Beteiligungen hält, deren Einzelabschlüsse im Gesamtabchluss der Holding zusammengefasst werden. Ein kommunaler Gesamtabchluss soll daher den Jahresabschluss des Kernhaushaltes und die Einzelabschlüsse überschaubar machen. Hierin werden zudem Einzelabschlüsse der Beteiligungen angelegt. Sehen die Bundesländer für ihre Kommunen die Erstellung eines Gesamtabchlusses vor, dann gelten für diesen i. d. R. dieselben Veröffentlichungspflichten wie im Fall des normalen Haushaltes; dabei ist z. B. eine Online-Veröffentlichung auf der Webseite der Kommune i. d. R. Möglich, aber nicht verpflichtend.

1192. Da der Gesamtabchluss jedoch auf dem Gedanken basiert, einen Überblick über das wirtschaftliche Ergebnis (Gewinn/Verlust) einer Kommune mit all ihren Tätigkeitsfeldern zu geben, liegt ihm notwendigerweise auch die kaufmännische Form der Rechnungslegung zugrunde. Vor diesem Hintergrund wird die Einführung der doppelten Buchführung in der Kommunalverwaltung für die Erstellung eines Gesamtabchlusses regelmäßig vorausgesetzt. Obgleich der kommunale Gesamtabschluss die Transparenz über die Beteiligungen der Kommunen tendenziell erheblich verbessert, wird er erst nach und nach von den Bundesländern verpflichtend eingeführt. Während die Erstellung z. B. in Nordrhein-Westfalen seit 2010 obligatorisch ist, haben Kommunen in Baden-Württemberg noch bis 2018 für eine Umstellung Zeit. In Bayern, Thüringen und Schleswig-Holstein ist die doppelte Buchführung lediglich optional, ein kommunaler Gesamtabschluss muss erst in Folge der freiwilligen Umstellung mit zeitlichem Abstand erstellt werden. Berlin ist das einzige Bundesland, in dem derzeit keine Pläne bekannt sind, für den städtischen Haushalt auf doppelte Buchführung und die Erstellung eines Gesamtabchlusses umzustellen.

3.1.2 Unterschiede in den Beteiligungsberichtspflichten der Bundesländer

1193. Solange noch nicht alle Kommunen einen kommunalen Gesamtabchluss vorlegen müssen, wird eine Transparenz kommunaler Wirtschaftstätigkeit vor allem durch den sogenannten Beteiligungsbericht hergestellt. Dieser von einer Kommune gewöhnlich jährlich anzufertigende Bericht dient primär dazu, einen komprimierten und strukturierten Überblick über die wirtschaftliche Lage all derjenigen Unternehmen zu geben, an denen die berichtende öffentliche Gebietskörperschaft direkt oder indirekt beteiligt ist. Dadurch sollen sich vor allem die Risiken der kommunalen Tätigkeit einschätzen lassen. Darüber hinaus enthalten die Beteiligungsberichte, je nach Bundesland, auch weitere Informationen über kommunale Beteiligungen, z. B. den öffentlichen Zweck, dem eine Beteiligung dient.⁵⁷

1194. Die Erstellung und Veröffentlichung eines Beteiligungsberichtes ist grundsätzlich in nahezu allen Gemeindeordnungen der Bundesländer vorgesehen.⁵⁸ Teilweise werden Inhalte, die auch im Beteiligungsbericht stehen könnten, in gesonderten Berichten dargelegt; so wird z. B. in Nordrhein-Westfalen der Beteiligungsbericht um einen Lagebericht ergänzt. Inhaltlich unterscheiden sich die tatsächlichen Berichtspflichten zwischen den Bundesländern allerdings erheblich.⁵⁹ Unterschiede betreffen insbesondere den Umfang der von der Berichtspflicht umfassten kommunalen Beteiligungen (Berichtskreis) sowie die Vorgaben über die Darstellung von Sachverhalten und Publikationspflichten:

⁵⁷ Vgl. Abschnitt 2.1 in diesem Kapitel.

⁵⁸ § 118 Abs. 2-3 GO LSA; § 105 Abs. 2-4 GemO Bad.-Württ.; Art. 94 Abs. 3 BayGO; § 98 Nr. 3 BbgKVVerf.; § 73 Abs. 3 KV M-V; § 151 NKkomVG; § 117 GO NW, § 90 Abs. 2 GemO Rheinl.-Pfalz; § 115 Abs. 2 KSVG Saarl.; § 99 SächsGO; § 75a ThürKO; § 123a Abs. 1 HGO. Mecklenburg-Vorpommern sieht als Besonderheit eine Befreiung von der Berichtspflicht vor, wenn die Kommune die doppelte Buchführung anwendet.

⁵⁹ Einzelne inhaltliche Vorgaben können neben der Gemeindeordnung auch in gesonderten Verordnungen normiert sein.

Berichtskreis:

- Erfasst werden teils nur privatrechtliche (Baden-Württemberg, Bayern, Hessen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Thüringen), teils alle (Sachsen, Brandenburg, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein) kommunalen Unternehmen.
- Der kritische Beteiligungsanteil ist unterschiedlich geregelt; einzelne Beteiligungsberichte umfassen alle Beteiligungen, ohne einen kritischen Prozentsatz vorzusehen.
- Teilweise werden nur unmittelbare, teilweise auch mittelbare Beteiligungen, in unterschiedlichen Konstellationen mit der Rechtsform der Beteiligung in die Berichtspflicht eingeschlossen.

Inhalte/Veröffentlichung:

- Pflicht zur Definition des öffentlichen Zwecks einer Beteiligung (Baden-Württemberg, Bayern, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen-Anhalt, Thüringen).
- Der Beteiligungsbericht kann durch einen Gesamtabchluss ersetzt werden (Baden-Württemberg, Niedersachsen, Thüringen) oder wird diesem beigelegt (Brandenburg, Nordrhein-Westfalen).
- Die Einsichtnahme in den Beteiligungsbericht ist geregelt (Bayern, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Saarland, Sachsen – nicht für Bürger: Rheinland-Pfalz, Thüringen).
- Offenlegung der Finanzbeziehungen der Beteiligungen mit der Gemeinde und Gewährleistungen (Brandenburg, Nordrhein-Westfalen, Sachsen).
- Offenlegung von Kapitalzuführungen und -entnahmen durch die Gemeinde sowie Auswirkungen auf Gemeindehaushalt (Mecklenburg-Vorpommern, Hessen, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Sachsen-Anhalt, Thüringen).
- Keine Angaben zu Inhalt (Schleswig-Holstein, Brandenburg).

1195. Die sehr unterschiedlichen Regelungen haben zur Folge, dass bestimmte wesentliche Informationen über kommunale Beteiligungen und deren Risiken nicht in allen Bundesländern gleichermaßen transparent sind. Die verschiedenen Vorgaben zur Publikation der Beteiligungsberichte erschweren zudem eine Transparenz für die Bürger über die dadurch entstehenden Risiken der eigenen Gebietskörperschaft.

3.1.3 Verbesserung der Transparenz über kommunale Wirtschaftstätigkeit notwendig

1196. Die Monopolkommission begrüßt, dass die Kommunen durch die zunehmende Veröffentlichung von kommunalen Gesamtab schlüssen und anliegenden Einzelabschlüssen von Unternehmensbeteiligungen die Transparenz über ihre Wirtschaftstätigkeit verbessern. Auch die Veröffentlichung von Beteiligungsberichten begrüßt die Monopolkommission ausdrücklich. Allerdings verpflichten bisher noch nicht alle Bundesländer ihre Kommunen zur Veröffentlichung eines Gesamtab schlusses einschließlich aller Einzelabschlüsse der Beteiligungen. Zudem reduzieren die sehr unterschiedlichen Vorgaben der Länder zu den Inhalten von Beteiligungsberichten oftmals sowohl die Transparenz über kommunale Beteiligungen als auch die Vergleichbarkeit kommunaler Wirtschaftstätigkeit untereinander.

1197. Insbesondere solche Angaben über kommunale Beteiligungen, die nicht aus einem eventuell vorgelegten Gesamtab schluss hervorgehen, jedoch für Risiko und Wettbewerbseffekte verantwortlich sein können, sollten nach Auffassung der Monopolkommission durch die Beteiligungsberichte ausgewiesen werden. Auch wenn Kommunen einen Gesamtab schluss vorlegen, dann sollte dieser bestimmte

Informationen enthalten oder durch einen entsprechenden Beteiligungsbericht mit diesen Angaben ergänzt werden. Die Monopolkommission empfiehlt den Bundesländern daher, ihre Gemeindeordnungen auf bestimmte grundlegende Transparenzstandards hin zu überprüfen.

1198. Konkret schlägt die Monopolkommission vor, dass Vorgaben zur Erstellung der Beteiligungsberichte die folgenden Angaben enthalten oder diese aus einem eventuellen Gesamtabschluss hervorgehen sollten:

- Erfassung aller kommunalen Beteiligungen, unabhängig von der Rechtsform oder der Höhe der Beteiligung.
- Wichtige Erfolgskennziffern dieser Beteiligungen (Überschuss, Verlust) und Darstellung der Vermögenssituation.
- Offenlegung sämtlicher Finanzbeziehungen kommunaler Unternehmen zur Kommune und zwischen den Beteiligungen untereinander (insbesondere Gewinnabführung, Verlustausgleich).

1199. Eine Kommune sollte zudem die durch eine Beteiligung eingegangenen Risiken und mögliche Wettbewerbsprobleme berücksichtigen. Die Gemeindeordnungen sehen bereits heute vor, dass kommunale Wirtschaftstätigkeit einem öffentlichen Zweck dienen und zu dessen Erfüllung erforderlich sein muss.⁶⁰ Die Beteiligungsberichte bieten den Kommunen eine geeignete Möglichkeit darzustellen, wie weit diesen gesetzlichen Anforderungen Rechnung getragen wurde. Die Monopolkommission begrüßt daher, dass einzelne Bundesländer die Darstellung des öffentlichen Zwecks der Beteiligungen in den Beteiligungsberichten verpflichtend geregelt haben. Sie schlägt in diesem Zusammenhang allen Bundesländern vor, eine entsprechende Vorgabe in ihre Gemeindeordnungen aufzunehmen. Zudem erachtet die Monopolkommission eine Erweiterung dieser Vorgabe als zielführend. Danach sollten die Kommunen neben der Darlegung des öffentlichen Zwecks einer Beteiligung auch erläutern, wie diesem öffentlichen Zweck im abgelaufenen Berichtsjahr konkret nachgekommen wurde. Dies könnte geschehen, indem die Kommunen die durch die Beteiligungen erbrachte öffentliche Wertschöpfung des kommunalen Unternehmens im laufenden Jahr beschreiben und bewerten.

1200. Einen Mangel an Transparenz über die kommunalen Beteiligungen sieht die Monopolkommission zudem in den Publikationspflichten gegeben. Diese erscheinen zu restriktiv, um den Bürger als obersten Auftraggeber der kommunalen Tätigkeit umfassend zu informieren. Vor diesem Hintergrund ist kaum zu rechtfertigen, dass die Vorgaben für privatrechtliche Unternehmen teilweise erheblich strikter sind als für Kommunen. Die Monopolkommission schlägt daher vor, die Pflicht zur Veröffentlichung von Gesamtabschlüssen und Beteiligungsberichten in allen Bundesländern erheblich auszuweiten. Die Veröffentlichung der Berichte sollte stets verpflichtend sein und zudem nach Möglichkeit eine Online-Publikation auf der Webseite der Gebietskörperschaft umfassen.

3.2 Gebührenaufsicht und Gebührentransparenz

3.2.1 Warum Entgelte kommunaler Unternehmen kontrollieren?

1201. Die Tätigkeit von kommunalen Kommunen wird meist durch spezielle Entgelte für die erstellten Leistungen finanziert. Der Festlegung dieser Entgelte kommt dabei wohlfahrtsökonomisch eine besondere Bedeutung zu. Die von privaten Unternehmen im Wettbewerb verlangten Entgelte – gewöhnlich als Preise bezeichnet – stellen einen Tauschwert für die erbrachte Leistung dar. Durch den aktiven Wettbewerb zwischen den Unternehmen sind diese gezwungen, ihre eigenen Ressourcen, die zur Erstellung der Leistung erforderlich sind, möglichst effizient einzusetzen. Nur so können sie die Nachfrage mit einem attraktiven Preis bzw. einer – in Relation zu diesem Preis – hohen Qualität ihrer Güter bedienen und somit verhindern,

⁶⁰ Vgl. Abschnitt 2.1 in diesem Kapitel.

dass Nachfrager zur Konkurrenz abwandern. Preisen kommt daher auf Wettbewerbsmärkten eine wichtige Steuerungs- und Signalfunktion zu.

Ein Problem vieler Leistungen kommunaler Unternehmen ist jedoch darin zu sehen, dass diese oftmals keinem bzw. keinem ausreichend wirksamen Preis- oder Qualitätswettbewerb ausgesetzt sind. Dies hängt damit zusammen, dass Leistungsbereiche, z. B. Versorgung mit Trinkwasser, die Abwasserbeseitigung oder die Verteilnetze für Strom und Gas, natürliche Monopole darstellen und damit stets durch eine wettbewerbsarme Marktstruktur gekennzeichnet sind. Fällt der Wettbewerb jedoch als Kontrollinstrument für die Entgelte kommunaler Unternehmen aus, ist die Frage zu stellen, ob in Bezug auf kommunale Unternehmen andere Schutzinstrumente bestehen, die den Bürger vor überhöhten Entgelten schützen.

1202. Häufig stellt sich bei der Diskussion um die Höhe der Entgelte kommunaler Unternehmen die Frage nach der Relevanz einer Entgeltaufsicht. Ein auch gegenüber der Monopolkommission insbesondere von Kommunalverbänden geäußertes Argument gegen die Notwendigkeit einer strengen Aufsicht lautet, dass ein überhöhtes Entgelt für die Inanspruchnahme einer öffentlichen Leistung der Finanzierung von anderen öffentlichen Leistungen und damit wieder dem Bürger zugutekomme. Diese wohlwollende Ansicht gegenüber überhöhten Entgelten für öffentliche Leistungen greift jedoch zu kurz, da die Fragen nach der Wirtschaftlichkeit der Leistungserstellung sowie nach den Verteilungswirkungen dabei konsequent aus der Betrachtung ausgeschlossen werden. Tatsächlich haben überhöhte Preise zum einen Ineffizienzen zur Folge, die sich z. B. in einer unwirtschaftlichen Organisation der Leistungserstellung niederschlagen können. Die Kosten der Leistungserstellung sind dann höher als notwendig und müssen von den Bürgern finanziert werden. Zudem ist es anreiz- und verteilungspolitisch abzulehnen, dass nur der Kreis der Nutzer einer bestimmten öffentlichen Leistung (z. B. Müllabfuhr) durch überhöhte Gebühren die Nutzer einer anderen bestimmten öffentlichen Leistung (z. B. Kindertagesstätten) finanziert.⁶¹

1203. Im Hinblick auf die Festlegung von Entgelten für öffentliche Leistungen ist weiterhin die Bedeutung der besonderen demokratischen Entscheidungsfindung zu klären. Je nachdem, ob eine öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Unternehmensform für ein kommunales Unternehmen gewählt wurde, nehmen die Kommunen über unterschiedliche Wege auf dessen Entgelte Einfluss. Gebühren, die von kommunalen Unternehmen in öffentlich-rechtlicher Organisationsform erhoben werden, werden durch das Hauptorgan einer Kommune, die gewählten Mitglieder eines Stadt- oder Gemeinderates, durch eine Satzung festgelegt. Auch auf die Preise privatrechtlicher Unternehmen besteht ein direkter oder indirekter Einfluss durch Stadt- und Gemeinderäte der Kommunen. Kommunen bringen vor, dass durch die Wahl des Gemeinderates ein demokratischer Einfluss der Bürger auf die Entgelte kommunaler Unternehmen ausgeübt werde und auf diese Weise bereits eine hinreichende, demokratisch legitimierte Entgeltaufsicht bestehe.

Zur Klärung, ob durch die demokratische Festlegung von Entgelten in deutschen Kommunen eine wirksame Effizienzkontrolle kommunaler Leistungen im Sinne der Bürger ausgeübt wird, ist jedoch eine weitergehende Überlegung anzustellen. Dabei ist die Frage zu stellen, ob sich durch die gegebenen wettbewerblichen Reaktionskanäle in Form von Wahlen des eigenen Wohnortes und der dortigen Volksvertretung („Exit“ und „Voice“)⁶² in jedem Fall ein ausreichender Druck entfaltet, der in der Lage ist, Effizienz und Preise kommunaler Aufgaben vergleichbar wirksam zu kontrollieren, wie dies unter Wettbewerb auf den Produktmärkten der Fall wäre.⁶³ Es sind jedoch Zweifel angebracht, dass durch die demokratische

61 Sofern ein allgemeines Interesse an einer Leistung besteht, das eine gemeinschaftliche Finanzierung rechtfertigt, kann es allerdings ordnungspolitisch geboten sein, im Umfang dieses allgemeinen Interesses die Leistung ganz oder teilweise aus allgemeinen Steuermitteln vorzusehen. Steuern sind jedoch unspezifische Abgaben, weshalb diese Finanzierung abzugrenzen ist von einer solchen durch die Nutzer einer anderen Leistung.

62 Die Kontrolle der Bürger durch die Stimmabgabe bei Wahlen („Voice“) und die weitere Option eines Umzuges in eine andere Kommune („Exit“) sind zwei wesentliche Reaktionsmöglichkeiten des demokratischen Systems, die potenziell auch die Höhe kommunaler Entgelte kontrollieren. Hirschman, A.O., Exit, Voice and Loyalty. Responses to Decline in Firms, Organizations and States, Cambridge 1970.

63 Zur tendenziell geringeren Effizienz kommunaler Unternehmen vgl. Tz. 1156. Ein weiteres Beispiel findet sich

Legitimation eine ausreichende Kontrolle durch die Bürger erfolgt. Gründe für Kontrollprobleme liegen z. B. in der oftmals unzureichenden Transparenz über Effizienz und Kosten kommunaler Unternehmen, und vor allem darin, dass Wahlentscheidungen von sehr vielen Faktoren abhängen.

1204. Den dargestellten Problemen einer alleinigen demokratischen Legitimation von Entgelten für öffentliche Leistungen wird dadurch Rechnung getragen, dass die Preissetzung kommunaler Unternehmen nicht allein der indirekten Entscheidungsfindung durch die Bürger unterliegt, sondern die Rechtsordnung auch in diesem Fall verschiedene Vorgaben macht und zudem Formen der Entgeltaufsicht vorsieht:

- **Entgeltregulierung:** Im Falle bestimmter natürlicher Monopole werden die Preise von privaten und öffentlichen Unternehmen durch Regulierungsgesetze bestimmt. Die Einhaltung der Vorgaben wird typischerweise durch eine Regulierungsbehörde kontrolliert. Ein Beispiel, durch das z. B. viele kommunale Stadtwerke betroffen sind, ist die Regulierung der Entgelte für Strom- und Gasnetze.
- **Kartellrechtliche Entgeltaufsicht:** Unternehmen, die auf Märkten tätig sind, auf denen sie eine marktbeherrschende Stellung besitzen, unterliegen den Vorgaben des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Besonders relevant sind Begrenzungen der Entgelte gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 2 und 3 GWB. Von diesen Vorschriften waren Unternehmen der öffentlichen Hand bis vor Kurzem vor allem deshalb häufig betroffen, da sie oftmals auf natürlichen Monopolmärkten tätig sind (z. B. in der Wasserversorgung), auf denen sie entsprechend eine marktbeherrschende Stellung besitzen. Allerdings werden durch die Vorgaben des GWB seit der Novelle des Gesetzes im Jahr 2013 nur noch Preise erfasst, während Gebühren und Beiträge nun gemäß § 130 Abs. 1 S. 2 GWB explizit ausgenommen werden. In Einzelfällen ist die Anwendbarkeit europäischen Wettbewerbsrechts zu prüfen.⁶⁴ Die Prüfung der kartellrechtlichen Vorgaben erfolgt durch die Kartellbehörden oder privat-initiativ.
- **Kommunalrechtliche Gebührenaufsicht:** Für die Erzielung öffentlich-rechtlicher Einnahmen stellen die Kommunalabgabengesetze der Bundesländer die wichtigste Rechtsgrundlage dar. Sie enthalten verschiedene Regelungen, die sich auf die Zulässigkeit von Entgelten – insbesondere von Gebühren – und auf deren Höhe auswirken. Die Ausübung von Kontrollaufgaben ist im Rahmen der Gebührenaufsicht zweigeteilt: Auf der einen Seite sind in den Gemeindeordnungen länderspezifisch entsprechende Aufgaben der Aufsichtsbehörden vorgesehen, auf der anderen Seite üben auch die Verwaltungsgerichte auf Klagen von Bürgern hin eine Gebührenaufsicht aus.

1205. Die dargestellten Formen der Entgeltaufsicht dienen dazu, den Bürger vor hohen bzw. ineffizienten Leistungsentgelten zu schützen. Sie greifen vorzugsweise dann ein, wenn Entgelte nicht durch wirksamen Wettbewerb am Markt kontrolliert werden. Nachfolgend sollen Möglichkeiten und Praxis zur Bewertung kommunaler Entgelte durch die Aufsicht diskutiert werden, um festzustellen, ob hier eine Schutzlücke gegeben ist.

3.2.2 Konzepte zur Aufsicht über Entgelte kommunaler Unternehmen

1206. In Fällen, in denen die Höhe von Entgelten kommunaler Unternehmen nicht durch den Wettbewerb determiniert wird, stellt sich die zentrale Frage, an welchem Maßstab sich eine effiziente Entgelthöhe messen lässt und welche Wirkung eine entsprechende Festlegung dieses Maßstabes entfaltet. Aus ökonomischer Sicht handelt es sich bei einem effizienten Entgelt um eines, das sich hypothetisch bei wirksamem Wett-

auch in den Ergebnissen einer Analyse der Monopolkommission zu den Preisen kommunaler Stadtwerke im Vergleich zu privatwirtschaftlichen Unternehmen, vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 59, Energie 2011: Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten, Baden-Baden 2011, Tz. 695.

⁶⁴ Typischerweise scheidet die Anwendung europäischen Wettbewerbsrechts jedoch bereits aufgrund des regionalen Charakters kommunaler Leistungen und des deshalb häufig nicht vorhandenen zwischenstaatlichen Bezuges aus. Vgl. Schmidt, K./Weck, T., Kartellrechtliche Effizienzkontrolle kommunaler Gebühren nach der 8. GWB-Novelle, NZKart 9/2013, S. 343 ff.

bewerb einstellen würde. Bei Kenntnis des wettbewerbskonformen Entgeltes und dessen Festlegung für die kommunale Leistung spricht man auch von einem Als-ob-Wettbewerb, der einen Preisdruck auf das kommunale Unternehmen ausübt. Ein kommunales Unternehmen, das gezwungen wäre, seine Entgelte nach diesem Maßstab festzusetzen, wäre gleichfalls gezwungen, effizient mit seinen Ressourcen umzugehen, vergleichbar damit, wie dies auf einem Wettbewerbsmarkt der Fall wäre.⁶⁵ Ein Hauptproblem dieses Ansatzes der Entgeltaufischt ist jedoch die Bestimmung des fiktiven Wettbewerbsentgeltes.

1207. In der Praxis werden zur Bestimmung der wettbewerbskonformen Entgelthöhe – dem Entgeltmaßstab – vor allem zwei Methoden angewendet: Zum einen der Vergleich mit dem Preis, der sich auf anderen, i. d. R. vor allem räumlich abweichenden Märkten eingestellt hat (Vergleichsmarktkonzepte), zum anderen eine an bestimmten Kosten der Leistung orientierte Berechnung des wettbewerbskonformen Entgeltes (Kostenkonzepte). Beide Formen der Berechnung des Entgeltmaßstabes weisen praktische Vor- und Nachteile auf und sind für unterschiedliche Anwendungszwecke geeignet.

1208. Bei der Anwendung eines Vergleichsmarktkonzeptes liegt ein wichtiger Vorteil darin, dass das zum Vergleich herangezogene Entgelt im besten Fall alle möglichen relevanten Einflüsse wirksamen Wettbewerbs beinhaltet und damit einen realistischen Effizienzmaßstab darstellt. In der Praxis bestehen allerdings auch verschiedene Probleme mit der Anwendung eines Vergleichsmarktkonzeptes, unter denen vor allem die folgenden relevant sind:

- Marktstruktur der Vergleichsmärkte: Eine zentrale Schwierigkeit, die vor allem bei kommunalen Leistungen oft auftritt, besteht darin, einen adäquaten Vergleichsmarkt zu finden, auf dem – anders als im überprüften Markt – Wettbewerb herrscht bzw. die Preise durch Wettbewerb determiniert werden. Denn typischerweise sind Leistungen wie z. B. die Wasserversorgung, die in einer Kommune ein natürliches Monopol darstellen, auch in anderen Kommunen durch eine Monopolstellung der Kommune gekennzeichnet. In diesem Fall würde auch das Vergleichsentgelt nicht durch den Wettbewerb kontrolliert. Hilfsweise lassen sich in diesen Fällen jedoch auch Vergleiche der Monopolentgelte anstellen.
- Singularität der Entgelte: Ein weiteres Problem besteht in der Vergleichbarkeit der Entgelte selbst. Für viele Leistungen besteht kein singuläres transparentes Entgelt, sondern das Entgelt ist durch mehrteilige Tarife, nachträgliche Rabatte oder Nachfragerdifferenzierungen gekennzeichnet, wodurch die Vergleichbarkeit erschwert wird. Eine typische Lösung für dieses Problem stellt die Anwendung eines Erlösvergleiches dar. Danach werden alle Erlöse, die für eine bestimmte Leistung erzielt wurden, für einen Abrechnungszeitraum (i. d. R. ein Jahr) addiert und auf eine Einheit der Leistung normiert. Der so errechnete Erlös ermöglicht zwar eine Vergleichbarkeit, kann allerdings nur aus meist nicht-öffentlichen Daten der Unternehmen ermittelt werden.
- Vergleichbarkeit der Märkte: Aus der sachlichen Vergleichbarkeit einer Leistung bzw. eines Produktes ergibt sich nicht automatisch auch eine Vergleichbarkeit des Entgeltes. Vielmehr ergibt sich der wettbewerbsadäquate Preis aus den Opportunitätskosten aller effizient eingesetzten Ressourcen. Insofern können bestimmte Kostenunterschiede auch Unterschiede im Entgeltmaßstab begründen. Ein Beispiel stellen Infrastrukturen dar, die aufgrund unterschiedlicher topologischer Merkmale auch unterschiedliche Kosten verursachen können, ohne dass dies zwingend auf fehlende Effizienz zurückzuführen wäre.

1209. Ein Vorzug von Kostenkonzepten ist deren Robustheit gegenüber bestimmten Schwächen des Vergleichsmarktkonzeptes, z. B. dem Problem sachlich gerechtfertigter Kostenunterschiede zwischen verschiedenen Märkten, die im Vergleichsmarktkonzept nur schwer zu berücksichtigen sind. Konzepte auf Basis

⁶⁵ Allerdings wird durch die Entgeltfestlegung nicht zwingend gleichzeitig auch die Qualität der Leistung optimal festgelegt. Dennoch stellt sich in konkreten Märkten aufgrund paralleler Qualitätsvorgaben oder homogener Gutsanforderungen oftmals ein superiores, aber nicht zwingend wohlfahrtsoptimales Ergebnis ein.

einer Prüfung der Kosten basieren auf der Idee, die Kosten eines Wettbewerbsmarktes zu ermitteln und aus ihnen einen wettbewerbsadäquaten Preis zu kalkulieren. Die Kostenkontrolle birgt jedoch auf der anderen Seite ihrerseits verschiedene Schwierigkeiten:

- **Effizienzkosten:** Ein Grundproblem bei der Kalkulation eines wettbewerbsadäquaten Entgeltes aus den Kosten besteht darin, zwischen Kosten aufgrund von Ineffizienzen und den Kosten, die bei effizienter Betriebsführung anfallen, zu unterscheiden. Letztere Kosten werden in der Regulierungsökonomik auch als Kosten der effizienten Leistungserstellung bezeichnet und fließen in ein wettbewerbskonformes Entgelt mit ein. Zu diesen gehören z. B. auch Kapitalkosten, deren Ermittlung ein gesondertes Problem darstellt.
- **Gemeinkosten:** In der Realität bieten fast alle Unternehmen mehrere Produkte an. Bei diesen Mehrproduktunternehmen besteht das Problem der Zuordnung von Gemeinkosten. Da es keinen objektiv richtigen Maßstab für die Zuordnung von Gemeinkosten im Rahmen der Kostenträgerrechnung gibt, muss den Unternehmen die richtige Zuordnung der Gemeinkosten vorgegeben werden, um diese überprüfbar zu machen.
- **Aufwand:** Der Aufwand einer Kostenkontrolle, der Erhebung, Prüfung und Zuordnung von Kosten und der Berücksichtigung von Lösungsansätzen für die zuvor genannten Probleme ist in den meisten Fällen extrem hoch und übersteigt typischerweise den bei einer erfolgreichen Anwendung des Vergleichsmarktkonzeptes notwendigen Aufwand.

1210. Neben den genannten Vor- und Nachteilen der unterschiedlichen Kontrollkonzepte hat zudem der Zeitpunkt eine wichtige Auswirkung auf deren Anwendbarkeit. Sollen zulässige Entgelte vorab genehmigt oder durch einen Dritten festgelegt werden (Ex-ante-Aufsicht), so besteht vor allem eine höhere Rechtsicherheit für die betroffenen Unternehmen. Allerdings ist die Ex-ante-Festlegung von Preisen aufwendig und verringert den unternehmerischen Spielraum. Demgegenüber weist eine nachträgliche und i. d. R. stichprobenhafte Aufsicht (Ex-post-Aufsicht) oftmals das Problem auf, dass die betreffenden Unternehmen die zulässigen Entgelte vorab nicht eindeutig antizipieren können. Dies gilt vor allem dann, wenn ihnen das bei einer Überprüfung angewendete Konzept zur Ermittlung des Entgeltmaßstabs bzw. die dafür erforderlichen Daten unbekannt sind.⁶⁶

1211. Um die Wirksamkeit der Entgeltauf-sicht gegenüber kommunalen Unternehmen zu beurteilen, ist die praktische Anwendung des dargestellten Entgeltmaßstabs von besonderem Interesse. Zur Beantwortung der Frage nach der praktischen Wirksamkeit wird nachfolgend zwischen den unterschiedlichen Typen der Aufsicht differenziert.

3.2.3 Praktische Wirksamkeit von Entgeltregulierung und kartellrechtlicher Preisaufsicht

1212. Nur wenige kommunale Leistungen unterliegen einer sektorspezifischen Entgeltregulierung, darunter z. B. der Zugang zu Verteilnetzen für Strom und Gas. Hat der Gesetzgeber sich für eine Regulierung der Entgelthöhe entschieden, so wird zur Ermittlung des Entgeltmaßstabes meistens ein Kostenkonzept angewendet. Für eine regulierungsrechtlich an den Kosten orientierte Festlegung der Entgelthöhe oder einer Preisobergrenze spricht, dass geeignete wettbewerbliche Vergleichsmärkte in den regulierten Branchen sehr selten vorliegen und sich durch konkrete Vorgaben zur Entgeltregulierung Probleme ausschließen lassen, die mit den Spezifika des betroffenen Produktes in Verbindung stehen.

1213. Im Rahmen einer Entgeltregulierung wird meist eine Ex-ante-Aufsicht praktiziert. Entgelte müssen in diesem Fall vorab durch den Regulierer – die Bundesnetzagentur oder die Landesregulierungsbehörden –

⁶⁶ Aus letzterem Grund steht die Monopolkommission der Anlegung eines besonders strengen Kostenmaßstabs oder der Anwendung wenig transparenter Kalkulationsmethoden der Ex-post-Aufsicht kritisch gegenüber. Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 629 ff.

genehmigt werden oder werden direkt durch diesen absolut oder in einem gewissen Rahmen vorgegeben. Die Wirksamkeit einer sektorspezifischen Entgeltregulierung ist stark von ihrer Ausgestaltung abhängig. Prinzipiell stellt eine Entgeltregulierung einen erheblichen Eingriff in private Verfügungsrechte dar, der jedoch vor allem im Fall natürlicher Monopole gerechtfertigt sein kann, um überhöhte und ineffiziente Entgelte zu verhindern. Dem Vorteil der hohen Wirksamkeit einer Entgeltregulierung stehen allerdings ein oft erheblicher Regulierungsaufwand und die damit einhergehenden Kosten auf Verwaltungs- und Unternehmensseite gegenüber.

1214. Im Zusammenhang mit öffentlichen Unternehmen wurde zuletzt zudem die Ex-post-Kontrolle von Entgelten thematisiert. Welches Entgelt ein kommunales Unternehmen für die eigene Leistung verlangen kann, ist teilweise durch die Wahl der Unternehmensform bestimmt (siehe Abschnitt 2.3.1). Führt eine Kommune ein eigenes Unternehmen in einer privatrechtlichen Unternehmensform – z. B. einer GmbH – dann kann das Unternehmen nur Preise als solche erheben.⁶⁷ Kommunale Unternehmen, die die Preise erheben, können der Ex-post-Preismissbrauchsaufsicht durch die Kartellbehörden unterliegen, wenn sie auf ihrem Leistungsmarkt eine beherrschende Stellung einnehmen. Das Missbrauchsverbot gemäß § 19 GWB normiert in Abs. 2 Nr. 2 allgemeine Vorgaben zur zulässigen Entgelthöhe und kennt – im Unterschied zum typischen Regulierungsrecht – keine branchenspezifischen Regelungen.

1215. Da die Kartellbehörden mit den komplexen Problemen von Kostenkalkulationen typischerweise geringere Erfahrung besitzen als spezialisierte Regulierer, wenden sie i. d. R. das vertrautere Vergleichsmarktkonzept zur Ermittlung des Entgeltmaßstabs an. Dieses ist auch in § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB als Kontrollkonzept herausgehoben (obwohl prinzipiell auch ein kostenbasierter Kontrollansatz verfolgt werden kann).⁶⁸ Verfolgen die Kartellbehörden mögliche Preishöhenmissbräuche im Energiesektor, dann sieht der spezielle § 29 GWB in Satz 1 Nr. 1 und 2 sowohl ein Vergleichsmarkt- als auch ein Kostenkonzept explizit vor. In der Praxis wurde potenzieller Preishöhenmissbrauch von den Kartellbehörden in vielen Fällen durch Erlösvergleiche geprüft.⁶⁹ Die kartellrechtliche Entgeltaufsicht ist – sofern sie korrekt angewendet wird – aus Sicht der Monopolkommission wirksam. Durch die zunehmende Anwendung ist es vor allem im Trinkwassersektor erfolgreich gelungen, ein höheres Effizienzbewusstsein für die Gebührenkalkulation herzustellen.⁷⁰ Allerdings kann auch die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht bei resistenten natürlichen Monopolen eine allgemeine Entgeltregulierung nur bedingt ersetzen; hinderlich sind vor allem die sehr unterschiedliche Anwendung auf lokale Monopole durch die Kartellbehörden der Bundesländer sowie das Problem der schwierigen Antizipierbarkeit der zulässigen Preishöhe.⁷¹

3.2.4 Eingeschränkte Wirksamkeit der Gebührenaufsicht

1216. Oftmals werden kommunale Aufgaben durch öffentlich-rechtliche Unternehmen erbracht, die keiner sektorspezifischen Regulierung unterliegen. In diesem Fall steht es den kommunalen Unternehmen frei, als Entgelt für eine Leistung einen Preis oder eine Gebühr zu erheben. Zwar ist mit dem gewählten Begriff für das Entgelt nicht zwingend ein materieller Unterschied bei Kalkulation und Festlegung verbunden; nachdem jedoch der Gesetzgeber im Rahmen der 8. GWB Novelle „Gebühren“ von einer kartellrechtlichen Kontrolle explizit ausgenommen hat, wählen kommunale Unternehmen mit der Bezeichnung Preis oder Gebühr faktisch auch die Form der Entgeltaufsicht. Gebühren stellen dabei die klassische Form der Entgelte dar und werden seit 2013 allein durch die Gebührenaufsicht überprüft. Die Wirksamkeit der Gebührenaufsicht wird

⁶⁷ Der Sonderfall der „Beileihung“ bleibt hier außer Betracht.

⁶⁸ Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 616 ff.

⁶⁹ Gerade die Landeskartellbehörden haben bei der Prüfung von Ausbeutungsmissbrauch im Wassersektor auch den einfacher durchzuführenden, aber methodisch unterlegenen Tarifvergleich vorgenommen. Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Kapitel 4, Abschnitt 3.2, insbes. Tz. 620.

⁷⁰ Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Kapitel 4, Abschnitt 3.2.

⁷¹ Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 634ff., insbesondere Tz. 638.

vor allem im Vergleich zu einer Entgeltregulierung und der kartellrechtlichen Aufsicht jedoch kritisch diskutiert.

1217. Bei Gebühren handelt es sich neben Steuern und Beiträgen um eine typische Einnahmequelle der öffentlichen Hand. Gebühren stellen zudem eine Finanzierungsform kommunaler Aufgaben dar, die von der Kommune direkt kontrolliert wird.⁷² Sie werden auf kommunaler Ebene durch Beschluss des Kommunalparlamentes (Gemeinde- oder Stadtrat) im Rahmen einer Gebührensatzung festgelegt. Ein Kernmerkmal von Gebühren ist, dass der Bürger für diese eine Gegenleistung erhält, die er auch in Anspruch nimmt. Das Verwaltungsrecht unterscheidet ferner Benutzungsgebühren (Gebühren für die Inanspruchnahme einer öffentlichen Einrichtung) und Verwaltungsgebühren (Gebühren für die Amtshandlung einer Behörde). Zwar ist diese Einteilung nicht trennscharf, da mit der Benutzung einer öffentlichen Einrichtung gewöhnlich auch Verwaltungshandlungen verbunden sind. Allerdings lässt sich feststellen, dass je eher eine Benutzungsgebühr anzunehmen ist, desto eher handelt es sich um eine von vorwiegend administrativen Aufgaben abzugrenzende Leistung. Typische Beispiele für Benutzungsgebühren sind Frischwassergebühren, Abwassergebühren, Müllgebühren, Eintritte in kommunale Schwimmbäder, Straßenreinigungsgebühren, Leihgebühren der Stadtbücherei oder Friedhofsgebühren. Damit stellen vor allem viele Benutzungsgebühren Gegenleistungen für einen Service kommunaler Unternehmen dar und sind aufgrund faktischer Parallelen mit einer privaten unternehmerischen Preissetzung vergleichbar.

3.2.4.1 Entgeltmaßstab im Gebührenrecht

1218. Verschiedene Bundes- und Landesgesetze normieren die wichtigsten Rechtsgrundlagen für die Erzielung öffentlich-rechtlicher Einnahmen einer Kommune. Konkrete Vorgaben zur Höhe von Benutzungsgebühren ergeben sich darunter aus den Kommunalabgabengesetzen der Bundesländer. Aus diesen Vorgaben lässt sich auch der Entgeltmaßstab für die Zulässigkeit einer Gebühr bestimmen. Dabei ist der Wortlaut der verschiedenen Kommunalabgabengesetze in den Ländern unterschiedlich. Typischerweise sind bei der Bemessung der Gebührenhöhe jedoch folgende Vorgaben relevant:

- Kommunalabgabengesetze sehen regelmäßig ein Kostendeckungsgebot und Kostenüberschreitungsverbot vor.⁷³ Das Kostenüberschreitungsverbot erlaubt dabei die Erzielung eines ökonomisch angemessenen Gewinns als adäquate Verzinsung des von der Kommune eingesetzten Kapitals (Kapitalkosten).⁷⁴
- Ansatzfähige Kosten sind üblicherweise sachlich der Einrichtung bzw. Anlage zurechenbare Kosten. Daraus ergibt sich die Voraussetzung der Betriebsbedingtheit der Kosten. Nicht sachgerechte oder überflüssige Kosten, z. B. durch die Überdimensionierung von Einrichtungen entstehende Kosten des Leerstandes, sogenannte Leerkosten, bleiben daher außer Betracht.
- Üblicherweise sehen die Kommunalabgabengesetze vor, dass betriebswirtschaftliche Grundsätze bei der Gebührenkalkulation einzuhalten sind bzw. Kosten nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen ansatzfähig sein müssen.⁷⁵

⁷² Kommunen finanzieren sich zudem aus Mitteln, die ihnen aus anderen Haushalten (Landeshaushalt, Bundeshaushalt) übertragen werden. Auf bestimmte Einkünfte, z. B. Gemeinschaftssteuern, haben Kommunen zudem nur einen mittelbaren oder keinen Einfluss.

⁷³ Z. B. § 6 Abs. 1 Satz 3 KAG NRW.

⁷⁴ Teilweise wird die Zulässigkeit der Erwirtschaftung von Kapitalkosten in den landesspezifischen Kommunalabgabengesetzen auch ausdrücklich geregelt; siehe z. B. § 6 Abs. 2 Satz 4 KAG NRW.

⁷⁵ Z. B. § 6 Abs. 2 Satz 1 KAG NRW.

- Aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und dem Rechtsstaatsprinzip lässt sich zudem ableiten, dass das Äquivalenzprinzip, d. h. die Verhältnismäßigkeit von Leistung und Gegenleistung einer Gebühr, gewahrt bleiben muss.⁷⁶
- Aus der Verpflichtung zu einer sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung⁷⁷ der Gemeinden ergibt sich weiterhin, dass die zur Kalkulation einer Gebühr herangezogenen Kosten dem Grundsatz der Erforderlichkeit unterliegen.⁷⁸

1219. Die Vorgaben normieren im Wesentlichen verschiedene Standards zur Kalkulation der Gebühren aus den Kosten. Somit folgt auch die Gebührenaufsicht in der Praxis einem Kostenkonzept zur Ermittlung des Entgeltmaßstabs. Im Unterschied zu den etablierten Kostenkonzepten, die z. B. bei der Entgeltregulierung regulierter Industrien zum Einsatz kommen, ist der Kostenbegriff in den Kommunalabgabengesetzen jedoch nicht konkreter bestimmt. Zwar ergibt sich aus unbestimmten Rechtsbegriffen wie die Anknüpfung der Kosten an „betriebswirtschaftliche Grundsätze“ sowie dem Grundsatz der „Erforderlichkeit“, dass eine Verbindung der Kosten zu Kriterien ökonomischer Effizienz gezogen werden kann und sollte. Allerdings stehen einer einheitlichen und konsequenten Anwendung ökonomischer Konzepte zur Ermittlung des effizienten Entgeltmaßstabs vor allem praktische Probleme der Gebührenaufsicht im Weg.

3.2.4.2 Praktische Probleme der Gebührenaufsicht

1220. Die Aufsicht über die Gebührenhöhe wird einerseits von der Kommunalaufsicht, andererseits von den Verwaltungsgerichten wahrgenommen. Im Falle der Kommunalaufsicht regeln die Gemeindeordnungen der Bundesländer, welche Aufgaben dieser zufallen und welche Behörde die Aufgaben wahrnimmt.

1221. Im Hinblick auf die Überprüfung von Selbstverwaltungsaufgaben der Kommunen – und hierzu zählt die Festlegung von Benutzungsgebühren für kommunale Leistungen – handelt es sich bei der Kommunalaufsicht um eine reine Rechtsaufsicht. Die Kommunalaufsicht hat deshalb die Vereinbarkeit der Gebührenfestlegung mit den anwendbaren Vorschriften zu prüfen, nicht aber die Zweckmäßigkeit. Die potenzielle Wirksamkeit der Kommunalaufsicht ist somit zunächst durch den Detaillierungsgrad der gesetzlichen Vorgaben beschränkt. Nur insoweit konkrete Wirtschaftlichkeitsvorgaben normiert sind, besteht z. B. ein rechtlicher Auftrag, die zur Gebührenfestlegung verwendeten Kosten im Hinblick auf Effizienzgesichtspunkte zu überprüfen. Nachteilig sind in diesem Zusammenhang auch die in den Gemeindeordnungen der Länder sehr uneinheitlichen Regelungen zu der Frage, ob Gebührensatzungen der Kommunalaufsicht zur Genehmigung vorgelegt oder dieser zumindest angezeigt werden müssen. Nur einzelne Bundesländer haben solche Vorgaben erlassen; oftmals besteht zudem eine Beschränkung auf solche Gebührensatzungen, die von einer Mustersatzung abweichen.⁷⁹

1222. Einer wirksamen Prüfung der Gebührenhöhe durch die Kommunalaufsichtsbehörden stehen aber vor allem praktische Erwägungen entgegen. Gerade zur Kalkulation eines an den Kosten orientierten, objektiven Entgeltmaßstabs, wie ihn die Abgabenordnungen vorsehen, ist ökonomisch spezialisiert ausgebildetes Personal erforderlich, um z. B. eine Effizienzprüfung von Kostenansätzen durchzuführen oder adäquate Kapitalkosten zu kalkulieren. Auch vor diesem Hintergrund betrachtet die Kommunalaufsicht ihren Auftrag zur Rechtsaufsicht meist anders als eine auf ökonomische Fragen spezialisierte Kartell- oder Regulierungsbehörde. Eine Kernaufgabe der Kommunalaufsicht liegt darin, auf eine insgesamt auskömmliche Haushaltsführung der Kommunen zu achten. Daher liegen vor allem Kostendeckung und korrekte Rechnungsführung im Betrachtungsfokus der Kommunalaufsicht. Eingehende Prüfungen kommen nur selten vor; dies zeigt sich

⁷⁶ Vgl. Lichtenfeld, U. in: Driehaus, H.-J. (Hrsg.), Kommunalabgabenrecht, Herne 2012, § 4 Rn. 6.

⁷⁷ Die Grundprinzipien einer sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung leiten sich aus Art. 114 Abs. 2 Satz 1 GG, § 6 HGrG und § 7 BHO her.

⁷⁸ Z. B. VGH BW, Urteil vom 31. Mai 2010, 2 S 2423/08, VBIBW 1989, 462, Rn. 28.

⁷⁹ Für einen Überblick vgl. Holtbrügge, H.-J. in: Driehaus, H.-J. (Hrsg.), Kommunalabgabenrecht, Herne 2012, § 2 Rn. 19ff.

z. B. daran, dass es auch in den Bundesländern, in denen in der Vergangenheit Kartellbehörden gegen überhöhte Wasserentgelte vorgegangen sind – nach der kartellrechtlichen Prüfung also eine Gebührenüberhöhung vorlag –, bisher nie zu einer wirksamen Beanstandung von Gebühren durch die Kommunalaufsicht kam.⁸⁰

1223. Der andere Zweig der Gebührenaufsicht besteht in der Kontrolle der Gebühren durch die Verwaltungsgerichte. Verwaltungsgerichtsprozesse zu Gebührenkontrolle sind oftmals sehr aufwendig; zur Klärung der Streitfrage schaltet das Gericht zudem externe Prüfer ein. Obwohl die Prüfung durch die Verwaltungsgerichte tendenziell eine stärkere Durchschlagskraft entfalten kann als eine solche durch die Kommunalaufsicht, ist die Wirksamkeit verwaltungsgerichtlicher Verfahren als Korrektiv für eine ineffiziente Gebührenhöhe ebenfalls fraglich. Zum einen sind die Hürden einer entsprechenden Klage von Bürgern aufgrund der Langwierigkeit von Prozessen und der im Vergleich zum Streitwert oft erheblichen Kosten hoch. Zum anderen – und hier sieht die Monopolkommission das wichtigste Problem – gestaltet sich eine Prüfung anhand des bestehenden Entgeltmaßstabes als besonders schwierig, da keine einheitlich operationalisierbaren Standards vorliegen, anhand derer etwa die Effizienz von Kostenpositionen bewertet werden könnte. Die Vielfalt der mit einer Klage beschäftigten lokalen Verwaltungsgerichte erschwert den Aufbau von entsprechender ökonomischer Expertise und stellt damit auch insofern ein zentrales Problem für die Wirksamkeit der Kostenprüfung dar. Ein Beispiel für dieses Problem ist die Berechnung zulässiger Kapitalkosten, die bei einer wirksamen Kostenprüfung erfolgen sollte. Diese gestaltet sich selbst für eine spezialisierte Regulierungsbehörde wie die Bundesnetzagentur relativ aufwendig und erfordert weitreichende ökonomische Expertise. Da es sich bei den Schwierigkeiten der Kostenprüfung um einzelfallspezifische Probleme handelt, lassen sich diese auch durch höchstrichterliche Rechtsprechung nur bedingt lösen. Vielmehr ist die Tendenz einer im Zweifel weichen Auslegung der Standards zu beobachten, die die Wirksamkeit der Prüfung substanziell verringert.⁸¹

1224. Vor diesem Hintergrund betont die Monopolkommission, dass die Leistungserbringung in vielen Fällen marktnah und in aller Regel ohne genuin hoheitliche Komponente erfolgt. Durch die Erhebung ungerechtfertigt hoher Gebühren, deren Kalkulation ineffizient hohe Kosten zugrunde liegen, wird also eine im Kern wirtschaftliche Machtstellung missbraucht. Die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte zur Kontrolle der Gebührenhöhe trägt diesen Besonderheiten der Daseinsvorsorge bislang nicht ausreichend Rechnung.

1225. Insgesamt bewertet die Monopolkommission die Gebührenaufsicht – vor allem im Vergleich zu dem Instrument der sektorspezifischen Entgeltregulierung und gegenüber der kartellrechtlichen Preismissbrauchsaufsicht – als allenfalls bedingt wirksam. Eine besonders gravierende Hürde sieht die Monopolkommission in der dezentralen Prüfung durch Aufsichtsbehörden und Gerichte. Diesen Einrichtungen obliegt die Prüfung der Gebührenhöhe auf Basis eines unbestimmten und schwierig operationalisierbaren Kostenmaßstabes, etwa der Kommunalabgabengesetze. Die wirksame Anwendung eines Kostenmaßstabes bedarf jedoch besonderer ökonomischer Expertise und spezialisierter personeller Ressourcen, die von einer Vielzahl einzelner, dezentraler Einrichtungen oftmals nicht adäquat aufgebaut und unterhalten werden können. Die Gebührenaufsicht ist daher nach Auffassung der Monopolkommission deutlich weniger effektiv als die kartell- oder regulierungsrechtliche Aufsicht über Preise.

⁸⁰ Vgl. Daiber, H., Engagierte Bürger gegen überhöhte Wasserentgelte, gwf - Wasser|Abwasser 154(09), 2013, S. 979.

⁸¹ Z. B. sollen nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes nur „schlechthin sachlich unvertretbar[e]“ Aufwendungen nicht bei der Gebührenkalkulation ansatzfähig sein, BVerwG, Beschluss vom 27. Mai 2003, 9 BN 3.03, NVwZ-RR 2003, 774. Das Bundesverfassungsgericht sieht bislang eine Gebührenbemessung verfassungsrechtlich nur dann als nicht sachlich gerechtfertigt an, „wenn sie in einem groben Missverhältnis [...] zu den verfolgten legitimen Gebührenzwecken steht“, BVerfG, Urteil vom 19. März 2003, 2 BvL 9/98, BVerfGE 108, 1.

3.2.5 Gebührenaufsicht durch Erlöstransparenz kommunaler Leistungen stärken

1226. Wie zuvor dargelegt, sieht die Monopolkommission in der Aufsicht über die Gebührenhöhe eine Schutzlücke, die sich durch den Ausschluss einer kartellrechtlichen Überprüfbarkeit von Benutzungsgebühren im Rahmen der 8. GWB Novelle noch weiter verschärft hat.

1227. Um die Schutzlücke zu schließen, sind prinzipiell verschiedene Möglichkeiten denkbar. In der Vergangenheit hat die Monopolkommission insbesondere in der parallelen kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht über die Gebührenhöhe ein potenziell wirksames Instrument gesehen, um ein zunehmendes Effizienzbewusstsein im Hinblick auf die Betriebsführung und die Gebührenkalkulation von kommunalen Unternehmen mit einer marktmächtigen Stellung zu erreichen. Aus verschiedenen Gründen haben mehrere Bundesländer jedoch darauf gedrängt, die Anwendbarkeit der Missbrauchsaufsicht bei Gebührentatbeständen im Rahmen der 8. GWB-Novelle auszuschließen.⁸² Trotz des erheblichen Widerstandes gegen eine kartellrechtliche Überprüfbarkeit von Benutzungsgebühren hält die Monopolkommission eine erneute GWB-Novellierung und die Wiedereinführung einer kartellrechtlichen Gebührenaufsicht für wünschenswert.

1228. Aus Sicht der Monopolkommission bieten sich bis zu einer solchen Reform andere effektive Möglichkeiten an, um die Aufsicht über Benutzungsgebühren kommunaler Unternehmen zu verbessern. Die Monopolkommission vertraut dazu auf den Einfluss durch die Bürger und die Gebührenaufsicht, der dringend weiter gestärkt werden sollte. Notwendig erscheint weiterhin, dass die Prüfungsmaßstäbe, die die Verwaltungsgerichte an Benutzungsgebühren anlegen, den Besonderheiten öffentlicher Aufgaben, insbesondere möglichen Effizienzpotenzialen, verstärkt Rechnung tragen. Dabei kommt es nicht zuletzt auf die (tatsächliche) Prüfungstiefe der Behörden und Gerichte an.⁸³

1229. Um die Wirksamkeit dieser bestehenden Steuerungsmechanismen zu verbessern, sollten die Länder zusätzliche Transparenzvorgaben zur Gebührenhöhe in ihre Kommunalabgabengesetze aufnehmen. Diese Transparenzvorgaben sollten einerseits nur geringfügigen Aufwand bei den betroffenen kommunalen Unternehmen verursachen, andererseits aber z. B. Kommunalpolitikern, sachkundigen Bürgern, der Kommunalaufsicht und den Verwaltungsgerichten Möglichkeiten geben, die Höhe der Gebühren geeignet zu überprüfen.

1230. Zur Verwirklichung einer besseren Gebührenaufsicht sieht die Monopolkommission ein praktisches Leitmotiv zusätzlicher Transparenzvorgaben darin, das Vergleichsmarktkonzept für die Überprüfung von Benutzungsgebühren allgemein anwendbar zu machen. Die Vorgehensweise eines Vergleichs der auf eine Einheit normierten Erlöse entspricht dabei der Methodik, die sich bereits im Rahmen der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht etabliert hat. Allerdings können z. B. Kommunalaufsicht und Verwaltungsgerichte ein solches Vergleichsmarktkonzept im Moment meist deshalb nicht anwenden, weil ihnen zur Prüfung der Gebührenhöhe keine geeigneten Vergleichswerte für die Stückerlöse aus anderen Kommunen vorliegen. Deshalb erfolgt die Überprüfung der Gebührenhöhe derzeit in erster Linie durch eine Überprüfung der Kosten. Die in Abschnitt 3.2.2 und 3.2.4 dargelegten Schwierigkeiten der Kontrolle eines Entgeltmaßstabes nach einem Kostenkonzept haben zur Folge, dass sich dieser Ansatz als alleiniger Prüfmaßstab jedoch weniger gut für eine dezentrale sowie nicht-spezialisierte Aufsicht über die Gebührenhöhe eignet, wie sie z. B. im Falle der Gebührenaufsicht vorliegt. Daher ließe sich die Effektivität der Aufsicht durch eine parallele Ermöglichung der Anwendung des Vergleichsmarktsatzes erheblich verbessern.

1231. Zur Umsetzung dieses Vorschlags empfiehlt die Monopolkommission den Landesregierungen und den Landesparlamenten, ihre Kommunalabgabengesetze dadurch zu erweitern, dass sie für Benutzungsgebühren eine Pflicht zur Veröffentlichung des Erlöses pro Mengeneinheit der Leistung vorsehen. Durch eine Ver-

⁸² Vgl. Monopolkommission, Pressemitteilung zur 8. GWB-Novelle, 18. Juni 2013.

⁸³ Vgl. anschaulich etwa OVG Lüneburg, Urteil vom 17. Juli 2012, 9 LB 187/09 gegenüber BayVGh, Urteil vom 30. März 2011, 4 B 10.2800.

öffentlichungspflicht verbessern sich aus Sicht der Monopolkommission die Bedingungen sowohl für eine demokratische als auch für eine aufsichtsrechtliche Überprüfung von Gebühren erheblich. Die dadurch mögliche Anwendbarkeit eines objektiven Gebührenvergleichs mit Unternehmen in anderen Kommunen des jeweiligen Bundeslandes böte eine transparente erste Vergleichsmöglichkeit. Diese Information lässt sich als Anhaltspunkt für eine potenzielle Gebührenüberhöhung nutzen. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass auch ein im Vergleich höherer Erlös als in anderen Kommunen durch verschiedene Umstände sachlich gerechtfertigt sein kann. Diese könnten im Rahmen einer weitergehenden Kostenprüfung dargelegt und geprüft werden. Allerdings bietet der avisierte Erstvergleich für Politik, Bürger und Aufsichtsbehörden eine Grundinformation, anhand derer eine tiefere Prüfung erst effektiv erfolgen könnte.

1232. Eine entsprechende Transparenzvorgabe über die Veröffentlichung des auf eine Leistungseinheit normierten Erlöses ist von den kommunalen Unternehmen zudem ohne größeren Aufwand erfüllbar, da zur Kalkulation lediglich die Gesamterlöse eines Jahres sowie die gesamte Leistungsmenge desselben Zeitraums benötigt werden. Diese sollten den Kommunen ohnehin vorliegen. Durch Division von Gesamterlösen und Leistungsmenge ergibt sich der Stückerlös, der z. B. in Verbindung mit dem nächsten Beteiligungsbericht der Kommunen spätestens ein Jahr nach Ende des entsprechenden Zeitraumes ausgewiesen werden könnte. Um eine Vergleichbarkeit zwischen den Kommunen vor allem bei wichtigen Benutzungsgebühren, wie z. B. bei Frischwasser, zu erreichen, könnte ein Landesministerium einen oder mehrere anzulegende Gebührenmaßstäbe⁸⁴ in einer Verordnung normieren (z. B. Erlöse Frischwasser pro Meter Leitungslänge und pro Kubikmeter gelieferten Wassers, Erlöse Schwimmbäder pro Besuchergang, Erlöse Kindertagesstätten pro Kind einer Altersstufe etc.). Eine entsprechende Vorgabe in den Kommunalabgabengesetzen der Länder könnte wie folgt lauten:

„Die Kommunen sind verpflichtet, den Erlös, der innerhalb eines Jahres auf eine Einheit des relevanten Gebührenmaßstabes einer Benutzungsgebühr entfällt, innerhalb des darauf folgenden Jahres zu veröffentlichen. Näheres zu dem bei der Erlöskalkulation anzulegenden Gebührenmaßstab für bestimmte Leistungen regelt eine Verordnung.“

4 Analyse spezifischer Probleme in ausgewählten Wirtschaftsbereichen

4.1 Wassersektor

1233. In Deutschland ist sowohl die Wasserversorgung als auch die Abwasserentsorgung nach verbreiteter Meinung und vielfach, etwa nach § 50 Abs. 1 Wasserhaushaltsgesetz sowie nach Wassergesetzen und Gemeindeordnungen der Länder, eine Pflichtaufgabe der öffentlichen Hand. Die Verantwortung und Zuständigkeit liegt regelmäßig bei den Kommunen, die zur Erfüllung dieser Aufgabe verschiedene Organisations- und Rechtsformen nutzen können. In einigen Fällen haben die Kommunen Wasserver- und Abwasserentsorgung in einem Unternehmen organisiert; häufiger findet sich indes die Aufteilung auf unterschiedliche Unternehmen. Bei den Unternehmen des Wassersektors handelt es sich zudem aufgrund der nicht rentabel duplizierbaren Infrastruktur um natürliche Monopole. Die einzelnen hier tätigen kommunalen Unternehmen sind in aller Regel keinem wirksamen Wettbewerb ausgesetzt, wodurch sich auch die Aufgabe der öffentlichen Hand begründet.

⁸⁴ Der Begriff „Gebührenmaßstab“ kennzeichnet im Verwaltungsrecht die Mengeneinheit, nach der sich die Gebühr bemisst. Unterschieden wird der zwischen einem vorzugsweise anzuwendenden Wirklichkeitsmaßstab (wenn sich die Menge genau ermitteln lässt, z. B. Wasserzähler) und einem Wahrscheinlichkeitsmaßstab (wenn sich die in Anspruch genommene Leistung nur schwierig messen lässt, z. B. Abwasser). Für die vorgeschlagene Kalkulation der Erlöse kann gegenüber der tatsächlichen Gebührenbemessung ein anderer bzw. ein zusätzlicher Maßstab normiert sein, da dieser in diesem Fall lediglich dazu dient, eine Vergleichbarkeit der Entgelte verschiedener Kommunen herzustellen. Der Begriff „Gebührenmaßstab“ ist nicht zu verwechseln mit dem in Abschnitt 3.2.2 dargelegten Begriff des „Entgeltmaßstabes“, der die Bemessung der Verhältnisgröße definiert, an der die zulässige Höhe einer Gebühr geprüft werden sollte.

1234. Vor allem der Trinkwassersektor war in den vergangenen Jahren Gegenstand einer intensiven wettbewerbspolitischen Debatte. Bis heute ist die Trinkwasserversorgung in Deutschland stark fragmentiert. Die jüngere Statistik nennt eine Zahl von 6.065 Wasserversorgungsunternehmen⁸⁵; auf eine Million Einwohner entfallen in Deutschland somit erheblich mehr Wasserversorger, als dies in anderen europäischen Ländern der Fall ist.⁸⁶ Allerdings ist die Fragmentierungsstärke der Wasserversorgung zwischen den Bundesländern nicht einheitlich. Insbesondere in Bayern befindet sich mit einer Anzahl von 2.051 etwa ein Drittel der deutschen Versorger.

4.1.1 Forderungen der Monopolkommission im XVIII. Hauptgutachten

1235. Vor dem Hintergrund der zunehmend wichtigeren Frage der Marktmacht der kommunalen Wasserversorger hatte sich die Monopolkommission bereits in ihrem XVIII. Hauptgutachten mit der Frage der Marktmacht der Wasserversorger beschäftigt. Auf der Basis dieser Analyse hatte die Monopolkommission 2010 folgende Handlungsempfehlungen gegeben:

- Verwirklichung einer einheitlichen und an der effizienten Bereitstellung von Trinkwasser orientierten sektorspezifischen (Anreiz-)Regulierung der deutschen Trinkwasserversorger (Tz. 20 ff.).
- Bessere Ausschöpfung von Größenvorteilen durch Zusammenlegung von Wasserversorgungsbetrieben; allerdings nicht zwingend durch eine physische Zusammenlegung der Netze (Tz. 24).
- Vermehrte Ausschreibungswettbewerbe für die Wasserversorgung durch Kommunen und Landschaftsverbände (Tz. 25).

1236. Für eine ausführliche Darlegung der Vorschläge sei auf die Darstellung im XVIII. Hauptgutachten verwiesen. Die nachfolgenden Ausführungen aktualisieren die Analyse und die Handlungsempfehlungen vor dem Hintergrund der Entwicklung in den vergangenen vier Jahren.

1237. Festzustellen ist zunächst, dass im Hinblick auf die Kernforderungen der Monopolkommission seither keinerlei substanzielle Fortschritte gemacht wurden. In ihrer Stellungnahme zum Hauptgutachten hatte die Bundesregierung ihre Auffassung dargestellt, sie lehne die Änderung der ordnungspolitischen und -rechtlichen Rahmenbedingungen für die Trinkwasserbranche zum damaligen Zeitpunkt ab.⁸⁷ Die Bundesregierung hatte diese Haltung insbesondere mit ihrem Vertrauen in die bestehende Preismissbrauchsaufsicht, die weitere Modernisierung der Wasserwirtschaft sowie mit den einer Regulierung notwendigerweise vorausgehenden umfangreichen wasserrechtlichen Prüfungen und Kosten/Nutzen-Abwägungen begründet. Derweil hatte der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum XIX. Hauptgutachten eine Regulierung der Wasserbranche ebenfalls abgelehnt und dabei Zweifel geäußert „ob angesichts der erheblichen Unterschiede zwischen den Gemeinden, insbesondere in infrastruktureller, topographischer und geologischer Hinsicht, aussagekräftige Vergleichswerte aufgestellt werden könnten“.⁸⁸

1238. Festzustellen ist weiterhin, dass seitens der Bundes- bzw. Landesregierungen bisher keine erkennbaren Anstrengungen unternommen wurden, die angesprochenen Empfehlungen umzusetzen. Hinsichtlich der Aussagen von Bundesregierung und Bundesrat ist zudem darauf hinzuweisen, dass gerade die Preismissbrauchsaufsicht, in welche die damalige Bundesregierung besonderes Vertrauen hatte, den vom Bundesrat im

⁸⁵ Vgl. Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e.V., Die öffentliche Wasserversorgung in Deutschland, 27. Oktober 2013.

⁸⁶ Vgl. Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten, Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen, Baden-Baden 2010, Tz. 1.

⁸⁷ Bundesregierung, Stellungnahme zum XVIII. Hauptgutachten der Monopolkommission, BT-Drs. 17/4305, 2010, Tz. 10 ff.; Stellungnahme zum XIX. Hauptgutachten der Monopolkommission, BT-Drs. 17/10365, 2012, Tz. 10.

⁸⁸ BRat, Stellungnahme zum XIX. Hauptgutachten der Monopolkommission, BR-Drs. 234/13, 2013, S. 4 f.

Bezug auf eine Regulierung angesprochenen Problemen der Vergleichbarkeit der Versorger ausgesetzt ist.⁸⁹ Nachfolgend geht die Monopolkommission auf die jüngeren Entwicklungen in der Preismissbrauchsaufsicht und weitere Initiativen im Wassersektor ein.

4.1.2 Preismissbrauchsverfahren

1239. Ein wesentlicher Ansatzpunkt, dem Machtproblem im Wassersektor zu begegnen, waren in den letzten Jahren kartellrechtliche Preismissbrauchsverfahren. Diese sind maßgeblich durch die Entscheidung des BGH im Fall Wasserpreise Wetzlar ausgelöst worden.⁹⁰ Besondere Aufmerksamkeit erhielt darunter das Verfahren des Bundeskartellamtes gegen die Berliner Wasserbetriebe. In diesem Verfahren hatte die Behörde die Erlöse verschiedener Wasserversorger verglichen und erhebliche Erlösüberhöhungen bei den Berliner Wasserbetrieben festgestellt. Das Bundeskartellamt hat daraufhin eine Preissenkungsverfügung erlassen, die im Februar 2014 durch das Oberlandesgericht Düsseldorf bestätigt wurde.⁹¹ Die Monopolkommission begrüßt das Vorgehen des Bundeskartellamtes im Grundsatz und geht davon aus, dass die öffentliche Wirkung des Falles mit zu einem gesteigerten Effizienzbewusstsein in der Wasserwirtschaft beigetragen hat.

1240. Allerdings sprechen verschiedene Gründe dafür, dass die Wirkung von Kartellverfahren nicht umfassend und nachhaltig ist. Ein Aspekt betrifft den Zuständigkeitsbereich des Bundeskartellamtes, der grundsätzlich auf solche Wasserversorger begrenzt ist, die in mehreren Bundesländern tätig werden. Dies hat für die weit überwiegende Zahl der Versorger die Zuständigkeit der jeweiligen Landeskartellbehörde zur Folge. Zwischen den Bundesländern ist indes in der Vergangenheit – auch aus Ressourcengründen – eine sehr unterschiedliche Aktivität bei der Kontrolle von Wasserpreisen zu beobachten gewesen, sodass kein gleichermaßen wirksamer Schutz der Bürger vor überhöhten Preisen gegeben ist. Als Beispiel sei hier etwa die Arbeit der hessischen Landeskartellbehörde hervorgehoben, die sich in der Vergangenheit durch ein besonders großes Engagement im Wassersektor hervorgetan hat.⁹²

1241. Obwohl nicht in allen Bundesländern gleichermaßen effektiv von den Kartellbehörden gegen überhöhte Wasserentgelte vorgegangen wird und die kartellrechtliche Kontrolle zudem eine Reihe von methodischen Problemen mit sich bringt,⁹³ hat die Monopolkommission darin bisher tendenziell ein erfolgreiches Instrument gesehen; vor allem da keine anderen wirkungsvollen Maßnahmen zum Schutz der Bürger gegen überhöhte Entgelte umgesetzt wurden. Allerdings ist diese positive Entwicklung mittlerweile akut gefährdet, da der Kartellrechtsanwendung im Rahmen der 8. GWB-Novelle nun Schranken gesetzt wurden. Hintergrund ist die Frage des Anwendungsbereichs der kartellrechtlichen Prüfung auf die Entgelte der Wasserversorger. Diese verlangen für die Frischwasserversorgung entweder privatrechtliche Preise oder öffentlich-rechtliche Gebühren. Während der Anwendungsbereich des GWB bei privatrechtlichen Preisen eröffnet war, war dies im Hinblick auf eine kartellrechtliche Aufsicht von Wassergebühren lange Zeit umstritten. Allerdings sprachen nach Auffassung der Monopolkommission wesentliche Argumente für die Anwendbarkeit.⁹⁴ Vor dem Hintergrund dieses Problems blieb weiterhin unklar, ob alleine die Deklaration eines Entgelts als Preis oder Gebühr über die weitere rechtliche Behandlung entscheiden sollte oder die vor allem im Fall einer Gebühr bedeutende hoheitliche Form ihrer Festlegung.⁹⁵ Im Rahmen der 8. GWB-Novelle hat

⁸⁹ Vgl. auch Abschnitt 3.2.2.

⁹⁰ Vgl. dazu Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 13 ff.

⁹¹ Vgl. BKartA, Beschluss vom 4. Juni 2012, B8 – 40/10; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24. Februar 2014, VI – 2 Kart. 4/12 (V).

⁹² Wichtige Fälle im Wassersektor hat die Monopolkommission in ihrem XIX. Hauptgutachten dargestellt und einen Überblick über die Aktivität der Bundesländer gegeben. Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 601 ff.

⁹³ Vgl. allgemein dazu Abschnitte 3.2.2 und 3.2.3 sowie zu konkreten Problemen bei der Kontrolle von Preishöhenmissbräuchen Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 581 ff.

⁹⁴ Vgl. Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 12.

⁹⁵ Im Missbrauchsverfahren gegen die Berliner Wasserbetriebe hatte sich das Unternehmen z. B. darauf berufen, dass es zwar Preise verlange, diese jedoch den Charakter von Gebühren hätten und die kartellrechtliche Überprüfung von daher nicht zulässig sei. Dieser Auffassung sind jedoch weder das Bundeskartellamt noch das OLG Düsseldorf

der Gesetzgeber in § 130 Abs. 1 S. 2 GWB nun deutlich gemacht, dass Gebühren weitgehend nicht (mehr) der kartellrechtlichen Überprüfung unterliegen.⁹⁶ Überwiegend wird daher die Meinung vertreten, dass kaum weitere Anwendungsbereiche zur kartellrechtlichen Kontrolle von Wassergebühren verbleiben.

1242. Die klare Abgrenzung des kartellrechtlichen Anwendungsbereichs verleiht einem bereits in der Vergangenheit unter dem Begriff „Flucht ins Gebührenrecht“ diskutierten Problem ein deutlich schwerer wiegendes Gewicht. Mit dem Begriff wird auf die Möglichkeit der Wasserversorger hingewiesen, durch ihre Organisationsform und Wahl und Deklaration ihrer Entgelte als Preise oder Gebühren auf die Form der Entgeltaufsicht Einfluss zu nehmen. Da die bei Gebühren als Korrektiv verbleibende Gebührenaufsicht – wie in Abschnitt 3.2.1 dargelegt – eine weniger strenge Kontrolle verspricht, könnte ein Anreiz bestehen, sich durch eine Umstellung der Entgelte, von Preisen auf Gebühren, der kartellrechtlichen Kontrolle zu entziehen. Wie weitreichende Veränderungen in der Organisation der Wasserversorgung für eine „Umgehung“ der kartellrechtlichen Kontrolle und die wirksame Umstellung auf Gebühren tatsächlich erforderlich sind, war bisher allerdings unklar. Die Umstellung der Entgelte bringt unter Umständen eine Umstrukturierung der Wasserversorgung mit sich, weshalb dieser Vorgang auch als Form der Rekommunalisierung diskutiert wird. Diskutiert wurde vor allem, ob gesellschaftsrechtlich privatisierte kommunale Wasserversorger zur Umstellung auf Gebühren in eine öffentlich-rechtliche Gesellschaft überführt werden müssen.

1243. Eine Art Präzedenzfall für die in diesem Zusammenhang entstehenden Versuche einer Flucht ins Gebührenrecht ist der Fall „Wasserpreise Wetzlar“. Nach einem jahrelangen Streit mit der Landeskartellbehörde hatte die Stadt Wetzlar die Wasserversorgung umstrukturiert. Seit dem Jahr 2011 ist nun ein städtischer Eigenbetrieb mit der Wasserversorgung beauftragt, während das Entgelt durch eine Gebührensatzung bestimmt wird. Die vorher zuständige privatrechtliche Energie- und Wasserbetriebe mbH hat die Versorgungsanlagen dazu an die Stadt Wetzlar verpachtet und ist von dieser allein mit der Betriebsführung beauftragt, während die Abrechnung durch die Stadt erfolgt. In dieser Konstruktion sah die Landeskartellbehörde eine unzulässige Umgehung, scheiterte mit dieser Auffassung jedoch vor dem OLG Frankfurt am Main.⁹⁷ Zu einer höchstrichterlichen Klärung kam es nicht.

1244. Infolge der oben genannten Neuregelungen der 8. GWB-Novelle erscheint nun eine gewisse Rechtssicherheit dafür vorzuliegen, dass durch eine entsprechende (Schein-)Rekommunalisierung, wie sie am Beispiel Wetzlar erfolgte, eine „Umgehung“ der kartellrechtlichen Entgeltaufsicht möglich ist. Entsprechend ist bereits der „Androhung“ der Kartellbehörden, eine Untersuchung der Entgelte eines Wasserversorgers vornehmen zu wollen, die Wirksamkeit weitgehend entzogen, da die Kommune stets mit einer entsprechenden Umstrukturierung ins Gebührenrecht flüchten könnte.

4.1.3 Weitere Initiativen

1245. Den mit der Monopolstruktur der Wasserversorgung verbundenen Problemen möglicher Ineffizienzen und überhöhter Preise wurde in den vergangenen Jahren auch von anderer Seite begegnet. Eine auf Bundesebene wenig wahrgenommene Entwicklung ist die Gründung zahlreicher regionaler Bürgerinitiativen und kommunaler Wassertische. Diese Initiativen dienen engagierten Bürgern oftmals dazu, sich für gerechte Wasserpreise einzusetzen.⁹⁸ Vielfach wird gegen Gebührensatzungen vor den Verwaltungsgerichten geklagt. Demgegenüber zeigt die von Gewerkschaftsseite unterstützte europäische Bürgerinitiative „Right2Water“

gefolgt.

⁹⁶ Vgl. auch Abschnitte 2.1.3 und 2.2.3 in diesem Kapitel.

⁹⁷ In seinem Beschluss stellte das Gericht seine Ansicht in diesem Punkt wie folgt dar: „Auch wenn die Absicht einer Umgehung der kartellrechtlichen Kontrolle nicht ganz von der Hand zu weisen sein mag, sind die sich daraus ergebenden rechtlichen Konsequenzen keineswegs eindeutig.“, vgl. OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 3. März 2011, 11 W 2/11 (Kart), S. 6.

⁹⁸ Daiber berichtet hier über einzelne Beispiele. Vgl. Daiber, H., Engagierte Bürger gegen überhöhte Wasserentgelte, a. a. O., S. 974-981.

eine unkritische Haltung gegenüber der kommunalen Monopolstellung der Wasserversorger und fordert eine staatliche Aufgabenerfüllung ein.

1246. Grundsätzlich begrüßt die Monopolkommission, dass sachkundige Bürger Widerstand gegen überhöhte Entgelte in der Wasserversorgung organisieren; sie weist aber gleichzeitig auf die Gefahr hin, dass solche Initiativen von wirtschaftlichen Interessen instrumentalisiert werden können. Auch ist festzustellen, dass gerade die Forderung vieler Bürgerinitiativen nach gerechten Wasserpreisen weder auf Landes- noch auf Bundesebene ausreichend Gehör gefunden hat, um auch die durch die Rechtsordnung vorgegebenen Möglichkeiten zur Kontrolle von Wasserentgelten zu erweitern. Stattdessen wurden die Kontrollmöglichkeiten der Kartellbehörden in diesem Bereich substanziell beschnitten.

1247. Auch aus der Wasserbranche selbst – bzw. durch ihre Verbände – sind einige Initiativen unternommen worden, um im Zuge einer „Modernisierung“ den Wassersektor effizienter zu organisieren. Ein grundsätzlich lobenswerter Prozess ist der mit Unterstützung vieler Landesregierungen angestrebte Versuch eines Benchmarking, durch das ein quantitativer sowie qualitativer Vergleich der Wasserversorger ermöglicht werden soll.⁹⁹ Dazu werden in verschiedenen Bereichen Kennzahlen erhoben und ein Vergleich, aber auch ein Austausch über Arbeitsabläufe und Unternehmensprozesse eröffnet. Typischerweise kann die Tiefe eines solchen Benchmarking der Wasserwirtschaft sehr unterschiedlich sein; so wird einerseits ein sogenanntes Unternehmensbenchmarking und andererseits ein Prozessbenchmarking angewendet. Von beiden Verfahren ist das Prozessbenchmarking erheblich weiterreichend, da es – bei geeigneter Umsetzung – aufzeigen kann, in welchen konkreten Bereichen ein Versorger sich verbessern kann. Die Monopolkommission bewertet ein Benchmarking als einen Ansatz eines auf Vergleichen basierenden Wettbewerbs (Yardstick-Wettbewerb) zwar positiv. Allerdings ist für die Bewertung der Wirkung des Benchmarking auf die Branche insgesamt letztlich auch entscheidend, mit welcher Zielsetzung und unter welchen Regeln ein Benchmarking-Verfahren umgesetzt wird.

1248. Das in der Wasserwirtschaft angewendete Benchmarking setzt dabei vollständig auf die Motivation der teilnehmenden Versorger, aus eigener Initiative das Benchmarking zur Verbesserung ihrer Prozesse zu nutzen. Dieses machen vor allem die beiden vom Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft (BDEW) als „Erfolgsvoraussetzungen“ gekennzeichneten Merkmale des Benchmarking der Wasserwirtschaft deutlich: „Freiwilligkeit“ und „Vertraulichkeit“. Dabei bedeutet Freiwilligkeit, dass der Verband eine freiwillige Teilnahme der Verpflichtung vorzieht. Vertraulichkeit bedeutet, dass die Ergebnisse des Benchmarking nicht öffentlich gemacht werden und auch den Unternehmen nur ihr relatives Abschneiden in den Vergleichen mitgeteilt wird.

1249. Ein auf dieser Grundlage umgesetztes Benchmarking hat den Vorteil, dass die Bereitschaft der Unternehmen, sich mit dem Instrument auseinanderzusetzen und es konstruktiv zu nutzen, erheblich gesteigert wird. Auch wenn dies anzuerkennen ist, weist die Monopolkommission darauf hin, dass das Benchmarking ohne einen echten „fühlbaren“ Wettbewerbsdruck – wie ihn z. B. die öffentliche Kontrolle bei einer Veröffentlichung der Ergebnisse ausüben könnte – nicht als wettbewerbsäquivalenter Garant für die Effizienz der gesamten Branche dienen kann. Vielmehr muss befürchtet werden, dass vor allem motivierte und bereits heute gut organisierte Wasserversorger am Prozessbenchmarking mitwirken, während weniger effiziente Versorger von vornherein davon Abstand nehmen oder lediglich am weniger aussagekräftigen Unternehmensbenchmarking teilnehmen. Dieses legen auch die Angaben des BDEW nahe, nach denen 2012 lediglich 59 Prozent der Trinkwasserversorger wiederholt am Unternehmensbenchmarking teilnahmen. Währenddessen wurden zum Teilnehmeranteil am Prozessbenchmarking keine Angaben veröffentlicht. Ein weit überwiegender Anteil der Teilnehmer beider Benchmarkingprojekte (>98 Prozent) berichtete derweil von guten oder zufriedenstellenden Erfahrungen.¹⁰⁰

⁹⁹ Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 613 ff.

¹⁰⁰ Vgl. Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft, Benchmarking: „Lernen von den Besten“, Leistungsvergleiche in der deutschen Wasserwirtschaft, 2013.

4.1.4 Handlungsbedarf

1250. Die Monopolkommission hält an den Vorschlägen aus dem XVIII. Hauptgutachten zur Einführung einer Anreizregulierung in der Wasserwirtschaft fest. Insbesondere vor dem Hintergrund der nunmehr substanziell geschwächten Preismissbrauchsaufsicht sieht sie nochmals geringere Möglichkeiten gegeben, um die Bürger vor überhöhten Entgelten der Wasserversorger wirksam zu schützen. Daher sollte die Bundesregierung eine weitere Prüfung einer Regulierung der Wasserwirtschaft vornehmen und hierbei auch entsprechende detaillierte Kosten/Nutzen-Erwägungen von einer neutralen Stelle vornehmen lassen.

1251. Kurzfristig erscheint es der Monopolkommission allerdings wichtig, die Effizienz der Wasserversorger durch andere Maßnahmen zu verbessern. Hierbei vertraut die Monopolkommission nur bedingt auf die unter dem Schlagwort der „Modernisierung der Wasserwirtschaft“ laufenden Initiativen zum Benchmarking der Versorger. Zwar ist durchaus nachvollziehbar, dass das Benchmarking bei einzelnen Wasserversorgern Effizienzsteigerungen zur Folge hatte. Wie die Monopolkommission jedoch dargelegt hat, ist der praktizierte Ansatz eines „freiwilligen“ und „vertraulichen“ Benchmarking nicht geeignet, den Großteil der Bürger wirksam vor überhöhten Entgelten zu schützen. Ein verpflichtendes Benchmarking hatte der Bundesrat zu dem abgelehnt, ohne dafür Gründe zu nennen.¹⁰¹

1252. Die Monopolkommission hält es derweil auch für effektiver, das Benchmarking in seiner bisherigen Form zu belassen und im Gegenzug durch Transparenzverbesserungen an anderer Stelle eine Effektivierung der Gebührenaufsicht sowie der öffentlichen Kontrolle durch Politik und Bürger zu erreichen. Dazu verweist die Monopolkommission auf ihren Vorschlag, dass die Kommunen im Fall der Gebührenerhebung den Stückerlös verpflichtend ausweisen.¹⁰² Die dadurch erreichbare Transparenz über die Trinkwassergebühren hätte zur Folge, dass der Wettbewerbsdruck in der Branche entsprechend zunähme. Die Monopolkommission sieht in diesem Fall auch eine zunehmende freiwillige Teilnahme am Prozessbenchmarking als wahrscheinlich an.

4.2 Telekommunikation

4.2.1 Art und Umfang kommunaler Tätigkeit

1253. Die Telekommunikationswirtschaft steht in den kommenden Jahren mit dem Ausbau hochleistungsfähiger Breitbandnetze vor einer großen Infrastrukturherausforderung.¹⁰³ Hochleistungsfähige Breitbandnetze gelten als Voraussetzung für Wachstum und Beschäftigung. Sie sind zugleich ein wichtiger Standortfaktor im internationalen Wettbewerb und im Wettbewerb der Regionen um die Ansiedlung von Unternehmen. Charakteristisch für die Entwicklung in Deutschland ist, dass der Netzausbau im Wettbewerb und durch konkurrierende Netzbetreiber sowie auf der Grundlage unterschiedlicher Technologien und Ausbaustrategien erfolgt. Als bestmögliche technische Lösung für das Erreichen der Ziele der Breitbandstrategie der Bundesregierung sowie der digitalen Agenda der Europäischen Kommission gilt der Glasfaserausbau bis in die Wohnung (Fibre to the Home, FTTH) oder bis zum Teilnehmeranschluss (Fibre to the Building, FTTB).¹⁰⁴

¹⁰¹ Bundesrat, Stellungnahme zum XIX. Hauptgutachten der Monopolkommission, BR-Drs. 234/13 vom 22. März 2013, S. 4 f.

¹⁰² Vgl. Schlussfolgerungen in Abschnitt 3.2 in diesem Kapitel.

¹⁰³ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 66, Telekommunikation 2013: Vielfalt auf den Märkten erhalten, Baden-Baden 2014, Tz. 152 ff.

¹⁰⁴ Die Breitbandstrategie der Bundesregierung sieht für Deutschland eine Versorgung mit Übertragungsraten von mindestens 50 Mbit/s für 75 Prozent der Haushalte bis 2014 und die flächendeckende Vollversorgung bis spätestens 2018 vor. Gemäß der digitalen Agenda der Europäischen Kommission sollen bis 2020 erstens alle Europäer den Zugang zu einem Breitbandanschluss mit mindestens 30 Mbit/s und zweitens 50 Prozent der Haushalte einen Anschluss mit mindestens 100 Mbit/s haben; vgl. EU-Kommission, Mitteilung der Europäischen Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Eine Digitale Agenda für Europa, KOM (2010) 245 endgültig, 26. August 2010, S. 22.

1254. Kommunale Unternehmen spielen seit Beginn der Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte eine aktive Rolle als Vorleistungsanbieter, als Netzbetreiber und in den letzten Jahren zunehmend auch als integrierter Anbieter eines breiten Spektrums an Telekommunikationsdiensten. Im Jahr 2013 sind nach Schätzungen aus der Telekommunikationswirtschaft zwischen 160 und mehr als 200 kommunale Unternehmen auf dem Gebiet der Telekommunikation tätig.¹⁰⁵ Dabei handelt es sich zumeist um Stadtwerke, um Ausgliederungen von Stadtwerken oder um eigens gegründete Unternehmen, die in aller Regel regional begrenzt, aber häufig über die Grenzen einer einzelnen Kommune hinaus tätig sind. Beispiel dafür sind die NetCologne Gesellschaft für Telekommunikation mbH mit Sitz in Köln, einem Tochterunternehmen der GEW Köln AG, welches als vollintegrierter Netzbetreiber und Telekommunikationsdiensteanbieter Endkunden im Großraum Köln, Bonn und Aachen versorgt. Ein anderes Beispiel ist die Telekommunikationsgesellschaft Südwestfalen mbH, deren Gesellschafter der Hochsauerlandkreis, der Märkische Kreis sowie die Kreise Olpe, Siegen-Wittgenstein und Soest sind und die in Südwestfalen als Anbieter „passiver Infrastrukturen“ tätig ist.

1255. Kommunale Unternehmen sind bei ihrem Engagement in der Telekommunikationswirtschaft auf nahezu sämtlichen Wertschöpfungsstufen tätig, nämlich

- bei der Errichtung der passiven Netzinfrastruktur (Leerrohre und/oder Glasfasernetze) und Weitervermietung an Carrier/TK-Kooperationspartner,
- bei der Errichtung passiver Infrastrukturen, dem Betrieb des Netzes durch Carrier oder Kooperationspartner, der Vermarktung der Dienste (z. B. sogenannte „White label“-Produkte) durch das kommunale Unternehmen,
- als vollintegrierter Anbieter, der den Ausbau und Betrieb der Infrastrukturen vornimmt und Telekommunikationsdienste anbietet. In diesem Fall sind sowohl Modelle zu finden, bei denen das eigene Netz exklusiv genutzt wird als auch sogenannte Open-Access-Modelle.

Am weitesten verbreitet sind die Varianten eins und drei. Die Erfahrungen zeigen allerdings, dass passive Infrastrukturen (Variante 1) insbesondere für kleinere Stadtwerke relativ schwer zu vermarkten sind.

1256. Kommunale Unternehmen treiben in Deutschland vor allem den Ausbau der Glasfasernetze bis in die Häuser bzw. bis in die Wohnungen voran (FTTB/FTTH). Ende des Jahres 2012 gab es in Deutschland 275.000 FTTH-Anschlüsse, die überwiegend von den drei großen kommunalen Unternehmen NetCologne (88.000 Anschlüsse), M-Net¹⁰⁶ (90.000 Anschlüsse) sowie Wilhelm.Tel¹⁰⁷ (45.000 Anschlüsse) betrieben werden.¹⁰⁸ Die Deutsche Telekom AG betreibt zum gleichen Zeitpunkt lediglich 18.000 FTTH-Anschlüsse. Der wichtigste Grund für diese Zurückhaltung des Incumbent beim Ausbau der FTTH-Infrastrukturen ist, dass die Deutsche Telekom AG bei dem Ausbau hochleistungsfähiger Breitbandnetze verstärkt auf den VDSL-Ausbau (Glasfaser bis zum Kabelverzweiger, Fibre to the Curb, FTTC) und die Vectoring-Technologie setzt.¹⁰⁹ Von den rund 1,3 Mio. mit FTTH erschlossenen Haushalten (anschließbare Haushalte, die aber keinen FTTH-Anschluss gebucht haben) betreiben die regionalen Anbieter – vor allem die kommunalen Unternehmen – etwa 1 Mio. und die Deutsche Telekom AG etwa 300.000 Anschlüsse.

1257. Nach Angaben des VKU liegt das Hauptbetätigungsfeld kommunaler Unternehmen beim Breitbandausbau außerhalb der Ballungsräume (vgl. Abbildung V.6).

¹⁰⁵ Der Bundesverband Glasfaseranschluss e.V., Deutsche Telekom AG und der VKU gehen von unterschiedlichen Zahlen kommunaler Unternehmen zwischen 160 und 200 aus.

¹⁰⁶ Gesellschaften der M-Net sind: Stadtwerke München GmbH, Stadtwerke Augsburg Energie GmbH, Allgäuer Überlandwerk GmbH, N-ERGIE AG, infra fürth GmbH und Erlanger Stadtwerke AG.

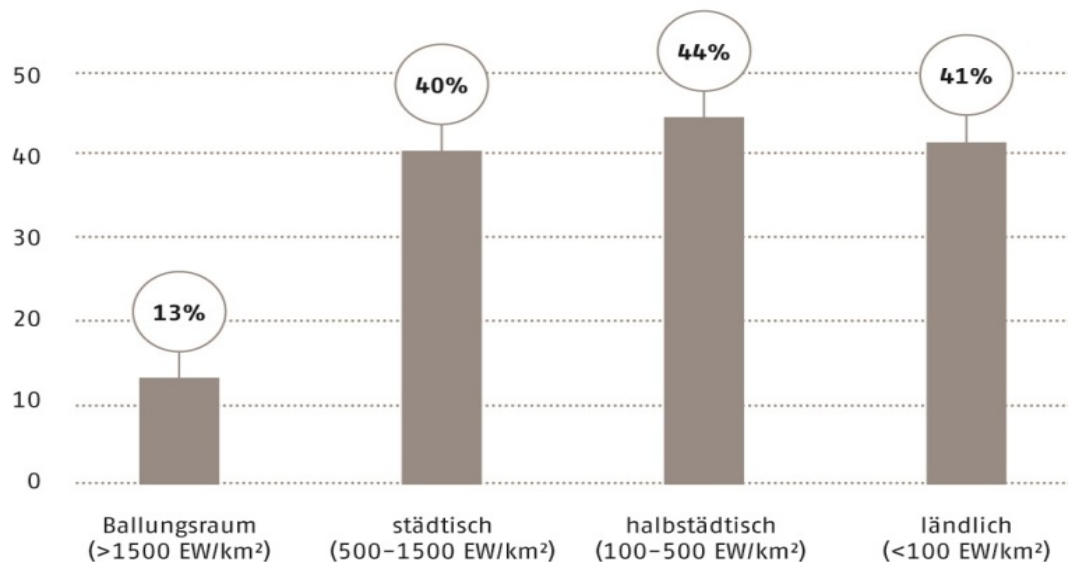
¹⁰⁷ Tochterunternehmen der Stadtwerke Norderstedt.

¹⁰⁸ Vgl. Schlesiger, C./Berke, J., Telekom kann Milliarden-Investitionen in Glasfaser einsparen, Wirtschaftswoche Online, 15. Februar 2014.

¹⁰⁹ Vgl. Deutsche Telekom AG, <http://www.telekom.com/medien/produkte-fuer-privatkunden/208148>, Abruf am 18. Juni 2014.

Abbildung V.6: Regionalspezifischer Breitbandausbau kommunaler Unternehmen**In welchen Regionen engagieren sich kommunale Unternehmen im Breitbandausbau?**

Mehrfachnennungen möglich, Stand: 2012



© VKU

Quelle: VKU, <http://www.vku.de/grafiken-statistiken/vku.html>, Abruf am 24. Juni 2014.

Hier ist aber zu beachten, dass die großen kommunalen Anbieter wie NetCologne oder M-Net ihren Schwerpunkt durchaus auch in Ballungsräumen haben und in Köln oder München zum Teil über höhere Marktanteile bei den Teilnehmeranschlüssen verfügen als die Deutsche Telekom AG.¹¹⁰ Wie gut das FTTH-Netz der NetCologne in Köln inzwischen ausgebaut ist, zeigt die viel beachtete Kooperation zwischen der Deutschen Telekom AG und dem Kölner Netzbetreiber, in deren Rahmen die Deutsche Telekom bereits seit Anfang 2012 Leitungen bei NetCologne mietet.¹¹¹

4.2.2 Motivation für kommunales Engagement auf Telekommunikationsmärkten

1258. Für die kommunalen Aktivitäten im Bereich der Telekommunikation spielen die in Abschnitt 1.2 genannten Zielsetzungen eine Rolle. Insbesondere werden jedoch zwei konkrete Gründe vorgebracht: Erstens betrachten Kommunen den Ausbau leistungsfähiger Breitbandinfrastrukturen als Teil der Daseinsvorsorge, und zweitens gibt es einen wirtschaftlich orientierten Ansatz. Letzterer geht davon aus, dass Stadtwerke, die über Wegerechte, bereits verlegte Energie-, Wärme oder Wasserversorgungsnetze und direkte Endkundenzugänge verfügen, komparative Kostenvorteile bei der Netzverlegung haben, die im Wettbewerb mit privaten Anbietern genutzt werden können, um kommerziell erfolgreiche Angebote machen zu können. Dieses Argument ist nachvollziehbar, da sich das Ausmaß der Kostenvorteile von Versorgungsunternehmen bei der Verlegung von Glasfasernetzen bis in die Haushalte allein schon daran erkennen lässt, dass 70 bis 80 Prozent der Kosten eines Anschlusses Tiefbaukosten sind.¹¹² Ordnungspolitisch stellt sich in diesen Fällen allerdings

¹¹⁰ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 61, Telekommunikation 2011: Investitionsanreize stärken, Wettbewerb sichern, Baden-Baden 2012, Tz. 32.

¹¹¹ Vgl. Bündler, H., Telekom mietet Leitungen von NetCologne, FAZ Online, 15. Januar 2012.

¹¹² Vgl. u.a. Nutzung von Synergieeffekten beim Breitbandausbau, Empfehlungen zum NGA-Ausbau, Runder-Tisch-Breitband Schleswig Holstein, Februar 2012, S. 3.

die Frage, welche Schwelle der Landesgesetzgeber für ein wirtschaftliches Tätigwerden kommunaler Unternehmen auf grundsätzlich funktionierenden Märkten vorsieht und inwieweit er sie zum Wettbewerb mit materiell privaten Telekommunikationsunternehmen zulassen möchte.¹¹³

1259. Im Rahmen der Daseinsvorsorge geht es den Kommunen um die Bereitstellung einer Infrastruktur, die der Markt nicht oder nicht in der erforderlichen Qualität oder dem erforderlichen Umfang hervorbringt. Typischerweise ist das bei sogenannten „weißen Flecken“ der Fall. Die Versorgung mit Breitbandanschlüssen unterbleibt hier, weil privatwirtschaftliche Angebote nicht zu finanzieren sind. Gegen ein mit Argumenten der Daseinsvorsorge motiviertes kommunales Engagement als Betreiber von Telekommunikationsnetzen und gegebenenfalls Anbieter von Telekommunikationsdiensten spricht allerdings, dass es hier ordnungspolitisch mildere und den Wettbewerb weniger beeinflussende Formen der Zielerreichung gibt. Dazu gehört die Subventionierung des Aufbaus von Breitbandnetzen im Rahmen der von der EU-Kommission genehmigten Breitbandbeihilferegelung für ländliche Regionen.¹¹⁴ Darüber hinaus gibt es mit dem Mobilfunk der vierten Generation (LTE) eine kostengünstige technologische Alternative zu einer Versorgung ländlicher Räume mit Glasfaseranschlüssen. Bei der Vergabe der Mobilfunkfrequenzen im Bereich 800 MHz aus der sogenannten digitalen Dividende I im Jahr 2010 gab es etwa die Bedingung für die Mobilfunkbetreiber, dass mit dem Netzaufbau in den lukrativen Ballungsräumen erst begonnen werden durfte, wenn die weißen Flecken in ländlichen Räumen in einem vorgegebenen Ausmaß geschlossen sind.¹¹⁵ Zwar erreichen Mobilfunkanschlüsse auch der vierten Generation nicht die Leistungsfähigkeit von Glasfaseranschlüssen. Gleichwohl erreichen sie inzwischen Übertragungsraten, die deutlich oberhalb dessen liegen, was in Deutschland als Breitbandgrundversorgung angesehen wird.

4.2.3 Wettbewerbsverzerrungen durch kommunales Engagement

1260. Sind kommunale Unternehmen in unterschiedlichen Wirtschaftsbereichen tätig, etwa in der Energieversorgung, der Wärmeversorgung oder der Wasserversorgung, gibt es die Möglichkeit, Kosten aus Wettbewerbsbereichen, hier der Telekommunikation, in Monopolbereiche, wie die Wasser-, Fernwärme- und Energieversorgung zu verlagern. Da kommunale Unternehmen oftmals Eigentümer der kommunalen Infrastrukturen sind, kann z. B. die Durchführung der Tiefbauarbeiten bei Neuverlegung oder bei der Wartung der bestehenden Infrastrukturen gleichzeitig dazu genutzt werden, um Leerrohre und/oder Glasfasernetze mitzuverlegen. Eine wettbewerbsverzerrende und gegebenenfalls unzulässige Quersubventionierung liegt dann vor, wenn die Kosten der Tiefbauarbeiten nicht anteilig oder in einem unzureichenden Ausmaß den Telekommunikationsdiensten zugerechnet werden.

1261. Die Frage, wann eine Quersubventionierung vorliegt und ob diese gegebenenfalls gegen geltendes Recht, etwa die Beihilfenvorschriften des europäischen Rechts verstößt, ist eine Frage der Einzelfallprüfung.¹¹⁶ Zu vermeiden sind wettbewerbswidrige Quersubventionierungen innerhalb kommunaler Unternehmen oder kommunaler Konzerne durch eine strikte Anwendung einer getrennten Rechnungs- bzw. Buchführung („separate accounting“). Eine streng nach Unternehmen sowie Geschäftsbereichen getrennte Rechnungsführung ist auch die Voraussetzung für eine beihilferechtliche Prüfung, etwa im Rahmen des

¹¹³ Vgl. Publicus – Der Online-Spiegel für das öffentliche Recht, http://www.publicus-boorberg.de/sixcms/detail.php?template=pub_artikel&id=boorberg01.c.243241.de, Abruf am 17. Juni 2014.

¹¹⁴ Allein das Land Bayern fördert die Breitbandversorgung in ländlichen Räumen mit über 1,5 Mrd. EUR. Ähnliche Beihilfen, wenn auch in einem geringeren finanziellen Rahmen, gibt es in vielen anderen Bundesländern. Auch auf der Bundesebene gibt es Programme wie die Breitbandförderung im ländlichen Raum im Rahmen der Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der Agrarstruktur und des Küstenschutzes“ (GAK) und Förderung von Breitbandanschlüssen für Gewerbebetriebe im Rahmen der Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur“ (GRW), Vgl. Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (BMWi), Möglichkeiten der Breitbandförderung – Ein Leitfaden, Berlin, Dezember 2012.

¹¹⁵ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 61, a. a. O., Tz. 118 ff.

¹¹⁶ Koenig, C./Busch, M., Quersubventionierung innerhalb von Konzernen – EU-beihilferechtliche Grenzen, in: Das Gewerbearchiv, 5/2011, S. 181 ff.

Market Economy Investor Principle-(MEIP)Tests.¹¹⁷ Dieser Test dient der Prüfung der Marktangemessenheit des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung einer von dem öffentlichen Unternehmen getätigten Transaktion.

1262. Weniger relevant ist das Problem der Quersubventionierung, wenn die Mitverlegung von Lehrrohren oder Breitbandkabeln für andere Unternehmen erfolgt. Gemäß § 77 b TKG sind Unternehmen und juristische Personen des öffentlichen Rechts, die über Einrichtungen verfügen, die zum Auf- und Ausbau von Netzen der nächsten Generation genutzt werden können, verpflichtet, Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze auf schriftliche Anfrage ein Angebot zur Mitnutzung dieser Einrichtungen gegen ein angemessenes Entgelt zu unterbreiten. Die Bundesnetzagentur hat in der Folge Maßstäbe für die Aufschlüsselung der nicht direkt zurechenbaren (Grabungs-)Kosten entwickelt.¹¹⁸ Dabei werden drei Mitverlegungsmodelle unterschieden: (i) die Mitverlegung durch Stromnetzbetreiber im Auftrag des TK-Unternehmens, (ii) die Mitverlegung und Vermarktung der Infrastruktur als Nebengeschäft des Stromnetzbetreibers sowie (iii) die Mitverlegung auf Rechnung des Stromnetzbetreibers. Die Mitverlegung als Nebengeschäft ist an bestimmte Bedingungen geknüpft. Nicht gänzlich unproblematisch ist nach Auffassung der Monopolkommission, dass nicht direkt zurechenbare Kosten der Mitverlegung als Nebengeschäft unter bestimmten Voraussetzungen in die Kalkulation der Stromnetzentgelte einfließen, soweit Breitbandkabel als Netzanlagen des (Energie-)Verteilungsbetriebs anzusehen sind.¹¹⁹ Die Stromendkunden zahlen auf diese Weise einen Aufschlag, der später in Form niedrigerer Entgelte zurückgezahlt wird, wenn der Netzbetreiber das Breitbandkabel vermarktet. Eine Quersubventionierung der TK-Netze der Energieversorgungsunternehmen lässt sich auf diese Weise nicht vollständig vermeiden.¹²⁰

4.2.4 Folgerungen

1263. Die Monopolkommission hat sich bereits im Jahr 1996, als die Diskussion um die grundlegende Neugestaltung des nationalen Ordnungsrahmens für die Telekommunikation begann, mit der – aus damaliger Sicht möglichen – Rolle der Kommunen bzw. kommunaler Unternehmen in der Telekommunikation befasst.¹²¹ Sie vertrat die Auffassung, dass ein solches Engagement aus ordnungspolitischer Sicht zweifelhaft sei, weil die Privatisierung als Ziel der damaligen Post- und Telekommunikationsreform mit dem Einstieg von kommunalen Unternehmen faktisch unterlaufen werde.¹²² Aus damaliger Sicht bestand die Gefahr von Interessenkonflikten und daraus resultierender Wettbewerbsverzerrungen, wenn die Kommunen einerseits mit eigenen Unternehmen tätig sind und andererseits über Wegerechte und Planungshoheiten verfügen, die für den Aufbau von TK-Netzen von Bedeutung sind.

1264. Aus heutiger Sicht ist festzustellen, dass die kommunalen Unternehmen nicht – wie zunächst befürchtet – für regionale Netzmonopole gesorgt haben, sondern eher für einen Infrastrukturwettbewerb stehen. Mit ihrem Schwerpunkt auf dem Ausbau von Glasfaserinfrastrukturen sind sie im Hinblick auf das Erreichen der Breitbandziele auf der nationalen und europäischen Ebene ein wichtiger Player. Gleichwohl ist darauf zu achten, dass Wettbewerbsverzerrungen auf den Telekommunikationsmärkten als Folge zunehmenden kommunalen Engagements vermieden werden. Im Sinne der Subsidiarität sollte kommunales Engagement auch im Bereich der Telekommunikation dort seine Grenzen haben, wo diese Leistungen durch private Unternehmen zur Verfügung gestellt werden können.

¹¹⁷ Vgl. ebenda, S. 184.

¹¹⁸ Vgl. BNetzA, Leitfaden für Unternehmen in eigener Zuständigkeit zur Berücksichtigung der Mitverlegung von Glasfaserkabeln oder Leerrohren für den Telekommunikationsbreitbandbetrieb im Rahmen notwendiger Verlegungen von Stromleitungen, Bonn, 2012.

¹¹⁹ Vgl. ebenda, S. 5.

¹²⁰ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 61, a. a. O., Tz. 149.

¹²¹ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 24, Telekommunikation 1996: Die Telekommunikation im Wettbewerb, Baden-Baden 1996, Tz. 41 ff.

¹²² Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 24, a. a. O., Tz. 44.

1265. Weitgehend unproblematisch ist es, wenn sich kommunale Unternehmen auf den Bau und den Betrieb passiver Netzinfrastrukturen beschränken. Für den Fall, dass sie als integrierte Netzbetreiber und Diensteanbieter auftreten, sollten ihre Netze obligatorisch für den entgeltlichen Zugang durch Dritte („open access“) geöffnet sein. Nach Ansicht der Monopolkommission ist zudem zwingend erforderlich, dass Versorgungsunternehmen ihre Aktivitäten im Bereich der Telekommunikation in einem separaten Unternehmen oder in einem separaten Geschäftsbereich organisieren. Zu vermeiden sind wettbewerbswidrige Quersubventionierungen innerhalb kommunaler Unternehmen oder kommunaler Konzerne durch eine strikte Anwendung der Separate-Accounting-Regeln.

4.3 Energiesektor

1266. In der Energiewirtschaft ist seit einigen Jahren ein deutlicher Zuwachs kommunaler Tätigkeiten zu beobachten. Entsprechend hat sich der Anteil der Umsatzerlöse kommunaler Energieunternehmen am Bruttoinlandsprodukt von 2000 bis 2011 mehr als verdoppelt (vgl. Abbildung V.3 sowie Tz. 1124.). Dieser Trend zur (Re-)Kommunalisierung im Energiesektor wird vielfach auch in der Öffentlichkeit thematisiert, da große Rückkäufe wie in Hamburg öffentlich stark wahrgenommen und intensiv diskutiert werden. Die Monopolkommission hat sich mit diesem Thema daher bereits in ihren letzten Energie-Sondergutachten befasst und diesbezügliche Empfehlungen abgegeben,¹²³ die auf Grundlage der vorliegenden Analyse erneuert werden.

1267. Befördert wird der Rekommunalisierungstrend dadurch, dass derzeit – d. h. in den letzten und kommenden Jahren – eine Vielzahl von Konzessionen für den Netzbetrieb ausgelaufen ist bzw. ausläuft und neu vergeben werden muss. Dadurch ergeben sich für Kommunen vielfach Gelegenheiten, ehemals privatisierte Bereiche wieder in die eigene Verantwortung zu überführen. Die Entwicklungen werden häufig durch Initiativen von Bürgern verstärkt, die sich für eine Übernahme der Energieversorgung durch die öffentliche Hand einsetzen.

4.3.1 Keine überzeugenden Gründe für die (Re-)Kommunalisierung im Energiesektor

1268. Als Motive für das erhöhte Engagement der Kommunen in der Energieversorgung werden neben den in den Abschnitten 1.2 und 2.2 diskutierten Gründen insbesondere energie- und umweltpolitische Erwägungen angeführt. Häufig verfolgen Kommunen explizit das Ziel, mehr Einfluss auf das Energieangebot und die Bereitstellung bestimmter Energiearten zu nehmen.¹²⁴ Die Monopolkommission hat bereits früher analysiert, welche konkreten Handlungsmöglichkeiten sich für die Kommunen in Bezug auf diese Zielsetzungen ergeben.¹²⁵ Bezüglich der fiskalischen Interessen stellt besonders die Aussicht auf langfristige, gesicherte Einnahmen, z. B. in Form von Netzentgelten, ein wichtiges Motiv für die Ausweitung kommunaler Tätigkeiten im Energiesektor dar.

1269. Kommunale Unternehmen sind in der Energiebranche auf den Wertschöpfungsstufen Endkundenmarkt, Netz- sowie Erzeugerebene tätig. Und auch die derzeit beobachtbare Ausdehnung kommunaler Wirtschaftstätigkeit betrifft alle drei Stufen; in einigen Fällen werden lediglich Teile der Wertschöpfungskette, in anderen Fällen die gesamte Wertschöpfungskette von der Energieerzeugung über den Vertrieb und den Netzbetrieb rekommunalisiert. Dabei gründen Kommunen neue Stadtwerke, kaufen Anteile an bestehenden Stadtwerken zurück oder erwerben Konzessionen für den Netzbetrieb (vgl. Tz. 1124.). Konkrete Motive für die Ausweitung der Tätigkeiten und die tatsächlichen Möglichkeiten zur Erreichung der verfolgten Ziele

¹²³ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 59, Strom und Gas 2011: Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten, Baden-Baden 2011, Abschnitt 2.2.; Sondergutachten 65, Energie 2013: Wettbewerb in Zeiten der Energiewende, Baden-Baden 2013, Abschnitt 4.4.2.

¹²⁴ Vgl. Institut für den öffentlichen Sektor e. V., Rekommunalisierung in der Energieversorgung, Public Governance - Zeitschrift für öffentliches Management, 2011, S. 8 ff.

¹²⁵ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 59, a. a. O. Tz. 48 ff.

unterscheiden sich dabei je nach Wertschöpfungsstufe. Entsprechend sind diese Motive und die bestehenden Handlungsmöglichkeiten zur Zielverfolgung für jede Stufe separat zu bewerten.

1270. Die Endkundenmärkte für Strom und Gas sind nach Ansicht der Monopolkommission vergleichsweise wettbewerblich und dynamisch. Grundsätzlich sieht die Monopolkommission die Betätigung der öffentlichen Hand im Wettbewerb mit privaten Unternehmen sehr kritisch (vgl. Tz. 1156.). Zudem haben die von der Monopolkommission durchgeführten empirischen Untersuchungen gezeigt, dass kommunale Stromanbieter auf dem Markt für Sondervertragskunden tendenziell nicht unter den günstigsten Tarifen zu finden sind.¹²⁶ Daher sieht die Monopolkommission keine überzeugenden Gründe für die wirtschaftliche Tätigkeit von Kommunen auf dieser Marktstufe.

1271. Zwar liegt im Bereich der Energienetze als natürliche Monopole Marktversagen vor, jedoch wird dieses bereits durch die von der Bundesnetzagentur bzw. den Landesregulierungsbehörden ausgeübte Regulierung adressiert. Für die Regulierung ist die Eigentümerstruktur der Netzbetreiber nicht relevant. Da die Regulierung vergleichsweise effektiv ist und schwer fixierbare Qualitätskriterien keine Rolle spielen, ist in diesem Bereich keine Überlegenheit kommunaler gegenüber privater Tätigkeit, sondern eher das Gegenteil zu erwarten (vgl. Abschnitt 2.2.1).

Auf der Netzebene erhoffen sich Kommunen im Zuge eines (Rück-)Erwerbs ihres Gas- und/oder Stromnetzes sowohl eine Einflussnahme auf die Preisgestaltung als auch die Umsetzung umwelt- und ressourcenpolitischer Ziele.¹²⁷ Jedoch unterliegen die Entgelte für den Netzzugang der Regulierung durch die Bundesnetzagentur oder Landesregulierungsbehörden, sodass die Preissetzungsspielräume des Netzbetreibers sehr gering sind. Durch die Begrenzung der zentralen Einnahmequelle eines Netzbetreibers sind die wirtschaftlichen Spielräume des Betriebs von Energieversorgungsnetzen stark eingeschränkt. Da der Kaufpreis eines Energienetzes den sich ergebenden, kaum zu beeinflussenden Einnahmestrom widerspiegelt, können fiskalische Ziele nicht geeignet durch einen Kauf eines solchen Netzes durch eine Kommune realisiert werden. Zudem hat die Monopolkommission in Abschnitt 2.2 ausführlich dargestellt, dass sie fiskalische Ziele als Motivation für Rekommunalisierungsbestrebungen insbesondere aus Gründen der Ineffizienz und der mangelnden Transparenz generell sehr kritisch beurteilt (vgl. Tz. 1173.).

1272. Auch lassen sich mit dem Rückkauf von Energienetzen keine umwelt- und ressourcenpolitischen Interessen effektiv verfolgen. So sind Möglichkeiten zum Reduzieren von Emissionen – was besonders häufig als Ziel vorgebracht wird – für den Netzbetreiber grundsätzlich bestenfalls sehr gering. Zwar führen niedrigere Übertragungsverluste in den Netzen zu einem sinkenden Bedarf an erzeugter Energie und damit niedrigeren CO₂-Emissionen, sodass Netzinvestitionen gewisse Emissionseinsparungen ermöglichen können. Jedoch sind diese Potenziale sehr klein. Außerdem unterliegen CO₂-Emissionen dem europäischen Emissionshandelssystem, sodass die gesamte Emissionsmenge europaweit festgelegt ist. Wenn die Gesamtmenge der CO₂-Zertifikate auch für den Emissionsausstoß verwendet wird, bewirkt eine geringere Stromerzeugung aus Braun- oder Steinkohle de facto keine CO₂-Einsparung, da eingesparte CO₂-Mengen an anderer Stelle emittiert werden. Deshalb wird die gesamte Emissionsmenge nicht um die tatsächlichen Einsparungen reduziert werden.¹²⁸

Der dargestellte Konflikt zwischen den fixierten Zielen des europäischen Emissionshandels und zusätzlicher lokaler Förderanstrengungen wird bereits seit einiger Zeit diskutiert.¹²⁹ Durch die jüngsten Änderungen am

¹²⁶ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 59, a. a. O. Abschnitt 6.4.3.

¹²⁷ Vgl. etwa Unser Netz Hamburg, <http://unser-netz-hamburg.de/10-gute-gruende/>, Abruf am 11. Juni 2014.

¹²⁸ Vgl. Monopolkommission, 54. Sondergutachten, Energiemärkte im Spannungsfeld von Politik und Wettbewerb, Baden-Baden 2009, Tz. 62 ff., 102; 59. Sondergutachten, Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten, Baden-Baden 2011, Tz. 534 ff., Monopolkommission, 65. Sondergutachten, Wettbewerb in Zeiten der Energiewende, Baden-Baden 2013, Tz. 193 ff.

¹²⁹ Die Monopolkommission hat in ihrem Energiegutachten auch verschiedene Lösungsmöglichkeiten aufgezeigt, Vgl. Monopolkommission, 65. Sondergutachten, Wettbewerb in Zeiten der Energiewende, Baden-Baden 2013, Tz. 197.

EEG und die hier mit einem Ausbaukorridor versehenen jährlichen Mengenzubauziele für Onshore-Windkraft, Photovoltaik und (in etwas abgewandelter Form) für Biomasse zeigt sich ein vergleichbares Problem nun jedoch auch innerhalb Deutschlands.¹³⁰ Ein kommunal angeschobener zusätzlicher Ausbau kann bei einer Überschreitung der Ziele zu einer geringeren Förderung führen. Dadurch wird der Ausbau des jeweiligen Energieträgers in ganz Deutschland jedoch wieder gebremst.

1273. Zudem können die sehr begrenzten Möglichkeiten zur Emissionsreduzierung und andere vorhandene Spielräume zur Realisierung umwelt- und ressourcenpolitischer Ziele durch die Kommune bspw. auch durch Vorgaben und Förderprogramme für private Betreiber ausgeschöpft werden, ohne dass ein Erwerb des Netzes erforderlich ist. Auch kann der Ausbau von Anlagen zur Erzeugung aus erneuerbaren Energien durch den Netzbetreiber kaum nachhaltig gefördert werden. Der Netzbetreiber hat keinen Einfluss darauf, aus welcher Quelle oder von welchem Anbieter der Strom stammt, der durch sein Netz fließt. Und auch ein privater Netzbetreiber ist gemäß § 5 Abs. 1 EEG verpflichtet, Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien unverzüglich vorrangig ans Netz anzuschließen. So kann eine Kommune Strom aus erneuerbaren Energiequellen bei der Einspeisung ins Netz nicht anders behandeln, als dies ein privater Netzbetreiber ohnehin tut.

1274. Zur Verfolgung umwelt- und ressourcenpolitischer Ziele sind Kommunen vor dem dargestellten Hintergrund auch auf der Erzeugerstufe aktiv. Dabei wird insbesondere eine Reduktion von CO₂-Emissionen angestrebt. Dies soll durch vermehrte Investitionen in Stromerzeugungsanlagen auf Basis erneuerbarer Energien erreicht werden. Allerdings ist der Bau solcher Anlagen aufgrund von Subventionszahlungen und des Einspeisevorrangs des Stroms aus erneuerbaren Energien auch für private Akteure ein interessantes Investitionsfeld, sodass der Markt stetig wächst und sehr dynamisch ist. Kommunen können und müssen hier keine Vorreiterrolle übernehmen. Außerdem werden CO₂-Emissionen aufgrund des europäischen Emissionshandelssystems durch einen Ausbau erneuerbarer Energien wie dargestellt nicht nachhaltig reduziert. Klimapolitisch bleibt ein vermehrter Ausbau erneuerbarer Energien insoweit folgenlos.

Teilweise wird als wettbewerbspolitischer Vorteil der Rekommunalisierung in der Energieversorgung deren wettbewerbsbelebende Wirkung auf dem Erzeugermarkt angeführt. So könne die dominante Stellung der großen Energieunternehmen aufgeweicht werden. Allerdings hält es die Monopolkommission für sehr fraglich, dass kommunale Akteure besser als private geeignet sind, durch Kraftwerkszukaufe und den Bau neuer Kraftwerke mittels hoher Investitionen bedeutende Wettbewerbsakzente zu setzen. Zudem wurde in Abschnitt 2.2 deutlich dargelegt, dass sich die öffentliche Hand prinzipiell nicht in Wettbewerb mit privaten Unternehmen begeben sollte.

1275. Insgesamt zeigt die Betrachtung der Wertschöpfungsstufen des Energiesektors, auf denen der Trend zur Rekommunalisierung zu beobachten ist, dass hier allenfalls schwache Argumente für kommunale Wirtschaftstätigkeit bestehen. Da Gestaltungsmöglichkeiten für die Kommunen auf den Märkten für leitungsggebundene Energien sehr viel kleiner sind, als oftmals impliziert, lassen sich durch die Rekommunalisierung umweltpolitische Interessen nicht effektiv und effizient verfolgen. Auch kann die öffentliche Hand die Rahmenbedingungen so setzen, dass private Akteure bestimmte Anforderungen z. B. hinsichtlich der Sicherheit, Qualität und Umwelteffekte, erfüllen. Im Ergebnis liegen im Energiebereich keine besonderen Gegebenheiten vor, die eine unternehmerische Tätigkeit der öffentlichen Hand insbesondere im Wettbewerb zu privaten Unternehmen ökonomisch rechtfertigen könnten (vgl. Abschnitt 2.2). Entsprechend sieht die Monopolkommission keine überzeugenden Gründe für die Ausweitung des energiewirtschaftlichen Engagements der Kommunen.

¹³⁰ Vgl. zu den jüngsten Anpassungen des EEG: Kapitel 1, Abschnitt 2, Tz. 67. ff.

4.3.2 Wettbewerblichere Gestaltung der Konzessionsvergabe notwendig

1276. Der zu beobachtende Rekommunalisierungstrend wird derzeit dadurch verstärkt, dass viele Konzessionen für den Netzbetrieb auslaufen und neu vergeben werden müssen. Bei der Vergabe des Netzbetriebs sind zwei Schritte zu unterscheiden. In einem ersten Schritt vergibt die Gemeinde das Wegenutzungsrecht gemäß § 46 EnWG nach dem Auslaufen oder der vorzeitigen Beendigung des alten Konzessionsvertrags neu.¹³¹ Gemeinde und Unternehmen schließen einen Wegenutzungsvertrag, in dem das Wegenutzungsrecht und die Höhe der Konzessionsabgaben als Gegenleistung vereinbart werden. Bei der Auswahl des Unternehmens, das die Konzession erhalten soll, ist die Gemeinde den Zielen des § 1 EnWG verpflichtet. Dies bedeutet, dass eine möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht, anzustreben ist. Das Energieversorgungsunternehmen, das den neuen Vertrag über das Wegenutzungsrecht erhält, kann mit dem bisherigen Konzessionsinhaber identisch oder ein anderes Unternehmen sein. Wird das Wegenutzungsrecht an ein neues Unternehmen übertragen, folgt in einem zweiten Schritt die Überlassung der für den Betrieb der Netze und der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen vom Altkonzessionär auf den neuen Wegenutzungsberechtigten (vgl. § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG). Hierfür muss der Berechtigte dem Altkonzessionär eine wirtschaftlich angemessene Vergütung zahlen.

1277. Konzessionsverträge unterliegen zwar nicht dem GWB-Vergaberecht, da sie keine öffentlichen Aufträge über die Beschaffung von Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen im Sinne von § 99 GWB zum Gegenstand haben. Allerdings finden die aus dem europäischen Primärrecht resultierenden Vergabeprinzipien Anwendung, die zur Bekanntgabe der anstehenden Vergabe und zur transparenten und nicht diskriminierenden Durchführung verpflichten. Zudem haben die deutschen Kartellbehörden in den letzten Jahren auf anderem Weg als über das GWB-Vergaberecht den kommunalen Auswahlprozess überprüft. Sowohl das Bundeskartellamt als auch einige Landeskartellbehörden haben die Bestimmungen der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht auf die Vergabe von Wegenutzungsrechten durch Kommunen angewendet.¹³² Außerdem haben zwei Grundsatzurteile des BGH aus dem Dezember des letzten Jahres klargestellt, dass Kommunen wettbewerbliche Prinzipien bei der Vergabe zu berücksichtigen haben.¹³³ Als marktbeherrschende Anbieter der Wegenutzungsrechte in ihrem Gebiet sind die Gemeinden demnach gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB (§ 20 Abs. 1 GWB a.F.) und § 46 Abs. 1 EnWG verpflichtet, den Konzessionär für den Betrieb eines Energieversorgungsnetzes in einem diskriminierungsfreien Wettbewerb auszuwählen. Sie könnten sich in diesem Zusammenhang weder auf ein „Konzernprivileg“ noch auf die Grundsätze des im Vergaberecht anerkannten „In-house-Geschäfts“ berufen. Die Auswahl muss in einem transparenten Verfahren erfolgen und ist vorrangig an Kriterien auszurichten, welche die Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG konkretisieren. Das aus dem Diskriminierungsverbot folgende Transparenzgebot verlangt, dass den am Netzbetrieb interessierten Unternehmen die Entscheidungskriterien der Gemeinde und ihre Gewichtung

¹³¹ Gemäß § 46 Abs. 1 S. 1 EnWG haben Gemeinden ihre öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet diskriminierungsfrei durch Vertrag zur Verfügung zu stellen. Die Laufzeit eines solchen Wegenutzungsvertrags ist gemäß § 46 Abs. 2 S. 1 EnWG auf 20 Jahre befristet. Die Gemeinden sind nach § 46 Abs. 3 S. 1, 2 EnWG verpflichtet, spätestens zwei Jahre vor Ablauf des alten Konzessionsvertrags das Vertragsende durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger oder im elektronischen Bundesanzeiger, bei einer Kundenzahl von mehr als 100.000 auch im Amtsblatt der Europäischen Union, bekannt zu machen. Im Gegenzug zur Einräumung des Wegenutzungsrechts erhalten die Kommunen entsprechend dem Wegenutzungsvertrag eine Konzessionsabgabe gemäß § 48 EnWG, deren Zulässigkeit und Bemessung von der Konzessionsabgabenverordnung vorgegeben wird.

¹³² Vgl. BKartA, Beschluss vom 18. Oktober 2011, B10-6/11; Beschluss vom 21. November 2011, B10-17/11; Beschluss vom 21. Juni 2012, B10-16/11.

¹³³ BGH, Urteile vom 17. Dezember 2013, KZR 66/12 und KZR 65/12 - Stromnetze Heiligenhafen und Berkenthin. Weitere vergaberechtliche Vorgaben folgen aus dem bis April 2016 umzusetzenden Vergabereformpaket; vgl. Sektoren-Richtlinie (wie Fn. 359 in Kapitel I dieses Gutachtens) und die Konzessions-Richtlinie (wie Fn. 361 in Kapitel I dieses Gutachtens).

rechtzeitig vor Angebotsabgabe mitgeteilt werden. Genügt die Konzessionsvergabe diesen Verpflichtungen nicht, liegt nach diesen Urteilen des BGH eine unbillige Behinderung derjenigen Bewerber vor, deren Chancen auf die Konzession dadurch beeinträchtigt worden sind. Konzessionsverträge, mit deren Abschluss die Gemeinde andere Bewerber unbillig behindert, sind danach gemäß § 134 BGB grundsätzlich nichtig. Die Übertragung des Netzbetriebs auf einen Eigenbetrieb ist somit unwirksam, wenn ein entsprechender Konzessionsvertrag wegen unbilliger Behinderung von Unternehmen, die sich um die Konzession bewerben, nichtig wäre.

1278. Auch wenn nicht zuletzt die Entscheidungen der Gerichte mittlerweile in vielen Hinsichten Richtlinien für das Vorgehen der Gemeinde geben, erscheint die Rechtslage zu Konzessionsverfahren mangels konkreter Regelungen in Vielem weiterhin unklar. Entsprechend ist ein wettbewerbliches Vergabeverfahren nicht immer gewährleistet. Dies ist insbesondere dann problematisch, wenn das Wegenutzungsrecht auf einen kommunalen Eigenbetrieb oder eine Eigengesellschaft übertragen wird (vgl. § 46 Abs. 4 EnWG). Auch um die Konzessionsverfahren rechtssicher zu machen, ist nach Auffassung der Monopolkommission eine verbesserte Ausgestaltung des Auswahlprozesses seitens der Gemeinden vielfach notwendig. Insbesondere ist eine Bevorzugung kommunaler Betriebe zu vermeiden.

1279. Die Gewährleistung eines wettbewerblichen Auswahlverfahrens durch die öffentliche Hand ist grundsätzlich zentrale Aufgabe des Vergaberechts. Die Monopolkommission hat den Gesetzgeber diesbezüglich bereits früher aufgefordert, die Aufnahme von Konzessionen zum Betrieb von Energieversorgungsnetzen in den Anwendungsbereich des förmlichen Vergabeverfahrens gemäß §§ 97 ff. GWB zu prüfen.¹³⁴ Dabei ist entsprechend der Regelung in § 46 Abs. 4 EnWG sicherzustellen, dass das förmliche Vergabeverfahren um Netzkonzessionen auch auf kommunale Eigenbetriebe und Eigengesellschaften anwendbar ist. Mit einer Einbeziehung von Netzkonzessionen in das förmliche Vergaberecht könnte ein Signal gesetzt und die Bedeutung eines wettbewerblichen Verfahrens betont werden. Dies könnte dazu beitragen, das Bewusstsein der Kommunen für die Bedeutung eines diskriminierungsfreien und transparenten Verfahrens zu schärfen.

Unabhängig davon, ob Transparenz und Diskriminierungsfreiheit beim Auswahlverfahren der Kommunen anhand der Vorschriften der Missbrauchskontrolle oder (künftig) mit den Bestimmungen des förmlichen Vergaberechts kontrolliert werden, stellt sich die Frage, welche Auswahlkriterien hierbei maßgebend sein sollen.¹³⁵ Der Monopolkommission erscheint es diesbezüglich weiterhin notwendig, möglichst eindeutige, aussagekräftige und transparente Auswahlkriterien aufzustellen. Diese müssen sich einerseits an den Zielen des § 1 EnWG orientieren, andererseits für die Kommunen möglichst einfach zu beachten und für alle Beteiligten leicht nachvollziehbar sein.¹³⁶ Die Monopolkommission erneuert daher ihren Vorschlag, als wesentlichen Wettbewerbsparameter die Höhe des angebotenen Abschlages vom Netznutzungsentgelt bzw. der jährlichen Erlösobergrenze zu berücksichtigen. Eine entsprechende Bestimmung ist in § 46 EnWG aufzunehmen. Hiernach sollte grundsätzlich der Anbieter mit dem höchsten Abschlag den Zuschlag erhalten. Der Abschlag vom Netznutzungsentgelt ist leicht feststellbar, einfach zu vergleichen, gut nachvollziehbar und kann dazu beitragen, den Auswahlprozess und die Auswahlentscheidung erheblich zu vereinfachen. Wenn die Kommune von diesem Prinzip abweichen will, hat sie dies ausdrücklich zu begründen.

¹³⁴ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 59, a. a. O., Tz. 29 ff.; XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 649 ff., Sondergutachten 65, a. a. O., Abschnitt 4.4.2.

¹³⁵ Anhaltspunkte für eine sachgerechte und rechtmäßige Abwägung verschiedener Kriterien im Rahmen eines rechtmäßigen Verfahrens gibt auch der „Gemeinsame Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers“ vom 15. Dezember 2010.

¹³⁶ Der Aufbau auf Verfahrens- und Dokumentmustern, Best-Practices etc. sowie auf institutionenübergreifenden Erfahrungen und Lerneffekten kann entstehende Transaktionskosten erheblich minimieren. Vgl. hierzu Kapitel I, „Wettbewerb in der deutschen Kinder- und Jugendhilfe“, Abschnitt 3.3.4 sowie bereits Monopolkommission, Sondergutachten 60, Bahn 2011: Wettbewerbspolitik unter Zugzwang, Baden-Baden 2013, Tz. 279 f. sowie Sondergutachten 64, Bahn 2013: Reform zügig umsetzen!, Baden-Baden 2013, Tz. 188 ff.

5 Aktuelle Probleme in der Entsorgungswirtschaft

1280. In der Abfallwirtschaft steht die Rollenverteilung der kommunalen und privaten Unternehmen derzeit in verschiedenen Bereichen in der Diskussion. Die Abfallwirtschaft umfasst alle Tätigkeiten und Aufgaben, die mit dem Vermeiden, Verringern, Verwerten und Beseitigen von Abfällen zusammenhängen. Die Abfallentsorgung bildet dabei den zentralen Teil der Abfallwirtschaft.¹³⁷ Die primäre Zielsetzung der politischen Rahmenbedingungen ist es, die Möglichkeiten der Vermeidung und Verwertung von Abfällen auszu-schöpfen.

5.1 Der gegenwärtige Ordnungsrahmen in Deutschland

1281. Der Ordnungsrahmen der Entsorgungswirtschaft wird durch das 2012 novellierte Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG) normiert.¹³⁸ Die explizite Einbettung der Abfallentsorgung in eine nachhaltige Kreislaufwirtschaft wurde mit dem 1996 in Kraft getretenen Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz (KrW-/AbfG) etabliert und befindet sich seitdem in deutlichem und kontinuierlichem Wandel. Nach § 1 des KrWG ist der Zweck des Gesetzes die Förderung der Kreislaufwirtschaft zur Schonung der natürlichen Ressourcen und die Sicherung der umweltverträglichen Bewirtschaftung von Abfällen.

1282. Gewerbliche Erzeuger und Besitzer von Abfällen sind gemäß Verursacherprinzip (§ 7 Abs. 2 KrWG) grundsätzlich selbst für die Entsorgung ihrer Abfälle verantwortlich und können ihren Entsorger frei wählen.¹³⁹ Bei Abfällen von Privathaushalten tragen indes zunächst die Kommunen als öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger mit der Begründung der Daseinsvorsorge die Verantwortung für die Entsorgung (§§ 17 Abs. 1, 20 Abs. 1 KrWG). Hintergrund dieser dualen Systematik für Haus- und Gewerbemüll ist die Annahme, dass privaten Haushalten besondere Sachkenntnisse und technische Vorkehrungen für eine umweltgerechte Entsorgung fehlen. Private Haushalte müssen ihren Hausmüll einschließlich seiner verwertbaren Bestandteile – wie z. B. Altpapier, Alttextilien, Elektronikschrott und Almetalle – grundsätzlich den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern überlassen. Gemäß dieser Überlassungspflicht gilt ein Anschluss- und Benutzungszwang. Jedoch existieren grundsätzlich Ausnahmen hiervon, bspw. bei Abfallverwertung auf dem eigenen Grundstück durch Eigenkompostierung.

1283. Die Entsorgung von Abfällen der Privathaushalte sowie hausmüllähnlicher Abfälle als traditionelle Aufgabe der Kommunen ist insbesondere historisch bedingt. Ende des 19. Jahrhunderts wurde eine systematische Entsorgung von Haushaltsabfällen in den Großstädten notwendig. Diese Tätigkeiten waren damals eng an die kommunalen Bereiche der Stadtreinigung, -planung und Abwasserentsorgung angebunden. Für die Entsorgung des Hausmülls sind heute überwiegend die kreisfreien Städte und Landkreise zuständig, die sich in einigen Regionen zu Abfallzweckverbänden zusammengeschlossen haben. Jahrzehntelang erfolgte die Beseitigung der Abfälle vor allem auf kommunalen Deponien. Damit handelte es sich bei der Entsorgung primär um eine Logistikdienstleistung, die teilweise durch private, teilweise durch kommunale Unternehmen erbracht wurde. Schrott wurde dagegen bereits früher fast ausschließlich durch private Betriebe entsorgt. Mit dem Beginn der Mülltrennung insbesondere in den 1970er Jahren und der generellen Wandlung der Abfallwirtschaft durch zunehmende Fokussierung auf die Vermeidung und Verwertung von Abfällen hat sich die Struktur des Sektors grundlegend verändert. Seit 2005 dürfen Hausmüll-

¹³⁷ Abfallentsorgung beinhaltet bspw. das Einsammeln und Befördern von Abfällen durch Müllabfuhr, Recyclingverfahren zur Gewinnung von Sekundärrohstoffen, die Verbrennung in Müllverbrennungsanlagen zur Erzeugung von Energie oder die Ablagerung auf Mülldeponien.

¹³⁸ Gesetz zur Förderung der Kreislaufwirtschaft und Sicherung der umweltverträglichen Bewirtschaftung von Abfällen, Art. 1 des Gesetzes zur Neuordnung des Kreislaufwirtschafts- und Abfallrechts, BGBl. 2013 I Nr. 10 S. 212 vom 29. Februar 2012. Der grundlegende Rahmen wurde mit der 2012 vorgenommenen Novelle des vorherigen Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes (KrW-/AbfG) aus dem Jahr 1994 beibehalten; der bisherige Titel jedoch abgelegt.

¹³⁹ Eine Ausnahme vom Verursacherprinzip ergibt sich durch den Anschluss- und Benutzungszwang für Sonderabfälle, wo die Nutzung von Anlagen kommunaler Zweckverbände vorgeschrieben werden kann.

deponien nur noch vorbehandelte Abfälle aufnehmen, bei denen organische Bestandteile nahezu völlig entfernt sind. Die Entsorgung als reine Transportdienstleistung existiert daher nicht mehr.

1284. Mit der 1991 in Kraft getretenen Verordnung über die Vermeidung und Verwertung von Verpackungsabfällen (Verpackungsverordnung – VerpackV)¹⁴⁰ wurde die Wirtschaft verpflichtet, in Umlauf gebrachte Verpackungen nach Gebrauch zurückzunehmen und bei deren Entsorgung mitzuwirken (§6 Abs. 1 VerpackV). Ziel der Übertragung der Entsorgungskosten auf die Hersteller war es, diese Umweltaspekte bereits bei der Produktgestaltung sehr viel stärker zu berücksichtigen.

Mit der Produzentenverantwortung wurde das Verursacherprinzip ausgeweitet bzw. die Ausnahmen hiervon wurden begrenzt. Die alleinige Verantwortung der Kommunen für den privaten Hausmüll wurde in Bezug auf Verpackungsabfälle im Gegenzug eingeschränkt. Somit übernahmen erstmalig private Unternehmen die Produktverantwortung für Teile des Hausmülls. Inzwischen wurde die Produktverantwortung der Hersteller auf Haushaltsgeräte, Elektronik, Kraftfahrzeuge usw. ausgeweitet. Seit der Einführung des Systems wird der überwiegende Anteil der verbrauchten Verkaufsverpackungen im sogenannten Dualen System gesammelt und der Verwertung zugeführt.

1285. Ein Teilbereich der Abfallwirtschaft, in welchem traditionell private Entsorger tätig sind, ist die sogenannte gewerbliche Sammlung. Unter einer gewerblichen Sammlung versteht man eine von privaten Entsorgungsträgern durchgeführte Sammlung von Wertstoffen jeglicher Art, die i. d. R. entweder direkt bei den Haushalten oder durch das Aufstellen von Containern stattfindet und deren Zweck nach § 3 Abs. 18 S. 1 KrWG die Einnahmenerzielung ist. Diese Tätigkeiten konzentrieren sich vorwiegend auf gewinnbringende Stoffe wie Altpapier, Elektroschrott oder Altkleider. Die private Sammlung wird von den verschiedensten Akteuren wahrgenommen – die Bandbreite reicht vom überregional tätigen Großbetrieb bis zum „fahrenden Kleinhändler“. Typischerweise tritt der gewerbliche Sammler mit seinem Engagement in Konkurrenz zum örtlich ansässigen öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger bzw. zu dem von diesem beauftragten Dritten. Insbesondere im Bereich der Altpapiersammlung besteht zudem eine Überschneidung mit dem Dualen System.

1286. Die Erfassung und Verwertung von Siedlungsmüll, das Duale System und die gewerbliche Sammlung bilden drei Kernbereiche der Entsorgungswirtschaft mit jeweils eigenen wettbewerblichen Rahmenbedingungen und unterschiedlichen Rollen der Kommunen und der Privatwirtschaft.

5.1.1 Entsorgung des Hausmülls

1287. Grundsätzlich besteht für private Haushalte gemäß § 17 Abs. 1 S. 1 KrWG (bzw. § 13 Abs. 1 S. 1 KrW-/AbfG) die Pflicht, ihre Abfälle dem öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger zu überlassen. Diese können die hoheitliche Aufgabe selbst erfüllen oder Unternehmen der Entsorgungswirtschaft als Erfüllungsgehilfen beauftragen. Die Ausschreibungsmodalitäten der Kommunen für die Beauftragung Dritter mit der Entsorgung der Haushaltsabfälle regelt das Vergaberecht (vgl. Abschnitt 2.1.3). Die Ausschreibungspflicht selbst hängt vor allem von der Kontrolle der Gebietskörperschaft über den Beauftragten ab. So sind Eigen- und Regiebetriebe (als nicht selbstständige Rechtssubjekte) Teil der Kommunalverwaltungen. Da der Leistungsaustausch innerhalb einer juristischen Einheit von den vergaberechtlichen Vorschriften nicht erfasst wird („Inhouse-Vergabe“), kann die Kommune in diesem Fall ohne eine vorherige Ausschreibung ihre Eigen- und Regiebetriebe mit der Aufgabenerfüllung, d. h. Sammlung, Transport, Behandlung, Verwertung und Beseitigung, betrauen.¹⁴¹ Auch die Beauftragung rechtlich selbstständiger Unternehmen kann eine Inhouse-Vergabe sein, wenn zum einen die beauftragende öffentliche Stelle über dieses

¹⁴⁰ Ursprüngliche Fassung vom 12. Juni 1991, BGBl. 1991 I S. 1234, letzte Neufassung vom 21. August 1998, BGBl. 1998 I, S. 2379.

¹⁴¹ Dies gilt unter der Maßgabe, dass die Gesellschaft im Wesentlichen für die Kontrolle ausübende(n) Gebietskörperschaft(en) tätig wird.

eine Kontrolle wie über eigene Dienststellen ausübt und zum anderen das Unternehmen nur einen geringen Teil seiner Leistungen für Dritte erbringt. Unklar war der Sachverhalt im Falle gemischtwirtschaftlicher Unternehmen. Hier entschied 2005 der EuGH, dass das Vergaberecht unabhängig von der Beteiligungshöhe eines privaten Partners anzuwenden sei.¹⁴² Die bis zum 18. April 2016 vom deutschen Gesetzgeber umzusetzenden Vergaberichtlinien sehen insoweit eine Reihe von Klarstellungen vor.¹⁴³

1288. Im Bereich der Entsorgung von Siedlungsabfällen und insbesondere Hausmüll¹⁴⁴ ist seit einigen Jahren ein deutlicher Anstieg der Betätigung kommunaler Unternehmen zu verzeichnen. Während der Umsatzanteil aller kommunalen Entsorger am BIP nur leicht gestiegen ist (vgl. Abbildung V.2), ist die Steigerung deren Anteil bei der kommunalen Restmüllfassung¹⁴⁵ sehr deutlich. Diesbezüglich ergibt sich seit 2005 ein Anstieg des Anteils kommunaler Unternehmen von 37,4 Prozent auf 45 Prozent (vgl. Abbildung V.7). Kommunale Unternehmen sind dabei auf dicht besiedelte Gebiete konzentriert, während in Flächenkreisen fast ausschließlich private Unternehmen aktiv sind. Nach Angaben des Bundesverbands der Deutschen Entsorgungs-, Wasser- und Rohstoffwirtschaft e. V. liegt der Marktanteil der kommunalen Entsorgungsbetriebe in Städten mit mehr als 100.000 Einwohnern bei fast 80 Prozent.¹⁴⁶

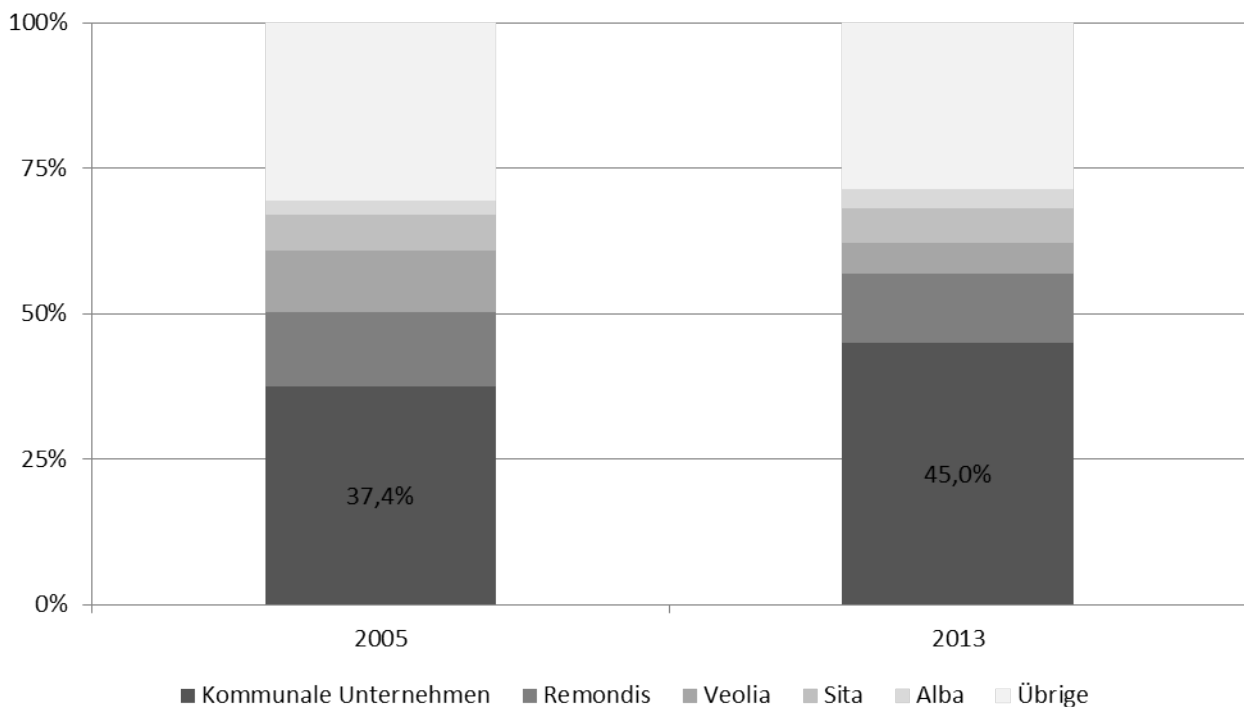
142 EuGH, Urteil vom 11. Januar 2005, C-26/03, Rn. 49.

143 Vgl. Abschnitt 2.1.3.2 in diesem Kapitel.

144 Siedlungsabfälle werden typischerweise in Haushaltsabfälle und hausmüllähnliche Gewerbeabfälle sowie sonstige Siedlungsabfälle unterschieden. Zu Haushaltsabfällen gehören wiederum Hausmüll, Bio- und Grünabfälle, Leichtverpackungen, Sperrmüll und restlich gesammelte Fraktionen. Als Leichtverpackung wird diejenige Abfallfraktion bezeichnet, die im Rahmen des Dualen Systems bundesweit getrennt gesammelt wird. Daneben existieren zudem Abfälle aus Produktion und Gewerbe.

145 Als Restmüll werden die Abfälle bezeichnet, die keiner der getrennt zu sammelnden Abfallarten wie Altpapier, Bioabfall, Verpackungen, Gefahrstoffe etc. zugeordnet werden können.

146 Vgl. BDE, Pressemitteilung vom 19. Februar 2013.

Abbildung V.7: Entwicklung der Anteile kommunaler und privater Unternehmen an der Restmüllerrfassung

Quelle: BDE Bundesverband der Deutschen Entsorgungs-, Wasser- und Rohstoffwirtschaft e. V.

5.1.2 Duales System

1289. Im Gegensatz zur Hausmüllentsorgung wird das duale System privatwirtschaftlich verantwortet. Die Systembetreiber realisieren jeweils bundesweit zugelassene duale Systeme nach § 6 Abs. 3 VerpackV zur Sammlung und anschließenden Verwertung von Verpackungsabfällen.¹⁴⁷ Die Hersteller und Vertreiber, die Verkaufsverpackungen erstmals in den Verkehr bringen – die sogenannten Inverkehrbringer –, müssen sich nach § 6 Abs. 1 VerpackV an einem oder mehreren dualen Systemen beteiligen, soweit sie die Verpackungen nicht selbst zurücknehmen. Dazu beauftragen sie die Systembetreiber über Lizenz- bzw. Beteiligungsverträge gegen ein entsprechendes Entgelt mit der flächendeckenden Rücknahme und Verwertung der Verpackungen. Im Vertrag werden entsprechend die lizenzierten Mengen festgeschrieben. Die größten Kunden der Systembetreiber sind die großen Handelskonzerne.

Bis zum Jahr 2003 war mit dem privatwirtschaftlichen Anbieter Duales System Deutschland GmbH nur ein Systembetreiber tätig, der die Verpackungsentsorgung koordinierte. Ab dem Jahr 2000 wurden die Wett-

¹⁴⁷ Üblicherweise wird zwischen einem und dem Dualen System unterschieden. Während das Duale System das Gesamtsystem der haushaltsnahen Verpackungsentsorgung meint, wird mit einem dualen System ein von einem Systembetreiber eingerichtetes Rücknahmesystem bezeichnet.

bewerbsbedingungen durch kartellbehördliche und gesetzgeberische Maßnahmen schrittweise verbessert.¹⁴⁸ So sind mittlerweile insgesamt zehn¹⁴⁹ Anbieter zugelassen.¹⁵⁰

1290. Die Systembetreiber beauftragen für Sammlung, Transport, Sortierung und Verwertung der Verpackungsabfälle jeweils Entsorgungsunternehmen. Da die Sammlung der Verpackungsabfälle durch das Gebot der Flächendeckung einen Engpass darstellt, wird die Sammlung von den Systembetreibern zusammen organisiert.¹⁵¹ Diese Beauftragung der Entsorgungsunternehmen erfolgt dabei gebietsweise im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung. Hierzu ist Deutschland in Vertragsgebiete aufgeteilt, welche üblicherweise den kommunalen Gebieten entsprechen. Für diese Vertragsgebiete können interessierte Entsorgungsunternehmen jeweils Angebote abgeben. Für jedes Gebiet übernimmt ein Systembetreiber die Ausschreibungsführerschaft. Die Ausschreibungsführerschaften werden unter den dualen Systemen verlost, wobei die Anteile der verlost Gebiete über die lizenzierten Mengen bestimmt werden. Der Ausschreibungsführer trägt gleichzeitig die Hauptkostenverantwortung und trägt damit mindestens die Hälfte der dort anfallenden Erfassungskosten. Die verbleibenden Kosten werden über Mitbenutzungssysteme vergemeinschaftet.

Das in einer Ausschreibung erfolgreiche Entsorgungsunternehmen schließt mit dem Systembetreiber schließlich einen üblicherweise dreijährigen Vertrag über die Erfassung des Verpackungsabfalls im jeweiligen Gebiet – den sogenannten Erfassungsvertrag. In diesem Vertrag wird ein pauschaler Gebietspreis vereinbart. Die Erfassungssysteme sind in Abstimmung mit dem lokalen öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger unterschiedlich gestaltet. Typischerweise werden die Verpackungen nach Abfallarten getrennt gesammelt, Leichtverpackungen und vergleichbare Abfälle in den Privathaushalten in der Gelben Tonne oder dem Gelben Sack, Altpapier über die Altpapiersammlung in einer blauen Tonne, Altglas in öffentlichen Containern und Tonnen. Die im Anschluss an die Erfassung durchgeführten Tätigkeiten der Sortierung und Verwertung werden durch die Systembetreiber individuell vergeben. Die Systembetreiber veräußern die sortierten oder aufbereiteten Verpackungen üblicherweise an Verwerter. Fünf der dualen Systeme sind Teil vertikal integrierter Entsorgungskonzerne. Sie managen einen Teil der Entsorgungsleistungen konzernintern bzw. mit verbundenen Unternehmen.

1291. Die Sammlung des Verpackungsabfalls im Rahmen des dualen Systems wird sowohl von privaten als auch von kommunalen Entsorgern durchgeführt. Die anschließende Sortierung erfolgt dagegen privatwirtschaftlich. Die Sortier- und Aufbereitungsanlagen in Deutschland haben mittlerweile einen sehr hohen technischen Automatisierungsgrad erreicht. Eine Sortierung per Hand spielt nur noch eine sehr untergeordnete Rolle. Für ein hochwertiges Recycling zur Aussortierung artengetrennter Kunststoffe ist eine Trenntechnik mit optischer Erkennung erforderlich, welches technisch seit 1999 möglich war, sich jedoch erst langsam durchgesetzt hat. Moderne Sortieranlagen mit hohem Automatisierungsgrad und Kunststoffartentrennung wurden ab 2005 in Betrieb genommen und sind mit Kapazitäten von teilweise über 100.000 Tonnen pro Jahr in der Lage, jeweils etwa fünf Prozent der bundesweiten Sammelmenge an Verpackungen zu sortieren. Andere Anlagen sind damit kaum noch wettbewerbsfähig.

1292. Über die Leistungsverträge mit Unternehmen der Kreislaufwirtschaft hinaus beauftragen die Systembetreiber freihändig die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger mit der Errichtung, Bereitstellung, Unterhaltung sowie Sauberhaltung von Flächen, auf denen Sammelgroßbehälter aufgestellt werden. Dafür

¹⁴⁸ Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung duale Systeme – Zwischenbilanz der Wettbewerbsöffnung, B4-62/12, Dezember 2012.

¹⁴⁹ Durch die Fusion der Vfw GmbH mit der Redual GmbH mit jeweils eigenen dualen Systemen im Jahr 2012 werden die Systeme der Redual GmbH und der Vfw GmbH in der neu entstandenen Reclay Vfw GmbH organisatorisch voneinander getrennt als „Duales System Redual“ und „Duales System Vfw“ fortgeführt.

¹⁵⁰ Die Zulassung muss in jedem einzelnen Bundesland bei der zuständigen Behörde erfolgen. Dazu muss ein System flächendeckend eingerichtet sein.

¹⁵¹ Die Rahmenbedingungen dieser Zusammenarbeit werden in vier Verträgen spezifiziert, siehe BKartA, Sektoruntersuchung duale Systeme – Zwischenbilanz der Wettbewerbsöffnung, a. a. O., Anhang 4.

sowie für Abfallberatung für ihr jeweiliges System erhalten die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger Nebenentgelte gemäß § 6 Abs. 4 S. 8 VerpackV. Die Höhe dieser Entgelte wird zwischen den Systembetreibern und den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern vereinbart. Diese Kosten werden vollständig vergemeinschaftet.

1293. Die Anteile der von den Systembetreibern zu zahlenden Entgelte ergeben sich aus den Mengenanteilen der Systeme. Jeder Systembetreiber meldet regelmäßig seine lizenzierten Mengen, woraus von einem unabhängigen Wirtschaftsprüfer die Anteile der dualen Systeme bestimmt werden. Dieser errechnete Anteil entspricht dann dem Anteil der Gebietspreise, die der Systembetreiber zu zahlen hat. Auch ergibt sich aus diesem Anteil die für Sortierung und Verwertung verantwortete Abfallmenge sowie die Kostenumlage für die Nebenentgelte.

1294. Die Systembetreiber finanzieren sich über die Beteiligungs- und Markennutzungsentgelte, die auf Basis des Verpackungsmaterials und -gewichtes berechnet werden. Die Systembetreiber sind nach Anhang I Nr. 3 Abs. 3 VerpackV verpflichtet, durch einen Mengenstromnachweis mit Angabe der lizenzierten Mengen gegenüber der zuständigen Landesbehörde die Erfüllung ihrer Pflichten zu dokumentieren. Dazu sind Informationen über die ordnungsgemäße Sammlung, Sortierung und Verwertung der in Deutschland gesammelten und verwerteten Verkaufsverpackungen anzugeben. Dabei sind für die einzelnen Materialien jeweils gesetzliche Verwertungsquoten vorgegeben, die zu erfüllen sind.

5.1.3 Gewerbliche Sammlungen

1295. Die Rahmenbedingungen der gewerblichen Sammlungen wurden mit der Novellierung des Kreislaufwirtschaftsgesetzes grundlegend verändert. Im Falle einer gewerblichen (oder gemeinnützigen) Sammlung kann die Überlassungspflicht der privaten Haushalte nach § 17 Abs. 2 Nr. 3 und 4 KrWG (bzw. § 13 Abs. 3 Nr. 2 und 3 KrW-/AbfG) teilweise entfallen. Im Rahmen des bis Mai 2012 gültigen Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes genügte hierfür gemäß § 13 Abs. 3 Nr. 3 KrW-/AbfG ein Nachweis des privaten Entsorgers über die ordnungsgemäße und schadlose Verwertung des erfassten Abfalls, sofern der Sammlung kein – nicht näher definiertes – öffentliches Interesse entgegenstand. Mit der Einführung des Kreislaufwirtschaftsgesetzes wurde dieser Begriff präzisiert. So steht der gewerblichen Sammlung nach § 17 Abs. 3 S. 1 KrWG dann ein öffentliches Interesse entgegen, wenn die Funktionsfähigkeit des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers gefährdet ist. Dies ist gemäß § 17 Abs. 3 S. 3 KrWG insbesondere anzunehmen, wenn bereits eine haushaltsnahe Sammlung durch den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger (bzw. beauftragte Dritte) stattfindet, die Gebührenstabilität gefährdet ist oder eine diskriminierungsfreie und transparente Vergabe im Wettbewerb erheblich erschwert oder unterlaufen wird. Doch auch bei Bestehen eines öffentlichen Interesses kann die gewerbliche Sammlung nach § 17 Abs. 3 S. 4 KrWG unter Umständen noch zulässig sein – nämlich dann, wenn diese Sammlung wesentlich leistungsfähiger ist. Die dabei zu legenden Kriterien umfassen gemäß § 17 Abs. 3 S. 5 KrWG unter anderem Qualität und Effizienz sowie gemeinwohlorientierte Servicegerechtigkeit.

1296. Zusätzlich ging mit der Novellierung des Kreislaufwirtschaftsgesetzes eine generelle Anzeigepflicht für gewerbliche Sammlungen einher. Während bis Mai 2012 nach § 13 Abs. 3 Nr. 3 KrW-/AbfG nur ein Nachweis gegenüber dem öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger über die ordnungsgemäße und schadlose Verwertung erbracht werden musste, welcher in der Praxis nicht immer eingefordert wurde, sieht § 18 des Kreislaufwirtschaftsgesetzes mittlerweile eine deutlich umfangreichere Anzeige aller Sammlungen bei der vom öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger jedenfalls in dieser Sache i. d. R. unabhängigen Abfallbehörde vor. Die Entscheidung, welcher Behörde diese Zuständigkeit zugewiesen wird, obliegt den Ländern. Während sich einige Bundesländer für eine zentrale Ansiedelung bei der oberen Abfallbehörde entschieden haben, sind in Baden-Württemberg, Bayern, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-West-

falen und Rheinland-Pfalz die unteren Abfallbehörden für die Bearbeitung der Anzeigen verantwortlich.¹⁵² Eine Anzeige ist gemäß § 18 Abs. 1 KrWG drei Monate vor der geplanten Sammlung einzureichen und muss nach § 18 Abs. 2 KrWG unter anderem Angaben zu Ausmaß und Dauer der Tätigkeit sowie der Verwertung der Abfälle beinhalten. Weiterhin muss dem öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger gemäß § 18 Abs. 4 KrWG mit einer Frist von zwei Monaten die Möglichkeit zur Stellungnahme gegeben werden. Die zuständige Behörde kann die Sammlung nach § 18 Abs. 5 KrWG schließlich untersagen, an Bedingungen oder Auflagen binden sowie zeitlich befristen, wenn nach ihrer Einschätzung die gesetzlichen Voraussetzungen für eine gewerbliche Sammlung nicht gewährleistet sind. Dies gilt jedoch nur bedingt für bereits in der Vergangenheit durchgeführte Sammlungen. Diesen wird nach § 18 Abs. 7 KrWG ein gewisser Vertrauensschutz gewährt, sofern sie bislang die Funktionsfähigkeit insbesondere des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers nicht gefährdet haben.

5.2 Probleme und Empfehlungen im Bereich Hausmüll

5.2.1 Die Doppelfunktion der Kommunen

1297. Insbesondere aus der Doppelfunktion der Kommunen als Marktteilnehmer und Abfallbehörde ergeben sich strukturelle Anreizwirkungen, welche sich in verschiedenen Aspekten zeigen. Die nachfolgend dargestellten Problemfelder stehen jedenfalls mit dieser wettbewerbspolitisch ungünstigen Konstellation in engem Zusammenhang.

1298. Durch die Produktverantwortung der Hersteller und die zunehmende Fokussierung auf die Verwertung statt Beseitigung kam es in den letzten Jahren zu einem Rückgang des kommunalen Siedlungsabfalls und insbesondere des Hausmülls. Von 1996 bis 2011 verringerte sich der von der öffentlichen Müllabfuhr entsorgte Hausmüll um ca. 30 Prozent.¹⁵³ Dadurch sank auch die Auslastung der Müllverbrennungsanlagen, welche größtenteils in kommunaler Hand sind.¹⁵⁴ Viele Studien gehen davon aus, dass sich dieser Trend fortsetzt.¹⁵⁵ Aufgrund der nicht ausgelasteten Verbrennungsanlagen kann und wird Abfall zur Verbrennung nach Deutschland netto importiert. Aufgrund der hohen fixen und nur geringen variablen Kosten des Betriebs einer Müllverbrennungsanlage kann der Wettbewerb unter den Anlagenbetreibern um den Müll dazu führen, dass Müllverbrennung unterhalb der Durchschnittskosten angeboten wird. Dies ist insbesondere dann der Fall und problematisch, wenn durch derart günstige Verbrennungskosten auch recycelbarer Müll verbrannt wird, für den ansonsten die stoffliche Verwertung die beste Option wäre. Auch ist nicht auszuschließen, dass Müllverbrennung aufgrund dieser Entwicklung teilweise zu kartellrechtswidrigen Kampfpreisen angeboten wird.

1299. Die Verbrennung von Abfällen, für die eine stoffliche Verwertung ökologisch und ökonomisch ohne Überkapazitäten der Müllverbrennungsanlagen die beste Option wäre, kann auch durch die zum 1. Juni 2012 in Kraft getretene Neufassung des Kreislaufwirtschaftsgesetzes nicht verhindert werden. Darin wurde für den Umgang mit Abfällen eine Zielhierarchie der Abfallbehandlung in § 6 Abs. 1 KrWG gesetzlich fest-

¹⁵² Vgl. Bundesregierung, Bericht über die Auswirkungen der Regelungen zur Anzeigepflicht gewerblicher und gemeinnütziger Sammlungen gemäß §§ 17 und 18 Kreislaufwirtschaftsgesetz (Monitoring-Bericht), BT-Drs. 18/800 vom 13. März 2014, S.14 ff.

¹⁵³ Vgl. Statistisches Bundesamt, 2011, Umwelt - Zeitreihe zum Abfallaufkommen 1996-2011.

¹⁵⁴ Die Datenlage zu tatsächlichen Kapazitäten und Auslastungen von Müllverbrennungsanlagen ist schwierig. Darauf verweist bspw. Richers, U., Abfallverbrennung in Deutschland – Entwicklung und Kapazitäten, KIT Scientific Reports 7560, 2010. Es ist davon auszugehen, dass Verbrennungskapazitäten von mindestens 24 Mio. Tonnen pro Jahr zur Verfügung stehen. Laut Angaben aus der Branche werden davon nur etwa 18 Mio. Tonnen für Müll aus Deutschland benötigt.

¹⁵⁵ Vgl. Prognos, Der Abfallmarkt in Deutschland und Perspektiven bis 2020 – Endbericht, 2008; Dehoust, G. u.a., Klimaschutzpotentiale der Abfallwirtschaft – Am Beispiel von Siedlungsabfällen und Altholz, Studie des Öko-Instituts e.V. und IFEU für das UBA, das BMU und den BDE, 2010; Schulze, S./Schlitte, F., Auswirkungen der Abfallgesetzgebung auf das Abfallaufkommen und die Behandlungskapazitäten bis 2020, HWWI Policy Paper 64, 2012

geschrieben: 1. Vermeidung, 2. Vorbereitung zur Wiederverwendung, 3. Recycling, 4. sonstige Verwertung, insbesondere energetische Verwertung und Verfüllung, 5. Beseitigung. Erzeuger oder Besitzer von Abfällen sind verpflichtet, bei der Abfallbehandlung dieser Hierarchie zu folgen. Jedoch werden durch § 8 Abs. 3 KrWG die Prioritäten in der Praxis anders gesetzt, da hiernach die energetische Verwertung (Verbrennung) einer stofflichen Verwertung (Wiederverwendung oder Recycling) gleichrangig ist, wenn der Heizwert des einzelnen Abfalls, ohne Vermischung mit anderen Stoffen, mindestens 11.000 Kilojoule pro Kilogramm beträgt. Da die durchschnittlichen Heizwerte der Müllverbrennungsanlagen in Deutschland bei etwa 10.000 Kilojoule pro Kilogramm liegen und neue Anlagen Werte von 12.000 bis über 14.000 Kilojoule pro Kilogramm erreichen, ist dieser Grenzwert vergleichsweise niedrig angesetzt. Dies führt dazu, dass die Verbrennung einer echten Verwertung tatsächlich meist nicht nachgeordnet ist.

1300. Auch ist die wettbewerbliche Situation im Falle der Hausmüll-Entsorgung derzeit insgesamt unbefriedigend. Bereits vor über zehn Jahren hat die Monopolkommission den fehlenden Wettbewerb im Bereich der Haushaltsabfälle bemängelt.¹⁵⁶ Durch die Überlassungspflichten zugunsten der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger, denen wiederum die freihändige Inhouse-Vergabe an den kommunalen Entsorger möglich ist, kann ein umfassender Marktverschluss resultieren. Funktionierender Wettbewerb wird dadurch unmöglich. Bereits in ihrer umfangreichen Expertise zu Wettbewerbsfragen der Kreislauf- und Abfallwirtschaft kam die Monopolkommission 2003 zu dem Schluss, dass die kommunale Daseinsvorsorge keine hinreichende Begründung für dieses System liefert. Dies ergibt sich auch aus den Darlegungen des vorliegenden Abschnitts 2 dieser Untersuchung. Die vielfach bestehende Doppelfunktion von Kommunen als Marktteilnehmer und zuständige Abfallbehörde ist grundsätzlich problematisch. Kommunen haben aufgrund der eigenen Abfallwirtschaftsbetriebe wirtschaftliche Interessen und sind gleichzeitig als untere Abfallbehörden für die Überwachung des Kreislaufwirtschaftsgesetzes zuständig. Sie haben die Möglichkeit, Anordnungen zu treffen und insbesondere auch die Tätigkeit ihrer Wettbewerber zu untersagen.

5.2.2 Empfehlung: Wettbewerb zwischen kommunalen und privaten Entsorgern von Hausmüll schaffen

1301. Bezüglich der Entsorgung von Hausmüll verfügen die Kommunen als öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger über faktische Monopolrechte, welche durch die Möglichkeiten der Inhouse-Vergabe an die kommunalen Entsorger übertragen werden kann. Damit besteht eine wettbewerbsferne Grundordnung der Hausmüllentsorgung, welche die Monopolkommission ablehnt. Zwar ist grundsätzlich bedenkenswert, ob die bestehenden Überlassungspflichten nötig sind, um eine wirtschaftlich tragfähige Erfüllung der Aufgabe des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers sicherzustellen; „mehr Wettbewerb“ lässt sich jedoch auch unter den bestehenden Regeln erreichen.

1302. Im Rahmen des bestehenden Systems erscheint es der Monopolkommission in jedem Fall zielführend, den Wettbewerb „um den Markt“ zu stärken, indem Kommunen, welche die Entsorgung derzeit noch eigenständig durchführen, den Übergang zu einer Ausschreibung der Hausmüllentsorgung prüfen.

Die seit Langem sehr erfolgreichen Ausschreibungen insbesondere im ländlichen Raum zeigen, dass private Unternehmen die erforderlichen Leistungen mindestens ebenso hochwertig erbringen können wie kommunale Entsorger. Entsprechend ist keine systematisch mangelnde Qualität in Entsorgungsgebieten erkennbar, in denen privatwirtschaftliche Unternehmen beauftragt werden. Wenig überzeugend ist das teils vorgebrachte Argument, dass kommunale Betriebe die lokale Wertschöpfung stärken oder allgemein größere Investitionen tätigen würden. Besondere Anforderungen der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger wie ökologische Kriterien, bspw. der Einsatz moderner Hybrid-Fahrzeuge, können ebenso in Ausschreibungen festgeschrieben werden. Eine Ausschreibung böte zudem den Vorteil der besseren Kontrolle ökologischer Standards, da so eine klare Trennung zwischen dem beauftragten Entsorgungsunternehmen und dem Träger

¹⁵⁶ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 37, Wettbewerbsfragen der Kreislauf- und Abfallwirtschaft, Baden-Baden 2003.

der kommunalen Entsorgungsverantwortung erfolgt. Allgemein sieht die Monopolkommission im Entsorgungsbereich sehr geeignete Rahmenbedingungen, um Qualitätskriterien transparent und überprüfbar vertraglich festzuschreiben. Im Gegenzug lassen sich keine überzeugenden Gründe für die Erforderlichkeit einer Aufgabenwahrnehmung durch kommunale Unternehmen feststellen. Vor diesem Hintergrund ist mit Verweis auf Abschnitt 2.2.1 auch darauf hinzuweisen, dass eine kommunale Eigenerbringung der Hausmüllentsorgung nicht zwingend als Entscheidung der Kommune durch die Selbstverwaltungsgarantie des Artikels 28 Abs. 2 Grundgesetz geschützt ist, wenn die Gemeindeordnungen eine „Erforderlichkeit“ kommunaler Aufgabenerfüllung vorsehen.

1303. Im Hinblick auf alternative Modelle eines Wettbewerbs konkurrierender Hausmüllentsorgungsunternehmen läge eine prüfenswerte Möglichkeit darin, jeden Haushalt frei wählen zu lassen, ob er an dem grundsätzlich kommunal organisierten Entsorgungssystem teilnimmt oder stattdessen die Abfallentsorgung mithilfe von zugelassenen Entsorgungsanbietern selbst regelt. Die öffentliche Hand würde in diesem System allerdings eine Gewährleistungsverantwortung behalten. Diese könnte bspw. dadurch sichergestellt werden, dass ein vom öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger beauftragtes Unternehmen als „Grundentsorger“ die Entsorgung übernimmt, von dem aus die Bürger nach eigener Wahl zu einem anderen Entsorger wechseln können. Eine vergleichbare Systematik kommt bereits im Bereich der leitungsgebundenen Energieversorgung durch den Grundversorger zum Tragen. Hierdurch wird Wettbewerb mit einer durch den Staat sichergestellten Grundversorgung verbunden. Bei einer Gestaltung eines Wettbewerbs im statt um den Markt wird der Wettbewerbsdruck verstetigt. Gegen eine solche Ausgestaltung könnten insbesondere vermutete erhebliche Dichtevorteile bei der Müllsammlung sprechen. Allerdings sind Dichtevorteile in Großstädten weniger kritisch, sodass die Vertragsindividualisierung dort möglich erscheint. Auch ist das Risiko ineffizienter Entsorgung dadurch sehr beschränkt, dass Wettbewerber selbst entscheiden können, wo sie in Konkurrenz zum kommunalen „Grundentsorger“ treten. Eine Prüfung von Kosten und Nutzen entsprechender Wettbewerbsmodelle unter Berücksichtigung der verschiedenen Probleme sieht die Monopolkommission als lohnenswert an.

1304. Die gegenwärtig oft durch fehlenden Wettbewerb gekennzeichnete Situation in der Hausmüllentsorgung macht deutlich, dass die Gefahr bestehender Ineffizienzen und daraus resultierender Gebührenüberhöhungen auch in diesem Bereich nicht unterschätzt werden sollte. Vor dem Hintergrund der Monopolstellung einzelner kommunaler Hausmüllentsorger ist auch in diesem Bereich eine bessere Kontrolle kommunaler Gebühren von erheblichem Interesse. Die Monopolkommission verweist an dieser Stelle auf ihren Vorschlag, die Transparenz über die Höhe kommunaler Benutzungsgebühren dadurch zu erhöhen, dass die Kommunen den Stückerlös verpflichtend ausweisen.¹⁵⁷

1305. Aus Sicht der Monopolkommission sprechen auch mit Blick auf weitere Aspekte der Kreislaufwirtschaft des Hausmülls starke Argumente dafür, die kommunale Erbringung der Aufgaben weniger in den Vordergrund zu rücken. Dies betrifft auch ökologische Überlegungen. Kommunale Unternehmen sind heute nur selten in der Lage, zeitgemäße Recycling-Betriebe neu aufzubauen. Für derartige hochtechnische Anlagen bestehen erhebliche Größenvorteile, sodass zum effizienten Betrieb einer solchen Anlage der Müll eines sehr großen Entsorgungsgebiets benötigt wird.¹⁵⁸ Daher besteht bei der von kommunalen Betrieben organisierten Abfallentsorgung die Gefahr, dass eine ökologisch problematische Verbrennung vorgezogen wird und sich auch langfristig die Recycling- und Verwertungsquoten nicht erhöhen.

Hier sieht die Monopolkommission zudem Bedarf für eine Anpassung der gesetzlichen Hierarchie zur Abfallbehandlung. Durch die Vorgabe, dass eine energetische Verwertung ab einem relativ niedrigen Heizwert des einzelnen Abfalls einer Wiederverwendung oder einem Recycling gleichwertig gestellt wird, werden europäische Vorgaben konterkariert und ein nachhaltiges ökologisches Handeln gerade nicht gefördert. So

¹⁵⁷ Vgl. Schlussfolgerungen in Abschnitt 3.2 in diesem Kapitel.

¹⁵⁸ Teilweise wird sogar davon ausgegangen, dass eine moderne Recycling-Anlage für einen effizienten Betrieb Abfälle von etwa 5 Mio. Einwohnern benötigt.

werden unverhältnismäßige Vorteile für die Entsorgung über Infrastruktureinrichtungen wie Müllverbrennungsanlagen, die sich vorwiegend in kommunaler Hand befinden, gegenüber privat errichteten Sortier- und Verwertungseinrichtungen geschaffen.

5.3 Probleme und Empfehlungen im Bereich des dualen Systems

5.3.1 Instabilitäten des dualen Systems

1306. Die Übertragung der Verantwortung der Verpackungsentsorgung auf die Hersteller und die Öffnung des dualen Systems für den Wettbewerb hat sich prinzipiell als erfolgreich erwiesen. So kam es nach Ansicht der Monopolkommission auch durch die Öffnung des Wettbewerbs und die daraufhin erfolgten Markteintritte der Systembetreiber zu einer Halbierung der Entsorgungskosten im dualen System bei einer gleichzeitigen Steigerung der Qualität der Entsorgung.¹⁵⁹ Die erheblichen Innovationen bei der Sortiertechnik und die Zunahme des hochwertigen Recyclings der vergangenen Jahre sind nicht zuletzt durch den zunehmenden Wettbewerb sowohl der Entsorger als auch der dualen Systeme angereizt worden. So ist mittlerweile die Sortierung und Verwertung von Verpackungen typischerweise kostengünstiger als die kommunal organisierte Hausmüllverbrennung.

1307. Dennoch werden bezüglich der Entsorgung im dualen System regelmäßig Beschwerden der Kommunen bezüglich der Qualität vorgebracht. So beklagen kommunale Entsorger seit Jahren, dass die Qualität der Sammelleistung geringer sei, wenn ein privater Wettbewerber statt des kommunalen Entsorgers den Auftrag erhalte. So komme es teilweise zu Vermüllungen durch gelbe Säcke, wenn Verpackungen nicht in Tonnen entsorgt werden. In solchen Fällen ist der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger zur Beseitigung des Mülls verpflichtet, wogegen der Entsorger der Verpackungen bspw. nicht kurzfristig verpflichtet werden kann, den Haushalten für Verpackungsabfälle gelbe Tonnen statt Säcke zur Verfügung zu stellen. Dies ist erst mit der nächsten Ausschreibung möglich. Sowohl die privaten Entsorger als auch die Systembetreiber widersprechen der These, dass es Qualitätsunterschiede zwischen kommunalen und privaten Entsorgern im dualen System gebe. Die selten auftretenden Betriebsstörungen seien typischerweise witterungsbedingt. Dies bestätigt auch die Sektoruntersuchung des Bundeskartellamtes, in deren Rahmen Befragungen zu Betriebsstörungen durchgeführt wurden. Dabei sind keine stichhaltigen Hinweise auf Qualitätsprobleme gefunden worden. Vielmehr kommt das Amt zu dem Schluss, dass die Wettbewerbsöffnung zu einer Verbesserung der Qualität des dualen Systems geführt habe.¹⁶⁰ Dieses Ergebnis entspricht auch den vorliegenden Erkenntnissen aus allgemeinen Untersuchungen zur Qualität der Leistungserbringung privater und kommunaler Unternehmen (vgl. Abschnitt 2.2).

1308. Vor der Wettbewerbsöffnung wurde auch argumentiert, dass Wettbewerb der Systembetreiber aufgrund des steigenden Kostendrucks zu sinkenden Recyclingquoten führen würde. Diese Befürchtungen haben sich nicht eingestellt. Dies ist auch darauf zurückzuführen, dass die in Sortieranlagen aussortierten Fraktionen Weißblech, Aluminium und artengetrennte Kunststoffe einen positiven Marktwert haben, sodass die im Wettbewerb stehenden Unternehmen an einer möglichst hohen Wertstoffausbeute und nicht zwingend an einer niedrigen Recyclingquote interessiert sind. Auch andere eher abstrakt vorgebrachte Argumentationen, warum es bei Fortbestand des Wettbewerbs dualer Systeme zu einem Zusammenbruch des Gesamtsystems kommen könnte, wie bspw. ein ruinöser Wettbewerb bezüglich der Lizenzentgelte oder ein Rosinenpicken, sieht die Monopolkommission als wenig stichhaltig begründet an.

1309. Allerdings zeigen sich in jüngster Zeit deutliche Probleme durch Unterlizenzierungen der Inverkehrbringer von Verpackungen. Für Inverkehrbringer bieten Ausnahmeregelungen grundsätzlich Möglichkeiten, nicht am dualen System teilzunehmen. Dies kann durch Eigenrücknahmen und Branchenlösungen geschehen. Von den Möglichkeiten zu Eigenrücknahmen machen insbesondere Supermärkte Ge-

¹⁵⁹ Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung duale Systeme – Zwischenbilanz der Wettbewerbsöffnung, a. a. O.

¹⁶⁰ Vgl. ebenda, Abschnitt 3.7.2.

brauch. Branchenlösungen existieren bspw. für Krankenhäuser oder Betriebe im Bereich der Fast-food-Systemgastronomie. Diese beiden Ausnahmen nutzen Unternehmen in jüngerer Vergangenheit teilweise dazu, ihre Pflicht zur Beteiligung an einem dualen System zu umgehen und dadurch Kosten zu sparen. In jüngster Vergangenheit hat die Menge der bei den dualen Systemen lizenzierten Verkaufsverpackungen kontinuierlich und immer schneller abgenommen. So sind die im Januar 2014 bekannt gewordenen Mengenmeldungen der dualen Systeme für das erste Quartal 2014 gegenüber dem Vorjahresquartal um ca. 25-30 Prozent gesunken. Währenddessen hat sich der Anteil der Eigenrücknahme im gleichen Zeitraum mehr als verdoppelt. Die derzeitige Entwicklung deutet daraufhin, dass Branchen- und Eigenrücknahmefösungen zum großen Teil nicht gemäß den Vorschriften der Verpackungsverordnung betrieben werden. Das bedeutet, dass der Rückgang der gemeldeten Mengen nicht auf einen tatsächlichen Rückgang der in Umlauf gebrachten Verpackungen zurückzuführen ist, sondern darauf, dass Ausnahmeregelungen genutzt werden, um Verpackungsmengen der Lizenzierungspflicht zu entziehen. Aufgrund von Defiziten in den entsprechenden Regelungen der VerpackV ist die verstärkte missbräuchliche Nutzung dieser Möglichkeiten kaum durch die zuständigen Vollzugsbehörden zu unterbinden. Dies führt zu erheblichen Verzerrungen zwischen den dualen Systemen und kann sogar die Stabilität der flächendeckenden haushaltsnahen Erfassung insgesamt gefährden.

1310. Da der errechnete Anteil der Lizenzmengen eines jeden Systembetreibers dem Anteil der Gebietspreise entspricht, den der Systembetreiber zu zahlen hat, sind die einem Systembetreiber entstehenden Kosten der Entsorgung mittelfristig vollständig variabel. Durch die vierteljährliche Neuberechnung der Mengenanteile werden die von den einzelnen Systembetreibern zu tragenden Kosten sehr zeitnah an veränderte Lizenzmengen angepasst. Dagegen hängen die Kosten des Gesamtsystems kurzfristig kaum von diesen Mengen ab, da die Gebietspreise pauschal für drei Jahre festgelegt sind. So können sinkende Mengen erst bei der nächsten Ausschreibung berücksichtigt werden.¹⁶¹ Wenn die Einnahmenrückgänge durch fallende Lizenzmengen geringer sind als die Ersparnis eines Systembetreibers durch sinkende Mengenanteile, können einseitig auch einzelne Systembetreiber von Unterlizenzierung profitieren. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn das Gesamtsystem aufgrund von Unterlizenzierung bereits höhere Gesamtkosten als Einnahmen aufweist. Langfristig nehmen die Systembetreiber durch eine derartige Spirale den Zusammenbruch des Systems und so die eigene Insolvenz in Kauf.

1311. Die Bundesregierung hat auf die Entwicklung der vergangenen Monate bereits reagiert und am 30. April 2014 eine Änderung der Verpackungsverordnung beschlossen.¹⁶² Mit der geplanten Novelle werden die bestehenden Möglichkeiten, Verpackungsmengen der Lizenzierungspflicht zu entziehen, deutlich eingeschränkt. Zum einen soll die Möglichkeit für Inverkehrbringer, die für die Beteiligung an einem dualen System geleisteten Entgelte nach § 6 Abs. 1 S. 5 bis 7 VerpackV zurückzuverlangen, wenn sie Verpackungen zurückgenommen und die Verwertung eigenständig organisiert haben, gestrichen werden. Zum Zweiten sollen die Anforderungen an Branchenlösungen in § 6 Abs. 2 VerpackV erheblich erhöht werden. So sollen im Fall eines eigenen Rücknahmesystems im Vorfeld alle eingebundenen Stellen ihr Mitwirken bestätigen. Außerdem sollen die gelieferten und später zurückgenommenen Verpackungen genau dokumentiert werden müssen.

1312. Vielfach wird als Weiterentwicklung der Verpackungssammlung eine Wertstofftonne diskutiert, in welcher nicht nur Verpackungsabfälle, sondern auch andere Wertstoffe, insbesondere stoffgleiche Nichtverpackungen, entsorgt werden können.¹⁶³ Diesbezüglich ist die Erstellung eines praktikablen, wettbewerblichen

¹⁶¹ Veränderte Erfassungsmengen wirken sich auch nicht auf die gesamten Nebenentgelte aus, lediglich die Kosten der Sortierung und Verwertung verändern sich.

¹⁶² Bundesregierung, Siebte Verordnung zur Änderung der Verpackungsverordnung, BT-Drs. 18/1281 vom 30. April 2014. Zum Redaktionsschluss dieses Gutachtens waren noch die Zustimmung des Bundestags und des Bundesrats erforderlich. Eine Übersicht über diesen Vorgang ist verfügbar unter <http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP18/597/59706.html>, Abruf am 17. Juni 2014.

¹⁶³ Heute können Kommunen in Abstimmung mit den Systembetreibern bereits eigenständig entscheiden, eine Wert-

Konzepts zur Organisation, Trägerschaft und Finanzierung eine sehr komplexe Aufgabe. Dementsprechend hat das Umweltbundesamt bereits vor einigen Jahren mehrere Studien in Auftrag gegeben. In der Frage, welche Stoffe in einer Wertstofftonne mit erfasst werden sollten, ist mittlerweile eine Beschränkung auf stoffgleiche Nichtverpackungen, d. h. Kunststoffe und Metalle und keine Elektro- und Elektronikgeräte, Batterien, Holz, Gummi oder Textilien weitgehend unstrittig. Damit ist ein Zuwachs von ca. 570.000 Tonnen pro Jahr zu erwarten, was etwa einem Siebtel der erfassten Verpackungs- und Glasmengen entspricht. Weitere Fragen zur Organisation und Finanzierung befinden sich noch in Diskussion.

5.3.2 Empfehlung: keine Kommunalisierung des dualen Systems

1313. Auch aufgrund der zuletzt auftretenden Probleme im dualen System wird von kommunalen Entsorgern und Teilen der Privatwirtschaft eine Abschaffung des Wettbewerbs gefordert. Während die private Entsorgungswirtschaft teilweise eine Übertragung der Verantwortung auf eine zentrale Stelle und damit eine Art Rückkehr zum System mit nur einem Betreiber wünscht, setzen sich die Kommunen dafür ein, dass sie jeweils selbst die Entsorgung verantworten. Letzterer Vorschlag könne z. B. durch eine Vergabe durch den lokalen öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger oder eine vollständige Rekommunalisierung im Rahmen der Wertstofftonne umgesetzt werden. Die Monopolkommission lehnt alle genannten Bestrebungen klar ab, die vor allem eine Beschränkung des Wettbewerbs und eine Verstärkung der jeweiligen Marktposition zur Folge hätten.

1314. Nicht zuletzt durch die Öffnung des dualen Systems für den Wettbewerb und die daraufhin erfolgten Markteintritte der Systembetreiber kam es zu einer Halbierung der Entsorgungskosten im dualen System bei gleichzeitiger Steigerung der Qualität. Eine Abkehr von der Öffnung des Systems für den Wettbewerb könnte einen deutlichen Verlust an Innovationen und höhere Entsorgungskosten für die Verbraucher bedeuten. Auch ist ein derzeit zu beobachtendes Trittbrettfahren von Inverkehrbringern kaum auf das Bestehen von Wettbewerb zwischen den Systembetreibern untereinander zurückzuführen.¹⁶⁴ In seiner Sektoruntersuchung hat das Bundeskartellamt festgestellt, dass Unterlizenzierungen bis zum Jahr 2011 nur in sehr geringem Umfang aufgetreten sind, damit also nicht inhärent im derzeitigen System begründet liegen.¹⁶⁵

1315. Noch nachteiliger als die Einrichtung einer zentralen Vergabestelle würde sich nach Ansicht der Monopolkommission eine Vergabe durch den lokalen öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger auswirken. Dadurch, dass der Entsorgungsträger die entstehenden Kosten nicht selbst trägt, bestünden erhebliche Risiken und sogar Anreize für eine ineffiziente Leistungserbringung. So bestünde ein deutliches Interesse der Kommune an übertriebenen Anforderungen an die zu erbringende Leistung, da ein besonders hohes Service- bzw. Qualitätsniveau den eigenen Bürgern zugutekäme, die damit einhergehenden Kosten jedoch von der Allgemeinheit zu tragen wären. Diese Anreize zeigten sich beispielhaft bereits in Gebieten mit einer Wertstofftonne unter kommunaler Systemführerschaft.¹⁶⁶ Zudem würde für den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger ein Interesse bestehen, das kommunale Entsorgungsunternehmen – mit dem Ziel, die lokale Wertschöpfung zu steigern – auch dann zu beauftragen, wenn andere die geforderte Leistung sehr viel effizienter erbringen können.

Die Monopolkommission vertraut insofern darauf, dass die intendierten Änderungen der Verpackungsverordnung zur Restabilisierung des Systems führen werden, und spricht sich aus den genannten Gründen sehr

stofftonne einzuführen, sodass laut Angaben aus der Branche derzeit etwa ein Viertel aller Haushalte in Deutschland über eine solche Tonne verfügt.

¹⁶⁴ Im Gegenteil sind Systembetreiber teilweise sogar der Auffassung, dass der Wettbewerb zwischen den dualen Systemen die Trittbrettfahrerproblematik verringert. Dies könnte beispielsweise aus dem Kostenerstattungsanspruch des § 6 Abs. 1 S. 4 VerpackV hergeleitet werden; vgl. BKartA, Sektoruntersuchung duale Systeme – Zwischenbilanz der Wettbewerbsöffnung, a. a. O., S. 52.

¹⁶⁵ Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung duale Systeme – Zwischenbilanz der Wettbewerbsöffnung, a. a. O., S. 31 ff. und S. 50 ff.

¹⁶⁶ Vgl. ebenda, Abschnitt 5.3.2.

deutlich gegen Bestrebungen aus, den Wettbewerb einzuschränken. Keinesfalls sollte die Vergabe der Entsorgungsleistungen durch die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger durchgeführt werden.

1316. Bezüglich der Organisation einer möglichen Wertstofftonne wird auch die Rekommunalisierung der gesamten Wertstoffentsorgung diskutiert und von den kommunalen Unternehmen gefordert. Die Monopolkommission spricht sich dagegen deutlich gegen eine Abkehr vom erfolgreichen privatwirtschaftlich aufgebauten und organisierten dualen System aus. Die Unternehmen der Entsorgungswirtschaft haben mittlerweile erhebliche Kompetenzen und auch Kapazitäten im Bereich der Verwertung aufgebaut, die genutzt werden sollten. Auch sollte die Produzentenverantwortung nicht infrage gestellt werden.

Insofern erscheint eine Übertragung der Organisationsverantwortung für die Erfassung von Verpackungen und stoffgleichen Nichtverpackungen auf die öffentlich-rechtlichen Aufgabenträger ebenso wenig zielführend wie eine grundlegende Neuorientierung des Systems hin zu einer alleinigen organisatorischen Zuständigkeit der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger für die Erfassung, Sortierung und Verwertung und einer zentralen Stelle für die Einziehung der Finanzierungsentgelte. Vielmehr sieht die Monopolkommission die Integration der stoffgleichen Nichtverpackungen durch Ausweitung der Produktverantwortung unter den diskutierten Möglichkeiten als grundsätzlich geeignet an. Ein solches System wird ebenfalls durch das gemeinsame Forschungsprojekt der IGES Institut GmbH, des Fachgebiets Wirtschafts- und Infrastrukturpolitik der TU Berlin und der Cyclos GmbH empfohlen.¹⁶⁷

Problematisch ist im Falle einer allgemeinen Regelung die Gestaltung der Vergütung, da der zeitliche Verzug zwischen Kauf und Entsorgung bei Wertstoffen sehr viel größer und variabler ist als bei Verpackungen. Während eine Zahnbürste typischerweise zwar nicht wenige Tage, aber innerhalb weniger Monate nach dem Erwerb entsorgt wird, ist der Zeitverzug für Pfannen oder Kinderspielzeug aus Kunststoff erheblich und schwer zu prognostizieren. Für eine adäquate Bepreisung der Entsorgung sollten die Kosten für die Hersteller also abhängig von der erwarteten Lebensdauer ihrer Produkte sein. Damit wäre ein sehr komplexes Preissystem notwendig. Bedenkenswert wäre hier auch ein Verbleib der Verantwortung für stoffgleiche Nichtverpackungen beim öffentlich-rechtlichen Aufgabenträger, der für die Entsorgung dieser im dualen System eine Gebühr entsprechend den Beteiligungs- und Markennutzungsentgelten entrichtet.

In jedem Fall ist auch vor dem Hintergrund der eher geringen zu erwartenden Mengen an stoffgleichen Nichtverpackungen die Einführung einer Wertstofftonne kein Grund, das etablierte System ohne Not vollständig neu zu gestalten.

5.4 Probleme und Empfehlungen im Bereich der gewerblichen Sammlungen

5.4.1 Gesetzesnovelle erschwert Wettbewerb privater gewerblicher Sammler

1317. Als problematisch beurteilt die Monopolkommission die Auswirkungen des novellierten Kreislaufwirtschaftsgesetzes auf den Wettbewerb bei gewerblichen Sammlungen getrennt gesammelter Abfallwertstoffe aus Privathaushalten. Hier weiten kommunale Entsorger ihre unternehmerischen Tätigkeiten in jüngster Zeit deutlich aus. Dies ist insbesondere auf gerichtliche Entscheidungen und gesetzliche Neuerungen zugunsten der öffentlich-rechtlichen Entsorgung des Abfalls aus privaten Haushalten zurückzuführen. Insbesondere mit der Novellierung des Kreislaufwirtschaftsgesetzes wurden die Tätigkeiten der privaten Sammler erheblich erschwert.¹⁶⁸

¹⁶⁷ Vgl. IGES Institut GmbH/cyclos GmbH/TU Berlin, Fachgebiet Wirtschafts- und Infrastrukturpolitik (WIP), Plan-spiel zur Fortentwicklung der Verpackungsverordnung Teilvorhaben 2: Finanzierungsmodelle der Wertstofftonne, Gutachten im Auftrag des Umweltbundesamtes, Texte 10/2011, Februar 2011.

¹⁶⁸ Zuvor hatte bereits das Bundesverwaltungsgericht in einer Grundsatzentscheidung am 18. Juni 2009 zugunsten der öffentlich-rechtlichen Entsorgung des Abfalls aus privaten Haushalten dargelegt, dass private Haushalte ihren Hausmüll einschließlich seiner verwertbaren Bestandteile (insbesondere des Altpapiers) grundsätzlich den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern zu überlassen haben und nicht befugt sind, mit der Verwertung solcher Bestandteile Dritte zu beauftragen, BVerwG, Urteil vom 18. Juni 2009, 7 C 16.08.

1318. Bereits einige Monate nach Einführung des Kreislaufwirtschaftsgesetzes hat das damalige Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit mit einer Evaluierung der Entwicklungen begonnen, die durch die Änderung der Regelungen bezüglich gewerblicher und gemeinnütziger Sammlungen zu beobachten waren. Hierfür wurden Befragungen mit verschiedenen betroffenen Parteien durchgeführt und deren Ergebnisse im März 2014 im Rahmen eines Monitoring-Berichts vorgelegt.¹⁶⁹ Dieser macht auf einige Probleme bzw. Fehlentwicklungen aufmerksam, die vor allem mit Aufnahme der neuen Anzeigepaxis zutage getreten sind. Die Monopolkommission begrüßt die zeitnahe und umfangreiche Evaluation der Gesetzesnovelle. Im Rahmen des Berichtes sind einige, auch aus Sicht der Monopolkommission entscheidende Problemfelder detailliert aufgearbeitet worden.

1319. Während gewerbliche Sammler vor Inkrafttreten des Kreislaufwirtschaftsgesetzes der Pflicht unterlagen, direkt beim zuständigen öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger einen Nachweis über die ordnungsgemäße Verwertung der erfassten Abfälle zu erbringen, muss die nunmehr vorgeschriebene Anzeige bei einer vom jeweiligen Land zu bestimmenden Behörde stattfinden. Der ursprüngliche Gesetzesentwurf der Bundesregierung sah vor, dass diese Behörde nicht gleichzeitig mit den Aufgaben des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers betraut sein darf. Die Wahrung dieser Neutralität ist jedoch schließlich nicht explizit in § 18 KrWG verankert worden. Vielmehr sollen die Bundesländer nach eigenem Ermessen entscheiden, welche Behörde zuständig sein sollte, dabei jedoch das Neutralitätsgebot stets im Auge behalten. Im Ergebnis hat dies zu einer unterschiedlichen Handhabung in den einzelnen Ländern geführt. Einige haben sich dazu entschieden, mit der oberen Abfallbehörde eine zentrale Stelle mit dieser Aufgabe zu betrauen. In anderen liegt die Verantwortung dezentral (meist auf Kommunalebene) bei den unteren Abfallbehörden, die teilweise auch gleichzeitig als öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger fungieren. Obwohl eine personelle bzw. funktionelle Trennung stattfindet, monieren die Vertreter der privaten Entsorger und Kleinsammler die große Nähe und potenzielle Beeinflussung zugunsten der von den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern beauftragten Kommunalunternehmen. So sei in Ländern, in denen eine dezentrale Aufgabenwahrnehmung herrscht, auch eine größere Anzahl von Untersagungen zu beobachten als in Ländern, in denen die obere Abfallbehörde die Anzeigen entgegennimmt. Darüber hinaus wird von Fällen berichtet, in denen die von der Behörde eingeforderte Stellungnahme des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers bereits die Form einer Untersagungsvorlage hatte, die teilweise auch so übernommen worden sei.

1320. Darüber hinaus bemängeln Vertreter der privaten Entsorger und Kleinsammler die Menge an Unterlagen und Bescheinigungen, die der Anzeige beigelegt werden müssen. § 18 Abs. 2 Nr. 1 und 2 KrWG sehen hierbei Angaben zu Größe und Organisation des Unternehmens sowie Art, Ausmaß und Dauer der Sammlung vor. Außerdem sind nach § 18 Abs. 2 Nr. 3 bis 5 Angaben zu Art, Menge und Verbleib der zu verwertenden Abfälle sowie eine Darlegung der Verwertungswege, inklusive einer Darstellung, wie eine ordnungsgemäße und schadlose Verwertung gewährleistet werden soll, erforderlich. Die konkret beizubringenden Unterlagen variieren je nach Behörde, im Allgemeinen beklagen sich jedoch insbesondere die Kleinsammler über unzumutbare Anforderungen. Während Angaben zum Unternehmen und zum Ausmaß der Sammlung hier geringere Probleme bereiten, würden bei der Darlegung der ordnungsgemäßen und schadlosen Verwertung teils nicht erbringbare Belege erwartet. So hätten die Sammler i. d. R. schlicht keine Möglichkeit, vertiefte Kenntnis über den genauen Verwertungsvorgang nach Abgabe des Abfalls beim Verwerter zu erlangen. Zudem forderten einige Behörden eine Offenlegung der Verträge mit den Verwertern, wozu sich die Sammler nicht verpflichtet fühlen.

1321. Von ähnlichen Problemen wird bei der Anzeige einer bereits bestehenden Sammlung berichtet, die nach § 18 Abs. 7 KrWG einen gewissen Vertrauensschutz genießt. So werden nach Informationen der Monopolkommission für die Anerkennung des Bestandsschutzes mitunter Mengennachweise über einen Zeitraum von fast 20 Jahren verlangt. Des Weiteren begründen einige Behörden die Ablehnung des Vertrauensschutzes auch mit dem bisherigen Fehlen eines Nachweises über die ordnungsgemäße Verwertung

¹⁶⁹ Vgl. Bundesregierung, Bericht über die Auswirkungen der Regelungen zur Anzeigepflicht gewerblicher und gemeinnütziger Sammlungen gemäß §§ 17 und 18 Kreislaufwirtschaftsgesetz (Monitoring-Bericht), a. a. O.

des gesammelten Abfalls, der schon vor Juni 2012 in § 13 Abs. 3 Nr. 3 KrW-/AbfG gefordert war. Aufgrund dieses Versäumnisses hätte die Sammlung in formeller Illegalität stattgefunden und könnte daher nun nicht vom Vertrauensschutz profitieren. Diese Schlussfolgerung wurde jedoch von einer Mehrheit der Gerichte, die sich mit dieser Frage beschäftigt haben, abgelehnt.¹⁷⁰ Der Wortlaut des Gesetzes zielt demnach auf eine tatsächliche Durchführung und nicht deren formelle Legalität ab, d. h. es sei infrage zu stellen, ob ein noch nicht erbrachter Nachweis überhaupt eine Illegalität zur Folge habe. Die Bundesregierung konstatiert im vorliegenden Monitoring-Bericht außerdem, dass eine solche Schlussfolgerung schon wegen der damaligen Vollzugspraxis der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger selbst widersprüchlich sei. So hätten diese den Nachweis über eine schadlose und ordnungsgemäße Verwertung nur selten eingefordert und allgemein die Ansicht vertreten, dass dies auch nur auf Anfrage nötig sei. Dies könne daher nur schwerlich als Begründung für eine Versagung des Bestandsschutzes herhalten. In der Praxis besteht hier dennoch eine erhebliche Unsicherheit zuungunsten der gewerblichen Sammler.

1322. Des Weiteren gibt es Unstimmigkeiten bei der Frage, wann der gewerblichen Sammlung ein öffentliches Interesse gemäß § 17 Abs. 3 KrWG entgegensteht. Anfangs legte die Verwaltungspraxis die Vermutung nahe, dass bereits bei grundsätzlicher Erfüllung der Regelbeispiele aus § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 1 und 2 KrWG eine wesentliche Beeinträchtigung der Planungssicherheit des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers und somit auch des öffentlichen Interesses anzunehmen sei. So wurde die Untersagung formelhaft mit dem Bestehen einer haushaltsnahen Sammlung der betroffenen Abfälle durch den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger bzw. mit einer möglichen Gefährdung der Gebührenstabilität begründet, ohne zu präzisieren, warum dies im vorliegenden Einzelfall konkret zu einer Verletzung des öffentlichen Interesses führt. Die Rechtsprechung der Obergerichtsinstanzen stellt jedoch klar, dass eine rechtlich relevante wesentliche Beeinträchtigung in jedem Fall eigenständig zu prüfen und zu begründen ist.¹⁷¹ Die Vertreter der privaten Entsorger und Kleinsammler kritisieren jedoch, dass dies weiterhin nicht flächendeckend umgesetzt würde.

Zudem finde sich in den Anhörungsschreiben neben der Behauptung, dass öffentliches Interesse der Sammlung entgegenstehe, häufig der Hinweis, dass man im Falle der sehr wahrscheinlichen Untersagung mit einer hohen Gebühr zu rechnen habe. Diese könne man aber umgehen, indem man die Anzeige vorzeitig zurückzieht. Dies führt laut den Vertretern dazu, dass gerade kleine Sammler aus Angst vor der finanziellen Belastung abgeschreckt würden.

1323. Durch die Neuregelung ging der Umsatz privater gewerblicher Sammler deutlich zurück. Dies betrifft auch die Sammlung von Schrott, welche nach Branchenangaben um etwa 20 Prozent sank. Dieser Rückgang wird in der Zahl der expliziten Untersagungen nicht abgebildet. Vielmehr ziehen viele Sammler aus Kostengründen ihre Anzeigen zurück, nachdem die Abfallbehörde ihre Intention kommuniziert hat, die Sammlung zu untersagen. Im Ergebnis werden die vorrangigen Ziele der veränderten Regelungen zu gewerblichen Sammlungen – laut Gesetzesbegründung die Stärkung des Wettbewerbs sowie eine Verbesserung der Qualität und Quantität des Recyclings – gerade nicht erreicht.

5.4.2 Empfehlung: keine Priorisierung kommunaler Sammlungen

1324. Durch die gesetzliche Neuregelung des Kreislaufwirtschaftsgesetzes wurde die privatwirtschaftliche gewerbliche Sammlung in der Praxis erheblich erschwert. Diese Problematik ergibt sich insbesondere durch die umfangreichere Anzeigenpflicht. Zwar begrüßt die Monopolkommission die Intention des Gesetzgebers, diese Anzeige bei einer vom öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger unabhängigen Behörde anzusiedeln, jedoch ist diese Unabhängigkeit durch die Entscheidung einiger Bundesländer, die Verantwortung dafür den

¹⁷⁰ Siehe z. B. OVG NRW, Beschluss vom 19. Juli 2013, 20 B 122/13. Dagegen hatte das VGH München in seinem Beschluss vom 24. Juli 2012, 20 CS 12.841 die Berufung der Behörden auf die (auch für die Gegenwart) fehlenden Nachweise bestätigt; vgl. auch VG Ansbach, Urteil vom 16. Januar 2013, AN 11 K 12.00358 sowie im Überblick VG Düsseldorf, Beschluss vom 8. Mai 2013, 17 L 585/13.

¹⁷¹ Siehe z. B. OVG Hamburg, Beschluss vom 20. März 2013, 5 Bs 208/12; OVG NRW, Urteile vom 15. August 2013, 20 A 2798/11 u. a.; VGH BW, Beschluss vom 9. September 2013, 10 S 1116/13.

unteren Abfallbehörden zu übertragen, nicht ausreichend gewährleistet. Zwar ist auch bei Zuständigkeit der unteren Abfallbehörde, wenn diese gleichzeitig als öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger fungiert, eine funktionale Trennung von staatlicher Behörde und öffentlich-rechtlichem Entsorgungsträger gewährleistet, jedoch sieht die Monopolkommission die Nähe der beiden Bereiche innerhalb einer Institution kritisch. In diesen Fällen sind Interessenskonflikte auf kommunaler Ebene nicht auszuschließen. Eine Bevorzugung der kommunalen Entsorger ist möglich und stellenweise sogar wahrscheinlich. Dies zeigen auch die von Vertretern der Privatwirtschaft konkret genannten Beispiele.

Gleichzeitig ermöglichen es die gesetzlich präzisierten potenziellen Untersagungsgründe vergleichsweise einfach, die Gefährdung eines öffentlichen Interesses zu sehen. So wird eine gewinnbringende gewerbliche Sammlung, wenn sie durch den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger organisiert ist, durch Quersubventionierung immer einen positiven Einfluss auf die Abfällgebühren haben können. Dementsprechend wird sich eine gewerbliche Sammlung, die durch ein privates Unternehmen statt durch den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger durchgeführt wird, negativ auf die Gebührenstabilität auswirken. Die dann ermöglichte Ausnahme für den Fall, dass der gewerbliche Sammler über eine wesentlich höhere Leistungsfähigkeit verfügt, ist in der Praxis eine kaum zu überwindende Hürde. Diese grundlegende Problematik wird durch die Rechtsprechung der Obergerichtsstufen, die klarstellt, dass eine rechtlich relevante wesentliche Beeinträchtigung in jedem Fall eigenständig zu prüfen und zu begründen ist, nicht nachhaltig gelöst.

1325. Aus diesem Grund ist es aus Sicht der Monopolkommission im bestehenden System essenziell, die Unabhängigkeit der Behörde sicherzustellen, die gewerbliche Sammlungen untersagen kann. Auch der ursprüngliche Gesetzesentwurf der Bundesregierung sah vor, dass diese Behörde nicht gleichzeitig mit den Aufgaben des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers betraut sein darf. Entsprechend dieser ursprünglichen Fassung ist diese Aufgabe in allen Bundesländern an eine zentrale Stelle zu vergeben. Nur dann können Interessenskonflikte bei der Entscheidung ausgeschlossen werden.

1326. Durch die Neuregelung wurde außerdem eine erhebliche Rechtsunsicherheit im System geschaffen. Diese Unsicherheit sollte nach Meinung der Monopolkommission dadurch behoben werden, dass den Behörden ein Leitfaden zur Handhabung der Anzeigen an die Hand gegeben wird. Mit diesem Leitfaden sollten insbesondere die notwendigen Bedingungen für das Bestehen eines öffentlichen Interesses transparenter und deutlicher sein. So können die dargestellten Möglichkeiten zur Quersubventionierung von einer gewerblichen Sammlung in die Hausmüllentsorgung nicht allein als ein der gewerblichen Sammlung entgegenstehendes öffentliches Interesse gelten.

1327. Langfristig sollte aus Sicht der Monopolkommission der Ordnungsrahmen der gewerblichen Sammlung grundsätzlich neu gestaltet werden, um fairen und wirksamen Wettbewerb zu ermöglichen und den Kommunen gleichzeitig die Möglichkeit zur Wahrnehmung ihrer Gewährleistungsverantwortung zu geben. Die Kommunen sollten in einem solchen System nur in klar abzugrenzenden Fällen in Konkurrenz zu gewerblichen Sammlern auftreten, da – wie die praktische Erfahrung mit privaten Sammlern zeigt – die öffentliche Tätigkeit in diesem Bereich nicht generell erforderlich ist.

Zur Verwirklichung eines solchen Konzeptes könnte das bestehende System aus Anzeigepflicht und Möglichkeiten zur Untersagung prinzipiell beibehalten werden. Allerdings sollte die Untersagung einer gewerblichen Sammlung durch die Kommune nur bei grundlegenden Mängeln der Leistung möglich sein. Dazu obläge es der Kommune, eine Marktordnung für die wettbewerbliche Tätigkeit gewerblicher Sammler zu erlassen und etwa die Bedingungen des Wettbewerbs, Qualitätsanforderungen, Durchführungsverpflichtungen und z. B. den Ausschluss bei Schlechtleistung zu regeln. Kommunale Entsorgungsbetriebe sollten die Sammlung zudem nur dann eigenständig übernehmen dürfen, wenn unter den gestellten Anforderungen kein gewerblicher Sammler bereit ist, die Sammlung durchzuführen. In diesem Fall müsste die Kommune jedoch den an die gewerblichen Sammler gestellten Anforderungen (z. B. an die Qualität der

Leistung) auch selbst vollumfänglich nachkommen, um eine prohibitive Anwendung einer solchen Wettbewerbsordnung auszuschließen.

6 Fazit mit Handlungsempfehlungen

1328. Vielerorts und in zahlreichen Wirtschaftsbereichen zeigen sich seit einigen Jahren Bestrebungen von Kommunen, die eigenen wirtschaftlichen Tätigkeiten zu erweitern. Solche unternehmerischen Tätigkeiten können nach Auffassung der Monopolkommission unter bestimmten Voraussetzungen durchaus angemessen sein. Wie in diesem Gutachten dargelegt wurde, sprechen allerdings sowohl wettbewerbsökonomische als auch wettbewerbsrechtliche Erwägungen dagegen, dass Kommunen ihre Aufgaben durch eine unscharfe Auslegung der Daseinsvorsorge überdehnen. Öffentliche Wirtschaftstätigkeit muss auf Aufgaben beschränkt bleiben, die zur Erfüllung eines öffentlichen Zwecks unbedingt erforderlich sind. Derartige Aufgaben finden sich vor allem in Bereichen natürlicher Monopole (insbesondere Versorgungsnetze), wenn vertraglich schwer fixierbare Qualitätskriterien eine wichtige Rolle spielen und dem Wettbewerbsversagen nicht durch eine Regulierung begegnet wird. Demgegenüber stellt die Verfolgung anderer kommunalpolitischer Ziele in aller Regel keinen öffentlichen Zweck dar, der eine unternehmerische Tätigkeit der Kommunen erfordert. Insgesamt sieht die Monopolkommission eine übermäßige öffentliche Wirtschaftstätigkeit und Tendenzen zur zunehmenden Rekommunalisierung skeptisch. Vor diesem Hintergrund hält die Monopolkommission es vor allem für wichtig, Entscheidungsträger und Aufsichtsinstanzen in die Lage zu versetzen, eine Bewertung im Einzelfall vorzunehmen.

Grundsätzlich sollten zu diesem Zweck Transparenz und Aufsicht über kommunale Wirtschaftstätigkeit verbessert werden, indem

- die Prüfungsmaßstäbe, welche die Verwaltungsgerichte an Benutzungsgebühren anlegen, den Besonderheiten öffentlicher Aufgaben, insbesondere möglichen Effizienzpotenzialen, verstärkt Rechnung tragen,
- die Transparenz über die Gebührenhöhe für Kommunalpolitiker, sachkundige Bürger, die Kommunalaufsicht und die Verwaltungsgerichte verbessert wird. Dazu sollten die Bundesländer einen standardisierten Vergleich der Gebührenhöhe ermöglichen, indem für Benutzungsgebühren eine Pflicht zur Veröffentlichung des Erlöses pro Mengeneinheit der Leistung normiert wird. Eine entsprechende Vorgabe in den Kommunalabgabengesetzen der Länder könnte wie folgt lauten:

„Die Kommunen sind verpflichtet, den Erlös, der innerhalb eines Jahres auf eine Einheit des relevanten Gebührenmaßstabes einer Benutzungsgebühr entfällt, innerhalb des darauf folgenden Jahres zu veröffentlichen. Näheres zu dem bei der Erlöskalkulation anzulegenden Gebührenmaßstab für bestimmte Leistungen regelt eine Verordnung.“

Außerdem sollten die Bundesländer in ihrer Gemeindeordnung normieren, dass

- kommunale Gesamtabschlüsse einschließlich aller Einzelabschlüsse erstellt werden bzw. die Beteiligungsberichte der Kommunen Informationen über alle kommunalen Beteiligungen, unabhängig von der Rechtsform oder der Höhe der Beteiligung, erfassen müssen,
- in den Beteiligungsberichten sämtliche Erfolgskennziffern, die Vermögenssituation sowie alle Finanzbeziehungen kommunaler Unternehmen zur Kommune und zwischen den Beteiligungen untereinander offengelegt werden,
- in den Beteiligungsberichten verpflichtend der öffentliche Zweck der Beteiligungen beschrieben und ihre öffentliche Wertschöpfung im laufenden Jahr bewertet werden,
- kommunale Gesamtabschlüsse und Beteiligungsberichte transparent für alle Bürger im Internet veröffentlicht werden.

In einzelnen Branchen empfiehlt die Monopolkommission, Wettbewerbsbeschränkungen im Zusammenhang mit kommunaler Tätigkeit entgegenzuwirken, indem

- im Wassersektor durch die Veröffentlichung der Gebühren nach dem oben genannten Erlösstandard eine Effizienzkontrolle durch die Gebührenaufsicht kurzfristig erfolgen kann,
- mittelfristig eine einheitliche und an der effizienten Bereitstellung von Trinkwasser orientierten sektorspezifischen (Anreiz-)Regulierung der deutschen Trinkwasserversorger eingeführt wird,
- kommunales Engagement im Telekommunikationssektor dort seine Grenzen hat, wo diese Leistungen durch private Unternehmen zur Verfügung gestellt werden können,
- im Energiesektor die Ausweitung des wirtschaftlichen Engagements der Kommunen aufgegeben wird,
- der Gesetzgeber die Aufnahme von Konzessionen zum Betrieb von Energieversorgungsnetzen in den Anwendungsbereich des förmlichen Vergabeverfahrens prüft. Als wesentlicher Wettbewerbsparameter sollte die Höhe des angebotenen Abschlags vom Netznutzungsentgelt bzw. der jährlichen Erlösobergrenze fungieren.

In der Entsorgungswirtschaft sollte Wettbewerbshindernissen begegnet werden, indem

- Kommunen, welche die Entsorgung des Hausmülls derzeit noch eigenständig durchführen, den Übergang zu einer Ausschreibung der Entsorgung anstreben,
- durch die Veröffentlichung der Gebühren der Hausmüllentsorgung nach dem oben genannten Erlösstandard eine Effizienzkontrolle durch die Gebührenaufsicht kurzfristig erfolgen kann,
- die Schaffung einer neuen Wettbewerbsordnung mit konkurrierenden Hausmüllentsorgungsunternehmen und einem beauftragten Grundentsorger im Detail geprüft wird,
- die diskutierte Abkehr von der wettbewerblichen Grundordnung des dualen Systems deutlich abgelehnt wird,
- das bestehende duale System auch mit der Einführung einer Wertstofftonne nicht so umgestaltet wird, dass Wettbewerbselemente verloren gehen,
- die Verantwortung für Anzeigen von gewerblichen Sammlungen in jedem Bundesland an eine zentrale unabhängige Stelle vergeben wird,
- der Ordnungsrahmen der gewerblichen Sammlung langfristig so neu gestaltet wird, dass Kommunen in diesem Bereich nur in klar abzugrenzenden Fällen wirtschaftlich tätig werden.

Kapitel VI

Wettbewerb auf den Finanzmärkten

1 Einleitung

1329. Die Finanzmärkte stehen im Fokus der Aufmerksamkeit der Wirtschaftspolitik und der Öffentlichkeit. Dabei kreist die Diskussion um die ökonomische und „moralische“ Verantwortung des Finanzsektors für die Finanz- und Wirtschaftskrise in Europa und um die Möglichkeiten der Politik, künftige Krisen zu verhindern. Die Regierungskoalition hat in ihrem Koalitionsvertrag für die laufende Legislaturperiode vereinbart, dass der Spekulation klare Schranken zu setzen sind, dass die Steuerzahler nicht mehr mit den Risiken des Finanzsektors belastet werden und dass kein Finanzmarktakteur, kein Finanzprodukt und kein Markt in Zukunft ohne angemessene Regulierung bleiben darf.¹

1330. Die Monopolkommission würdigt in diesem Sonderkapitel die Entwicklung und die Regulierung der Finanzmärkte seit dem Ausbruch der Krise. Die öffentliche Debatte um die Finanzkrise und ihre Folgen kreist in Deutschland vorrangig um Fragen der Finanzmarktstabilität und daneben um moralische Fragen von Schuld und Sühne. Ihrem gesetzlichen Auftrag entsprechend äußert sich die Monopolkommission allerdings nur mit Blick auf die Belange der Wettbewerbspolitik. Sie nimmt insbesondere keine Stellung zur Verantwortung der Marktteilnehmer für vergangene Fehlentwicklungen. Die Monopolkommission äußert sich zudem innerhalb eines Rechtsrahmens, der durch das europäische und deutsche Wettbewerbsrecht vorgegeben ist. Danach sind die Regulierung und die Rechtsdurchsetzung auf den Finanzmärkten so auszugestalten, dass hierdurch die Errichtung eines europäischen Binnenmarktes, in dem der Wettbewerb vor Verfälschungen geschützt ist, gefördert und nicht behindert wird.²

1331. Im Anschluss wird die Monopolkommission zunächst die Finanzmärkte und den dazu bestehenden Regelungskontext umreißen, unter Einbeziehung eines Gutachtens, das für den Sachverständigenrat und die Monopolkommission erstellt wurde. In einem zweiten Abschnitt wird die Monopolkommission auf die systemischen Wettbewerbsverzerrungen zugunsten von Banken und Schattenbanken³ eingehen, die über eine implizite Staatsgarantie verfügen. In diesem Zusammenhang wird die Monopolkommission auf der Grundlage der wettbewerbspolitischen Ziele der europäischen Verträge die im Koalitionsvertrag angesprochene Neuregelung der Finanzmärkte würdigen.⁴ In einem dritten Abschnitt wird die Monopolkommission die Wettbewerbsverzerrungen zugunsten einzelner Bankengruppen im deutschen Drei-Säulen-System darstellen.⁵ In einem letzten Abschnitt wird die Monopolkommission zu aktuellen Wettbewerbsproblemen auf der Ebene von Finanzprodukten und -transaktionen Stellung nehmen, bspw. in Bezug auf die aktuellen

1 CDU, CSU und SPD, Koalitionsvertrag, 18. Legislaturperiode, veröffentlicht am 27. November 2013, S. 62.

2 Siehe insb. Art. 3 Abs. 3 S. 1 EUV, Art. 101 ff. AEUV, Protokoll 27 zu den Verträgen, ABl. EU C 115 vom 9. Mai 2008, S. 309. Das deutsche Grundgesetz enthält keine derartigen Vorgaben für die Wirtschaftsordnung.

3 Als Banken werden hier Kreditinstitute bezeichnet (einschließlich Sparkassen), als Schattenbanken werden Nichtbanken bezeichnet, die Formen der Kreditintermediation betreiben.

4 Zu den systemischen Fragen vgl. bereits zuvor Monopolkommission, XV. Hauptgutachten 2002/2003, Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, Baden-Baden 2004, Tz. 1 ff. (Wettbewerbs- und Industriepolitik) und dabei insb. Tz. 13 ff.; XVIII. Hauptgutachten 2008/2009, Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen, Baden-Baden 2010, Tz. 324 ff.; und die Sondergutachten 26, Ordnungspolitische Leitlinien für ein funktionsfähiges Finanzsystem, Baden-Baden 1998, und 27, Systemwettbewerb, Baden-Baden 1998.

5 Zur Struktur des deutschen Banksystems vgl. bereits Monopolkommission, I. Hauptgutachten 1973/1975, Mehr Wettbewerb ist möglich, Baden-Baden 1976, S. 191 ff.; II. Hauptgutachten 1976/1977, Fortschreitende Konzentration bei Großunternehmen, Baden-Baden 1978, Tz. 101 ff., 495 ff.; IV. Hauptgutachten 1980/1981, Fortschritte bei der Konzentrationserfassung, Baden-Baden 1982, Tz. 872 ff.; IX. Hauptgutachten 1990/1991, Wettbewerbspolitik oder Industriepolitik, Baden-Baden 1992, Tz. 52; XI. Hauptgutachten 1994/1995, Wettbewerbspolitik in Zeiten des Umbruchs, Baden-Baden 1996, Tz. 109 ff.; XII. Hauptgutachten 1996/1997, Marktöffnung umfassend verwirklichen, Baden-Baden 1998, Tz. 53 ff.; XIII. Hauptgutachten 1998/1999, Wettbewerbspolitik in Netzstrukturen, Baden-Baden 2000, Tz. 122 ff.; sowie die Konzentrationsberichterstattung in den Hauptgutachten.

Manipulationsvorwürfe gegen große (auch deutsche) Banken und schon länger bestehende Probleme im Konto- und Zahlungsverkehrsgeschäft (z. B. hinsichtlich Kreditkarten- und Geldautomatengebühren).⁶ Die Monopolkommission beschränkt ihre Empfehlungen jeweils darauf, wie sich das Ziel eines unverfälschten Wettbewerbs aus ihrer Sicht am besten erreichen lässt.

1332. Die Monopolkommission begrüßt den Willen der deutschen Politik, sich dafür einzusetzen, dass die systemischen Wettbewerbsverzerrungen auf den Finanzmärkten beseitigt werden. Sie regt gegenüber der Politik an, ebenso auch die Durchsetzung der Wettbewerbsregeln in Bezug auf die bestehenden Strukturen, Produkte und Transaktionsformen auf den Finanzmärkten aktiv zu unterstützen und für die Verbesserung der Marktbedingungen zu sorgen, wo Marktteilnehmer (einschließlich der Verbraucher) strukturell benachteiligt sind.

2 Die Finanzmärkte

2.1 Funktionen

1333. Die wesentliche Aufgabe der Finanzmärkte besteht in der Koordination des Kapitalangebots und der Kapitalnachfrage sowie in der effizienten Allokation des Kapitals. Um das Kapitalangebot und die Kapitalnachfrage zusammenzubringen, erfüllen Finanzmärkte drei wichtige Transformationsfunktionen: die Losgrößen-, Fristen- und Risikotransformation.⁷ Die Losgrößentransformation dient dabei dem Ausgleich unterschiedlicher Vorstellungen von Kapitalgebern und Kapitalnehmern hinsichtlich der Höhe der zu handelnden Beträge. Die Fristentransformation führt zu einem Ausgleich der unterschiedlichen Zeiträume, zu denen Marktteilnehmer ihr Kapital anlegen oder aufnehmen wollen. Die Risikotransformation bringt schließlich die unterschiedlichen Risikowünsche von Kapitalgebern und -nehmern in Übereinstimmung. Neben diesen Funktionen werden über die Finanzmärkte zudem für die Volkswirtschaft zentrale Zahlungsverkehrsdienstleistungen vorgenommen.

1334. Die obigen Funktionen werden von einer Vielzahl von Finanzintermediären durchgeführt. Hierzu gehören neben klassischen Kreditinstituten auch Akteure, die heutzutage gerne unter dem Begriff des Schattenbankenwesens subsumiert werden, etwa Kapitalbeteiligungsgesellschaften, Hedgefonds und Versicherungen – um nur einige Akteure zu nennen.⁸ Je nachdem, welchen Anteil die einzelnen Finanzintermediäre im Rahmen eines Finanzsystems einnehmen, spricht man eher von einem bankbasierten oder kapitalmarktbasierten Finanzsystem.

1335. Finanzintermediäre tragen durch die Identifikation und Finanzierung innovativer und Erfolg versprechender Projekte sowie durch die Übernahme von Risiken zum gesamtwirtschaftlichen Wachstum einer Volkswirtschaft entscheidend bei. Die gesamtwirtschaftliche Bedeutung der Finanzmärkte beschränkt sich somit nicht nur auf deren unmittelbaren Anteil an der Wertschöpfung, welcher in Deutschland im Jahr 2013 bei ca. 4 Prozent lag, sondern umfasst zudem den mittelbaren Beitrag zum Wachstum der sogenannten Realwirtschaft aufgrund einer effizienten Kapitalallokation. Die hohe Bedeutung des Finanzsystems für die Realwirtschaft wurde zuletzt durch die Finanzkrise offenbart, als die Verwerfungen an den Finanzmärkten unter anderem zu einem Rückgang des preisbereinigten Bruttoinlandsprodukts um 5,1 Prozent im Jahr 2009 führten.

⁶ Dazu vgl. Monopolkommission, XVII. Hauptgutachten 2006/2007, Weniger Staat, mehr Wettbewerb, Baden-Baden 2008, Tz. 918 ff.; XIX. Hauptgutachten 2010/2011, Stärkung des Wettbewerbs bei Handel und Dienstleistungen, Baden-Baden 2012, Tz. 594 ff.

⁷ Vgl. Hartmann-Wendels, T./Pfungsten, A./Weber, M., Bankbetriebslehre, 5. Aufl., Berlin/Heidelberg 2010, S. 4-10.

⁸ Im Gegensatz zu diesen Akteuren kommt Banken allerdings auch die zentrale Aufgabe der Geldschöpfung durch Kreditvergabe zu.

2.2 Die Bankensysteme

2.2.1 Das deutsche Bankensystem

1336. In Deutschland besteht im Wesentlichen ein bankbasiertes Finanzsystem, d. h. Banken kommt hierzu-lande im Verhältnis zu den Kapitalmärkten eine ungleich wichtigere Rolle bei der Kapitalallokation zu. Finanzmarktakteure wie Versicherungen, Beteiligungsgesellschaften, Hedgefonds etc. spielen in Deutschland in dieser Hinsicht nur eine untergeordnete Rolle. Dementsprechend erfolgt auch die Außenfinanzierung deutscher Unternehmen überwiegend über die Kreditvergabe durch Banken; Anleihen werden nur von wenigen größeren Unternehmen begeben.

Ein spezielles Charakteristikum des deutschen Bankensystems ist das sogenannte Hausbankprinzip, wonach die Geschäftsbeziehung zwischen Banken und Kunden langfristig angelegt ist. Diese langfristige Geschäftsbeziehung führt zum Abbau von Informationsasymmetrien und ermöglicht es Banken, die Situation ihrer Schuldner besser einzuschätzen und die Geschäftsbeziehung unter Umständen auch in Krisenzeiten aufrechtzuerhalten. Gerade während der jüngsten Finanzkrise wirkte dieses Prinzip stabilisierend auf die deutsche Wirtschaft, indem es mit dazu beitrug, die Kreditvergabe für deutsche Unternehmen weitestgehend sicherzustellen.

Gleichwohl wird zuweilen die Unterentwicklung des Kapitalmarkts in Deutschland und die damit einhergehende Abhängigkeit der deutschen Wirtschaft von Banken kritisiert. Deshalb werden auch immer wieder Maßnahmen zur Förderung des Kapitalmarkts gefordert. Grundsätzlich erscheint ein solches Nebeneinander von Banken- und Kapitalmarktfinanzierung auch sinnvoll, nicht zuletzt um die Außenfinanzierung deutscher Unternehmen auch in Krisen sicherzustellen, die vornehmlich das klassische Bankgeschäft betreffen.

Struktur

1337. Das deutsche Bankensystem wird aufgrund seiner Struktur auch als Drei-Säulen-System bezeichnet, in dem die Institute üblicherweise nach ihrer Rechtsform drei Gruppen zugeordnet werden. In dieser Drei-Säulen-Struktur bilden die privaten Geschäftsbanken die erste, die öffentlich-rechtlichen Banken die zweite und die Genossenschaftsbanken die dritte Säule.⁹ Diese drei Säulen lassen sich wie folgt umreißen:

- Die privaten Banken haben eine private Rechtsform (vor allem Aktiengesellschaft) und sind meist als Universalkreditinstitute tätig. Die Privatbanken umfassen die vier Großbanken (Commerzbank AG, Deutsche Bank AG, Deutsche Postbank AG, UniCredit Bank AG) und die seit Jahren abnehmenden Gruppen der privaten Regionalbanken und der Privatbankiers. Daneben sind hierzu die Tochtergesellschaften und Zweigstellen ausländischer Banken sowie Realkreditinstitute zu zählen, z. B. die privaten Hypothekenbanken.
- Die öffentlich-rechtlichen Banken sind vorrangig als Anstalten des öffentlichen Rechts organisiert und sollen einen öffentlichen Auftrag erfüllen. Diese Gruppe umfasst insbesondere die Sparkassen-Finanzgruppe (Sparkassen, Landesbanken, Spezialinstitute wie z. B. Landesbausparkassen). Darüber hinaus lassen sich dieser Gruppe – jedenfalls aus wettbewerblicher Sicht – auch die staatlichen Banken mit Sonderaufgaben, insbesondere die staatlichen Förderbanken (z. B. KfW Bankengruppe) zuordnen. Die Tätigkeit der öffentlich-rechtlichen Banken ist zumeist gesetzlich beschränkt – so sollen z. B. die Sparkassen vorrangig oder nur im Gebiet ihres Trägers tätig sein (Regionalprinzip).
- Die Genossenschaftsbanken bilden aufgrund ihrer besonderen Rechtsform eine dritte Gruppe im deutschen Bankensystem. Genossenschaften kennzeichnet die Ausgabe mehrerer Mitgliedsanteile

⁹ Ausführlich vgl. Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Das deutsche Finanzsystem: Effizienz steigern – Stabilität erhöhen, Expertise vom 17. Juni 2008, Tz. 140 ff.

(mindestens drei), wobei das Stimmrecht personengebunden ist und sich nicht nach der Höhe der Beteiligung bemisst („one man – one vote“). Zu den Genossenschaftsbanken gehören die genossenschaftliche Finanzgruppe (VR-Banken, WGZ-Bank, DZ-Bank und deren Tochterunternehmen, z. B. die Bausparkasse Schwäbisch-Hall) sowie Sparda-Banken, PSD Banken, Kirchenbanken und weitere Sonderinstitute. Auch die VR-Banken beachten das Regionalprinzip, das für sie allerdings nicht gesetzlich vorgeschrieben ist.

1338. Die Geschäftsbanken der einzelnen Bankengruppen unterscheiden sich nicht nur durch ihre Rechtsform, sondern insbesondere auch durch ihre Geschäftsmodelle. Eine aggregierte Betrachtung der Aktiva und Passiva der einzelnen Bankentypen für den Zeitraum 1993 – 2012 zeigt vor allem deutliche Unterschiede zwischen kleinen und großen Instituten auf.¹⁰ Kleine Institute (Sparkassen und Kreditgenossenschaften, aber auch Regionalbanken) finanzieren sich demnach insbesondere über die Einlagen ihrer Kunden, die sie bündeln und als Kredite an andere Kunden weiterreichen. Die Geschäftsmodelle der größeren Institute umfassen hingegen in einem größeren Umfang auch Kapitalmarktaktivitäten. Besonders diversifiziert ist dabei das Portfolio der privaten Großbanken, die sich zum Großteil ebenfalls über Einlagen, davon abgesehen aber auch durch Interbankenkredite sowie Handelsaktivitäten finanzieren. Sie vergeben vor allem Verbraucher-, Geschäftskunden- und Interbankenkredite, sind aber auch umfangreich im Handelsgeschäft aktiv. Landesbanken finanzieren sich vornehmlich über Interbankenkredite, Kapitalmarktaktivitäten sowie Kundeneinlagen und vergeben vor allem Verbraucher-, Geschäftskunden- und Interbankenkredite. Für die zwei genossenschaftlichen Zentralbanken sind Interbankenkredite sowohl bei der Mittelherkunft als auch Mittelverwendung vorrangig, was auf ihre Zentralbankfunktion für den Genossenschaftssektor zurückzuführen ist.

1339. Das deutsche Bankensystem ist gemessen an der aggregierten Bilanzsumme in den vergangenen zwei Jahrzehnten substanziell gewachsen. Während die aggregierte Bilanzsumme aller Banken in Deutschland (ohne Bundesbank und Geldmarktfonds) Ende 1990 EUR 2.681 Mrd. umfasste, erreichte diese nach einem zwischenzeitlichen Höchststand von EUR 8.467 Mrd. im Jahr 2011 Ende 2013 EUR 7.604 Mrd.¹¹ Damit entsprach die aggregierte Bilanzsumme im Jahr 2013 ca. dem 2,8fachen des deutschen BIP, im Gegensatz zum Zweifachen im Jahr 1990. Der starke Anstieg der aggregierten Bilanzsumme des deutschen Bankensystems seit den 1990er Jahren ist dabei überwiegend auf eine Expansion der großen Privatbanken zurückzuführen, die substanziell Marktanteile zulasten von Sparkassen und Realkreditinstituten hinzugewinnen konnten.

Gemessen an der Bilanzsumme stellen die Kreditbanken (Privatbanken) mit einem gemeinsamen Marktanteil von 36,39 Prozent heute die größte Gruppe im deutschen Bankensektor. Hiervon entfallen 22,62 Prozent auf die vier Großbanken, 10,74 Prozent auf Regionalbanken und sonstige Kreditbanken und 3,03 Prozent auf Zweigstellen ausländischer Banken.¹² Der öffentlich-rechtliche Verbund aus Sparkassen (14,61 Prozent) und Landesbanken (14,37 Prozent) erreicht einen Marktanteil von ca. 29 Prozent, der genossenschaftliche Verbund aus Kreditgenossenschaften (10,02 Prozent) und den beiden genossenschaftlichen Zentralinstituten (3,59 Prozent) ca. 13,6 Prozent. Neben diese Institute treten noch Realkreditinstitute (5,85 Prozent), Bausparkassen (2,70 Prozent) sowie Banken mit Sonderaufgaben (12,48 Prozent), zu denen insbesondere die Förderbanken gehören.

¹⁰ Zu folgenden Ausführungen vgl. Koetter, M., Market Structure and Competition in German Banking, Gutachten im Auftrag des Sachverständigenrats und der Monopolkommission, 11. Februar 2014, S. 14 ff.

¹¹ Deutsche Bundesbank, Makroökonomische Zeitreihen, Zeitreihe BBK01.OU0308: Bilanzsumme (bis Dez. 1998 Geschäftsvolumen)/Alle Bankengruppen; http://www.bundesbank.de/Navigation/DE/Statistiken/Zeitreihen_Datenbanken/Makroökonomische_Zeitreihen/its_list_node.html?listId=www_s100_mb2425_1_02, Abruf am 24. Juni 2014.

¹² Vgl. Deutsche Bundesbank, Bankenstatistik April 2014, S. 10 ff. Obige Marktanteile beziehen sich auf die von der Deutschen Bundesbank im Rahmen der Bankenstatistik ausgewiesenen Daten. Andere Marktanteile können sich insbesondere dann ergeben, wenn Banken mit Sonderaufgaben nicht berücksichtigt oder der Säule der öffentlich-rechtlichen Institute zugeordnet werden.

1340. In den letzten zwei Jahrzehnten hat sich im deutschen Bankensektor ein deutlicher Konsolidierungsprozess vollzogen, der aufgrund der strikten Trennung der drei Säulen vor allem innerhalb der Säulen und nicht säulenübergreifend stattfand. Über alle Bankengruppen hinweg hat sich die Anzahl der an die Bundesbank berichtenden Institute im Zeitraum Ende 1990 bis Ende 2013 von 4.638 auf 1.846 bzw. um ca. 60 Prozent reduziert, wobei sich dieser Konsolidierungsprozess in jüngster Zeit etwas verlangsamt hat. Zurückzuführen ist die rückläufige Anzahl an Instituten insbesondere auf Fusionen innerhalb der Sparkassen- und Genossenschaftssektoren.¹³

Neben der Anzahl der Institute hat sich auch die Anzahl an Zweigstellen deutlich verringert. Während die Institute 1995 noch insgesamt 67.930 Zweigstellen betrieben, existierten 2012 nur noch 36.283 Zweigstellen. Dies entspricht einem Rückgang um 46,6 Prozent. Dabei ist festzustellen, dass sich dieser Abbau von inländischen Zweigstellen in jüngster Zeit beschleunigt hat. Allein im Jahr 2012 sank die Zweigstellenanzahl um 1.436 bzw. 3,8 Prozent gegenüber 2011 nach einem vorherigen Rückgang gegenüber 2010 um 1,2 Prozent. Der jüngste Abbau von Zweigstellen ist überwiegend auf die Kreditbanken zurückzuführen, die ihr Filialnetz im Jahr 2012 um 1.115 Filialen (10,4 Prozent) ausdünnten. Sparkassen und Genossenschaftsbanken bauten im gleichen Zeitraum mit 179 bzw. 160 Zweigstellen jeweils nur 1,3 Prozent ab und haben weiterhin die größte Flächenpräsenz. Im Jahr 2012 betrieben Sparkassen 13.094, Kreditgenossenschaften 11.789 und Kreditbanken 9.637 Zweigstellen.¹⁴

1341. Die sinkende Anzahl an Instituten hat zu einem Anstieg der durchschnittlichen Größe der deutschen Banken sowie zu einer höheren Marktkonzentration geführt. Gleichwohl ist das deutsche Bankensystem im internationalen Vergleich weiterhin stark fragmentiert. Dies zeigen gängige Konzentrationsmaße wie die CR 5, die den kumulierten Marktanteil der fünf größten Institute eines Landes anhand der Bilanzsumme misst, oder der Herfindahl-Index (HHI), der die Summe der quadrierten Marktanteile aller Banken angibt. Im Jahr 2012 war die Konzentration des deutschen Bankensystems mit einem kumulierten Marktanteil der fünf größten Institute von 33 Prozent sowie einem Herfindahl-Index von 307 weiterhin die niedrigste der EU-27.¹⁵

Zurückzuführen ist diese geringe Konzentration auf die zahlreichen Sparkassen und Genossenschaftsbanken mit teilweise sehr geringen Bilanzsummen. Betrachtet man obige Konzentrationsmaße daher alternativ für regionale Märkte, so ergeben sich ungleich höhere Konzentrationsraten. Der kumulierte Marktanteil der fünf größten Institute im Jahr 2012 beträgt auf Ebene sogenannter Raumordnungsregionen durchschnittlich ca. 73 Prozent und der HHI ca. 2.100. Beide Indikatoren sind dabei seit 1993 aufgrund des wachsenden Bankensektors und der rückläufigen Anzahl an Instituten substantiell angestiegen. Betrachtet man die regionale Verteilung der Marktkonzentrationsmaße, lässt sich zudem ein Nordost-Südwest-Gefälle feststellen mit der größten Marktkonzentration im Nordosten Deutschlands.¹⁶

Rentabilität

1342. Der deutsche Bankensektor gilt im internationalen Vergleich als wenig rentabel, was überwiegend auf eine Ertragsschwäche zurückgeführt wird. Auf der Kostenseite wurde deutschen Instituten lange Zeit eine vergleichsweise hohe Kosteneffizienz bescheinigt; erst jüngere disaggregierte Untersuchungen zeichnen

¹³ Vgl. Deutsche Bundesbank, Makroökonomische Zeitreihen, Anzahl der berichtenden Institute; abrufbar: http://www.bundesbank.de/Navigation/DE/Statistiken/Zeitreihen_Datenbanken/Makrooekonomische_Zeitreihen/its_list_node.html?listId=www_s100_mb2425_1_01, Abruf am 24. Juni 2014.

¹⁴ Vgl. Deutsche Bundesbank, Bankstellenbericht 2012. Entwicklung des Bankstellennetzes im Jahr 2012, 30. August 2013.

¹⁵ Vgl. EZB, Structural Indicators for the EU Banking Sector, 2013; http://www.ecb.europa.eu/stats/pdf/130708_ssi_table.pdf?6eb6a27bf4fc505cee66a57a5c20d02f, Abruf am 24. Juni 2014.

¹⁶ Vgl. Koetter, M., Market Structure and Competition in German Banking, a. a. O. (Fn. [10]), S. 33 ff.

diesbezüglich ein etwas ungünstigeres Bild. Unabhängig von der Kostenseite dürfte die geringe Rentabilität jedoch überwiegend auf eine Ertragsschwäche zurückzuführen sein.¹⁷

1343. Die im internationalen Vergleich schlechte Ertragslage deutscher Banken zeigt sich traditionell in einer überdurchschnittlich hohen Aufwand/Ertrags-Relation („Cost-Income Ratio“) sowie einer geringen Eigenkapitalrentabilität.¹⁸ Die Aufwand/Ertrags-Relation, die die Verwaltungsaufwendungen in Relation zum Rohertrag (bzw. den operativen Erträgen) setzt, lag für deutsche Institute im Jahr 2012 über dem Median der Euro-Zone und hat sich seit 2008 sogar noch verschlechtert.¹⁹ Im Durchschnitt über alle Banken lag sie im Jahr 2012 bei 68,9 Prozent (64,2 Prozent) gegenüber 66,4 Prozent (63,7 Prozent) im Jahr 2010.²⁰ Sparkassen und Kreditgenossenschaften wiesen bei Zugrundelegung des Rohertrags deutlich bessere Aufwand/Ertrags-Relationen auf als Großbanken. Bei Betrachtung der operativen Erträge fielen die Unterschiede geringer aus, insbesondere da die Großbanken ihre Aufwand/Ertrags-Relation von 2010 bis 2012 deutlich verbessern konnten, während jene von Sparkassen und Kreditgenossenschaften sich verschlechterten.

1344. Ein Blick auf die der Aufwand/Ertrags-Relation zugrunde liegenden Zins- und Provisionsüberschüsse verdeutlicht die schlechte Ertragslage. Der Zinsüberschuss als wichtigste Ertragsquelle deutscher Institute ist seit Beginn der 1990er Jahre rückläufig und lag im Jahr 2012 mit nur noch 0,99 Prozent im Durchschnitt über alle Bankengruppen auf einem neuen Rekordtief. Seit der Finanzmarktkrise konnten lediglich Sparkassen und Kreditgenossenschaften, die traditionell die höchsten Zinsspannen erwirtschaften, ihre Ergebnisse etwas verbessern und erreichten im Jahr 2012 eine Zinsspanne von 2,12 Prozent bzw. 2,21 Prozent, gefolgt von den privaten Regionalbanken und sonstigen Kreditbanken (1,51 Prozent). Eine unterdurchschnittliche Zinsspanne erzielten die Großbanken (0,68 Prozent), Landesbanken (0,63 Prozent) sowie die genossenschaftlichen Zentralbanken (0,48 Prozent).

Der Provisionsüberschuss als zweitwichtigste Ertragsquelle ist ebenfalls seit Jahren rückläufig. Über alle Bankengruppen hinweg sank dieser von 0,39 Prozent im Jahr 2006 auf 0,30 Prozent im Jahr 2012. Einen traditionell überdurchschnittlichen Provisionsüberschuss erzielten die Regionalbanken (0,61 Prozent) sowie die Sparkassen und Kreditgenossenschaften (jeweils 0,56 Prozent). Die privaten Großbanken erreichten im Gegensatz zu früheren Jahren nur noch einen leicht überdurchschnittlichen Überschuss von 0,32 Prozent.²¹

1345. Die Eigenkapitalrentabilität als weiteres Profitabilitätsmaß lag im Jahr 2012 im Durchschnitt über alle deutschen Institute bei 7,80 Prozent vor Steuern und damit – bedingt durch die europäische Finanz- und Wirtschaftskrise – im Vergleich zu früheren Jahren über dem europäischen Durchschnitt von 4,9 Prozent.²² Eine vergleichsweise hohe Eigenkapitalrentabilität erzielten wie auch schon in den Vorjahren die Sparkassen und Kreditgenossenschaften mit 12,96 Prozent bzw. 15,71 Prozent. Die Großbanken erreichten mit 6,08 Prozent den besten Wert seit 2007. Im Zeitverlauf ist die Eigenkapitalrentabilität von Großbanken dabei aufgrund ihres Geschäftsmodells deutlich volatiler als die von Sparkassen und Kreditgenossenschaften.

Wettbewerb im deutschen Bankensektor

1346. Die geringe Rentabilität deutscher Institute wird häufig auf eine besonders hohe Wettbewerbsintensität hierzulande zurückgeführt, die vermeintlich ihren Ausdruck in der geringen Konzentration des deutschen Bankensektors findet. Auf Marktanteile abstellende Konzentrationsmaße wie die oben genannte CR 5 und

17 Vgl. Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Das deutsche Finanzsystem: Effizienz steigern – Stabilität erhöhen, a. a. O., Tz. 158 ff.

18 Vgl. ebenda, Tz. 158.

19 Vgl. EZB, Banking Structures Report, November 2013, S. 25.

20 Vgl. Deutsche Bundesbank, Die Ertragslage der deutschen Kreditinstitute, a. a. O.

21 Vgl. Deutsche Bundesbank, Monatsbericht September 2013, S. 35.

22 Vgl. Bain & Company, European banking: Striking the right balance between risk and return, Studie, veröffentlicht am 17. Juli 2013, S. 8; Deutsche Bundesbank, Die Ertragslage der deutschen Kreditinstitute, a. a. O.

der Herfindahl-Index sind jedoch zur Messung des Wettbewerbs nur wenig geeignet; zum einen weil Marktanteile per se allenfalls eine krude Approximation der tatsächlichen Wettbewerbsintensität erlauben, zum anderen weil der Bankenwettbewerb – insbesondere in Deutschland aufgrund des für Sparkassen und Kreditgenossenschaften geltenden Regionalprinzips – überwiegend in regionalen Märkten und auf Produktebene stattfindet. Wenn überhaupt müssten solche Konzentrationsmaße also für regionale Produktmärkte bestimmt werden. Insofern spricht eine im internationalen Vergleich besonders niedrige Konzentration des deutschen Bankensystems nicht per se für eine höhere Wettbewerbsintensität.

1347. Zur Bestimmung der Wettbewerbsintensität besser geeignet sind empirische Maße wie der Lerner-Index, die H-Statistik oder der Boone-Indikator. Auf diesen Wettbewerbsmaßen beruhende international vergleichende Studien haben für den deutschen Bankensektor in der Vergangenheit eine allenfalls leicht überdurchschnittliche Wettbewerbsintensität festgestellt.²³ Neuere Studien deuten zudem auf eine tendenziell abnehmende Wettbewerbsintensität im deutschen Bankensektor seit Beginn der 2000er Jahre hin – gemessen anhand eines Anstiegs des Lerner-Index.²⁴ So ermittelt etwa Koetter (2014) für den gesamten deutschen Bankensektor für den Zeitraum 1993 bis 2012 einen durchschnittlichen Lerner-Index von 39 Prozent und zeigt, dass dieser von einem relativ konstanten Niveau von 36 Prozent bis 38 Prozent in den 1990er Jahren bis zum Jahr 2006 deutlich auf ca. 43 Prozent angestiegen ist und nach einem kurzfristigen Einbruch zu Beginn der Finanzkrise mit ca. 47 Prozent im Jahr 2011 einen neuen Höchststand erreichte. Dieser jüngste Anstieg wird dabei vor allem auf krisenbedingte Notenbankaktivitäten zurückgeführt.²⁵

1348. Bei einer differenzierten Betrachtung der Wettbewerbsintensität nach Bankentypen kommen Studien hingegen zu teilweise sehr unterschiedlichen Ergebnissen. Hempell (2002) zeigt diesbezüglich anhand der H-Statistik für den Zeitraum 1993 bis 1998, dass große Banken und insbesondere Auslands- und Kreditbanken tendenziell einem stärkeren Wettbewerbsdruck ausgesetzt sind als mittlere und kleine Banken bzw. Sparkassen und Genossenschaftsbanken.²⁶ Gischer/Thiele (2004) bestätigen die geringere Wettbewerbsintensität im Sparkassensektor für die Jahre 1993 bis 2002 und zeigen zudem, dass kleinere Institute einem nochmals geringeren Wettbewerbsdruck ausgesetzt sind als größere Institute.²⁷ Kick/Prieto (2013) zeigen anhand des Lerner-Index für den Zeitraum 1994 bis 2010, dass insbesondere kleine Privatbanken aber auch Kreditgenossenschaften über nahezu den gesamten betrachteten Zeitraum die höchste Marktmacht haben. Zudem ist ersichtlich, dass der Lerner-Index der Kreditgenossenschaften und Sparkassen über die Jahre die geringsten Schwankungen aufweist. Private Großbanken hingegen haben nicht nur die stärksten Schwankungen, sondern weisen tendenziell auch den geringsten Lerner-Index auf, wenngleich dieser im betrachteten Zeitraum gestiegen ist.²⁸

1349. In deutlichem Kontrast hierzu stehen die Ergebnisse von Koetter (2014).²⁹ Zwar wird zunächst festgestellt, dass Sparkassen und Genossenschaftsbanken über den betrachteten Zeitraum von 1993 bis 2012 substanziell höhere sogenannte Price-Cost Margins erwirtschafteten als andere Geschäftsbanken.³⁰

23 Vgl. Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Das deutsche Finanzsystem: Effizienz steigern – Stabilität erhöhen, a. a. O., Tz. 158 ff.

24 Vgl. Kick, T./Prieto, E., Bank Risk Taking and Competition: Evidence from Regional Banking Markets, Deutsche Bundesbank Discussion Paper No 30/2013; Koetter, Market Structure and Competition in German Banking, a. a. O. (Fn. 10), S. 46 ff. Diese Studie ermittelt zudem den Wettbewerb im deutschen Bankensektor anhand des Boone-Indikators sowie der H-Statistik. Während die H-Statistik die Ergebnisse des Lerner-Index, d. h. eine ansteigende Marktmacht, bestätigt, deutet der Boone-Indikator auf eine abnehmende Marktmacht hin.

25 Vgl. Koetter, Market Structure and Competition in German Banking, a. a. O. (Fn. 10), S. 51 ff.

26 Vgl. Hempell, H.S., Testing for Competition Among German Banks, Deutsche Bundesbank Discussion Paper 04/02, Januar 2002.

27 Vgl. Gischer, H./Stiele, M., Testing for Banking Competition in Germany: Evidence from Savings Banks, FEMM Working Paper Series No. 20/2005, 2005.

28 Vgl. Kick, T./Prieto, E., Bank Risk Taking and Competition: Evidence from Regional Banking Markets, a. a. O.

29 Vgl. zu den folgenden Ausführungen Koetter, M., Market Structure and Competition in German Banking, a. a. O. (Fn. 10).

30 Price-Cost Margins sind hier definiert als die Differenz aus den Zinserträgen und -aufwendungen, jeweils im Ver-

Allerdings weist die Analyse mittels des Lerner-Index, der die Marktmacht von Banken besser abbildet, eine höhere Marktmacht großer Institute aus.³¹ Der höchste durchschnittliche Lerner-Index entfällt hier auf die vier Großbanken (76 Prozent), während Sparkassen (40 Prozent) und Kreditgenossenschaften (37 Prozent) die geringsten Werte aufweisen. Ein Anstieg der Marktmacht von 1993 bis zum Ausbruch der Finanzkrise ist dabei insbesondere für Großbanken und Landesbanken sowie seit der Jahrtausendwende für Kreditgenossenschaften und Hypothekenbanken festzustellen. Zudem wird gezeigt, dass die Marktmacht der Institute maßgeblich von Faktoren des Geschäftsmodells abhängt. Positiv auf den Lerner-Index wirken sich demnach unter anderem ein spezialisiertes Kreditportfolio, ein kleineres Zweigstellennetz sowie ein geringerer Anteil an Einlagenfinanzierung und Handelsaktivitäten aus. Zudem verstärken eine größere Bilanzsumme, eine höhere Eigenkapitalrentabilität sowie ein höherer Anteil an Kundenkrediten und außerbilanziellen Aktivitäten die Marktmacht von Banken, während unter anderem größere Liquiditätspuffer diese verringern.

Nicht zuletzt verdeutlicht die Studie, dass die Wettbewerbsintensität in den einzelnen Regionen Deutschlands sehr unterschiedlich ausgeprägt ist und Banken über eine größere Marktmacht im Nordosten als im Südwesten verfügen. Dies zeigt sowohl die regionale Verteilung der Price-Cost Margins als auch die des Lerner-Index. Die Studie lenkt damit den Blick auf regionale Markt- und Wirtschaftsfaktoren und zeigt, dass unter anderem ein höherer kumulierter Marktanteil der drei größten Banken vor Ort (CR 3), eine größere Zinsspanne, ein höheres Pro-Kopf-Einkommen sowie das Vorkommen regionaler Restrukturierungsfusionen die Marktmacht von Banken stärken. Positiv auf die Wettbewerbsintensität wirkt sich hingegen ein höheres regionales Wirtschaftswachstum aus.

1350. Die obigen Ergebnisse verdeutlichen zum einen die Problematik der Schätzung der Wettbewerbsintensität mittels ökonometrischer Methoden, zum anderen zeigen sie, dass der Wettbewerb im Bankensektor von zahlreichen Faktoren abhängt, die sowohl das Geschäftsmodell der Banken als auch regionale Markt- und Wirtschaftsbedingungen betreffen. Da Wettbewerb im Bankensektor in besonderem Maße in regionalen Produktmärkten stattfindet und innerhalb einer Volkswirtschaft erheblich variieren kann, sind internationale Vergleiche zur Wettbewerbsintensität nationaler Bankensysteme daher nur bedingt aussagekräftig. Zur Beurteilung der tatsächlichen Wettbewerbssituation in bestimmten Märkten bedarf es hingegen einer sachlichen wie räumlichen Abgrenzung des relevanten Marktes, wie diese von den Wettbewerbsbehörden vorgenommen wird. So differenziert bspw. das Bundeskartellamt zwischen dem Privatkunden-, Geschäftskunden- und Firmenkundenbereich und unterscheidet ferner Märkte für Girokonten, Einlagen und Kredite. Die räumliche Marktabgrenzung erfolgt zudem meist regional.³² Dass auf dieser Basis regelmäßig Fusionen untersagt werden, verdeutlicht nochmals die überwiegend regionale Ausrichtung des Bankenwettbewerbs – gerade in Deutschland.

Grundsätzliche Einschätzung des Wettbewerbs im Bankensektor

1351. Auf Märkten wird i. d. R. eine möglichst hohe Wettbewerbsintensität favorisiert, da ein funktionierender Wettbewerb eine effiziente Allokation knapper Ressourcen ermöglicht und damit zu einer möglichst kosteneffizienten Produktion beiträgt. Darüber hinaus fördert ein intensiver Wettbewerb die dynamische Effizienz von Märkten, in dem er Unternehmen zu laufenden Innovationen antreibt. Diese positive Wirkungsweise von Wettbewerb ist indes für die Finanzmärkte aufgrund möglicher negativer Rückwirkungen auf die Finanzmarktstabilität nicht unumstritten. Im Kern lassen sich in der theoretischen

hältnis zum entsprechenden zinstragenden Geschäft. Dagegen bezeichnet der Begriff Zinsspanne die Differenz zwischen Zinserträgen und -aufwendungen bezogen auf die durchschnittliche Bilanzsumme.

31 Die unterschiedlichen Ergebnisse von Kick/Prieto (2013) und Koetter (2014) dürften insbesondere auf unterschiedlichen ökonometrischen Schätzmethoden (Stochastic Single Frontier Model vs. Latent Class Stochastic Frontier Model), der Berücksichtigung von Hypothekenbanken bei Koetter (2014) sowie den unterschiedlichen Beobachtungszeiträumen beruhen.

32 Vgl. z. B. BKartA, Beschluss vom 28. Februar 2012, B4-51/11.

ökonomischen Literatur zwei Stoßrichtungen zum Verhältnis von Wettbewerb und Stabilität im Bankensektor unterscheiden: jene, die von einer destabilisierenden Wirkung von Wettbewerb ausgeht und jene, die eine stabilisierende Wirkung vermutet.³³

1352. Kritiker einer hohen Wettbewerbsintensität verweisen insbesondere darauf, dass ein geringerer Wettbewerb Banken in ihrer Risikonahme disziplinieren könne, da die Erwartung zukünftiger Gewinne Anreize zur Vermeidung der Insolvenz setze.³⁴ Ein höherer Wettbewerbsdruck und eine damit einhergehende schlechtere Ertragslage könnte Banken hingegen zum Eingang höherer Risiken verleiten. Außerdem könnte ein intensiverer Wettbewerb die Finanzierungsbeziehungen von Unternehmen und Banken verkürzen und Anreize der Banken zur Investition in eine gründliche Unternehmensbewertung reduzieren. Folge wäre eine ineffizientere Kreditvergabe der Banken sowie ein Anstieg der Kreditausfallrisiken.³⁵

Vertreter einer hohen Wettbewerbsintensität führen hingegen an, dass Bankkunden ihrerseits auf die mit einem geringeren Bankenwettbewerb einhergehenden höheren Finanzierungskosten mit einer erhöhten Risikonahme reagieren und riskantere Investitionsstrategien wählen könnten. Die geringere Zinsbelastung bei intensiverem Wettbewerb führe hingegen zu sichereren Investitionsstrategien und damit zu einem geringeren Kreditausfallrisiko für die Bank.³⁶ Insgesamt hätte ein intensiverer Wettbewerb daher einen positiven Effekt für die Systemstabilität.

1353. Ähnlich wie die Theorie liefert auch die Empirie keine eindeutigen Ergebnisse zum Verhältnis von Wettbewerb und Stabilität, allerdings lässt sich – entgegen früherer Annahmen – ein tendenziell positiver Zusammenhang feststellen.³⁷ Hierauf deuten vor allem länderübergreifende Studien („Cross-Country Studies“) hin, während die Ergebnisse länderspezifischer Studien nicht eindeutig sind. Diese unterschiedlichen Ergebnisse werden dabei vornehmlich an der Berücksichtigung unterschiedlicher regulatorischer Rahmenbedingungen in länderübergreifenden Untersuchungen festgemacht.³⁸

Ein wesentliches Ergebnis der empirischen Literatur ist, dass Bankensysteme mit mehr Wettbewerbsbeschränkungen anfälliger für Banken Krisen sind. Zudem verdeutlicht sie einmal mehr den wichtigen Unterschied zwischen Konzentrations- und Wettbewerbsmaßen. Denn neben einer erhöhten Wettbewerbsintensität kann auch eine höhere Marktkonzentration einen positiven Einfluss auf die Stabilität des Bankensystems haben, sofern diese mit einer höheren Risikodiversifizierung einhergeht.

1354. Insgesamt ist zu konstatieren, dass Wettbewerb nicht per se schlecht für die Stabilität des Bankensektors ist, sondern im Gegenteil gerade wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen zu Stabilitätsrisiken führen können. Voraussetzung für einen funktionierenden Wettbewerb im Bankensektor ist jedoch ein funktionierender regulatorischer Ordnungsrahmen und eine funktionierende Aufsicht. Verwerfungen wie sie während der jüngsten Finanzkrise aufgetreten sind, deuten hingegen auf einen fehlerhaften regulatorischen Rahmen und mit diesem einhergehende Wettbewerbsprobleme hin. Eine wesentliche Aufgabe der Bankenregulierung besteht insofern darin, marktwirtschaftliche und effizienzsteigernde Prozesse im Finanzsystem zu etablieren, sodass bspw. ein Marktaustritt gescheiterter Banken – unabhängig von ihrer Größe – jederzeit möglich ist.

33 Einen Überblick über relevante Literatur gibt Beck, T., Bank Competition and Financial Stability: Friends or Foes?, Weltbank, WPS4656, Juni 2008.

34 Vgl. z. B. Keeley, M.C., Deposit Insurance, Risk and Market Power in Banking, American Economic Review 80, 1990, S. 1183-1200.

35 Vgl. z. B. Allen, F./Gale, D., Competition and Financial Stability, Journal of Money, Credit, and Banking 36(3) Pt. 2, 2004, S. 453-480.

36 Vgl. z. B. Boyd, J.H./De Nicoló, G., The Theory of Bank Risk Taking and Competition Revisited, Journal of Finance 60(3), 2005, S. 1329-1343.

37 Vgl. Beck, T., Bank Competition and Financial Stability: Friends or Foes?, a. a. O.

38 Siehe u. a. Beck, T./De Jonghe, O./Schepens, G., Bank Competition and Stability: Cross-Country Heterogeneity, Journal of Financial Intermediation 22(2), 2013, S. 218-244.

2.2.2 Europäische Banken- und Finanzsysteme

1355. In der Europäischen Union gibt es sowohl stärker bankbasierte als auch stärker marktbasierte Finanzsysteme. Dieser Umstand macht es erforderlich, bei der Betrachtung der europäischen Finanzsysteme insbesondere den Zusammenhang zwischen Bankensystemen und geregelten Märkten zu berücksichtigen. Eine Sonderrolle kommt in diesem Rahmen den Mittel- und Osteuropäischen Staaten (MOE-Staaten) zu, deren Finanzsysteme nach der Öffnung des früheren Ostblocks häufig eine eigenständige Entwicklung genommen haben.³⁹

Entwicklung der europäischen Bankensysteme

1356. Zwischen den europäischen Bankensystemen bestanden ursprünglich große Unterschiede. So existierten klassische Universalbanksysteme (z. B. in Deutschland, Italien) neben unterschiedlich weit ausgeprägten Trennbanksystemen (z. B. in Frankreich, Großbritannien). Bereits in den beiden Jahrzehnten vor der Finanzkrise kam es jedoch zu starken Veränderungen in der europäischen Bankenlandschaft, d. h. in vielen Mitgliedstaaten zur Entwicklung von Großbanken und zu einer starken Konsolidierung. So sank in den Staaten der EU-15 die Zahl der Kreditinstitute im Zeitraum 1995-2004 um 27 Prozent.⁴⁰ Diese Konsolidierung umfasste auch Sparkassen und Genossenschaftsbanken. Sie führte in vielen Mitgliedstaaten zur Abdrängung kleinerer Kreditinstitute in Nischen oder zu ihrem völligen Verschwinden. Die trotz Konsolidierung stabil gebliebene Struktur des deutschen Bankensystems – also der Erhalt des Drei-Säulen-Systems – stellt eine Ausnahme dar.⁴¹

1357. Die Konsolidierung der europäischen Bankenlandschaft ist weiterhin nicht abgeschlossen. In ihrem bisherigen Verlauf wird sie von Wissenschaftlern, Behörden und selbst von vielen Marktteilnehmern als nicht ausreichend angesehen. Die Konsolidierung verlief in den meisten Fällen nicht geordnet und war zudem in vielen Mitgliedstaaten defensiv ausgerichtet (Abwehr- und Notfusionen). Das impliziert, dass sie nicht ohne Weiteres zu stabilen Strukturen führte. Auf einigen nationalen Universalbankenmärkten, die ohnehin von Überkapazitäten geprägt waren, kam es vielmehr zur Ausbildung von „nationalen Champions“ (z. B. in Frankreich, Spanien). Diese Entwicklung ging einher mit Oligopolentwicklungen insbesondere in Volkswirtschaften mit einer starken Ausrichtung auf die Finanzwirtschaft (insbesondere Großbritannien, Irland; vergleichbare Entwicklungen aber auch in Skandinavien).⁴² Die kontinentaleuropäische Politik unterstützte in vielen Fällen sogar aktiv die Entstehung von „nationalen Champions“, entweder um die Entstehung international wettbewerbsfähiger Marktteilnehmer zu fördern oder aus Sorge vor Übernahmen aus dem Ausland. Derartige Bestrebungen gab es zeitweise auch in Deutschland. Sie waren aus Wettbewerbssicht immer kritisch zu sehen.⁴³

1358. In einigen kleineren Mitgliedstaaten führten die Entstehung von Großbanken und die starke Ausrichtung auf die Finanzwirtschaft dazu, dass dort tätige Banken und andere Finanzmarktunternehmen (z. B. Fonds) zunehmend Vermögenswerte in einem Umfang kontrollierten, der die Finanzwirtschaft in den be-

39 Vgl. Bijlsma, M.J./Zwart, G.T.J., The Changing Landscape of Financial Markets in Europe, the United States and Japan, CPB Discussion Paper Nr. 238, März 2013.

40 Vgl. Allen, F./Bartiloro, L./Kowalewski, O., The Financial System of the EU 25, Oktober 2005, S. 11; ähnlich Gischer, H./Richter, T., 'Global Player' im Bankenwesen – ökonomisch sinnvoll oder problembehaftet?, FEMM Working Paper Series No. 12/2011, S. 2: Rückgang der Bankendichte um 32 Prozent im Zeitraum 1997-2008. Die Zweigstellendichte entwickelte sich nach den Autoren uneinheitlich.

41 Vgl. Lahusen, R., Konsolidierung in europäischen Banksektoren: Große Fortschritte – außer in Deutschland, DB Research, EU-Monitor, Dezember 2003, S. 4.

42 Siehe dazu House of Commons, Treasury Committee, Competition and choice in retail banking, Bericht veröffentlicht am 2. April 2011, HC 612-I (sogenannte Cruickshank Report); ferner EU-Kommission, Pressemitteilung vom 19. September 2001, IP/01/1290.

43 Vgl. Monopolkommission, XV. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1, 18 ff. Eine Wiederkehr hat sich jüngst durch den Ruf nach sog. „Europäischen Champions“ ergeben, wenn auch bisher nicht im Finanzsektor; siehe Friedrich, T.A., EU-Industriepolitik soll Champions fördern, vdi nachrichten, 30. Mai 2014.

treffenden Fällen zu einem zentralen Faktor in der Volkswirtschaft machte (z. B. in den Niederlanden, Belgien) und zum Teil sogar die Größe der Volkswirtschaft beträchtlich überstieg (z. B. in Luxemburg, Zypern). In den Ländern des früheren Ostblocks bildeten sich hoch konzentrierte Märkte, in denen seither ausländische Institute dominieren.

1359. Insgesamt blieb die Bankenlandschaft vor der Finanzkrise jedoch sehr heterogen.⁴⁴ In Österreich, Frankreich, Deutschland, Italien, Luxemburg und auch Großbritannien lag der Marktanteil der fünf größten Kreditinstitute bis 2007 deutlich unterhalb von 50 Prozent.⁴⁵ In den beiden letztgenannten Mitgliedstaaten und Irland blieb die Konzentration vor allem wegen der Präsenz vieler ausländischer Banken gering. Der rein nationale Bankensektor war hingegen weitaus höher konzentriert. Konzentrationen, bei denen die fünf größten Banken mehr als 80 Prozent der Marktanteile auf sich vereinigten, waren in diesem Zeitraum bereits in Belgien, Estland, Finnland, den Niederlanden und mit Ausnahme eines Jahres in Litauen zu beobachten. Auch die Zweigstellendichte entwickelte sich uneinheitlich. Diese nahm insgesamt allerdings leicht ab.

1360. Einen in gewisser Weise gegenläufigen Trend zur Konzentration auf nationaler Ebene setzte die Europäisierung des Finanzmarktregulierung, die bereits in den 1970er Jahren ihren Anfang genommen hatte. Grenzüberschreitende Finanztätigkeiten sind ein notwendiger Bestandteil der Errichtung eines Binnenmarkts, welche ein zentrales Ziel der Europäischen Union darstellt. Insbesondere die Euroeinführung zum 1. Januar 1999 ließ auch die Entwicklung hin zu einem Finanzbinnenmarkt als ein auf Dauer realistisches Ziel erscheinen. Im Anschluss kam es in der Tat auch zu grenzüberschreitenden Bankzusammenschlüssen, allerdings nie in großer Zahl.

1361. Die mit der Öffnung für grenzüberschreitende Finanzgeschäfte einhergehenden Chancen wurden von den Banken in den Mitgliedstaaten in unterschiedlichem Umfang und unterschiedlicher Weise genutzt. So expandierten Banken aus West- und Südeuropa (Frankreich, Italien, Spanien) nach Mitteleuropa sowie Banken aus Mitteleuropa (Belgien, Österreich) nach Osteuropa. Deutsche und französische Banken nahmen eine Hauptrolle im internationalen Kreditgeschäft ein, gefolgt von belgischen und italienischen Banken.⁴⁶ Die Bedeutung des grenzüberschreitenden Geschäfts im Vergleich zur Bilanzsumme variierte zwischen den Mitgliedstaaten indes erheblich.

1362. Die Europäisierung der Finanzmarktregulierung umfasste zunächst vor allem den Abbau von Unterschieden in der Rechnungslegung und den Eigenkapitalregeln und die Einführung grundlegender legislativer Standards. Dagegen blieb die Bank- und Finanzmarktaufsicht bis zum Aufbau einer Bankenunion nach der Finanzkrise im nationalen Zuständigkeitsbereich und war nicht für den gesamten Binnenmarkt einheitlich, anders als bspw. in den USA.

1363. Die unterschiedliche Regulierung und Aufsicht dürfte ein wesentlicher Grund dafür sein, dass die europäischen Finanzmärkte trotz Zunahme grenzüberschreitender Marktaktivitäten insgesamt sehr heterogen und stark fragmentiert blieben. Die Auflagen, welche den größeren Banken im Rahmen von Beihilfverfahren während der Finanzkrise auferlegt wurden (z. B. Abwicklung des Auslandsgeschäfts, Neuentwicklung eines auf den Heimatmarkt fokussierten Geschäftsmodells) haben dazu geführt, dass sich jene Fragmentierung sogar noch einmal verschärft hat. Die Finanzkrise hat außerdem gravierende Fehlentwicklungen durch Überkapazitäten und schlecht funktionierende Wettbewerbsmechanismen offen gelegt.

1364. In einigen Mitgliedstaaten kam es daneben auf nationaler Ebene zu Deregulierung und relativ ungeordneten Privatisierungen, seit den 1980er Jahren in Westeuropa und nach dem Zerfall des Ostblocks auch in den osteuropäischen Mitgliedstaaten.

⁴⁴ Vgl. Allen, F./Bartiloro, L./Kowalewski, O., *The Financial System of the EU 25*, a. a. O., S. 14 ff.

⁴⁵ Vgl. EZB, *EU Banking Structures*, Oktober 2006, S. 54; EZB, *EU Banking Structures*, Oktober 2008, S. 38.

⁴⁶ Vgl. Buch, C.M./Heinrich, R.P., *Financial Integration in Europe and Banking Sector Performance*, Kiel Institute of World Economics, 2002, S. 7 f.

1365. Insgesamt hielt die Banken- und Finanzmarktregulierung vor der Finanzkrise mit den Marktveränderungen und der Entwicklung neuer Finanzprodukte (sogenannte Finanzinnovationen) nicht Schritt. Die Finanzkrise selbst hat zu einer EU-weit und international stärker vereinheitlichten Regulierung geführt. Die Marktauswirkungen dieser Regulierung sind bisher kaum abzuschätzen.⁴⁷

1366. Dessen ungeachtet sind die europäischen Finanzmärkte aus Sicht von Marktbeobachtern derzeit weiter durch problematische Marktstrukturen geprägt. Die Marktkonzentration ist gemessen am Marktanteil der fünf größten Kreditinstitute im Zeitraum 2008-2012 in den meisten Mitgliedstaaten weiter angestiegen, dabei relativ stark in den Ländern, die zuvor eine im europäischen Vergleich niedrige Marktkonzentration aufgewiesen hatten.⁴⁸ Abgesehen von fortbestehenden Überkapazitäten sind auch die Wettbewerbsmechanismen weiterhin nicht voll funktionsfähig. Insbesondere erfolgen zu wenige Marktaustritte von nicht überlebensfähigen Banken. Außerdem besteht aufgrund der europäischen Wirtschafts- und Staatsschuldenkrise eine starke Verflechtung zwischen der Finanzwirtschaft und den mitgliedstaatlichen Volkswirtschaften, die zu erheblichen Instabilitäten führen kann.⁴⁹

1367. Nach gegenwärtiger Einschätzung ist der Bankensektor in allen Mitgliedstaaten der EU stärker konzentriert als bspw. in den USA, wenngleich die Konzentrationen innerhalb der EU weiterhin erheblich schwanken.⁵⁰ Zugleich sind die Bankensysteme unnatürlich „aufgebläht“. So machten die von Banken in der Euro-Zone kontrollierten Vermögenswerte Ende 2013 rund 270 Prozent des Bruttoinlandsprodukts (BIP) aus, bzw. sogar mehr als 330 Prozent, wenn man durch Nicht-EU-Banken kontrollierte Tochtergesellschaften hinzurechnet, die ihren Sitz in der EU haben. Dies gilt ungeachtet der Tatsache, dass der europäische Bankensektor seit der Finanzkrise (2008) um rund 10 Prozent geschrumpft ist. Auch die Verschuldung der europäischen Banken bewegt sich insgesamt immer noch auf einem bedenklich hohen Niveau.⁵¹

Entwicklung der europäischen Kapitalmärkte

1368. Im Bereich der Unternehmens- und Staatsfinanzierung spielen Kapitalmärkte neben Bankkrediten eine wichtige Rolle. Die Kapitalmärkte erlauben es Marktteilnehmern, Kapital auch außerhalb ihres angestammten Tätigkeitsbereichs aufzunehmen. In mehreren Mitgliedstaaten spielen Kapitalmärkte bereits heute eine wichtige Rolle als Alternative zur Kreditwirtschaft.

1369. Im Zeitverlauf seit 1995 haben sich die meisten Volkswirtschaften außerhalb der EU immer stärker marktbasiert entwickelt, während die meisten EU-Mitgliedstaaten von vornherein bankbasiert waren und sich sogar noch weiter in diese Richtung entwickelt haben.⁵² Dabei hat insbesondere das Kreditgeschäft bis zum Ausbruch der Finanzkrise 2007 massiv zugenommen.⁵³

1370. Der Aktienhandel am geregelten Markt bildet einen klassischen Fall des Kapitalmarktgeschäfts. In Hinblick auf die Börsenkapitalisierung haben von den EU-Staaten das Vereinigte Königreich, Frankreich, Deutschland und Spanien die derzeit größten Märkte.⁵⁴ Allerdings sind die Euromärkte gemessen am Ver-

47 Dazu siehe unten Abschnitt 3.6.

48 Vgl. EZB, Banking Structures Report, November 2013, S. 12 f.

49 Siehe z. B. Beratender Wissenschaftlicher Ausschuss des ESRB, Is Europe Overbanked?, ASC Report Nr. 4, Juni 2014, S. 22; Schnabel, I., Das europäische Bankensystem: Bestandsaufnahme und Herausforderungen, Wirtschaftsdienst Sonderheft 2014, S. 6-10.

50 Vgl. Bijlsma, M.J./Zwart, G.T.J., The Changing Landscape of Financial Markets in Europe, the United States and Japan, a. a. O., S. 31 f.

51 Dazu Beratender Wissenschaftlicher Ausschuss des ESRB, Is Europe Overbanked?, a. a. O., S. 4.

52 Vgl. Beratender Wissenschaftlicher Ausschuss des ESRB, Is Europe Overbanked?, a. a. O., S. 23.

53 Vgl. Bijlsma, M.J./Zwart, G.T.J., The Changing Landscape of Financial Markets in Europe, the United States and Japan, a. a. O., S. 10.

54 Vgl. Quandl, Stock Market Capitalization By Country, <http://www.quandl.com/economics/stock-market-capitalization-by-country>, Abruf am 24. Juni 2014.

hältnis der Marktkapitalisierung von Unternehmen zum Bruttoinlandsprodukt weiterhin erheblich kleiner als der US-Markt und auch kleiner als der japanische Markt.⁵⁵

1371. In der Dekade vor der Finanzkrise waren die europäischen geregelten Märkte für heimische Unternehmen vielfach wenig attraktiv, weswegen sie sich teilweise auch um eine Listung an US-Börsen bemühten. Dies lag abgesehen von Kosten auch an regulatorischen Defiziten in den Bereichen Rechnungslegung und Anlegerschutz, weshalb die US-Märkte als attraktiver angesehen wurden. Listungen in anderen Mitgliedstaaten kamen seltener vor und hingen dann oft mit Privatisierungen zusammen (so oft auch in MOE-Staaten).⁵⁶

1372. Deregulierung, Globalisierung und technische Neuerungen haben jedoch die Integration der europäischen Märkte gefördert und diese attraktiver gemacht. Dabei haben sich auch die europäischen Börsen selbst aktiv an der Marktentwicklung beteiligt, darunter übrigens auch die Deutsche Börse.⁵⁷

1373. Die Anleihenmärkte machen etwa zwei Drittel des Volumens der europäischen Kapitalmärkte aus, sind also bedeutender als die Aktienmärkte. Die meisten Anleihen werden durch die öffentliche Hand begeben (ca. 60 Prozent), gefolgt von Unternehmensanleihen (ca. 30 Prozent) und Verbriefungen (ca. 10 Prozent). Ein Großteil des Handels von Anleihen erfolgt außerbörslich („Over The Counter“). Die Anleihenmärkte sind dadurch gekennzeichnet, dass die Verbriefung der Rechte unter Berücksichtigung nationaler wertpapier- bzw. kapitalmarktrechtlicher Vorgaben vertraglich ausgestaltet ist. Die USA haben weiterhin den bedeutendsten Anleihenmarkt.⁵⁸ Die Bedeutung der europäischen Märkte hat indes zugenommen, vor allem nach 2005.⁵⁹ Insbesondere der europäische Markt für Staatsanleihen war in den letzten Jahren aufgrund der europäischen Staatsschuldenkrise großen Umwälzungen unterworfen.⁶⁰ Allerdings haben auch die europäischen Unternehmen den Anleihenmarkt für sich entdeckt. Bedingt durch die Regulierung des Bankensektors, das allgemeine Zinsniveau und den Bedarf an Marktliquidität emittieren die hiesigen Unternehmen wieder vermehrt Anleihen.⁶¹ Inwieweit der Anleihenmarkt für die Unternehmensfinanzierung in Europa jedoch dauerhaft eine Alternative zum Kreditmarkt darstellen kann, ist zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht prognostizierbar.

1374. Auch wenn die Kapitalmärkte für die Staats- und Unternehmensfinanzierung somit wichtig sind, ist es bemerkenswert, dass sich hieraus keine Unabhängigkeit der europäischen Volkswirtschaften von den Banken ergibt. Im Gegenteil, anders als man wahrscheinlich erwarten würde, haben gerade stärker marktorientierte Volkswirtschaften die größten Bankensektoren, also bspw. Großbritannien, Frankreich und die Niederlande. Dies mag mit der Ausrichtung der Banken auf grenzüberschreitendes Geschäft zusammenhängen und damit, dass auch Banken in marktbasierenden Volkswirtschaften die Ertragsmöglichkeiten über Kapitalmarktprodukte nutzen.⁶² Darüber hinaus ist zu bedenken, dass Banken auch bei der Emission und der Beratung zu Kapitalmarktprodukten (kreditähnliche und sonstige Produkte) vielfach unverzichtbar sind. Außerdem engagieren Banken sich am Kapitalmarkt für mittelbar kundenbezogene Geschäfte (Marktpflege, Absicherungsgeschäfte). Hervorzuheben ist die Rolle der Banken im Derivategeschäft. Die Derivatemarkte sind zwar

55 EZB, Financial Markets, Equity Market (1990-2012), <https://www.ecb.europa.eu/mopo/eaec/markets/html/index.en.html>, Abruf am 24. Juni 2014.

56 Allen, F./Bartiloro, L./Kowalewski, O., The Financial System of the EU 25, a. a. O., S. 22 f.

57 Vgl. ebenda, S. 24. Die Fusion mit NYSE Euronext wurde allerdings im Berichtszeitraum untersagt; dazu EU-Kommission, Entscheidung vom 1. Februar 2012, COMP/M.6166 – Deutsche Börse/NYSE Euronext und oben Kapitel IV, Tz. 694. f., 721.-743., 763. f.

58 Vgl. etwa Morgan Stanley, Investmentfocus – The Evolution of the Global Bond Market, April 2012, S. 2.

59 Vgl. Bijlsma, M.J./Zwart, G.T.J., The Changing Landscape of Financial Markets in Europe, the United States and Japan, a. a. O., S. 13.

60 Vgl. Europäische Zentralbank, Statistical Data Warehouse, 2014.

61 Vgl. Kaya, O./Meyer, T., Unternehmensanleihen in Europa – Wo stehen wir und wohin geht die Reise?, DB Research, EU-Monitor Globale Finanzmärkte, 11. März 2013.

62 Bijlsma, M.J./Zwart, G.T.J., The Changing Landscape of Financial Markets in Europe, the United States and Japan, a. a. O., S. 28, 36.

weltweit angewachsen, besonders prononciert jedoch in Europa.⁶³ Auf einer Reihe von EU-Märkten für Kapitalmarktprodukte gehören Banken demgemäß zu den bedeutendsten Marktteilnehmern.

2.3 Relevanz von sonstigen Aspekten

1375. Die Monopolkommission nimmt in diesem Gutachten gemäß ihrem gesetzlichen Auftrag nur zu den aktuellen wettbewerbspolitischen Fragen auf den Finanzmärkten Stellung. Dabei muss sie jedoch eine Gemengelage von Regelungsaspekten und -zielen berücksichtigen, die auch für die wettbewerbspolitische Gestaltung relevant sind. Diese Gemengelage ergibt sich aus der zentralen wirtschaftlichen Stellung der Finanzmärkte und aus bestimmten Eigenheiten dieser Märkte, insbesondere: vielfältigen Informationsasymmetrien (vor allem bezüglich Risiken), der Vernetzung von Marktteilnehmern, der Transaktionsabhängigkeit von bestimmten Infrastrukturen (Plattformen), bisweilen hohen Wechselkosten sowie der Komplexität und Abstraktheit von Produkten und Transaktionen.

1376. Hervorgehobene Bedeutung haben Fragen der Banken- und Finanzmarktstabilität auf den Finanzmärkten. Die Finanzmärkte sind aufgrund der unterschiedlichen Laufzeit von Krediten und Einlagen anfällig für Liquiditätskrisen, welche die Solvenz von Finanzintermediären gefährden können (Bank Runs). Im Fall von systemischen Krisen muss der Wettbewerbsschutz gegenüber dem Schutz des Finanzsystems zurückstehen. Aspekte der Banken- und Finanzmarktstabilität überschneiden sich aber auch abgesehen von diesem Problem mit Aspekten des Wettbewerbsschutzes. So sind Aufsichtsregeln, die den Wettbewerb verzerren, grundsätzlich problematisch. Außerdem sind im Regelfall marktabhängig einheitliche Aufsichtsregeln erforderlich, um eine künstliche Fragmentierung von Märkten auszuschließen.

1377. Daneben fließen auf den Finanzmärkten Aspekte des Wettbewerbs- und des Anleger- und Verbraucherschutzes ineinander über. Denn Anbieter können zum Teil unabhängig von etwaiger Marktmacht ihren Kunden Nachteile zufügen, indem sie sich die Marktbedingungen zunutze machen.⁶⁴

1378. Ferner können im Einzelfall auch sonstige politische Gesichtspunkte wettbewerbspolitisch relevant werden, etwa wenn es um die Versorgung der Bevölkerung mit Finanzprodukten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse geht (Daseinsvorsorge) oder um die Begrenzung ethisch oder sozialpolitisch problematischer Finanztransaktionen (z. B. bei der Rohstoffspekulation).

1379. Die Monopolkommission trägt diesen unterschiedlichen Aspekten bei ihrer Begutachtung des Wettbewerbs auf den Finanzmärkten im Einzelfall Rechnung.

3 Systemrelevanz und Systemstabilität

3.1 Einleitung

1380. Der wettbewerbspolitische Auftrag der Monopolkommission umfasst die Aufgabe, soweit erforderlich zu prüfen, ob und inwiefern in den Finanzmärkten regulatorisch bedingte Wettbewerbsverzerrungen bestehen und ob diese Wettbewerbsverzerrungen durch die gegenwärtigen Änderungen der Finanzmarktregulierung beseitigt werden können. Darüber hinaus können die sonstigen Wettbewerbswirkungen der genannten Regulierung auf die Finanzwirtschaft und die Realwirtschaft gewürdigt werden. Eine allgemeine wirtschaftspolitische Überprüfung der Finanzmarktregulierung ist dagegen nicht vom Auftrag der Monopolkommission umfasst und soll in diesem Gutachten auch nicht angestrebt werden.

⁶³ Beratender Wissenschaftlicher Ausschuss des ESRB, Is Europe Overbanked?, a. a. O., S. 3.

⁶⁴ Das Bundeskartellamt hat insofern schon früh festgestellt, dass „der Verbraucher im Gegensatz zum industriellen Großkunden offensichtlich nicht in der Lage ist, seinen durch den Wettbewerb geschaffenen Spielraum zu nutzen“; vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht 1976, BT-Drs. 8/704, S. 91.

Das Prinzip unverfälschten Wettbewerbs ist ein Grundprinzip der EU-Rechtsordnung, das aufgrund der Billigung der EU-Verträge durch den deutschen Gesetzgeber für den Gesetzgeber und die Exekutive bindend ist.⁶⁵ Der Monopolkommission kommt vor diesem Hintergrund die Aufgabe zu, Empfehlungen dazu zu geben, wie bei einer dauerhaft angelegten Regulierung der Finanzmärkte das Prinzip des unverfälschten Wettbewerbs mit dem Ziel der Finanzmarktstabilität in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden kann.⁶⁶

3.2 Die Stabilisierung der Finanzmärkte auch an wettbewerbspolitischen Zielen ausrichten

1381. Die Monopolkommission erkennt die Leistungen des Bundes zur Stabilisierung der Finanzmärkte in der Krise an, hält es aber für erforderlich, dass künftig wettbewerbliche Gesichtspunkte bei der Gestaltung der Finanzmarktpolitik größeres Gewicht erhalten. Die gegenwärtige Finanzmarktregulierung verfolgt nicht das Ziel einer wettbewerbspolitisch geprägten Ausgestaltung des Finanzsektors, sondern ist stabilitäts- und fiskalpolitisch orientiert. Infolgedessen verbleibt Regierung und Gesetzgebung ein wichtiges Feld zur wettbewerbspolitischen Gestaltung. Die Empfehlungen der Monopolkommission ergehen dabei auf der folgenden Grundlage.

1382. Die gegenwärtige Finanzmarktregulierung wäre dann wettbewerbspolitisch neutral zu bewerten, wenn sie mit der Stabilität der Finanzmärkte einen isoliert zu betrachtenden Problembereich beträfe. Die Fragen des Wettbewerbs und der Stabilität auf den Finanzmärkten sind in der Tat unabhängig voneinander geregelt. Die Wettbewerbsregelungen beziehen sich auf die Marktstellung der jeweiligen Bank (Institut)⁶⁷ und ihr Verhalten beim Angebot und der Nachfrage von Finanzprodukten bzw. -dienstleistungen im Wettbewerb. Die Finanzmarktregulierung enthält Regelungen zu den Risiken, die mit Finanzgeschäften für andere Marktteilnehmer verbunden sind. Sie soll die Stabilität der einzelnen Banken in Hinblick auf diese Risiken sicherstellen und darüber hinaus auch der Systemstabilität dienen. Beide Regelungsbereiche können in einem gewissen Maße getrennt beurteilt werden. So wird bspw. die Deutsche Bank als systemrelevant angesehen, obwohl sie auf den relevanten Märkten, die bereits Gegenstand einer kartellbehördlichen Überprüfung waren, über keine marktbeherrschende Stellung verfügte. Dagegen sind Sparkassen und Genossenschaftsbanken typischerweise nicht systemrelevant, obwohl sie im Massengeschäft unter Umständen durchaus über eine lokal bzw. regional marktbeherrschende Stellung verfügen.

1383. Allerdings gibt es Überschneidungen zwischen beiden Regelungsbereichen. Diese Überschneidungen ergeben sich unmittelbar aus der Kernaufgabe von Banken, für die Kapitalallokation innerhalb der Volkswirtschaft zu sorgen. Die Banken erwirtschaften ihre Gewinne, indem sie bspw. Kredite dort vergeben, wo sie unter Berücksichtigung des Risikos die besten Zinsen erzielen können. Die unterschiedlichen Anlageformen stehen für die Banken im Wettbewerb um das Kapital der Anleger somit in Konkurrenz zueinander. Zugleich stehen die Angebote der einzelnen Banken aus Kreditnehmersicht untereinander und mit den Angeboten alternativer Kreditanbieter in Konkurrenz. Die bestehenden Geschäftsbeziehungen werden also grundsätzlich durch Wettbewerb definiert.⁶⁸ Der Wettbewerb besteht jedoch mit Produkten und um Produkte,

⁶⁵ Protokoll Nr. 27 zu den Verträgen, ABl. EU C 115, S. 309 vom 9. Mai 2008; dazu auch EuGH Urteil vom 21. Februar 1973, 6/72 – Continental Can, Slg. 1973, 215, Rz. 23.

⁶⁶ Vgl. EU-Kommission, Mitteilung – Die Rekapitalisierung von Finanzinstituten in der derzeitigen Finanzkrise [...] (nachfolgend „Rekapitalisierungsmitteilung“), ABl. EU C 10 vom 15. Januar 2009, S. 2, Tz. 16, 20; Mitteilung über die Behandlung wertgeminderter Aktiva [...] (nachfolgend „Impaired Assets-Mitteilung“), ABl. EU C 72 vom 26. März 2009, S. 1, Tz. 13; Mitteilung über die Wiederherstellung der Rentabilität und die Bewertung von Umstrukturierungsmaßnahmen [...] (nachfolgend „Umstrukturierungsmitteilung“), Tz. 29.

⁶⁷ Der Begriff „Institut“ wird in diesem Kapitel gemäß der Definition in 4 Abs. 1 Nr. 3 VO 575/2013 verwendet (Kreditinstitut oder Wertpapierfirma), in den nicht auf die Eigenkapital- und Schattenbankenproblematik bezogenen Abschnitten auch synonym mit dem Begriff „Bank“.

⁶⁸ Siehe Abschnitt 4.5.2 zu Förderbanken, in deren Geschäft dies nur mit Einschränkungen gilt.

welche mit Risiken verbunden sind. Die Produkte und die damit verbundenen Risiken können nicht völlig getrennt voneinander beurteilt werden.

1384. Das schließt nicht aus, dass je nach den gegebenen Umständen entweder die Finanzmarktregulierung oder die Wettbewerbsregeln Vorrang beanspruchen. So hat die Finanzkrise deutlich gezeigt, dass die Marktmacht von einzelnen Marktteilnehmern keine Rolle mehr spielt, wenn sich systemische Gefahren realisieren und die Marktstrukturen insgesamt vom Zusammenbruch bedroht werden. In diesem Fall haben kurzfristige systemstabilisierende Maßnahmen und damit die Finanzmarktregulierung eindeutig Vorrang. Gleichwohl ist es ebenso richtig, dass Finanzmarktregulierung und Wettbewerbsregeln auf längere Sicht aufeinander abgestimmt werden müssen, denn sie bilden gerade in ihrem Zusammenspiel einen ordnungspolitischen Rahmen, innerhalb dessen sich der Wettbewerb auf den Finanzmärkten entfaltet.

1385. Damit ergibt sich nunmehr auf den Finanzmärkten ein wettbewerbspolitischer Handlungsspielraum. Die Maßnahmen, die zur Regulierung der Finanzmärkte seit dem Ausbruch der Krise getroffen worden sind, waren zwar in weiten Teilen notwendig, um die akuten systemischen Gefahren der Krise einzudämmen und die Systemstabilität kurzfristig wieder herzustellen. Je mehr aber diese kurzfristigen Probleme behoben werden, umso mehr rücken die Fragen der langfristig orientierten politischen Gestaltung wieder in den Vordergrund. Der Gestaltungsauftrag der Politik erfordert es zusehends, dass das Ziel der Stabilisierung des Finanzsystems wieder stärker mit dem Ziel des Wettbewerbsschutzes und mit anderen Politikzielen harmonisiert wird, die durch das europäische Recht (z. B. Binnenmarkt) und das Grundgesetz (z. B. Sozialstaatsprinzip, marktwirtschaftliche Sozialbindung des Eigentums) vorgeprägt sind. Diesem Erfordernis wird eine einseitige Orientierung am Ziel der Systemstabilisierung nicht dauerhaft gerecht.

1386. Bei der Neuausrichtung der Wettbewerbspolitik muss aus Sicht der Monopolkommission grundsätzlich ein Primat des Wettbewerbs gelten, denn dieser sorgt für eine Verteilung von Marktmacht und ist damit grundsätzlich selbst systemstabilisierend. Dies gilt jedenfalls, solange der Wettbewerb nicht durch fehlerhafte Regulierung in Bahnen gelenkt wird, die zu systemgefährdenden Risikoansammlungen führen. In der Finanzkrise haben die Risiken in den Finanzmärkten unter anderem deshalb bis zu einer Systemgefährdung geführt, weil einzelne Banken (Lehman Brothers, HRE, Landesbanken usw.) für den Markt erkennbar systemrelevant werden konnten, sodass sie nicht mehr aus dem Markt ausscheiden konnten, ohne dass dadurch das gesamte Finanzsystem in Mitleidenschaft gezogen worden wäre. Für jene systemrelevanten Institute war also ein Grundprinzip des Wettbewerbs außer Kraft gesetzt, nämlich das Prinzip, dass grundsätzlich alle Marktteilnehmer im Wettbewerb aus dem Markt ausscheiden können müssen.⁶⁹ Dies ist bei der künftigen Gestaltung der Regulierung in Rechnung zu stellen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Verteilung von Marktmacht durch Wettbewerb im Regelfall einfacher zu gewährleisten ist als eine dauerhafte Bändigung dieser Macht durch Regulierung.

1387. Die Monopolkommission sieht es vor diesem Hintergrund mit Sorge, dass eine Debatte um die jeweils angemessene Harmonisierung von Stabilitäts- und Wettbewerbsgesichtspunkten in Bezug auf die Finanzmarktregulierung bisher nicht stattfindet, obwohl bereits Maßnahmen getroffen werden, die den Finanzsektor tiefgreifend umgestalten. Es ist bedauerlich, dass die vorgeschlagenen Gesetzentwürfe selbst zu kontroversen Regulierungsthemen ohne Erörterung von Alternativen vorgelegt werden, und zwar selbst dann, wenn Alternativen politisch diskutiert werden oder zumindest naheliegen.⁷⁰ In Deutschland findet eine Diskussion gegenläufiger Standpunkte insofern noch weniger statt als in der EU, wo die Europäische Kommission zwar

⁶⁹ Dazu siehe ausführlich die Abschnitte 3.4 ff.

⁷⁰ Vgl. Bundesregierung, Gesetzentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Abschirmung von Risiken und zur Planung der Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Finanzgruppen, BT-Drs. 17/12601; ebenso Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie 2012/.../EU über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Anpassung des Aufsichtsrechts an die Verordnung (EU) Nr. .../2012 über die Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen (CRD IV-Umsetzungsgesetz), BR-Drs. 510/12. In den Gesetzentwürfen ist ausdrücklich vermerkt: „Alternativen zu allen Artikeln: Keine.“ bzw. „Alternativen: Keine.“

Regulierungsentwürfe ohne direkte demokratische Anbindung erstellt, aber im Rahmen ihrer Konsultationen die Möglichkeit zu freien Stellungnahmen einräumt, die vorgebrachten Alternativen regelmäßig in einer umfassenden und publizierten Folgenabschätzung („Impact Assessment“) würdigt und auf dieser Grundlage die Vorteile der in ihrem Vorschlag gewählten Alternative im Einzelnen herausarbeitet.

1388. Eine einseitig an der Stabilisierung der Finanzmärkte und fiskalischen Gesichtspunkten (Kosten der Finanzkrise) orientierte Politik ist mit nur schwer einzuschätzenden Risiken behaftet. Die Finanzmärkte reagieren auf Veränderungen der Wettbewerbsbedingungen äußerst sensitiv. Eine unvollständig durchdachte Regulierung führt lediglich zum Ausweichen des Wettbewerbs in die von der Regulierung nicht erfassten Bereiche. Dabei gilt, dass eine umfassende Regulierung nur umso mehr Lücken enthält, die von den Marktteilnehmern im Wettbewerb ausgenutzt werden. Davon abgesehen wird die Regulierung unweigerlich Rückwirkungen auf die Verteilung der Marktmacht im Finanzsektor haben. Die Regulierung kann also selbst zu Wettbewerbsverzerrungen führen, die ihrerseits Risiken für die Stabilität der Märkte mit sich bringen können. Darüber hinaus kann sie Folgewirkungen außerhalb des Finanzsektors auf die Realwirtschaft haben.

1389. Die Monopolkommission unterbreitet in diesem Gutachten entsprechend ihrem Auftrag Vorschläge dazu, wie bei der weiteren Ausgestaltung des Rahmens der Finanzmarktregulierung aus der Systemrelevanz einzelner Finanzmarktakteure und der darauf bezogenen Regulierung resultierende Wettbewerbsverzerrungen reduziert und die im Finanzsektor wirkenden Marktkräfte positiv zur Geltung gebracht werden können. Sie hält es für dringend erforderlich, dass die Politik über die kurzfristige Krisenbewältigung hinaus ihren langfristigen Gestaltungsauftrag auf den Finanzmärkten stärker und in einer möglichst wettbewerbskonformen Weise wahrnimmt.

1390. Die Monopolkommission beschränkt ihr Gutachten in diesem Zusammenhang auf die Regulierung der unternehmerischen Tätigkeit in den Finanzmärkten. Die Maßnahmen der europäischen Notenbanken nimmt sie von ihrer Beurteilung aus, weist allerdings darauf hin, dass auch diese Maßnahmen zurzeit erhebliche – allerdings schwer einschätzbare – Wettbewerbswirkungen haben.⁷¹

3.3 Systemrelevanz als Stabilitätsproblem

1391. Die Systemrelevanz von Banken ist ein zentrales Problem bei den derzeitigen internationalen Bemühungen um eine Weiterentwicklung der Finanzmarktarchitektur. Die USA hatten als einer der ersten Staaten Schritte zu einer umfassenden Sonderregulierung für große, systemrelevante Banken unternommen.⁷² Die deutsche Politik will weitergehend sicherstellen, dass künftig kein Institut mehr so groß ist bzw. wird, dass es den Staat mit Blick auf die Folgen eines Zusammenbruchs „erpressen“ kann. Zunehmend wächst das Bewusstsein, dass diese Probleme nicht nur in Bezug auf Banken, sondern in Bezug auf alle Finanzmarktakteure – auch die des sogenannten Schattenbankbereichs – angegangen werden müssen.

3.3.1 Merkmale von Systemrelevanz

1392. Als systemrelevant werden Finanzmarktteilnehmer angesehen, die eine derart wichtige Rolle im Finanzsystem spielen, dass ihre Insolvenz nicht hingenommen werden kann. Zurzeit gibt es keine abschließende und allgemein angewendete Definition von Systemrelevanz. Es besteht aber Einigkeit, dass es für die Feststellung von Systemrelevanz nicht auf die Größe, Komplexität und Marktmacht eines Finanz-

⁷¹ Siehe die Vorlage des Bundesverfassungsgerichts zum Europäischen Gerichtshof im Verfahren BVerfG, 2 BvR 2728/13 u.a. (zuvor: 2 BvR 1390/12 u.a.), zur Bedeutung von Art. 127 Abs. 1 S. 3 AEUV für das Handeln der EZB aus verfassungsrechtlicher Sicht (dazu BVerfG, Pressemitteilung 9/2014 vom 7. Februar 2014); zur wettbewerbsrechtlichen Beurteilung des Handelns der Notenbanken auch Kommissionsmitteilung – Die Anwendung der Vorschriften für staatliche Beihilfen auf Maßnahmen zur Stützung von Finanzinstituten im Kontext der derzeitigen globalen Finanzkrise (nachfolgend „Bankenmitteilung“), ABl. EU C 270 vom 25. Oktober 2008, S. 8, Tz. 51 (mit Einschränkungen).

⁷² Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act („Dodd-Frank Act“), Pub.L. 111–203, H.R. 4173 (eingebracht 2009, in Kraft gesetzt 2010).

marktakteurs als solche ankommt, sondern vielmehr auf die Vernetzung mit Wettbewerbern und der Marktgegenseite und die damit verbundene Gefahr, dass sich Risiken zwischen den Finanzmarktteilnehmern unkontrolliert ausbreiten können (Ansteckungseffekte).⁷³

1393. Der Finanzstabilitätsrat (FSB) definiert systemrelevante Institute (SIFIs) deshalb als Finanzinstitutionen, deren Zusammenbruch „aufgrund ihrer Größe, Komplexität und systemischen Verbundenheit“ eine erhebliche Beeinträchtigung des Finanzsystems und wirtschaftlicher Tätigkeiten verursachen würde.⁷⁴ Dem entspricht weitgehend die Definition von systemischem Gewicht im US-amerikanischen Dodd-Frank Act, wobei dort die Gefahr der unkontrollierten Ansteckung mit Risiken explizit angesprochen wird.⁷⁵ Im europäischen Recht wird auf das Problem der Systemrelevanz in unterschiedlichem Zusammenhang Bezug genommen, insbesondere in den diskutierten Regelungen zur Bankenabwicklung und in den Rechtsgrundlagen für den Europäischen Ausschuss für Systemrisiken (ESRB).⁷⁶ Auch dort wird betont, dass es entscheidend um Risiken geht, welche die Stabilität des gesamten Finanzsystems gefährden können und dass Systemrelevanz nicht nur von der Größe, sondern auch von den Funktionen eines Instituts innerhalb des Systems, seiner Unersetzlichkeit und dem Verflechtungsgrad abhängt.⁷⁷

1394. Im deutschen Recht enthalten §§ 48a, 48b KWG zwar keine Definition der Systemrelevanz, machen aber deutlich, dass die bisherigen Regulierungsansätze zum Problem der Systemrelevanz grundsätzlich einen Zusammenhang zwischen Bestands- und Systemgefährdung voraussetzen.⁷⁸ Nach § 48b Abs. 2 KWG liegt eine Systemgefährdung vor,

„wenn zu besorgen ist, dass sich die Bestandsgefährdung des Kreditinstituts in erheblicher Weise negativ auf andere Unternehmen des Finanzsektors, auf die Finanzmärkte oder auf das allgemeine Vertrauen der Einleger und anderen Marktteilnehmer in die Funktionsfähigkeit des Finanzsystems auswirkt.“

Darauf aufbauend enthält Art. 6 Abs. 1 der Aufsichtsrichtlinie⁷⁹ der Finanzaufsichtsbehörden folgende Definition:

73 Vgl. etwa Begründung zu Bundesregierung, Gesetzentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz), BT-Drs. 17/3024 vom 27. September 2010, 103.

74 Vgl. FSB, Policy Measures to Address Systemically Important Financial Institutions, 4. November 2011: „SIFIs are financial institutions whose distress or disorderly failure, because of their size, complexity and systemic interconnectedness, would cause significant disruption to the wider financial system and economic activity. To avoid this outcome, authorities have all too frequently had no choice but to forestall the failure of such institutions through public solvency support. As underscored by this crisis, this has deleterious consequences for private incentives and for public finances.“

75 Sec. 803(9) des Dodd-Frank Act: „The terms ‘‘systemically important’’ and ‘‘systemic importance’’ mean a situation where the failure of or a disruption to the functioning of a financial market utility or the conduct of a payment, clearing, or settlement activity could create, or increase, the risk of significant liquidity or credit problems spreading among financial institutions or markets and thereby threaten the stability of the financial system of the United States.“ (s.a. Sec. 203, 809)

76 Siehe Art. 2 lit. c, 3 Abs. 1 VO 1092/2010, ferner Art. 4 Abs. 1 Ziff. 11 VO 575/2013 bzw. zuvor Art. 124 Abs. 4 RL 2006/48/EG und in Bezug auf Zweigstellen Art. 1 Abs. 4 RL 111/2009 (sowie den Richtlinienentwurf KOM(2008) 602 vom 1. Oktober 2008); außerdem EWSA, Stellungnahme vom 16. Februar 2011 zur Kommissionsmitteilung „Regulierungen der Finanzdienstleistungen für nachhaltiges Wachstum“ KOM(2010) 301, endg., ABl. EU C 107 vom 6. April 2011, S. 21, Abschnitt 3.11.2.; <http://www.esrb.europa.eu/about/tasks/html/ind ex.de.html>, Abruf am 24. Juni 2014.

77 Auch bestimmte Produkte oder Informationen können systemrelevant sein bzw. den Träger systemrelevant machen, vgl. Abschnitt 5.6 und Art. 17 Abs. 5 und Erwägungsgründe 52 f. der VO 596/2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung), ABl. EU L 173 vom 12. Juni 2014, S. 1.

78 Vgl. aber auch § 1 Abs. 4 Nr. 2a Rettungsübernahmegesetz (RettungsG) für eine Definition von Systemrelevanz im deutschen Recht, inzwischen obsolet wegen § 6 Abs. 1 RettungsG.

79 BaFin, Aufsichtsrichtlinie vom 21. Mai 2013.

„Systemrelevante Institute sind Institute, deren Bestandsgefährdung aufgrund ihrer Größe, der Intensität ihrer Interbankbeziehungen und ihrer engen Verflechtung mit dem Ausland erhebliche negative Folgeeffekte bei anderen Kreditinstituten auslösen und zu einer Instabilität des Finanzsystems führen könnte.“

Mit Blick auf die unterschiedlichen systemischen Auswirkungen wird dabei zwischen global und national systemrelevanten Banken unterschieden.⁸⁰

3.3.2 Ausprägungen von Systemrelevanz (too big/too connected/too many to fail)

1395. Aus Sicht von Finanzmarktexperten können verschiedene Ausprägungen von Systemrelevanz unterschieden werden. Diesen Ausprägungen ist entsprechend den obigen Definitionen gemeinsam, dass die Realisierung von Risiken bei Finanzmarktteilnehmern über eine Bestandsgefährdung hinaus aufgrund von Ansteckungseffekten zu einer Systemgefährdung führt. Sie unterscheiden sich allerdings darin, bei welchen Finanzmarktteilnehmern es zu einer Bestandsgefährdung kommt.⁸¹

- Too big to fail: Situation, in der bei einem Finanzmarktakeur, der mit anderen Finanzmarktakeuren in geschäftlichen oder sonstigen Beziehungen steht (= interagiert), besonders große, komplexe oder viele Risiken konzentriert sind, die sich bei dem betreffenden Finanzmarktakeur in einer bestandsgefährdenden Weise realisieren.⁸²
- Too connected to fail: Situation, in der mehrere Finanzmarktakeure durch ihre Interaktion so verflochten sind, dass sich besonders große, komplexe oder viele Risiken bei der Gesamtheit dieser Finanzmarktakeure konzentrieren, die sich bei einem oder mehreren Finanzakeuren in einer bestandsgefährdenden Weise realisieren.
- Too many to fail: Situation, in der mehrere Finanzmarktakeure ein Geschäft betreiben, das gleichartige Risiken aufweist, ohne dass diese Finanzmarktakeure untereinander verflochten sind, und in der sich die betreffenden Risiken bei ihnen in einer bestandsgefährdenden Weise realisieren.

In der Wirklichkeit des Finanzgeschäfts dürften sich die vorgenannten Kategorien häufig überschneiden. Insbesondere ist davon auszugehen, dass Banken, die vom Finanzstabilitätsrat oder der deutschen Finanzmarktaufsicht als systemrelevant identifiziert werden, oft nicht nur als „too big to fail“, sondern auch als „too connected to fail“ angesehen werden können.⁸³

1396. Die Monopolkommission hält es für erforderlich, die wettbewerbspolitische Bedeutung systemrelevanter Verflechtungen genauer zu überprüfen. Eine solche Untersuchung würde den Schwerpunkt von den Finanzmarktteilnehmern, bei denen eine Bestandsgefährdung systemisch relevant ist, zu den Geschäftsbeziehungen zwischen den Marktteilnehmern und zu den mit diesen Geschäftsbeziehungen verbundenen Risiken verlagern. Einen ersten möglichen Schritt in diese Richtung stellt eine Schweizer Untersuchung dar, die die geschäftlichen Verflechtungen zwischen den Finanzmarktakeuren im Zeitraum 2008-2010 untersucht und eine Gruppe von weltweit 22 Banken identifiziert hat, die während der Finanzkrise eine systemische Schlüsselstellung eingenommen zu haben scheinen.⁸⁴ Einem weiteren Kreis der 50 wichtigsten system-

80 Vgl. auch Basler Ausschuss für Bankenaufsicht, Global systemrelevante Banken: Bewertungsmethodik und Anforderungen an die zusätzliche Verlustabsorptionsfähigkeit, Rahmenregelung, November 2011.

81 Dazu Hellwig in: Hellwig/Höfling/Zimmer, Gutachten E/F/G zum 68. Deutschen Juristentag, München 2010, S. E 29 f.; siehe auch Höfling, ebenda, S. F 59 zur Risikoklassifizierung der BaFin 2008.

82 Die Bezeichnung „too big to fail“ ist üblich, wenn auch irreführend, weil der betreffende Finanzmarktteilnehmer nicht notwendig groß („too big“) sein muss und es nicht auf die Insolvenz („to fail“), sondern auf deren systemische Auswirkungen ankommt. Die angesprochenen Beziehungen sind im weitesten Sinne relevant (z. B. Informationskanäle zwischen den Finanzmarktakeuren können genügen).

83 Derartige Überschneidungen dürften z. B. auch vorliegen, wenn Institute als „too complex to fail“ angesehen werden, dazu IWF/BIZ/FSB, Guidance to Assess the Systemic importance of Financial Institutions, Report to the G-20 Finance Ministers and Central Bank Governors, Oktober 2009, S. 13. Es ist bislang unklar, ob dies eine eigenständige Systemrelevanzkategorie darstellt.

84 Vgl. Battiston, S. u.a., DebtRank: Too Central to Fail? Financial Networks, the FED and Systemic Risk, Nature

relevanten Unternehmen waren auch sonstige Finanzinvestoren, über Banken hinaus, zuzuordnen. Bei der letztgenannten Gruppe handelt es sich um Unternehmen, von denen viele in Deutschland vermutlich nur in einem geringen Umfang tätig sind. Die Liste der betreffenden Unternehmen weicht von der Liste der global systemrelevanten Banken des Finanzstabilitätsrates ab. Es ist zurzeit auch noch unklar, in welchem Umfang diese Unternehmen aufgrund ihrer Systemrelevanz einen wettbewerblich erheblichen Einfluss in Deutschland ausüben können.

1397. Problematisch ist, dass das bisherige Fehlen allgemein nachvollziehbarer Kriterien für die Bestimmung der Systemrelevanz⁸⁵ zu zum Teil fragwürdigen Vereinfachungen verleiten kann. In der öffentlichen Wahrnehmung steht die Kategorie von Finanzmarktbeteiligten im Vordergrund, die als „too big to fail“ bezeichnet werden können, wobei hier i. d. R. die absolute Größe einfach als Indiz für das Vorliegen von Systemrelevanz gewertet wird. In der Tat gibt es Untersuchungen, nach denen Banken ab einer Bilanzsumme von rund USD 100 Mrd. als „too big to fail“ angesehen werden müssen.⁸⁶ Allerdings erschöpft sich die Problematik der Systemrelevanz nicht in der Kategorie des „too big to fail“.

1398. Die Unschärfe der zu berücksichtigenden Kriterien hat in der Finanzkrise dazu geführt, dass selbst relativ kleine Institute als angeblich „systemrelevant“ gerettet wurden.⁸⁷ Es ist nicht möglich, von außen zu beurteilen, ob diese Rettungen gerechtfertigt waren oder nicht. In jedem Fall besteht die Gefahr, dass solche Fälle in Zukunft als Präzedenzfälle dafür herangezogen werden, um die Rettung von nicht wirklich systemrelevanten Banken zu rechtfertigen, allein weil die Öffentlichkeit auf eine solche Rettung vertraut und sie erwartet. Im Grunde müsste damit potenziell jedes Institut als „too big to fail“ gerettet werden. Dies würde nicht nur die gegenwärtigen Bemühungen um ein europäisches Abwicklungsregime konterkarieren, sondern hätte auch nicht abschätzbare Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation in den Finanzmärkten. Die Monopolkommission tritt deshalb dafür ein, dass zumindest die rechtlichen Kriterien für die Feststellung von Systemrelevanz auf längere Sicht möglichst vereinheitlicht werden und in einer Weise ausgestaltet und veröffentlicht werden, sodass die Öffentlichkeit nachvollziehen kann, weshalb ein Finanzmarktteilnehmer gerettet wird oder nicht.

1399. Die oben angeführte Kategorisierung der unterschiedlichen Ausprägungen von Systemrelevanz hat nach allem zwar nur einen bedingten Erkenntniswert. Die obige Kategorisierung dürfte allerdings weitgehend akzeptiert sein und ist zumindest insoweit bedeutsam, als dass Maßnahmen der Finanzmarktregulierung notwendigerweise lückenhaft sind, wenn sie ausschließlich eine der genannten Ausprägungen der Systemrelevanz betreffen, die anderen aber nicht.

3.4 Implizite Staatsgarantien als Wettbewerbsproblem

1400. Die Monopolkommission sieht Systemrelevanz als kritisch an, wenn andere Marktteilnehmer sie erkennen und darauf reagieren können. Banken und anderen Finanzmarktakteuren, die für systemrelevant gehalten werden, werden eine implizite Staatsgarantie zugeschrieben, weil es nicht hingenommen werden kann,

Scientific Reports Vol. 2, Article 541, 2. August 2012; ferner Hesse, D./Strehle, R., „Too connected to fail“, Basler Zeitung, 29. Oktober 2011. Die Studie bezeichnet Deutsche Bank AG und Allianz SE als Bestandteil des Netzes der 50 einflussreichsten Unternehmen.

85 Vgl. IWF/BIZ/FSB, Guidance to Assess the Systemic importance of Financial Institutions, a. a. O. Die darin zugrunde gelegte Definition für SIFIs wird ihrerseits als zu eng kritisiert. Siehe Nastansky, A., Systemrelevante Finanzinstitute, WISU 42(8/9), 2013, S. 1057-1060, für einen Überblick zu den verschiedenen Ansätzen zur Messung von Systemrelevanz.

86 Siehe etwa Brewer III, E./Jagtiani, J., How Much Would Banks Be Willing to Pay to Become 'Too-Big-to-Fail' and to Capture Other Benefits, The Federal Reserve Bank of Kansas City RWP 07-05, Juli 2007, S. 13; Penas, M.F./Unal, H., Gains in Bank Mergers: Evidence from the Bond Markets, Journal of Financial Economics 74(1), 2004, S. 149-179; Kane, E.J., Incentives for Banking Megamergers: What Motives Might Regulators Infer from Event-Study Evidence?, Januar 2000.

87 So etwa die acht- und die neuntgrößten dänischen Banken Roskilde und Fiona mit einer Bilanzsumme von EUR 5 Mrd. bzw. EUR 4.4 Mrd., siehe EU-Kommission, Entscheidung vom 5. November 2008, NN 39/2008 – Dänemark (Roskilde), Tz. 77; Entscheidung vom 20. Mai 2009, NN 23/2009 – Dänemark (Fiona Bank), Tz. 2, 44-46.

dass sie aus dem Markt ausscheiden.⁸⁸ Diese Staatsgarantie ist deshalb implizit, weil sie nicht auf einer ausdrücklichen staatlichen Maßnahme beruht. Sie ist beihilferechtlich nicht direkt fassbar.⁸⁹

3.4.1 Inhalt und Wirkung impliziter Garantien

1401. Die Aussicht auf eine implizite Garantie gibt den Finanzmarktakteuren einen Anreiz, über eine effiziente Größe hinaus zu wachsen oder in anderer Weise mehr Risiken einzugehen, sodass sie in den Genuss der impliziten Garantie gelangen oder diese Garantie unter Umständen noch ausweiten („Moral Hazard“). Hiermit können erhebliche Wettbewerbsverzerrungen verbunden sein.⁹⁰

- Die implizite Garantie wirkt für das betreffende Unternehmen unmittelbar als Bestandsgarantie. Das Wettbewerbsprinzip, dass jeder Marktteilnehmer grundsätzlich aus dem Markt ausscheiden können muss, ist somit außer Kraft gesetzt.
- Im Rahmen von Geschäftsbeziehungen ist die implizite Garantie außerdem mit mittelbar wirkenden Vorteilen verbunden, da sie von anderen Marktteilnehmern fortlaufend berücksichtigt wird. Daraus ergeben sich insbesondere Refinanzierungsvorteile, da Anleger das Risiko einer Insolvenz des systemrelevanten Unternehmens nicht einpreisen werden.

1402. Der mit dem Bestehen einer impliziten Garantie verbundene Wettbewerbsvorteil ist umso größer, je mehr das systemrelevante Unternehmen aus Sicht des Marktes in der Lage ist, über die Garantie Risiken auf den Staat abzuwälzen. Dabei dürfte es dem Unternehmen zugutekommen, dass die Finanzmärkte immer noch von einem hohen Maß an Unsicherheit geprägt sind, sodass andere Marktteilnehmer im Zweifel von einem relativ frühen Eingreifen des Staates ausgehen dürften. Insofern ist fraglich, ob eine Ankündigung, dass bestimmte Banken gar keinen staatlichen Schutz bekommen, überhaupt glaubwürdig wäre.⁹¹

1403. Aus diesen Gründen dürften Unternehmen einen Anreiz haben, Regulierungslücken in Bereichen mit hohen Risiken auszunutzen, da die Aussicht auf die Entstehung einer impliziten Staatsgarantie in solchen Fällen aufgrund des Moral Hazard besonders hoch ist. Ein solches Engagement war bei den Banken im Vorlauf zur Finanzkrise ab 2007 festzustellen, worauf in den folgenden Abschnitten näher einzugehen ist.⁹² Es ist zurzeit nicht auszuschließen, dass sich in einigen Bereichen erneut derartige Risiken entwickeln.⁹³

⁸⁸ Dabei dürfte die Zuschreibung einer impliziten Garantie auch auf die Systemrelevanz zurückwirken: Denn eine Bank, deren Risiken die anderen Marktteilnehmer unter der Annahme einer impliziten Garantie (neu) bewerten, wird schon allein aufgrund dieser Bewertung systemrelevant sein können, ungeachtet der Frage, ob diese Bewertung bei objektiver Beurteilung gerechtfertigt ist (höhere Einschätzung der Risiken).

⁸⁹ Allenfalls Art. 123 Abs. 1, 125 Abs. 1 S. 2 AEUV adressieren die Problematik mittelbar, soweit die Inanspruchnahme impliziter Garantien den einzelnen Mitgliedstaat überfordert.

⁹⁰ Davon gehen auch die europäischen Wettbewerbsbehörden aus, vgl. z. B. EU-Kommission, Mitteilung – Die Anwendung der Vorschriften für staatliche Beihilfen auf Maßnahmen zur Stützung von Finanzinstituten im Kontext der derzeitigen globalen Finanzkrise, ABl. EU C270 vom 25. Oktober 2008, S. 8, Tz. 27. Wettbewerbswirkungen dürften sich ausschließen lassen, wenn die Garantie nur aus Sicht der zuständigen Aufsichtsbehörden besteht, ohne von dem systemrelevanten Finanzakteur selbst oder von anderen Marktbeteiligten wahrgenommen zu werden. Hierbei dürfte es sich jedoch um einen theoretischen Fall handeln.

⁹¹ Verneinend Hellwig in: Hellwig/Höfling/Zimmer, Gutachten E/F/G zum 68. Deutschen Juristentag, a. a. O., S. E 55.

⁹² Siehe nachfolgend Abschnitt 3.5.1.

⁹³ Siehe Bakk-Simon, K. u.a., Shadow Banking in the Euro Area. An Overview, EZB Occasional Paper Series Nr. 133, April 2012, S. 21; EUSIPA, Pressemitteilung vom 2. September 2013, und die Entwicklung des ABX-Index (Markit) im Zeitraum 2012-2013; ferner aus der Presse: Paul, H., Die Kreditmaschine läuft wieder heiß, FAZ, 28. Februar 2013 (zu den USA), und schon zuvor Katzensteiner, T./Papendick, U.-T., Kasino Fatal, manager magazin, 1. April 2011, 31, wonach Banken wieder stark in strukturierte Wertpapiere und in Schattenbankgeschäft investieren (insbesondere in den USA). Zur Datenlage allgemein FSB, Global Shadow Banking Monitoring Report 2012, 28. November 2012.

3.4.2 Rettungserwartungen als Ursache

1404. Wenn die Marktteilnehmer erkennen, dass eine Bank (oder ein anderer Finanzmarktteilnehmer) aufgrund von Systemrelevanz nicht aus dem Markt ausscheiden darf, knüpfen sie an diese Erkenntnis die Erwartung, dass der Staat die Bank im Krisenfall retten werde. Auf die Bank selbst können solche Rettungserwartungen in zweierlei Hinsicht wirken. Zum einen können sie die Risikoneigung der Bank selbst erhöhen, da sie davon ausgeht, im Falle einer Schieflage gerettet zu werden (vgl. Abschnitt 3.4.1). Zum anderen können sie zu Wettbewerbsverzerrungen führen, indem sie die Refinanzierungskosten solcher als systemrelevant geltender Banken verbessern und diesen damit einen Wettbewerbsvorteil gegenüber nicht-systemrelevanten Instituten verschaffen. Während in der empirischen Literatur der Moral-Hazard-Effekt bereits relativ umfangreich analysiert wurde und Indizien für eine erhöhte Risikoneigung gefunden wurden⁹⁴, ist der Einfluss von Rettungserwartungen auf den Bankenwettbewerb bisher kaum untersucht worden. Studien finden sich allenfalls zum Einfluss von Rettungsmaßnahmen auf den Wettbewerb im Bankensektor. So wurde etwa für die Vereinigten Staaten festgestellt, dass die am TARP-Programm teilnehmenden Banken ihre Marktanteile und Marktmacht vergrößern konnten, insbesondere wenn sie die gewährten Hilfen schnell zurückzahlten.⁹⁵

1405. Um die Auswirkungen von Erwartungen über die Rettungswahrscheinlichkeit eines in Schieflage geratenen Kreditinstitutes auf die Risikoneigung der verantwortlichen Personen sowie die wettbewerbliche Entwicklung im deutschen Bankensektor zu untersuchen, haben die Monopolkommission und der Sachverständigenrat gemeinsam eine empirische Studie in Auftrag gegeben.⁹⁶ Auf Basis einer Stichprobe, die einen Großteil aller Universalbanken und Realkreditinstitute in Deutschland im Zeitraum 1995 – 2010 umfasst, werden die Markteffekte von Rettungserwartungen mittels ökonomischer Methoden untersucht, die sich aus der Existenz der bankspezifischen Sicherungssysteme sowie den Rettungsmaßnahmen der FMSA ergeben. Die Studie kommt zu dem Ergebnis, dass eine im Durchschnitt höhere Rettungserwartung sowohl die Risikoneigung der verantwortlichen Personen wie auch die Marktmacht von den bereits in Schieflage geratenen Banken signifikant erhöht.⁹⁷ Die Studie liefert zudem Indizien dafür, dass die umfangreichen Rettungsmaßnahmen durch die FMSA im Vergleich zu denen der bankspezifischen Sicherungssysteme einen zusätzlich verstärkenden Effekt auf die Risikoneigung und die Marktmacht von den betreffenden Banken hatten. Kein eindeutiges Ergebnis ergibt sich hinsichtlich der Frage, ob die höhere Marktmacht dieser Banken auf geringere Kosten oder höhere Erträge zurückzuführen ist.

1406. Interessanterweise zeigt eine Separierung der Stichprobe in zwei Unterstichproben der Perioden 1995 – 2007 sowie 2008 – 2010, dass der signifikant positive Effekt von Rettungserwartungen auf die Risikoneigung nur für die Zeit vor 2008 besteht. Eine erhöhte Marktmacht kann wiederum nur für die Zeit nach 2007 festgestellt werden. Weitere Schätzungen, welche jeweils zwischen einzelnen Bankengruppen sowie Eigentümergruppen und der regionalen Geschäftstätigkeit unterscheiden, zeigen zudem, dass gestiegene Rettungserwartungen stets mit einer höheren Risikoneigung einherzugehen scheinen.⁹⁸ Nach der Studie steigt

⁹⁴ Vgl. Black, L./Hazelwood, L., The Effect of TARP on Bank Risk-Taking, International Finance Discussion Paper 1043, März 2012; Dam, L./Koetter, M., Bank Bailouts and Moral Hazard: Evidence from Germany, Review of Financial Studies 25(8), 2012, S. 2343-2380.

⁹⁵ Vgl. Berger, A.N./Roman, R.A., Did TARP Banks Get Competitive Advantages?, November 2013.

⁹⁶ Vgl. zu den folgenden Ausführungen vgl. Koetter, M., Market Structure and Competition in German Banking, a. a. O. (Fn. 10).

⁹⁷ Es wurde festgestellt, dass ein Anstieg der Rettungserwartung um eine Einheit der Standardabweichung zu einem Anstieg der Risikoneigung um 8,2 Prozent und zu einem Anstieg des Lerner-Index, einem Indikator für Marktmacht, um 1,7 Prozent führt. In Anbetracht einer durchschnittlichen Wahrscheinlichkeit von 6,3 Prozent, dass ein Kreditinstitut zwischen 1995 und 2010 in Schieflage gerät, und einem durchschnittlichen Lerner-Index von 38,4 Prozent sind die Erwartungen über die Rettungswahrscheinlichkeit eines bereits in Schieflage geratenen Kreditinstitutes ökonomisch bedeutsam. Vgl. Koetter, M., Market Structure and Competition in German Banking, a. a. O. (Fn. 10), S. 88.

⁹⁸ Bei Bankengruppen wird differenziert nach Kreditinstituten, die Mitglieder des Sparkassen- und Giroverbandes sind, Geschäftsbanken, Genossenschaftsbanken und Hypothekenbanken, bei Eigentümergruppen wird differenziert nach privat-rechtlichen und öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten und bei der regionalen Geschäftstätigkeit wird

die Marktmacht im Zuge gestiegener Rettungserwartungen, gemessen am Lerner Index, tendenziell jedoch nur bei den privat-rechtlichen Kreditinstituten und insbesondere bei den Genossenschaftsbanken an. Der in der Gesamtstichprobe festgestellte positive Effekt der Rettungserwartungen auf die Marktmacht ist augenscheinlich gerade in Bezug auf die in der Fläche aktiven Genossenschaftsbanken relevant. Zurückzuführen ist dies möglicherweise darauf, dass Rettungsmaßnahmen insbesondere dort zu Wettbewerbsverzerrungen führen, wo Unternehmen nur wenige alternative Finanzierungsmöglichkeiten zum klassischen Bankkredit offenstehen.

1407. Andere Studien haben versucht, den finanziellen Wert der Rettungserwartungen zu quantifizieren. So kommt etwa eine US-Studie zu dem Ergebnis, dass die in der Studie betrachteten großen Banken aufgrund impliziter Garantien zwischen 1990 und 2011 von einem durchschnittlichen Refinanzierungsvorteil von ca. 24 Basispunkten bzw. USD 30 Mrd. pro Jahr profitierten. Im Jahr 2009 belief sich der Wert dieser Garantien sogar auf über 100 Basispunkte bzw. USD 170 Mrd.⁹⁹ Für britische Großbanken haben Ökonomen der Bank of England berechnet, dass der Wert der impliziten Garantien während der Finanzkrise – je nach Berechnungsmethode und Krisenjahr – bis zu GBP 125 Mrd. pro Jahr betrug.¹⁰⁰ Studien der OECD zeigen für eine Stichprobe 100 großer europäischer Banken auf Grundlage einer konservativen Schätzung mittels Kreditratings, dass der Wert impliziter Garantien zwischen 2008 und Juli 2011 von EUR 20 Mrd. auf bis zu EUR 120 Mrd. pro Jahr anstieg. Seitdem ist dieser Wert tendenziell rückläufig, was insbesondere auf die Vielzahl der ergriffenen regulatorischen Maßnahmen zurückgeführt wird. Gleichzeitig wird jedoch für die betrachteten Banken ein weiterhin beträchtlicher Refinanzierungsvorteil von EUR 50 Mrd. im Jahr 2013 konstatiert. Für die betrachteten zehn deutschen Banken lag dieser Wert im Jahr bei ca. EUR 10 Mrd. pro Jahr.¹⁰¹ Trotz aller Unsicherheiten, die mit solchen Schätzungen einhergehen, verdeutlichen diese den beträchtlichen Wert der Rettungserwartungen – insbesondere in Krisenzeiten.

1408. Der Umfang der Rettungserwartungen lässt sich darüber hinaus an den Ratings ablesen, die Investoren bei der Anlage in Produkte zur Refinanzierung der systemrelevanten Unternehmen zugrunde legen. So führte die staatliche Unterstützung für Banken in Deutschland noch im März 2014 für die Ratingagentur Fitch zu einem verbesserten Rating für 19 von 23 bewerteten Bankengruppen, und dies trotz des Umstands, dass die Ratingagentur ein enges Verständnis von impliziten Garantien zugrunde legt.¹⁰² Dies kam insbesondere den deutschen Groß- und den Landesbanken zugute, da kleine Institute (einschl. der meisten Sparkassen und Genossenschaftsbanken) kein Geschäft betreiben, das die Einholung eines Institutsratings für sie erforderlich macht. Allein sechs der Landesbanken haben derzeit nach Ansicht von Fitch ein um ein bis zwei Notches verbessertes Rating gegenüber einer Situation ohne implizite Staatsgarantie.¹⁰³ Ähnlich ist die Situation bei den deutschen Großbanken. Ein derart verbessertes Rating nimmt Investoren den Anreiz, eine unter unverfälschten Marktbedingungen risikoadäquate Vergütung für von der jeweiligen Bank angebotene Anlagen zu verlangen. Auf der Ebene der Investoren setzt sich damit das Vertrauen in das Eintreten des Staates für das systemrelevante Unternehmen im Fall einer Schieflage fort. Die betreffenden Institute können deshalb darauf verzichten, bei den von ihnen angebotenen Anlagen (z. B. von ihnen emittierten Wertpapieren) das Risiko

differenziert nach Kreditinstituten, die entweder überwiegend regional oder supra-regional tätig sind.

99 Vgl. Acharya, V.V./Anginer, D./Warburton, A.J., The End of Market Discipline? Investor Expectations of Implicit State Guarantees, Dezember 2013.

100 Vgl. Noss, J./Sowerbutts, R., The Implicit Subsidy of Banks, Bank of England Financial Stability Paper No. 15, Mai 2012.

101 Vgl. Schich, S./Bijlsma, M./Mocking, R., Improving the Monitoring of the Value of Implicit Guarantees for Bank Debt, OECD Journal: Financial Market Trends 2014(1), März 2014.

102 Vgl. FitchRatings, Various Support Ratings Paths for German Banks, Special Report vom 14. April 2014. Fitch berücksichtigt nur solche impliziten Garantien, bei denen eine hinreichend konkrete Fähigkeit und Bereitschaft zur Unterstützung angenommen werden kann; vgl. FitchRatings, Global Financial Institutions Rating Criteria, Master Criteria vom 31. Januar 2014.

103 Vgl. FitchRatings, Various Support Ratings Paths for German Banks, Special Report vom 14. April 2014, S. 7.

dieser Anlagen adäquat im Ausgabepreis abzubilden. Ebenso bilden die CDS-Märkte die verzerrte Risikobewertung ab, soweit der Heimatstaat in der Lage wäre, die betreffenden Institute zu retten.¹⁰⁴

1409. Die an Investoren gerichteten Veröffentlichungen systemrelevanter Banken lassen sich mitunter als Beleg dafür heranziehen, dass diese Institute jene Rettungserwartungen ihrer Geschäftsstrategie tatsächlich zugrunde legen. Der Geschäftsbericht der Commerzbank ist hierfür ein interessantes Beispiel. Diese Bank geriet in der zweiten Jahreshälfte 2008 in erhebliche wirtschaftliche Schwierigkeiten, sodass der Sonderfonds Finanzmarktstabilisierung (SoFFin) zu ihren Gunsten eine stille Einlage in Höhe von EUR 8,2 Mrd. und einen Garantierahmen in Höhe von EUR 15 Mrd. bereitstellte. Im Mai 2009 wurde diese Unterstützung um eine Kapitalerhöhung i. H. v. EUR 1,8 Mrd. und eine weitere stille Einlage i. H. v. EUR 8,2 Mrd. ergänzt.¹⁰⁵ Die Commerzbank ging auf die existenziellen Probleme der Bank in ihrem Geschäftsbericht für das Jahr 2008 jedoch nicht ein, sondern erklärte vielmehr:

*„Mit einem soliden Liquiditätsmanagement und einer gesunden Refinanzierungsstruktur konnten wir [den] Herausforderungen [des Marktumfelds] begegnen – auch auf der Grundlage deutlich gestiegener Kundeneinlagen und einer stillen Einlage des SoFFin. Unser kundenorientiertes Geschäft hat dazu beigetragen, dass sich die Liquiditätsausstattung der Commerzbank im gesamten Jahr in einer komfortablen Bandbreite befand.“*¹⁰⁶

Davon abgesehen legte die Commerzbank den Schwerpunkt ihrer Selbstdarstellung auf ihre auf ambitioniertes Wachstum ausgerichtete Geschäftsstrategie:

*„Das Jahr 2008 war weltweit für die Finanzmärkte und den Bankensektor von großen Herausforderungen geprägt, die auch 2009 noch andauern werden. Trotz dieses schwierigen Umfelds haben wir im abgelaufenen Geschäftsjahr wichtige Schritte unternommen, die Commerzbank zur führenden Bank für private Kunden und den Mittelstand in Deutschland zu machen.“*¹⁰⁷

Die bereitgestellten Hilfen wurden dabei offenbar als integrales Element der Geschäftsstrategie der Bank angesehen. Ähnliche Belege lassen sich in den Veröffentlichungen anderer Institute finden, die durch den Staat im Rahmen der Krise gerettet werden mussten¹⁰⁸ oder die ohnehin unter staatlicher Trägerschaft stehen.¹⁰⁹

1410. Von anderer Qualität sind indessen jüngere Äußerungen aus der Deutschen Bank. Ein Vorstandsmitglied des Instituts hat die stabilitätserhöhende Wirkung von Banken hervorgehoben, die so stark seien, dass sie auch schwerste Belastungen überstehen könnten, ohne in Schieflage zu geraten („too strong to fail“).

¹⁰⁴ Vgl. Völz, M./Wedow, M., Does Banks' Size Distort Market Prices? Evidence for Too-Big-to-Fail in the CDS Market, Deutsche Bundesbank Discussion Paper Series 2: Banking and Financial Studies Nr. 06/2009; vgl. auch Demirgüç-Kunt, A./Huizinga, H., Are Banks Too Big to Fail or Too Big to Save? International Evidence from Equity Prices and CDS Spreads, Weltbank, WPS5360, Juli 2010.

¹⁰⁵ EU-Kommission, Entscheidung vom 7. Mai 2009, N 244/2009 – Commerzbank – Deutschland, Tz. 29 ff. Die Garantie wurde tatsächlich nur in einer Höhe bis EUR 5 Mrd. in Anspruch genommen; siehe Historischer Überblick über die Maßnahmen des SoFFin, Stand 31. Dezember 2013.

¹⁰⁶ Zitat des Vorstandsvorsitzenden Blessing, Commerzbank, Geschäftsbericht 2008, S. VIII.

¹⁰⁷ Zitat des Vorstandsvorsitzenden Blessing, Commerzbank, Geschäftsbericht 2008, S. VI.

¹⁰⁸ HRE, Geschäftsbericht 2008, S. 7 f.: „Weitere ausreichende Liquiditätsunterstützung durch die Bundesrepublik Deutschland ist Voraussetzung für den Fortbestand der Hypo Real Estate Group. [...] Der Bedarf nach einer Spezialbank, die durch die Neuausrichtung der Hypo Real Estate Group entsteht, ist offensichtlich.“ Ebenfalls BayernLB, Geschäftsbericht 2008, S. 30: „Zusätzliche Refinanzierungsmöglichkeiten für Banken ergeben sich [...] durch das neue Marktsegment der staatsgarantierten Anleihen. So wurde am 23. Januar 2009 eine erste staatsgarantierte Anleihe der BayernLB [...] begeben.“

¹⁰⁹ Vgl. Bremer Landesbank, Presseinformation vom 17. November 2011: „Die Bremer Landesbank hat [ein Downgrade im Rating] erwartet, weil die Berechnungen auf der globalen Annahme basieren, dass die Unterstützung der Träger insgesamt abnehmen könnte.“ Zu der Zeit der Veröffentlichung dieser Pressemitteilung bestanden für das Institut keine ausdrücklichen staatlichen Haftungsgarantien mehr.

Die Deutsche Bank könne insofern Teil der Lösung der gegenwärtigen Probleme sein.¹¹⁰ Das ändert allerdings nichts daran, dass der Markt für den Fall einer Schieflage eine Rettung der Deutschen Bank erwarten dürfte. Die Deutsche Bank mag sich zwar als von einer solchen Erwartung unabhängig ansehen (quasi als „System im System“). Dennoch ist sie den Marktkräften nicht vollständig entzogen.

3.4.3 Inadäquate Regulierung als tiefere Ursache

1411. Die Rettungserwartungen, die einer impliziten Staatsgarantie zugrunde liegen, können auf verschiedene Ursachen zurückzuführen sein. Ein wesentlicher Grund liegt allerdings in einer Regulierung, die nicht ausreichend an den geschäftlichen Risiken ausgerichtet ist und die es Finanzmarktteilnehmern ermöglicht, systemische Risiken aufzubauen und sie auf den Staat – und damit letztlich die Allgemeinheit – abzuwälzen. Dies bedeutet nicht notwendigerweise, dass es ein zu geringes Maß an Regulierung gibt (Unterregulierung). Im Gegenteil ist gegebenenfalls anzunehmen, dass implizite Garantien auch dadurch verstärkt werden können, dass das Geschäft des betreffenden Unternehmens aufgrund von zu dichter und zu starrer belastender Regulierung (Überregulierung) in nicht-regulierte Bereiche ausweicht.

1412. Eine zentrale Lehre der Finanzkrise ist, dass Regulierung unbedingt darauf gerichtet sein muss, die impliziten Garantien den davon profitierenden Unternehmen zu nehmen und zu beseitigen. Zur Beseitigung impliziter Garantien kommen grundsätzlich wettbewerbs- oder aufsichtsrechtliche Maßnahmen in Betracht.

Der mit einer impliziten Garantie verbundene Wettbewerbsvorteil ist über das bestehende Wettbewerbsrecht allerdings nicht direkt fassbar. Das Wettbewerbsrecht (Kartellrecht) bezieht sich auf Vorteile, die Unternehmen haben, weil sie sich allein oder gemeinsam Verhaltensspielräume verschaffen oder solche Verhaltensspielräume ausnutzen, die durch andere Marktteilnehmer nicht in Frage gestellt werden können. Im Fall von impliziten Garantien können Finanzmarktteilnehmer dagegen den Staat (und darüber andere Marktteilnehmer) für ihre Verluste in Haftung nehmen.

Implizite Garantien wurden vor Finanzkrise auch nicht als aufsichtsrechtliches Problem angesehen, weil die mit der Ansammlung systemischer Risiken verbundenen Gefahren für die Systemstabilität lange vernachlässigt wurden. Die Finanzkrise hat allerdings deutlich gemacht, dass Finanzmarktteilnehmer, die über eine implizite Garantie verfügen, dadurch Staaten für ihre Verluste in einer Weise in Haftung nehmen können, die einzelne Staaten stark belasten oder sogar überfordern kann.

1413. Die Europäische Kommission hat dem Problem impliziter Garantien in der Finanzkrise im Rahmen ihrer Beihilfverfahren Rechnung zu tragen versucht. Das Beihilferecht ist immerhin mittelbar geeignet, um dem aus impliziter Garantie folgenden Wettbewerbsvorteil zu begegnen. Das Beihilferecht erfordert grundsätzlich zwar keinen unmittelbaren Ausgleich für die implizite Bestandsgarantie, über die einzelne Finanzmarktteilnehmer verfügen. Im Fall der Inanspruchnahme einer impliziten Garantie erfordert es aber zumindest einen Ausgleich für die dann geleistete Beihilfe. Darüber hinaus hat die Europäische Kommission in den genannten Fällen auch einen Ausgleich für die Wettbewerbsverzerrung verlangt, welche daraus folgte, dass Banken mit einer impliziten Garantie, die an endogenen Problemen litten, in der Krise nur aufgrund dieser Garantie überlebensfähig waren.

1414. Die Regulierung infolge der Finanzkrise soll das Risiko einer staatlichen Inanspruchnahme vermindern, indem sie bestehende implizite Garantien neutralisiert oder ihren Neuaufbau verhindert. Dabei ist es vorrangiges Ziel der Regulierung, ein Tätigwerden des Staates zur Sicherung der Finanzstabilität entbehrlich zu machen. Die Abschöpfung des Wettbewerbsvorteils und der damit verbundenen Marktverzerrung steht im Rahmen dieser Regulierung bisher nicht im Vordergrund.

¹¹⁰ So der Co-Vorstandsvorsitzende Fitschen, wie zit. in Osman, Y., Fitschens Klartext, Handelsblatt, 18. November 2013.

1415. Im folgenden Abschnitt sollen Regulierungsdefizite als Ursachen für das Entstehen impliziter Garantien beispielhaft anhand der Finanzkrise herausgearbeitet und die bislang bestehende bzw. geplante Regulierung wettbewerbspolitisch gewürdigt werden. Darüber hinaus macht die Monopolkommission Vorschläge für die aus ihrer Sicht wettbewerbspolitisch gebotene Fortentwicklung der Regulierung.

3.5 Implizite Staatsgarantien in der Finanzkrise

1416. Die Finanzkrise entwickelte sich, als sich die Risiken aus einem spekulativ aufgeblähten Markt für die Immobilienfinanzierung (Immobilienblase) in den USA im Sommer 2007 realisierten. Im Zentrum der Krise standen dabei anfangs nur Hypothekenverbriefungen.¹¹¹ Im weiteren Verlauf der Finanzkrise kam es dann allerdings schnell zu einer Systemgefährdung auch des weltweiten Finanzsystems, welche die Mitgliedstaaten der EU zwang, für systemrelevant gehaltene Banken vor dem Zusammenbruch zu retten. Dabei wurden implizite Staatsgarantien in größerem Umfang in Anspruch genommen.

1417. Die risikoinadäquate Bankenregulierung innerhalb der EU und Deutschlands war nur eine der Ursachen für die Entwicklung systemischer Risiken. Daneben trugen weitere Faktoren sowohl in den USA (Liberalisierung des Finanzmarktes, intensive Wohnungsbauförderung über einen längeren Zeitraum, lockere Geldpolitik usw.) als auch in Europa (fehlerhafte Geschäftsausrichtung der Banken; in Südeuropa: Konditionen im Zusammenhang mit dem Beitritt zum Euroraum) zur Entwicklung solcher Risiken bei. Die Realisierung jener Risiken und die schnelle Ausweitung zu einer systemischen Krise dürften ihrerseits auf einem Bündel von Gründen beruht haben, z. B.:

- Intransparenz und Informationsasymmetrien als allgemeinem Marktproblem,
- trendbestimmtem und prozyklischem Herdenverhalten der Marktteilnehmer,
- Katastrophenblindheit und Hang zur Risikoabwälzung (negative Externalitäten) sowie
- direkter Abbildung des Wertverfalls (z. B. durch Zeitwertbilanzierung).

Eine Reihe dieser Gründe sind dabei Ausdruck von nicht-rationalem Marktverhalten (bzw. davon abhängigem Vertrauen oder dessen Verlust) und wurden in ihrer Bedeutung von der herrschenden ökonomischen Lehre lange unterschätzt.¹¹²

1418. Im Zusammenhang dieses Gutachtens sind insbesondere die in der Krise offenbar gewordenen Mängel der Bankenregulierung von Interesse. Denn gerade aus den Mängeln der Regulierung, die die Ansammlung systemischer Risiken begünstigt haben, lassen sich wettbewerbspolitische Handlungsempfehlungen für Maßnahmen zum Abbau und zur Verhinderung impliziter Garantien ableiten (vgl. Abschnitt 3.5.1). Daneben zeigt die Krise allerdings auch, mit welcher hohen volkswirtschaftlichen Kosten die Inanspruchnahme der Garantien einhergehen kann, wenn eine risikoadäquate Regulierung unterbleibt (nachfolgend Abschnitt 3.5.2). Was schließlich die regulatorischen Maßnahmen betrifft, die als Reaktion auf die Inanspruchnahme impliziter Garantien in der Krise ergriffen wurden bzw. diskutiert werden, so bieten die beihilferechtlichen Grundsätze der Europäischen Kommission zur Beurteilung der krisenbedingten Bankenrettungen gewisse Anhaltspunkte dafür, wie die zukünftige Finanzmarktregulierung mit Blick auf den notwendigen Abbau bzw. die Verhinderung von impliziten Garantien ausgestaltet sein müsste (nachfolgend Abschnitt 3.5.3).

¹¹¹ Nach Schätzungen des Internationalen Währungsfonds (IWF) betrug der Wertverfall allein in diesem Geschäft bis Oktober 2008 bei Subprime-Hypotheken rund USD 500 Mrd. und bei Prime-Hypotheken weitere USD 80 Mrd.

¹¹² Dies könnte auch die gegenwärtige Regulierung beeinflussen, vgl. etwa Lux, T., Effizienz und Stabilität von Finanzmärkten: Stehen wir vor einem Paradigmenwechsel?, Wirtschaftsdienst Sonderheft 2013, S. 16-22; Dullien, S., Umbau der Finanzmärkte: Übermäßiges Vertrauen in Marktrationalität hält an, Wirtschaftsdienst Sonderheft 2013, S. 23-29.

3.5.1 Entwicklung von impliziten Garantien

1419. Im Vorfeld der Finanzkrise führte ein verhängnisvolles Zusammenwirken von Regulierungsdefiziten und den gegebenen Marktumständen dazu, dass Banken mit einem durch systemische Risiken belasteten Geschäft nicht aus dem Markt scheiden konnten, dass zugleich das Geschäft mit hohen systemischen Risiken begünstigt wurde und dass andere Marktteilnehmer die systemischen Risiken nicht erkennen bzw. richtig einschätzen konnten. In Bezug auf die relevanten Regulierungsdefizite lassen sich somit im Wesentlichen drei Gruppen von Ursachen für die impliziten Garantien unterscheiden:

- Erstens wurde durch die Regulierung die Entstehung von mit impliziten Garantien einhergehenden Unternehmensstrukturen begünstigt.
- Zweitens wurde die Konzentration systemischer Risiken bei diesen Instituten gefördert, indem die Aufnahme von riskanten und potenziell bestandsgefährdenden Geschäften bei diesen Instituten regulatorisch begünstigt oder zumindest geduldet wurde.
- Drittens war das Geschäftsumfeld von regulatorisch begünstigter Intransparenz und großen Informationsasymmetrien hinsichtlich der relevanten Risiken geprägt.

Eine Besonderheit innerhalb des deutschen Finanzsystems stellt in diesem Zusammenhang die Situation der Landesbanken und der Hypo Real Estate dar, auf die gesondert eingegangen werden soll.

3.5.1.1 Begünstigung von mit impliziten Garantien einhergehenden Unternehmensstrukturen

1420. Das Entstehen von Unternehmensstrukturen, bei denen sich implizite Garantien entwickeln konnten, wurde von vornherein dadurch begünstigt, dass es vor der Finanzkrise keinen Abwicklungsmechanismus für systemrelevante Banken und damit keinen marktakadäquaten Sanktionsmechanismus für die Übernahme zu großer Risiken gab. So gab es in den betroffenen Rechtsordnungen zwar ein Insolvenzrecht, doch wurde dieses schon vor der Krise als ungeeignet zur Abwicklung von Banken angesehen.

1421. Ebenso fehlte ein Sicherungssystem für alle Anbieter riskanter Finanzprodukte, das als Versicherung gegen die Realisierung von Systemrisiken hätte wirken können. Die gesetzliche Einlagensicherung reichte nicht aus, um die Sparer bei Ausbruch der Krise zu schützen.

1422. Darüber hinaus existierte eine Vielzahl von Finanzmarktteilnehmern mit einseitigen Geschäftsprofilen ohne adäquate Risikovorsorge, die sich an dem Geschäft mit problematischen Hypothekenverbriefungen beteiligten und bei denen sich folglich systemrelevante Risiken ansammeln konnten. Zur Beteiligung solcher Unternehmen kam es insbesondere aufgrund der bestehenden Eigenkapitalregulierung – auf die gesondert einzugehen ist – entlang mehr oder minder der gesamten Vertriebskette.

Am Anfang dieser Kette standen dabei hauptsächlich US-Investmentbanken, also Institute mit Geschäftsschwerpunkt im Handel mit Wertpapieren, die sich im Rahmen des US-Trennbankensystems entwickelt hatten. Aufgrund des stark wachsenden US-Immobiliensektors wurde es für diese Banken attraktiv, Hypothekarkredite von Schuldnern mit relativ schlechter Bonität zu verbriefen und diese sogenannten Subprime-Papiere zu vermarkten.

Auf der Käuferseite beteiligten sich an dem Verbriefungsgeschäft im Subprime-Markt vor allem Investoren mit spekulativen Interessen, etwa kurzfristig orientierte Anleger wie z. B. Geldmarkt- und Hedgefonds. Zu dieser Gruppe spekulativer Investoren gehörten allerdings auch Banken. Dabei handelte es sich um Universalbanken ebenso wie um Institute mit spezialisierten Geschäftsmodellen, also z. B. im anglo-amerikanischen Raum insbesondere Investmentbanken. Es fällt jedoch auf, dass auch in Deutschland, wo ein Universalbankensystem besteht, nicht nur die Großbanken (Dresdner Bank/Commerzbank, Deutsche Bank) – in teils großem Umfang – am Geschäft mit US-Subprime-Papieren teilnahmen. Vielmehr war es auch hier

gerade für viele Banken mit relativ engen Geschäftsmodellen interessant, sich in diesem Geschäft zu engagieren. Zu diesen Banken sind private Spezialbanken wie z. B. die IKB zu rechnen, die kurz laufende Subprime-Papiere zur Refinanzierung einsetzten, aber auch die Landesbanken und die Spitzeninstitute der Sparkassen- und der Genossenschaftsbankengruppe, die als Zentralbanken der beiden Verbundgruppen tätig sind.¹¹³

1423. Die großen Unterschiede der Bankenregulierung und der Regulierung von Finanzmarktakteuren, bei denen es sich nicht um Banken handelt, stellen einen Umstand dar, der die Teilnahme von nicht adäquat regulierten Instituten und Organismen am Verbriefungsgeschäft wesentlich begünstigte.

Insbesondere setzten Banken selbst Organismen ein, die nicht unter die Bankenregulierung fielen. So war es auf der Seite der Emittenten von Hypothekenverbriefungen attraktiv, Zweckgesellschaften (sogenannte Special Purpose bzw. Investment Vehicles – SPV/SIV; Conduits)¹¹⁴ zu nutzen, weil dadurch das Ausfallrisiko aus den Hypothekarkrediten von den Emittenten weg verlagert werden konnte. Ebenso stützten sich Banken auch als Investoren auf Zweckgesellschaften, um darüber langfristig laufende Verbriefungen anzukaufen, ohne die verbundenen Ausfallrisiken mit übernehmen zu müssen. Die betreffenden Zweckgesellschaften verfügten praktisch über ein nur sehr geringes bzw. kein Eigenkapital. Zwar gaben die sie haltenden Banken Haftungszusagen gegenüber den Zweckgesellschaften ab, doch mussten solche Zusagen mit weniger Eigenkapital unterlegt werden als dies in Bezug auf die Hypothekenverbriefungen eigentlich erforderlich gewesen wäre. Die deutschen Banken gehörten dabei zu den europäischen Banken, welche die größten Zweckgesellschaften unterhielten.¹¹⁵

Davon abgesehen beteiligten sich auf Erwerberseite mit Geldmarkt- und Hedgefonds weitere Nichtbanken (Schattenbanken) in großem Umfang an dem Verbriefungsgeschäft. Indessen handelte es sich um kein Geschäftsfeld, in dem Private-Equity-Unternehmen (Kapitalbeteiligungsgesellschaften) aktiv waren. Bei diesen kam es im Verlauf der Krise – soweit ersichtlich – auch zu keinen systemgefährdenden Problemen.

3.5.1.2 Begünstigung von potenziell systemgefährdenden Geschäften

1424. Die Förderung bzw. Duldung von potenziell systemgefährdenden Geschäften durch die Regulierung wurde im Rahmen der Krise zwar offenkundig. Die Schwierigkeit liegt aber darin festzustellen, inwiefern einzelne Regulierungsdefizite tatsächlich zur Finanzkrise beigetragen haben. In diesem Gutachten kann diesbezüglich nur ein grober Überblick geleistet werden.

1425. Ein mit der schnellen Eskalation der Krise (Prozyklizität) akut werdendes Problem ergab sich aus Liquiditätsrisiken, die mit der Fristentransformation bei Verbriefungsprodukten zusammenhingen. Die Verbriefungen von Hypothekarkrediten sollten es theoretisch erlauben, Risiken aus langfristigen Hypothekenanlagen auf Investoren zu verlagern, die einen langfristigen Anlagehorizont hatten und damit solche Risiken besser tragen konnten als die Hypothekenschuldner oder die ihnen Kredit gebenden Banken. Tatsächlich engagierten sich in großem Umfang jedoch auch kurzfristig orientierte Investoren in diesem Geschäft.¹¹⁶ Diese Anleger zogen kurzfristig und in großem Umfang Liquidität ab, als sich auf den Verbriefungsmärkten Probleme zeigten. Dadurch kam es nicht nur auf den Verbriefungsmärkten selbst zu Engpässen, sondern der gesamte Handel mit kurzfristigen Verbindlichkeiten trocknete zugleich in weiten Bereichen aus.

¹¹³ Zum Anteil der öffentlichen Banken an der Krise siehe aus Sicht der EU z. B. High-Level Expert Group on reforming the structure of the EU banking sector (Liikanen-Kommission), Final Report, 2. Oktober 2012; ferner Demary, M./Schuster, T., Die Neuordnung der Finanzmärkte. Stand der Finanzmarktregulierung fünf Jahre nach der Lehman-Pleite, IW Analysen Nr. 90, August 2013, für das deutsche Schrifttum. Zu den Landesbanken noch unten Abschnitt 1.1.

¹¹⁴ Vgl. §§ 1 Abs. 26 KWG, 231 Abs. 2 SolvV; ferner § 290 Abs. 2 Nr. 4 HGB.

¹¹⁵ Vgl. Acharya, V.V./Schnabl, P., Do Global Banks Spread Global Imbalances? Asset-Backed Commercial Paper during the Financial Crisis of 2007-09, IMF Economic Review 58(1), 2010, S. 54 f.

¹¹⁶ Investmentbanken, Geldmarkt- und Hedgefonds, siehe oben, Tz. 1422.

1426. Ein weiteres Problem ergab sich daraus, dass das in der Krise relevante Geschäft grundsätzlich zur Risikovorsorge mit zu wenig Eigenmitteln unterlegt war und die Banken bei ihrem Geschäft neben Eigenkapital in einem großen Umfang Fremdkapital einsetzten, um die Eigenkapitalrendite ihrer Anlagen zu steigern (Hebelung bzw. „Leveraging“).

Das Eigenkapital der Banken stellt eine unmittelbar verfügbare Sicherheit für die Risiken des relevanten Geschäfts dar. Die Eigenkapitalvorgaben waren vor der Finanzkrise allerdings sehr niedrig. Regulatorische Anreize zum Einsatz von Zweckgesellschaften, zu Verbriefungen und zur Nutzung von CDS ergaben sich daraus, dass die Eigenmittelvorgaben für diese Fälle lückenhaft waren.

Die Hebelung ist ein wesentlicher Bestandteil des Bankgeschäfts, denn sie ermöglicht es einer Bank, aus den Einlagen über deren Betrag hinaus Kredite zu vergeben und damit das im Wirtschaftssystem benötigte Geld zu schöpfen. Im Rahmen des Geschäfts mit US-Hypothekenkrediten und -kreditverbriefungen war es durch die niedrigen Eigenkapitalvorgaben allerdings attraktiv, exzessiv Kredit zu vergeben und das Geschäft durch den Einsatz von Fremdkapital auszuweiten. Dies galt in Deutschland insbesondere für Banken, die als Spezialbanken von vornherein außerhalb des traditionellen Bankgeschäfts tätig waren oder die zwar Universalbanken waren, deren traditionelles Geschäft aber aufgrund der flächendeckenden Marktabdeckung durch Sparkassen und Genossenschaftsbanken und der Konjunkturschwäche in Deutschland in den Jahren 2001-2005 besonders ertragsschwach verlief (Landesbanken, Privatbanken).¹¹⁷ Diese Situation führte dazu, dass die betreffenden Banken ihre Beteiligung am Kreditersatzgeschäft ausweiteten und exzessiv Verbriefungen erwarben.¹¹⁸ Die Sachsen LB verfügte Mitte 2007 über Anlageprodukte im Wert von EUR 39 Mrd. bei nur EUR 1,4 Mrd. Eigenkapital.¹¹⁹

Davon abgesehen erwies es sich als Problem, dass die Eigenkapitalregulierung es den Banken gestattete, eigene Risikogewichtungen zu verwenden, deren Angemessenheit von außen nur schwer zu beurteilen war. Die Risikomodelle konnten dabei grundsätzlich auch nicht alle Risiken angemessen erfassen, denn es fehlten wesentliche Informationen, z. B. Informationen über Systemrisiken. Das Problem besteht auch heute noch fort. Eine verschuldungsunabhängige Grenze für die Kreditvergabe existierte nicht.

1427. Speziell in Bezug auf Hypothekenverbriefungen hatten die Banken außerdem einen noch weiteren Spielraum bei der Eigenkapitalunterlegung, der sich durch die Gestaltung dieser Produkte im Einzelfall ergab. Denn Verbriefungen, die von einer anderen Gesellschaft – inklusive einer Zweckgesellschaft – angekauft worden waren, konnten im Handelsbuch geführt werden. Die verbrieften Kredite mussten deshalb nur mit Eigenkapital unterlegt werden, um Kursrisiken abzusichern. Dagegen entfiel die Notwendigkeit zur Eigenkapitalunterlegung mit Blick auf Kreditrisiken. Die Eigenkapitalunterlegung war damit geringer als bei sonstigen Krediten, die im Anlagebuch (Bankenbuch) geführt werden.¹²⁰ Wenn Institute Hypothekenkredite selbst verbrieften, war das Kreditrisiko zwar zu beachten, konnte im Risikomodell der Bank aber glattgestellt werden, wenn die Bank einen Vertrag zur Übernahme des Kreditrisikos mit Kreditversicherern geschlossen hatte (CDS-Geschäft).¹²¹

1428. Dadurch ergab sich die Möglichkeit, Verbriefungsprodukte mit erheblich weniger Eigenkapital zu unterlegen, als angesichts der mit diesen Produkten verbundenen Risiken eigentlich geboten gewesen wäre. Dabei handelte es sich im Wesentlichen um folgende Arten von Finanzprodukten:

¹¹⁷ Vgl. Deutsche Bundesbank, Zur jüngsten Entwicklung der Kredite deutscher Banken an inländische Unternehmen und Privatpersonen, Monatsbericht Juli 2006, S. 15 ff. Im Einzelfall spielten auch andere Faktoren eine Rolle, z. B. SachsenLB: unzureichende Großkundenbasis, HRE: ehrgeizige Wachstumsstrategie.

¹¹⁸ Vgl. Admati, A./Hellwig, M., The Bankers' New Clothes, Princeton 2013, S. 84; Lindner, F., Banken treiben Eurokrise, IMK Report Nr. 82, Juni 2013.

¹¹⁹ Vgl. Balzli, B./Schiessl, M./Winter, S., Casino provincial, Der Spiegel 28/2008, S. 8.

¹²⁰ § 1a Abs. 2 KWG.

¹²¹ Hellwig in: Hellwig/Höfling/Zimmer, Gutachten E/F/G zum 68. Deutschen Juristentag, a. a. O., S. E 33.

- Forderungsbesicherte Wertpapiere („Asset Backed Securities“ – ABS): Darunter versteht man Wertpapiere oder Schuldscheine (grundsätzlich in Form von Schuldverschreibungen), die Zahlungsansprüche gegen eine Zweckgesellschaft verbriefen und durch einen Bestand (Pool) gleichartiger Forderungen (Forderungsportfolio/Assets) besichert sind.¹²² Der Regress gegenüber dem Verkäufer der auf die Zweckgesellschaft übertragenen Forderungen ist bei echten ABS ausgeschlossen („true sale“). Eine Untergruppe sind grundpfandrechtlich besicherte Anleihen („Mortgage Backed Securities“ – MBS).
- Synthetische Produkte (Derivate): Dies sind Finanzinstrumente, die nicht auf physische, sondern nur auf finanzielle Erfüllung gerichtet sind, wobei der Erfüllungszeitpunkt bis zu einem definierten Laufzeitende hinausgeschoben ist.¹²³ Sie sind „derivativ“, weil ihr Preis aus dem Preis anderer Produkte abgeleitet oder von diesem abhängig ist.¹²⁴ So wird es möglich, Risiken unabhängig von zugrunde liegenden Geschäften zu verlagern. Wenn ABS als Derivate aufgelegt werden, werden auf die Zweckgesellschaft statt Wertpapieren lediglich die Ausfallrisiken aus dem Forderungsportfolio übertragen (synthetische ABS).¹²⁵
- Kombinationen von Wertpapieren und synthetischen Produkten (strukturierte Finanzprodukte): In die Gruppe dieser Produkte fallen etwa Anleihen, die mit einer zugekauften Kreditausfallversicherung („Credit Default Swap“¹²⁶) verbunden sind („Credit Linked Note“ – CLN). Bei diesen Instrumenten ist der Emittent zur Tilgung der Anleihe und zur Zahlung einer Prämie an den Verkäufer des CDS (Investor) verpflichtet. Daneben spielten auch andere strukturierte, zum Teil rein synthetische Produkte eine erhebliche Rolle, etwa Kombinationen aus Zinsswaps und CDS („Total Return Swaps“ – TRS/TRoRS).¹²⁷

Die oben aufgeführten Finanzprodukte wurden häufig in mehreren Tranchen unterschiedlicher Bonität ausgegeben. Dabei wurde die bessere „Senior“-Tranche gegenüber der oder den „Junior“-Tranche(n) vorrangig bedient. Letztere fingen Verluste ab und waren im Gegenzug mit einer höherwertigen Gewinn- bzw. Zinsberechtigung (Kupon) ausgestattet.

1429. ABS wurden im Rahmen des für die Krise relevanten Geschäfts sowohl als Anlageprodukte als auch zur Refinanzierung eingesetzt. Die eingesetzten Zweckgesellschaften refinanzierten sich über kurzfristige ABS, also forderungsbesicherte Geldmarktpapiere („Asset-Backed Commercial Papers“ – ABCP). Die von ihnen an die Anleger ausgegebenen längerfristigen ABS konnten durch erworbene Forderungen aus Darlehen oder aus Anleihen gedeckt sein („Collateralized Debt Obligations“ – CDO).¹²⁸ Im Fall von CDO behielt die Zweckgesellschaft die Wertpapiere selbst in ihrem Besitz und verkaufte nur Zahlungsflüsse aus diesen Wertpapieren weiter (z. B. Zins- und Tilgungszahlungen). Der Markt für CDO weitete sich in den

¹²² Die im Pool enthaltenen Forderungen können ihrerseits verbrieft oder unverbrieft und gesichert oder ungesichert sein; näher Jahn in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, Band II, 4. Aufl., München 2011, § 114a Rz. 1 ff.

¹²³ Dabei ist trotz der gängigen Einordnung als „Termingeschäft“ anerkannt, dass Derivate keinen Bezugswert („Underlying“) mit einem Marktpreis voraussetzen; vgl. BGH, Urteil vom 31. Oktober 1998, XI ZR 26/98, WM 1998, 2331, Rz. 20 (zit. nach Juris).

¹²⁴ Das Instrument wird dabei als „exotisch“ bezeichnet, wenn es von einem Standard-Derivat abweicht (z. B. weil es Simulationen erfordert).

¹²⁵ Das Instrument ist „synthetisch“, da eine Wertpapierübertragung unterbleibt.

¹²⁶ Das Element des Tauschs („Swap“) liegt darin, dass der Anleiheehigner einen festgelegten Betrag an den Gegner zahlt. Falls die Anleihe notleidend wird, muss der Gegner dem Anleiheehigner das betroffene Papier abkaufen. Gezahlt wird dabei i. d. R. nur die tatsächliche Differenz („Netting“), sodass Derivate wie CDS auch als „Differenzgeschäfte“ bezeichnet werden.

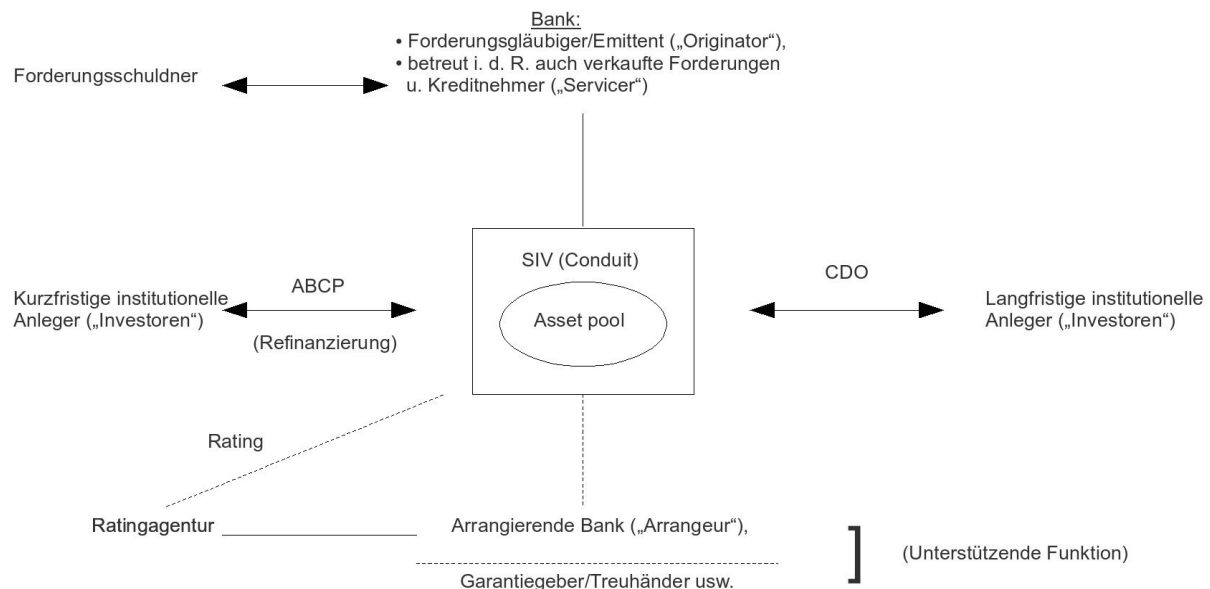
¹²⁷ Total (Rate of) Return Swaps sind Kreditderivate, bei denen die Erträge und Wertschwankungen des zu Grunde liegenden Finanzinstruments gegen fest vereinbarte Zinszahlungen getauscht werden.

¹²⁸ Je nach zur Deckung verwendetem Basiswert fallen sie damit in zwei Gruppen: „Collateralized Loan Obligations“ (CLO) und „Collateralized Bond Obligations“ (CBO).

Jahren vor der Krise extrem aus. Wurden 1996 noch CDO mit einem Volumen von rund USD 5 Mrd. gehandelt, war das Volumen bis 2006 um 7.700 Prozent auf USD 388 Mrd. angestiegen.¹²⁹

1430. Die Struktur, um ohne Eigenkapitaleinsatz ein sich selbst refinanzierendes Verbriefungsgeschäft aufzulegen bzw. in dieses zu investieren, kann zusammenfassend wie folgt skizziert werden:

Abbildung VI.1: Struktur eines Verbriefungsgeschäfts



Quelle: Eigene Darstellung

1431. Für die beteiligten Personen – auf Verkäufer- wie auf Käuferseite – bestanden ferner erhebliche Anreize, das Verbriefungsgeschäft zum eigenen Vorteil weiterzuentwickeln und immer mehr auszuweiten:

- Gehaltsanreize, um durch Eingehen höherer Risiken einen entsprechend höheren Gewinn zu erwirtschaften (Bonussystem), in Verbindung mit
- Anreizen zum Regelbruch aufgrund fehlender persönlicher Sanktionen und aufgrund von Möglichkeiten zur Abwälzung der sich realisierenden Risiken (fehlende Abschreckung).

Dabei nutzten sie zum eigenen Vorteil eine vermeintlich überlegene Sachkenntnis ohne Rücksicht auf mögliche Folgen für das betreffende Institut aus (Prinzipal-Agenten-Problem).

3.5.1.3 Von Intransparenz und Informationsasymmetrien geprägtes Geschäftsumfeld

1432. Ein weiteres Problem, das zur Entstehung und schließlich zur Verwirklichung der systemischen Gefahren beitrug, stellte das von Intransparenz und Informationsasymmetrien geprägte Geschäftsumfeld dar. Dabei beruhte die Intransparenz in einem gehörigen Maße auf den Verbriefungsprodukten selbst und ihrem Einsatz zu Spekulationszwecken.

1433. ABS dienen zur Geldanlage in die durch sie verbrieften Rechte und nicht notwendigerweise zur Spekulation. Sie ermöglichen es, wenig fungible Produkte wie etwa langfristige Hypothekenverbindlichkeiten handelbar zu machen. Diese Handelbarkeit kann allerdings auch von Anlegern mit einem kurzfristigen Anlagehorizont genutzt werden, um ABS mit primär spekulativer Zielsetzung zu erwerben. Dies kann dann hingenommen werden, wenn die Anleger die zum Teil sehr komplexen Produkte und die dahinter stehenden

¹²⁹ Vgl. Balzli, B. u.a., Der kranke Gorilla, Der Spiegel 5/2008, 28. Januar 2008.

Risiken verstehen. Bei den ABS, in denen die betreffenden Hypothekenkredite verbrieft waren, handelte es sich allerdings häufig um hochkomplexe Produkte (z. B. wegen Mehrfachverbriefung), deren Risikoprofil für einen Außenstehenden im Grunde nicht abzuschätzen war.

1434. Die Verwendung von Finanzderivaten ist im vorliegenden Zusammenhang als noch problematischer anzusehen. Derivate werden oft nicht am Markt gehandelt, und sie sind dann auch keine Anlageprodukte, denn ihnen liegt von vornherein kein Produkt mit einem Marktwert zugrunde. Das gilt selbst dann, wenn die aus dem Derivat erwachsenden Ansprüche als Wertpapiere verbrieft sind. Derivate haben im Wesentlichen die Funktion, Risiken zu transferieren, und können deshalb zur Risikoabsicherung oder zur Spekulation eingesetzt werden.¹³⁰ Selbst wenn der Erwerber eines Derivates einen anfänglichen negativen Barwert auszugleichen hat, handelt es sich dabei rechtlich nicht um einen „Kaufpreis“ für das Finanzinstrument, den der Anbieter des Derivats von ihm als Leistung verlangen kann. Vielmehr werden durch den negativen Barwert nur die Gewinnchancen bzw. Verlustrisiken für den Fall der Risikoverwirklichung zum Nachteil des Kunden verschoben.¹³¹ Der Anspruch auf Leistung entsteht erst, wenn sich das Risiko, das Gegenstand des Derivats ist, zugunsten einer Partei realisiert hat (dann erfolgt eine einzige Leistung an diese Partei; „pay-off“). Nach der insoweit zutreffenden Einordnung des gestrichenen § 764 BGB handelt es sich im Grunde um Finanzwetten, da das Risiko den Geschäftsgegenstand bildet und die Frage, wie wahrscheinlich es ist, dass sich das Risiko verwirklicht, lediglich vom Zufall und den verfügbaren Informationen abhängt („statistische Kausalität“).¹³² Auch die Gefahr für Anleger folgt bei Derivaten nicht aus Ungleichgewichten im vertraglichen Leistungsgefüge (gestörte Äquivalenz), sondern aus dem Vertragsgegenstand selbst, nämlich dem auf beide Parteien verteilten Risiko, dessen Verwirklichung auf bloßen Wahrscheinlichkeiten beruht.¹³³ Bei den in der Finanzkrise relevanten Derivaten wurden Risiken vielfach gehebelt, sodass sich die Gewinnchancen bzw. Verlustrisiken potenzierten und über den ursprünglichen Einsatz hinaus Nachschusspflichten erforderlich wurden. Außerdem wurden Swapgeschäfte spekulativ eingesetzt, bei denen Zinsänderungsrisiken miteinander vertauscht wurden. Diese Produkte waren von vornherein sehr komplex und beruhten vielfach auf Risikoannahmen, die sich in der Finanzkrise zum Teil als falsch herausstellten.

1435. Aufgrund der Komplexität der relevanten Märkte und Produkte konnten die Wettbewerber und Käufer von vornherein nicht disziplinierend wirken und die einzelnen Anbieter so zu einem Produktangebot mit nachvollziehbarem Risikoprofil veranlassen. Allerdings setzten sich bei den anderen Marktteilnehmern die bereits dargestellten Defizite entlang der Vertriebskette in gleicher Form fort. Auch auf Käuferseite bestanden somit keine ausreichenden Anreize, um hinsichtlich der gekauften Subprime-Finanzprodukte darauf zu bestehen, dass diese mit einem nachvollziehbaren Risikoprofil ausgestattet wurden. Für das Kaufinteresse der Erwerber war es jedenfalls in den Jahren bis 2006 ausschlaggebend, dass die zunehmenden Qualitätsprobleme bei den Subprime-Produkten durch den Anstieg der US-Immobilienpreise und die damit verbundenen Gewinnaussichten aufgefangen wurden. Das führte dazu, dass auch europäische Käufer sich in großer Zahl in US-Hypothekenspapieren engagierten, obwohl sie diesen Markt nicht überblickten und auch nicht überblicken konnten. Dieses Engagement setzte sich bis auf die Ebene der Endverbraucher fort, die ebenfalls solche Papiere (z. B. Zertifikate) erwarben. Dass hohe Renditeaussichten mit hohen Risiken ein-

130 Etwaige Lieferpflichten sind angesichts dieser Kernfunktion von Derivaten sekundär und sollen hier deshalb außer Betracht bleiben.

131 Die Risikoverschiebung erfolgt allerdings, um den Anbieter des Derivats wirtschaftlich ebenso wie einen Verkäufer zu stellen (ähnlich: Vereinbarung einer Provision). Der Anbieter dürfte deshalb – gleich wie ein Verkäufer über den Preis – zur Aufklärung über einen anfänglichen negativen Barwert verpflichtet sein; vgl. BGH, Urteil vom 22. März 2011, XI ZR 33/10, BGHZ 189, 13, Ls. 3 und Rz. 31, 33 (zit. nach Juris) m. Anm. Schmieder, WuB I G 1. – 16.12.; OLG Stuttgart, Urteil vom 26. Februar 2010, 9 U 164/08, WM 2010, 756, Rz. 5.

132 § 764 BGB a.F. lautete: „Wird ein auf Lieferung von Waren oder Wertpapieren lautender Vertrag in der Absicht geschlossen, daß der Unterschied zwischen dem vereinbarten Preise und dem Börsen- oder Marktpreise der Lieferungszeit von dem verlierenden Teile an den gewinnenden gezahlt werden soll, so ist der Vertrag als Spiel anzusehen. [...]“. Die Vorschrift wurde in Hinblick auf die in § 762 BGB angeordnete Rechtsfolge gestrichen.

133 Das Element der Spekulation auf den Zufall ist Derivaten wesensimmanent, RG, Urteil vom 17. Dezember 1928, V 314/33, RGSt 415, 416.

hergehen, wurde dabei ausgeblendet. Nach Schätzungen erwarben europäische Käufer so rund ein Viertel der am US-Subprime-Markt gehandelten Papiere.

1436. Die Kontrolle durch andere Marktteilnehmer wurde nicht effektiv durch andere Mechanismen ersetzt. Die Selbstregulierung der Finanzbranche funktionierte aufgrund der vorherrschenden Interessenlage nicht. Die Ratingagenturen nahmen die impliziten Garantien als gegeben hin. Die Agenturen hatten infolge des Informationsgefälles bei den betreffenden Finanzprodukten und der Tatsache, dass sie ihre Vergütung von den Emittenten dieser Produkte erhielten, auch keinen Anreiz, das Risikoprofil dieser Produkte genau zu überprüfen. Hinzu kam, dass sich die Ratingagenturen nach der geltenden Rechtsprechung keinem erheblichen Haftungsrisiko für Fehlbewertungen ausgesetzt sahen. Auch die staatliche Finanzmarktaufsicht war nicht in der Lage, diese Defizite zu beheben, schon weil die gehandelten Produkte auch für die Aufsicht komplex und die relevanten Marktentwicklungen kaum einzuschätzen waren.

3.5.1.4 Besondere Situation der Landesbanken

1437. Eine deutsche Besonderheit stellt die Beteiligung staatlicher Banken an dem in der Finanzkrise entscheidenden Geschäft mit US-Subprime-Papieren dar. Die Landesbanken – aber auch einige große Sparkassen – hatten sich innerhalb des deutschen Finanzsystems in besonders großem Maße in Subprime-Papieren engagiert. Es ist durchaus kein Zufall, dass diese staatlichen Banken im Geschäft mit Subprime-Papieren in größerer Zahl als private und genossenschaftliche Institute aktiv waren.

1438. Das Engagement der staatlichen Banken in US-Subprime-Papieren hatte eine tiefer liegende Ursache in erheblichen Wettbewerbsverzerrungen zugunsten dieser Banken, die aufgrund einer im Jahr 2001 erreichten Verständigung mit der EU (sogenannte Brüsseler Konkordanz) abgebaut werden mussten.¹³⁴ Dabei handelte es sich um den Wegfall einer unbeschränkten expliziten Staatshaftung für die Verbindlichkeiten staatlicher Banken, die als öffentliche Anstalten organisiert waren (sogenannte Anstaltslast und Gewährträgerhaftung). Aufgrund dieser Staatshaftung hatten die betreffenden Banken über ein vorteilhaftes Rating und damit über erhebliche Refinanzierungsvorteile verfügt. Diese lagen Schätzungen zufolge je nach Institut zwischen 19 und 69 Basispunkten.¹³⁵ Die Verständigung mit der EU sah grundsätzlich vor, dass die Komponente der Anstaltslast an das sogenannte Marktinvestorprinzip angepasst und die Komponente der Gewährträgerhaftung ganz abgeschafft würde. Dadurch sollte die Haftung für staatliche Banken der Eigentümerhaftung für private Banken möglichst vollständig angeglichen werden. Den betroffenen Banken wurde zur Umstellung ihres Geschäfts eine Übergangszeit bis zum 18. Juli 2005 eingeräumt; im Anschluss daran durften nur noch bestehende Verbindlichkeiten und auch diese nur bis zum Ende des Jahres 2015 von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung gedeckt werden.

1439. Der drohende Wegfall des mit Anstaltslast und Gewährträgerhaftung verbundenen Wettbewerbsvorteils veranlasste namentlich die Landesbanken, bis 2005 an den Finanzmärkten viel frisches Kapital aufzunehmen. Im Gegensatz zu den Sparkassen, die ihr Geschäft relativ einfach entsprechend den Vorgaben der Brüsseler Konkordanz umgestalten konnten, hatten die Landesbanken ein Geschäftsmodell, das von guten Bewertungen der Ratingagenturen stark abhängig war, aber oft mit keiner festen Kundenbindung einherging (Großkundengeschäft, Investmentbanking). Eine Verschlechterung des Ratings führte mithin unmittelbar zu Kundenverlusten. Eine Neuausrichtung des Landesbankengeschäfts wurde allerdings dadurch behindert, dass die Sparkassen über ihre Verbände eine Aufgabenteilung erzwingen konnten, die den Landesbanken den

¹³⁴ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 28. Februar 2002, IP/02/343; Entscheidung vom 27. März 2002, E 10/2000 – Deutschland. Anstaltslast und Gewährträgerhaftung.

¹³⁵ Vgl. Berge, K./Berger, R./Locarek-Junge, H., Deutsche Landesbanken: Status Quo und Strategien vor dem Hintergrund des Wegfalls der Staatsgarantien, DIW Vierteljahreshefte zur Wirtschaftsforschung 75(4), 2006, S. 76.

Weg ins Massengeschäft weitgehend versperrte.¹³⁶ Die Landesbanken standen damit in dem Dilemma, viel überschüssige Liquidität zu haben, aber über kein robustes Geschäftsmodell zu verfügen.¹³⁷

1440. Dadurch ergaben sich gerade für die deutschen Landesbanken große Anreize für Geschäfte in riskanten Geschäftsfeldern, in denen aufgrund hoher Risiken entsprechend hohe Renditen in Aussicht standen, auch am US-Subprime-Markt. Die Sparkassen beteiligten sich zum Teil an diesen Geschäften im Rahmen des Sparkassenverbundes, dem Landesbanken und Sparkassen angehören. Derartige Geschäfte waren mit einem – wie immer gearteten – öffentlichen Auftrag der staatlichen Banken im Grunde nicht vereinbar. Sie wurden möglich, weil bei allen Finanzmarktteilnehmern eine gewisse Bedenkenlosigkeit herrschte, was nicht überschaubare Risiken betraf. Hinzu kommt, dass die Verwaltungsräte der Staatsbanken vielfach politisch besetzt waren (wie sie es auch noch heute sind) und häufig nicht über die erforderliche Fachkompetenz verfügten.¹³⁸

3.5.1.5 Krisenfall der HRE

1441. Der Fall der Hypo Real Estate (HRE) stellt einen weiteren – und in seinen wirtschaftlichen Auswirkungen einzigartigen – Sonderfall für das deutsche Finanzsystem dar. Das Geschäftsmodell der HRE beruhte auf der Ausreichung hochverzinslicher, langlaufender Kredite, die mittels kurzfristig laufenden Darlehen refinanziert wurden (insbesondere gewerbliche Immobilien- und Infrastrukturkredite). Langlaufende Kredite wurden in großem Umfang auch an Staaten vergeben, sodass sie – wie dies in der Regulierung übrigens weiter vorgesehen ist – nur mit sehr wenig Eigenkapital unterlegt werden mussten.¹³⁹ Ein mit der gewerblichen Immobilienfinanzierung zusammenhängendes Geschäft, in dem die HRE in hohem Maße aktiv war, war die Emission von Pfandbriefen. Verbriefungen waren für die HRE kein Geschäftsschwerpunkt; allerdings war die HRE aufgrund ihrer Refinanzierungsstruktur in einem extremen Maß vom Vertrauen in die Funktionsfähigkeit der Geld- und Finanzmärkte abhängig. Um ihr Kreditgeschäft zu betreiben, nutzte die HRE eine Tochtergesellschaft im relativ schwach regulierten Irland. Die deutsche Finanzaufsicht hatte keinen Überblick über die wirklichen Risiken des Gesamtgeschäfts der HRE. Diese Risiken wurden offensichtlich auch nicht in ihrem tatsächlichen Umfang offengelegt und auch von den Ratingagenturen nicht ausreichend überprüft.¹⁴⁰ Dabei wäre offenbar grundsätzlich abzusehen gewesen, dass die HRE in der Finanzkrise bald in eine existenzbedrohende Schieflage geraten musste.

3.5.2 Inanspruchnahme der impliziten Garantien und Marktergebnis

1442. Die impliziten Staatsgarantien wurden in Anspruch genommen, als sich die systemischen Gefahren aus dem Geschäft mit US-Hypothekenverbriefungen realisierten. Erst in diesem Zeitrahmen erhielten sie ihren eigentlichen – im Grunde unschätzbaren – Wert. Dabei ist bemerkenswert, dass auch Institute auf implizite Garantien zurückgreifen konnten, deren Systemrelevanz aus heutiger Sicht fraglich erscheinen mag.¹⁴¹ Dies beruhte indes auf der fehlenden Möglichkeit von Politik und Marktteilnehmern, eine etwaige Systemrelevanz im Vorhinein richtig einzuschätzen, und dem festen Glauben daran, dass einzelne Banken, die in Schieflage

¹³⁶ Diese Aufgabenteilung erregt ihrerseits wettbewerbliche Bedenken. Dazu Abschnitt 4.3.3.

¹³⁷ Vgl. OECD Bank Profitability Database: performance even worse than average German bank; <http://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=BPF1>, Abruf am 24. Juni 2014.

¹³⁸ In diesem Zusammenhang vgl. Abschnitt 4.6.2; ferner Hau, H./Thum, M., Subprime Crisis and Board (In-) Competence: Private Versus Public Banks in Germany, *Economic Policy* 24(60), 2009, S. 701-752.

¹³⁹ Vgl. Hypo Real Estate Group, Geschäftsbericht 2007.

¹⁴⁰ Die HRE verfügte bis Ende 2007 über gute Ratings mit stabilem oder positivem Ausblick; siehe Hypo Real Estate Group, Geschäftsbericht 2007, S. IV.

¹⁴¹ Dazu vgl. oben Tz. 1398.: Systemrelevanz dürfte sich in diesen Fällen schon allein daraus entwickelt haben, dass die betreffenden Banken für systemrelevant gehalten wurden und ein Zusammenbruch damit ein verheerendes Signal an den Markt gesendet hätte. Dazu siehe auch BaFin, Vermerk vom 8. Oktober 2009: Zusammenfassung der Gespräche zur Stützung der Hypo Real Estate Gruppe (HRE) vom 26.09.2008 – 28.09.2008 am Frankfurter Dienstsitz der BaFin, <http://www.ftd.de/politik/deutschland/:protokoll-zur-hre-rettung-ackermann-fuehrt-aus-dies-der-tod/537077.html> (dort nicht mehr abrufbar).

geraten waren, tatsächlich systemrelevant sein müssten. Diese Einschätzung wurde von den betreffenden Instituten naturgemäß auch nicht in Frage gestellt. Allenfalls bestand ein Interesse, eigene Verantwortung für die jeweiligen Probleme auf Politiker und auf andere Marktteilnehmer abzuschieben, die nicht früh genug einen anderen Schuldigen bezeichnet hatten (z. B. auf die HRE, Landesbanken usw.).¹⁴²

1443. Das Bestehen impliziter Garantien zwang die deutsche Politik, die IKB Deutsche Industriebank und die SachsenLB und nach dem Zusammenbruch von Lehman Brothers im Jahr 2008, dann in rascher Folge die HRE, die Commerzbank und die meisten anderen Landesbanken zu unterstützen (WestLB, BayernLB, HSH Nordbank, LBBW).¹⁴³ Hinzu kamen allgemeiner ausgerichtete Maßnahmen (Beihilferegulungen bzw. „State aid schemes“) zur Unterstützung von Finanzinstituten und Eigenmaßnahmen der Sicherungseinrichtungen der Banken, wobei die Sicherungseinrichtung der privaten Banken im weiteren Verlauf ebenfalls durch Beihilfen neu kapitalisiert werden musste. Außerdem wurde der Finanzmarktstabilisierungsfonds (SoFFin) mit der Aufgabe gegründet, Mittel zum Erwerb von Problemaktiva und zur Rekapitalisierung von Finanzinstitutionen bereitzustellen.¹⁴⁴ Ähnliche Maßnahmen wurden auch in anderen EU-Mitgliedstaaten zur Unterstützung der dortigen Banken ergriffen.

1444. Der Kapitalbedarf für solche Unterstützungsmaßnahmen war EU-weit beträchtlich. Nach Angaben der Europäischen Kommission wurden zwischen Oktober 2008 und Oktober 2012 in der ganzen EU rund EUR 5,09 Bio. (EUR 5.085.960.000.000) in Form von Garantien, Liquiditätshilfen oder Eigenkapital für die Rettung von Banken bereitgestellt (entspricht 40,3 Prozent des EU-BIP).¹⁴⁵ Davon wurden EUR 3.394 Bio. allein im Jahr 2008 als Beihilfen genehmigt. Die genehmigten sowie die in Anspruch genommenen Beihilfen für deutsche Banken beliefen sich auf EUR 646 Mrd. bzw. EUR 259 Mrd., wie die folgende Abbildung zeigt:

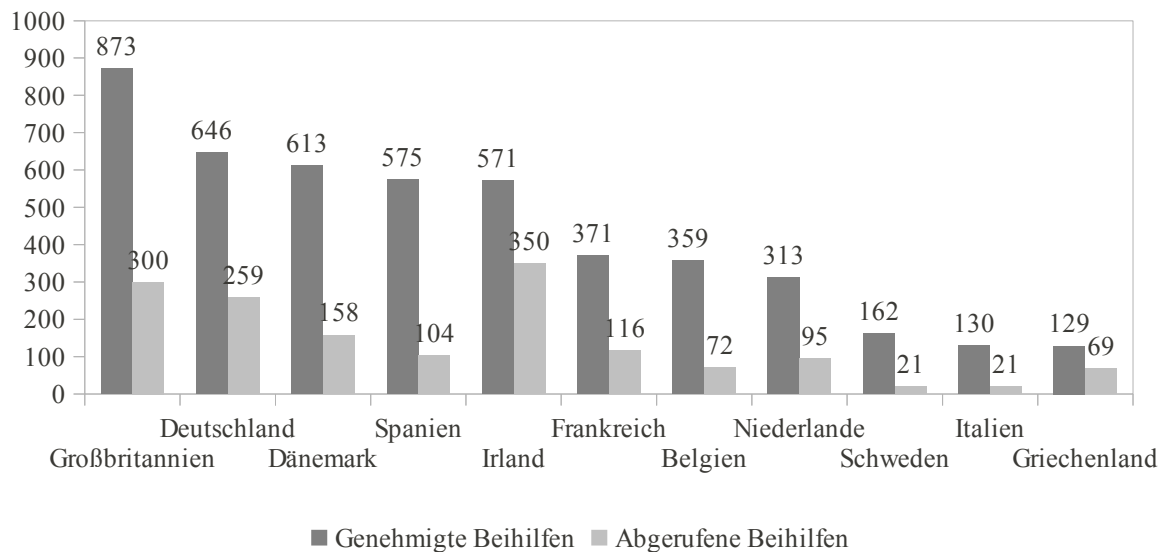
¹⁴² Zur Ermittlung der Verantwortlichkeiten siehe etwa 2. Untersuchungsausschuss der 16. Wahlperiode (HRE-Ausschuss), Sachstandsbericht vom 18. September 2009, BT-Drs. 16/14000; U.S. Senate, Permanent Subcommittee on Investigations, Wall Street & The Financial Crisis: Anatomy of a Financial Collapse, Bericht vom 13. April 2011.

¹⁴³ Siehe EU-Kommission, MEMO/13/337 vom 16. April 2013 zu den seit 2008 bis dahin ergangenen Beihilfeentscheidungen. Die im selben Zeitrahmen erfolgte Rekapitalisierung der Nord/LB war nicht unmittelbar krisenbedingt, sondern steht im Zusammenhang mit den erhöhten Eigenkapitalanforderungen unter Basel III. Keine Hilfen hat bisher die Hessische Landesbank (Helaba) in Anspruch genommen.

¹⁴⁴ Siehe etwa EU-Kommission, Entscheidung vom 27. Oktober 2008, N 512/2008 – Deutschland. Rettungspaket für Kreditinstitute in Deutschland; Entscheidung vom 31. Juli 2009, N 314/09 – Deutschland. Deutsche Entlastungsregelung für wertgeminderte Vermögenswerte; Entscheidung vom 21. Januar 2009, N 17/2009 – Deutschland. SoFFin - Garantie zugunsten der Sicherungseinrichtung deutscher Banken – Deutschland. Die Sparkassengruppe verweigerte den Einsatz ihrer Sicherungseinrichtung für die Rettung der Landesbanken; dazu EU-Kommission, Staff Working Document vom 12. Juli 2010, SEC(2010) 834/2, Impact Assessment accompanying a Proposal for a Directive on Deposit Guarantee Schemes [recast], S. 24.

¹⁴⁵ EU-Kommission, Facts and figures on State aid in the EU Member States, Staff Working Document – Autumn 2012 Update – vom 21. Dezember 2012, {COM(2012) 778 final} = SEC(2012) 443 final, S. 29 ff.; korr. Bundesregierung, Bericht der Bundesregierung über die Entwicklung der Finanzhilfen des Bundes und der Steuervergünstigungen für die Jahre 2011 bis 2014 (24. Subventionsbericht), BT-Drs. 17/14621 vom 19. August 2013, S. 42. Das Beihilfeelement ist in den genannten Quellen nicht speziell aufgeführt; vgl. EU-Kommission, ebenda, S. 52. Es ist deshalb in diesem Abschnitt nicht durchgängig ausgewiesen.

Abbildung VI.2: Beihilfen ausgewählter EU-Länder für Bankenrettungen (in Mrd. Euro; > EUR 100 Mrd.) von 1. Oktober 2008 bis 1. Oktober 2012 (genehmigt) bzw. bis 31. Dezember 2011 (abgerufen)



Quelle: Eigene Darstellung auf Basis von Europäische Kommission, Facts and figures on State aid in the EU Member States, Staff Working Document – Autumn 2012 Update

1445. Die folgende Tabelle schlüsselt den Umfang der einzelnen Beihilfemaßnahmen für deutsche Institute auf. Demnach entfiel das Gros der bewilligten Beihilfen mit EUR 456 Mrd. auf Garantien, von denen EUR 135 Mrd. auch in Anspruch genommen wurden. Darüber hinaus wurden umfangreiche Rekapitalisierungs- sowie Entlastungsmaßnahmen bewilligt und durchgeführt. Die Maßnahmen zur Liquiditätsunterstützung waren hingegen vergleichsweise gering.

Tabelle VI.1: Umfang von Beihilfemaßnahmen zugunsten deutscher Banken

Beihilfemaßnahmen	Genehmigt (01.10.2008 – 01.10.2012)		Abgerufen (01.10.2008 – 31.12.2011)	
	in Mrd. EUR	in % des BIP von 2011	in Mrd. EUR	als % des BIP von 2011
Rekapitalisierung	114,61	4,5	63,24	2,46
Garantien	455,85	17,7	135,03	5,25
Entlastungsmaßnahmen (<i>asset relief</i>)	66,10	2,6	56,17	2,19
Liquiditätsunterstützung	9,50	0,4	4,75	0,18
Gesamt	646,06	25,1	259,19	10,08

Quelle: Europäische Kommission, Facts and figures on State aid in the EU Member States, Staff Working Paper Autumn 2012 Update

1446. Es ist davon auszugehen, dass ein erheblicher Teil von Beihilfen für solche Banken bereitgestellt wurde, die von impliziten Staatsgarantien profitierten. Soweit aus den Entscheidungen ersichtlich, sah die Europäische Kommission die Institute, denen insbesondere in der Hochphase der Krise bis ins Frühjahr 2009 hinein Beihilfen gewährt werden sollten, typischerweise nicht als „grundsätzlich gesund“ an, sondern als

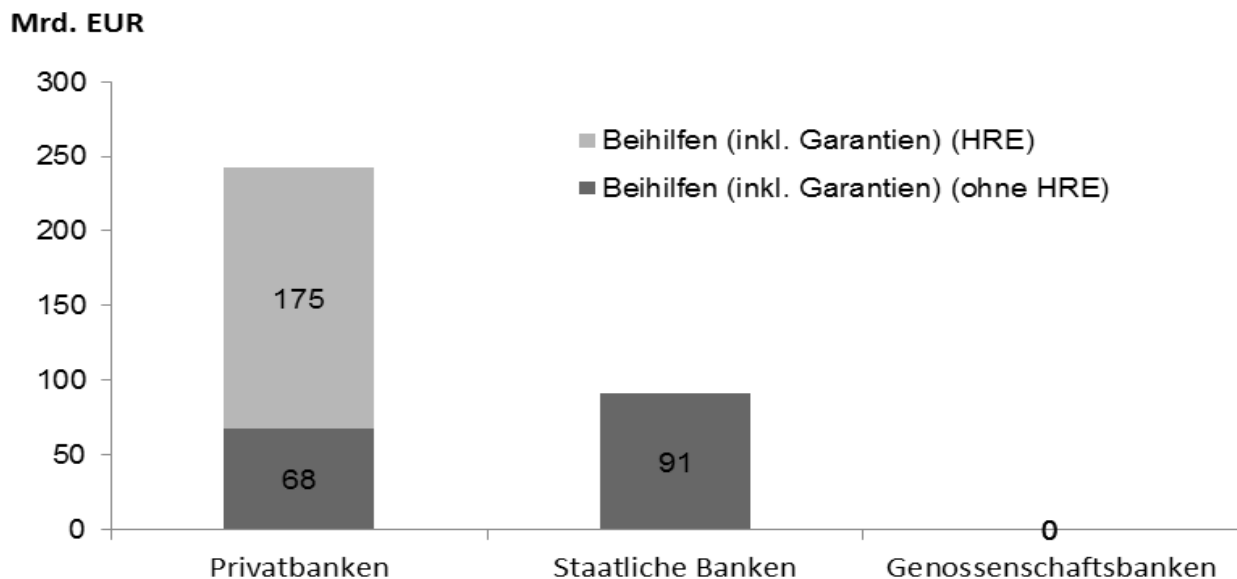
„mit endogenen Problemen“ behaftet.¹⁴⁶ Dabei waren „grundsätzlich gesunde“ Institute solche mit einem grundsätzlich ausgeglichenen Geschäfts- und Risikoprofil, die nur aufgrund der besonderen Situation der Finanzkrise in Schieflage geraten waren. Institute „mit endogenen Problemen“ dagegen hatten ein Geschäft, das mit Risiken in einem größeren Ausmaß belastet war. Der Umstand, dass diese Institute durch Beihilfen am Markt gehalten werden sollten, spricht unmittelbar dafür, dass sie von einer impliziten Garantie profitierten. Zwar lassen sich aus den bereitgestellten Beihilfen nicht im Einzelnen die zusätzlichen Kosten isolieren, die sich gerade aus der Möglichkeit von Banken zur Inanspruchnahme impliziter Staatsgarantien ergaben. Dies liegt schon daran, dass im Einzelfall unklar bleiben konnte, in welchem Umfang eine Bank an endogenen Risiken litt oder inwiefern auch ein „grundsätzlich gesundes“ Geschäft betroffen war. Allerdings muss berücksichtigt werden, dass sich die Marktverzerrung durch implizite Garantien auch in der Gefahr zeigte, dass mit Systemrisiken belastete Institute bei ihrem Zusammenbruch auch „grundsätzlich gesunde“ Institute mit sich reißen würden. In jedem Fall genügt es hier deshalb festzuhalten, dass sich die Möglichkeit zur Inanspruchnahme impliziter Staatsgarantien – zumindest unter anderem – im Umfang der bereitgestellten Beihilfen widerspiegeln dürfte.

1447. Die bereitgestellten Beihilfen wurden nur zum Teil tatsächlich abgerufen. Allerdings unterlagen Unterstützungsmaßnahmen dann keiner beihilferechtlichen Überprüfung, wenn sie vom Staat als Instituts-eigentümer nach dem Maßstab eines privaten Marktinvestors geleistet wurden. In welchem Umfang es zu solchen „verdeckten“ Unterstützungsmaßnahmen gekommen ist (z. B. auf der Ebene der Primärinstitute der Sparkassengruppe), muss offenbleiben.

1448. Die Beihilfeentscheidungen der Europäischen Kommission weisen die genehmigten Beihilfen für einzelne Banken sowie für die jeweiligen Rettungsschirme aus, aber keine Leistungen der Rettungsschirme, die nicht ihrerseits anmeldepflichtig waren. Allerdings ergeben die Genehmigungsentscheidungen der Kommission sowie die Veröffentlichungen der Bundesanstalt für Finanzmarktstabilisierung (FMSA) zu den vom Sonderfonds Finanzmarktstabilisierung geleisteten Unterstützungsmaßnahmen ein ungefähres Bild, in welchem Umfang die drei Säulen des deutschen Bankensystems von genehmigten Beihilfen profitierten.¹⁴⁷

¹⁴⁶ Dafür sprechen insbesondere die weitreichenden Umstrukturierungsaufgaben, mit denen die Freigabe der Beihilfen i. d. R. verknüpft wurde; vgl. etwa EU-Kommission, Entscheidung vom 21. September 2008, C 10/2008 – Umstrukturierung der IKB; EU-Kommission, Entscheidung vom 12. Mai 2009, C 43/2008 – Deutschland. Umstrukturierung der WestLB AG; Kommission, Beschluss vom 18. Juli 2011, SA.28264 = C 15/2009 – Deutschland. Staatliche Beihilfe zur Umstrukturierung der Hypo Real Estate. Dazu auch noch Tz. 1461.

¹⁴⁷ Dabei handelt es sich um die in der Kommissionsentscheidung genehmigten Beihilfen, nicht um Maßnahmen zur Finanzierung des SoFFin oder von Sicherungssystemen, die von der Europäischen Kommission nicht auch als Beihilfen gegenüber einem bestimmten Institut geprüft worden sind. Die EU-Kommission hat Maßnahmen des SoFFin zugunsten eines einzelnen Instituts dann als Beihilfen klassifiziert, wenn vonseiten eines privaten Marktinvestors keine Unterstützung mehr zu erwarten gewesen wäre; vgl. Tz. 1447. Aus den Beihilfeentscheidungen der EU-Kommission lassen sich insoweit zum Teil keine genauen Angaben entnehmen.

Abbildung VI.3: Genehmigte Beihilfen (kumuliert) je Bankensäule von 1. Oktober 2008 bis 1. Oktober 2012

Quelle: Eigene Darstellung. Europäische Kommission, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-126_en.htm, Abruf am 7. Mai 2014.¹⁴⁸ Die Darstellung enthält alle Arten von genehmigten Unterstützungsmaßnahmen (inkl. Garantien), unabhängig davon, ob sie tatsächlich in Anspruch genommen wurden.

1449. Das Bundesministerium der Finanzen hat der Monopolkommission auf Anfrage die Durchschnittsvolumina der gewährten Maßnahmen des SoFFin und der KfW/Bund, der Bundesländer und der jeweiligen Kommunen für den Zeitraum Oktober 2008 bis Oktober 2012 sowie die Ende 2013 noch ausstehenden Maßnahmen mitgeteilt. Die tatsächlich geleisteten Hilfen sind danach niedriger als die ursprünglich genehmigten Beihilfen und weichen zum Teil auch von den oben (Tz. 1445.) als abgerufen angegebenen Beihilfen ab, was insbesondere an unterschiedlichen Maßnahmenzuordnungen liegen dürfte. Danach belaufen sich die tatsächlich gewährten Unterstützungen nach Bankensäulen auf die folgenden Werte in **Tabelle VI.2**.

1450. Die vorstehenden Darstellungen bestätigen, dass der größte Teil der genehmigten und der tatsächlich gewährten Unterstützung an Institute aus der Privatbankensäule geleistet wurde. Innerhalb der staatlichen Bankensäule profitierten vor allem die Landesbanken von Beihilfen. Zu diesen Instituten könnte aus wettbewerbspolitischer Sicht auch die IKB gerechnet werden, deren Anteile zu 45,5 Prozent von der KfW gehalten wurden (ohne dass dies das Gesamtbild allerdings wesentlich verändert). Die Sparkassen nahmen nur in einem relativ geringen Umfang und die Genossenschaftsbanken keine staatlichen Hilfen in Anspruch. Dennoch ist es irreführend, wenn aufgrund der aggregierten Höhe der gewährten Hilfen vorgebracht wird, die Privatbanken trügen unter den deutschen Banken die Hauptverantwortung für die Krise, wohingegen die Staatsbanken – mit Ausnahme der Landesbanken – und die Genossenschaftsbanken sich als Einzige verantwortungsbewusst verhalten und nicht fahrlässig an den Finanzmärkten spekuliert („gezockt“) hätten.

¹⁴⁸ Im relevanten Zeitraum wurden außerdem für die Nord/LB eine Umstrukturierungsbeihilfe in Höhe von EUR 3,3 Mrd. und eine Rekapitalisierungsbeihilfe i. H. v. EUR 2,6 Mrd. genehmigt. Diese Hilfen wurden jedoch vonseiten der Europäischen Kommission maßgeblich als Rekapitalisierungsbedarf im Zuge der von der Europäischen Bankaufsichtsbehörde (EBA) durchgeführten Kapitalprüfung anerkannt und sind daher in der Abbildung nicht berücksichtigt worden; vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 25. Juli 2012, SA.34381 (2012/N) – Germany (Restructuring aid to Norddeutsche Landesbank AöR).

Tabelle VI.2: Gewährte Maßnahmen im Zeitraum von 1. Oktober 2008 bis 1. Oktober 2012 (Durchschnittsvolumina)

<i>in Mrd. EUR</i>	<i>Privatbanken</i>	<i>Landesbanken/Sparkassen</i>	<i>Genossenschaftsbanken</i>
Maßnahmen SoFFin und KfW/Bund ¹⁴⁹	123 ¹⁵⁰	23,8	0
Übrige Maßnahmen ¹⁵¹	0	47,4	0
Gesamt	123	71,2	0

Anmerkung: Rundungsdifferenzen können auftreten.

Quelle: Eigene Darstellung. Bundesministerium der Finanzen

1451. Die Säule der Privatbanken ist heterogen und besteht aus einzelnen Instituten, die im Wettbewerb zueinanderstehen. In dieser Säule wurde der Hauptteil der staatlichen Hilfen für die HRE bereitgestellt (rund EUR 175 Mrd.), die wegen ihres auf sehr kurzfristiger Refinanzierung aufbauenden Geschäftsmodells besonders große Risiken eingegangen war, und für die Commerzbank (EUR 33,2 Mrd.), die nicht zuletzt wegen der vom Bund gutgeheißenen Übernahme der Dresdner Bank umfangreiche Beihilfen in Anspruch nehmen musste (zur Commerzbank siehe noch Tz. 1458.).¹⁵² Die anderen Großbanken, aber auch die Mehrzahl der kleineren Privatbanken nahmen keine staatliche Unterstützung in Anspruch.

1452. Demgegenüber bilden die Sparkassengruppe und die Genossenschaftsbanken sogenannte Verbundgruppen, die arbeitsteilig organisiert sind und in denen Wettbewerb nur mit Einschränkungen herrscht. Diese Verbundstruktur ermöglicht es der Sparkassengruppe und der genossenschaftlichen Finanzgruppe, wie die Großbanken, umfassend alle Bankdienstleistungen aus einer Hand anzubieten. Dabei konzentrieren sich in der Sparkassengruppe die Zentralbanken (DekaBank, Landesbanken) auf das Großkundengeschäft und das Investmentbanking, während die Sparkassen das traditionelle Filialgeschäft mit kleineren Geschäfts- und Privatkunden betreiben. In der genossenschaftlichen Finanzgruppe besteht eine ähnliche Aufgabenteilung zwischen DZ- und WGZ-Bank einerseits und den VR-Banken andererseits. Der Umstand, dass das Kreditsersatzgeschäft nicht in den Aufgabenbereich der Sparkassen und VR-Banken im Verbund fiel, erklärt ohne Weiteres, warum diese Institute in der Finanzkrise nur in relativ geringem Umfang in Mitleidenschaft gezogen wurden. In der Finanzkrise brachen mit den Landesbanken allerdings die für das Großkunden- und Investmentbankgeschäft zuständigen Mitglieder des Sparkassenverbunds weitgehend zusammen und mussten mit wenigen Ausnahmen umfangreiche staatliche Beihilfen in Anspruch nehmen. Diese Unterstützung war trotz der Einbindung der Banken in das Haftungsverbundsystem der Sparkassengruppe erforderlich.¹⁵³ Die Bilanz der öffentlichen Banken in der Finanzkrise ist in Anbetracht dessen ernüchternd. In

¹⁴⁹ Die Maßnahmen (in Mrd. EUR) für die Privatbanken und Landesbanken/Sparkassen lassen sich anhand der übermittelten Daten aufgliedern in Garantien (86,9 bzw. 14,9), Maßnahmen zur Risikoabschirmung (6,3 bzw. 5,9) und Kapitalmaßnahmen (29,8 bzw. 3,0).

¹⁵⁰ KfW-Anteil an IKB-Krediten nicht enthalten.

¹⁵¹ Die Heterogenität der Datenquellen macht eine Aggregation schwierig. Aufgrund dessen sind die angegebenen Werte lediglich als Approximation zu verstehen. Die Maßnahmen (in Mrd. EUR) für die Landesbanken/Sparkassen lassen sich auch hier aufgliedern in Garantien (3,5 – bis Ende 2013: 3,2) Maßnahmen zur Risikoabschirmung (27,0 – bis Ende 2013: 28,2) und Kapitalmaßnahmen (16,9 – bis Ende 2013: 17,1).

¹⁵² EU-Kommission, Beschluss vom 18. Juli 2011, SA.28264 = C 15/2009 – Deutschland. Staatliche Beihilfe zur Umstrukturierung der Hypo Real Estate; Entscheidung vom 7. Mai 2009, N 244/2009 – Deutschland. Kapitalzuführung zur Commerzbank, ergänzt im Verfahren SA.34539 – Deutschland. Änderung des Umstrukturierungsplans für die Commerzbank. Zur Commerzbank siehe schon kritisch Monopolkommission, Stellungnahme zum Finanzmarktstabilisierungsgesetz und dem „zweiten Konjunkturpaket“, Pressemitteilung vom 22. Januar 2009. Insofern entfällt auf Garantien bei der HRE ein Betrag von EUR 145 Mrd. und bei der Commerzbank von EUR 15 Mrd.

¹⁵³ Die Ausnahmen betrafen die LBBW und die WestLB; siehe EU-Kommission, Beschluss vom 15. Dezember 2009, C 17/2009 – Deutschland. Umstrukturierung der Landesbank Baden-Württemberg; Beschluss vom 20. Dezember

der genossenschaftlichen Finanzgruppe erlitten die Zentralinstitute in der Krise zwar ebenfalls empfindliche Verluste, doch konnten diese verbundintern aufgefangen werden. Die Krisenbilanz des genossenschaftlichen Verbunds fällt somit weitaus besser aus.

1453. Es ist nicht auszuschließen, dass es außerdem aufgrund der Inanspruchnahme von impliziten Garantien in Märkten, in denen deutsche Institute tätig sind, zu sogenannten Preisschirmeffekten gekommen ist. Denn die Inanspruchnahme einer impliziten Staatsgarantie kann den Wettbewerb nicht nur zugunsten des systemrelevanten Unternehmens verzerren. Daneben können auch dritte Finanzmarktakteure, die selbst nicht über eine implizite Garantie verfügen, von der Inanspruchnahme der für das systemrelevante Unternehmen bestehenden Garantie profitieren. Dies liegt insbesondere bei engen Märkten mit wenigen Anbietern nahe, die relativ schwach reguliert sind und in denen relativ große Risiken konzentriert sind.

Es liegt nahe, dass die Inanspruchnahme von impliziten Garantien auf solchen Märkten zu einer risiko-inadäquaten Preisbildung führen kann, welche andere Anbieter sich zunutze machen können. Die Problematik von Preisschirmeffekten ist aus dem Kartellschadenersatzrecht bekannt. Denn Kartellabsprachen können nicht nur die Preissetzungsspielräume der Kartellbeteiligten erhöhen, sondern auch die von nicht kartellbeteiligten Wettbewerbern auf demselben Markt.¹⁵⁴ Ein im Zusammenhang mit der Finanzkrise stehendes Beispiel für Preisschirmeffekte, die durch die Rettung einer systemrelevanten Bank bedingt waren, stellt möglicherweise die Preisentwicklung bei Hypothekarkrediten in den Niederlanden in den Jahren 2008-2010 dar. In diesem Fall machte die Europäische Kommission niederländischen Banken Auflagen für die Inanspruchnahme staatlicher Beihilfen (unter anderem sogenannte price leadership bans). Dies führte dazu, dass die betreffenden Banken keine aggressiven Preisvorstöße auf dem niederländischen Hypothekenmarkt vornehmen konnten, was von Wettbewerbern möglicherweise antizipiert wurde und dazu führte, dass diese ihre eigene Preissetzung nach oben anpassten.¹⁵⁵ Eine vergleichbare Entwicklung kann für betroffene Märkte in Deutschland nicht ausgeschlossen werden.

1454. Die Wettbewerbsverzerrungen zeigen sich ferner nicht nur an den bereitgestellten und gewährten Staatsbeihilfen, sondern dürften sich sogar dann noch ausgewirkt haben, wenn Institute, die Inhaber solcher Garantien waren, staatliche Beihilfen teilweise nicht abriefen oder auf die Staatshilfe vollständig verzichteten (wie z. B. die Deutsche Bank).¹⁵⁶ Erstens profitierten die betreffenden Institute mittelbar von den Beihilfen, die an andere Banken geleistet wurden, sodass sich die Risiken in den eigenen Büchern nicht realisierten. Zweitens gibt es Anhaltspunkte dafür, dass es zu neuen und zum Teil beträchtlichen Marktverwerfungen dadurch kam, dass die betreffenden Institute schnell und in großem Umfang Risiken abbauen und dazu ihre Bilanz verkürzen mussten („Deleveraging“).

1455. Diese Verwerfungen waren in Deutschland weitgehend nicht spürbar, da die von der Krise nicht betroffenen Institute (insbesondere Sparkassen, Genossenschaftsbanken) systemstabilisierend wirkten, sodass eine Kreditklemme infolge von Bilanzverkürzungen der international tätigen Banken (aufgrund der Krise und der nachfolgend erhöhten Eigenkapitalvorgaben) vermieden werden konnte.¹⁵⁷ Darüber hinaus haben die stärker kapitalmarktorientierten Banken ihr Eigenkapital im Vorgriff auf die krisenbedingte Verschärfung

2011, C 40/2009 – Deutschland. Umstrukturierung der WestLB; dazu Lienemeyer, M./Magnus, M., WestLB liquidation – the end of the saga, Competition Policy Newsletter 3/2011, S. 45-48. Danach ist der Fall der WestLB der bislang einzige, in dem eine fehlgeschlagene Umstrukturierung in eine Liquidation mündete.

¹⁵⁴ Vgl. EuGH, Urteil vom 5. Juni 2014, C-557/12 – Kone, noch nicht in amtl. Slg., Rz. 34; ausf. auch Beth/Pinter, WuW 2013, 228.

¹⁵⁵ Vgl. Schinkel, M.P., State-aided Price Coordination in Dutch Mortgage Banking, Präsentation vom 2.-4. September 2012 (EARIE); <http://acle.uva.nl/binaries/content/assets/subsites/amsterdam-center-for-law—economics/news/plbschinkeleare2012.pdf>, Abruf am 24. Juni 2014.

¹⁵⁶ Vgl. Deutsche Bank, Geschäftsbericht 2008, S. 64; Geschäftsbericht 2009, S. 29.

¹⁵⁷ Vgl. Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Das deutsche Finanzsystem: Effizienz steigern – Stabilität erhöhen, a. a. O., Tz. 240. Das gilt jedenfalls insofern, wie diese Institute die reduzierte Kreditvergabe der anderen Banken ausglich. Allerdings war der Kreditbedarf wegen des mit der Krise einhergehenden Wirtschaftseinbruchs ebenfalls reduziert.

der Regulierung gestärkt und das Risikomanagement verbessert (z. B. durch Kreditlimits). Die deutschen Banken haben infolge der Krise somit eigene Maßnahmen zur dauerhaften Stabilisierung des Finanzsystems in Deutschland getroffen.¹⁵⁸

1456. Allerdings wird vorgebracht, dass das Verhalten der deutschen Banken, die sich am US-Subprime-Markt verspekuliert hatten, auch zur Entwicklung der europäischen Staatsschulden- und Wirtschaftskrise beigetragen habe.¹⁵⁹ Dies beruht auf der Feststellung, dass deutsche und französische Investoren – besonders Banken – zuvor die größten Gläubiger der heutigen Krisenländer gewesen waren. Bis 2008 waren internationale Investoren bereit gewesen, diesen Ländern immer höhere Kredite zu gewähren und deren Anleihen zu kaufen. In der Krise mussten sie – sofern sie keine Beihilfen erhielten – Eigenkapital neu aufbauen und ihre Bilanzen verkürzen, um die durch Fehlspekulationen mit US-Hypothekenverbriefungen entstandenen Verluste auszugleichen. Deshalb reduzierten sie relativ kurzfristig ihre Kredite an heimische Banken in den Krisenländern und verringerten ihren Bestand an Staatsanleihen, und zwar noch deutlich bevor Nichtbanken-Investoren ihre Forderungsbestände abzubauen begannen (noch vor dem Lehman-Kollaps).¹⁶⁰

In der Tat weisen offizielle Datenerhebungen darauf hin, dass ein solcher schneller Forderungsabbau („Sudden Stop“) stattgefunden hat (vgl. **Abbildung VI.4**). Die Bedeutung des Rückzugs der deutschen Banken aus den Krisenländern bleibt noch näher zu untersuchen. Ein etwaiger Beitrag der Banken zur dortigen Krise müsste allerdings als gravierend angesehen werden angesichts der Tatsache, dass die Euro- und Wirtschaftskrise die Auswirkungen der Finanzkrise noch verlängert und ihrerseits zu erheblichen Marktstörungen geführt hat.

1457. Die längerfristigen wettbewerblichen Folgen der Finanzkrise lassen sich insgesamt noch nicht abschätzen. Die Europäische Kommission hält die Auswirkungen auf den Wettbewerb bisher für überschaubar.¹⁶¹ Die Bewältigung der Krise durch die staatlichen Beihilfen und die kurzfristige Neuregulierung des Finanzsektors hat für den Wettbewerb allerdings die folgenden Risiken mit sich gebracht:

- Bestätigung bzw. unzureichender Abbau der impliziten Garantien und dadurch mögliche Förderung riskanten Marktverhaltens außerhalb der Reichweite der gegenwärtigen Regulierungsmaßnahmen (z. B. im Schattenbankbereich),
- Verfälschung der Wettbewerbsbedingungen zum Nachteil nicht staatlich unterstützter Institute durch die staatlichen Beihilfen (z. B. Verzerrung der Refinanzierungsbedingungen),
- Belastung nicht systemrelevanter (insbesondere kleinerer) Institute durch die gegenwärtige Regulierung zum Abbau von Systemrelevanz und
- mögliche weitergehende Auswirkungen auf die Realwirtschaft.¹⁶²

¹⁵⁸ Diese Maßnahmen der Marktteilnehmer zur Verbesserung ihres Risikomanagements dürften durch die Aufsichtsbehörden in Zukunft enger begleitet werden; dazu FSB, Principles for an Effektive Risk Appetite Framework, 18. November 2013; ders., Increasing the Intensity and Effectiveness of Supervision. Guidance on Supervisory Interaction with Financial Institutions on Risk Culture, Consultative Document, 18. November 2013. In Deutschland sind kürzlich Vorschriften zu anonymen Hinweisgebern bzw. „whistleblowers“ in Kraft getreten, die den Druck zur Verbesserung des Risikomanagements erhöht haben, vgl. § 25a I 6 Nr. 3 KWG.

¹⁵⁹ Vgl. Lindner, F., a. a. O., allerdings mit Ableitung von Politikempfehlungen, die im Kontext dieses Gutachtens nicht von Belang sind; WIFO (Österreich), Presseinformation vom 28. Juni 2013.

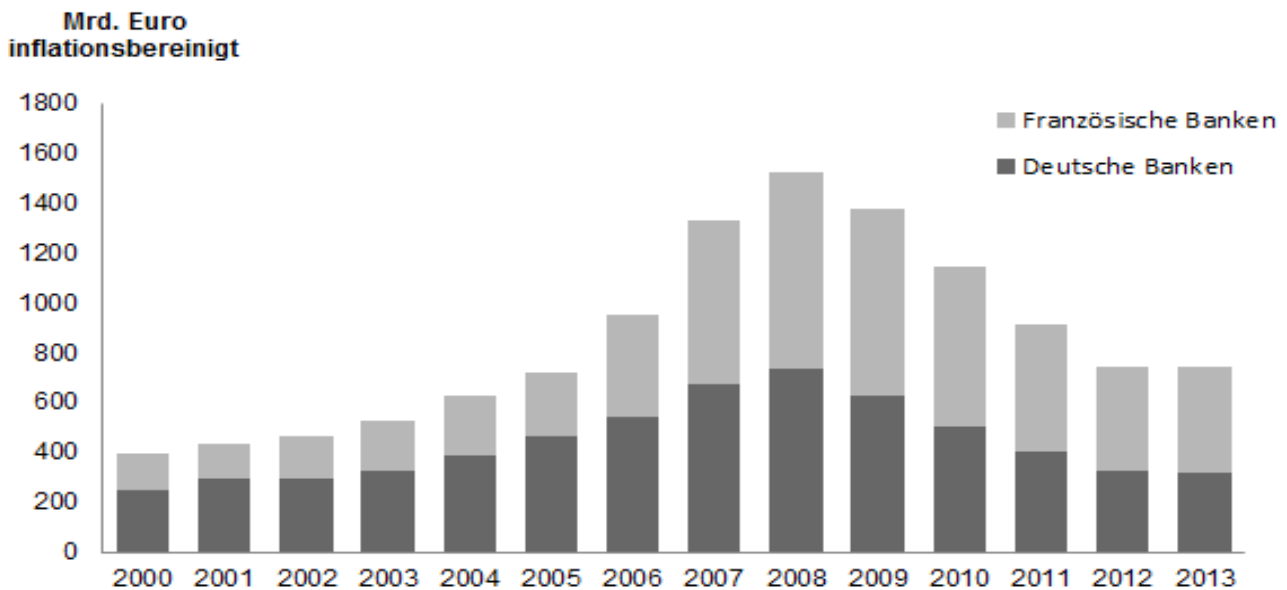
¹⁶⁰ Dazu Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 2013/2014, Gegen eine rückwärtsgewandte Wirtschaftspolitik, Wiesbaden 2013, Tz. 359 ff.; EU-Kommission, Arbeitsunterlage vom 15. Mai 2014, Wirtschaftliche Überarbeitung der Agenda zur Finanzregelung, SWD(2014) 158 final, S. 39 f.

¹⁶¹ EU-Kommission, Bericht vom 1. Dezember 2011, Anzeiger für staatliche Beihilfen. Bericht über staatliche Beihilfen der EU-Mitgliedstaaten, KOM(2011) 848 endgültig, S. 5.

¹⁶² Siehe etwa EU-Parlament, State aid crisis rules for the financial sector and the real economy, Studie vom Juni 2011, PE 464.427 (für die EU); Jeske, K./Krueger, D./Mitnam, K., Housing and the Macroeconomy: The Role of

Dass diese Risiken in Kauf genommen werden mussten, ist zu einem Großteil den bestehenden Umständen geschuldet, d. h. der Komplexität und Eilbedürftigkeit der gebotenen Maßnahmen, unvollständiger EU-weiter Aufsicht und Koordinierung sowie der grundsätzlich berechtigten Zurückhaltung der Mitgliedstaaten beim Einsatz finanzieller Mittel. Dennoch können diese Risiken die Entwicklung des Wettbewerbs auf den Finanzmärkten wie auch den Märkten der Realwirtschaft auf längere Sicht erheblich beeinträchtigen und sollten deshalb längerfristig überwacht werden.

Abbildung VI.4: Konsolidierte Auslandsforderungen von Banken in Deutschland und Frankreich gegenüber Griechenland, Irland, Italien, Portugal und Spanien (kumuliert)



Quellen: Eigene Berechnung. Quartalsdaten zu Auslandsforderungen; vgl. Bank für Internationalen Zahlungsausgleich (BIZ), Konsolidierte Statistiken, 2014. Auf Basis der Quartalsdaten wurden Jahresmittelwerte berechnet. Zur Konvertierung und Inflationsbereinigung wurde ein realer effektiver Wechselkurs verwendet; vgl. Europäische Zentralbank (EZB), Statistical Data Warehouse, 2014.

1458. In Deutschland dürften die wettbewerblichen Auswirkungen der unmittelbaren staatlichen Unterstützungsmaßnahmen mittlerweile abnehmen. Die Banken, die Beihilfen erhielten bzw. in Anspruch genommen haben, haben die erhaltenen Gelder bereits zum Teil zurückgezahlt und die meisten Staatsgarantien zurückgegeben.¹⁶³ Einen Sonderfall stellt offenbar die Commerzbank dar, die nach dem Vorbringen ihrer Wettbewerber dauerhaft von erheblichen Wettbewerbsvorteilen aufgrund von staatlichen Beihilfen profitiert.¹⁶⁴ Es wäre aus Sicht der Monopolkommission zu wünschen, dass der Bund diese Unterstützung vollständig abbaut.

Hinsichtlich der Rückführung der gewährten Unterstützungsmaßnahmen ergibt sich auf Basis der vom Bundesministerium der Finanzen mitgeteilten Daten das folgende Bild (vgl. Tabelle VI.3):

Bailout Guarantees for Government Sponsored Enterprises, NBER Working Paper No. 17537, Oktober 2011 (für die USA).

¹⁶³ Dabei profitieren die WestLB und die HRE (bzw. ihre Rechtsnachfolger) von der Auslagerung „toxischer“ Papiere in staatliche Abwicklungsanstalten.

¹⁶⁴ Der Anteilsbesitz des Bundes liegt nach dem Geschäftsbericht 2013, S. 21, noch bei 17 Prozent; die Kapitalmaßnahmen des SoFFin beliefen sich zum 30. April 2013 auf EUR 5,1 Mrd.

Tabelle VI.3: Gewährte Maßnahmen – ausstehend per 31. Dezember 2013

Ausstehende Beihilfemaßnahmen in Mrd. EUR	Privatbanken	Landesbanken/Sparkassen	Genossenschaftsbanken
Maßnahmen SoFFin und KfW/Bund ¹⁶⁵	23,4 ¹⁶⁶	2	0
Übrige Maßnahmen ¹⁶⁷	0	54,2	0
Gesamt	23,4	56,2	0

Anmerkung: Rundungsdifferenzen können auftreten.

Quelle: Eigene Darstellung. Bundesministerium der Finanzen

Mit der Rückgabe der in der Krise gewährten Beihilfen ist das Problem der impliziten Garantien allerdings nicht behoben. Die gewährten Beihilfen waren ganz erhebliche Eingriffe in den Markt, die zum Teil eine dauerhaft wettbewerbsverfälschende Wirkung entfalten. Sie haben durch den Wettbewerb bedingte Marktaustritte hinausgezögert (WestLB) oder sogar verhindert. Durch – häufig politisch gewollte – Fusionen sind die größeren Institute im Verlauf der Finanzkrise zum Teil sogar weiter gewachsen.¹⁶⁸ Davon profitierten auch solche Institute, deren Zusammenschluss nicht zur Systemstabilisierung erforderlich war (z. B. im Fall Deutsche Bank/Postbank). Andererseits ist es bislang zu keiner spürbaren Konsolidierung im Markt gekommen, insbesondere dort, wo die Banken Probleme hatten, eine kritische Größe zu erreichen, und wo folglich eine Konsolidierung zur Erhöhung der gesamtwirtschaftlichen Effizienz des Finanzsektors wünschenswert wäre (z. B. unter den Landesbanken).¹⁶⁹ Eine solche Konsolidierung trifft freilich nicht nur auf politische Widerstände, sondern auch auf rechtliche Hindernisse (z. B. öffentlicher Auftrag der Staatsbanken). Die bislang getroffenen und diskutierten Regulierungsmaßnahmen dienen zwar dazu, die bestehenden impliziten Garantien abzubauen, doch ist bislang noch offen, in welchem Umfang ein solcher Abbau tatsächlich gelingt.

Die mit der Aufarbeitung der Krise verbundenen Kosten führen zudem zu einer erheblichen Belastung der Staatshaushalte und einer problematischen Schwächung von Teilen der deutschen Finanzwirtschaft.¹⁷⁰ Der zur Bankenrekapitalisierung eingerichtete Sonderfonds Finanzmarktstabilisierung (SoFFin) hat seit seiner Gründung im Oktober 2008 bis Ende 2013 kumulierte Verluste von knapp EUR 21,5 Mrd. generiert.¹⁷¹

¹⁶⁵ Die Maßnahmen (in Mrd. EUR) für die Privatbanken und Landesbanken/Sparkassen lassen sich anhand der übermittelten Daten aufgliedern in Garantien (1,2 bzw. 0,0), Maßnahmen zur Risikoabschirmung (5,8 bzw. 0,0) und Kapitalmaßnahmen (16,4 bzw. 2,0).

¹⁶⁶ KfW-Anteil an IKB-Krediten nicht enthalten.

¹⁶⁷ Die Heterogenität der Datenquellen macht eine Aggregation schwierig. Aufgrund dessen sind die angegebenen Werte lediglich als Approximation zu verstehen. Die Maßnahmen (in Mrd. EUR) für die Landesbanken/Sparkassen lassen sich auch hier aufgliedern in Garantien (2,0) Maßnahmen zur Risikoabschirmung (34,3) und Kapitalmaßnahmen (17,9).

¹⁶⁸ Siehe zu den Fusionskontrollverfahren BKartA, Entscheidung vom 14. November 2009 und 18. Februar 2009, B4-133/08 und B4-29/09; Entscheidung vom 10. Dezember 2008, B4-134/08; BKartA, Tätigkeitsbericht 2007/2008, BT-Drs. 16/13500 vom 22. Juni 2009, S. 137 f.; Tätigkeitsbericht 2009/2010, BT-Drs. 17/6640 vom 20. Juli 2011, S. 57.

¹⁶⁹ Insofern kann eine größere Konzentration auch zu mehr Stabilität führen; diff. OECD, Competition, Concentration and Stability in the Banking Sector, Policy Roundtables 2010, insb. S. 21 ff.; kürzlich ferner Bremus, F., Marktkonzentration im Bankensektor kann makroökonomische Effekte haben, DIW Wochenbericht Nr. 13+14/2013, S. 3.

¹⁷⁰ Der Finanzsektor insgesamt ist bis 2012 gewachsen, was sich aus der aggregierten Bilanzsumme der Kreditinstitute ersehen lässt, die 2006 noch bei rund EUR 7,19 Bio. gelegen hatte und bis zum Mai 2012 auf einen Spitzenwert von EUR 8,93 Bio. anstieg (+24 Prozent), bevor sie bis April 2014 wieder bis auf EUR 7,595 Bio. absank; vgl. Deutsche Bundesbank, Bankenstatistik April 2013 und Juni 2014 (jeweils Tab. I.1, Summe der Aktiva).

¹⁷¹ Vgl. FMSA, Pressemitteilung vom 9. Mai 2014 zum Jahresabschluss 2013 des Finanzmarktstabilisierungsfonds (SoFFin), des Restrukturierungsfonds und der Bundesanstalt für Finanzmarktstabilisierung (FMSA).

Insgesamt wurden Altlasten mit einem Volumen von EUR 637 Mrd. in Abwicklungsanstalten und Zweckgesellschaften („Bad Banks“) ausgelagert, die nur langsam abgebaut werden und die Banken und ihre Eigentümer dauerhaft belasten.¹⁷² Beunruhigend ist, dass für die Banken angesichts des niedrigen Zinsniveaus zurzeit erhebliche Anreize dafür bestehen, erneut in renditeträchtigen und entsprechend riskanten Geschäftsfeldern zu investieren.

3.5.3 Rechtsrahmen in EU-Beihilfeverfahren

1459. Die von den Mitgliedstaaten der EU gewährten Maßnahmen zur Unterstützung einzelner Institute unterlagen – wie bereits im vorigen Abschnitt angesprochen – der beihilferechtlichen Überprüfung durch die Europäische Kommission.¹⁷³

1460. Dabei wurde früh deutlich, dass die herkömmlichen Maßstäbe zur Überprüfung der Beihilfen aufgrund des systemischen Charakters der Krise angepasst werden mussten. Die Europäische Kommission entwickelte deshalb durch Leitlinien¹⁷⁴ und ihre Entscheidungspraxis einen – zwischenzeitlich mehrfach überarbeiteten¹⁷⁵ – besonderen Rechtsrahmen, der die Belange des Wettbewerbs in der EU mit dem von den Mitgliedstaaten verfolgten Ziel der Wiederherstellung der Finanzmarktstabilität in Einklang bringen sollte.

1461. In diesem Rechtsrahmen trug die Europäische Kommission dem Problem impliziter Garantien Rechnung. Schon früh unterschied sie – wie erwähnt – zwischen „grundsätzlich gesunden“ und Instituten, die „endogenen Schwierigkeiten“ gegenüberstanden.¹⁷⁶ Später differenzierte sie genauer nach dem Risikoprofil im Einzelfall. Auf diese Weise berücksichtigte die Europäische Kommission, dass das Geschäft einiger Banken aufgrund seines Risikos unter Marktbedingungen nicht finanzierbar war. Wenn eine Bank grundsätzlich gesund war, konnte es dem entsprechend mit Blick auf das Ziel der Wiederherstellung unverfälschten Wettbewerbs relativ weitgehend gerechtfertigt sein, der Bank Beihilfemaßnahmen zu gewähren, um sie davor zu bewahren, infolge der systemischen Störungen mit in den Abgrund gerissen zu werden.¹⁷⁷ Wenn eine Bank dagegen aufgrund ihres Risikoprofils – ungeachtet dieser Störungen – „technisch insolvent“ war, sollte sie nach Ansicht der Europäischen Kommission grundsätzlich abgewickelt werden.¹⁷⁸

1462. In der weiteren Entwicklung der Beihilfenkontrollpraxis entwickelte die Europäische Kommission ferner Grundsätze, um mit den durch die Krise und die Rettungsmaßnahmen der Mitgliedstaaten bedingten Marktproblemen umzugehen. Zu den durch die Krise bedingten Marktproblemen zählte insbesondere der Umstand, dass der Markt durch den systemischen Charakter der Krise gestört und der Wert des Vermögens aller Banken aufgrund des Vertrauensschwunds am Markt erheblich unter den eigentlichen Marktwert ge-

¹⁷² Eine weniger belastende Lösung stellt nach den gegenwärtigen Informationen die in den USA vorgenommene Zwangskapitalisierung dar; dazu Abschnitt 3.8.2. Die angegebenen Zahlen beruhen auf Jones, K./Hübner, A., Geheimsache Bad Banks, Format.at, 14. April 2013.

¹⁷³ Vgl. Art. 107 ff. AEUV.

¹⁷⁴ Insbesondere die schon erwähnte Bankenmitteilung (Fn. 71), ABl. EU C 270 vom 25. Oktober 2008, S. 8; Rekapitalisierungsmitteilung (Fn. 66), ABl. EU C 10 vom 15. Januar 2009, S. 2; Impaired Assets-Mitteilung (Fn. 66), ABl. EU C 72 vom 26. März 2009, S. 1; Umstrukturierungsmitteilung (Fn. 66), ABl. EU C 195 vom 19. August 2009, S. 9; und Mitteilung über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen zur Stützung von Banken im Kontext der Finanzkrise ab dem 1. Januar 2012 (nachfolgend „Entfristungsmitteilung“), ABl. EU C 356 vom 6. Dezember 2011, S. 7.

¹⁷⁵ Siehe zuletzt EU-Kommission, Mitteilung über die Anwendung der Vorschriften für staatliche Beihilfen ab dem 1. August 2013 auf Maßnahmen zur Stützung von Banken im Kontext der Finanzkrise ([Neue] „Bankenmitteilung“), ABl. EU C 216 vom 30. Juli 2013, S. 1. Diese Mitteilung passt den bis dahin bestehenden Rechtsrahmen an die neue Bankenregulierung infolge der Finanzkrise an. Sie wird hier deshalb erst im Zusammenhang mit der Regulierung berücksichtigt.

¹⁷⁶ Vgl. Bankenmitteilung, Tz. 14, 33; Rekapitalisierungsmitteilung, Tz. 12; differenzierender Impaired Assets-Mitteilung, wo es nur um die Bewertung der durch die Krise beeinträchtigten Vermögenswerte geht, aber auch dort Berücksichtigung des Risikoprofils, Tz. 52; Vgl. auch Verweise auf Moral Hazard und Expansion, z. B. in Tz. 36 der Umstrukturierungsmitteilung.

¹⁷⁷ Vgl. Umstrukturierungsmitteilung, Tz. 29.

¹⁷⁸ Vgl. Impaired Assets-Mitteilung, Tz. 22 f.

fallen war. Um Wettbewerbsverzerrungen durch eine zu weit gestreute Beihilfengewährung zu verhindern, sollten Entlastungsmaßnahmen bezüglich der beeinträchtigten Vermögenswerte auf Banken mit (tatsächlich) systemischer Bedeutung beschränkt bleiben.¹⁷⁹ Auch in Bezug auf diese Banken war soweit möglich zu verhindern, dass die gewährten Beihilfen implizite Garantien fortschrieben oder gar zu neuen impliziten Garantien führten.¹⁸⁰ Ebenso war dem Risiko einer Fragmentierung des Binnenmarkts entgegenzuwirken.¹⁸¹

1463. Ausgangspunkt bei der Beurteilung der Beihilfemaßnahmen blieb jeweils das Bestreben, dass gleichwertige Wettbewerbsverhältnisse wieder hergestellt werden sollten.¹⁸² Auf dieser Grundlage entwickelte die Europäische Kommission in ihren Leitlinien die nachstehenden Grundsätze zum Ausgleich der Belange des Wettbewerbsschutzes mit den Belangen der Finanzmarktstabilität.

1464. Hinsichtlich der Frage der Erforderlichkeit einer Beihilfemaßnahme ging die Europäische Kommission im Wesentlichen von folgenden Grundsätzen aus:

- Die Finanzkrise konnte bei allen betroffenen Instituten (gesunden oder nicht gesunden) zu Wertverlusten führen.¹⁸³
- Aus Gründen der Finanzmarktstabilität war es hinzunehmen, dass Institute relativ großzügig gerettet und dabei kurzfristig Abstriche bei der „Lastenverteilung“ hinsichtlich der krisenbedingten Kosten gemacht wurden. Allerdings musste dafür im Gegenzug grundsätzlich ein späterer Ausgleich vorgesehen werden, etwa durch Rückholklauseln („claw-back“).¹⁸⁴
- Die von den Mitgliedstaaten gewährten Beihilfen durften die impliziten Garantien nicht weiter erhöhen. Insbesondere durften sie nicht Wettbewerber benachteiligen, die keine Unterstützung erhielten.¹⁸⁵ Deshalb sollten Umstrukturierungsbeihilfen bspw. nur die zur Wiederherstellung der Rentabilität notwendigen Kosten abdecken, aber keine Möglichkeit zur marktverzerrenden Expansion geben.¹⁸⁶
- Das betreffende Institut musste vor der Gewährung einer Beihilfe einen signifikanten Eigenbeitrag leisten. Das bedeutet, dass die Banken zur Finanzierung der Umstrukturierung als erstes soweit möglich ihre eigenen Mittel verwenden sollten. Verluste sollten mit verfügbarem Kapital aufgefangen werden und angemessene Vergütungen für staatliche Maßnahmen bezahlt werden.¹⁸⁷ Je geringer der Eigenbeitrag war, den eine Bank während der Krise leistete, um so höher musste er danach sein.¹⁸⁸
- Die Beihilfe-Maßnahmen unterlagen einer Überprüfung durch die Europäische Kommission hinsichtlich ihrer grundsätzlichen Notwendigkeit zur Finanzmarktstabilisierung,¹⁸⁹ der Notwendigkeit einer Beihilfe in der jeweiligen Höhe sowie in Bezug auf die Merkmale der betroffenen Märkte¹⁹⁰. Bei der Frage, ob die Beihilfe angemessen war, wurden insbesondere auch das Risikoprofil des Bankgeschäfts und die Unterbewertung von Risiken in der Zeit vor der Krise berücksichtigt.¹⁹¹ In

179 Vgl. Impaired Assets-Mitteilung, Tz. 12.

180 Vgl. Umstrukturierungsmitteilung, Tz. 28; Rekapitalisierungsmitteilung, Tz. 9 f., 18.

181 Vgl. Umstrukturierungsmitteilung, Tz. 29; Rekapitalisierungsmitteilung Tz. 8.

182 Vgl. Rekapitalisierungsmitteilung, Tz. 11: „gerechte Wettbewerbsbedingungen und eine Normalisierung der Marktverhältnisse“.

183 Vgl. Impaired Assets-Mitteilung, ferner Umstrukturierungsmitteilung Tz. 37.

184 Vgl. Umstrukturierungsmitteilung, Tz. 25.

185 Vgl. Umstrukturierungsmitteilung, Tz. 39.

186 Vgl. Umstrukturierungsmitteilung, Tz. 22 f.

187 Vgl. Bankenmitteilung, Tz. 25 ff.; Umstrukturierungsmitteilung, Tz. 24; Impaired Assets-Mitteilung, Tz. 21.

188 Vgl. Impaired Assets-Mitteilung, Tz. 25.

189 Vgl. Impaired Assets-Mitteilung, Tz. 27-29; s.a. Tz. 32: auf toxische assets beschränkte Beihilfe mag nicht genügen.

190 Vgl. Umstrukturierungsmitteilung, Tz. 30.

191 Vgl. Rekapitalisierungsmitteilung, Tz. 13, 18, 22 ff. (d. h., auch in diesem Kontext konnte die Unterscheidung von

Bezug auf den eigentlichen Umfang der Beihilfe war Verhältnismäßigkeit sicherzustellen: Der Markteingriff durch die Beihilfemaßnahmen war auf ein Minimum zu begrenzen und nicht-diskriminierend vorzunehmen.¹⁹² Bezüglich Maßnahmen zur marktdäquaten Begrenzung beihilfebedingter Wettbewerbsverzerrungen prüfte die Europäische Kommission, ob die Wettbewerbsvorteile der begünstigten Bank in Bezug auf Umfang, Reichweite und Art ihrer Geschäftstätigkeiten nicht noch erhöht wurden.¹⁹³ Schließlich sollte verfahrensmäßige Transparenz sichergestellt werden.¹⁹⁴

1465. Hinsichtlich der Notwendigkeit eines angemessenen Ausgleichs für die erlangte Beihilfe ging die Kommission von einem Schema aus, das sie unabhängig von der Finanzkrise für Rettungen und Umstrukturierungen entwickelt hatte.¹⁹⁵ Danach war grundsätzlich zwischen dem Ausgleich für die Beihilfe als solche (Vergütung möglichst zu Marktsätzen) und einem Ausgleich für die damit einhergehende Wettbewerbsverzerrung zu unterscheiden. Die Abgrenzung zwischen beiden Elementen blieb allerdings schwierig, sodass es sich praktisch im Grunde nur um einen einheitlichen Ausgleich handelte.¹⁹⁶ Dennoch lassen sich den Leitlinien für den Ausgleich in einem gewissen Rahmen differenzierende Grundsätze entnehmen:

- Der Ausgleich für die Beihilfe (Vergütung):¹⁹⁷ Die Europäische Kommission ging – jedenfalls zunächst – von der Vermutung aus, dass eine Rekapitalisierung kein Beihilfeproblem bilde, wenn sie zu aktuellen Marktsätzen erfolgte.¹⁹⁸ Abweichungen vom Marktpreis hielt sie auch bei gesunden Banken nur in einem bestimmten Rahmen für tolerabel.¹⁹⁹ Banken mit endogenen Risiken (d. h. in der Praxis grundsätzlich alle Institute, die in der Krise unmittelbar in Schieflage geraten waren) waren grundsätzlich zu liquidieren oder umzustrukturieren.²⁰⁰ Je höher die Vergütung für die Beihilfe war, desto geringeren Bedarf sah die Kommission für Sicherheitsvorkehrungen (inkl. einem weiteren Ausgleich) mit Blick auf mögliche Wettbewerbsverzerrungen.²⁰¹
- Der Ausgleich für Wettbewerbsverzerrungen: In Bezug auf die wettbewerblichen Folgen musste der Ausgleich für die Beihilfe allerdings zwei weitergehenden Zielen dienen, weshalb die Europäische Kommission im Lauf der Zeit immer detailliertere Leitlinien entwickelte.

Erstens musste der Ausgleich (auch) den bestehenden Wettbewerb stärken und dem Binnenmarkt zugute kommen.²⁰² In die Berechnung der Vergütung flossen zunehmend Marktwertverluste bei den Vermögenswerten der Banken ein, wobei auch das „intrinsische Risiko“ der Banken Berücksichtigung fand.²⁰³ Die Leitlinien enthielten des Weiteren einzelne Vorgaben für eine wettbewerbskonforme Ausgestaltung der Beihilfemaßnahme (insbesondere zu Rückholmechanismen).²⁰⁴ Die

grundsätzlich gesunden und nicht gesunden Banken Berücksichtigung finden).

192 Vgl. auch Bankenmitteilung Tz. 15, 35 ff.; Impaired Assets-Mitteilung, Tz. 16.

193 Vgl. Umstrukturierungsmitteilung Tz. 30.

194 Vgl. Impaired Assets-Mitteilung, Tz. 20 f., 46; auch bzgl. der Frage, welche Vermögenswerte wertgemindert waren und welche nicht. Gerade die Verfahrenstransparenz wurde von Beteiligten als Problem angesehen.

195 Vgl. Impaired Assets-Mitteilung, Tz. 49, unter Bezugnahme auf EU-Kommission, Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten, ABl. EU C 244 vom 1. Oktober 2004, S. 2.

196 Vgl. Impaired Assets-Mitteilung, Tz. 50, 58.

197 Vgl. Entfristungsmitteilung Tz. 5, 6 ff.; Rekapitalisierungsmitteilung Tz. 8, 19 ff.

198 Vgl. Rekapitalisierungsmitteilung, Tz. 21.

199 Vgl. Rekapitalisierungsmitteilung, Tz. 25, 27; näher zur Bewertung: Impaired Assets-Mitteilung, Tz. 39 ff.

200 Vgl. Rekapitalisierungsmitteilung, Tz. 44.

201 Vgl. Rekapitalisierungsmitteilung, Tz. 36.

202 Vgl. Umstrukturierungsmitteilung, Tz. 35; zur Notwendigkeit von wettbewerblichen Ausgleichsmaßnahmen vgl. Impaired Assets-Mitteilung, Tz. 58 f.

203 Vgl. Entfristungsmitteilung, Tz. 16 f. Der Begriff wird in der Mitteilung nicht erläutert.

204 Vgl. Umstrukturierungsmitteilung, Tz. 42.

langfristige Rentabilität des Instituts war ebenfalls zu berücksichtigen.²⁰⁵ Außerdem sollte die Maßnahme Anreize für die Rückzahlung staatlichen Kapitals umfassen.²⁰⁶

Zweitens war eine wettbewerbsverzerrende Ausnutzung der Beihilfe zu verhindern. Die beihilfenbegünstigte Bank musste deshalb wettbewerbskonforme Konditionen anbieten und durfte die Beihilfe nicht zur Expansion nutzen.²⁰⁷ Ihre Bedingungen mussten also der konkreten Situation des Finanzmarkts angemessen sein.²⁰⁸ Außerdem waren flankierende Maßnahmen zu treffen, z. B. eine regelmäßige Überprüfung der Beihilfe und Berichtspflichten.²⁰⁹

Darüber hinaus waren sonstige Wettbewerbsverzerrungen außerhalb der für die Institute direkt relevanten Märkte zu verhindern, z. B. bei den Käufern oder Gläubigern der Institute.²¹⁰

1466. Die Europäische Kommission setzte damit einen Regelungsrahmen, der ihr einen nicht unerheblichen Freiraum zur Marktgestaltung eröffnete.²¹¹ Sie nutzte dabei die Regel-Ausnahme-Struktur von Art. 107 Abs. 1, 3 AEUV und den ihr durch die europäische Rechtsprechung belassenen weiten Ermessensspielraum. Ein flexibler Ansatz war schon deshalb geboten, weil gewisse Probleme erst im Verlauf der Krise zutage traten, etwa die Notwendigkeit, auf den „eentlichen“ wirtschaftlichen Wert des Bankvermögens abzustellen, wo ein angemessener Marktpreis sich durch das krisenbedingte Marktversagen nicht mehr bilden konnte.²¹² Außerdem musste die Europäische Kommission der Gefahr Rechnung tragen, dass Banken ohne die angemeldeten Beihilfen aus dem Markt scheiden müssten und der Markt dann unter Umständen insgesamt zusammenbräche.

1467. Das in der konkreten Umsetzung eher auf Verhandlungen denn auf rechtlichen Kriterien beruhende Verfahren, die fehlende Tiefe der Wettbewerbsanalyse und die geringe Entscheidungstransparenz stießen zwar wiederholt auf Kritik.²¹³ Dabei wurde insbesondere bemängelt, dass die angeordneten strukturellen Ausgleichsmaßnahmen für gewährte Beihilfen erhebliche Eingriffe mit weitreichenden Auswirkungen auf den Wettbewerb darstellten, aber zum Teil auch zur Bedingung gemacht wurden, ohne dass sich erkennen ließ, inwieweit die dadurch behandelten Marktprobleme überhaupt mit der Marktstellung bzw. dem Verhalten des Beihilfeempfängers zusammenhingen. Die Ausgleichsmaßnahmen würden die Beihilfeempfänger zudem dazu zwingen, sich zukünftig wesentlich stärker auf ihre Heimatmärkte zu fokussieren, wo sie zum Teil über eine vergleichsweise starke Marktstellung verfügten (Gefahr einer Fragmentierung des Binnenmarkts).

1468. Allerdings ziehen diese Kritikpunkte nicht den von der Europäischen Kommission für die Finanzkrise geschaffenen Regelungsrahmen als solchen in Zweifel, sondern weisen eher darauf hin, dass die Beihilfeverfahren allein die erforderliche „Marktreparatur“ nicht vollauf leisten konnten.²¹⁴ Die Europäische Kommission musste die angemeldeten Unterstützungsmaßnahmen nicht nur mit Blick auf ihre längerfristigen wettbewerblichen Auswirkungen überprüfen, sondern vor allem kurzfristig sicherstellen, dass die Stabilität des europäischen Finanzsystems wieder hergestellt und weiterreichende Schäden für die europäische Wirtschaft abgewendet werden konnten.²¹⁵ Die dauerhafte Wiederherstellung eines ausgewogenen Verhältnisses

205 Vgl. Entfristungsmitteilung, Tz. 14.

206 Vgl. Rekapitalisierungsmitteilung, Tz. 31.

207 Vgl. Umstrukturierungsmitteilung, Tz. 43 f.; Rekapitalisierungsmitteilung, Tz. 37.

208 Vgl. Umstrukturierungsmitteilung, Tz. 45.

209 Siehe z. B. Bankenmitteilung, Tz. 13, 41; ferner Bankenmitteilung, Tz. 27: Verhaltensmaßregeln.

210 Vgl. Bankenmitteilung, Tz. 48 f.

211 Vgl. auch Rekapitalisierungsmitteilung, Tz. 3, 4-6.

212 Vgl. Impaired Assets-Mitteilung, Tz. 15 ff., insb. Tz. 32 ff., 37 ff. Deshalb prüfte die EU-Kommission die angemeldeten Beihilfen im weiteren Verlauf auch nach Art. 107 Abs. 3 lit. b AEUV und nicht mehr nach lit. c.

213 Siehe etwa Zimmer/Blaschczok, WuW 2010, 142; Soltesz, WuW 2010, 743.

214 Die Entscheidungspraxis erscheint tatsächlich erratisch bzw. stark fragmentiert, vgl. die Darstellung von Gual, J., http://webcast.ec.europa.eu/eutv/portal/player/common/index_popup_slide.html?id=18627&slideSetId=18467&slideIdx=2, Abruf am 24. Juni 2014.

215 Zum Ziel der Finanzmarktstabilität vgl. Art. 127 Abs. 5, 114 AEUV, s. a. Art. 109 Abs. 2 GG. Es wäre selbstver-

von wettbewerbs- und stabilitätsbezogener Regulierung bleibt damit Aufgabe der Politik. Das vorrangige wettbewerbspolitische Ziel muss es sein, die fortbestehenden Wettbewerbsverfälschungen aufgrund von krisenbedingten Beihilfen abzubauen und die Erforderlichkeit künftiger Beihilfen möglichst zu minimieren. Die in den Kommissionsleitlinien niedergelegten Grundsätze bieten allerdings Anhaltspunkte dafür, welche Gesichtspunkte insofern zu beachten sind.

3.6 Beurteilung der neueren Regulierung – Verminderung der Wettbewerbsverzerrungen?

1469. Zur Verbesserung der Finanzmarktregulierung werden derzeit verschiedene Regelungen diskutiert. Die vorgeschlagenen Maßnahmen sollen implizite Staatsgarantien neutralisieren (vor allem die strukturellen Maßnahmen) oder zumindest ihren Aufbau erschweren. Eine weitere Gruppe bilden Maßnahmen, die die Erkennung und bessere Bewertung von Risiken erleichtern (z. B. Einführung eines einheitlichen europäischen Aufsichtsmechanismus, Änderungen im Ratingwesen).

1470. Aus wettbewerbspolitischer Sicht sind die betreffenden Maßnahmen danach zu bewerten, inwiefern sie die negativen Auswirkungen impliziter Garantien auf die anderen Marktakteure vermindern und ob sie ihrerseits zu neuen Wettbewerbsverzerrungen führen können. Nach den Grundgedanken der Leitlinien der Europäischen Kommission zur Finanzkrise muss in beiderlei Hinsicht vor allem sichergestellt werden, dass die einzelnen Finanzmarktakteure die Folgen ihres risikoreichen Handelns möglichst vollständig übernehmen und nicht abwälzen können. Außerdem sollten die betreffenden Maßnahmen keiner (weiteren) Fragmentierung des europäischen Binnenmarktes Vorschub leisten.²¹⁶

Die Monopolkommission wählt in ihrem Gutachten einen konservativen Ansatz. Es ist davon auszugehen, dass schon geringfügige Veränderungen in der Regulierung weitreichende Folgen auf den Finanzmärkten haben können, die unter Umständen auch in die Realwirtschaft hineinwirken.

3.6.1 Neutralisierung der impliziten Garantien bei Marktaustritt

1471. Die wirksamsten Mittel zur Verminderung der impliziten Bestandsgarantien für systemrelevante Banken sind Mechanismen, die den Marktaustritt solcher Banken ermöglichen bzw. erleichtern oder die eine Finanzierung sicherstellen, durch die der Einsatz öffentlicher Mittel verzichtbar wird. Dazu gehören einerseits die geplanten Abwicklungsvorschriften und Entflechtungsregelungen (einschließlich Trennbankenregelungen), andererseits die Vorgaben zur Bankensanierung und über die Sicherungssysteme (Instituts- und Einlagensicherung). Dagegen sind hierzu grundsätzlich keine Maßnahmen der (staatsfinanzierten) Finanzmarktstabilisierung zu rechnen, weil die Erforderlichkeit solcher Maßnahmen gerade verhindert werden soll.

3.6.1.1 Abwicklung und Bankenabgabe

1472. Die speziellen Abwicklungsregeln für Banken treten neben das allgemeine Insolvenzrecht. Sie sollen gewährleisten, dass auch systemrelevante Banken aus dem Markt ausscheiden können. Die früher vertretene Ansicht, Banken „dürften“ nicht insolvent werden, hat sich in der Finanzkrise als volkswirtschaftlich untragbar erwiesen. Die in der jüngsten Finanzkrise häufig gewählte Lösung, Banken zunächst nicht zu zerlegen, sondern – im Gegenteil – zu fusionieren, hat noch zu einer Verschärfung des Problems impliziter Garantien geführt.

ständig zu begrüßen, wenn es gelänge, im Rahmen der Beihilfeverfahren im Einzelfall in Kauf genommene Wettbewerbsverzerrungen wieder vollständig zu beseitigen; dazu vgl. Tz. 1386. und die schon erwähnte Pressemitteilung der Monopolkommission zur Übernahme der Dresdner Bank durch die Commerzbank, Fn. 152.

²¹⁶ Vgl. Neue Bankenmitteilung, Tz. 7, 11/Bankenmitteilung, Tz. 27; Umstrukturierungsmitteilung, Tz. 6; Impaired Assets-Mitteilung, Tz. 16. Eine solche Fragmentierung wäre nicht nur wettbewerbspolitisch problematisch, sondern würde auch unmittelbar dem Ziel einer Erhöhung der Finanzmarktstabilität zuwiderlaufen, da sie die Möglichkeiten zum Risikoausgleich zwischen den Finanzmarktakteuren („Konnektivität“) beschränken würde.

1473. Die Monopolkommission würdigt nachstehend die kürzlich ausgehandelten europäischen Regelungen zur Bankenabwicklung, bevor sie zu den bisherigen deutschen Regelungen Stellung nimmt. Dabei berücksichtigt sie die Empfehlungen des Finanzstabilitätsrats zur Bankenabwicklung, die eine Leitlinie für die gegenwärtige Gesetzgebung in diesem Bereich darstellen.²¹⁷

Europäisches Recht

1474. Die europäischen Abwicklungsregeln stehen im Zusammenhang mit der Entwicklung einer Europäischen Bankenunion, die auf einem einheitlichen Aufsichtsmechanismus (SSM), einem einheitlichen Abwicklungsmechanismus (SRM) und einem einheitlichen Finanzierungsmechanismus aufbauen soll.²¹⁸ Die Abwicklungsregeln bestehen aus mehreren Rechtsakten, die zum Teil auch außerhalb des SRM zu einer europäischen Harmonisierung führen.²¹⁹

Der SRM wird durch eine Verordnung für die Abwicklung von Kreditinstituten und bestimmten Wertpapierfirmen (nachfolgend: SRM-Verordnung) und eine intergouvernementale Vereinbarung der am SRM teilnehmenden Mitgliedstaaten begründet. Die Verordnung regelt das Abwicklungsverfahren sowie die Einrichtung eines einheitlichen Abwicklungsfonds und seiner für eine Übergangszeit bestehenden nationalen Kompartimente. Die intergouvernementale Vereinbarung regelt die Übertragung nationaler Mittel auf den Abwicklungsfonds und die Vergemeinschaftung der nationalen Kompartimente. Die Verordnung ist vom Europäischen Parlament in der im sogenannten Trilog ausgehandelten Fassung am 15. April 2014 angenommen worden und wird voraussichtlich in Kürze in Kraft treten.²²⁰

Die Verordnung wird inhaltlich und – für die Mitgliedstaaten außerhalb des SRM – auch im territorialen Anwendungsbereich durch eine Richtlinie ergänzt, die zu einer EU-weiten Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Abwicklungsregeln führt, wobei die relevanten Behördenbefugnisse außerhalb des SRM auf der Ebene der Mitgliedstaaten verbleiben (nachfolgend: Abwicklungsrichtlinie).²²¹

1475. Daneben hat die Europäische Kommission in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht ihren Beihilferahmen für Maßnahmen zur Stützung von Banken überarbeitet (nachfolgend: Neue Bankenmitteilung).²²² Die Europäische Kommission wird die Neue Bankenmitteilung im Einklang mit der gegenwärtigen Gesetzgebung anwenden. Dies zeigt, dass die Anwendung der Abwicklungsregeln ihre Grundlage nicht nur in den

²¹⁷ Vgl. FSB, Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions, Oktober 2011.

²¹⁸ Der einheitliche Aufsichtsmechanismus soll dabei auch zu einer Harmonisierung des materiellen Aufsichtsrechts führen, insb. bei den Eigenkapitalregeln. Umstritten ist der Aufbau eines europäischen Finanzierungsmechanismus, dabei v. a. die Einführung einer europäischen Einlagensicherung und die künftige Rolle des ESM. Im Einzelnen siehe EU-Rat, Schlussfolgerungen vom 28. Juni 2013, EUCO 104/2/13 REV 2, Tz. 13; Stellungnahme des Kommissars M. Barnier vom 19. März 2013, MEMO/13/251; EU-Rat, Pressemitteilung Nr. 17131/12 zur 3205. Ratssitzung am 4. Dezember 2012, S. 7; und zuvor Ratspräsident Van Rompuy, H., Pressemitteilung vom 26. Juni 2012 zum Bericht „Towards a genuine Economic and Monetary Union“, EUCO 120/12, S. 4; EU-Kommission, Pressemitteilung vom 12. September 2012, IP/12/953.

²¹⁹ Diese Regelungen greifen auf frühere Überlegungen auf EU-Ebene zurück; vgl. nur The High-Level Group on financial supervision in the EU (de Larosière-Gruppe), Bericht vom 25. Februar 2009, Tz. 127 ff., 253 ff.; http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_en.pdf, Abruf am 24. Juni 2014; EU-Kommission, Mitteilungen vom 20. Oktober 2009 und vom 20. Oktober 2010, Ein EU-Rahmen für das grenzüberschreitende Krisenmanagement auf dem Banksektor, KOM(2009) 561 endgültig und KOM(2010) 579 endgültig; Mitteilung vom 26. Mai 2010, KOM(2010) 254 endgültig.

²²⁰ VO 806/2014 zur Festlegung einheitlicher Vorschriften und eines einheitlichen Verfahrens für die Abwicklung von Kreditinstituten und bestimmten Wertpapierfirmen im Rahmen eines einheitlichen Abwicklungsmechanismus und eines einheitlichen Abwicklungsfonds, ABl. EU L 225 vom 30. Juli 2014, S. 1 (nachfolgend: SRM-Verordnung). Die Verweise auf die SRM-Verordnung wurden anlässlich der Drucklegung aktualisiert.

²²¹ RL 2014/59/EU zur Festlegung eines Rahmens für die Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, ABl. EU L 173 vom 12. Juni 2014, S. 190 (nachfolgend „Abwicklungsrichtlinie“).

²²² EU-Kommission, Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften für staatliche Beihilfen ab dem 1. August 2013 auf Maßnahmen zur Stützung von Banken im Kontext der Finanzkrise („Bankenmitteilung“), ABl. EU C 216 vom 30. Juli 2013, S. 1 (siehe schon oben Fn. 175).

Vorschriften über die Bankenunion findet, sondern auch im europäischen Wettbewerbsrecht (insbesondere Art. 107 AEUV).

1476. Die Monopolkommission enthält sich hier einer Stellungnahme zur Problematik, wie die genannten Mechanismen kompetenzrechtlich zu beurteilen sind. Dessen ungeachtet tritt sie der Position der Bundesregierung und der Deutschen Bundesbank bei, dass eine europäische Vertragsänderung angestrebt werden sollte, soweit dies für eine Weiterentwicklung des SRM erforderlich ist.

– *Inhalt der Abwicklungsregeln* –

1477. Die Abwicklungsregeln des SRM sollen grundsätzlich auf alle Banken Anwendung finden, mit einer Ausnahme lediglich für nicht grenzüberschreitende Bankengruppen.²²³ Hintergrund ist die Annahme, dass alle Banken zumindest potenziell systemrelevant sind. Die Abwicklung von Banken, die nicht im Rahmen des SRM abgewickelt werden, regelt ergänzend die Abwicklungsrichtlinie.²²⁴ Die Vorschriften zur Bankenabwicklung werden im Vergleich zu den in der Krise angewendeten Regeln stärker an die allgemeinen Grundsätze zur Unternehmensabwicklung angeglichen.²²⁵ Abweichungen sollen künftig im Prinzip nur noch dort zugelassen werden, wo dies angesichts systemischer Gefahren erforderlich ist. Dagegen soll auch für Banken und Bankengläubiger der grundsätzliche Gleichlauf von Chancen einerseits und Haftungs- bzw. Verlustrisiken andererseits gelten.²²⁶

1478. Die Zuständigkeit für die Durchführung von Maßnahmen im Rahmen des SRM war im europäischen Gesetzgebungsverfahren aus Gründen der Kompetenzverteilung lange umstritten. Nach der endgültigen Fassung der Verordnung sind an solchen Maßnahmen die EZB als zentrale europäische Aufsichtsbehörde, die Europäische Kommission als EU-Exekutivorgan und Wettbewerbsbehörde, der Rat als EU-Organ zu Vertretung der mitgliedstaatlichen Interessen und ein Ausschuss für die einheitliche Abwicklung (nachfolgend: Ausschuss) beteiligt, dessen ständige Mitglieder sich aus Vertretern der beteiligten EU-Institutionen und der nationalen Abwicklungsbehörden zusammensetzen.

1479. Die Abwicklungsregeln nach der SRM-Verordnung sind nachrangig gegenüber dem normalen Insolvenzrecht ausgestaltet.²²⁷ Das Abwicklungsverfahren soll im Wesentlichen für alle Banken innerhalb der Bankenunion durchgeführt werden, die als Einzelunternehmen tätig oder Teil einer grenzüberschreitenden Gruppe sind.²²⁸ Bei der Entscheidung, ob ein Institut abzuwickeln ist, ist zu beachten, ob bzw. wie sich die in der SRM-Verordnung genannten Abwicklungsziele erreichen lassen (Kontinuität kritischer Funktionen²²⁹, Vermeidung von Ansteckungseffekten, Schutz öffentlicher Mittel und der haftungsbefreiten Ein- bzw. Anleger).²³⁰ Ergänzend ist eine Herabschreibung bzw. Umwandlung von Kapitalinstrumenten möglich.²³¹

1480. Die Möglichkeit zur Abwicklung soll durch ein Verfahren in drei Phasen sichergestellt werden, wovon zwei der Abwicklung präventiv vorgeschaltet sind. Die drei Phasen sind schlagwortartig: Vorbeugung,

223 Art. 7 SRM-Verordnung.

224 Die Abwicklungsrichtlinie wird nachfolgend mit zitiert, soweit ihre Vorschriften in Hinblick auf solche Fälle relevant sind.

225 Vgl. auch Art. 15 Abs. 1 lit. f SRM-Verordnung, Art. 34 Abs. 1 lit. g Abwicklungsrichtlinie (Angleichung an Gläubigerhaftung im Insolvenzverfahren).

226 Vgl. Schäuble, W. in: Löhe, Schäuble rechnet mit mehr Selbstanzeigen von Steuersündern, NOZ, 13. April 2013: „Jede Bank und jeder Investor muss wissen: Chancen sind auch Risiken.“

227 Siehe z. B. Erwägungsgrund 59 der SRM-Verordnung.

228 Art. 7 Abs. 2 i. V. m. Art. 18 Abs. 1 SRM-Verordnung.

229 „Kritische Funktionen“ sind Tätigkeiten, Dienstleistungen und Geschäfte, deren Einstellung aufgrund der Größe, des Marktanteils, der externen und internen Verflechtungen, der Komplexität oder der grenzüberschreitenden Tätigkeiten eines Instituts oder einer Gruppe wahrscheinlich in einem oder mehreren Mitgliedstaaten die Unterbrechung von für die Realwirtschaft wesentlichen Dienstleistungen oder eine Störung der Finanzmarktstabilität zur Folge hat, besonders mit Blick auf die Substituierbarkeit dieser Tätigkeiten, Dienstleistungen oder Geschäfte (Art. 2 Abs. 1 Nr. 35 Abwicklungsrichtlinie).

230 Art. 14 Abs. 1, 2 SRM-Verordnung; Art. 31 Abs. 1, 2 Abwicklungsrichtlinie.

231 Art. 21 Abs. 1, 7 SRM-Verordnung.

frühes Eingreifen, Abwicklung. Die Mitgliedstaaten sollen sicherstellen, dass grundsätzlich alle Banken Sanierungspläne erstellen.²³² Außerdem soll der Ausschuss bzw. die nationale Abwicklungsbehörde in Abstimmung mit den sonst zuständigen nationalen Behörden Abwicklungspläne erstellen, in denen die Abwicklungsfähigkeit der Banken bewertet wird.²³³ Der Ausschuss bzw. die Abwicklungsbehörde legt ferner Mindestanforderungen an Eigenmittel und herabschreibungsfähige Verbindlichkeiten fest, um zu gewährleisten, dass das betreffende Institut abgewickelt werden kann und über ausreichende herabschreibungsfähige Verbindlichkeiten verfügt, sodass sich eine Abwicklung ohne systemische Gefährdungen gewährleisten lässt.²³⁴ Durch frühzeitiges Eingreifen soll sichergestellt werden, dass Banken saniert werden können, noch bevor sie von einem Ausfall betroffen oder bedroht sind.²³⁵ Sollte eine Abwicklung erforderlich werden, ist über die gebotenen Maßnahmen zu entscheiden. Dabei haben die erforderlichen Bewertungen von Vermögenswerten vorsichtig zu erfolgen.²³⁶

1481. Das Abwicklungsverfahren im SRM wird durchgeführt, wenn (i) eine Bank vom Ausfall betroffen oder bedroht ist, (ii) unter den gegebenen Umständen keine aufsichtliche oder privatwirtschaftliche Lösung möglich (z. B. Auffang durch Sicherungssysteme) und (iii) das Abwicklungsverfahren im öffentlichen Interesse erforderlich ist (insbesondere wegen systemischer Bedrohung).²³⁷

Das Abwicklungsverfahren wird primär durch die EZB ausgelöst, die den Ausschuss, die Europäische Kommission und die zuständigen nationalen Abwicklungsbehörden und Ministerien vom Ausfall der Bank in Kenntnis setzt.²³⁸ Der Ausschuss prüft daraufhin, ob in den gegebenen Umständen eine aufsichtliche oder privatwirtschaftliche Lösung möglich ist. Wenn dies nicht der Fall und eine Abwicklung im öffentlichen Interesse erforderlich ist, erarbeitet der Ausschuss ein entsprechendes Abwicklungskonzept, das Angaben zu den relevanten Abwicklungsinstrumenten und auch zur Inanspruchnahme des Abwicklungsfonds beinhaltet. Die Europäische Kommission bewertet sodann die Ermessensaspekte des vom Ausschuss gefassten Abwicklungsbeschlusses und kann das Abwicklungskonzept billigen oder ablehnen. Die Europäische Kommission kann daneben Einwände gegen die Ermessensausübung im Abwicklungskonzept erheben oder unter bestimmten Voraussetzungen einen abweichenden Einsatz des Abwicklungsfonds vorschlagen.²³⁹

Sollte die Europäische Kommission kein öffentliches Interesse an einer Abwicklung feststellen oder die Beteiligung des Abwicklungsfonds abändern, ist dies vom Ministerrat zu bestätigen. Wenn auch der Rat kein öffentliches Interesse an der Abwicklung feststellt, wird das Institut grundsätzlich nach nationalem Insolvenzrecht abgewickelt.

Bei Einwänden der Europäischen Kommission oder des Rates gegen das Abwicklungskonzept muss der Ausschuss an dem Konzept entsprechende Änderungen vornehmen. Die Abwicklungsentscheidung des Ausschusses tritt grundsätzlich innerhalb von 24 Stunden in Kraft. Die Abänderung bei Einwänden hat innerhalb von acht Stunden zu erfolgen. Anschließend wird das Abwicklungskonzept von den nationalen Abwicklungsbehörden umgesetzt.

Ist eine Abwicklung mit der Gewährung einer staatlichen Beihilfe verbunden, muss die Beihilfe von der Europäischen Kommission genehmigt werden, bevor der Ausschuss das Abwicklungskonzept annimmt.

²³² Art. 5 ff. Abwicklungsrichtlinie.

²³³ Art. 8-10 SRM-Verordnung; Art. 10 ff. Abwicklungsrichtlinie.

²³⁴ Art. 12 SRM-Verordnung; Art. 45 Abwicklungsrichtlinie.

²³⁵ Art. 27 ff. Abwicklungsrichtlinie, auch i. V. m. Art. 13 SRM-Verordnung.

²³⁶ Art. 20 Abs. 1, 6 SRM-Verordnung; Art. 36 Abs. 1, 5 Abwicklungsrichtlinie.

²³⁷ Art. 18 Abs. 1 UAbs. 1 und zum Verfahrensablauf Art. 18 Abs. 1 UAbs. 2-4, Abs. 6-8 SRM-Verordnung.

²³⁸ Alternativ kann der Ausschuss (in seiner Exekutivsitzung) diese Feststellung treffen, drei Tage nachdem er die EZB erfolglos dazu aufgefordert hat.

²³⁹ Das schließt die Verhinderung oder Änderungen von Bail-in-Ausnahmen ein, wenn diese Ausnahmen die Verwendung von Fondsmitteln oder alternativen Finanzierungsmitteln erfordern; Art. 19 Abs. 1, 3 SRM-Verordnung.

1482. Für die Durchführung der Abwicklung sollen jeweils vier strukturelle Instrumente zur Verfügung stehen. Dabei unterscheiden sich die ersten drei Instrumente (Unternehmensveräußerung, Brückeninstitut, Ausgliederung von Vermögenswerten)²⁴⁰ nach Art und Umfang der Übertragung von Vermögenswerten auf einen neuen Rechtsträger, während das vierte Instrument („Bail-in-Instrument“)²⁴¹ zur Rekapitalisierung des Instituts durch Herabschreibung und Umwandlung seiner Verbindlichkeiten dient. Die Instrumente können einzeln oder zusammen angewendet werden, das Instrument der Ausgliederung jedoch nur zusammen mit anderen Abwicklungsinstrumenten.²⁴² Im Fall, dass nur überlebensfähige Teile des Instituts auf einen neuen Träger übertragen werden, wird das Restunternehmen im regulären Insolvenzverfahren liquidiert.²⁴³ Die Auswahl der Abwicklungsinstrumente erfolgt zudem nach den konkreten Gegebenheiten, d. h. auch unter Berücksichtigung der zur Verfügung stehenden Zeit.²⁴⁴ Neben die vier genannten Instrumente sollen flankierende Maßnahmen treten, bspw. soll grundsätzlich die Geschäftsleitung ersetzt werden.²⁴⁵

1483. Die Abwicklungskosten werden im Rahmen einer „Haftungskaskade“ nach Möglichkeit den Eigenkapitalgebern (Anteilshabern) und den Fremdkapitalgebern (Gläubigern; „Bail-in“) in Anlehnung an die Haftungsrangfolge in Insolvenzverfahren auferlegt.²⁴⁶ Die Mitgliedstaaten haben zur Verminderung von Ansteckungsrisiken von vornherein dafür Sorge zu tragen, dass die zuständigen Behörden den Umfang beschränken, in dem andere Institute Verbindlichkeiten halten, die für einen Bail-in infrage kommen.²⁴⁷ Bestimmte Forderungen und Spareinlagen, die durch die gesetzliche Einlagensicherung gedeckt sind, sind von der Haftungskaskade ausgenommen und werden geschont. In diesem Fall haften anstelle der privilegierten Gläubiger von Spareinlagen die Einlagensicherungssysteme.²⁴⁸

1484. Die auf die beschriebene Weise aufgebrachten Mittel sollen im SRM durch einen einheitlichen Abwicklungsfonds und außerhalb durch mitgliedstaatliche Abwicklungsfinanzierungsmechanismen ergänzt werden, die hauptsächlich durch vorab eingezahlte Beiträge und ausnahmsweise auch durch nachträgliche Beiträge der Banken gespeist werden. Nach den schon bestehenden Regelungen zu den vorab zu zahlenden Beiträgen sollen grundsätzlich alle Institute einen bilanzsummenabhängigen Pauschalbetrag („Sockelbeitrag“) zahlen, zu dem ein risikobasierter Zuschlag treten kann.²⁴⁹ Die Ausgestaltung der Beiträge zur Befüllung des Abwicklungsfonds steht allerdings noch nicht im Einzelnen fest.

1485. Nach Maßgabe der Ziele des Abwicklungsverfahrens können Fremdkapitalgeber unter bestimmten Voraussetzungen von der Haftung befreit werden, auch wenn dadurch mit begrenztem Umfang ein weitergehender direkter Zugriff auf den Fonds und alternative Finanzierungsquellen erforderlich wird.²⁵⁰ Dies ist allerdings nur möglich, sofern die Eigen- und Fremdkapitalgeber in Höhe von mindestens acht Prozent der Bilanzsumme an der Haftung beteiligt werden. Außerdem darf der Beitrag des Abwicklungsfonds bzw. -finanzierungsmechanismus fünf Prozent der Bilanzsumme grundsätzlich nicht übersteigen.²⁵¹

240 Art. 22 Abs. 2, Art. 24-26 SRM-Verordnung; Art. 37 Abs. 3, Art. 38 f., 40 f., 42 Abwicklungsrichtlinie. Das Instrument des Brückeninstituts ist dabei insbesondere für die Auslagerung „gesunder“ Unternehmensteile („Good Bank“), das der Ausgliederung für die Auslagerung abzuwickelnder „kranker“ Unternehmensteile gedacht („Bad Bank“).

241 Art. 22 Abs. 2, 27 SRM-Verordnung; Art. 37 Abs. 3, 43 ff. Abwicklungsrichtlinie.

242 Art. 22 Abs. 4 SRM-Verordnung; Art. 37 Abs. 4, 5 UAbs. 1 Abwicklungsrichtlinie.

243 Art. 22 Abs. 5 SRM-Verordnung (zu den Instrumenten Unternehmensveräußerung, Brückeninstitut); Art. 37 Abs. 6 Abwicklungsrichtlinie (auch: zum Instrument der Ausgliederung).

244 Art. 22 Abs. 3 SRM-Verordnung.

245 Art. 15 Abs. 1 lit. c SRM-Verordnung, Art. 34 Abs. 1 lit. c Abwicklungsrichtlinie. Zu anderen Befugnissen siehe noch Art. 35, 64 ff. Abwicklungsrichtlinie.

246 Art. 15 Abs. 1, Art. 17 SRM-Verordnung; Art. 48 ff. i. V. m. Art. 46 Abs. 2 Abwicklungsrichtlinie; dazu auch Neue Bankenmitteilung, Tz. 40 ff., 66 (insb. Tz. 44).

247 Art. 27 Abs. 4 UAbs. 3 SRM-Verordnung; Art. 44 Abs. 2 a. E. Abwicklungsrichtlinie.

248 Art. 79 SRM-Verordnung; Art. 109 Abwicklungsrichtlinie.

249 Vgl. Art. 70 SRM-Verordnung i. V. m. Art. 103 Abwicklungsrichtlinie.

250 Art. 27 Abs. 5-10 SRM-Verordnung; Art. 44 Abs. 3-8 Abwicklungsrichtlinie.

251 Art. 27 Abs. 7 SRM-Verordnung; Art. 44 Abs. 5 Abwicklungsrichtlinie.

1486. Der Abwicklungsfonds im SRM hat eine Zielausstattung von EUR 55 Mrd., d. h. mindestens ein Prozent der abgedeckten Einlagen. Der Fonds soll stufenweise aufgebaut werden, indem zunächst „Kammern“ (Kompartimente) mit den Mitteln der bestehenden bzw. noch aufzubauender mitgliedstaatlicher Restrukturierungsfonds gebildet werden. Die Mittelausstattung dieser Kammern wird innerhalb eines Zeitraums von acht Jahren in dem Abwicklungsfonds vergemeinschaftet, beginnend mit einer 40 Prozentigen Vergemeinschaftung im ersten Jahr. Die Haftung wird entsprechend von den nationalen Fonds auf den einheitlichen Abwicklungsfonds übergeleitet. Abwicklungen, bei denen auf den einheitlichen Abwicklungsfonds zugegriffen wird, werden in jedem Fall auf EU-Ebene koordiniert.

1487. Andere Finanzierungsmechanismen und alternative Finanzierungsmöglichkeiten sollen nur als Rückfallinstrument genutzt werden können („Back stop“).²⁵² Die öffentliche Hand soll Kosten grundsätzlich nur an letzter Stelle übernehmen (auch über den ESM).²⁵³

1488. Damit Abwicklungsmaßnahmen im Rahmen des SRM und die Beihilfen der öffentlichen Hand aufeinander abgestimmt werden, sieht die SRM-Verordnung vor, dass die zuständigen nationalen Behörden den Ausschuss informieren, wenn eine Bank eine außerordentliche finanzielle Unterstützung aus öffentlichen Mitteln benötigt. Nach der Abwicklungsrichtlinie ist dagegen eine beihilferechtliche Anmeldung von finanziellen Unterstützungsmaßnahmen bei der Europäischen Kommission zu gewährleisten.²⁵⁴ Auf Aufforderung des Ausschusses haben die Mitgliedstaaten die Europäische Kommission zudem unverzüglich über Abwicklungsmaßnahmen zu unterrichten, die staatliche Beihilfen enthalten können. Sofern Maßnahmen keine Beihilfe beinhalten, wird die Europäische Kommission diese Maßnahmen analog Artikel 107 AEUV prüfen, um gleiche Wettbewerbsbedingungen innerhalb des Binnenmarkts zu gewährleisten. Das soll zumindest in Fällen gelten, in denen der Fonds in Anspruch genommen wird.²⁵⁵ Bei Inanspruchnahme des ESM dürfte eine reguläre Beihilfeprüfung erforderlich sein.

1489. Die Europäische Kommission hat ihre Beurteilungsgrundsätze in der Neuen Bankenmitteilung angepasst, um der Haftungsrangfolge nach den neuen Abwicklungsregeln Rechnung zu tragen.²⁵⁶

– *Bewertung der Abwicklungsregeln* –

1490. Die Harmonisierung der Abwicklungsregeln für Banken und zur Errichtung eines SRM im Rahmen der Bankenunion sind als Maßnahmen zum Abbau von impliziten Garantien grundsätzlich zu begrüßen.²⁵⁷ Diese Maßnahmen sind ein wichtiger Schritt, um Risikoneigung und Haftung der Finanzmarktteilnehmer

²⁵² Art. 72 f. SRM-Verordnung; Art. 105-107 Abwicklungsrichtlinie; siehe außerdem Eurogruppe, ESM direct bank recapitalisation instrument – Main features of the operational framework and way forward, Dokument vom 20. Juni 2013, für Kapitalisierungen durch den ESM.

²⁵³ Vgl. Art. 6 Abs. 6, Art. 8 Abs. 6, 9 lit. i, Art. 10 Abs. 1, Art. 14 Abs. 2 lit. c, Art. 18 Abs. 4 lit. d und UAbs. 2, Art. 20 Abs. 6 und Erwägungsgründe 41, 58, 100 SRM-Verordnung; Art. 5 Abs. 3, Art. 10 Abs. 3, 7 lit. i, Art. 15 Abs. 1, Art. 16 Abs. 1, Art. 31 Abs. 2 lit. c, Art. 36 Abs. 5, Art. 37 Abs. 10, Art. 56 und Erwägungsgründe 31, 45, 55, 109 der Abwicklungsrichtlinie (unklar jedoch dort Erwägungsgrund 41: „ausfallend, [...] oder wenn das Institut eine außerordentliche finanzielle Unterstützung aus öffentlichen Mitteln benötigt mit Ausnahme der in dieser Richtlinie vorgesehenen besonderen Umständen“). Zu direkten Bankenrekapitalisierungen über den ESM siehe EU-Rat, Pressemitteilung vom 27. Juni 2013, 11228/13; Eurogruppe, ESM direct bank recapitalisation instrument – Main features of the operational framework and way forward, Dokument vom 20. Juni 2013; schon zuvor EU-Kommission, Vorschlag vom 12. September 2012 für eine Verordnung des Rates zur Übertragung besonderer Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute auf die Europäische Zentralbank, COM(2012) 511 final, S. 2 a. E. und Erwägungsgrund 8. Einschränkung ferner Neue Bankenmitteilung, Tz. 29, 40 ff., 58.

²⁵⁴ Art. 18, 19 Abs. 2 SRM-Verordnung; Art. 56 Abs. 1 Abwicklungsrichtlinie i. V. m. Art. 107 f. AEUV.

²⁵⁵ Art. 19 SRM-Verordnung und weiter Erwägungsgrund 29.

²⁵⁶ Kommission, Neue Bankenmitteilung, Tz. 40 ff., 66. Die Beurteilungsgrundsätze werden infolge der verbesserten Abwicklungsmöglichkeiten allgemein verschärft, vgl. Neue Bankenmitteilung, Tz. 29.

²⁵⁷ Dabei ist zuzugestehen, dass Nachjustierungen erforderlich sein werden, etwa bei der Auslegung der Kriterien dazu, wann ein Institut vom Ausfall bedroht ist; vgl. EZB, Stellungnahme vom 29. November 2012 zum Richtlinienentwurf, CON/2012/99, ABl. EU C 39 vom 12. Februar 2013, S. 1. So wird z. B. angenommen, dass die betroffenen Sparkassen die Abwicklung der WestLB bei Geltung der vorgeschlagenen Regelungen ihrerseits nicht hätten überleben können.

miteinander in Einklang zu bringen und nach der Krise die Haftung vom Staat (und damit vom Steuerzahler) auf die Marktteilnehmer zurück zu verlagern. Allein die Ankündigung der Haftungskaskade hat nach Presseberichten bereits zu einem Rückgang von Offshore-Konstrukten mit unklarem Risikoprofil geführt.²⁵⁸ Die Errichtung des SRM kann nach Äußerungen der Ratingagenturen auf mittlere Sicht ferner zu Bewertungsabschlägen führen, welche die Verminderung der impliziten staatlichen Unterstützung für systemrelevante Banken reflektieren.²⁵⁹ Es ist nun wichtig, dass die Vorschriften zur Errichtung des SRM zügig implementiert werden, da dieser Mechanismus ein zentrales Instrument zur Neutralisierung von impliziten Garantien sein wird.

Für die Beurteilung der einzelnen Abwicklungsregeln sind im vorliegenden Zusammenhang folgende Grundsätze maßgebend:

- Die Abwicklungsregeln müssen alle systemrelevanten Marktteilnehmer erfassen und dürfen nach Möglichkeit zu keiner Kapitalflucht führen, und zwar auch im Fall einer Krise (Bank Run).
- Der Eingriff mit staatlichen Zwangsmaßnahmen in den Markt muss jeweils auf das Erforderliche beschränkt sein, da die Aufsichtsbehörden nicht besser als Banken selbst geeignet sind, unternehmerische Entscheidungen zu treffen (auch bei Entscheidungen über den Marktaustritt).
- Die Regelungen zur Finanzierung von Marktaustritt und Sanierung sollten, soweit möglich, den betroffenen Investoren Planungssicherheit vermitteln.

1491. Der SRM schafft ein Regelwerk, das grundsätzlich für alle Banken in der Euro-Zone gilt. Auch darüber hinaus erfolgt eine Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Abwicklungsregeln durch die Abwicklungsrichtlinie. Der gegenüber dem Einheitlichen Aufsichtsmechanismus (SSM) weitergehende Anwendungsbereich des SRM beugt Koordinationsproblemen bei der Abwicklung grenzüberschreitend tätiger Institute vor. Die Abwicklungsregeln des SRM sind auf alle Banken und Bankengruppen mit Ausnahme nicht grenzüberschreitender Gruppen anwendbar, also immer dann, wenn auf den Abwicklungsfonds zurückgegriffen werden soll. Diese Regelung ermöglicht zwar die Befassung der sachnäheren nationalen Behörden mit der Abwicklung nicht grenzüberschreitender Gruppen, geht insofern allerdings mit der Möglichkeit von Beihilfen außerhalb des SRM einher.²⁶⁰ Es wird von der Umsetzung der Abwicklungsrichtlinie abhängen, inwiefern in solchen Fällen implizite Garantien künftig eine Haftung der Mitgliedstaaten auslösen werden.²⁶¹

1492. Die europäischen Abwicklungsregelungen sind im Verlauf des europäischen Gesetzgebungsverfahrens zum Teil heftig kritisiert worden. Diese Kritik betraf zumeist nicht ihren Anwendungsbereich, sondern vielmehr die Erforderlichkeit und Glaubhaftigkeit der Regelungen über das Abwicklungsverfahren und der Regelungen über die Haftung von Fremdkapitalgebern und des Staates. Das Abwicklungsverfahren des SRM sei zu komplex ausgestaltet. Es sei keine ausreichende Gläubigerbeteiligung über das Bail-in-Instrument und den Abwicklungsfonds sichergestellt. Die Erfahrung zeige, dass der Staat in einer Finanzkrise zahle. Die Abwicklungsregeln schafften somit nur die Illusion eines funktionsfähigen Abwicklungsverfahrens. Am Ende bleibe es bei der Haftung des Steuerzahlers.

1493. Die endgültigen Abwicklungsregeln tragen der geäußerten Kritik in wichtigen Punkten Rechnung. Das gilt insbesondere in Bezug auf das Verfahren im SRM. Im Abwicklungsverfahren für systemrelevante Banken ist ein Ausgleich unterschiedlicher Belange erforderlich. Ein solcher Ausgleich ist zwischen den

258 O. A., Banken fahren Offshore-Konstrukte zurück, Der Standard vom 15. Juli 2013 (für Österreich).

259 Siehe z. B. FitchRatings, Fitch Revises Outlook on 18 EU Commercial Banks to Negative on Weakening Support, Pressemitteilung vom 26. März 2014. Die weitere Entwicklung bleibt insofern abzuwarten.

260 Vgl. Erwägungsgründe 11, 22 SRM-Verordnung.

261 Siehe unten Tz. 1523. ff. zur Situation in Deutschland. Die Zuständigkeit der nationalen Behörden für die Beurteilung des nach Unionsrecht bestehenden öffentlichen Interesses (Art. 18 Abs. 1 lit. c SRM-Verordnung) ist allerdings zu hinterfragen.

Zielen der Finanzmarktstabilität und dem Ziel eines unverfälschten Wettbewerbs sowie legitimen mitgliedstaatlichen Interessen herzustellen. Die Bedeutung der Abwicklungsregeln für die europäischen Finanzmärkte spricht dabei prinzipiell für ein auf EU-Ebene koordiniertes Verfahren. Zugleich ist in dem Verfahren eine klare Zuweisung von Verantwortlichkeiten unerlässlich, angesichts der erheblichen Belastungen, die für die Betroffenen mit Bankabwicklungsverfahren verbunden sind.²⁶² Außerdem sollten parallele Befugnisse von EU-Behörden und mitgliedstaatlichen Stellen vermieden werden (Kompetenzvermischung).

Diesen Gesichtspunkten tragen die Verfahrensregeln des SRM in ihrer jetzigen Fassung bereits weitgehend Rechnung.²⁶³ Das Abwicklungsverfahren wird primär durch die EZB eingeleitet und hauptsächlich durch den Abwicklungsausschuss gesteuert, in dem die zuständigen Aufsichtsbehörden vertreten sind. Das ist sachgerecht, da die Entscheidung über die Abwicklung oder Sanierung eines Instituts und die damit zusammenhängenden Verfahrensentscheidungen vor allem aufsichtsrechtlicher Natur sind und deshalb – soweit rechtlich möglich – durch die Aufsichtsbehörden getroffen werden sollten.²⁶⁴ Zugleich ist so im Rahmen der Abwicklung eine Einbindung der mitgliedstaatlichen Behörden sichergestellt (die in rein nationalen Fällen die Abwicklung auch selbst durchführen).

Daneben sind auch die Europäische Kommission und der Rat eng in das Verfahren eingebunden. Dies dürfte in Bezug auf die Europäische Kommission zwingend sein, da sie den Wettbewerb im Rahmen des Abwicklungsverfahrens zu schützen hat und in Beihilfverfahren über potenziell wettbewerbsverfälschende Unterstützungsmaßnahmen für das betroffene Institut genehmigen muss (vgl. Art. 107 AEUV). Ebenso dürfte eine Beteiligung des Rates aufgrund der möglichen Risiken für den nationalen Steuerzahler zumindest nach derzeitigem Stand unumgänglich sein. Die Beteiligung des Rates darf allerdings keinesfalls dazu führen, dass über Bankenabwicklungen letztlich nach politischen Maßstäben ohne Beachtung des aufsichts- und wettbewerbsrechtlichen Rahmens entschieden wird.

Bezüglich des eigentlichen Abwicklungsverfahrens wird erwartet, dass der Abwicklungsausschuss in aller Regel abschließend entscheidet. Die Europäische Kommission und der Rat sind mit Einspruchsmöglichkeiten nur nachrangig beteiligt. Dadurch kann auch die Gefahr von Verfahrensverzögerungen relativ gering gehalten werden. Das dreiphasige Verfahren, bei dem die Abwicklung nach der Erstellung von Sanierungs- und Abwicklungsplänen und Frühintervention erst an letzter Stelle steht, sollte im Regelfall eine relativ schnelle Durchführung der Abwicklung ermöglichen.

1494. Mit Blick auf die Verfahrenszuständigkeiten im SRM wäre es gleichwohl auf längere Sicht vorzugswürdig, wenn auf europäischer Ebene eine eigenständige Abwicklungsbehörde errichtet würde, die über umfassendere rechtlich abgesicherte Kompetenzen als der Abwicklungsausschuss verfügt und grundsätzlich in allen Fällen, in denen die sachlichen Voraussetzungen erfüllt sind, zentral über die Abwicklung entscheidet. Die jetzige Regelung ohne derartig klar ausgestaltete Zuständigkeiten mag jedoch für einen Übergangszeitraum genügen.

1495. Auffallend ist der weite Beurteilungsspielraum, den die neu eingeführten Regelungen im SRM und nach der Abwicklungsrichtlinie für die Einleitung der Abwicklung und die Entscheidung über die zu treffenden Maßnahmen belassen.²⁶⁵ Dieser Beurteilungsspielraum dürfte gerechtfertigt sein, um der Situationsgebundenheit von Abwicklungs- und Sanierungsentscheidungen Rechnung zu tragen und den zuständigen Stellen insofern genügend Flexibilität zu belassen. Die in der Verordnung vorgesehenen Instrumente entsprechen den bei der Bewältigung der Finanzkrise in Europa und den USA verwendeten

²⁶² Vgl. EU-Kommission, C 9/2009 – Restructuring of Dexia, wo die insofern bestehenden Defizite offensichtlich wurden.

²⁶³ Dazu FSB, Key Attributes of Effective Resolution Regimes, a. a. O., S. 14, Abschnitt 8.

²⁶⁴ Vgl. Art. 14 Abs. 2 lit. a und b SRM-Verordnung.

²⁶⁵ Vgl. Hellwig in: Hellwig/Höfling/Zimmer, Gutachten E/F/G zum 68. Deutschen Juristentag, a. a. O., S. E 53.

Instrumentarien und erscheinen grundsätzlich sinnvoll. Insbesondere die explizite Berücksichtigung zeitlicher Zwänge ist zu begrüßen.²⁶⁶

1496. Die Haftungsbeteiligung der Marktteilnehmer im Rahmen einer Bankenabwicklung ist nunmehr als Grundsatz für die gesamte Bankenunion etabliert. Die Haftung von Fremdkapitalgebern (Bail-in) und die Haftungskaskade stellen das Herzstück der Abwicklungsregeln dar. Die Einführung einer solchen gestuften Haftung kann einen wichtigen Beitrag dafür leisten, um eine angemessene Lastenverteilung sicherzustellen und das Bewusstsein am Markt zu steigern, dass hohe Renditen mit einem entsprechend hohen Verlustrisiko verknüpft sind, wobei dieses Risiko grundsätzlich vom Investor selbst zu tragen ist.

1497. Die Einrichtung eines Abwicklungsfonds zur Deckung der Abwicklungskosten im SRM bzw. von mitgliedstaatlichen Abwicklungsfinanzierungsmechanismen ist zu begrüßen. Die Einrichtung solcher Finanzierungsinstrumente entspricht im Wesentlichen dem Ansatz in Deutschland (Restrukturierungsfonds). Im Gesetzgebungsverfahren war allerdings lange umstritten, ob für die Bankenunion anstelle nationaler Fonds nur ein einheitlicher Abwicklungsfonds eingerichtet werden soll.

Insofern war einerseits zu berücksichtigen, dass der SRM-Verordnung geplante Abwicklungsfonds selbst kein Sicherungssystem darstellen, sondern vielmehr mit einer anderen Zielsetzung neben die bestehenden Sicherungssysteme treten soll.²⁶⁷ Der Fonds soll als ein subsidiäres Instrument die Haftung von Eigen- und Fremdkapitalgebern ergänzen, um die Finanzierung von Abwicklungsmaßnahmen sicherzustellen. Die Einleger soll er dagegen nicht schützen. Ebenso wenig sollte der Abwicklungsfonds Banken zugutekommen, um ihren Fortbestand zu ermöglichen. Deshalb sollten Banken auch grundsätzlich keine Vorteile aus einem Wettbewerb nationaler Abwicklungsfonds ziehen können. Andererseits war jedoch zu berücksichtigen, dass die im Aufbau befindlichen nationalen Abwicklungsfonds durch Beiträge der Banken finanziert werden. Eine Zusammenlegung, bei der auch solche Banken von Fonds profitieren, die bislang nichts einzahlen, würde Wettbewerbsnachteile für die bislang zahlenden Banken mit sich bringen.

Die Monopolkommission begrüßt deshalb zwar grundsätzlich die Errichtung eines einheitlichen Abwicklungsfonds im Rahmen der Bankenunion. Dessen ungeachtet unterstützt sie jedoch die Position der Bundesregierung, die durchgesetzt hat, dass übergangsweise die nationalen Abwicklungsfonds getrennt voneinander fortgeführt werden sollten, insbesondere bis eine politische Lösung für eine angemessene Lastenverteilung gefunden und die eventuelle Notwendigkeit einer Änderung der Europäischen Verträge geklärt wurde.

1498. Die Monopolkommission sieht die Regelungen zur Abwicklungsfinanzierung im Grundsatz also positiv. Allerdings regt sie an, die in den Abwicklungsregeln vorgesehenen Instrumente weiter zu entwickeln, damit sie wettbewerblichen Belangen besser Rechnung tragen.

1499. Die Haftungsbeteiligung der Marktteilnehmer muss so ausgestaltet sein, dass nach Möglichkeit keine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung von Marktteilnehmern gegenüber einer Insolvenz stattfindet (Gleichbehandlungsgrundsatz).²⁶⁸ Die Regelungen zur Abwicklungsfinanzierung beachten diesen Gleichbehandlungsgrundsatz bereits in der Weise, dass sie die bisherige Besserstellung von Marktteilnehmern verringern, die an einem Institut beteiligt sind, das von einer impliziten Garantie profitiert. Eine solche Besserstellung ist für die Abwendung einer systemischen Bedrohung nicht ohne Weiteres geboten, da sich für den einzelnen Gläubiger nur ein Insolvenzrisiko und nicht das mit systemischer Bedrohung einhergehende Risiko unkontrollierter Ansteckungseffekte realisiert. Eine Besserstellung einzelner Gläubiger im Rahmen der Ab-

²⁶⁶ Siehe Art. 7 Abs. 4 lit. a, Art. 8 Abs. 9 lit. d und i, Art. 18 Abs. 1 lit. b, Art. 20 Abs. 10, 11, 13, Art. 21 Abs. 3 lit. b, Art. 22 Abs. 3 lit. d SRM-Verordnung.

²⁶⁷ EU-Kommission, Mitteilung der Kommission vom 26. Mai 2010 an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und die Europäische Zentralbank „Bankenrettungsfonds“, KOM(2010) 254 endgültig, S. 4. Zur Einlagensicherung vgl. dagegen unten Tz. 1550.; 1555.

²⁶⁸ Vgl. Erwägungsgründe 59, 63, 65, 77 der SRM-Verordnung.

wicklungsfinanzierung kann somit zu einer Realisierung etwaiger impliziter Staatsgarantien zum Vorteil dieser Gläubiger führen, ohne dass dies mit Blick auf das Ziel der Finanzmarktstabilisierung gerechtfertigt ist.

1500. Eine Gleichbehandlung ist allerdings auch in dem Sinne anzustreben, dass die aufgrund bestehender impliziter Garantien bisher vom Staat übernommene Haftung nicht auf andere Marktteilnehmer verlagert wird, welche im Rahmen einer Unternehmensinsolvenz außerhalb des Finanzbereichs nicht zur Haftung herangezogen würden. In einem regulären Insolvenzverfahren übernehmen die Geschäftspartner des insolventen Unternehmens die aus der Geschäftsbeziehung mit dem Unternehmen folgenden Verlustrisiken. Dem entsprechend muss in einer Bankenabwicklung sichergestellt werden, dass neben den Geschäftspartnern möglichst vollständig auch die weiteren von Ansteckungseffekten betroffenen Marktteilnehmer ihre Verlustrisiken tragen. Mit Blick auf das Ziel der Finanzmarktstabilisierung werden Ausnahmen von einer solchen Verlustbeteiligung zwar deshalb für erforderlich gehalten, weil ein reguläres Insolvenzverfahren wegen drohender Panikreaktionen von Marktteilnehmern nicht durchführbar ist. Derartige Panikreaktionen beruhen jedoch vorrangig auf Zweifeln der Marktteilnehmer an der Überlebensfähigkeit des Instituts und dem damit einhergehenden Risiko eines unausweichlichen und möglicherweise ungerechtfertigten völligen Verlusts. Sie folgen aber nicht ohne Weiteres aus dem Bestreben, einen eigenen Haftungsbeitrag schlechthin zu vermeiden. Daher erscheint es nicht von vornherein ausgeschlossen, im Anschluss an die kurzfristige Stabilisierung im Krisenfall eine Verlusthaftung auch solchen Marktteilnehmern zuzuweisen, die von einem Haftungsbeitrag bei der Rettung des Instituts zunächst teilweise oder vollständig verschont geblieben sind. Sicherungssysteme und Abwicklungsfinanzierungsinstrumente sollten eine Verlusthaftung dauerhaft nur insoweit übernehmen, wie eine Zuweisung der Verlusthaftung gegenüber einzelnen Marktteilnehmern nicht möglich ist.

1501. Der Gleichbehandlungsgrundsatz im zuletzt genannten Sinn wird in den jetzigen Abwicklungsregeln zwar im Grundsatz ebenfalls berücksichtigt, dies allerdings mit nicht unbedeutenden Durchbrechungen. Diese Durchbrechungen mögen darauf zurückzuführen sein, dass der Abwicklungsmechanismus eher auf die Bewältigung eines großen einzelnen Abwicklungsfalls ausgerichtet ist (too big to fail) und weniger auf mehrere parallel stattfindende Haftungsfälle bei miteinander verflochtenen Banken (too connected to fail) bzw. Banken mit parallelen Geschäftsmodellen (too many to fail). Die angesprochenen Durchbrechungen führen allerdings dazu, dass Haftungsrisiken auf andere Marktteilnehmer dauerhaft ohne klar erkennbare Rechtfertigung verlagert werden können oder dass der Staat sie selbst wieder übernimmt.

1502. Dies zeigt sich zunächst im Rahmen der Regelungen für die Haftung von Fremdkapitalgebern. Es ist zu erwarten, dass in absoluten Zahlen voraussichtlich nur wenige Bankengläubiger an der Fremdkapitalgeberhaftung beteiligt werden, da nach Einschätzung des zuständigen Kommissars für 95 Prozent der Gläubiger die Systeme der Einlagensicherung die Haftung übernehmen werden und dem entsprechend die Haftungsausnahme für gedeckte Spareinlagen (bis EUR 100.000) eingreifen wird.²⁶⁹ Die Überführung der Haftung von Kleinsparern auf die Sicherungssysteme ist aus Wettbewerbsgründen grundsätzlich nicht zu beanstanden. Sie trägt dem Umstand Rechnung, dass die gesetzliche Einlagensicherung gerade als Versicherung für die Kleinsparer gegen den Zahlungsausfall ihrer Bank errichtet wurde. Außerdem sind die Sparer grundsätzlich kaum in der Lage, die Risiken ihrer Bank einzuschätzen und sich selbst zu schützen. In diesem Zusammenhang muss freilich offenbleiben, ob die getroffene Regelung zugunsten von Kleinanlegern ausreichen wird, um im Fall einer Krise panikartige Abhebungen (Bank Run) zu verhindern. Jedenfalls muss aber sichergestellt sein, dass die Sicherungssysteme auf die Bewältigung eines Ausfalls einer Vielzahl von Instituten im Rahmen einer Systemkrise ausgelegt sind (z. B. aufgrund paralleler Geschäftsmodelle – too many to fail).²⁷⁰

²⁶⁹ Kommissar Barnier, zit. in: o. A., EU und Deutschland bei Bankenabwicklung auf Kollisionskurs, Stuttgarter Zeitung, 13. April 2013.

²⁷⁰ Dazu noch unten Tz. 1552.

1503. Der Beteiligung der sonst haftenden Gläubiger kommt wegen der Privilegierung gedeckter Spareinlagen eine gesteigerte Bedeutung zu. Bei diesen Gläubigern ist es wichtiger als bei den Kleinsparern, dass sie eine risikoadäquate Anlagepolitik der betreffenden Bank durchsetzen, da ein Ausfall der Bank mit diesen Gläubigern treffenden Ansteckungseffekten auch mit größeren Systemrisiken einhergeht (insbesondere in Fällen starker Verflechtung – too connected to fail).

1504. Ein besonderes Problem der Fremdkapitalgeberhaftung ist die Vernetzung der Banken untereinander durch Kreditverbindlichkeiten (Interbankenkredite). Eine solche Verflechtung kann die Abwicklung selbst einzelner Banken stark behindern, weil sie Ansteckungseffekten Vorschub leistet. Die europäischen Vorschriften sehen deshalb erstmals vor, dass der Abwicklungsausschuss bzw. die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten den Umfang beschränken, in dem andere Institute Verbindlichkeiten halten, die als Bail-in-Instrument infrage kommen.²⁷¹ Diese Regelungen greifen eine Forderung auf, die sowohl auf europäischer Ebene als auch in Deutschland erhoben wurde.²⁷² Sie sind zu begrüßen, wenngleich sie keine mittelbaren Verflechtungen erfassen und somit bestehende Ansteckungsrisiken wohl nur begrenzt reduzieren können.

1505. Die Vorschriften zur Haftungskaskade lassen im Übrigen allerdings relativ weitgehende Ausnahmemöglichkeiten zu. Die Position des Europäischen Parlaments im Gesetzgebungsverfahren war entschieden restriktiver, hat im endgültigen Text jedoch offensichtlich keinen Niederschlag gefunden.²⁷³ Hinsichtlich der möglichen Ausnahmen gilt Folgendes:

- Die Ausnahmen für insolvenzrechtlich geschützte Gläubiger sind grundsätzlich hinzunehmen. Die Ausnahmen für besicherte Verbindlichkeiten dürften sich ebenfalls rechtfertigen lassen, da ein Verlust des Vertrauens in Sicherungsinstrumente vermieden werden soll. Das gilt jedenfalls, soweit die Sicherungsinstrumente in einer Insolvenz zur abgesonderten Befriedigung berechnen würden.²⁷⁴
- Dagegen erscheint es nicht ohne Weiteres zwingend, dass Verbindlichkeiten mit kurzer Laufzeit oder von bestimmten Gläubigern (z. B. Beschäftigten, Lieferanten, und Behörden) von der Haftung ausgenommen sind, und zwar ohne eine spätere Rückgriffsmöglichkeit und auch soweit insolvenzrechtlich keine entsprechenden Ausnahmen bestehen sollten.
- Zu kritisieren ist, dass die im ursprünglichen Kommissionsvorschlag vorgesehene Möglichkeit zu einzelfallabhängigen Ausnahmen von der Gläubigerbeteiligung weitgehend beibehalten wurde.²⁷⁵ Die Voraussetzungen zur Rechtfertigung einer Ausnahme („unter außergewöhnlichen Umständen“) dürften sich jedenfalls in Bezug auf eine größere Bank in einer systemischen Krise ohne Weiteres bejahen lassen. Insoweit wie der Staat sich ein Ermessen vorbehält, wird die Haftung auch nicht ohne Weiteres auf die Ein- und Anleger verlagert.

1506. Die Mindesthaftung der Fremdkapitalgeber vor dem Rückgriff auf den Abwicklungsfonds bzw. die mitgliedstaatlichen Abwicklungsfinanzierungsmechanismen ist zwar zu begrüßen. Die Festlegung eines ausdrücklichen Schwellenwerts kann jedoch fehlinterpretiert werden und eine Besserstellung gegenüber

271 Art. 27 Abs. 4 UAbs. 3 SRM-Verordnung; Art. 44 Abs. 2 a. E. Abwicklungsrichtlinie. Diese Vorgaben werden durch die vom Basler Ausschuss kürzlich vorgeschlagenen Engagementobergrenzen ergänzt; dazu unten Tz. 1601. f.

272 High-level Expert Group on reforming the structure of the EU banking sector (Vorsitz: Erkki Liikanen), Final Report, 2. Oktober 2012, S. 104; zuletzt ebenso Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium der Finanzen, Stellungnahme zur aktuellen Entwicklung der Europäischen Bankenunion-Plädoyer für ein glaubwürdiges Bail-in, Januar 2014.

273 Art. 24 Abs. 5 SRM-Verordnung in der Fassung des Entschließungsantrags des Berichterstatters, A7-0196/2013.

274 Siehe auch Art. 27 Abs. 4 SRM-Verordnung und Art. 44 Abs. 2 UAbs. 4 Abwicklungsrichtlinie hinsichtlich der Möglichkeit der Abwicklungsbehörden zur Ausübung der Bail-in-Befugnisse durch Einzelfallentscheidung.

275 Vgl. Art. 27 Abs. 5 SRM-Verordnung; in Einzelpunkten noch großzügiger Art. 24 Abs. 5 des Vorschlags vom 10. Juli 2013 für eine Verordnung zur Festlegung einheitlicher Vorschriften und eines einheitlichen Verfahrens für die Abwicklung von Kreditinstituten und bestimmten Wertpapierfirmen im Rahmen eines einheitlichen Abwicklungsmechanismus und eines einheitlichen Bankenabwicklungsfonds, COM(2013) 520 final.

einem Insolvenzverfahren begünstigen, in dem eine solche Grenze nicht gilt. Zumindest sollte sichergestellt werden, dass ein Rückgriff auf vorhandenes Fremdkapital über diese Grenze hinaus immer dann stattfinden muss, wenn einzelne Gläubiger nicht nachweisen können, weshalb sie im Vergleich zu anderen Gläubigern bezüglich ihrer Haftung besserzustellen sind. Zur Ermöglichung zumindest einer nachträglichen Haftung sollten Ausnahmen vom Bail-in-Instrument nach Möglichkeit nur bedingt bzw. zeitlich gebunden erfolgen.²⁷⁶ Es erscheint nicht ausgeschlossen, zumindest nach nationalem Recht einen solchen Rückgriff vorzusehen.²⁷⁷

1507. Der Abwicklungsfonds und die mitgliedstaatlichen Abwicklungsfinanzierungsmechanismen haften nachrangig, wenn die Abwicklung auch bei Inanspruchnahme der bestehenden Sicherungssysteme und der Eigen- und Fremdkapitalgeber nicht durchführbar ist.

1508. Der europäische Abwicklungsfonds hat mit EUR 55 Mrd. eine geringere Zielausstattung als der deutsche Restrukturierungsfonds (EUR 70 Mrd.). Diese Zielausstattung wird als zu gering kritisiert. Dem wird entgegengehalten, dass die Eigenkapitalregulierung eine Stärkung der Kapitalpuffer erfordert und die Abwicklung vorrangig durch Eigen- und Fremdkapitalgeber finanziert werden soll. Davon abgesehen ist zu bedenken, dass der Abwicklungsfonds nicht zur Sanierung dient, weshalb sich auch ein Vergleich mit den für die Rettung von Banken in der Finanzkrise aufgewendeten Summen verbietet.

Dennoch ist die Kritik an der Zielausstattung ernst zu nehmen. Sollte die Abwicklung einer Großbank erforderlich werden, bei der das durch die Eigen- und Fremdkapitalgeberhaftung verfügbare Kapital nicht ausreicht, so erscheint es schon angesichts des Geschäftsvolumens solcher Institute plausibel, dass der Abwicklungsfonds relativ schnell an seine Grenzen stoßen würde.²⁷⁸ Im Fall einer erneuten systemischen Krise könnte voraussichtlich wieder eine Vielzahl mittlerer und großer Institute vom Ausfall bedroht sein. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass der Abwicklungsfonds dazu beitragen soll, die Verknüpfung zwischen der Haushaltslage einzelner Mitgliedstaaten und der Finanzierungskosten der dort tätigen Banken aufzulösen.²⁷⁹ Diese Verknüpfung erhöht die Wahrscheinlichkeit dafür, dass Bankenabwicklungen von nationalen politischen Interessen mitbestimmt werden.²⁸⁰ Es muss aber in jedem Fall vermieden werden, dass durch die Marktteilnehmer die Glaubwürdigkeit des SRM infrage gestellt wird, weil dies den Abbau impliziter Garantien ernsthaft gefährden würde.

Aus Sicht der Monopolkommission ist derzeit noch unklar, welche Rolle der Abwicklungsfonds bei künftigen Bankenabwicklungen tatsächlich spielen wird. Sie hält es zunächst für dringlich, dass die Befüllung des Fonds im vorgegebenen Zeitrahmen sichergestellt wird. Abhängig von der Bedeutung des Fonds für den SRM sollte jedoch eine Erhöhung der Zielausstattung für die Zukunft in Betracht gezogen werden.

1509. Die Beiträge zum Abwicklungsfonds können aus Sicht der Monopolkommission andererseits nicht als Ersatz für adäquate Eigenkapitalanforderungen angesehen werden. Es ist prinzipiell vorzugswürdig, systemische Risiken durch regulatorische Eigenkapitalanforderungen zu erfassen, wie dies durch die Zuschlüsse für systemrelevante Banken im Zuge der Umsetzung von Basel III vorgesehen ist. Die Errichtung eines Abwicklungsfonds mit entsprechender Beitragspflicht sollte deshalb nur eine nachrangige Funktion bei der Bekämpfung von Systemrisiken einnehmen.

²⁷⁶ Vgl. Art. 27 Abs. 5 SRM-Verordnung („oder teilweise“).

²⁷⁷ Vgl. Art. 73 SRM-Verordnung.

²⁷⁸ So haben allein die deutschen Großbanken Deutsche Bank (EUR 2,01 Bio.), Commerzbank (EUR 635 Mrd.) oder Unicredit (HVB) (EUR 348 Mrd.) eine die Zielausstattung jeweils um ein Vielfaches übersteigende Bilanzsumme.

²⁷⁹ Erwägungsgrund 19 der SRM-Verordnung.

²⁸⁰ Nach einer Erhebung der Europäischen Bankenaufsichtsbehörde (EBA) vom 20. Dezember 2013 halten EU-Banken häufig mehr als 60 Prozent und z. T. mehr als 80 Prozent der Staatsanleihen ihres Landes in den Büchern (Deutschland 72 Prozent); siehe EBA, EU-wide Transparency Exercise 2013, Zusammenfassender Bericht (Summary Report) vom 16. Dezember 2013, S. 13. Diese Verknüpfung zwischen Banken und Staaten wird durch die Anlagen des Fonds voraussichtlich weiter fortgesetzt; vgl. Art. 75 Abs. 3 SRM-Verordnung.

1510. In Anbetracht des wettbewerbspolitischen Ziels einer Haftungszuweisung an die Kapitalgeber der ausfallenden bzw. vom Ausfall bedrohten Bank und die weiteren von Ansteckungseffekten betroffenen Marktteilnehmern sollte gewährleistet sein, dass der Abwicklungsfonds und die mitgliedstaatlichen Abwicklungsfinanzierungsmechanismen nach ihrer Ausgestaltung eine angemessene Lastenverteilung ermöglichen und dass sie Verlustrisiken im Haftungsfall nur im unerlässlichen Umfang übernehmen.

1511. Mit Blick auf die Ausgestaltung des Abwicklungsfonds und der mitgliedstaatlichen Abwicklungsfinanzierungsmechanismen ist eine angemessene Lastenteilung nach Maßgabe der Regelungen über die vorab zu zahlenden Beiträge (Ex-ante-Beiträge) grundsätzlich möglich, doch bleibt die endgültige Ausgestaltung der Beiträge abzuwarten. Aus wettbewerbspolitischer Sicht bestehen in diesem Zusammenhang keine Bedenken, dass alle Banken einen (niedrigen) Sockelbeitrag zahlen, da die Anwendung des SRM im Falle einer Systemgefährdung allen Banken zugutekommt. Allerdings sollten die in Deutschland bestehenden Institutssicherungssysteme bei der Beitragsbemessung berücksichtigt werden, da diese einen ergänzenden Beitrag zur Systemstabilisierung leisten.²⁸¹ Der risikobasierte Zuschlag sollte hingegen nur von solchen Instituten geleistet werden, die voraussichtlich im Rahmen des SRM abgewickelt werden. Die Berücksichtigung des Risikoprofils der betreffenden Institute im Rahmen dieses Zuschlags ist zu begrüßen. Die Bemessungskriterien bilden die Systemrelevanz der beitragspflichtigen Institute ab und können damit dazu beitragen, den Vorteil, der aus der impliziten Garantie für systemrelevante Institute resultiert, zumindest teilweise zu internalisieren. Es ist jedoch wichtig, dass die risikobasierten Beiträge nicht zu niedrig ausfallen, da sie sonst die damit einhergehende Lenkungswirkung nicht entfalten können.

1512. Der Einsatz des Abwicklungsfonds und der mitgliedstaatlichen Abwicklungsfinanzierungsmechanismen wird grundsätzlich engen Voraussetzungen unterliegen.²⁸² Dazu gehört, dass der Einsatz des Fonds – ebenso wie alle sonstigen Maßnahmen zur Bankenabwicklung in der EU – auch auf seine Vereinbarkeit mit den Regeln über Beihilfen und den Binnenmarkt überprüft wird.²⁸³ Eine solche Überprüfung trägt dem Umstand Rechnung, dass der Fonds nur bei solchen Abwicklungen zur Verfügung steht, die im Rahmen des SRM im öffentlichen Interesse erfolgen. Außerdem wird die Möglichkeit bestehen, dass der Abwicklungsfonds öffentliche Finanzierungsstrukturen nutzt.²⁸⁴ Aus Wettbewerbsperspektive ist der Einsatz des Abwicklungsfonds insofern mit staatlichen Unterstützungsmaßnahmen vergleichbar oder geht mit solchen Maßnahmen einher.²⁸⁵ Die Überprüfung nach den Kriterien für staatliche Beihilfen stellt sicher, dass der Abwicklungsfonds und die mitgliedstaatlichen Abwicklungsfinanzierungsmechanismen grundsätzlich nur nach einer angemessenen Beteiligung der Eigen- und Fremdkapitalgeber eingesetzt werden.

1513. Dennoch wäre es wünschenswert, wenn der Abwicklungsfonds nach seiner Inanspruchnahme und Abwendung der Krisensituation bei den Kapitalgebern auch Rückgriff nehmen könnte, deren Kapital die betreffende Bank für Anlagen eingesetzt hat, aufgrund welcher sie vom Ausfall betroffen oder bedroht ist.

Ein solcher Rückgriff ist bisher nicht vorgesehen, was wegen des versicherungsähnlichen Charakters des Abwicklungsfonds verständlich sein mag. Der Abwicklungsfonds haftet für die mit dem Ausfall der Bank verbundenen Verlustrisiken, welche nicht bereits von den Eigen- und Fremdkapitalgebern übernommen werden. Anders als bei einer Versicherung bemessen sich die Beiträge zu dem Abwicklungsfonds allerdings nicht nach dem Risiko der von der Haftung befreiten Kapitalgeber, sondern allein nach dem Risiko der Bank. Dieser Umstand führt dazu, dass für die übrigen Risiken anstelle der Anleger die am Markt verbleibenden Banken und somit die Wettbewerber eintreten müssen (insb. für systemische Risiken).²⁸⁶ Zwar können bei

281 Vgl. Demary, M./Schuster, T., Die Neuordnung der Finanzmärkte. Stand der Finanzmarktregulierung fünf Jahre nach der Lehman-Pleite, a. a. O., S. 105.

282 Vgl. Art. 76 SRM-Verordnung und die Vorschriften zu den dort genannten Verwendungszwecken.

283 Erwägungsgründe 29, 30 und Art. 19 SRM-Verordnung.

284 Art. 74 SRM-Verordnung.

285 Insofern ergibt sich auch die Notwendigkeit der Gleichbehandlung von Banken innerhalb der Bankenunion und Banken außerhalb der Bankenunion, deren Abwicklung über nationale Fonds zu finanzieren ist.

286 Das Problem würde auch dann fortbestehen, wenn die Primärinstitute der deutschen Verbundgruppen (Sparkassen,

Bedarf auch nachträgliche Beiträge erhoben werden (Ex-post-Beiträge). Auch diese Beiträge werden jedoch von allen anderen Instituten erhoben. Damit werden andere Marktteilnehmer für den Ausfall in Haftung genommen als die, welche ursprünglich durch ihre Ein- bzw. Anlagen bei dem vom Ausfall betroffenen bzw. bedrohten Institut profitiert haben. Ein Rückgriff würde diese Haftungsverlagerung wieder korrigieren.

Im Übrigen besteht ein mögliches Risiko prozyklischer Entwicklungen, wenn Banken noch während einer Krise zu Ex-post-Beiträgen herangezogen werden. Die Möglichkeit eines späteren Rückgriffs bei den Eigen- und Fremdkapitalgebern der vom Ausfall betroffenen bzw. bedrohten Bank würde dagegen das Risiko von Ansteckungseffekten nicht ohne Weiteres erhöhen.

1514. Davon abgesehen ist die Stärkung der Rechte der Anteilsinhaber und Gläubiger gegenüber dem ursprünglichen Verordnungsvorschlag zu begrüßen. Der nun vorgesehene Rechtsschutz schützt die Kapitalgeber vor unverhältnismäßigen Eingriffen in ihre Rechte.²⁸⁷ Darüber hinaus wäre es jedoch wünschenswert, dass auch der Rechtsschutz von Marktteilnehmern gestärkt wird, die bei Maßnahmen im Rahmen der Abwicklungsregeln Wettbewerbsnachteile erleiden oder in anderer Weise geschädigt werden. So sollte Wettbewerbern des geretteten Instituts eine nachträgliche Klage gegen Rettungsmaßnahmen insbesondere dann ermöglicht werden, wenn sie nachweisen können, dass es berechnete Zweifel am öffentlichen Interesse an staatlicher Rettung gab und die Versorgung der Kunden des geretteten Instituts im Falle einer Insolvenz von dessen Wettbewerbern übernommen worden wäre. Ein solcher Rechtsschutz wäre zwar notwendigerweise mit hohen Zugangshürden verbunden, würde aber die Legitimität des SRM stärken und einem Missbrauch verbleibender Spielräume aus politischen Gründen vorbeugen.

1515. Die Möglichkeit, im Einzelfall auf Mittel der Mitgliedstaaten und – als letzte Rückfallposition („Back stop“) – auf den ESM zuzugreifen, schreibt bestehende implizite Garantien fort. Zwar ist es angesichts der immer noch geringen Kapitalisierung der meisten Banken wohl illusorisch, dass insbesondere global systemische Banken zukünftig ohne Bail-out zu retten sein werden.²⁸⁸ Dies gilt um so mehr, wenn man bedenkt, dass die von Banken in der Euro-Zone kontrollierten Vermögenswerte rund 270 Prozent des BIP ausmachen und zugleich gerade die großen Banken eine problematische Verschuldungsquote aufweisen.²⁸⁹ Die Nutzung staatlicher Mittel muss gleichwohl auf ein Minimum beschränkt werden. In jedem Fall einer staatlich finanzierten Bankensanierung oder -abwicklung muss zudem zwingend gelten, dass die begünstigten Banken oder ihre Eigen- und Fremdkapitalgeber alle Hilfen vollumfänglich zurückzahlen müssen.²⁹⁰ Mit diesen Prinzipien ist es kaum vereinbar, dass die Abwicklungsregeln und die Einigung zu direkten Bankenrekapitalisierungen über den ESM nur vage Grundsätze enthalten, die den Mitgliedstaaten erhebliche Freiräume belassen, um Abwicklungsmaßnahmen aus politischen Gründen mit Steuergeldern zu finanzieren. Es bleibt zu befürchten, dass Bail-in und Bail-out weiter einzelfallabhängig angewendet werden können. Dadurch werden Investoren weiter Spielräume gelassen, um in ihrer Planung auf ein Eintreten des Staates zu bauen.

1516. Im Zusammenhang mit dem laufenden Bilanz- und Stresstest vor dem Beginn des SSM wird diskutiert, unter welchen Voraussetzungen im Rahmen des Stresstests gefährdete Banken präventive Beihilfen erhalten können, ohne dass die Voraussetzungen der neuen Abwicklungsregeln erfüllt sein müssen. Die Monopolkommission lehnt solche Beihilfen grundsätzlich ab, weil sonst die Gefahr besteht, dass derartige Unterstützungen ausgenutzt werden, um die Abwicklungsregeln zu umgehen. Die kritische Position der Europäischen Kommission und der Bundesregierung ist insofern zu unterstützen.

VR-Banken) von der Leistung des geplanten Sockelbeitrags ausgenommen würden.

287 Vgl. Art. 20 und Erwägungsgründe 61-63 der SRM-Verordnung; Art. 21, 36, 50, 73 ff. der Abwicklungsrichtlinie.

288 Vgl. Tz. 1561. f., 1591.

289 Vgl. EZB, Banking Structures Report, November 2013, S. 30 (Zahlen vom Ende 2012); Beratender Wissenschaftlicher Ausschuss des ESRB, Is Europe Overbanked?, a. a. O., S. 8 f.; dort auch S. 29 ff. näher zur Zusammensetzung der Vermögenswerte und den mit der „Loan-to-Asset Ratio“ verbundenen Risiken.

290 EZB-Präsident Draghi, wie zit. in: Jost, Banken wollen Klarheit über den Stresstest, Die Welt, 25. November 2013; zuvor auch schon FSB, Key Attributes of Effective Resolution Regimes, a. a. O., S. 12, Abschnitt 6.2.

1517. Nach allem bleibt abzuwarten, wie sich die europäischen Abwicklungsregeln in der Praxis auswirken werden. Ein Indiz für die mögliche Wirksamkeit sind Ankündigungen von Ratingagenturen, dass sich die Bewertungen von Banken, die bislang wegen impliziter Garantien von Ratingvorteilen profitierten, aufgrund der Regulierung verschlechtern könnten. Eine solche Verschlechterung wäre grundsätzlich hinzunehmen, da sich hierin gerade eine Verlagerung des Risikos vom Staat auf die privaten Gläubiger widerspiegelt. Es ist auch davon auszugehen, dass die neuen Liquiditätsvorgaben und die Befugnis der Abwicklungsbehörden, im Einzelfall auch besicherte Anlagen in die Haftung einzubeziehen, grundsätzlich der Tendenz von Banken entgegenwirken können, in (teurere) besicherte Anlagen umzuschichten und die Laufzeit von Anlagen zu verkürzen, um dadurch Fremdkapital der Haftung zu entziehen.²⁹¹

Dennoch ist eine gewisse Skepsis angebracht. Die Abwicklungsregeln tragen wettbewerblichen Belangen bisher nicht in vollem Umfang Rechnung. Die Erfahrung zeigt zudem, dass nach wettbewerblichen Prinzipien gebotene Abwicklungen von Banken in einer Krise aus politischen Gründen verhindert werden. Dazu werden auch vorhandene rechtliche Vorgaben überaus politisch ausgelegt. Infolge der letzten Krise bestehen weiter Institute, auch im deutschsprachigen Raum, die nur aufgrund massiver Staatshilfen am Markt verbleiben und den Staat somit in Haftung halten. Bislang ist keine Bereitschaft erkennbar, diese Institute abzuwickeln. Auch die Abwicklungsregeln dürften insofern keine Auswirkungen haben.

Deutsches Recht

1518. In Deutschland sind im Laufe der Krise mehrere Regelungen zur Bankenabwicklung und -sanierung erlassen worden.²⁹² Das Gesetz zur Reorganisation von Kreditinstituten (KredReorgG) enthält allgemeine Regelungen, durch die Banken als Alternative zum Insolvenzverfahren ein (freiwilliges) Verfahren zur Sanierung zur Verfügung gestellt wird. Daneben enthalten jenes Gesetz und das Kreditwesengesetz spezielle Regelungen zur Reorganisation von Kreditinstituten, von deren Bestandsgefährdung eine Systemgefährdung ausgeht. Die Regelungen im Kreditwesengesetz (§§ 48a ff. KWG) beziehen sich dabei auf Maßnahmen, die von der Aufsichtsbehörde angeordnet werden. Das Kreditwesengesetz enthält ferner Regelungen (§§ 47 ff. KWG), welche die präventive Sanierungs- und Abwicklungsplanung von potenziell systemgefährdenden Kreditinstituten und Finanzgruppen betreffen („Bankentestamente“). Zur Durchführung von Sanierungs- und Reorganisationsmaßnahmen, die eine nicht am Markt verfügbare Finanzierung erfordern, steht ein Restrukturierungsfonds zur Verfügung, dessen Aufgaben im Restrukturierungsfondsgesetz geregelt sind.

Diese Regelungen müssen schließlich im Zusammenhang mit der Gesetzgebung zur Finanzmarktstabilisierung gesehen werden, die daneben in Kraft bleibt und – außerhalb der eigentlichen Abwicklungsregeln – eine nationale Back-stop-Regelung darstellt (insofern vergleichbar dem ESM).

– Inhalt der Abwicklungsregelungen –

1519. Das geltende deutsche Regelwerk enthält sowohl grundsätzliche Regeln für alle Banken wie auch spezielle Regeln gerade für systemrelevante Institute. Die Befugnisse zu zwangsweise angeordneten Reorganisationsmaßnahmen knüpfen an den Begriff der „Systemgefährdung“ an.²⁹³ Damit sind die Voraussetzungen für die Einleitung von Abwicklungsmaßnahmen auch nach deutschem Recht weit gefasst.

²⁹¹ Vgl. Art. 27 Abs. 4 SRM-Verordnung; ähnlich Art. 44 Abs. 2 UAbs. 3 Abwicklungsrichtlinie; ferner Art. 411 ff., 510 VO 575/2013. Für Vermögensverschiebungen vor einem Beihilfeverfahren siehe auch Neue Bankenmitteilung, Tz. 47 ff.

²⁹² Siehe insb. §§ 47a ff., 48a ff. KWG und §§ 1 ff. KredReorgG, in Kraft gesetzt durch das Gesetz zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz), BGBl. I 2010 Nr. 63, S. 1900 ff., und das Gesetz zur Abschirmung von Risiken und zur Planung der Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Finanzgruppen, BGBl. I 2013 Nr. 47, S. 3090.

²⁹³ Vgl. § 48b Abs. 2 KWG.

1520. Die strukturellen Instrumente im Fall einer Reorganisation sind in den Gesetzen verstreut geregelt, entsprechen aber inhaltlich weitgehend den Instrumenten, die in den Abwicklungsregeln auf EU-Ebene vorgesehen sind. Als ein derartiges Instrument steht insbesondere die Ausgliederung²⁹⁴ zur Verfügung. Diese kann in Form der Übertragung auf einen bestehenden oder neu gegründeten Rechtsträger (z. B. eine Brückenbank) erfolgen.²⁹⁵ Ebenso ist eine partielle Übertragung möglich.²⁹⁶ Daneben bleiben die Instrumente der Finanzmarktstabilisierungs-Gesetzgebung erhalten, insbesondere die Übertragung von Risikopositionen auf eine durch die Bank selbst gegründete Zweckgesellschaft oder auf eine bundes- oder landesrechtliche Abwicklungsanstalt (Bad Bank).²⁹⁷ Über diese Regelungen hinaus war zumindest zeitweise im Rahmen der Krise eine Bankenteignung rechtlich möglich.²⁹⁸

Diese strukturellen Instrumente werden durch eine Vielzahl flankierender Befugnisse ergänzt, die teilweise im Kontext des allgemeinen Bankaufsichtsrechts geregelt sind und z. B. Eingriffe in Gläubigerrechte²⁹⁹ und die Beendigung von Schuldverhältnissen³⁰⁰ gestatten.

1521. Im Grundsatz sind eine finanzielle Beteiligung der übertragenden Unternehmen durch Leistung eines Ausgleichsbetrags für die Übernahme der Risikopositionen und staatliche Garantien stets erforderlich.³⁰¹ So führt namentlich die Übertragung auf eine Brückenbank nach den bestehenden Regeln zu einer Gläubigerbeteiligung (Bail-in). Daneben kann die Bank eine Umwandlung von Forderungen in Eigenkapital freiwillig in ihrem Reorganisationsplan vorsehen.³⁰² Ebenso wie auf EU-Ebene sind im deutschen Recht allerdings auch etwaige Entschädigungen für Rechtsverluste geregelt. Für den Fall, dass der Einsatz zusätzlicher Mittel zur Finanzmarktstabilisierung erforderlich erscheint, wurde außerdem ein Restrukturierungsfonds errichtet, sodass sich auch im deutschen Recht eine Haftungskaskade ergibt.³⁰³

1522. Öffentliche Mittel sollen grundsätzlich nur subsidiär bereitgestellt werden. Soweit die verschiedenen Instrumente in der Finanzkrise bestanden, spricht die Erfahrung mit ihrer Anwendung allerdings dafür, dass der Einsatz öffentlicher Mittel eher von politischen als rechtlichen Vorgaben abhängt.

– *Bewertung der Abwicklungsregelungen* –

1523. Die geltenden deutschen Abwicklungsregeln werden voraussichtlich nur in einem begrenzten Umfang praktische Anwendung finden. Es ist für die Zwecke dieses Gutachtens davon auszugehen, dass ein einheitlicher Abwicklungsmechanismus für die Bankenunion bereitgestellt werden kann, bevor es erneut zu einer akuten Krise kommt. Ein Entwurf für ein Umsetzungsgesetz zur Abwicklungsrichtlinie liegt bereits vor.³⁰⁴

1524. Bereits die geltenden deutschen Regelungen sind grundsätzlich positiv zu sehen. Sie enthalten mehr oder weniger vergleichbare Grundsätze wie die europäischen Abwicklungsregeln und hatten für diese – da sie schon früher in Kraft waren – neben anderen (z. B. den britischen) sogar eine nicht unbedeutende Vorbildfunktion. Anders als nach dem gegenwärtigen Stand der europäischen Abwicklungsregeln ist in

294 § 11 KredReorgG.

295 § 11 Abs. 2, 3 KredReorgG, § 48a KWG, § 5 RStruktFG.

296 § 48k KWG.

297 §§ 6a, 8a-8b FMStFG.

298 § 1 RettungsG.

299 § 12 KredReorgG. Auch nach deutschem Recht sind übrigens Eingriffe in die Geschäftsleitung möglich, siehe z. B. § 45c KWG.

300 § 13 KredReorgG i. V. m. den normalen Kündigungs- und Rückabwicklungsvorschriften.

301 § 48d Abs. 1 S. 3, Abs. 6 KWG; § 11 Abs. 1 S. 3 KredReorgG; §§ 2, 12 RStruktFG; §§ 6b, 8a Abs. 4, 7, § 8b Abs. 1 Nr. 3 FMStFG.

302 §§ 9, 12 KreditReorgG.

303 §§ 1, 4 Abs. 1 RStruktFG.

304 Vgl. Referentenentwurf vom 9. Mai 2014 für ein Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2014/.../EU zur Festlegung eines Rahmens für die Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Richtlinien 77/91/EWG und 82/891/EG des Rates, der Richtlinien 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG und 2011/35/EG sowie der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 (BRRD-Umsetzungsgesetz).

Deutschland – wie gesagt – auch das Erfordernis eines angemessenen Ausgleichs für die in einer Krise an eine Bank geleisteten Staatshilfen ausdrücklich geregelt. Die Risiken für die Steuerzahler dürften sich deutlich reduziert haben, seitdem diese Regelungen zur Verfügung stehen.

1525. Nach der Errichtung der Bankenunion ist anzunehmen, dass die deutschen Regelungen, soweit erforderlich, relativ einfach an die europäische Abwicklungsrichtlinie angepasst werden können. Die Monopolkommission würde es allerdings begrüßen, wenn der Gesetzgeber nicht nur einzelne Änderungen vornehmen, sondern das Kreditwesengesetz unter Überarbeitung der Systematik und unter Aufnahme der in verstreuten Nebengesetzen (KredReorgG, FMStFG usw.) enthaltenen Vorschriften grundlegend neu fassen würde. Aufgrund der vielen Änderungen und Ergänzungen der letzten Jahre sind die Regelungen unübersichtlich – für den fachfremden Leser zum Teil bis zur völligen Unverständlichkeit. Daneben könnte das Gesetz auch inhaltlich und sprachlich straffer gefasst werden.³⁰⁵

1526. In Bezug auf die einzelnen Abwicklungsregelungen nach geltendem deutschen Recht genügen relativ kurze Anmerkungen. Die weiten Voraussetzungen für das zwingende Abwicklungsregime für systemrelevante Banken sind wegen der Vielgestaltigkeit systemischer Gefahren ebenso wie im europäischen Recht hinnehmbar. Der Begriff der Bestandsgefährdung dürfte grundsätzlich ähnlich wie die entsprechenden Eingriffsvoraussetzungen der SRM-Verordnung zu verstehen sein.³⁰⁶

1527. Die zu Verfügung stehenden strukturellen Abwicklungsinstrumente und die Vorschriften zur Haftung der Eigen- und Fremdkapitalgeber dürften in der Sache weitgehend den europäischen Regelungen entsprechen.³⁰⁷ Anders als dort ist die Gläubigerhaftung (Bail-in) allerdings bislang nicht als eigenständiges Instrument ausgestaltet, das die Aufsichtsbehörden auch unabhängig von einem Reorganisationsplan mit einer entsprechenden Regelung bzw. unabhängig von einer gesetzlichen Maßnahme, bei der es vorgesehen ist, anwenden können. Das mag unter anderem an der schwierigen Vereinbarkeit eines solchen Instruments mit bisherigem europäischem Sekundärrecht liegen.³⁰⁸ Nach deutschem Recht kommt deshalb jedenfalls dem Restrukturierungsfonds als mitgliedstaatlichem Abwicklungsfinanzierungsmechanismus eine höhere Bedeutung zu, als dies nach der Abwicklungsrichtlinie nun vorgesehen ist.

1528. Die Einrichtung eines durch die Marktteilnehmer finanzierten Restrukturierungsfonds ist an sich zu begrüßen. Ebenso ist die relativ hohe Zielausstattung dieses Fonds zu begrüßen, auch wenn offenbleiben muss, ob sie genügt. Problematisch ist dagegen die schleppende Kapitalisierung des Fonds, die einen schnellen Abbau impliziter Garantien auch in Deutschland unwahrscheinlich macht.³⁰⁹ Der Anfang 2011 errichtete deutsche Restrukturierungsfonds hat zum Jahresende 2013 lediglich einen Mittelbestand von EUR 1,8 Mrd. ausgewiesen, bei einer Zielausstattung von EUR 70 Mrd.³¹⁰

305 So enthalten die derzeitigen Regelungen z. B. entbehrlich erscheinende Differenzierungen und Mehrfachregelungen (siehe § 48g Abs. 7 S. 1-3 KWG, § 13 KredReorgG; ferner z. B. § 47b Abs. 2 S. 1 KWG wegen S. 2 und 3; § 48l Abs. 1 KWG wegen § 35 KWG). Das Rettungsübernahmegesetz könnte zudem wohl außer Kraft gesetzt werden, nachdem es keinen Anwendungsbereich mehr hat (§ 6 Abs. 1!).

306 Kritisch dagegen Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 2010/2011, Chancen für einen stabilen Aufschwung, Wiesbaden 2011, Tz. 309 (fallweise Entscheidung zur Systemrelevanz).

307 Eine ausdrückliche Regelung bzgl. der Haftungskaskade fehlt allerdings, einschließlich einer Regelung über die Einbeziehung der Sicherungssysteme bzw. die Freistellung von Kleinsparern.

308 Insbesondere mit Richtlinie 77/91/EWG; dazu Ohler, GewArch, Beil. WiVerw 1/2010, 47 (51).

309 Vgl. den Vorsitzenden des Leitungsausschusses der FMSA, Christoph Pleister, in Landgraf, R., An Bankpleiten kann man nicht verdienen, Handelsblatt, 3. April 2013, mit Verweis auf verfassungsrechtliche Gründe für die Beitragshöhe. Kritisch dagegen auch Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 2010/2011, a. a. O., Tz. 312.

310 Vgl. FMSA, Pressemitteilung vom 22. November 2013. Dieser Mittelbestand hat sich zwischenzeitlich sogar noch vermindert; zu den Gründen siehe Wefers, A./Beecken, G., Ebbe im Restrukturierungsfonds, Börsen-Zeitung, 24. April 2014.

1529. Die Ausgestaltung der Bankenabgabe wird im Zuge der Umsetzung der Abwicklungsrichtlinie an die Ausgestaltung der Beiträge nach der SRM-Verordnung anzupassen sein. Dies ist aus wettbewerbspolitischer Sicht auch sinnvoll, da risikoabhängige Beiträge eine marktgerechtere Lenkungswirkung entfalten als im Wesentlichen nach der Bilanzsumme bemessene Beiträge.³¹¹

1530. Zuletzt tritt die Monopolkommission dafür ein, bei der Umsetzung der Abwicklungsrichtlinie ausdrücklich einen vollständigen Ausgleich aller begünstigten Anleger für im Rahmen der Abwicklung geleistete Beiträge des Fonds oder von Staatshilfen vorzusehen. Dieser Ausgleich sollte auch einen nachträglichen Rückgriff umfassen. Ein solcher Ausgleich war bei den Bankenrettungen im Rahmen der Krise nicht vorgesehen und ist auch jetzt nicht für alle Restrukturierungsfälle in vollem Umfang geregelt.³¹² Es ist jedoch zu betonen, dass Beihilfen im Zusammenhang mit einer Bankenrestrukturierung keine Ausgestaltung einer legitimen Förderpolitik darstellen, wie dies bei anderen Beihilfegewährungen regelmäßig der Fall ist. Es handelt sich vielmehr um eine Unterstützung, die aufgrund einer besonders schwerwiegenden Wettbewerbsverzerrung geleistet wird, die es Banken erlaubt, den Staat in Haftung zu nehmen.

3.6.1.2 Aufspaltung bzw. interne Auslagerung von Geschäftsaktivitäten (Trennbankenlösung)

1531. Ein Vorschlag, der einige Zeit nach Ausbruch der Krise schnell Popularität erlangte, ist der einer vorsorglichen Aufspaltung von Banken zur Risikoabschirmung, unabhängig von der Problematik der Bankenabwicklung. Dieser Vorschlag überrascht zunächst angesichts des Umstands, dass die Finanzkrise sich infolge des Zusammenbruchs einer Investmentbank – Lehman Brothers – erst zu einer systemischen Krise auswuchs. Wie dargestellt, gerieten auch in Deutschland gerade Banken mit spezialisierten Geschäftsprofilen in existenzielle Schieflagen.³¹³

1532. Die Trennbankenlösung basiert auf Ideen, die in verschiedenen Vorschlägen außerhalb Deutschlands entwickelt und relativ früh in der deutschen politischen Debatte aufgegriffen wurden. Vor dem Hintergrund, dass die Deregulierung im angelsächsischen Raum in den 1980er und 1990er Jahren angesichts der Finanzkrise gescheitert schien, wurden Empfehlungen gemacht, wonach Banken sich nicht an Hedgefonds und Private Equity-Fonds beteiligen und keine Eigenhandelsgeschäfte auf eigenes Risiko tätigen (USA; sogenannte Volcker Rule)³¹⁴ bzw. Geschäftsbanken ihr Einlagengeschäft gegen Risiken aus dem sonstigen Geschäft abschirmen sollten („ring-fencing“) (UK; Empfehlung im sogenannten Vickers Report)³¹⁵. Eine durch die Europäische Kommission eingesetzte Expertengruppe empfahl daraufhin im sogenannten Liikanen Report die Abtrennung des Investmentbanking von sonstigen Bankgeschäften, allerdings anders als unter der amerikanischen Volcker Rule nicht im Sinne einer kompletten (institutionellen) Abspaltung, sondern mit der Möglichkeit zur Zusammenfassung von Einlagen- und Investmentbankaktivitäten unter einer gemeinsamen Holding, die den grundsätzlichen Erhalt der europäischen Universalbanken ermöglichen sollte.³¹⁶ In Frankreich und in Deutschland wurden daraufhin noch vor Erarbeitung eines einheitlichen EU-Gesetzgebungsvorschlags sogenannte Trennbankengesetze erlassen, die sich zwar am Liikanen Report orientieren, es allerdings gestatten, dass Banken in einem gewissen Rahmen weiter Investmentbankaktivitäten durchführen, ohne diese in ein eigenständiges Institut auszulagern (insbesondere Marktpflege [market making]).³¹⁷

311 Vgl. § 1 RestruktFV.

312 Siehe aber § 6b FMStFG.

313 Siehe oben Tz. 1422. f., 1437. ff.

314 § 619 des Dodd-Frank Act: Änderung des Bank Holding Company Act v. 1956 (12 U.S.C. 1841 ff.). Dazu: Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestags, Aktueller Begriff: Der Glass-Steagall Act und die Bankenregulierung, Papier Nr. 05/10, 4. Februar 2010.

315 Vgl. Independent Commission on Banking, Final Report. Recommendations, September 2011, http://www.ecgi.org/documents/icb_final_report_12sep2011.pdf, Abruf am 24. Juni 2014. Dazu Edmonds, The Independent Commission on Banking: The Vickers Report, Commons Library Standard Note SNBT 6171, <http://www.parliament.uk/briefing-papers/SN06171>, Abruf am 24. Juni 2014.

316 Vgl. Liikanen, E. u.a., High-level Expert Group on reforming the structure of the EU banking sector, Final Report, Brüssel, 2. Oktober 2012, S. 97 ff., insb. S. 97-99, 101-103.

317 Es handelt sich um keine einheitlich verwendete Terminologie. Unter Marktpflege (market making) wird hier das

1533. Die folgende Gegenüberstellung fasst die wesentlichen Auswirkungen der unterschiedlichen Trennbankensystemen auf davon erfasste Institute mit Einlagenfinanzierung zusammen (vgl. Tabelle VI.4).³¹⁸

Tabelle VI.4: Vorschläge für Trennbankensysteme

	<i>Volcker</i>	<i>Vickers</i>	<i>Liikanen</i>	<i>Deutschland</i>
<i>Reformansatz</i>	<i>Institutionelle Trennung von Einlagen-/Kreditgeschäft und risikobehafteten Kapitalmarktaktivitäten</i>	<i>Strukturelle Trennung des einlagenfinanzierten Geschäfts von anderen Bankaktivitäten (ring-fencing)³¹⁹</i>	<i>Ausgliederung von Eigenhandel und risikobehafteten Kapitalmarktaktivitäten in eigenständige Gesellschaft³²⁰</i>	<i>Ausgliederung von Eigenhandel und risikobehafteten Kapitalmarktaktivitäten in eigenständige Gesellschaft</i>
Zulässigkeit einer Holding-Struktur	Nein	Ja	Ja	Ja
Anlagen in Hedgefonds/Private Equity-Fonds	Nein	Nein	Nein	Nein
Eigenhandel mit Wertpapieren/Derivaten	Nein	Nein	Nein	Nein
Wertpapierankäufe aufgrund Kundenauftrags	Ja	Nein	Ja	Ja
Marktpflege (market making)	Ja	Nein	Nein	Ja
Strategische Anlagen in anderen Instituten	Ja	Eingeschränkt	Ja	Ja
Verbindlichkeiten aus Einlagengeschäft gegenüber anderen Finanzintermediären	Ja	Eingeschränkt	Ja	Ja
Geographische Beschränkungen	Nein	Ja (außerhalb EWR)	Nein	Nein

Quelle: Eigene Darstellung

Stellen von Kursen bezeichnet, zu denen eine Bank bereit ist, Effekten zu kaufen oder zu verkaufen.

318 Nach Viñals, J., u.a., Creating a Safer Financial System: Will the Volcker, Vickers, and Liikanen Structural Measures Help?, IWF Staff Discussion Note, Mai 2013, S. 15 (Tab. 1); Klaus, B./Schäfer, D., Implizite Staatsgarantien verschärfen die Probleme – Trennbankensystem allein ist keine Lösung, DIW Wochenbericht Nr. 18/2013, S. 9. Aufbauend auf den Empfehlungen der Vickers-Kommission wurde ein Bankreformgesetz ausgearbeitet und zum Jahreswechsel 2013/14 verabschiedet, Financial Services (Banking Reform) Act, 2013 c. 33. Die Regelungen zur Umsetzung der Volcker Rule wurden am 10. Dezember 2013 angenommen.

319 Daneben sollen für Retail-Banken Aufschläge auf die Eigenkapitalvorgaben gelten; siehe The Vickers Report, S. 3 f., 12 f.

320 Zum Teil soll die Abtrennung abhängig von der Entwicklung eines überzeugenden Abwicklungsplans sein, nämlich in Bezug auf Tätigkeiten, die nicht Eigenhandel und Marktpflege (market making) betreffen; Liikanen, E. u.a., High-level Expert Group on reforming the structure of the EU banking sector, a. a. O., S. 101.

1534. Der ursprüngliche Trennbankenansatz in der EU (Liikanen Report) verfolgte das Ziel, die Problematik der Systemrelevanz zu entschärfen, ohne die in Kontinentaleuropa vorherrschenden Universalbankensysteme grundsätzlich infrage zu stellen. Die Liikanen-Kommission empfahl daher, besonders risikoreiche Handelsaktivitäten bei Überschreiten bestimmter Schwellenwerte (EUR 100 Mrd. oder 15-25 Prozent der Bilanzsumme) obligatorisch abzutrennen, jedoch gleichzeitig den Verbleib dieser Aktivitäten innerhalb der gleichen Bankengruppe zu erlauben. Ausgangspunkt der Empfehlungen war die Feststellung, dass europäische Universalbanken ihren Geschäftsschwerpunkt vor der Krise zum Investmentbanking verlagert hatten, wobei sie Refinanzierungsvorteile aufgrund der Verbindung von traditionellem Einlagengeschäft und Investmentbanking-Aktivitäten unter einem Dach ausnutzen konnten (Quersubventionierung). Es bestand deshalb die Erwartung, dass eine Abtrennung des Kapitalmarktgeschäfts die Refinanzierungskosten von Investmentbanken erhöhen und damit die Fremdkapitalaufnahme zur Hebelung von Eigenkapital erschweren würde. Außerdem sollte die Trennung die vorhandene Komplexität reduzieren und die Transparenz gegenüber den Aufsichtsbehörden erhöhen.³²¹ Diesem letzten Punkt dürfte angesichts des durch Intransparenzen entstandenen massiven Vertrauensverlustes in der Krise erhebliche Bedeutung zukommen.

1535. Das deutsche Trennbankengesetz verfolgt im Vergleich zu den Empfehlungen des Liikanen Report einen leicht abweichenden Ansatz.³²² Nach dem Gesetz sollen zwar grundsätzlich das einlagen- und das kapitalmarktbasierte Geschäft voneinander getrennt werden. Eine Abtrennung ist jedoch nur dann obligatorisch, wenn das Volumen der zu Handelszwecken oder zur Veräußerung verfügbaren Vermögenswerte entweder EUR 100 Mrd. oder aber 20 Prozent der Bilanzsumme übersteigt, sofern diese in den vergangenen drei Geschäftsjahren mindestens EUR 90 Mrd. erreichte (§ 3 Abs. 2 KWG n. F.). Außerdem soll bei der Trennung Berücksichtigung finden, ob es sich um spekulative Geschäfte im Eigeninteresse handelt oder um Geschäfte, die als Dienstleistung für andere vorgenommen werden.³²³ Dadurch würde es auch Banken mit rein einlagenbasiertem Geschäft ermöglicht, bestimmte kapitalmarktbasierte Geschäfte vorzunehmen, wenn dies im Rahmen einer Kundenbeziehung erforderlich ist.

1536. Zwischenzeitlich hat die Europäische Kommission einen Vorschlag für eine Verordnung über strukturelle Maßnahmen zur Erhöhung der Widerstandsfähigkeit von Kreditinstituten in der Europäischen Union vorgelegt.³²⁴ Dieser Vorschlag ist weniger weitreichend als die Empfehlungen der Liikanen-Kommission und weicht auch vom deutschen Gesetz zur Abschirmung von Risiken ab (Trennbankengesetz). Die vorgeschlagenen Regelungen sollen für Banken gelten, deren Gesamtaktiva sich drei Jahre in Folge auf mindestens EUR 30 Mrd. belaufen und deren Handelstätigkeiten in diesem Zeitraum mindestens EUR 70 Mrd. oder 10 Prozent ihrer Gesamtaktiva ausmachen. Das sind nach EU-Schätzungen etwa 30 Institute, denen nach den vorgeschlagenen Regelungen der – eng definierte – Eigenhandel verboten sein soll (< 5 Prozent des Handelsgeschäfts).³²⁵ Außerdem sollen die national zuständigen Behörden befugt und in einigen Fällen verpflichtet sein, die Übertragung von anderen riskanten Handelsaktivitäten (z. B. Marktpflege, komplexe Derivate- und Verbriefungsgeschäfte) auf ein eigenständiges Handelsunternehmen anzuordnen. Soweit die Anordnung struktureller Maßnahmen den zuständigen Behörden überlassen bleiben soll, scheint der Verordnungsvorschlag sich an einer Alternativempfehlung der Liikanen-Kommission zu orientieren. Die von dieser eigentlich empfohlene Abtrennung aller Handelsaktivitäten ist in dem Kommissionsvorschlag nicht vorgesehen.

³²¹ Vgl. ebenda, S. 88 ff.

³²² Gesetz zur Abschirmung von Risiken und zur Planung der Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Finanzgruppen vom 7. August 2013, BGBl. I 2013 Nr. 47, S. 3090.

³²³ Bundestag, Beschlussempfehlung des Finanzausschusses (7. Ausschuss), BT-Drs. 17/13523 vom 15. Mai 2013, S. 2.

³²⁴ EU-Kommission, Vorschlag vom 29. Januar 2014 für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über strukturelle Maßnahmen zur Erhöhung der Widerstandsfähigkeit von Kreditinstituten in der Union, COM(2014) 43 final.

³²⁵ EU-Kommission, Commission Staff Working Document, Impact Assessment, SWD(2014) 30 final vom 29. Januar 2014, S. 44, sowie Anhänge A.5 und A.6.

1537. Die Einführung von Trennbankenregelungen war und ist umstritten. Die Finanzbranche wirft der Politik vor, leichtfertig und aus rein ideologischen Gründen einen tief greifenden Eingriff in bestehende Institutsstrukturen und das Finanzsystem vorzunehmen, wobei sie das Investmentbanking verkenne und ungerechtfertigterweise als anrühlich ansehe. In einer Universalbank seien traditionelles Kundengeschäft und Investmentbanking eng miteinander verbunden. Die Leistungserbringung aus einer Hand ermögliche erhebliche Synergien. Ein nicht zu vernachlässigender Teil des weltweiten Derivategeschäfts diene außerdem der Absicherung von Kundengeschäften. Die Banken könnten sich aus diesem Geschäft nicht ohne Weiteres zurückziehen und sich auf das Einlagen- und Kreditgeschäft beschränken. Die Trennbankenregelungen würden das Geschäft der Banken insgesamt verteuern und den Kapitalmärkten Liquidität entziehen. Hinsichtlich des deutschen Trennbankengesetzes wurde kritisiert, dass vor einem nationalen Alleingang jedenfalls die Entwicklungen auf EU-Ebene abgewartet werden sollten.

1538. Vonseiten der Befürworter wurde bislang argumentiert, es müsse verhindert werden, dass Risiken aus den Kapitalmärkten in das sonstige Geschäft der europäischen Universalbanken übergreifen könnten, wie dies in der Krise geschehen sei. Eine Trennung von Einlagen- und Investmentbanken führe außerdem zu kleineren Einheiten, die im Krisenfall leichter abzuwickeln seien.

1539. Aus wettbewerbspolitischer Sicht ist das Trennbankengesetz ausschließlich danach zu beurteilen, inwiefern dieses Gesetz die impliziten Garantien reduziert, die daraus folgen, dass Banken nicht aus dem Markt scheiden dürfen, weil sie aufgrund ihres Geschäfts und der damit verbundenen Risiken als systemrelevant wahrgenommen werden.

1540. Insofern ist zu wiederholen, dass die impliziten Garantien nicht aus der Struktur einer Bank folgen, sondern aus den zwischen ihr und anderen Finanzmarktteilnehmern bestehenden Geschäftsbeziehungen und sonstigen Verbindungen und den daraus folgenden Ansteckungsgefahren. Es ist insofern auch nicht entscheidend, welche Größe ein Institut hat, obschon bei großen Banken die Vermutung naheliegt, dass diese Banken sich in besonders großem Umfang (auch) an Geschäften beteiligen, mit denen Systemrisiken verknüpft sind. Eine Regelung jedoch, die am inneren Aufbau (Struktur) einer Bank ansetzt, ändert am Problem der Ansteckungsgefahren unmittelbar nichts. Diese Gefahren sind auch unabhängig davon gleich, ob die Bank im Eigen- oder im Kundeninteresse tätig ist.

1541. Die Aufspaltung von Banken in einen einlagen- und kreditfinanzierten und einen kapitalmarktfinanzierten Geschäftszweig führt insbesondere bei den Einlagen- und Kreditbanken auch zu keinen Institutsgrößen, die sich leichter abwickeln ließen. Der Finanzstabilitätsrat sieht die Deutsche Bank als global systemrelevantes Institut an.³²⁶ Die Europäische Bankenaufsichtsbehörde (EBA) sieht außerdem die Bayerische Landesbank, die Commerzbank und die DZ Bank als „sonstige Firmen“ an, deren Insolvenz Auswirkungen auf die Finanzmarktstabilität hätte.³²⁷ Selbst wenn diese Institute gezwungen würden, ihr gesamtes kapitalmarktbasierendes Geschäft auszugliedern, würde bei den einzelnen Banken ein höheres Geschäftsvolumen verbleiben, als durch den voll kapitalisierten deutschen Banken-Restrukturierungsfonds aufgefangen werden könnte.

1542. Es ist auch unwahrscheinlich, dass sich durch Einführung eines Trennbankensystems das traditionelle Einlagen- und Kreditgeschäft von den Kapitalmarktrisiken isolieren lässt. So werden insbesondere Kreditrisiken an den Kapitalmärkten gehandelt und abgesichert (etwa durch Derivate). Umgekehrt können kapitalmarktgehandelte Wertpapiere ebenso wie Kredite zur Refinanzierung genutzt werden. Die bloße Trennung der an den jeweiligen Geschäften beteiligten Finanzintermediäre ändert nichts an den Ansteckungsgefahren, die aus den Geschäften selbst folgen. Die Trennung ändert damit auch nichts an der systemischen Bedeutung von Instituten mit kapitalmarktbasierendem Geschäftsmodell. Beispielsweise folgte in

³²⁶ Vgl. FSB, Update of group of global systemically important banks (G-SIBs), 1. November 2012, Anhang I (S. 3).

³²⁷ Vgl. EBA, Empfehlung zur Entwicklung von Sanierungsplänen (EBA/REC/2013/02), 23. Januar 2013, S. 8 f. und Anhang 1, S. 11.

der Finanzkrise die systemische Bedeutung der HRE insbesondere daraus, dass ein Zusammenbruch der HRE-Gruppe infolge der Turbulenzen am Subprime-Markt den Pfandbriefmarkt zum Erliegen gebracht hätte, über den sich Banken und Versicherer refinanzierten. Die Folgewirkungen für Banken oder Versicherer infolge einer HRE-Pleite hätten unweigerlich zu nicht mehr beherrschbaren Panikreaktionen der Kunden geführt.

1543. Die Trennbankenregelungen dürften im Grundsatz systemische Risiken allerdings vermindern können, weil die Trennung der Geschäftszweige – wie im Liikanen Report angenommen – eine klarere Zuordnung der Kosten zu den Risiken des betreffenden Bankgeschäfts möglich macht. So wird es für Universalbanken schwieriger, die Risiken, denen sie in ihrem kapitalmarktbasierten Geschäft ausgesetzt sind, durch intransparente Institutsstrukturen zu verschleiern und ohne entsprechende Vergütung auf Kunden des Einlage- und Kreditgeschäfts zu verlagern. Die Trennungslösung kann somit zwar für Universalbanken zu höheren Refinanzierungskosten im kapitalmarktbasierten Geschäft führen. Die Kostenzuordnung bildet dann allerdings das von der Bank eingegangene Risiko besser ab, als dies im zuvor bestehenden Universalbankensystem der Fall war (Quersubventionierung; vgl. oben Tz. 1534.). Es ist denkbar, dass eine Trennbankenlösung infolgedessen auch Kapitalmarktgeschäfte erschweren oder unattraktiv machen kann, deren Risiken am Markt nicht vergütet würden und von der Bank im Krisenfall auf die Allgemeinheit übergewälzt würden.

1544. Eine marktschonende Umsetzung der deutschen und europäischen Trennbankenregelungen wird dadurch erleichtert, dass sie nur für Institute gelten bzw. gelten sollen, die über Vermögenswerte oder eine Bilanzsumme oberhalb gewisser Schwellen verfügen, und dass diese Institute die Holdinglösung anstelle einer kompletten Abspaltung ihres kapitalmarktbasierten Geschäfts wählen können. Unter diesen Gegebenheiten ist davon auszugehen, dass nur wenige der betroffenen Institute es vorziehen werden, ihre Kapitalmarktaktivitäten ganz einzustellen, anstatt sie gemäß den gesetzlichen Vorgaben auszulagern.

1545. Die Monopolkommission beurteilt die gesetzlich angeordnete Abspaltung des Eigenhandels gleichwohl kritisch. Die Aufsichtsbehörden sind durch ihre Zuständigkeiten bei der Prüfung von Sanierungs- und Abwicklungsplänen in der Lage, die im Einzelfall zur Minderung struktureller Risiken bei einem systemrelevanten Institut nötigen Maßnahmen durchzusetzen.³²⁸ Es ist nicht erkennbar, warum es darüber hinaus einer gesetzlich angeordneten Abspaltung bedarf. Der im Liikanen Report angenommene Effekt einer solchen Abspaltung (klare Kostenzuordnung) dürfte zudem wegen der erheblichen Intransparenzen am Markt allenfalls gering ausfallen und jedenfalls nicht ausreichen, um die bestehenden impliziten Garantien spürbar zu reduzieren. Umgekehrt lässt sich jedenfalls derzeit nicht ausschließen, dass die ausgegliederten Geschäftszweige der Universalbanken anfälliger werden und dass die Abspaltung von Handelsaktivitäten die impliziten Garantien tatsächlich erhöhen wird. Dafür spricht nicht zuletzt, dass der SoFFin lediglich eine einzige Universalbank stützen musste (Commerzbank), während die sonst vom SoFFin krisenbedingt unterstützten Institute Spezialbanken waren, die trotz ihres vergleichsweise klar strukturierten Geschäftsmodells zuvor beträchtliche systemische Risiken hatten ansammeln können.

1546. Kritisch ist außerdem zu sehen, dass sowohl die deutschen Regelungen als auch der europäische Vorschlag die Empfehlungen des Liikanen Report inkonsequent und unvollständig umsetzen. Eine Trennung zwischen spekulativen Geschäften im Eigeninteresse und Geschäften als Dienstleistung für andere dürfte zur Risikoabschirmung von vornherein ungeeignet sein, da die systemischen Risiken nicht davon abhängen, ob die Geschäfte im Eigen- oder im Kundeninteresse getätigt werden. Außerdem lassen die Regelungen erhebliche Graubereiche hinsichtlich der Einordnung von Eigen- und Kundengeschäften (z. B. bei Absicherungsgeschäften, Geschäften zur Marktpflege), sodass die Gefahr einer Umdeklarierung von Finanzaktivitäten besteht. Außerdem ist weder in dem deutschen Trennbankengesetz noch in dem Verordnungsvorschlag der Europäischen Kommission die Umsetzung der Abspaltung von Handelsaktivitäten geregelt, was umwandlungs- und steuerrechtlich zu Problemen führen kann. Zuletzt ist abzusehen, dass die Defizite der

³²⁸ § 47b Abs. 3, 4 KWG; dazu Möslin, ORDO 2013, 349 (365 f.).

deutschen Regulierung erhebliche Kosten und Anpassungsprobleme nach sich ziehen werden, wenn auf Ebene der EU eine durchdachtere Trennbankenregelung durchgesetzt werden sollte.³²⁹ Es liegt deshalb nahe, dass die betroffenen Banken Kompromisslösungen oder gar Umgehungskonstruktionen entwickeln werden, die das Gesetz wirkungslos machen dürften.³³⁰

1547. Einen überzeugenderen Ansatz – wenn man eine Trennbankenregelung überhaupt für erforderlich hält – hat der britische Gesetzgeber gewählt, soweit im UK Banking Reform Act 2013 nicht die Abtrennung riskanter Geschäfte, sondern vielmehr die Isolierung und der Schutz des traditionellen Einlagengeschäfts vorgesehen ist.³³¹ Die Regelungen greifen weniger weit als die deutschen und europäischen Trennbankenregeln, schützen aber durch die Eigenkapitalpflichten in Bezug auf das isolierte Einlagengeschäft das Geld der Sparer und umgehen zugleich das Problem einer praktikablen Abgrenzung zwischen Handelsgeschäften und sonstigen Aktivitäten bzw. zwischen Geschäften im Eigeninteresse und Geschäften als Dienstleistung für andere. Die Isolierung des Einlagengeschäfts vermeidet zudem die fragwürdige Stigmatisierung von Handelstätigkeiten als per se riskantes Geschäft und erhöht umgekehrt die Anreize für Banken, die erhöhte Sicherheit ihres Einlagengeschäfts als marktrelevanten Vorteil aufzufassen, zu bewerben und eventuell sogar über die gesetzlichen Vorgaben hinaus zu verstärken.

1548. Die Monopolkommission geht davon aus, dass die Politik in Deutschland und der EU an den eingeführten bzw. vorgeschlagenen Trennbankenregelungen festhalten wird. Vor diesem Hintergrund empfiehlt sie zum einen, die Auswirkungen der in Deutschland und in anderen Rechtsordnungen schon geltenden Trennbankengesetze genau zu beobachten, insbesondere mit Blick darauf, ob die danach ausgelagerten Geschäftszweige in Stresstests aufgrund einer geringeren Diversifizierung und Haftungsmasse im Vergleich zu traditionellen Universalbanken instabiler sind. Zum anderen sollte angestrebt werden, die Trennbankenregelungen allgemein stärker an den Empfehlungen des Liikanen Report auszurichten, um die Durchsetzung der Regelungsziele überhaupt erst gewährleisten zu können. Die Ausgliederung riskanter Geschäfte sollte zudem unabhängig von bilanziellen Schwellenwerten ausgestaltet werden, die am gesamten Bankgeschäft und nicht am relevanten Handelsgeschäft anknüpfen.³³² Davon abgesehen ist mittelfristig eine internationale Harmonisierung der Trennungsregelungen anzustreben.

3.6.1.3 Einlagensicherung und verbandsgetragene Sicherungssysteme

1549. Als Bestandteil der europäischen Bankenunion ist geplant, die europäischen Sicherungssysteme (insb. die gesetzliche Einlagensicherung) weiterzuentwickeln und langfristig möglicherweise eine gemeinsame gesetzliche Einlagensicherung einzuführen. Diese Maßnahmen sind im vorliegenden Zusammenhang insoweit relevant, als solche Sicherungssysteme die Inanspruchnahme von impliziten Staatsgarantien überflüssig machen können.

1550. Eine Einlagensicherung stellt gleichsam eine Art Versicherung für das Einlagengeschäft dar. Bei richtiger Ausgestaltung kann sie zur Stabilität des Finanzsystems beitragen, indem sie die Gefahr eines Bank Runs reduziert und eine stärkere Diversifizierung von Liquiditätsrisiken ermöglicht. Bei falscher Ausgestaltung – insbesondere bei fehlenden oder falsch gewichteten Risikoprämien – können jedoch Fehlanreize

³²⁹ Dazu Viñals, J., u.a., Creating a Safer Financial System: Will the Volcker, Vickers, and Liikanen Structural Measures Help?, a. a. O., Tz. 39.

³³⁰ Für eine derartige Entwicklung dürfte sprechen, dass die Bedeutung des Eigenhandels nach Aussagen von Branchenvertretern abgenommen hat, allerdings bei gleichzeitiger Zunahme des Schattenbankwesens; vgl. Abschnitt 3.7 und ferner Abschnitt 3.8.3.

³³¹ Sec. 142B (2) des Financial Services and Markets Act 2000 in der Fassung des Financial Services (Banking Reform) Act 2013, 2013 c. 33.

³³² Vgl. die Präsidentin der BaFin, Elke König, in Rexer, A/Zydra, M., Banken sollten selber haften, Süddeutsche Zeitung, 13./14. Oktober 2012: „Alle großen und komplexen Banken haben ein entsprechendes Risikopotenzial. [...] Die Erfahrung zeigt aber, dass die Hauptrisiken von mittelgroßen Instituten ausgingen, die sich überschätzt haben.“

entstehen, die eine verstärkte Risikoaufnahme von Banken honorieren (Moral Hazard). In der Folge besteht ein Wettbewerbsnachteil für risikoaverse Banken, auf welchen diese unter Umständen selbst mit einer größeren Risikoaufnahme reagieren. Dies kann zu einer Destabilisierung der Finanzmärkte führen, in deren Folge neben dem expliziten Schutz der Einlagensicherung unter Umständen auch implizite Staatsgarantien beansprucht würden. Bei der Ausgestaltung eines Einlagensicherungssystems ist es daher geboten, Wettbewerbsverzerrungen – bspw. durch inadäquat risikoadjustierte Prämien – zu vermeiden.

1551. In der EU sind durch Richtlinien seit Längerem Mindestanforderungen für die gesetzliche Einlagensicherung vorgeschrieben.³³³ In Deutschland besteht eine mehrstufige Einlagensicherung, bei der die gesetzliche Mindestabsicherung von Einlagen und Wertpapieren gemäß Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz durch freiwillige Sicherungssysteme (Einlagensicherungsfonds) der Bankenverbände ergänzt wird. Weitergehend sichern die Sicherungsfonds der Sparkassen und Genossenschaftsbanken die jeweiligen Institute mit ihrem gesamten Geschäft. Durch die Einlagensicherung sind Sichteinlagen (Girokonten), Sparguthaben (Sparbücher/-briefe, sofern auf den Namen ausgestellt), Termingelder und auf Namen laufende Schuldverschreibungen, Schuldscheine und Wertpapiergeschäfte geschützt, nicht aber Einlagen von Banken, des Bundes und der Länder sowie in Inhaberpapieren verbriefte Verbindlichkeiten (z. B. Inhaberschuldverschreibungen, einschließlich ABS).

1552. Das Volumen der in Deutschland bestehenden Sicherungssysteme lässt sich öffentlichen Quellen nur mit Einschränkungen entnehmen.³³⁴ Die bestehenden Sicherungssysteme sind zur Institutsstabilisierung in Einzelfällen gedacht. Auf die Bewältigung eines Ausfalls einer Vielzahl von Instituten im Rahmen einer Systemkrise sind sie nicht ausgelegt.³³⁵ Sie decken demgemäß in keinem Fall alle zurzeit bestehenden Einlagen ab, wenngleich sie zumindest ausreichend bemessen sein müssen, sodass sie das Risiko eines Bank Runs bzw. dessen Gefährlichkeit effektiv vermindern und das Vertrauen in die Banken stärken können.³³⁶ Allerdings können die bestehenden Systeme auch die Schieflage größerer bzw. systemisch relevanter Institute grundsätzlich nicht beheben. In der Finanzkrise haben sich die meisten bestehenden Systeme als überfordert erwiesen. Abgesehen von dem Sicherungssystem der Genossenschaftsbanken war in Deutschland kein Sicherungssystem in der Lage, die Kosten einer Realisierung systemischer Gefahren in den einzelnen Bankengruppen aufzufangen. Der Einlagensicherungsfonds der privaten Banken musste durch staatliche Beihilfen gestützt werden.³³⁷ Das Sicherungssystem der Sparkassengruppe fiel als marktwirtschaftliches Sicherungssystem so gut wie vollständig aus. Die Rettung der Landesbanken und selbst der Sparkasse KölnBonn war im Wesentlichen nur aufgrund von staatlichen Beihilfen möglich, und zwar auch, soweit sich der Sparkassenverbund an der Rettung beteiligte.³³⁸ Die deutsche Instituts- und Einlagensicherung musste

333 Richtlinie 94/19/EWG des Europäischen Parlaments und des Rates über Einlagensicherungssysteme, ABl. EU L 135 vom 31. Mai 1994, S. 5, und Richtlinie 97/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über Systeme für die Entschädigung der Anleger, ABl. EU L 84 vom 26. März 1997, S. 22.

334 Vgl. aber die Vermögensaufstellung des Bundes zur gesetzlichen Einlagensicherung, http://www.bundesfinanzministerium.de/Web/DE/Themen/Oeffentliche_Finzen/Bundeshaushalt/Haushalts_und_Vermögensrechnungen_des_Bundes/haushalts_vermoegensrechnungen_des_bundes.html, Abruf am 24. Juni 2014.

335 Vgl. Pleister, C., Sprecher des Lenkungsausschusses der Bundesanstalt für Finanzmarktstabilisierung, wie zit. in: Finanzausschuss des Deutschen Bundestags, Wortlautprotokoll Nr. 17/29 zur Anhörung vom 6. Oktober 2010, S. 15.

336 Die gesetzliche Einlagensicherung beträgt derzeit pro Person grundsätzlich 100 Prozent für Einlagen bis zum Wert von EUR 100.000 und 90 Prozent für Wertpapiergeschäfte bis zum Wert von EUR 20.000, § 4 EAEG. Hinsichtlich des Umfangs der Einlagensicherung im Verhältnis zu den Einlagen siehe EU-Kommission, Scenario Analysis: Estimating the effects of changing the funding mechanisms of EU Deposit Guarantee Schemes, DGS Project, Final Report, Februar 2007; aktueller Bundesverband deutscher Banken, Einlagenschutz je Privatbankkunde in Deutschland von 2011 bis 2025 (je EUR 1.000), <http://bankenverband.de/service/einlagensicherung/informationen-zur-einlagensicherung/grafik-einlagenschutz-sicherungsgrenzen-bleiben-weiterhin-hoch>, Abruf am 24. Juni 2014.

337 Siehe EU-Kommission, Entscheidung vom 21. Januar 2009, N 17/2009 – SoFFin - Garantie zugunsten der Sicherungseinrichtung deutscher Banken - Deutschland.

338 Zum Fall der Sparkasse KölnBonn siehe EU-Kommission, Entscheidungen vom 4. November 2009 und vom 29. September 2010, C 32/2009 – Deutschland. Sparkasse KölnBonn.

deshalb – allerdings aus Steuermitteln – durch individuelle Hilfen für Institute und institutionell durch den Sonderfonds Finanzmarktstabilisierung (SoFFin) ergänzt werden.³³⁹

1553. Die europarechtlichen Mindestanforderungen für die gesetzliche Einlagensicherung wurden vor Kurzem erhöht, wobei erstmals auch EU-weite Finanzierungsvorgaben für die gesetzliche Einlagensicherung gemacht wurden.³⁴⁰ Diese Maßnahme soll dem Umstand Rechnung tragen, dass es mit den bestehenden fragmentierten Sicherungssystemen nicht gelungen war, in der Finanzkrise das Anlegervertrauen und die Finanzstabilität zu erhalten.³⁴¹ Die neue Richtlinie soll daher eine stärkere Harmonisierung der bestehenden nationalen Systeme der gesetzlichen Einlagensicherung herbeiführen und diese solider und glaubwürdiger ausgestalten. Im Zusammenhang mit der Einführung einer EU-Bankenunion wurde die Einlagensicherung im Jahr 2012 als Säule einer solchen Bankenunion definiert, wobei bislang noch offen ist, ob die bestehenden Sicherungssysteme langfristig durch ein gemeinsames gesetzliches Einlagensicherungssystem für die EU ergänzt bzw. ersetzt werden sollen.³⁴²

1554. Die Einführung einer gemeinsamen europäischen Einlagensicherung wird von Teilen der Finanzwirtschaft bekämpft. Grund ist die Befürchtung, dass die Mittel der deutschen Sicherungssysteme zeitnah für Ausfälle anderer europäischer Banken herangezogen werden könnten. Eine Vergemeinschaftung der Risiken zulasten der deutschen Kreditinstitute würde Anreize zur erhöhten Risikoaufnahme setzen (Moral Hazard-Problem) und den Wettbewerb zwischen den europäischen Banken verzerren, weil von einer gemeinsamen Einlagensicherung gerade Banken aus solchen Mitgliedstaaten profitieren würden, die bisher im Rückstand mit dem Aufbau eines nationalen Einlagensicherungssystems sind. Seitens des Sparkassen- sowie des Genossenschaftsverbands wird betont, dass kleine regionale Institute nicht für die riskanten Geschäfte international tätiger Investmentbanken aufkommen sollten. Anstelle einer gemeinsamen Einlagensicherung bevorzugen die Verbände eine Harmonisierung der nationalen Einlagensicherungssysteme.

1555. Die Monopolkommission steht der Weiterentwicklung der Einlagensicherung auf europäischer Ebene zwar nicht grundsätzlich ablehnend gegenüber, hält es aber für erforderlich, dass die Bedenken der deutschen Banken bei der Ausgestaltung dieses Systems Berücksichtigung finden. Sie begrüßt es deshalb, dass zunächst von einer gemeinsamen gesetzlichen Einlagensicherung für alle Banken Abstand genommen und stattdessen lediglich eine weitere Harmonisierung auf nationaler Ebene vorgenommen wurde, die zu erhöhten einheitlichen Mindeststandards für die Absicherung der Spareinlagen führt.

Eine gemeinsame gesetzliche Einlagensicherung würde zwar zu einheitlichen Wettbewerbsbedingungen beitragen (einheitliches level playing field), allerdings um den Preis, dass der Wettbewerb zwischen den europäischen Banken und Bankengruppen um den Aufbau leistungsfähiger und vertrauensschaffender Sicherungssysteme eingeschränkt wird. Dieser Wettbewerb ist nach den Erfahrungen in Deutschland mit dem Aufbau konkurrierender Sicherungssysteme grundsätzlich positiv zu bewerten. Eine für den europäischen Finanzmarkt ausgelegte, einheitliche Einlagensicherung erscheint vor diesem Hintergrund allenfalls hinsichtlich solcher Banken sinnvoll, die auf EU-Ebene systemrelevant sind. Hinsichtlich dieser Banken ist in Rechnung zu stellen, dass die mit ihrem Geschäft verbundenen systemischen Risiken EU-weit in das Finanzsystem ausstrahlen können. Dagegen ist insbesondere bei den primären Verbundinstituten des Sparkassen- und des Genossenschaftsverbands eine solche Ausstrahlung eher unwahrscheinlich.

339 EU-Kommission, Entscheidung vom 21. Januar 2009, N 17/2009 - SoFFin-Garantie zugunsten der Sicherungseinrichtung deutscher Banken - Deutschland, insb. Tz. 3 ff.

340 Richtlinie 2014/49/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über Einlagensicherungssysteme (Neufassung), ABl. EU L 173 vom 12. Juni 2014, S. 149 (nachfolgend „Einlagensicherungsrichtlinie“).

341 EU-Kommission, Vorschlag vom 12. Juli 2010 für Richtlinie .../.../EU des Europäischen Parlaments und des Rates über Einlagensicherungssysteme (Neufassung), KOM(2010), 368, Begründung, S. 2.

342 Vgl. Van Rompuy, H., Pressemitteilung vom 26. Juni 2012 zum Bericht „Towards a genuine Economic and Monetary Union“, EUCO 120/12, S. 4; Barnier, M., Stellungnahme MEMO/13/251 vom 19. März 2013 zur Trilogvereinbarung über die Entwicklung eines Einheitlichen Europäischen Aufsichtsmechanismus. Die Bezeichnungen der Säulen sind allerdings uneinheitlich, vgl. Tz. 1474.

In jedem Fall sollte die Eingliederung der deutschen Sicherungssysteme in eine europäische Einlagensicherung wettbewerbsneutral erfolgen. Insofern müsste einerseits verhindert werden, dass auch nicht einzahlende Banken Zugriff auf die Mittel eines Sicherungssystems erhalten. Ein solcher Zugriff würde einen nicht gerechtfertigten Wettbewerbsnachteil für die bislang einzahlenden Banken mit sich bringen. Andererseits ist erforderlich, dass die nationalen Sicherungssysteme auch für Beitragszahler aus anderen Mitgliedstaaten mit einer Tochtergesellschaft oder Zweigniederlassung in Deutschland geöffnet sind, um einer Zersplitterung des Binnenmarktes vorzubeugen.

1556. Hinsichtlich des Umfangs der gemeinsamen bzw. harmonisierten gesetzlichen Einlagensicherung sind derzeit nur eingeschränkt Empfehlungen möglich. Nach den jetzigen Regelungen soll die (ex ante) abrufbereite Zielausstattung 0,8 Prozent der erstattungsfähigen Einlagen ausmachen; außerdem sollen die Banken bei Bedarf (ex post) außerordentliche Beiträge von bis zu 0,5 Prozent der erstattungsfähigen Einlagen einzahlen müssen.³⁴³ Die Deckungssumme soll weiterhin EUR 100.000 betragen.³⁴⁴

Diese Vorgaben erscheinen in der Zusammenschau mit den Vorgaben zur Haftungskaskade nach den Abwicklungsregeln bedenklich gering. Danach müssten die gesetzlichen und privaten Sicherungssysteme grundsätzlich so ausgestattet sein, dass sie auch den Ausfall einer Vielzahl von Instituten im Fall eines systemrelevanten Scheiterns paralleler Geschäftsmodelle auffangen können (too many to fail).³⁴⁵ Es kann nicht unterstellt werden, dass andernfalls genügend Fremdkapital zur Herabschreibung bzw. Umwandlung verfügbar wäre, um einen Rückgriff auf die Abwicklungsfinanzierungsmechanismen bzw. Staatshilfen zu vermeiden. Das Risiko eines solchen Rückgriffs ist allerdings gegen die mit einer vollständigen Absicherung verbundenen großen Belastungen für die betroffenen Institute (auch: nicht systemrelevante Institute) und die nur geringe Wahrscheinlichkeit großflächiger Ausfälle von Einlagenkreditinstituten abzuwägen.³⁴⁶ Bei dieser Abwägung verbleiben indessen erhebliche Unsicherheiten. Die gegenwärtigen Regelungen erscheinen somit zwar vertretbar, sind angesichts der Erfahrungen in der Finanzkrise allerdings nicht unproblematisch.

Die Monopolkommission spricht sich dafür aus, die gegenwärtigen Regelungen zu Zielausstattung und Beiträgen keinesfalls als endgültige Lösung anzusehen. Sie begrüßt es, dass die Europäische Kommission die Regelungen zum Umfang der Einlagensicherung fortlaufend überprüft und die dahin gehenden Vorgaben zur Deckungssumme nach dem Aufbau des Einlagensicherungssystems gegebenenfalls anpassen wird.³⁴⁷ Davon abgesehen ist es unabdingbar, dass die Regelungen schnell vollständig umgesetzt werden und auch eine gute Kapitalisierung der privaten Sicherungssysteme sichergestellt ist. Um aufgrund von Marktreaktionen frühzeitig feststellen zu können, ob ein Anpassungsbedarf hinsichtlich der vorhandenen Ausstattung besteht, sollte zudem die Transparenz aller Sicherungssysteme erhöht werden (z. B. durch harmonisierte und standardisierte Einlegerinformationen).

1557. Die Möglichkeit gemäß der SRM-Verordnung, mit Mitteln aus der Abwicklungsfinanzierung für nicht mehr leistungsfähigen Einlagensicherungssystemen einzutreten, ist kritisch zu sehen.³⁴⁸ Eine solche Verwendung entspricht nicht dem Hauptzweck des Abwicklungsfonds, die Abwicklungsfinanzierung zu unterstützen. Sie könnte faktisch eine gemeinsame Einlagensicherung schaffen, obwohl dies bisher gerade nicht angestrebt wird. In jedem Fall sollte eine derartige Verwendung nur zeitlich gebunden und unter der Auflage erfolgen, dass die begünstigten Sicherungssysteme die erhaltenen Gelder komplett zurückzahlen.

343 Art. 2 Abs. 1 Nr. 11, Art. 10 Abs. 2 und 8 Einlagensicherungsrichtlinie. Im Richtlinienvorschlag war ursprünglich eine Zielausstattung von 1 Prozent der erstattungsfähigen Einlagen vorgesehen.

344 Art. 6 Abs. 1 Einlagensicherungsrichtlinie.

345 Vgl. das Beispiel der spanischen Cajas, dazu Liikanen, E. u.a., High-level Expert Group on reforming the structure of the EU banking sector, a. a. O., S. 65 f.

346 Vgl. Impaired Assets-Mitteilung, Tz. 6, zu den damit verbundenen Schwierigkeiten.

347 Vgl. Art. 6 Abs. 6 und 7, Art. 10 Abs. 10 Einlagensicherungsrichtlinie.

348 Siehe Art. 79 Abs. 5 SRM-Verordnung.

3.6.2 Internes Wachstum: Begrenzung von riskanten Aktivitäten

1558. Die obigen Regelungen, die unmittelbar an den bestehenden impliziten Garantien ansetzen, sollen durch regulatorische Vorgaben ergänzt werden, welche den Banken die übermäßige Risikoansammlung in ihrem Geschäft erschweren. Solche Regelungen, die am Geschäftsumfang des einzelnen Unternehmens anknüpfen, lassen sich im wettbewerblichen Kontext als Regelungen zum internen Wachstum bezeichnen, in Abgrenzung zu Regelungen betreffend Unternehmensübernahmen (dazu Abschnitt 3.6.3).

3.6.2.1 Eigenmittel- und Liquiditätsvorgaben

1559. Ausreichend strenge Eigenmittel- und Liquiditätsvorgaben werden als entscheidend angesehen, um den Aufbau von impliziten Garantien zu verhindern. Sie stellen zudem einen Puffer dar, mit dem sich bestehende implizite Garantien neutralisieren lassen, sofern sich diese nicht bereits über die Einführung eines Abwicklungsregimes ausschalten lassen und ein Einlagensicherungssystem keine hinreichende Absicherung schafft. Dabei liegt der Fokus auf den Eigenmittelvorgaben.

Funktionen und Defizite der Eigenmittelvorgaben vor dem Hintergrund bisheriger Krisen

1560. Eigenmittelvorgaben für Banken erfüllen mehrere Funktionen. Zum einen haben sie eine Risikobegrenzungs- bzw. Bremsfunktion. Weil Banken ihr Risiko in einem vorgegebenen Umfang mit Eigenkapital unterlegen müssen, sind sie darin gehemmt, übermäßige Risiken zu suchen und einzugehen (insb. Moral Hazard; Vermeidung eines sogenannten gambling for resurrection). Zum anderen haben Eigenmittelvorgaben eine Verlustausgleichs- bzw. Pufferfunktion. Sie sollen sicherstellen, dass im laufenden Geschäftsbetrieb anfallende Verluste ausgeglichen (going concern) und im Insolvenzfall die Ansprüche der Gläubiger befriedigt werden können (gone concern). Zusätzlich ist mit ihnen die Aussicht verbunden, das Risiko von prozyklischen Effekten (insb. Bank Runs) zu reduzieren.

1561. Die bisherigen Krisen haben allerdings gezeigt, dass die genannten Funktionen der Eigenmittelvorgaben miteinander in Konflikt geraten können und dass sich prozyklische Effekte über solche Vorgaben bisher nicht ausschließen lassen. Das Kernproblem wird darin gesehen, dass Banken möglichst nur Eigenmittel im regulatorischen Mindestumfang vorhalten. Damit steht in einer Krise jedoch eigentlich kein Eigenkapital zum Verlustausgleich zur Verfügung. Wenn die Bank in einer Krise Verluste erleidet, ist sie vielmehr darauf angewiesen, schnell zusätzliches Eigenkapital aufzunehmen oder ihre Risiken zu vermindern, um nicht gegen die Eigenmittelvorgaben zu verstoßen und so aufsichtsrechtliche Sanktionen auszulösen. Eine Eigenkapitalaufnahme ist in einer Krise aber kaum möglich, während Notverkäufe (fire sales) den krisenbedingten Preis- und Wertverfall weiter anheizen. Das Risiko prozyklischer Effekte wird durch den Versuch zur Einhaltung der Eigenmittelvorgaben in einer Krise somit noch erhöht.

1562. Dieser Mechanismus hat sich vor kurzem in der Finanzkrise gezeigt. Damals sahen sich die Banken gezwungen, schnell in großem Umfang riskante Verbriefungen abzustoßen, da sich das Verlustrisiko solcher Verbriefungen innerhalb kürzester Zeit drastisch erhöhte. Der Markt für solche Verbriefungen brach daraufhin weitgehend zusammen. Ebenso werden die Bankzusammenbrüche der Weltwirtschaftskrise (1931) auf zu wenig Eigenkapital zurückgeführt. In Deutschland zeigten sich auch im sogenannten Gründerkrach (1873) starke prozyklische Effekte, und zwar wie in der jüngsten Finanzkrise infolge zügelloser Spekulation.

1563. In der letzten Finanzkrise haben sich darüber hinaus Probleme dahin gehend gezeigt, dass die Eigenmittelvorgaben (speziell nach Basel II) zu eng gefasst waren, weil sie lediglich am Ausfallrisiko einzelner Institute ausgerichtet waren und geschäftsbedingte Risiken ausblendeten, die sich aufgrund systemischer Ansteckung bei anderen Marktteilnehmern zeigen. Außerdem beruhte die Ermittlung der mit Eigenmitteln zu unterlegenden Risiken – trotz aufsichtsrechtlicher Sonderregeln (prudential filters) – auf problematischen und zum Teil wettbewerbsverzerrenden bilanziellen Vorgaben. Insofern ist insbesondere auf die Zeitwertbilanzierung (fair value accounting) nach IFRS und US GAAP zu verweisen.

Zwar ist im Rahmen der IFRS-Bilanzierung eine Berücksichtigung zukünftiger Wertveränderungen grundsätzlich möglich.³⁴⁹ Allerdings kann gerade die bilanzielle Behandlung nicht realisierter Gewinne bei kapitalmarktbasierten Positionen eine Bilanzierungsweise begünstigen, die dem Risiko eines krisenbedingten Verfalls des Marktwerts nicht ausreichend Rechnung trägt. Insofern kann die Zeitwertbilanzierung im Krisenfall einem prozyklischen Marktverhalten Vorschub leisten. Damit ist erneut ein Problem virulent, das bereits der Reichsgesetzgeber mit der Einführung des Vorsichts- und Anschaffungskostenprinzips im Handelsgesetzbuch nach dem Gründerkrach für Deutschland zu beheben gesucht hatte.³⁵⁰

1564. Zusätzliche Unsicherheiten ergeben sich daraus, dass europäische Banken aufgrund der bisherigen Regulierung bei der Bestimmung des mit Eigenmitteln zu unterlegenden Risikos wählen können, ob sie einen Standard-Risikoansatz wählen oder eigene Risikomodelle verwenden. Der Standardansatz steht allen Banken offen und erfordert im Hinblick auf bestimmte Risiken, externe Risikobewertungen durch eine Ratingagentur zugrunde zu legen.³⁵¹ Die Verwendung eigener Risikomodelle ist anspruchsvoller, erfordert den Rückgriff auf externe Bewertungen aber nur in einem geringeren Umfang.³⁵² In den USA wurde zur Begrenzung des Einflusses von externen Ratings bei großen Bankholdings die Verwendung eigener Risikomodelle vorgeschrieben.³⁵³ Die Monopolkommission hält indes die möglichst weitgehende Verwendung des Standardansatzes für vorzugswürdig, da Risikobewertungen nach diesem Ansatz für die Aufsichtsbehörden besser nachzuvollziehen sind. Insofern ist zu begrüßen, dass der Basler Ausschuss erwägt, Banken, die interne Modelle verwenden, ihre Risiken jedenfalls in einem bestimmten Rahmen zusätzlich nach dem Standardansatz ausweisen zu lassen.³⁵⁴

1565. Die Finanzkrise hat gezeigt, dass die immer feinere Risikokalibrierung im Rahmen interner Modelle nicht zwangsläufig mit einer besseren Risikomessung einhergeht, sondern stattdessen zu einer systematischen Unterschätzung von Risiken und damit zu einer zu geringen Eigenkapitalausstattung der Institute führen kann. Dies war zum einen auf technische Fehler der Risikomodelle zurückzuführen, wie z. B. die Nicht-Berücksichtigung bestimmter Risikoarten. Allerdings ist darüber hinaus schon die den Modellen zugrunde liegende Prämisse, dass sie die Risikostruktur des individuellen Bankgeschäfts vollständig abbilden könnten, problematisch.³⁵⁵ Die Bankenaufsicht ist aufgrund dieser Prämisse befugt, interne Risikomodelle anzuerkennen und die Bewertungsergebnisse den aufsichtlichen Maßnahmen zugrunde zu legen. Die einzelnen Banken dürften jedoch allenfalls in der Lage sein, bestandsgefährdende Risiken ihres Geschäfts mit einiger Sicherheit korrekt einzuschätzen. Die Krise hat allerdings gezeigt, dass für die Bankenaufsicht nicht die bestandsgefährdenden Risiken im Vordergrund stehen müssen, sondern die darüber hinausgehenden Risiken für die Systemstabilität. Die Realisierung dieser Risiken kann auf die einzelnen Banken zurückschlagen und die Risiken für den Unternehmensbestand anheben bzw. verstärken.

Darüber hinaus gibt die Möglichkeit zur Nutzung interner Modelle den Instituten einen erheblichen Anreiz, ihre Risiken zu unterschätzen, um mit möglichst wenig Eigenkapital möglichst viel Geschäft zu betreiben. Bei Überprüfungen des Basler Ausschusses für Bankenaufsicht im Jahre 2013 wichen die Bewertungen von Handels- und Bankbuchportfolien erheblich voneinander ab, nämlich bei dem Handelsbuchportfolio um bis

349 Siehe Küting/Lam, DB 2013, 1737, zum Zukunftsbezug in der Rechnungslegung nach HGB und IFRS.

350 Vgl. Zeitler, WM 2012, 673 (675 f.) zu weiteren, hier nur sekundär relevanten Kritikpunkten (z. B. Bewertungsunsicherheiten, soweit der Marktwert geschätzt werden muss). Das Vorsichtsprinzip gilt allerdings auch nach Handelsgesetzbuch nur noch mit Einschränkungen (siehe §§ 255 Abs. 4, 340e Abs. 3 S. 1 HGB; speziell zu nicht realisierten Gewinnen aber auch § 340e Abs. 4 HGB).

351 Siehe Art. 111 ff. VO 575/2013 zum Standardansatz; zur Verwendung externer Ratings zur Bestimmung des Risikogewichts siehe Art. 135 ff. VO 575/2013.

352 Siehe Art. 142 ff. VO 575/2013 zum auf internen Beurteilungen basierenden Ansatz (IRB-Ansatz).

353 12 CFR Ch. II, Pt. 225, App. G (1–1–13 Edition) für bank holding companies mit einem konsolidierten Gesamtvermögen von mind. USD 250 Mrd.

354 Vgl. in Bezug auf Marktrisiken Basler Ausschuss für Bankenaufsicht, Fundamental Review of the Trading Book: A Revised Market Risk Framework, Consultative Document, Oktober 2013.

355 Für eine Kritik an dem System der Risikomodellierung vgl. Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft, Reform von Bankenregulierung und Bankenaufsicht nach der Finanzkrise, Gutachten Nr. 03/10, April 2010.

zu 70 Prozent und bei dem Bankbuchportfolio um bis zu 40 Prozent.³⁵⁶ Dabei können bereits die Abweichungen bei der Bewertung des Bankbuchportfolios bis zu zwei Prozentpunkte in der gemeldeten Eigenkapitalquote ausmachen. Für Investoren (Einleger) und selbst die Eigentümer sind die Bewertungen wie auch die zugrunde liegenden Berechnungen grundsätzlich nicht nachvollziehbar. Ein solcher Ermessensspielraum bei der Bestimmung der risikogewichteten Eigenkapitalquoten ist problematisch und unterminiert die zentrale Haftungsfunktion des Eigenkapitals.

1566. Die Eigenmittelregulierung war bisher somit trotz vermeintlicher Präzision lückenhaft und mit erheblichen Unsicherheiten verbunden. Die Eigenmittelvorgaben waren zu niedrig, um die individuellen Bestandsrisiken möglichst vollständig abzudecken. Sie waren erst recht nicht großzügig genug, um auch systemische Risiken möglichst weitgehend abdecken zu können. Eine wirksame Begrenzung der Risikoaufnahme wurde durch diese Vorgaben nicht geleistet. Schließlich fehlten gänzlich Mechanismen, um einer Erhöhung von Risiken durch prozyklisches Marktverhalten zu begegnen. Diese Defizite wurden auch durch die Anpassungen der Basel II-Empfehlungen nach der Krise („Basel 2,5“) nicht vollständig behoben, wenngleich die problematischsten von den Banken bis zur Krise ausgenutzten Möglichkeiten zur Arbitrage zwischen Handels- und Bankbuch beseitigt wurden.³⁵⁷

Bewertung der gegenwärtigen Eigenmittelvorgaben

1567. Die seit 1. Januar 2014 geltenden neuen Eigenmittelvorgaben für die EU enthalten Neuregelungen zu den drei oben angesprochenen Problembereichen (Tz. 1566.).³⁵⁸ Die Nutzung einer Verordnung und detaillierter Richtlinienvorgaben führt gegenüber dem früheren Rechtszustand zu einer deutlich stärkeren Vereinheitlichung der Wettbewerbsbedingungen für die rund 8.300 europäischen Banken, die den Neuregelungen nach Schätzungen unterliegen.

1568. Die Neuregelungen enthalten drei im vorliegenden Zusammenhang besonders hervorzuhebende Elemente. Sie sehen strengere Eigenkapitalvorgaben vor, welche die Kapitalbasis für den Fall von Verlusten stärken, führen eine Verschuldungsquote (genauer: Verschuldungsgrenze; „leverage ratio“) zur schärferen Begrenzung der Risikoaufnahme ein und ermöglichen die Ausgabe von bedingten Pflichtwandelanleihen (contingent convertibles – CoCos), also Anleihen, die im Fall eines Auslöseereignisses (trigger) in Eigenkapital umgewandelt werden und welche die Entwicklung prozyklischer Verkaufsspiralen hemmen sollen. Die Neuregelungen greifen zeitlich gestaffelt, um den Banken genug Zeit zur Stärkung ihrer Eigenkapitalbasis zu geben und das Risiko von Kreditkontraktionen zu vermeiden, die für den Fall einer schnellen Rechtsänderung befürchtet worden sind und die Situation in einigen Mitgliedstaaten weiter verschärfen könnten.

– Eigenkapital –

1569. Die neuen Eigenkapitalvorgaben für als systemrelevant angesehene Banken lassen sich überblicksweise wie folgt darstellen (vgl. Tabelle VI.5).³⁵⁹

³⁵⁶ Vgl. Basler Ausschuss für Bankenaufsicht, Regulatory Consistency Assessment Programme (RCAP), Analysis of Risk-Weighted Assets for Credit Risk in the Banking Book, Juli 2013; ders., Analysis of Risk-Weighted Assets for Market Risk, Januar 2013, überarbeitet Februar 2013. Nach den Angaben des Basler Ausschusses haben risikogewichtete Vermögenswerte zwar bei US-Banken einen höheren Anteil als bei europäischen Banken, doch greifen insb. deutsche und französische Banken bei der Risikobewertung auf interne Modelle zurück. Davon abgesehen bewerten europäische Banken Risiken tendenziell aggressiver als nichteuropäische Banken.

³⁵⁷ Vgl. Basler Ausschuss für Bankenaufsicht, Enhancements to the Basel II Framework, Juli 2009; ders., Guidelines for Computing Capital for Incremental Risk in the Trading Book, Juli 2009; ders., Revisions to the Basel II Market Risk Framework, Februar 2011. Diese Empfehlungen sahen unter anderem eine höhere Kapitalunterlegung für Wertpapierverbriefungen und Derivate vor und schränkten die Auslagerung von Risiken auf Zweckgesellschaften ohne angemessene Eigenkapitalunterlegung ein (insb. Erhöhung des Risikogewichts für unterjährige Liquiditätszusagen). Zur Umsetzung in EU-Recht siehe RL 2009/111/EG (CRD II) und RL 2010/76/EU (CRD III).

³⁵⁸ Siehe Art. 4 Abs. 1 Ziff. 118 und Art. 72 VO 575/2013 zum Begriff der Eigenmittel.

³⁵⁹ Darstellung nach: Schulte-Mattler/Manns, WM 2011, 2069 (2072).

Tabelle VI.5: Übersicht Eigenkapitalquoten für systemrelevante Institute nach CRR/CRD IV

Gesamteigenkapitalquote mit Puffern ³⁶⁰				7,5%	8%	11,25%	12,5%	14,375%	16,5%	16,5%	16,50%
Ergänzungs-kapital				2%	2%	2%	2%	2%	2%	2%	2%
	Zusätz-liches Kern-kapital			1,5-2% ³⁶¹	1,5% ³⁶²	1,5%	1,5%	1,5%	1,5%	1,5%	1,5%
	Hartes Kern-kapital	Minimum hartes Kernkapital	4% ³⁶³	4,5% ³⁶⁴	4,5%	4,5%	4,5%	4,5%	4,5%	4,5%	4,5%
		System-risikopuffer	(1-3%) ³⁶⁵	(1-5%)	(1-5%) ³⁶⁶	(1-5%)	(1-5%)	(1-5%)	(1-5%)	(1-5%)	(1-5%)
		Max. G-/A-SRI-Puffer ³⁶⁷	---	---	2% ³⁶⁸	2%	2,625% ³⁶⁹	3,5% ³⁷⁰	3,5%	3,5%	
		Max. antizykl. Puffer	---	---	0,625% ³⁷¹	1,25% ³⁷²	1,875% ³⁷³	2,5% ³⁷⁴	2,5%	2,5%	
		Kapital-erhaltungs-puffer	---	---	0,625% ³⁷⁵	1,25% ³⁷⁶	1,875% ³⁷⁷	2,5% ³⁷⁸	2,5%	2,5%	
				2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
Gestaffelte Anpassung bzw. Einführung von Korrekturposten und Abzugspositionen ³⁷⁹				20-100%	40-100%	60-100%	80-100%	100%	100%	100%	100%
Gestaffelter Abbau von Bestandsschutz ³⁸⁰				20-40%	30-60%	40-80%	0-50%	60-100%	70-100%	80-100%	90-100%
Gestaffelter Abbau von nicht konformem Ergänzungskapital ³⁸¹				0%	25%	50%	100%	100%	100%	100%	100%
Anrechnung von Beihilfen ³⁸²				100%				0,00%			

360 Das Gesamteigenkapital ohne Puffer entspricht dabei dem sogenannten Solvabilitätskoeffizienten. Es ist darauf zu achten, dass nach deutschem Recht im Einzelfall auch über die europäischen Vorgaben hinausgehende Eigenmittelanforderungen angeordnet werden können, § 10 Abs. 3, 4 KWG.

361 Art. 465 Abs. 1 lit. b VO 575/2013.

362 Art. 92 Abs. 1 VO 575/2013.

363 Art. 465 Abs. 1 lit. a VO 575/2013. Es kann eine harte Kernkapitalquote zwischen 4 Prozent und 4,5 Prozent vorgesehen werden. Die Kernkapitalquote muss sich jedoch im Rahmen 5,5 Prozent-6 Prozent halten und darf nicht darüber hinausgehen.

364 Art. 92 Abs. 1 VO 575/2013.

365 Art. 133 Abs. 3 i. V. m. Art. 162 Abs. 6 RL 2013/36/EU, § 10e i. V. m. § 64r Abs. 6 KWG i. d. F. des CRD IV-Umsetzungsgesetzes. Der Systemrisikopuffer kann auch für nur im jeweiligen Mitgliedstaat belegene Risikopositionen bzw. für Risikopositionen in Drittländern festgesetzt werden und dann bis zu 5 Prozent bzw. 3 Prozent betragen (Art. 133 Abs. 8, 13, 18 RL 2013/36/EU). Dieser Puffer führt im Regelfall zu keinem Aufschlag gegenüber den G- und A-SRI-Puffern.

366 Art. 131 Abs. 14-17, Art. 133 Abs. 3, 5, 7 i. V. m. Art. 162 Abs. 5 S. 1, Abs. 6 RL 2013/36/EU; § 10e Abs. 1, 4 KWG (territorial beschränkter Systemrisikopuffer).

367 G-SRI-Puffer = Puffer für global systemrelevante Institute; A-SRI-Puffer = Puffer für andere systemrelevante Institute.

368 Art. 131 Abs. 5, 8, 14 lit. a i. V. m. Art. 162 Abs. 5 S. 1 RL 2013/36/EU; § 10g Abs. 1 i. V. m. § 64r Abs. 8 KWG (zu A-SRI).

369 Art. 131 Abs. 4, 9, 14 lit. a i. V. m. Art. 162 Abs. 5 S. 2 lit. c RL 2013/36/EU; § 10f Abs. 1 i. V. m. § 64r Abs. 7 Nr. 3 KWG (zu G-SRI).

370 Art. 131 Abs. 4, 9, 14 lit. a i. V. m. Art. 162 Abs. 5 S. 2 lit. d RL 2013/36/EU; § 10f Abs. 1 i. V. m. § 64r Abs. 7 KWG (zu G-SRI).

371 Art. 160 Abs. 2 lit. b RL 2013/36/EU; § 64r Abs. 5 Nr. 1 lit. b KWG.

372 Art. 160 Abs. 3 lit. b RL 2013/36/EU; § 64r Abs. 5 Nr. 2 lit. b KWG.

373 Art. 160 Abs. 4 lit. b RL 2013/36/EU; § 64r Abs. 5 Nr. 3 lit. b KWG.

374 Art. 136 Abs. 4 S. 1, Art. 130 Abs. 1 i. V. m. Art. 140 RL 2013/36/EU, § 10d KWG; Art. 92 Abs. 3 VO 575/2013. Die Quote des antizyklischen Puffers liegt zwar grundsätzlich zwischen 0 Prozent und 2,5 Prozent, wird aber institutsspezifisch festgesetzt und kann 2,5 Prozent auch übersteigen (vgl. Art. 136 Abs. 4 S. 2, Art. 137, 140 Abs. 2, 3 RL 2013/36/EU).

375 Art. 160 Abs. 2 lit. a RL 2013/36/EU, § 64r Abs. 5 Nr. 1 lit. a KWG.

1570. Die oben bezeichneten Eigenkapitalquoten errechnen sich aus dem jeweiligen regulatorischen Eigenkapital (hartes Kernkapital, zusätzliches Kernkapital, Ergänzungskapital) im Verhältnis zu den risikogewichteten Aktiva („Gesamtforderungsbetrag“).³⁸³ Dadurch werden anrechnungsfähige Positionen (Haftungspotenziale) ins Verhältnis zu anrechnungspflichtigen Positionen (Risikopotenziale) gesetzt. Es gilt die Formel:

$$\frac{\text{Eigenkapital}}{\text{risikogewichtete Aktiva}}$$

Die Eigenkapitalklassen haben dabei jeweils unterschiedliche Funktionen mit Blick auf mögliche Verluste. Das Kernkapital ist primär als Puffer für laufende Verluste und zur Vermeidung einer Insolvenz gedacht (going concern), das Ergänzungskapital für den Fall einer Insolvenz (gone concern).

1571. Die Neuregelung entspricht, soweit sie in der vorigen Textziffer dargestellt wurde, weitgehend den Empfehlungen des Basler Bankenausschusses (d. h. „Basel III“). Der neu eingeführte Kapitalerhaltungspuffer ist speziell für Krisenzeiten vorzuhalten, in denen er abgeschmolzen werden kann. Der antizyklische Puffer ist parallel zur Aufnahme von riskanten Geschäften in Phasen des wirtschaftlichen Aufschwungs aufzubauen und wirkt ebenfalls dem übermäßigen Kapitalverzehr in Krisenzeiten entgegen.³⁸⁴ Die Zuschläge für global systemrelevante Institute adressieren die von diesen Instituten ausgehenden systemischen Risiken. Zusätzlich zu den Vorschlägen des Basler Ausschusses werden in der EU Zuschläge für national systemrelevante Institute sowie ein makroprudenzieller systemischer Risikopuffer eingeführt. Es ist i. d. R. jedoch nur der höchste dieser drei Puffer zu erfüllen. Die neuen Vorschriften führen aufgrund der neu eingeführten Puffer zu einer Erhöhung der gesetzlich vorgeschriebenen Gesamtkapitalquote, allerdings fällt diese relativ moderat aus.³⁸⁵ Für die meisten Banken ergeben sich Verschärfungen vor allem daraus, dass die anrechenbaren Eigenmittel künftig von besserer Qualität sein müssen. Die Kategorie der Drittrangmittel entfällt ganz.

1572. Neben dieser Erhöhung der risikogewichteten Mindesteigenkapitalquoten wurden als Reaktion auf die Finanzkrise Änderungen an den bei der Eigenkapitalberechnung zugrunde zu legenden Risikogewichten vorgenommen. Exemplarisch kann diesbezüglich auf Verbriefungen verwiesen werden. So wurden bereits im Zuge von Basel 2.5 die Risikogewichte für Wiederverbriefungen quasi verdoppelt, um dem im Vergleich zu einfachen Verbriefungen i. d. R. höheren Risiko Rechnung zu tragen. Bei Nichterfüllung der ebenfalls gestiegenen Anforderungen der institutseigenen Risikobeurteilung müssen Verbriefungen nunmehr komplett mit Eigenkapital unterlegt werden, werden also mit einem Risikogewicht von bis zu 1250 Prozent belegt. In der EU wurde zudem ein Selbstbehalt von mindestens 5 Prozent des Kreditrisikos für den Originator einer Verbriefungsposition beschlossen. Bei Derivaten wurden wiederum vor allem Anpassungen hinsichtlich der Berechnungsmethodik und der Kapitalunterlegung des Kontrahentenausfallrisikos vorgenommen, da ein Großteil der Verluste im OTC-Geschäft während der Finanzkrise durch Bonitätsverschlechterungen der Gegenparteien hervorgerufen wurde. Für nicht über eine zentrale Gegenpartei abgewinkelte OTC-Geschäfte

376 Art. 160 Abs. 3 lit. a RL 2013/36/EU, § 64r Abs. 5 Nr. 2 lit. a KWG.

377 Art. 160 Abs. 4 lit. a RL 2013/36/EU, § 64r Abs. 5 Nr. 3 lit. a KWG.

378 Art. 129 Abs. 1 RL 2013/36/EU, § 10c Abs. 1 KWG.

379 Art. 478 Abs. 1, Art. 481 VO 575/2013.

380 Art. 484-486 VO 575/2013.

381 Art. 494 VO 575/2013.

382 Art. 483 VO 575/2013.

383 Art. 92 Abs. 2 VO 513/575.

384 Erwägungsgründe 79 f. der RL 2013/36/EU. Auf der Aktivseite (Kreditvergabe) ähneln einem solchen Puffer höhere Wertberichtigungen in guten Zeiten, die Verluste im Abschwung mit abfedern (dynamic loan loss provisioning).

385 Dabei führt der Nichtaufbau von Kapitalerhaltungspuffer und antizyklischem Puffer nicht zu einem Verstoß gegen die Eigenkapitalvorgaben, sondern nur zu Beschränkungen für Gewinnausschüttungen; vgl. Art. 141 RL 2013/36/EU, § 10i KWG.

wurde daher eine zusätzliche Kapitalanforderung für das Risiko einer Bonitätsveränderung der Gegenpartei eingeführt, das sogenannte Credit Valuation Adjustment (CVA).³⁸⁶

Diese Maßnahmen in Verbindung mit einem besseren Risikomanagement der Banken führen zu einer besseren Kapitalunterlegung von Risikopositionen. Sie wirken komplementär zu der oben aufgezeigten quantitativen Erhöhung der regulatorischen Mindesteigenkapitalquoten, sodass sich die tatsächliche, nicht-risikogewichtete Eigenkapitalunterlegung einiger Risikopositionen weiter verbessert.

1573. Die Monopolkommission begrüßt prinzipiell die quantitativ wie qualitativ gestiegenen Anforderungen an das regulatorische Eigenkapital. Denn indem diese die Risikotragfähigkeit der Institute erhöhen, tragen sie zu einer Verminderung der systemischen Risiken und damit zu einer Reduzierung der Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme impliziter Garantien bei. Dies reduziert den Wert dieser Garantien und verringert bestehende Wettbewerbsvorteile zugunsten systemrelevanter Institute. Grundsätzlich zu begrüßen ist insbesondere die Einführung von Eigenkapitalpuffern, die unerwartete Verluste absorbieren, sowie von Zuschlägen, die direkt die Systemrelevanz einiger Institute adressieren. Fraglich ist jedoch, ob die Erhöhung des Eigenkapitals ausreichend bemessen ist, um den Aufbau impliziter Garantien zu verhindern.

1574. Der Kapitalerhaltungspuffer soll die Banken in die Lage versetzen, Verluste im laufenden Geschäft abzuschreiben, ohne hierauf mit einer unmittelbaren Bilanzverkürzung (Deleveraging) oder Umschichtung von Aktiva reagieren zu müssen. Er erhöht somit die Krisenresistenz der Institute und reduziert Ansteckungsgefahren und ist aus wettbewerbspolitischer Perspektive insofern positiv zu beurteilen. Zu begrüßen ist auch die grundsätzliche Zielsetzung des antizyklischen Risikopuffers, d. h. die Begrenzung übermäßigen Kreditwachstums in wirtschaftlichen Hochphasen. Die Höhe des antizyklischen Puffers soll von den nationalen Aufsichtsbehörden vierteljährlich für die in dem jeweiligen Mitgliedstaat belegenen Risikopositionen festgelegt werden. Hierbei sollen insbesondere Abweichungen des Verhältnisses der Kredite zum Bruttoinlandsprodukt von seinem langfristigen Trend berücksichtigt werden, darüber hinaus andere Indikatoren der Finanzsystemstabilität. Inwieweit eine solche Feinsteuerung der Bankenregulierung möglich ist, bleibt zunächst abzuwarten. Wichtig ist jedoch, dass die Festlegung nach eindeutigen Kriterien erfolgt, um die Ermessensspielräume der nationalen Aufsichtsbehörden sinnvoll zu begrenzen. Positiv ist anzumerken, dass für international tätige Institute der gewichtete Durchschnitt der nationalen antizyklischen Puffer zur Anwendung kommen soll, da hierdurch internationale Wettbewerbsverzerrungen aufgrund eines möglichen Abwärts-Wettlaufs zur Begünstigung einheimischer Institute weitgehend vermieden werden.

1575. Positiv ist die Einführung von Eigenkapitalzuschlägen für systemrelevante Institute zu sehen, da diese eine Bepreisung des externen Effekts der Systemrelevanz darstellen. Die Bemessung der Zuschläge anhand der Kriterien Größe, Verflechtung, Substituierbarkeit, Komplexität sowie – bei global systemrelevanten Instituten – grenzüberschreitende Aktivitäten³⁸⁷ erscheint ebenso angemessen wie die Staffelung der Zuschläge. Dadurch, dass die Bank über die höhere Eigenkapitalquote die systemischen Risiken internalisiert, werden diese Risiken für den Markt erkennbar – zumindest insoweit, wie sie auf die Kunden umgelegt werden. Dies könnte den Anreiz für die Institute fördern, weniger stark zu wachsen bzw. die eigene Systemrelevanz zu reduzieren. Verschärft wird dieser Anreiz durch die Vorgabe, dass die Zuschläge – wie alle anderen Puffer auch – aus hartem Kernkapital bestehen müssen. Insgesamt können die Systemrelevanzzuschläge zu einer Verringerung des von diesen Instituten ausgehenden systemischen Risikos beitragen und damit helfen, die von der impliziten Garantie ausgehenden Wettbewerbsverzerrungen im Bankensektor zu reduzieren.

³⁸⁶ Vgl. Deutsche Bundesbank, Basel III - Leitfaden zu den neuen Eigenkapital- und Liquiditätsregeln für Banken, 2011, S. 22 f.

³⁸⁷ Vgl. Basler Ausschuss für Bankenaufsicht, Global systemrelevante Banken: Bewertungsmethodik und Anforderungen an die zusätzliche Verlustabsorptionsfähigkeit, Rahmenregelung, November 2011; ders., Rahmenregelung für den Umgang mit national systemrelevanten Banken, Oktober 2012; ders., Global systemrelevante Banken: Aktualisierte Bewertungsmethodik und Anforderungen an die höhere Verlustabsorptionsfähigkeit, Juli 2013. Siehe ferner Art. 131 CRD IV.

1576. Zusätzlich zu diesen Puffern und in Ergänzung zu Basel III können die nationalen Aufsichtsbehörden in der EU einen Kapitalpuffer für systemische Risiken einführen, um langfristigen, nicht zyklischen systemischen oder makroprudenziellen Risiken zu begegnen, die zu einer erheblichen Störung des nationalen Finanzsystems sowie der inländischen Realwirtschaft führen könnten. Der Puffer kann für Risikopositionen, die im Inland, in einem anderen Staat des Europäischen Wirtschaftsraums oder in einem Drittstaat belegen sind, angeordnet werden. Er soll mindestens ein Prozent und i. d. R. nicht mehr als fünf Prozent betragen und muss bis zu einer Höhe von drei Prozent lediglich der EU-Kommission, der EBA, dem ESRB sowie betroffenen ausländischen Behörden angezeigt werden. Über höhere Quoten wird in speziellen Verfahren auf europäischer Ebene entschieden. Außerdem besteht die Möglichkeit, festgelegte Pufferquoten anderer Mitgliedstaaten anzuerkennen, sodass inländische Institute für Forderungen in anderen Mitgliedstaaten die dortigen systemischen Risikopuffer zu erfüllen haben.

Der Systemrisikopuffer ist grundsätzlich positiv zu beurteilen, da er Systemrisiken adressiert, die nicht aus der Systemrelevanz einzelner Institute oder zyklischen Entwicklungen erwachsen und insoweit von den anderen Puffern noch nicht abgedeckt sind. Zwar kann die Einführung zusätzlicher nationaler Systemrisikopuffer zu einer Zersplitterung des Binnenmarktes beitragen. Dieses Risiko in Kauf zu nehmen erscheint jedoch in dem Maße gerechtfertigt, wie hierdurch das Systemrisiko und damit auch die Gefahr der Inanspruchnahme impliziter Garantien reduziert wird. Es erscheint gerade mit Blick auf das Problem impliziter Garantien auch nicht zielführend, höhere Eigenkapitalquoten aufgrund spezifischer Risiken zu verhindern. Daher sollte es einzelnen Mitgliedstaaten grundsätzlich möglich sein, einen Systemrisikopuffer von mehr als drei Prozent festzulegen.

1577. Trotz dieser auf den ersten Blick umfangreichen Neuerungen sowie Erhöhungen des regulatorischen Mindesteigenkapitals ist aber darauf hinzuweisen, dass sich an der grundsätzlichen Systematik der risikobasierten Eigenkapitalregulierung nur wenig geändert hat. Da sich die oben angesprochenen Mindestanforderungen weiterhin auf die risikogewichteten Aktiva beziehen, fällt die tatsächliche, d. h. ungewichtete Eigenkapitalquote der Institute weiterhin wesentlich geringer aus. Ein Vergleich beider Messgrößen bei deutschen Instituten verdeutlicht die teilweise immensen Unterschiede. So lag die durchschnittliche Eigenkapitalquote deutscher Einlageninstitute bezogen auf die risikogewichteten Aktiva Ende 2013 bei 19,16 Prozent, während sie bezogen auf die nicht-risikogewichteten Aktiva nur 5,45 Prozent betrug.³⁸⁸ Dies bedeutet, dass sie ihre Aktiva durchschnittlich zu fast 95 Prozent durch Fremdkapital finanzieren.³⁸⁹

1578. Vor diesem Hintergrund bleibt zu fragen, ob die nunmehr geltenden Eigenmittelvorgaben angemessen sind. Für kleinere Banken mag dies grundsätzlich anzunehmen sein, da diese in der Finanzkrise i. d. R. keine Staatshilfen in Anspruch nehmen mussten. Problematisch ist jedoch, dass die Vorgaben in Bezug auf systemrelevante Banken teilweise weit hinter den Forderungen einiger Experten nach der Finanzkrise zurückbleiben.³⁹⁰ So muss eine global systemrelevante Bank im Vergleich mit einer kleinen Bank nur eine um maximal 3,5 Prozent erhöhte Eigenkapitalquote aufweisen, obwohl das Geschäftsvolumen solcher Banken – einschließlich der mit dem Geschäft verbundenen Risiken – oft um ein Vielfaches höher ist. Es ist fraglich, ob die nun geltenden Vorgaben systemische Risiken in einer künftigen Krise von der Schwere der letzten Finanzkrise ausreichend abfedern könnten. Eine nicht risikoadäquate Erhöhung der Eigenmittelvorgaben für Banken, die über eine implizite Garantie verfügen, schreibt diese Garantie zudem fort und stellt für diese Banken einen Wettbewerbsvorteil dar. Vor diesem Hintergrund ist es zu begrüßen, dass der Basler

388 IWF, Financial Soundness Indicators, <http://elibrary-data.imf.org/Report.aspx?Report=4160276&Country=134>, Abruf am 24. Juni 2014.

389 Hierbei handelt es sich nicht um die noch zu diskutierende Verschuldungsquote (Leverage Ratio), welche zusätzlich noch außerbilanzielle Engagements berücksichtigt und daher noch geringer ausfällt (vgl. Tz. 1592. ff.).

390 Vgl. z. B. Admati, A./Hellwig, M., *The Bankers' New Clothes: What's Wrong with Banking and What to Do about It*, New York 2013; Miles, D./Yang, J./Marcheggiano, G., *Optimal Bank Capital*, Bank of England Discussion Paper No. 31: revised and expanded version, April 2011.

Ausschuss angekündigt hat, seine Eigenmittelempfehlungen zu überprüfen und eventuell weiter zu verschärfen.

1579. Die Monopolkommission ist sich insofern durchaus bewusst, dass bereits die gegenwärtigen Eigenmittelvorgaben mit Blick auf mögliche Auswirkungen der Erhöhung auf die Kreditvergabe umstritten waren. So wurde bereits in Bezug auf die den Vorgaben zugrunde liegenden Empfehlungen von Basel III darauf hingewiesen, dass die Banken allein in Europa EUR 256 Mrd. zusätzlich benötigen würden, um die neuen Eigenkapitalregeln einzuhalten.³⁹¹ Für die europäischen Rechtssetzungsprojekte CRD III und CRD IV wurde von der Europäischen Kommission selbst angenommen, dass diese bei großen Banken zu einer Erhöhung der Eigenkapitalanforderungen um 24,5 Prozent und bei kleinen Banken immerhin um 4,1 Prozent führen werde.³⁹² Die Deutsche Bundesbank ermittelte zu Beginn ihres Basel III-Monitoring mit Stichtag zum 30. Juni 2011 für 34 deutsche Banken einen Kapitalbedarf in Höhe von EUR 88,4 Mrd. bei vollständiger Implementierung von Basel III (unter Berücksichtigung des Kapitalerhaltungspuffers und Einbeziehung des Zuschlags für systemrelevante Banken sowie nach Auslaufen der Übergangsregelungen), wobei das Gros mit EUR 84,3 Mrd. auf neun große, international aktive Institute entfiel.³⁹³

1580. In Anbetracht dieser Situation warnten Branchenvertreter vor dem Risiko einer Kreditklemme, wenn die vorgeschlagenen Eigenkapitalregeln unverändert eingeführt würden. Eigenkapital sei für die Banken teuer, sodass sie durch höhere Eigenkapitalanforderungen zur Einschränkung ihrer Kreditvergabe gezwungen würden. Kapitalmarktgebundene Banken seien alternativ gezwungen, in riskantere Geschäftsfelder auszuweichen, um Renditen zu generieren, mit denen sie Investoren für die Aufnahme zusätzlichen Eigenkapitals gewinnen könnten. Zwar trifft es zu, dass Banken höhere Eigenkapitalanforderungen durch den Abbau oder die Umschichtung von Risikoaktiva erfüllen können. Diese Möglichkeit wurde im Rahmen der Umsetzung von Basel III auch von deutschen Instituten genutzt. Dabei kam es jedoch weniger zu einer erheblichen Einschränkung der Kreditvergabe, sondern vor allem zu einer Reduzierung des durchschnittlichen Risikos der Risikoaktiva, da Banken vornehmlich solche Aktiva abbauten, die durch die neue Regulierung mit einem höheren Risikogewicht versehen wurden (z. B. Verbriefungen).³⁹⁴ Zur Vermeidung einer Kreditklemme ist es im Übrigen entscheidend, dass ausreichende Übergangsfristen bestehen, wie sie auch im Rahmen der Umsetzung von Basel III in der EU vorgesehen worden sind.

1581. Die gegen die Einführung höherer Eigenkapitalvorgaben eingewandten Argumente überzeugen auch sonst nicht. Denn es wird vergessen, die Gründe dafür anzuführen, warum Eigenkapital aus Sicht der Banken „teurer“ als Fremdkapital ist. Ausschlaggebend hierfür sind Aspekte wie die steuerliche Bevorzugung von Fremdkapital, dessen teilweise Versicherung im Rahmen der Einlagensicherung und nicht zuletzt die in diesem Gutachten thematisierten impliziten Garantien, die Gläubiger dazu veranlassen, Banken Kapital zu geringeren Zinsen zu überlassen. Eine höhere Eigenkapitalausstattung geht mit einem geringeren Insolvenzrisiko einher, sodass das Eigenkapital gegen das Versprechen einer geringeren Eigenkapitalrendite aufgenommen werden kann und auch die Fremdkapitalkosten sinken (geringere Risikoprämie).³⁹⁵ Für die Banken selbst ist eine höhere Fremdkapitalfinanzierung zwar günstiger, allerdings werden diese Kosten von anderen Beteiligten getragen, insbesondere den Steuerzahlern.

391 Vgl. Demary, M., Ein Vorschlag für eine europäische Bankenunion ohne automatische Vergemeinschaftung von Bankenverlusten, IW policy paper Nr. 16/2013, S. 7. Die Zahlen solcher Schätzungen schwanken allerdings stark.

392 EU-Kommission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on prudential requirements for credit institutions and investment firms, COM(2011) 452 final vom 20. Juli 2011, Abschnitt 2.2.3 (S. 7); insoweit nicht enthalten im deutschen Text des Vorschlags, COM(2011) 453 endg.

393 Vgl. Deutsche Bundesbank, Ergebnisse des Basel III-Monitoring für deutsche Institute. Stichtag 30. Juni 2011, April 2012.

394 Vgl. Deutsche Bundesbank, Ergebnisse des Basel III-Monitoring für deutsche Institute. Stichtag 31. Dezember 2012, September 2013.

395 Dazu v. a. Admati, A./Hellwig, M., The Bankers' New Clothes: What's Wrong with Banking and What to Do about It, a. a. O., S. 107-112.

1582. Darüber hinaus ist zu betonen, dass möglicherweise steigende Kreditkosten aufgrund höherer Eigenkapitalvorgaben nicht isoliert betrachtet werden sollten. Vielmehr bedarf es aus volkswirtschaftlicher Perspektive einer Kosten-Nutzen-Analyse, die auch die Vorteile höherer Eigenkapitalanforderungen berücksichtigt, also insbesondere die gestiegene Systemstabilität und damit die geringere Wahrscheinlichkeit von Finanz- und Wirtschaftskrisen. Der Basler Ausschuss kommt in einer entsprechenden Studie zu dem Ergebnis, dass höhere Eigenkapitalquoten insgesamt einen positiven Nettoeffekt haben. Bei einer Eigenkapitalquote von 10-11 Prozent und einer Einhaltung einer strukturellen Liquiditätsquote von eins, wie diese im Rahmen von Basel III angestrebt wird³⁹⁶, ist demnach das langfristige Wirtschaftswachstum um 1,75-1,85 Prozent höher im Vergleich als bei einer Eigenkapitalquote von 7 Prozent, wie sie dem historischen Durchschnitt entspricht. Eine vermeintlich optimale Eigenkapitalquote ergibt sich in dieser Studie bei einer Quote von 13 Prozent und einem um 1,9 Prozent höheren Wirtschaftswachstum.³⁹⁷ Auch die Ergebnisse weiterer Studien zeigen, dass die Erhöhungen im Zuge von Basel III prinzipiell einen Schritt in die richtige Richtung darstellen, wobei sich die Ergebnisse hinsichtlich der Höhe einer optimalen Eigenkapitalquote teilweise deutlich unterscheiden.³⁹⁸

1583. Insbesondere bei Banken, die über eine implizite Garantie verfügen, spricht noch ein weiterer Umstand für hohe Eigenkapitalquoten. Denn durch erhöhte Eigenkapitalvorgaben wird die Möglichkeit der betreffenden Banken eingeschränkt, das Eigenkapital weiter wie bisher zu hebeln. Die Hebelung führt zwar nicht direkt zu systemischen Risiken in dem Sinne, dass sie weitere Ansteckungskanäle für die Fortsetzung systemischer Auswirkungen schafft. Allerdings verstärkt sie die Risiken für den Bestand der betreffenden Bank.³⁹⁹ Die auf diese Bank bezogene implizite Garantie wird somit gleichwohl erhöht. Die Einschränkung der Fähigkeit systemrelevanter Banken zur Hebelung sollte daher umgekehrt mit einer Verminderung ihrer impliziten Garantie einhergehen.

1584. In diesem Zusammenhang ist zu bedauern, dass sich die Bundesregierung im Rat der Europäischen Union ausdrücklich gegen den Vorschlag eingesetzt hat, eine weitere Verschärfung der Eigenmittelvorgaben zumindest auf mitgliedstaatlicher Ebene zuzulassen. Es ist anzunehmen, dass solche Verschärfungen in einzelnen Mitgliedstaaten entweder alle Banken gleichermaßen oder vorrangig solche Banken getroffen hätten, die als systemrelevant angesehen werden und deren Fortbestand aus Sicht der anderen Marktteilnehmer deshalb von besonders hoher Bedeutung ist. In jedem Fall wäre dadurch der eigenkapitalbedingte Risikopuffer in dem betreffenden Mitgliedstaat verstärkt worden. Dies hätte in einem ersten Schritt die Attraktivität der Banken in diesem Mitgliedstaat für Investoren erhöht und hätte in einem zweiten Schritt zu einem Wettlauf zwischen den Mitgliedstaaten in Bezug auf die Eigenkapitalregulierung führen können. Dadurch wäre der Schwerpunkt des Wettbewerbs auf den Finanzmärkten weg von der Ausnutzung von Subventionen (impliziten Garantien) und hin zur Schaffung risikoadäquater Marktbedingungen verlagert worden. Dem lässt sich auch nicht ohne Weiteres entgegenhalten, dass vor der Finanzkrise eher ein Abwärts-Wettlauf hin zu möglichst geringen Mindesteigenkapitalquoten zu beobachten war. So hatten z. B. das Vereinigte Königreich und Schweden die nunmehr Gesetz gewordenen Regelungen zunächst abgelehnt, weil sie die vorgesehenen Eigenmittelregelungen für unzureichend hielten und sich die Möglichkeit zur Festsetzung schärferer (!) Eigenkapitalvorgaben vorbehalten wollten. Deutschland und Frankreich widersetzten sich dieser Position allerdings unter Berufung auf das „Prinzip der Maximalharmonisierung“, nach dem die Eigenmittelregeln in Europa möglichst einheitlich sein sollten, um Wettbewerbsverzerrungen zu ver-

396 Zur Beurteilung der Liquiditätsregeln siehe Tz. 1606. ff.

397 Vgl. Basler Ausschuss für Bankenaufsicht, *An assessment of the long-term economic impact of stronger capital and liquidity requirements*, August 2010, S. 29.

398 Vgl. bspw. Miles, D./Yang, J./Marcheggiano, G., *Optimal Bank Capital*, a. a. O., die eine optimale Eigenkapitalquote von 16 bis 20 Prozent finden.

399 Dem entsprechend ist auch die Eigenkapitalrendite (= Gewinn im Verhältnis zum eingesetzten Eigenkapital) ein problematischer Erfolgsmesser; vgl. Hellwig, in: Hellwig/Höfling/Zimmer, *Gutachten E/F/G zum 68. Deutschen Juristentag*, a. a. O., S. E 40 f.

meiden.⁴⁰⁰ Die deutsche Regierung stimmte freilich einem Kompromiss zu, nachdem der Gesetzestext um eine neue Regelung zur Anrechnung stiller Einlagen ergänzt wurde, die vor allem den Verbundbanken der Sparkassengruppe und der genossenschaftlichen Finanzgruppe zugutekommt.

1585. Die Monopolkommission hätte einen Regelungswettbewerb zur Vorgabe risikoangemessener (d. h. vor dem Hintergrund der bisherigen Regulierung: schärferer) Kapitalregeln befürwortet. Das Prinzip der Maximalharmonisierung, wie es in diesem europäischen Gesetzgebungsverfahren angewendet wurde, sieht sie skeptisch. Dieses Prinzip schützt vor allem kapitalschwache Banken und zementiert die Wettbewerbsvorteile, die nach der europäischen Neuregelung für Banken mit einer impliziten Garantie verbleiben. An dieser Stelle zeigt sich denn auch ein grundsätzliches Problem der Umsetzung von Basel III in der EU, nämlich dass die Vorgaben des Basler Ausschusses nicht nur als Mindeststandards, sondern zugleich als eine Art Höchstgrenze verstanden werden. Eine seltene Ausnahme – unter anderem auf Druck oben genannter Mitgliedstaaten – stellt der Systemrisikopuffer dar. Doch auch hier wurden seitens der EU Grenzen eingezogen, die es Mitgliedstaaten verbieten, ihren eigenen Banken höhere Quoten aufzuerlegen.

1586. Die gegenwärtigen Eigenkapitalregeln sind indessen nicht nur in Bezug auf die festgesetzten Eigenkapitalquoten zu hinterfragen. Daneben erregt auch die Komplexität der Neuregelung aus wettbewerbspolitischer Sicht Bedenken. Die Definition der für die Eigenmittel anrechenbaren Instrumente einerseits und die Definitionen und die Prozentsätze zum Ansatz von Risikopositionen andererseits erreichen einen bislang nie da gewesenen Komplexitätsgrad, sodass ein erhebliches Risiko von Fehlern und Fehleinschätzungen besteht. Dieses Risiko besteht in Bezug auf die gesetzlichen Regelungen selbst wie auch in Bezug auf ihre Anwendung.

1587. Die europäischen Regelungen selbst definieren die Eigenmittel zum Teil abweichend von den Empfehlungen des Basler Ausschusses. Dabei ist positiv hervorzuheben, dass diese Abweichungen seit der Finanzkrise immerhin reduziert wurden. Es erscheint allerdings nicht unproblematisch, wenn bereits das Kernkapital abweichend von den Basler Empfehlungen definiert wird,⁴⁰¹ da hierdurch zum einen dessen Verlustauffangfunktion möglicherweise nicht in vollem Umfang gegeben ist und zum anderen, weil hieraus Wettbewerbsnachteile für europäische Banken entstehen können, sofern sie an den Finanzmärkten höhere Risikoprämien zahlen müssten.⁴⁰² In Bezug auf hybride Instrumente wie z. B. stille Einlagen hatte die deutsche Seite bereits in den Verhandlungen des Basler Ausschusses auf eine Zurechnung zum harten Kernkapital gedrungen. Daran wird kritisiert, dass auch stille Einlagen einen Kanal für systemische Risiken darstellen könnten. Hinsichtlich der angemessenen Bewertung hybrider Instrumente bestehen freilich weitere Unsicherheiten, weshalb sich die Monopolkommission einer Bewertung der Neuregelung in diesem Punkt enthält.⁴⁰³ Kritisch sieht sie es allerdings, dass auch Beihilfeninstrumente für einen großzügig bemessenen Übergangszeitraum (bis Ende 2017) dem Eigenkapital zugerechnet werden. Durch diese Regelung werden die impliziten Garantien für die beihilfeempfangenden Banken verstetigt.

1588. Die Definitionen von Risikopositionen und die zu ihrem Ansatz vorgesehenen Prozentsätze weichen ebenfalls teilweise von den Empfehlungen des Basler Ausschusses ab. Diese Abweichungen sind i. d. R. politisch motiviert und können hingenommen werden, soweit sie gerade kleineren Banken zugute kommen (z. B. die Regeln zur Eigenkapitalunterlegung des Mittelstandsgeschäfts). In einigen Fällen werden aber Risikoansätze vorgeschrieben, die mit Blick auf das betreffende Risiko eine relativ geringe Eigenmittelunterlegung vorsehen, wenn es sich um Risiken gerade des Geschäfts von als systemrelevant angesehenen

400 Siehe Zusammenfassung der Debatte des Rates vom 30. November 2011 zu Dok. 2011/0202(COD); dazu auch Ausschuss für Wirtschaft und Währung, Bericht vom 12. Juni 2012 für das Plenum für die erste/einzige Lesung.

401 Vgl. Basler Ausschuss für Bankenaufsicht, Basel III Regulatory Consistency Assessment (Level 2), Preliminary Report: European Union, Oktober 2012, S. 12. Solche Abweichungen können dazu führen, dass es sich um keine vollständige Umsetzung der Basler Empfehlungen handelt.

402 Vgl. Demary, M./Schuster, T., Die Neuordnung der Finanzmärkte. Stand der Finanzmarktregulierung fünf Jahre nach der Lehman-Pleite, a. a. O., S. 64.

403 Siehe z. B. Art. 29 Abs. 4 UAbs. 2 VO 575/2013 (zu stillen Einlagen).

Banken handelt (z. B. Private-Equity- oder Hedgefonds-Anlagen). Dabei enthält die Neuregelung der Risikoansätze weiter keine Vorgaben für die Abbildung von verflechtungsbedingten Systemrisiken („too connected to fail“). Ebenso wenig deckt sie Risiken ab, die sich aus der Wahl paralleler Geschäftsmodelle ergeben („too many to fail“).⁴⁰⁴

1589. Problematisch ist an den Risikovorgaben, dass sie nicht nur den Wettbewerb zwischen Banken verzerren, sondern zusätzlich mit nur schwer einschätzbaren Stabilitätsrisiken einhergehen können. So ist bspw. für Staatsanleihen von EU-Mitgliedstaaten unabhängig von ihrem Rating nach dem Standardansatz weiter ein Risikogewicht von 0 Prozent anzusetzen, wenn sie auf die Landeswährung lauten und in dieser Währung refinanziert sind.⁴⁰⁵ Das bedeutet zunächst lediglich eine Besserstellung für südeuropäische Staatsanleihen im Wettbewerb mit anderen Anleihen und Kreditanlagen.⁴⁰⁶ Sollte indessen die Europäische Zentralbank – etwa aufgrund von Inflationserwartungen – die Zinsen wieder erhöhen, kann dies die Preise für Staatsanleihen erheblich nach unten treiben und damit zu gefährlichen Instabilitäten führen.⁴⁰⁷

1590. Insbesondere größeren Banken kommt es zusätzlich zugute, dass sie weiterhin einen auf internen Beurteilungen basierenden Ansatz zur Risikogewichtung verwenden können, was ihnen eine häufig günstigere Beurteilung ihres Risikoprofils im Vergleich mit anderen Banken erlaubt.⁴⁰⁸ Vor diesem Hintergrund begrüßt die Monopolkommission den Vorschlag des Basler Ausschusses, dass alle Banken Risiken künftig in einem bestimmten Rahmen zusätzlich nach dem Standardansatz berechnen und die danach bestehenden Kapitalanforderungen ausweisen sollten.⁴⁰⁹ Diesen Ansatz könnte auch die EZB einbeziehen, wenn sie die Überprüfung der Aktivaqualität durchführt.

1591. Insgesamt bleibt festzuhalten, dass die europäischen Eigenmittelregeln weiter zu niedrig erscheinen, um die relevanten Risiken adäquat abzubilden. Sofern Risiken nicht oder nicht vollständig von den Vorgaben der Eigenmittelregulierung erfasst werden, spricht dies erneut dafür, dass die Eigenmittelvorgaben insgesamt weiter erhöht werden müssen. Die Monopolkommission weist im Übrigen darauf hin, dass die gegenwärtigen Vorgaben aufgrund ihrer Komplexität und Intransparenz für Außenstehende zu Fehlbeurteilungen am Markt und damit zu weiteren Wettbewerbsverzerrungen führen können. Sie tritt dafür ein, dass der Weg zur Verkomplizierung der Eigenmittelregeln nicht weiter beschritten wird. Vielmehr sollte die Regulierung grundsätzlich vereinfacht werden, um möglichst überschaubare Marktbedingungen zu schaffen. Die vom Basler Bankenausschuss ins Auge gefasste Standardisierung der Risikomodelle der Banken nach den Kriterien Risikoadäquanz, Einfachheit und Verlässlichkeit wäre ein erster Schritt in diese Richtung.⁴¹⁰

– *Verschuldungsquote* –

1592. Die risikogewichteten Eigenkapitalvorgaben werden durch die Einführung einer (Höchst-)Verschuldungsquote (Leverage Ratio) ergänzt. Bei dieser handelt es sich um eine einfache, nicht-risikobasierte Kennzahl, die zur Begrenzung der absoluten Verschuldung im Bankensektor und zur Verhinderung destabilisierender Schuldenabbauprozesse beitragen soll. Sie ist definiert als Quotient aus dem Kernkapital und

404 Auch in Bezug auf Großkredite; dazu siehe Deutsche Kreditwirtschaft, Stellungnahme vom 4. September 2013. Ferner dies., Pressemitteilung zu Großkreditvorschriften vom 11. August 2013 und darauf bezogene Presseartikel.

405 Art. 114 Abs. 4 VO 575/2013. Für die Behandlung nach dem IRB-Ansatz siehe Art. 153, 166 VO 575/2013.

406 Dazu siehe unten Abschnitt 5.6.2.

407 Brunnermeier, wie zitiert in Rexer, Die Erpresser, Süddeutsche Zeitung vom 8. Juli 2013 (der das Druckpotenzial der Banken in diesem Zusammenhang als „Finanzdominanz“ bezeichnet).

408 Vgl. Art. 142 ff. VO 575/2013 (sogenannter IRB-Ansatz).

409 Basler Ausschuss für Bankenaufsicht, Fundamental Review of the Trading Book: A Revised Market Risk Framework, Consultative Document, Oktober 2013.

410 Vgl. Basler Ausschuss für Bankenaufsicht, Diskussionspapier. Regulatorische Rahmenregelungen: Abstimmung von Risikosensitivität, Einfachheit und Vergleichbarkeit, Juli 2013.

den – jedenfalls im Prinzip – ungewichteten Gesamtaktiva (bilanziell und außerbilanziell).⁴¹¹ Es gilt die Formel:⁴¹²

$$\frac{\text{Kernkapital}}{\text{ungewichtete Gesamtaktiva}}$$

Die Verschuldungsquote ist grundsätzlich als *Back stop* angedacht, die risikobasierten Eigenkapitalvorgaben sollen also i. d. R. weiterhin die dominierende Form der Eigenkapitalregulierung darstellen. Banken werden daher auch nur dann in der Nutzung von Fremdkapital (Hebelung) weiter eingeschränkt, wenn eine Hebelung bei alleiniger Beachtung der risikogewichteten Eigenkapitalquote zwar zulässig wäre, bei gleichzeitiger Betrachtung der Verschuldungsquote aber nicht. Nach den Empfehlungen des Basler Ausschusses ist Übergangsweise eine Verschuldungsquote von drei Prozent und damit eine Begrenzung der Bilanzsumme auf das 33,3-fache des gesamten Kernkapitals vorgesehen. In der EU wird die Verschuldungsquote zunächst nicht allgemein verbindlich eingeführt. Eine verbindliche Einführung soll erst nach einer Sammlung von Erfahrungen mit diesem Instrument bis 2018 erfolgen.⁴¹³ Zudem wird die Festlegung unterschiedlicher Verschuldungsquoten, die vom Geschäftsmodell, dem Risikoprofil sowie der Größe der Institute abhängen, diskutiert. Dennoch wird die Verschuldungsquote bereits jetzt am Markt in erheblichem Maße beachtet.

1593. Die wesentlichen Vorteile der Verschuldungsquote liegen in ihrer vergleichsweise einfachen Berechnungsmethodik sowie in der Begrenzung der absoluten Verschuldung und mit dieser einhergehenden Risiken im Bankensektor. Zum einen verhindert der Verzicht auf eine Risikogewichtung mögliche Fehler im Rahmen der risikobasierten Eigenkapitalregulierung, insbesondere eine fehlerhafte Spezifikation interner Modelle bzw. fehlerhafte externe Ratings. Zum anderen wird die Gefahr von ungeordneten Schuldenabbauprozessen, wie sie z. B. in der jüngsten Finanzkrise aufgetreten sind, durch eine Beschränkung der übermäßigen Nutzung von Fremdkapital reduziert. Dies vermindert die Prozyklizität im Finanzsystem.

1594. Diesen Vorteilen stehen die fehlende Risikosensitivität und der damit einhergehende Anreiz zur höheren Risikoaufnahme zur Erzielung höherer Renditen als Nachteil gegenüber. Ein solcher Anreiz zur Substitution risikoarmer durch risikoreichere Geschäfte besteht, solange die erwarteten Verluste der risikoreicheren Geschäfte weiterhin durch das Eigenkapital des Instituts abgedeckt sind. Allerdings besteht dieser Nachteil einer höheren Risikoaufnahme vor allem dann, wenn die Verschuldungsquote als alleinige Form der Eigenkapitalregulierung eingeführt würde. Als ergänzende Anforderung im Rahmen der weiterhin geltenden risikobasierten Eigenkapitalregulierung sind hingegen einer solchen Substitution risikoarmer durch risikoreichere Geschäfte enge Grenzen gesetzt, denn höhere Risiken wären mit entsprechend mehr Eigenkapital zu unterlegen. Insofern stellt die Verschuldungsquote nicht nur einen „Back stop“ zur Vermeidung einer zu hohen Verschuldung dar, sondern die risikogewichtete Eigenkapitalregulierung zugleich einen Schutz gegen den Eingang zu hoher Risiken durch die Institute. Gleichwohl könnte die Einführung unterschiedlicher Verschuldungsquoten für unterschiedliche Geschäftsmodelle sinnvoll sein. Gerade für regionale Institute mit einem vergleichsweise risikoarmen Geschäftsmodell könnten geringere Verschuldungsquoten gelten als für systemrelevante Institute.

1595. Die Auswirkungen der Verschuldungsquote auf die Verschuldung von Banken werden maßgeblich von ihrer endgültigen Definition und Höhe abhängen. Aus wettbewerbspolitischer Perspektive ist in diesem Zusammenhang zunächst relevant, dass die Verschuldungsquote international einheitlich definiert wird und z. B. unterschiedliche Bilanzierungsstandards keine Auswirkungen auf die ausgewiesenen Quoten haben.

⁴¹¹ Art. 429 VO 575/2013.

⁴¹² Anders als die Formel vermuten lässt, existieren für außerbilanzielle Strukturen allerdings z. T. recht niedrige Umrechnungsfaktoren, sodass viele der außerbilanziellen Geschäfte nur mit einem Abschlag in den Nenner der Verschuldungsquote einfließen. Die Verschuldungsquote fällt damit für viele Banken positiver aus, als dies bei einer Betrachtung der tatsächlichen Gesamtaktiva der Fall wäre.

⁴¹³ Vgl. Erwägungsgrund 94 der VO 575/2013.

Die Monopolkommission begrüßt daher grundsätzlich die im Januar 2014 vom Basler Ausschuss vorgelegte und überarbeitete Definition der Verschuldungsquote, die insbesondere Unterschiede der Bilanzierungsstandards bei der Verrechnung von Derivaten adressiert und insofern zu einheitlicheren Wettbewerbsbedingungen beiträgt.⁴¹⁴ Allerdings ist kritisch anzumerken, dass die Verrechnung von Derivaten den Nenner der Verschuldungsquote reduziert, sodass die Verschuldungsquote für viele Institute deutlich positiver ausfällt als ohne diese Verrechnungsmöglichkeit. Dies verdeutlicht die wichtige Bedeutung, die der endgültigen Kalibrierung der Verschuldungsquote zukommt.⁴¹⁵

1596. In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage nach der optimalen Höhe der Verschuldungsquote. Während eine zu niedrige Quote eine übermäßige Akkumulation von Risiken und mögliche destabilisierende Schuldenabbauprozesse grundsätzlich nicht effektiv verhindern kann, könnte sich eine zu hohe Quote zumindest übergangsweise negativ auf die Kreditvergabe auswirken. Die Gefahr einer Kreditklemme als Folge eines Abbaus renditearmen Geschäfts erscheint jedoch zumindest bei der bislang in Betracht gezogenen Verschuldungsquote von drei Prozent relativ gering. Denn diese Quote wird bereits heute von vielen Instituten erfüllt, die überwiegend im klassischen Kreditgeschäft tätig sind. So zeigt ein aktueller Bericht der Deutschen Bundesbank, dass 38 betrachtete kleinere Institute eine durchschnittliche Verschuldungsquote von 4,3 Prozent bei einem noch bestehenden Kapitalbedarf von nur noch EUR 4,2 Mrd. aufweisen. Nachholbedarf haben unterdessen die in der Studie betrachteten 8 Großbanken, die eine durchschnittliche Verschuldungsquote von nur 2,2 Prozent bei einem noch bestehenden Kapitalbedarf von EUR 37 Mrd. aufweisen.⁴¹⁶ Die Gefahr einer Kreditkontraktion dürfte vor dem Hintergrund dieser Zahlen allenfalls bei Festlegung deutlich höherer Verschuldungsquoten oder bei einer abrupten Einführung zu erwarten sein.

1597. Die Bereitschaft der EU, die verbindliche Einführung einer Verschuldungsquote zu prüfen, ist insgesamt zu begrüßen. Insbesondere begrüßt die Monopolkommission die Anstrengungen des Basler Ausschusses mittels Marktkonsultationen einheitliche Berechnungsmethoden zu entwickeln, um bspw. Wettbewerbsverzerrungen aufgrund unterschiedlicher Bilanzierungsstandards zu vermeiden. Die vom Basler Ausschuss empfohlene Quote von drei Prozent erscheint gegenüber den Banken allerdings überaus großzügig, insbesondere nach der im Januar 2014 überarbeiteten Definition, die zu tendenziell höheren Verschuldungsquoten führt. Eine Quote von drei Prozent bleibt zudem hinter der Forderung vieler Experten zurück. So hat etwa der Sachverständigenrat eine Verschuldungsquote in Höhe von fünf Prozent gemäß der ursprünglichen Basel III Kriterien gefordert.⁴¹⁷ Der Wissenschaftliche Beirat hat eine ungewichtete Eigenkapitalquote von zehn Prozent empfohlen, die allerdings keine außerbilanziellen Positionen berücksichtigt.⁴¹⁸ Andere Finanzmarktexperten empfehlen sogar Quoten von 20-30 Prozent.⁴¹⁹ Auch wenn die Empfehlungen aufgrund unterschiedlicher Definitionen der Verschuldungsquote nicht direkt vergleichbar sind, so ist doch die weitgehend einheitliche Forderung nach einer höheren als der bisher angedachten Quote von drei Prozent feststellbar. Die Monopolkommission schließt sich der Forderung nach einer höheren Verschuldungsquote

414 Basler Ausschuss für Bankenaufsicht, Basel III: Rahmenregelung für die Höchstverschuldungsquote und Offenlegungsanforderungen, Januar 2014.

415 Ein weiteres Problem kann sich daraus ergeben, dass die Außenstände an Derivaten bilanziell nicht mehr abgebildet werden, wenn ein „netting“ möglich ist, sodass der Umfang ausstehender Derivatepositionen nach außen (auch: Aufsicht) nicht mehr erkennbar ist; vgl. Hoenig, T.M., Rede bei der National Association for Business Economics, 30th Annual Economic Policy Conference, Arlington (VA), 24. Februar 2014, <http://www.fdic.gov/news/news/speeches/spfeb2414.pdf>, Abruf am 24. Juni 2014.

416 Diese Quoten basieren auf der Definition der Verschuldungsquote aus dem Konsultationspapier aus dem Juni 2013 und dürften nach der Überarbeitung der Definition vom Januar 2014 höher ausfallen. Vgl. Deutsche Bundesbank, Ergebnisse des Basel III Monitoring für deutsche Institute, Stichtag 30. Juni 2013, März 2014.

417 Vgl. Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 2011/2012, a. a. O., Tz. 294.

418 Vgl. Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft, Reform von Bankenregulierung und Bankenaufsicht nach der Finanzkrise, a. a. O.

419 Vgl. z. B. Admati, A./Hellwig, M., The Bankers' New Clothes: What's Wrong with Banking and What to Do about It, a. a. O., S. 179, 182.

an. Sie betont zudem, dass diese als fester Bestandteil der aufsichtsrechtlichen Mindestkapitalanforderungen (Säule 1) eingeführt werden sollte.

– *Pflichtwandelanleihen (Contingent Convertibles bzw. CoCos)* –

1598. Ein weiteres neu vorgesehene Instrument sind die schon angesprochenen Pflichtwandelanleihen, durch die andere Instrumente, die bislang als Kernkapital anerkannt wurden, offenbar entbehrlich geworden sind und somit ersetzt werden.⁴²⁰ Pflichtwandelanleihen stellen ein hybrides Instrument dar, da sie Fremdkapital verbrieften, das bestimmte Voraussetzungen erfüllt und erst im Fall eines Auslöseereignisses in Eigenkapital umgewandelt wird (debt equity swap). Dabei erfolgt diese Umwandlung, anders als bei sonstigen Wandelschuldverschreibungen, ohne Wahlmöglichkeit. Die neu eingeführten Pflichtwandelanleihen geben Banken – wie schon beschrieben – die Möglichkeit, sich hartes Kernkapital zu beschaffen, wenn dies wegen einer Krise der Bank am Markt nicht möglich ist und alternativ nur eine Risikoreduktion durch Notverkäufe bliebe. Sie treten als antizyklisch wirkendes Eigenkapitalinstrument also funktional neben den antizyklischen Puffer. Die europäischen Banken haben im Berichtszeitraum bereits solche Anleihen in beträchtlichem Umfang gegeben.⁴²¹

1599. Die Einführung bedingter Pflichtwandelanleihen ist mit Blick auf die Reduzierung systemischer Risiken – und damit der für systemrelevante Banken bestehenden impliziten Garantien – zu begrüßen. Der konkreten Ausgestaltung dieses Instruments in der EU ist allerdings mit Vorbehalten zu begegnen. Zu bedenken ist insbesondere, dass diese Anleihen von anderen Banken gehalten werden dürfen. Damit wird eine der Funktionen dieser Anleiheart verfehlt, die Verteilung von Bankrisiken auf Investoren außerhalb des Bankensektors. Im Falle einer Bankenschieflage könnten die Aufsichtsbehörden daher keinen Haftungsfall anordnen, ohne ein Übergreifen der Risiken auf andere Banken zu befürchten.⁴²² Die Pflichtwandelanleihen tragen daher nur bedingt zu einer Reduzierung systemischer Risiken und damit zum Abbau impliziter Garantien bei. Es gilt zu beobachten, in welchem Ausmaß Banken in Pflichtwandelanleihen anderer Banken investieren. Gegebenenfalls sollten die EU-Regelungen um ein Halteverbot von Bail-in-Anleihen für Banken ergänzt werden.

1600. Darüber hinaus wäre es vorzugswürdig gewesen, die harte Kernkapitalquote auf sechs Prozent hinaufzusetzen und Pflichtwandelanleihen nur als zusätzliches Instrument vorzuschreiben, das auf die Gesamtkapitalquote nicht angerechnet wird. Dadurch hätten Pflichtwandelanleihen die Funktion eines weiteren Puffers voll erfüllen können, der bereits bei Absinken der Gesamtkapitalquote unter die gesetzliche Mindestquote eingreift. Nach der gegenwärtigen Regelung beschränkt sich die genannte Pufferfunktion auf den Fall eines Absinkens der Kernkapitalquote. Im Falle eines Auslöseereignisses kommt es somit lediglich zu einer Verschiebung vom zusätzlichen Kernkapital zum harten Kernkapital, aber zu keiner Stärkung des Gesamtkapitals.

Eine für das Absinken der Gesamtkapitalquote vorgesehene Pflichtwandelanleihe hätte auch gerade mit Blick auf systemische Krisen ausgestaltet werden können, indem neben dem Absinken der Eigenkapitalquote der betreffenden Bank auch auf das Vorliegen einer systemischen Krise abgestellt worden wäre.⁴²³

– *Begrenzung von großen Engagements* –

⁴²⁰ Art. 51 ff. VO 575/2013. Zu diesem Instrument siehe schon früher z. B. Calomiris, C.W./Herring, R.J., Why and How to Design a Contingent Convertible Debt Requirement (2011), <http://fic.wharton.upenn.edu/fic/papers/11/11-41.pdf>, Abruf am 24. Juni 2014.

⁴²¹ Vgl. Osman, Y., Impfstoff gegen Finanzkrisen, Handelsblatt, 11. April 2014 (2013: USD 14 Mrd.; Januar-April 2014: > USD 20 Mrd.). Nach dem Artikel setzen sich allerdings zunehmend Anleihen mit temporärer Abschreibung anstelle von Wandelanleihen durch.

⁴²² Vgl. Krahn, BB 42/2013, Die Erste Seite.

⁴²³ Siehe Rudolph, ZHR 175 (2011), 284 (313).

1601. Der Basler Ausschuss hat im April 2014 ferner einen Standard für große Engagements veröffentlicht, der ab 2019 gelten soll und ein allgemeines Limit von 25 Prozent des Kernkapitals für die Einstandsrisiken einer Bank gegenüber einer einzelnen Gegenpartei oder Gruppen von verbundenen Gegenparteien enthält. Ein strengeres Limit von 15 Prozent des Kernkapitals ist für Einstandsrisiken zwischen global system-relevanten Banken (G-SIB) vorgesehen.⁴²⁴ Diese Limits ergänzen die Befugnisse der Aufsichtsbehörden im Rahmen der Bankenunion, die den Umfang von Interbankenverbindlichkeiten begrenzen können, welche als Bail-in-Instrument infrage kommen.⁴²⁵ Sie gelten unabhängig von den Regeln für eine etwaige Abwicklung.

1602. Der vorgelegte Standard soll dazu beitragen, Ansteckungsrisiken aufgrund von wechselseitigen Verflechtungen zwischen Banken zu reduzieren. Die Einführung solcher Engagementobergrenzen erscheint sinnvoll, weil die Verflechtung von Banken untereinander systemische Risiken stark erhöhen kann. Allerdings können Banken sich auch über Nichtbankbeteiligungen mittelbar an anderen Banken beteiligen. Die vorgesehenen Engagementobergrenzen erscheinen daher nur als ergänzendes Instrument sinnvoll.

Einbettung in den Regelungskontext

1603. In Hinblick auf die Problematik impliziter Garantien ist es erforderlich, die bisher neu vorgesehenen Eigenmittelvorgaben auch im Zusammenhang mit den anderen Regelungen zur Verhinderung der Inanspruchnahme impliziter Garantien zu würdigen. Dabei ist davon auszugehen, dass eine risikoadäquate Eigenmittelvorgabe in jedem Fall nur näherungsweise möglich ist, weil die Risiken, die zu Systemrelevanz und damit zur Entstehung impliziter Garantien führen, sich aus allen möglichen Interaktionen der Banken mit anderen Marktteilnehmern ergeben können. Die Eigenmittelvorgaben sollten es allerdings zusammen mit der sonstigen Bankenregulierung wenigstens ausschließen, dass Banken die Risiken aus ihrem Kerngeschäft – der Kreditvergabe – auf den Staat und damit die Steuerzahler abwälzen können.

1604. Die gegenwärtige Regulierung soll nach der Entscheidung der Politik vor allem sicherstellen, dass im Fall des Zusammenbruchs einer Bank neben den Eigenkapitalgebern nur Fremdkapitalgeber mit Einlagen von mindestens EUR 100.000 voll haften. Fremdkapitalgeber (Sparer) mit Einlagen von bis zu EUR 100.000 sollen dagegen nicht haften. Dieses Ziel lässt sich – nach dem bereits Ausgeführten⁴²⁶ – ohne Eintreten des Staates nur dann erreichen, wenn das verfügbare Eigenkapital zusammen mit den sonst verfügbaren Mitteln (aus Einlagensicherung, Mindestreserve usw.) genügt, um Fremdkapitalgebern bei Zusammenbruch einer Bank die nicht haftenden Einlagen bis zu EUR 100.000 auszus zahlen und die Bank ohne Gefährdung der Systemstabilität abzuwickeln. Es ist allerdings fraglich, ob die gegenwärtigen Eigenmittelvorgaben insofern ausreichen. Die gegenwärtigen Regelungen gehen von einer willkürlich gewählten Gesamtkapitalkennziffer aus, die das gesamte regulatorisch vorzuhaltende Eigenkapital bezeichnet. Auch die Puffer und die Verschuldungsquote werden nicht erkennbar zur vorgesehenen Haftungskaskade in Beziehung gesetzt. Angesichts der Tatsache, dass die bestehenden Regelungen weiter mit Zeitwertbilanzierung zusammentreffen, kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass Risiken für den Fall einer Krise zu niedrig angesetzt werden und dass das erforderliche Eigenkapital folglich nicht ausreicht.

1605. Darüber hinaus kann nicht ausgeschlossen werden, dass die neben den Eigenkapitalvorgaben bestehende, zum Teil national unterschiedliche Bankenregulierung, Einfluss auf das „strukturelle“ Risikoprofil von Banken hat. So ist bspw. davon auszugehen, dass die Einführung eines Trennbankensystems höhere Eigenkapitalvorgaben für ausgegliederte, riskante Geschäftsbereiche von Universalbanken nötig machen kann, weil die Möglichkeit zur Quersubventionierung dieser Geschäftsbereiche entfällt. Es ist bislang allerdings unklar, ob den verbleibenden Freiräumen für die Ausgestaltung der nationalen Bankensysteme durch die gegenwärtige Eigenkapitalregulierung ausreichend Rechnung getragen wird.

⁴²⁴ Vgl. Basler Ausschuss für Bankenaufsicht, Rahmenregelung für die Messung und Begrenzung von großen Engagements, April 2014.

⁴²⁵ Art. 27 Abs. 4 SRM-VO; Art. 44 Abs. 2 a. E. Abwicklungsrichtlinie und oben Tz. 1504.

⁴²⁶ Siehe oben Abschnitte 3.6.1.1 und 3.6.1.3.

Liquiditätsvorgaben

1606. Die Finanzkrise hat aufgezeigt, dass Risiken für die Finanzstabilität nicht nur aus einer zu geringen Eigenkapitalunterlegung, sondern auch aus Liquiditätsengpässen erwachsen können. Der Basler Ausschuss hat dem Rechnung getragen, indem er im Jahr 2008 zunächst ein Rahmenkonzept zur Liquidität⁴²⁷ veröffentlichte und dieses im Jahr 2010 durch sein Rahmenwerk Basel III⁴²⁸ um einige Standards zur Überwachung des Liquiditätsrisikos sowie um zwei quantitative Mindeststandards zur Liquiditätsbeschaffung erweiterte: die Mindestliquiditätsquote (Liquidity Coverage Ratio) sowie die strukturelle Liquiditätsquote (Net Stable Funding Ratio). Beide Liquiditätskennziffern adressieren dabei unterschiedliche Zeithorizonte.

– Mindestliquiditätsquote –

1607. Die Mindestliquiditätsquote (Liquidity Coverage Ratio – LCR) konkretisiert die Ausgestaltung des Liquiditätspuffers, der im Rahmen der qualitativen Liquiditätsprinzipien eingeführt wurde. Sie soll die kurzfristige Widerstandskraft des Liquiditätsrisikoprofils von Banken stärken und sicherstellen, dass diese ihren kurzfristigen Zahlungsverpflichtungen nachkommen können. Hierzu sollen sie künftig einen ausreichenden Bestand an lastenfreien hochliquiden Aktiva vorhalten, der unter den Bedingungen eines Liquiditäts-Stress-szenarios mindestens die Nettozahlungsverpflichtungen über einen Zeitraum von 30 Tagen deckt. Es gilt die Formel:

$$LCR = \frac{\text{Bestand an hochliquiden Aktiva}}{\text{Zahlungsmittelabflüsse} - \text{Zahlungsmittelzuflüsse (max. 75 Prozent)}} \geq 1$$

1608. Der Zähler der Mindestliquiditätsquote setzt sich zusammen aus dem gesamten Bestand an hochliquiden Aktiva eines Instituts. Als hochliquide werden grundsätzlich solche Aktiva betrachtet, die auch in Stressphasen an den Märkten mit allenfalls geringen Werteeinbußen veräußert werden können. Ursprünglich wurde diesbezüglich zwischen sehr hochliquiden Level-1-Aktiva (z. B. Barmittel, Forderungen gegenüber der Zentralbank, Staatsanleihen) sowie hochliquiden Level-2-Aktiva (z. B. anrechenbare Unternehmensschuldtitle und gedeckte Schuldverschreibungen mit einem Mindestrating von AA-) unterschieden. Nach einer Überarbeitung durch den Basler Ausschuss tritt die Kategorie der Level-2B-Aktiva (z. B. anrechenbare RMBS, Unternehmensschuldtitle mit einem Mindestrating von BBB-, anrechenbare Stammaktien) hinzu, die jedoch von den nationalen Aufsichtsbehörden nicht zwingend anerkannt werden müssen.⁴²⁹ Für die Anrechnung der Level-2-Aktiva bestehen Kappungsgrenzen. Der Gesamtbestand an hochliquiden Aktiva darf maximal zu 40 Prozent aus Level-2-Aktiva bestehen, wovon maximal 15 Prozent Level-2B-Aktiva sein dürfen. Außerdem werden sie nur mit einem Abschlag auf ihren Marktwert angerechnet. Der Abschlag auf den Marktwert der Level-2A-Aktiva beträgt 15 Prozent, der auf Level-2B-Aktiva 25 Prozent bzw. 50 Prozent.

1609. Der Nenner der Mindestliquiditätsquote ergibt sich aus dem Saldo der Zahlungsmittelabflüsse und den Zahlungsmittelzuflüssen, wobei Letztere nur zu maximal 75 Prozent der gesamten erwarteten Mittelabflüsse berücksichtigt werden. Die Zahlungsmittelabflüsse setzen sich aus den offenen Salden der unterschiedlichen Kategorien von Verbindlichkeiten und außerbilanziellen Engagements zusammen, welche jeweils mit Abflussfaktoren multipliziert werden, die sich an der Wahrscheinlichkeit ihrer Beanspruchung orientieren. Die erwarteten Mittelzuflüsse setzen sich aus den offenen Salden der verschiedenen Kategorien von vertraglichen

427 Vgl. Basler Ausschuss für Bankenaufsicht, Principles for Sound Liquidity Risk Management and Supervision, September 2008.

428 Vgl. Basler Ausschuss für Bankenaufsicht, Basel III: Internationale Rahmenvereinbarung über Messung, Standards und Überwachung in Bezug auf das Liquiditätsrisiko, Dezember 2010.

429 Vgl. Basler Ausschuss für Bankenaufsicht, Basel III: Mindestliquiditätsquote und Instrumente zur Überwachung des Liquiditätsrisikos, Januar 2013. Die bisherigen Level-2-Aktiva werden nunmehr als Level-2A-Aktiva bezeichnet.

Forderungen zusammen, welche wiederum jeweils mit einem Faktor multipliziert werden, der die erwartete Wahrscheinlichkeit des Mittelzuflusses angibt. Im Rahmen der oben genannten Überarbeitung der Mindestliquiditätsquote durch den Basler Ausschuss wurde die ursprüngliche Höhe einiger Abflussfaktoren für Zahlungsmittelabflüsse reduziert. So darf bspw. für durch die Einlagensicherung abgesicherte Einlagen nunmehr ein Abflussfaktor von nur noch drei Prozent statt fünf Prozent angesetzt werden. Dies führt zu einer Reduzierung der Nettozahlungsabflüsse, sodass Banken weniger hochliquide Vermögenswerte vorhalten müssen, um die Mindestliquiditätsquote zu erfüllen.

1610. In der EU ist eine schrittweise Einführung der Mindestliquiditätsquote bis zum Jahr 2019 geplant.⁴³⁰ Ab dem 1. Januar 2015 soll zunächst eine Mindestliquiditätsquote von 60 Prozent gelten. Diese steigt jährlich um zehn Prozent, sodass ab dem Jahr 2019 eine Quote von 100 Prozent zu erfüllen ist. In Stressphasen ist eine kurzfristige Unterschreitung dieser Mindestanforderung zur Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit erlaubt.

Die Mindestliquiditätsquote ist bislang nur vage definiert und soll im Wesentlichen durch einen delegierten Rechtsakt implementiert werden, der von der Europäischen Kommission bis zum 30. Juni 2014 zu erlassen ist. Bis dahin sollen die Anforderungen für die Ausgestaltung der Mindestliquiditätsquote näher präzisiert werden. In der Zwischenzeit hat die EBA der Europäischen Kommission eine Empfehlung zur Definition hochliquider Aktiva vorgelegt. Demnach sollen insbesondere Staatsanleihen als Level-1-Aktiva anerkannt werden. Unterschiedliche Formen von Covered Bonds, RMBS-Anleihen, Unternehmensanleihen, Stammaktien sowie Wertpapiere öffentlicher Stellen gelten als Level-2-Aktiva, die mit unterschiedlichen Abschlüssen versehen sind.⁴³¹

1611. Die (bislang) vage Definition der Mindestliquiditätsquote in der Verordnung unterscheidet sich von den bisherigen Vorschlägen des Basler Ausschusses insbesondere in zwei Punkten. Zum einen sieht die Verordnung einen leicht beschleunigten Zeitplan zur Einführung der Mindestliquiditätsquote in der EU vor. Sie soll bereits im Jahr 2018 100 Prozent betragen, wobei der Europäischen Kommission die Befugnis eingeräumt wird, diesen Zeitplan jenem des Basler Ausschusses anzupassen.⁴³² Zum anderen schränkt die EU in ihrer Verordnung den Kreis der als hochliquide anerkannten Aktiva stärker ein als der Basler Ausschuss und konzentriert sich weitgehend auf Staatsanleihen. Explizit nicht anerkannt werden Vermögenswerte von Wertpapierfirmen, Versicherungsunternehmen oder (gemischten) Finanzholdinggesellschaften.⁴³³ Dies führt dazu, dass Staatsanleihen ein relativ höheres Gewicht bei der Bemessung der Mindestliquiditätsquote zukommt. Darüber hinaus enthält die Verordnung noch keine abschließende Liste der anerkannten liquiden Aktiva. Die oben genannten Empfehlungen der EBA reduzieren hingegen die Abweichungen von den Vorschlägen des Basler Ausschusses und sind insoweit positiv zu bewerten. Die finale Definition der Mindestliquiditätsquote durch die Europäische Kommission ist noch abzuwarten.

1612. Die Einführung einer kurzfristigen Liquiditätskennziffer zur Schaffung eines Liquiditätspuffers ist aus Wettbewerbssicht prinzipiell zu begrüßen, sofern diese dazu beiträgt, die Widerstandsfähigkeit der Kreditinstitute zu stärken und damit systemische Risiken, die sich aus der sonstigen Insolvenz eines Instituts hätten ergeben können, zu verringern bzw. zu vermeiden. Denn eine Erhöhung der Widerstandsfähigkeit gerade systemrelevanter Institute verringert die Wahrscheinlichkeit der Notwendigkeit staatlicher Rettungsmaßnahmen zur Wahrung der Systemstabilität und reduziert damit den Wert der impliziten Garantie.

1613. Gleichwohl sieht die Monopolkommission die Mindestliquiditätsquote in ihrer derzeitigen Ausgestaltung kritisch. Grundsätzlich angemessen erscheint die stufenweise erfolgende Einführung, da hiermit

⁴³⁰ Art. 411 ff. VO 575/2013.

⁴³¹ Vgl. EBA, Report on appropriate uniform definitions of extremely high quality liquid assets (extremely HQLA) and high quality liquid assets (HQLA) and on operational requirements for liquid assets under Article 509(3) and (5) CRR, 20. Dezember 2013.

⁴³² Art. 460 und Art. 461 Abs. 2 VO 575/2013.

⁴³³ Art. 416 VO 575/2013.

möglichen Engpässen an hochliquiden Aktiva begegnet werden kann, wenngleich bereits heute eine große Zahl deutscher Institute die Mindestliquiditätsquote einhält.⁴³⁴ Wesentliche wettbewerbliche Kritikpunkte ergeben sich jedoch mit Blick auf die Berechnungsmethodik sowie die Einstufung von Vermögenswerten hinsichtlich ihrer Liquidität – Letzteres insbesondere in der EU-Verordnung.

1614. Kritisch ist zunächst die Unterscheidung von Level-1- und Level-2-Vermögenswerten bei gleichzeitiger Einführung einer Kappungsgrenze von 40 Prozent für Letztere zu beurteilen. Da Level-1-Aktiva hauptsächlich aus Staatsanleihen bestehen, werden Banken faktisch dazu gezwungen, verstärkt in diese Papiere zu investieren und einen Mindestbestand an Staatsanleihen vorzuhalten. In der EU-Verordnung wird dieser Effekt durch die noch striktere Beschränkung der als hochliquide anerkannten Wertpapiere weiter verstärkt. Zudem existiert in der EU keine Engagementobergrenze von Banken gegenüber öffentlichen Schuldern – im Gegensatz zu sonstigen Großkrediten. Sowohl die Kappungsgrenze für Level-2-Vermögenswerte als auch die Definition von hochliquiden Aktiva führen somit zu einer erneuten⁴³⁵ und ordnungspolitisch fragwürdigen Bevorteilung von Papieren öffentlicher Schuldner. Hieraus resultiert zum einen eine direkte Wettbewerbsverzerrung zulasten anderer Schuldner, zum anderen wird aber auch die ohnehin schon bestehende Verflechtung zwischen Banken und Staaten weiter verstärkt anstatt abgebaut. Auch bei einer Umsetzung der Empfehlungen der EBA würden die problematischen Kappungsgrenzen beibehalten.

1615. Die Ausweitung des Kreises der anrechnungsfähigen Level-2-Aktiva durch Einführung der Kategorie der Level-2B-Aktiva und die Reduzierung von Abflussfaktoren begegnen diesen wettbewerblichen Bedenken nur zum Teil. Diese Maßnahmen ermöglichen zwar grundsätzlich eine stärkere Diversifizierung der Level-2-Aktiva und reduzieren insofern möglicherweise auch den Anteil von Staatsanleihen am gesamten Bestand an hochliquiden Aktiva. Diese Wirkung bleibt jedoch aufgrund der fortbestehenden Kappungsgrenze von 40 Prozent auf die Level-2-Aktiva begrenzt, sodass sich in Bezug auf Staatsanleihen insgesamt nur wenig ändert.

1616. Davon abgesehen ist die Ausweitung des Kreises anrechnungsfähiger Level-2-Aktiva aus Stabilitäts- und Wettbewerbssicht nicht unproblematisch. Denn faktisch bedeutet die Einführung der Kategorie der Level-2B-Aktiva nicht nur eine Überarbeitung, sondern auch eine teilweise Verwässerung der ursprünglichen Definition der Mindestliquiditätsquote. Die Monopolkommission weist insofern darauf hin, dass unbedingt sicherzustellen ist, dass die Mindestliquiditätsquote weiterhin ihrem ursprünglichen Ziel, der Begrenzung von Liquiditätsrisiken, gerecht werden kann. Denn andernfalls könnten in Krisenzeiten erneut Liquiditätsengpässe auftreten, die möglicherweise eine Rettung bestandsgefährdeter aber als systemrelevant geltender Kreditinstitute durch den Staat erfordern und so deren implizite Garantie fortgeschrieben würde. Sie begrüßt insofern die Arbeiten des Basler Ausschusses sowie der EBA, die Auswirkungen der einzelnen Regelungen genauer zu untersuchen.

1617. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die Einführung einer Mindestliquiditätsquote auch ungewollte Nebenwirkungen haben kann. Zu nennen ist hier insbesondere die Umschichtung der Aktiva hin zu hochliquiden Risikopositionen, die sich möglicherweise negativ auf die Kreditvergabe auswirken kann. Zudem sind hochliquide Aktiva geringer verzinst, was wiederum die Ertragslage der Institute schwächen und damit die Stärkung der Eigenkapitalbasis beeinträchtigen kann. Dies gilt umso mehr, als dass der Wettbewerb um solche Aktiva, bspw. um Kundeneinlagen, steigen dürfte.⁴³⁶ Zwar dürfte diesen Aspekten durch die stufenweise Einführung der Mindestliquiditätsquote weitgehend begegnet werden. Dennoch sollten etwaige Nebenwirkungen durch die Aufsicht beobachtet werden.

⁴³⁴ Vgl. Deutsche Bundesbank, Ergebnisse des Basel III Monitoring für deutsche Institute. Stichtag 30. Juni 2013, März 2014.

⁴³⁵ Siehe oben Tz. 1589. (zu den Eigenkapitalregeln).

⁴³⁶ Vgl. Deutsche Kreditwirtschaft, Positionspapier zur Liquidity Coverage Ratio (LCR) für das survey lcr-lr-hearing am 10. März 2014.

1618. Die Monopolkommission empfiehlt insgesamt die vorläufigen Regelungen der EU im Zuge des delegierten Rechtsakts der Europäischen Kommission an die endgültigen Regelungen des Basler Ausschusses anzupassen, um internationale Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden. Dementsprechend bedarf es vor allem einer Überarbeitung der Liste der in der EU anererkennungsfähigen hochliquiden Aktiva. Um die Bevorzugung von Staatsanleihen abzuschaffen, bedarf es zudem der Einführung einer Engagementobergrenze von Banken gegenüber öffentlichen Schuldern. Diese sollte jener für Großkredite entsprechen und damit 25 Prozent des anrechenbaren Eigenkapitals nicht überschreiten.⁴³⁷ Zudem regt die Monopolkommission mit Blick auf die Arbeiten des Basler Ausschusses eine Aufhebung oder zumindest Anhebung der ordnungspolitisch problematischen Kappungsgrenze von 40 Prozent für Level-2-Aktiva an. Stattdessen sollten – sofern notwendig – die Abschläge für unterschiedlich liquide Aktiva bzw. die Anrechnungsfaktoren für den Mittelab- und Mittelzufluss adäquat angepasst werden.

– Strukturelle Liquiditätsquote –

1619. Die strukturelle Liquiditätsquote (Net Stable Funding Ratio – NSFR) soll die Widerstandsfähigkeit von Banken durch eine Verbesserung der mittel- bis langfristigen Finanzierung stärken. Im Vergleich zur Mindestliquiditätsquote bezieht sie sich auf einen längeren Zeithorizont von einem Jahr. Ziel ist die Sicherstellung einer tragfähigen Fristenstruktur von Aktiva und Passiva, indem langfristig gebundenes Kapital längerfristiger als bisher refinanziert werden muss. Damit soll die übermäßige Abhängigkeit von kurzfristigen Finanzmitteln begrenzt und eine bessere Einschätzung des Liquiditätsrisikos sowohl bilanzieller als auch außerbilanzieller Positionen erreicht werden. Der Basler Ausschuss definiert die strukturelle Liquiditätsquote als Quotient aus dem tatsächlich verfügbaren und dem erforderlichen Betrag stabiler Refinanzierung. Die strukturelle Liquiditätsquote darf einen Wert von 1 bzw. 100 Prozent nicht unterschreiten und soll dem Basler Ausschuss zufolge ab dem Jahr 2018 verbindlich eingeführt werden. Es gilt die Formel:

$$NSFR = \frac{\text{Verfügbare stabile Refinanzierung}}{\text{Erforderliche stabile Refinanzierung}} \geq 1$$

1620. Der gesamte Betrag der verfügbaren stabilen Refinanzierung bemisst sich anhand von Faktoren, die die Stabilität der Refinanzierungsquellen adressieren, wie etwa die Restlaufzeit, die Refinanzierungsart und die Gegenpartei.⁴³⁸ Hiervon ausgehend werden die einzelnen Eigenkapitalinstrumente sowie Verbindlichkeiten mit einem sogenannten ASF-Faktor multipliziert, der zwischen 0 Prozent und 100 Prozent liegt. Für das regulatorische Eigenkapital gilt bspw. ein ASF-Faktor von 100 Prozent, für operative Einlagen nur ein ASF-Faktor von 50 Prozent. Der gesamte Betrag der verfügbaren stabilen Refinanzierung ergibt sich als Summe der gewichteten Beträge. Die erforderliche stabile Refinanzierung ergibt sich aus dem Liquiditätsrisikoprofil der einzelnen Aktiva sowie außerbilanziellen Positionen einer Bank. Diese werden mit einem sogenannten RSF-Faktor multipliziert, der ebenfalls zwischen 0 Prozent und 100 Prozent liegen kann. Ein RSF-Faktor von 0 Prozent entfällt z. B. auf Zentralbankgutachten, einer von 50 Prozent auf die oben genannten Level-2B-Aktiva der Mindestliquiditätsquote. Die Summe der gewichteten Beträge ergibt den Gesamtbetrag an erforderlicher stabiler Refinanzierung.

1621. In der Europäischen Union wird die strukturelle Liquiditätsquote zunächst nicht als verbindliche Liquiditätskennziffer eingeführt. Insbesondere wird nicht die genaue Definition des Basler Ausschusses übernommen. Vielmehr haben Kreditinstitute lediglich sicherzustellen, dass „ihre langfristigen Verbindlichkeiten [...] durch eine breite Vielfalt von Instrumenten der stabilen Refinanzierung unterlegt sind.“⁴³⁹ Die Europäische Kommission kann bis zum 31. Dezember 2016 einen Gesetzgebungsvorschlag zur Einführung

⁴³⁷ Art. 395 Abs. 1 VO 575/2013.

⁴³⁸ Vgl. zu den folgenden Ausführungen Basler Ausschuss für Bankenaufsicht, Basel III: Strukturelle Liquiditätsquote, Konsultationspapier, Januar 2014.

⁴³⁹ Art. 413 VO 575/2013.

verbindlicher Mindeststandards für die stabile Refinanzierung vorlegen.⁴⁴⁰ Zuvor erstattet ihr die EBA bis zum 31. Dezember 2015 Bericht über die Notwendigkeit sowie die Auswirkungen möglicher Anforderungen an die stabile Refinanzierung. Zudem legt die EBA der Kommission geeignete Methoden zur Festlegung des Betrags an stabiler Refinanzierung und geeignete Definitionen zur Berechnung der Anforderungen vor.

1622. Die Monopolkommission steht der Einführung einer strukturellen Liquiditätsquote prinzipiell offen gegenüber. Zwar ist keinesfalls gesichert, dass die Beschränkung der Fristentransformation effizienzsteigernd wirkt. Zudem kann eine Beschränkung der Fristentransformation die Zinsspanne und damit die Ertragslage von in diesem Bereich besonders aktiven Instituten verschlechtern, was wiederum die Stärkung der Eigenkapitalbasis dieser Institute erschweren kann. Gerade in Krisenzeiten dürfte eine erhöhte Fristenkongruenz jedoch der Stabilität des Bankensystems zugutekommen und damit die Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme impliziter Garantien reduzieren.

Kritisch ist indes die von Basel III abweichende bzw. bisher nur vage Definition der strukturellen Liquiditätsquote in der EU zu beurteilen. Um internationale Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden, sollte ein Sonderweg der EU unbedingt vermieden werden. Insofern plädiert die Monopolkommission für eine Einführung in Einklang mit den Vorgaben des Basler Ausschusses. Die Übergangszeit bis zum Jahr 2018 sollte derweil genutzt werden, um mögliche ungewollte Nebenwirkungen der strukturellen Liquiditätsquote zu identifizieren. Insofern sind auch die Arbeiten der EBA zu begrüßen. Wichtig ist jedoch, dass derartige Erkenntnisse in die endgültige Definition des Basler Ausschusses einfließen und nicht nur in einer abweichenden Definition der EU münden.

1623. Die Monopolkommission weist abschließend darauf hin, dass die Einführung einer strukturellen Liquiditätsquote aufgrund der unterschiedlichen Anrechnungsfaktoren zwangsläufig Auswirkungen auf den Wettbewerb zwischen unterschiedlichen Finanzprodukten haben wird. So ist einerseits ein höherer Wettbewerb um Spareinlagen und langfristige Termingelder und damit eine höhere Verzinsung dieser Produkte zu erwarten. Andererseits ist aber auch mit unattraktiveren Kreditkonditionen für Bankkunden aufgrund einer verstärkten Emission langfristig laufender Bankanleihen zu rechnen.⁴⁴¹ Gerade die Gefahr steigender Kreditkosten wird von einigen Seiten als problematisch für die deutsche Volkswirtschaft gesehen. Denn im hieszulande vorherrschenden System der bankbasierten Unternehmensfinanzierung würden steigende Kreditkosten die Unternehmen besonders hart treffen und diese im internationalen Wettbewerb benachteiligen. Damit würde genau das traditionelle Bankgeschäft getroffen, das sich während der Finanzkrise als vergleichsweise stabil erwiesen hat.

1624. Dem ist zu entgegnen, dass auch deutschen Unternehmen prinzipiell eine kapitalmarktbasierte Unternehmensfinanzierung offensteht, wenngleich die Kapitalmarktfinanzierung hieszulande noch unterentwickelt ist. Die strukturelle Liquiditätsquote wird diesbezüglich möglicherweise zu Verlagerungen führen, sie impliziert jedoch keinesfalls einen dauerhaften Wettbewerbsnachteil für deutsche Unternehmen. Zudem zeigen frühere Krisen, dass das Kreditgeschäft nicht per se sicherer als das Kapitalmarktgeschäft ist. Eine derartige Argumentation fokussiert zu einseitig auf aktuelle Probleme. Möglicherweise steigende Kreditkosten sollten daher vielmehr als das betrachtet werden, was sie tatsächlich sind: der Preis für eine schärfere Regulierung und ein stabileres Bankensystem. Aus betriebswirtschaftlicher Sicht mag dies für den einzelnen Marktteilnehmer nachteilig sein. Aus volkswirtschaftlicher Sicht jedoch müssen diese höheren Kosten gegen den Nutzen eines sichereren Bankensystems aufgewogen werden. Sie sind letztlich ein Teil des Preises, um den Steuerzahler aus der Haftung für Banken zu entlassen.

⁴⁴⁰ Art. 510 VO 575/2013.

⁴⁴¹ Vgl. Hüther, ZfgK 2013, 23 (28).

3.6.2.2 Weitere regulatorische Begrenzung von Handelsaktivitäten

1625. Im Anschluss an die Finanzkrise wurden verschiedene weitere Regelungen diskutiert und z.T. eingeführt, von denen die folgenden besonders relevant erscheinen, nämlich: (i) die Begrenzung von Hebelfinanzierungen (durch Kredite/Kreditderivate) über die Eigenmittelvorgaben hinaus, (ii) die Begrenzung von Gehaltsanreizen für spekulative Geschäfte und (iii) absolute Geschäftsbegrenzungen als letztes Mittel.

Begrenzung von Hebelfinanzierungen

1626. Hebelfinanzierungen können – weit gefasst – als Finanzierungsmethoden definiert werden, mit denen das Risiko von Einlagen oder einlagenähnlich entgegengenommenen Geldern durch Hebelung erhöht wird.⁴⁴² Hebelfinanzierungen stehen im Vordergrund der die Eigenmittelvorgaben ergänzenden Regulierung, einschließlich der Regulierung sogenannter Schattenbanktätigkeiten.⁴⁴³

1627. Dies hat folgenden Ausgangspunkt: Finanzierungen können bankkredit- oder geld- bzw. kapitalmarktbasiert erfolgen. Bankkredite sind für Privat- und Unternehmenskunden der traditionelle Weg, um eine Finanzierung durch Fremdkapital zu bekommen. Die im vorigen Abschnitt erörterten Eigenmittelvorgaben verhindern, dass die Banken im Rahmen der Kreditvergabe ihr Eigenkapital in einem systemisch nicht mehr vertretbaren Ausmaß hebeln. Anstelle von Bankkrediten können jedoch auch Wertpapiere (Anleihen) und Kreditderivate (z. B. CDS)⁴⁴⁴ oder andere Derivate (z. B. Standardoptionen, Zertifikate) für die Finanzierung bzw. zur Refinanzierung genutzt werden. Verbriefungen (z. B. ABS, CDO) können eingesetzt werden, um Risiken zu tranchieren. Die mit solchen Instrumenten verbundenen Risiken werden durch die bestehenden Eigenkapitalvorgaben allerdings nicht in allen Fällen abgedeckt. Ihre Nutzung geht darüber hinaus mit transaktionsbedingten Risiken einher.

1628. Die hier relevanten Geld- und Kapitalmarktinstrumente werden vor allem von größeren Banken und Spezialinstituten genutzt, weit weniger von den Sparkassen und den genossenschaftlichen Primärinstituten. Dies spiegelt sich in höheren ökonomischen Margen, die insbesondere die Großbanken und die Landesbanken in diesem Geschäft erzielen. Im gegenwärtigen Marktumfeld, das von (abnehmender) staatlicher Unterstützung bei gleichzeitig niedrigen Notenbankzinsen und einer schwachen Kapitalisierung der Banken geprägt ist, bestehen starke Anreize, sich in diesem Geschäft zu engagieren.⁴⁴⁵

– Spezifische Risiken –

1629. Der Finanzstabilitätsrat sieht bei der Nutzung von Geld- und Kapitalmarktinstrumenten vor allem folgende Risikoquellen:

- die Fristentransformation (maturity/liquidity transformation),
- die unvollständige Weitergabe von Kreditrisiken (imperfect credit risk transfer) und
- Hebelung (leverage).⁴⁴⁶

⁴⁴² Vgl. Art. 4 Abs. 1 lit. v RL 2011/61/EU über die Verwalter alternativer Investmentfonds (AIFM), ABl. EU L 174 vom 1. Juli 2011, S. 1, der Hebelfinanzierungen als Methoden definiert, mit denen „das Risiko von AIF durch Kreditaufnahme, Wertpapierleihe, in Derivate eingebettete Hebelfinanzierungen oder auf andere Weise erhöht“ wird. Im deutschen Recht werden Hebelfinanzierungen als „Leverage“ bezeichnet, § 1 Abs. 19 Nr. 25 KAGB.

⁴⁴³ Siehe RL 2011/61/EU, ABl. EU L 174 vom 1. Juli 2011, S. 1; EU-Kommission, Vorschlag vom 7. Februar 2011 für eine Verordnung über Risikokapitalfonds, KOM(2011) 860 endg.; schon früher Joint FSF-CGFS Working Group, The role of valuation and leverage in procyclicality, März 2009.

⁴⁴⁴ Vgl. § 165 SolvV.

⁴⁴⁵ Kritisch zur Marktsituation vgl. Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 2013/14, a. a. O., Tz. 371.

⁴⁴⁶ Vgl. FSB, Shadow Banking: Scoping the Issues, A Background Note of the Financial Stability Board, 12. April 2011, S. 3.

In der Finanzkrise hat sich gezeigt, dass systemische Gefahren vor allem dann aus Geld- und Kapitalmarkttransaktionen erwachsen, wenn Finanzierungsgeber oder Finanzierungsnehmer primär spekulative Ziele (Gewinnziele) verfolgen, also nicht oder nicht allein das Ziel, einen konkret bestehenden Kapitalbedarf zu befriedigen oder Verlustrisiken abzusichern. Wenn viele Marktteilnehmer mit spekulativen Zielen am Markt tätig sind, kann dies Marktentwicklungen verstärken und die Gefahr von prozyklischen Entwicklungen erhöhen. In solchen Fällen kommt es zunächst zu exzessiver Hebelung und Fristentransformation, durch die sich eine höhere Rendite erzielen lässt, bevor der Markt überhitzt und Gegenparteien ausfallen. Dies kann zu Panikverkäufen auf dem betroffenen Markt und zur Flucht aus liquiden anderen Märkten führen (sogenannte Rückkopplungseffekte – feedback loops). Außerdem können Risiken unvorsehen zurückschlagen, wenn sie unvollständig oder nur vermeintlich auf andere Marktteilnehmer übertragen worden waren.

1630. Der Geldmarkt ist besonders anfällig für solche Entwicklungen.⁴⁴⁷ Die Geldmärkte haben weltweit ein großes Volumen – der durchschnittliche vierteljährliche Umsatz des Euro-Geldmarkts lag 2012 bei rund EUR 75 Bio. (EUR 75.000.000.000.000).⁴⁴⁸ Zu den Geldmarktgeschäften zählen Tages- und Termingeldgeschäfte, Wertpapierleih- und Wertpapierpensionsgeschäfte (Repos)⁴⁴⁹, und andere (kurzfristige) Geschäfte mit Wertpapieren, Derivaten und Zentralbankfazilitäten. Nach den bisherigen Erkenntnissen des Finanzstabilitätsrats nutzen Marktteilnehmer insbesondere Wertpapierleih- und Wertpapierpensionsgeschäfte, um kreditartige Verbindlichkeiten zu schaffen. Solche kreditartigen Geschäfte schaffen Liquidität, sind jedoch über die üblichen Risiken der Fremdkapitalvergabe hinaus mit den zuvor beschriebenen transaktionsbedingten Risiken verbunden.⁴⁵⁰ Aufgrund ihrer hohen Liquidität besteht gerade in den Geldmärkten die Gefahr, dass sie schnell austrocknen, wenn das Marktvertrauen hier oder auf anderen Märkten schwindet.

1631. Die Banken sind als zentrale Finanzintermediäre den genannten Risiken in besonderem Umfang ausgesetzt. Die für sie auf den Geldmärkten bestehenden Risiken können bestandsgefährdend wirken, je einseitiger das Geschäftsmodell ist und je stärker die Banken sich über die Geldmärkte refinanzieren (vgl. den Problemfall HRE). Dieses Problem hat sich aufgrund der bestehenden Eigenkapital- und Liquiditätsvorgaben mittlerweile vermindert. Auch die Gefahr, dass Geld- und Kapitalmarktgeschäften fehlerhafte Risikobewertungen zugrunde liegen, wurde durch die jüngere Regulierung reduziert. So wurden die Eigenmittelanforderungen erhöht, die Vorgaben für Ratings von Finanzinstrumenten verschärft. Bei Verbriefungen ist der Emittent zu einem Risikorückbehalt (risk retention) i. H. v. fünf Prozent des Nominalwerts der verbrieften Forderungen verpflichtet.⁴⁵¹ Risiken können für Banken aber auch aus ihrer Zusammenarbeit mit Hedgefonds und anderen nicht der Bankenregulierung unterfallenden Marktteilnehmern folgen. So nutzen Hedgefonds Leerverkäufe, d. h. sie verkaufen geliehene Finanzinstrumente, die sie bis zum Lieferzeitpunkt erst erwerben müssen. Banken agieren als Prime Brokers, die Hedgefonds ein Bündel an Leistungen zur Verfügung stellen, z. B. Kredite und Wertpapierabwicklungsdienste.⁴⁵² Dazu gehört bei Leerverkaufsgeschäften unter anderem, dass sie nicht belastete Vermögensgegenstände weiter verpfänden, um den Hedgefonds die Rückgabe geliehener Finanzinstrumente zu ermöglichen. Soweit die Banken dazu Vermögenswerte ihrer Kunden einsetzen, kann dies Stabilitätsrisiken begründen, etwa wenn Kunden unsicher

447 Die in Tz. 1629. genannten Risiken werden verstärkt, soweit dort Transaktionen unter Verwendung von Vermögenswerten einer Gegenpartei durchgeführt werden und dabei Transparenz- und Informationsdefizite bestehen; dazu EU-Kommission, Vorschlag vom 29. Januar 2014 für eine Verordnung über die Meldung und Transparenz von Wertpapierfinanzierungsgeschäften, COM(2014) 40 final, und unten Abschnitt 3.6.4.2.

448 Vgl. EZB, Euro Money Market Survey, November 2013 (auf Basis eines Panels mit 104 Kreditinstituten).

449 Repos sind auf einer kurzfristigen Verkaufs- und Rückkaufvereinbarung („sale and repurchase agreement“) aufbauende Wertpapierpensionsgeschäfte, die im Interbankenhandel zur Abgabe überschüssiger Liquidität – bzw. umgekehrt zur Liquiditätssicherung – verwendet werden.

450 Vgl. FSB, Strengthening Oversight and Regulation of Shadow Banking – Policy Framework for Addressing Shadow Banking Risks in Securities Lending and Repos, 29. August 2013, S. 4 ff.

451 Art. 405 VO 575/2013. Diese Regelung wird durch andere Vorgaben für Verbriefungen ergänzt, die aus Sicht von Marktbeteiligten allerdings zu streng sind; dazu vgl. unten Abschnitte 3.8.1, 5.6.1.

452 Im deutschen Recht siehe § 31 KAGB. In einigen Marktsegmenten verschiebt sich das Geschäft wegen der strenger werdenden regulatorischen Anforderungen derzeit zu spezialisierten Finanzdienstleistern mit Banklizenz.

sind, in welchem Umfang die Bank das ihr zur Verfügung stehende Vermögen weiterverpfändet hat. Die inadäquate Bewertung von Sicherheiten und die Verflechtungen mit anderen Marktakteuren durch Transaktionsketten, in denen Sicherheiten wiederverwendet werden, führen zu zusätzlichen Ansteckungsrisiken.

1632. Die Risiken von Geld- und Kapitalmarktgeschäften sind schwieriger einzuschätzen, wenn sie sich auf Finanzderivate anstelle von Wertpapieren beziehen. Derivate sind vielgestaltige Finanzprodukte, die verschiedenen Einsatzzwecken dienen. Das nominelle Gesamtvolumen allein der ausstehenden außerbörslichen (OTC) Derivatekontrakte betrug Ende Dezember 2013 nach Angaben der Bank für internationalen Zahlungsausgleich (BIZ) über USD 710 Bio. (USD 710.182.000.000.000).⁴⁵³ Das weltweite Bruttoinlandsprodukt (BIP) lag zu diesem Zeitpunkt bei nominell rund USD 73 Bio.⁴⁵⁴ Zu beachten ist aber bei dieser Gegenüberstellung, dass das nominelle Volumen nicht das ökonomisch relevante Volumen der Derivatemarkte bezeichnet, da die Nominalbeträge bei den meisten Derivaten nicht tatsächlich zwischen den Kontraktparteien fließen. Ein Indikator von höherer Aussagekraft sind die Bruttomarktwerte, die angeben, welchen Wert die Derivatekontrakte hätten, wenn sie unmittelbar glattgestellt und abgerechnet würden. Zum Ende 2013 lag der Bruttomarktwert aller OTC-Derivate bei USD 18,7 Bio. und belief sich damit auf weniger als drei Prozent der ausstehenden Nominalbeträge.⁴⁵⁵ Allerdings war auch insofern das Gesamtvolumen der Derivatekontrakte erheblich.

1633. Derivate sind per definitionem Finanzinstrumente, mit denen Risiken unabhängig von den zugrunde liegenden Geschäften verlagert werden. Die Risiken müssen auch nicht direkt mit Geschäft eines der Beteiligten verknüpft sein. Es können somit Risiken verschiedener Art in einem Derivat gebündelt und damit auch solche Risiken marktfähig gemacht werden, die isoliert betrachtet von niemandem übernommen würden. Die Kehrseite dieses Geschäfts liegt darin, dass Risiken (isoliert oder gebündelt) in die Finanzmärkte verschoben und über beliebige Finanzmarktteilnehmer verteilt werden. Außerdem ergeben sich durch die Vielgestaltigkeit und Komplexität der Instrumente sowie durch Transaktionsketten beträchtliche Informationsasymmetrien. Die Komplexität des Derivategeschäfts hat zu einer hohen Konzentration und zur zentralen Marktstellung einzelner Derivatehändler geführt (wobei Ersteres und Letzteres zusammenhängen, aber dennoch getrennt voneinander betrachtet werden müssen).⁴⁵⁶ Im EU-Markt spielen die 14-15 größten Derivatehändler auf Bankenseite eine herausgehobene Rolle. Eine größere Zahl von systemrelevanten Banken und Nichtbanken kann als Superverbreiter (super-spreaders) von Systemrisiken angesehen werden. Hierzu zählen vor allem die bilateral am stärksten verflochtenen Derivatehändler, die alle zu den global systemrelevanten Instituten gehören (G-SIBs). Allerdings halten auch einige Nichtbanken große Außenstände.⁴⁵⁷

1634. Eine besonders hohe Bedeutung im Derivategeschäft haben Zinsderivate, deren systemisches Bedrohungspotenzial als gering eingeschätzt wird (insb. Zinsswaps). Zinsderivate machen zurzeit mehr als 82 Prozent aller ausstehenden OTC-Derivate aus. Im regulatorischen Fokus stehen infolge der Finanzkrise dagegen eher Kreditausfallversicherungen, also CDS.⁴⁵⁸ Derzeit sind nur knapp drei Prozent aller ausstehenden OTC-Derivate CDS (2007: 8,75 Prozent). Die systemische Bedeutung von CDS dürfte ab-

453 BIZ, Amounts outstanding of over-the-counter (OTC) derivatives by risk category and instrument, Stand: 8. Mai 2014. Der OTC-Handel hatte bislang eine größere wirtschaftliche Bedeutung als der Handel über multilaterale oder Börsenplattformen, bei dem die derivativen Finanzinstrumente vom Plattformbetreiber selbst bereitgestellt werden; vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 1. Februar 2012, M.6166 – Deutsche Börse/NYSE Euronext, Tz. 60, 217 ff.

454 Vgl. Weltbank, World Development Indicators, <http://data.worldbank.org/data-catalog/world-development-indicators>, Abruf am 24. Juni 2014.

455 Vgl. BIZ, Amounts outstanding of over-the-counter (OTC) derivatives by risk category and instrument, Stand: 8. Mai 2014.

456 Vgl. Blundell-Wignall, A./Atkinson, P., Global SIFIs, Derivatives and Financial Stability, OECD Journal: Financial Market Trends 2011(1), S. 167-200.

457 Dazu siehe auch unten Abschnitt 3.7.

458 Art. 2 Abs. 1 lit. c VO 236/2012 über Leerverkäufe und bestimmte Aspekte von Credit Default Swaps, ABl. EU L 86 vom 24. März 2012, S. 1.

genommen haben. Der CDS-Markt ist nach den Feststellungen des Europäischen Ausschusses für Systemrisiken (European Systemic Risk Board – ESRB) aufseiten der Gegenparteien allerdings stark konzentriert.⁴⁵⁹ Die Verkäufe von Kreditausfallschutz erfolgten im Jahr 2012 in 88 Prozent der Fälle durch Banken, wobei die zehn aktivsten Händler für 73 Prozent der Bruttoverkäufe verantwortlich zeichneten. Die Käufer umfassten Hedgefonds (40 Prozent) und Vermögensverwalter (33 Prozent), Banken (18 Prozent) und sonstige Finanzdienstleister.

1635. Kreditausfallversicherungen sind im Gegensatz zu anderen Versicherungen handelbar. Finanzmarktteilnehmer können sie sowohl erwerben, um sich gegen ein bestehendes Kreditrisiko abzusichern, als auch, um auf die Realisierung dieses Risikos zu spekulieren und sich ein Recht auf die dann erfolgende Leistung zu sichern. CDS sind folglich ein Instrument primär zur Risikoabsicherung (Hedging) oder zur Spekulation. Die Eigenschaft als Finanzierungsmittel ist eng mit diesen beiden Funktionen verknüpft.

1636. Die Transaktionen, bei denen CDS zum Einsatz kommen können, sind vielfältig. Banken nutzen diese Instrumente herkömmlich im Eigenhandel, zur Marktpflege und bei Sicherungsgeschäften. Auch die Formen der Verflechtung über CDS sind vielgestaltig. Hedgefonds und Vermögensverwalter kommen als Investoren der von Banken ausgegebenen Wertpapiere (z. B. Wandelanleihen, Verbriefungen) in Betracht und nutzen CDS, um sich gegen Kursrisiken abzusichern. Neben anderen Banken stehen sie aber auch als Gegenparteien bereit, wenn Banken eigene CDS absichern wollen. Die insofern bestehenden Ansteckungsrisiken haben nach Einschätzung des Ausschusses für Systemrisiken seit 2008 zwar abgenommen. Dennoch sieht er weiter die Gefahr, dass das große Volumen von Brutto-(und Netto-)Außenständen der großen Marktteilnehmer im Verhältnis zu ihrem Eigenkapital zu erheblichen, dominoartigen Ansteckungseffekten führen kann. Dabei nimmt er an, dass die Ansteckungseffekte v. a. durch direkte Außenstände und nicht-vertragliche Verbindungen ausgelöst werden, nicht durch CDS-Außenstände. Die Vielgestaltigkeit der CDS-Transaktionen und die schlechte Informationslage stellen jedoch ein erhebliches Hindernis für die Risikoeinschätzung und die Entwicklung von Lösungsansätzen dar. Die Marktintransparenz trägt davon abgesehen auch ihrerseits zur Erhöhung der Risiken bei. Die betreffenden Risiken können ihrer Natur nach systemgefährdend werden und dadurch die impliziten Garantien zugunsten von in CDS engagierten Marktteilnehmern verstärken.

1637. Schwierig einzuschätzen sind einige neuere Geschäftsfelder, die im Zusammenhang mit möglichen systemischen Risiken genannt werden. Dabei werden problematische Entwicklungen insbesondere aus den USA berichtet, wobei sich dort an den betreffenden Geschäften auch europäische Finanzdienstleister (darunter deutsche Institute) beteiligen. In der EU spielen solche Geschäfte noch eine relativ geringe Rolle.

1638. Ein potenzielles Risiko stellt insbesondere die Zunahme an sogenannten (gehebelten) Covenant-Lite Loans dar.⁴⁶⁰ Hierbei handelt es sich um gehebelte Kredite (leveraged loans), bei denen die Möglichkeiten des Kapitalgebers zur Kreditkontrolle eingeschränkt sind, weil herkömmliche Vertragsklauseln etwa bezüglich der Höchstverschuldung und mit Blick auf die Zinslastquote fehlen. Ursprünglich wurden solche Kredite grundsätzlich nur von kreditwürdigen Unternehmen nachgefragt und waren vor allem im Private-Equity-Geschäft relevant. Mittlerweile nutzen jedoch auch andere Kreditnehmer derartige Produkte. Der Markt ist also gewachsen, ohne dass die Bonität der Kreditnehmer bzw. die Kreditqualität entsprechend zugenommen hätte bzw. gleich geblieben wäre. Möglicherweise systemische Risiken folgen daraus, dass solche Kredite auch in die Portfolien für strukturierte Wertpapiere (CLOs)⁴⁶¹ eingehen. Es besteht somit das Risiko, dass es erneut zur Ansammlung schwer überschaubarer Risiken in Verbriefungsprodukten kommt, wie dies bereits

⁴⁵⁹ Vgl. ESRB, Assessing Contagion Risks from the CDS Market, Occasional Paper No. 4, September 2013. Als Gegenparteien werden die Parteien eines Derivatekontrakts bezeichnet; siehe Art. 2 Nr. 8, 9 VO 648/2012 über OTC-Derivate, zentrale Gegenparteien und Transaktionsregister (EMIR), ABl. EU L 201 vom 27. Juli 2012, S. 1.

⁴⁶⁰ Daneben werden zurzeit oft sog. PIK-Notes diskutiert, also Anleihen, bei denen die Zinsen nicht bar, sondern in Form von neuen Anleihen bezahlt werden (PIK = Payment in Kind). Hinsichtlich des Kreditbetrags handelt es sich indes nicht um Hebelfinanzierungen, weshalb PIK Notes hier außer Betracht bleiben sollen.

⁴⁶¹ CLO = Collateralized Loan Obligation, d. h. eine Verbriefung, bei der das zugrunde liegende Portfolio („underlying“) aus besicherten Unternehmenskrediten (dagegen CDO: Wertpapieren) besteht.

im Vorlauf zur letzten Finanzkrise der Fall war. Ende März 2014 beliefen sich die ausstehenden CLOs in Europa auf EUR 197,5 Mrd.⁴⁶²

1639. Ein weiteres Geschäftsfeld, welches sich durch die Einführung zentralen Clearings (Abrechnung) für OTC-Derivategeschäfte eröffnet hat, ist die sogenannte Wertpapiertransformation (collateral transformation).⁴⁶³ So bieten es einige Banken Kunden an, die Derivatgeschäfte über eine Clearingstelle durchführen möchten, ohne über Anleihen oder andere Sicherheiten (collateral) der nötigen Bonität zu verfügen, dass sie die bonitätsschwächeren Sicherheiten ihrer Kunden gegen Gebühr übernehmen und ihnen im Gegenzug höherwertige Papiere zur Verfügung stellen, welche die Clearingstelle akzeptieren wird. Bei einem späteren Ausfall des Kunden verwertet die Clearingstelle jedoch die zur Verfügung gestellten Sicherheiten, während der Bank nur der Rückgriff auf die von der Bank übernommenen Sicherheiten verbleibt. Die Banken, die diesen Wertpapiertausch betreiben, sind zudem meist als Anteilseigner mit den Clearingstellen verflochten.⁴⁶⁴ Der Tausch erweckt somit einen Anschein von Systemstabilität, der nicht existiert. Derartige Transaktionen können nicht nur die für die global systemrelevanten Banken bestehenden impliziten Garantien verstärken, sondern auch etwaige Garantien für die Clearing-Infrastruktur.⁴⁶⁵ Marktbefragungen der Notenbanken in den USA und Europa deuten bisher allerdings nicht darauf hin, dass die Sicherheitentransformation signifikant zugenommen hat.

– Lösungsansätze –

1640. Es ist eine naheliegende Forderung, durch Verbote die systemischen Risiken zu begrenzen, die mit geld- und kapitalmarktbasierten Hebelfinanzierungen aller Art verbunden sind, insbesondere wenn die betreffenden Instrumente spekulativ eingesetzt werden. In der Tat haben nach Ausbruch der Finanzkrise mehrere und auch prominente Stimmen gefordert, dass Europa den Spekulanten das Handwerk legen müsse und „nicht davor zurückschrecken [dürfe], einige Geschäftsarten schlicht zu verbieten, z. B. ungedeckte Leergeschäfte oder Over-the-counter-Transaktionen mit riesiger Hebelwirkung“.⁴⁶⁶ Solche Verbote finden auch in der Öffentlichkeit breite Unterstützung.

1641. Verbote oder Beschränkungen können in der Tat sinnvoll sein, sofern mit Hebelfinanzierungen (potenziell systemische) Risiken verbunden sind, die sich nicht in der Wettbewerbsverzerrung aufgrund von impliziten Garantien erschöpfen. So wurde der Hochfrequenzhandel Beschränkungen unterworfen, um plötzlichen Kursstürzen („flash crash“) aufgrund von übermäßigen Handelsaktivitäten vorzubeugen.⁴⁶⁷ Ebenso wurden Verbote eingeführt, um spekulative Beschleunigungen des Kursverfalls von Wertpapieren oder Staatsanleihen durch ungedeckte Leerverkäufe zu verhindern.⁴⁶⁸ In diesen Fällen geht es jedoch um die Abwendung systemischer Gefahren, die durch ein manipulatives Vorgehen aktiv und unter Ausnutzung von Informationsvorteilen herbeigeführt werden und die sich unabhängig davon realisieren können, ob der sie verursachende Finanzmarktakteur fortbesteht oder nicht. Bei impliziten Garantien besteht hingegen deshalb

462 Vgl. AFME, European High Yield & Leveraged Loan Report, 1Q 2014, S. 2, <http://www.afme.eu/WorkArea/DownloadAsset.aspx?id=10720>, Abruf am 24. Juni 2014.

463 Siehe z. B. Heismann, G., Collateral Transformation: Neues Risiko im Finanzsystem, Finance, 8. Februar 2013; Keoun, B., Big Banks Hide Risk Transforming Collateral for Traders, Bloomberg, 11. September 2012; siehe auch EU-Kommission, Mitteilung der Kommission, Schattenbankwesen – Eindämmung neuer Risikoquellen im Finanzsektor, COM/2013/0614 final vom 4. September 2013, Abschnitt 3.3.

464 Vgl. Fitch, Collateral Transformation Drives Central Clearing Risks, Pressemeldung vom 14. Juni 2012.

465 Vgl. ESRB, Central Counterparties and Systemic Risk, Macro-prudential Commentaries No. 6, November 2013, S. 9.

466 So Bundespräsident Köhler, wie zitiert aus seiner Rede auf einem Wirtschaftsforum in München, Reuters vom 29. April 2010.

467 Zu einem solchen Kurssturz kam es beispielsweise am 6. Oktober 2010 an der New Yorker Börse. Zu den Rechtsmaßnahmen in diesem Bereich siehe etwa Schultheiß, WM 2013, 596 (Deutschland) und Geier/Schmidt, WM 2013, 915 (917 f.); Teigelack, BB 2012, 1361 (1364).

468 Art. 12 VO 236/2012 über Leerverkäufe und bestimmte Aspekte von Credit Default Swaps, ABl. EU L 86 vom 24. März 2012, S. 1. In Deutschland bestand ein ähnliches Verbot bereits zwischen Mai 2010 und März 2011 (§ 30h WpHG a.F.).

ein Wettbewerbsproblem, weil die Marktteilnehmer die Systemrelevanz einer Bank in Anbetracht der Gesamtheit ihrer laufenden Geschäftsbeziehungen erkennen und ihr deshalb eine Bestandsgarantie zuschreiben. Gesetzliche Verbote für bestimmte Handelsaktivitäten reichen nicht aus, um dieses Problem zu beheben.

1642. Um der Verstärkung impliziter Garantien durch im Markt vorhandene Hebelfinanzierungen entgegen zu wirken, empfiehlt es sich, eher auf eine Mischung risikobegrenzender bzw. Transparenz schaffender gesetzlicher Regelungen und ein auf den Einzelfall angepasstes behördliches Vorgehen zu setzen. Dadurch werden extreme Marktentwicklungen gehemmt oder besser erkennbar. Daneben verbleibt die nötige Flexibilität, um auf neue Entwicklungen zu reagieren und gegen krisenhafte Marktverwerfungen vorzugehen.

1643. Die von der Europäischen Kommission eingesetzte Expertenkommission unter dem Vorsitzenden Liikanen hat als Alternative zur direkten Abtrennung riskanter Handelsaktivitäten einen Vorschlag ausgearbeitet, der diese Voraussetzungen erfüllt.⁴⁶⁹ Der Vorschlag sieht für Handelsaktiva eine allgemeine Risikobegrenzung über nicht-risikogewichtete Eigenkapitalvorgaben vor (berechnet z. B. im Verhältnis zum Bestand an Handelsaktiva). Daneben sollen die Aufsichtsbehörden die Befugnis haben, aufgrund einer Überprüfung von Sanierungs- und Abwicklungsplänen nach Maßgabe EU-weit einheitlicher Kriterien eine Abtrennung riskanter Handelsgeschäfte zu verlangen. Für diese Befugnis sollten flankierende Vorgaben gelten, nämlich das Erfordernis eines klar geregelten Überprüfungsverfahrens für die Sanierungs- und Abwicklungspläne, die Pflicht zur Veröffentlichung einer begründeten Entscheidung über die zu treffenden Maßnahmen und die Einführung von Sanktionen zur Durchsetzung von Abtrennungsanordnungen.

1644. Da dieser Vorschlag ein gestuftes Vorgehen vorsieht, dürfte er im Vergleich mit der von der Liikanen-Kommission ebenfalls vorgeschlagenen Trennbankenlösung leichter und schneller umsetzbar sein. Eine weitgehende Ergänzung bestehender Regelungen ist danach nicht erforderlich. Der nicht risikogewichtete Eigenkapitalpuffer kann so ausgestaltet werden, dass der Beitrag von Hebelfinanzierungen zum Aufbau impliziter Garantien neutralisiert wird, auch wenn die Kalibrierung des Puffers komplex ist. Das einzelfall-spezifische Vorgehen nach dem Vorschlag ermöglicht den Aufsichtsbehörden eine relativ genaue Kenntnis der Risikolage bei Instituten mit umfangreichem Handelsgeschäft und eine Anpassung der weiter gebotenen Maßnahmen an die konkret vorhandenen Marktrisiken, wodurch ein schematisches Vorgehen vermieden wird. Zugleich dürfte den Instituten nur ein geringer Spielraum bleiben, um nach einer behördlichen Anordnung die für sie geltenden Vorgaben zu umgehen. Das gilt jedenfalls dann, wenn solche Anordnungen sofort vollziehbar sind.

1645. Der Basler Bankenausschuss, der Finanzstabilitätsrat und die Internationale Vereinigung der Wertpapieraufsichtsbehörden haben für die Fortentwicklung der Regulierung weitere Maßnahmen empfohlen, die in der EU und in Deutschland im Wesentlichen bereits umgesetzt worden sind oder noch umgesetzt werden sollen. Diese Empfehlungen sind allgemein gefasst, wobei die systemischen Risiken, die mit geld- und kapitalmarktbasierten Hebelfinanzierungen verbunden sind, stärker im Vordergrund stehen als einzelne Transaktionsarten oder Finanzinstrumente. Die Institutionen empfehlen vor allem:

- Maßnahmen, welche die Marktteilnehmer selbst zur Verbesserung ihres eigenen Risikomanagements veranlassen (z. B. Risikoselbstbehalte);
- Maßnahmen zur Erhöhung der Markttransparenz (Standardisierung, Meldepflichten, Offenlegungspflichten) und
- die Einführung von Zentralen Gegenparteien (ZGP; Central Counter-Parties – CCP) als wesentliche Ergänzung der Marktinfrastrukturen (Verrechnungsstellen).

⁴⁶⁹ Vgl. Liikanen, E. u.a., High-level Expert Group on reforming the structure of the EU banking sector, a. a. O., S. 95.

1646. In der EU sind große Teile dieser Empfehlungen bereits in verschiedenen Verordnungen und Richtlinien umgesetzt worden. In diesen Vorschriften sind insbesondere weitreichende Registrierungs-, Melde- und Offenlegungspflichten für Wertpapierfirmen und Banken vorgesehen.⁴⁷⁰ Daneben machen sie grundlegende Vorgaben für das interne Risikomanagement (z. B. Wohlverhaltensregeln, Regeln zur Vermeidung von Interessenkonflikten).⁴⁷¹ Auf die für Verbriefungen vorgeschriebenen Risikoselbstbehalte wurde bereits hingewiesen. Diese Vorgaben ergänzen die bestehende EU-Eigenmittelregulierung.

1647. Außerdem wurden verschiedene Maßnahmen getroffen, um den Derivatehandel im Rahmen des Möglichen auf geregelte Handelsplattformen (einschließlich von Drittlandhandelsplätzen) überzuleiten und die Geschäftsbeziehungen zwischen den Finanzmarktbeteiligten zu entflechten. Eine zentrale Neuerung stellt die Einführung des verbindlichen Clearing von standardisierten OTC-Derivaten über ZGP dar.⁴⁷² Die zentrale Clearingpflicht trifft sowohl finanzielle Gegenparteien, die in der EU beaufsichtigt werden, wie auch nichtfinanzielle Gegenparteien, wenn diese in größerem Umfang Derivate einsetzen. Die ZGP haben ihrerseits bestimmte Zulassungsvoraussetzungen und laufende Eigenkapitalanforderungen zu erfüllen, da sie als zentrale Marktinfrastrukturen ihrerseits von einer impliziten Garantie profitieren können.⁴⁷³ Aus diesem Grund unterliegen sie auch hohen organisatorischen Anforderungen, Geschäftsbeschränkungen und Wohlverhaltensregeln.⁴⁷⁴ Die ZGP sind zurzeit im Aufbau begriffen. Nach ihrer Errichtung sollen sie die Risikokontrolle der Aufsichtsbehörden und der Marktteilnehmer aktiv unterstützen.⁴⁷⁵ Zur Einführung von ZGP treten weiteren Maßnahmen zur Entflechtung der Geschäftsbeziehungen, etwa Vorschriften über die Erbringung von Dienstleistungen über andere Wertpapierfirmen bzw. unter Heranziehung vertraglich gebundener Vermittler sowie Vorschriften über den Schutz des Eigentums an Finanzinstrumenten oder Geldern, die eine Wertpapierfirma von ihren Kunden erhalten hat.⁴⁷⁶ Zur Erhöhung des Marktvertrauens und als Beitrag zur Neutralisierung impliziter Garantien zugunsten von Marktteilnehmern (einschließlich der ZGP) wurden ferner Anlegerentschädigungssysteme errichtet und die Pflicht für Gegenparteien in Derivategeschäften eingeführt, in sogenannten Ausfallfonds einzuzahlen, die von den ZGP verwaltet werden.⁴⁷⁷ Die Vorgaben des europäischen Rechts sind, soweit sie umsetzungsbedürftig waren, zwischenzeitlich in das deutsche Recht übernommen worden.⁴⁷⁸

1648. Der Basler Ausschuss und die Internationale Vereinigung der Wertpapieraufsichtsbehörden haben außerdem kürzlich einen Bericht zur Einführung von Einschusspflichten für nicht zentral abgerechnete Derivate ab Ende 2015 veröffentlicht.⁴⁷⁹ Die Pflicht zu Einschusszahlungen wird zulasten der potenziell ausfallenden Partei gehen (in Ergänzung zu den für die fortbestehende Partei geltenden Eigenkapitalanforderungen).

1649. Zur Fortentwicklung der behördlichen Einzelbefugnisse enthält die vor Kurzem angenommene EU-Verordnung über Märkte für Finanzinstrumente ein eigenes Kapitel, das Befugnisse der Behörden zur Inter-

470 Siehe Art. 1 RL [...] /2014 über Märkte für Finanzinstrumente und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/39/EG (MiFID II), vorl. Fassung der legislativen Entschließung des Europäischen Parlaments vom 15. April 2014, P7_TA-PROV(2014)0386, und die dort genannten Vorschriften; Art. 7 ff. VO 1287/2006 zur Durchführung der Richtlinie 2004/39/EG, ABl. EU L 241 vom 2. September 2006, S. 1; ferner Art. 13 ff., 23 ff., 27 ff. RL 2006/73/EG, zur Durchführung der Richtlinie 2004/39/EG, ABl. EU L 241 vom 2. September 2006, S. 26. Zur Erhöhung der Transparenz siehe auch Abschnitt 3.6.4.2.

471 Art. 11 VO 648/2012 über OTC-Derivate, zentrale Gegenparteien und Transaktionsregister (EMIR), ABl. EU L 201 vom 27. Juli 2012, S. 1; Art. 23 f. MiFID II; Art. 5 ff. RL 2006/73/EG.

472 Art. 4 VO 648/2012.

473 Art. 14 ff. VO 648/2012.

474 Art. 26 ff., 36 ff., 47 VO 648/2012.

475 Art. 40 ff. VO 648/2012.

476 Art. 26, 29 sowie Art. 16 Abs. 8, 9 MiFID II; Art. 19 f. RL 2006/73/EG.

477 Art. 42 VO 648/2012.

478 Siehe insbesondere das Finanzmarktrichtlinie-Umsetzungsgesetz (FRUG), BGBl. I 2007 Nr. 31, S. 1330.

479 Vgl. BIZ und IOSCO, Einschusspflichten für nicht zentral abgerechnete Derivate, September 2013.

vention gegen die Vermarktung von Finanzinstrumenten im Einzelfall (sogenannte Produktintervention) ergänzen und erheblich ausweiten soll.⁴⁸⁰

1650. Eine Bewertung der vorgeschlagenen bzw. geplanten Ansätze zur Verminderung des Problems der impliziten Garantien in Bezug auf Hebelfinanzierung ist nur vorläufig möglich. Die Fortentwicklung der Geld- und Kapitalmarktregulierung ist stark im Fluss.

So ist insbesondere noch abzuwarten, in welchem Umfang die Pflicht zum Clearing über zentrale Gegenparteien für relevante Transaktionen und Produkte (insbesondere Repogeschäfte, Derivate) im Einzelnen eingeführt wird. Das zentrale Clearing reduziert ebenso wie die von den Derivatehändlern schon gegenwärtig vorgenommene Glattstellung („netting“) und multilaterale Konsolidierung („trade compression“) das Risiko in den Märkten. Außerdem ermöglicht zentrales Clearing ein besseres Risikomanagement und erhöht die Markttransparenz. Diesen Vorteilen stehen allerdings auch neue Risiken gegenüber.⁴⁸¹

Die Banken, aber auch Vertreter der Realwirtschaft, haben die Sorge geäußert, dass die Neuregelungen zu einer Verminderung der Liquidität und zu erschwerten Finanzierungsbedingungen für die Realwirtschaft führen können. Diese Bedenken sind nachvollziehbar. Die mögliche Einschränkung der Liquiditätsversorgung wird von regulatorischer Seite gleichwohl in Kauf genommen, weil eine bessere Kontrolle der mit Hebelfinanzierungen verbundenen Risiken vordringlich ist und es bislang keine allgemein anerkannten Kriterien gibt, um unerwünschte Spekulationsgeschäfte und volkswirtschaftlich erwünschte Geschäfte im Einzelnen voneinander abzugrenzen. Indessen ist anzunehmen, dass die relevanten Maßnahmen insbesondere zu einem Rückgang von spekulativen Hebelfinanzierungen führen werden. Die Regulierung muss jedoch restriktiv gefasst und ausgelegt werden (auf das erkennbar Erforderliche beschränkt), um eine ungerechtfertigte Differenzierung zwischen verschiedenen Anlagesegmenten bzw. -strategien und somit indirekt auch eine unnötige Erschwerung der Finanzierungsbedingungen für die Realwirtschaft auszuschließen.

1651. Die Monopolkommission teilt zwar die Einschätzung des Finanzstabilitätsrats, der die Entwicklung der Regulierung insgesamt auf einem guten Weg sieht.⁴⁸² Es ist anzunehmen, dass die Regulierung systemische Risiken aufgrund der Entflechtung von Geschäftsbeziehungen, der Verbesserung des Risikomanagements und der Erhöhung der Markttransparenz vermindern wird. Dennoch ist davor zu warnen, in den Anstrengungen zur Fortentwicklung des Regelungsrahmens und in der Ausgestaltung der Einzelbefugnisse der Behörden zu erlahmen. Insbesondere die zentrale Stellung der systemrelevanten Banken und Nichtbanken im Derivategeschäft erscheint bedenklich. Daneben birgt der Aufbau systemrelevanter Marktinfrastrukturen mögliche neue Probleme (z. B. ZGP, Transaktionsregister usw.). Die Geld- und Kapitalmärkte sind jedoch zu heterogen und entwickeln sich zu schnell, als dass eine umfassende Regulierung aller Problembereiche im Bereich des zurzeit Möglichen läge. Es erscheint neben der Umsetzung der Empfehlungen der Liikanen-Kommission vordringlich, dass die Regeln, die den Behörden die Befugnis zur Produktintervention im Einzelfall geben, möglichst bald genutzt werden können.⁴⁸³

1652. Die Monopolkommission weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die Regulierung von den Aufsichtsbehörden unverzüglich und konsequent umgesetzt werden muss. Es bestehen Anzeichen dafür, dass der relativ weitreichende aufsichtsbehördliche Zugriff auf die Banken im Kreditgeschäft bei fortbestehenden Regulierungslücken im Geld- und Kapitalmarktgeschäft Regulierungsarbitrage begünstigt. Das Volumen der

480 Art. 39 ff. VO 600/2014 über Märkte für Finanzinstrumente (MiFIR), ABl. EU L 173 vom 12. Juni 2014, S. 84. Im bestehenden deutschen Recht siehe auch § 4 Abs. 1 WpHG und Sondernormen für einzelne Organismen, z. B. §§ 215, 274 KAGB.

481 Vgl. ESRB, Assessing contagion risks from the CDS market, Occasional Paper No. 4, September 2013, S. 39 (auch zu probl. Asymmetrien in der Vertragsabwicklung); ICMA, FAQ on Repo No. 27 (Februar 2013); <http://www.icmagroup.org/Regulatory-Policy-and-Market-Practice/short-term-markets/Repo-Markets/frequently-asked-questions-on-repo/>, Abruf am 24. Juni 2014; diff. auch Zimmer/Fuchs, ZGR 2010, 597 (616 ff.) (zu close-out netting).

482 Vgl. FSB, Pressemitteilung vom 2. September 2013.

483 Insofern ist zu bedauern, dass die betreffenden EU-Regelungen erst ab Anfang 2017 gelten sollen, Art. 55 MiFIR.

dem nicht-regulierten Bereich zuzurechnenden Geschäfte nimmt seit der Finanzkrise beständig zu.⁴⁸⁴ Die Aufsicht durch die zuständigen Behörden gewinnt unter diesen Umständen eine besonders hohe Bedeutung. Es dürfte in den nächsten Jahren nach allem nicht unbedingt mehr Regulierung, aber durchaus eine kohärente Aufsicht über die Umsetzung der Regulierung durch die Marktteilnehmer erforderlich sein.

Begrenzung von Gehaltsanreizen (Boni)

1653. Die im Sommer 2013 in Kraft getretene Neuregelung der europäischen Vorschriften über die Tätigkeit und Beaufsichtigung von Banken begrenzt verbindlich Gehaltsanreize durch variable Vergütungsbestandteile (Boni) und verschärft damit frühere Regelungen.⁴⁸⁵ Danach muss eine leistungsabhängige Vergütung von sogenannten Risikoträgern (z. B. Händlern) bestimmte Voraussetzung erfüllen und darf 100 Prozent des Grundgehalts nicht übersteigen. Soweit die Mitgliedstaaten Abweichungen von diesen Vorgaben zulassen, darf der variable Vergütungsbestandteil prinzipiell 200 Prozent des Grundgehalts nicht überschreiten. Durch diese Regelung soll Risikoträgern der Anreiz genommen werden, mit Blick auf ihren Bonus übermäßige Risiken einzugehen. Die Regelung wurde inzwischen in Deutschland umgesetzt, wo parallel eine allgemeine Begrenzung für Managergehälter diskutiert worden war.⁴⁸⁶ In Bezug auf Banken ergänzt bzw. ersetzt die Neuregelung eine Vielzahl bestehender deutscher Vorschriften über die Vergütungssysteme auf den Finanzmärkten.⁴⁸⁷

1654. Die zunehmend strafferen Vergütungsregeln wirken sich im Bankwesen offenbar bereits aus, und zwar nicht lediglich bei Risikoträgern.⁴⁸⁸ Nach ersten Studien werden variable Vergütungen mittlerweile tendenziell an weniger Mitarbeiter vergeben und sind zwischenzeitlich auch in der Höhe abgesenkt worden. Im Gegenzug sind die Grundgehälter in einigen Bereichen angehoben und Angebote von sonstigen geldwerten Leistungen an die Mitarbeiter (Schulungen, Pensionszuzahlungen, flexible Arbeitsprogramme) ausgeweitet worden. Zwar hat die BaFin nach Presseberichten auch bereits verschiedene Umgehungsversuche beanstandet.⁴⁸⁹ Insgesamt gehen jedoch viele Banken davon aus, dass nach den neuen Regeln viele ihrer betroffenen Beschäftigten insgesamt weniger verdienen werden als zuvor.

1655. Die Monopolkommission beurteilt die Vergütungsneuregelung zurückhaltend. Die Regelung erscheint schwer handhabbar. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass Risikoträger, die große systemische Risiken akkumulieren, oft Finanzgeschäfte auf internationalen Märkten betreiben. Eine lediglich für europäische Banken geltende Regelung schafft vor diesem Hintergrund Anreize für Banken, die verantwortlichen Teams oder die Geschäfte zu verlagern (Regulierungsarbitrage). Schließlich wird der Risikoneigung von An-

484 Vgl. FSB, Global Shadow Banking Monitoring Report 2013, 14. November 2013; ders. Global Shadow Banking Monitoring Report 2012, 18. November 2012; ders., Shadow Banking: Strengthening Oversight and Regulation, Recommendations of the Financial Stability Board, 27. Oktober 2011, Anhang 1. Siehe auch unten Abschnitt 3.7 (Schattenbanken) und 3.8.1 (Zunahme der Kapitalmarktfinanzierung).

485 Art. 94 i. V. m. Art. 92 Abs. 2 RL 2013/36/EU (CRD IV). Eine nicht bindende Vorgabe zu Vergütungen enthielt bereits RL 2010/76/EU (CRD III).

486 § 25a Abs. 5 KWG i. d. F. des CRD IV-Umsetzungsgesetzes. Zu Managervergütungen ist weiter eine Erhöhung der Transparenz geplant; siehe CDU, CSU und SPD, Koalitionsvertrag, 18. Legislaturperiode, veröffentlicht am 27. November 2013, S. 17.

487 Statt aller: §§ 25a Abs. 1 Nr. 4, 45 Abs. 2-5, 53n Abs. 3-4 KWG, § 64b VAG; Verordnung vom 6. Oktober 2010 über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Vergütungssysteme von Instituten (Instituts-Vergütungsverordnung - InstitutsVergV), neu gefasst am 16. Dezember 2013, BGBl. I 2013 Nr. 74, S. 4270; Rundschreiben der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) 18/2005 vom 20. Dezember 2005 i. d. F. des Rundschreiben 10/2012 (BA) vom 14. Dezember 2012 zu Mindestanforderungen an das Risikomanagement (MaRisk); SoFFin, Vergütungsgrundsätze - Neufassung im Hinblick auf das BaFin-Rundschreiben, Februar 2010.

488 Die Europäische Bankenaufsicht (EBA) hat im Dezember 2013 den finalen Entwurf für Technische Standards zur Definition von Risikoträgern angenommen, wonach insofern qualitative und quantitative Kriterien gelten (EBA/RTS/2013/11). Danach sind z. B. Beschäftigte, die mit ihrer Vergütung zu den obersten 0,3 Prozent aller Mitarbeiter zählen oder eine Vergütung von mehr als EUR 500.000 erhalten Risikoträger. Zu den für die variable Vergütung geeigneten Instrumenten siehe VO 527/2014, ABl. EU L 148 vom 20. Mai 2014, S. 21.

489 Dieses Problem ist nicht auf Deutschland beschränkt; vgl. EBA, Benchmarking of Remuneration Practices at Union Level, 13. Juni 2014.

gestellten nicht entgegengewirkt, die aus Motiven handeln, die unabhängig von Gehaltsanreizen sind (z. B. Beförderungen, Anerkennung). Abgesehen von Vergütungsregeln sollte in jedem Fall auch die Durchsetzung der Regeln zur zivilrechtlichen Haftung von Risikoträgern weiter verbessert werden.

Absolute Geschäftsbegrenzung

1656. Immer wieder wird in die Diskussion der Vorschlag eingebracht, feste Grenzen für den Umfang des Bankgeschäfts festzulegen, um so insbesondere „zu große“ Banken zu verhindern („too big to fail“). Das Geschäft der Banken soll demnach auf eine vorab bestimmte Größe begrenzt werden, die durch die Bilanzsumme oder im Verhältnis zum Bruttoinlandsprodukt bestimmt wird.⁴⁹⁰ Solche Vorschläge dürften in Deutschland zurzeit keine Aussicht haben, umgesetzt zu werden.⁴⁹¹ Sie sind allerdings auch kritisch zu sehen. Feste Grenzen für das eigenständige Unternehmenswachstum und Entflechtungen bei ihrer Überschreitung entsprechen nicht dem Ansatz der Wettbewerbspolitik. Der mit einer Zerschlagung bzw. Vergesellschaftung verbundene erzwungene Eigentumsverlust würde auch schwierige grundrechtliche Fragen aufwerfen.⁴⁹²

3.6.2.3 Steuerliche Begrenzung von Handelsaktivitäten (Finanzmarktsteuer)

1657. Eine sehr umstrittene und hinsichtlich ihrer Marktauswirkungen besonders schwer einschätzbare Maßnahme zur Verminderung systemischer Risiken stellt die Einführung einer Finanzmarktsteuer dar. Die Europäische Kommission hat am 14. Februar 2013 einen Vorschlag zur Einführung einer Finanztransaktionssteuer (Kapitalverkehrssteuer) im Rahmen einer Verstärkten Zusammenarbeit vorgelegt.⁴⁹³ Dieser Vorschlag richtete sich an elf Mitgliedstaaten – darunter Deutschland – und würde daher etwa zwei Drittel der Steuer- und Wirtschaftskraft der EU tangieren. Die Gesetzgebung verfolgt mehrere Ziele. Zum einen soll sie neue Finanzkrisen unwahrscheinlicher machen, indem die Volatilität der Finanzmärkte reduziert und nicht wohlförderliche Transaktionen gehemmt werden. Außerdem soll sie die Verursacher der Finanzkrise an den Kosten der Krise beteiligen und so das in der Öffentlichkeit wahrgenommene „Gerechtigkeitsdefizit“ beseitigen („Gewinne werden privatisiert – Verluste sozialisiert“). Schließlich soll sie zusätzliches Steueraufkommen generieren, ohne dass dadurch der Binnenmarkt (weiter) fragmentiert wird.

1658. Der Plan zur Einführung einer Finanztransaktionssteuer hatte zunächst lebhafteste Unterstützung im Europäischen Parlament und auch in Deutschland erhalten. In der Wirtschaft wird die Einführung einer Finanztransaktionssteuer dagegen weitgehend abgelehnt. Die Bankenverbände, aber auch einige Unternehmensverbände aus der Realwirtschaft, verweisen darauf, dass die Finanzkrise durch eine solche Steuer nicht hätte verhindert werden können, da sie nicht durch traditionelle Finanzprodukte hervorgerufen wurde. Außerdem beziehe die Steuer sich auch auf Transaktionen, die mit keinen Stabilitätsrisiken einhergingen (z. B. verbund- oder konzerninterne Transaktionen, Repogeschäfte).⁴⁹⁴ Damit die Banken eine eigene Belastung durch die Steuer vermieden, würden sie diese entweder an die Realwirtschaft und Kleinanleger durchreichen oder ihr Geschäft an Handelsplätze verlagern, wo sie die Steuer umgehen könnten (z. B. London, Luxemburg) und die unter Umständen nur unzureichend reguliert sind (z. B. einige außer-europäische Börsenplätze). Längerfristig würden die Finanz- und die Realwirtschaft geschwächt. Auch

⁴⁹⁰ Vgl. Haldane, A., On being the right size, Rede vom 25. Oktober 2012, S. 8 m. w. N.; Johnson, S. in: Dittli, M., Das Too-big-to-fail-Problem ist größer als vor 2008, Finanz und Wirtschaft, 10. September 2013; www.fuw.ch, Abruf am 24. Juni 2014. Eine absolute Geschäftsbegrenzung folgt für US-Banken bereits aus Sec. 622 des Dodd-Frank Act.

⁴⁹¹ Dasselbe dürfte für die weitergehenden Forderungen gelten, Banken ganz zu zerschlagen bzw. zu sozialisieren. Vgl. bspw. Die Linke, Wahlprogramm zur Bundestagswahl 2013, S. 47 f. Siehe auch oben Abschnitt 3.6.1.2.

⁴⁹² Zur Entschädigungsproblematik bei Bankenentflechtungen siehe Zimmer in: Hellwig/Höfling/Zimmer, Gutachten E/F/G zum 68. Deutschen Juristentag, München 2010, S. G 39.

⁴⁹³ EU-Kommission, Vorschlag vom 14. Februar 2013 für eine Richtlinie des Rates über die Umsetzung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Finanztransaktionssteuer, COM(2013) 71 final.

⁴⁹⁴ In Bezug auf Repogeschäfte sind Stabilitätsrisiken allerdings durchaus nicht ausgeschlossen; siehe oben, Tz. 1630.

Kleinanleger würden stark belastet, namentlich in Bezug auf Altersvorsorgeprodukte, da Pensionsfonds ihre Anlagen bis zu viermal im Jahr umschichten. Der Schädigung der Wirtschaft stehe kein Zugewinn an Systemstabilität gegenüber, da riskante Handelsaktivitäten von internationalen Investmentbanken übernommen würden und die Abwanderung von Liquidität ihrerseits die Stabilität der weltweiten Finanzmärkte beeinträchtigen könne.

1659. Als Alternative wurde anfangs eine sogenannte Stempelsteuer („stamp duty“) diskutiert, wie sie das Vereinigte Königreich eingeführt hat.⁴⁹⁵ Eine solche Steuer würde an den Erwerb von Anteilen von Unternehmen mit Sitz in einem teilnehmenden Mitgliedstaat anknüpfen, bringt aber Wettbewerbsnachteile für heimische Marktteilnehmer mit sich. Ähnlich erfolglos waren bisher Überlegungen in Richtung einer sogenannten Finanzaktivitätssteuer, bei der die Gewinne besteuert würden, die aus Finanzgeschäften resultieren.⁴⁹⁶ Bei einer solchen Steuer ist die Möglichkeit zur Verhaltenslenkung gegenüber einer Finanztransaktionssteuer eingeschränkt.

1660. Die Finanztransaktionssteuer greift aufgrund ihres Charakters als Lenkungssteuer notwendigerweise in das Marktgeschehen ein. Die Lenkungsziele sind bisher allerdings nur vage definiert. Insofern ist ein Ausgleich zwischen den finanzverfassungsrechtlichen Vorgaben zur Ausgestaltung der Steuer (Art. 104a ff. GG) und den Belangen des unverfälschten Wettbewerbs (Protokoll Nr. 27)⁴⁹⁷ zu suchen. Im Vordergrund sollte aus wettbewerbspolitischer Sicht das Ziel stehen, die systemischen Risiken aus Kapitalverkehrsgeschäften zu vermindern.

1661. Für die Ausgestaltung der Steuer gibt es zwei Ansatzpunkte: Das Steueraufkommen ergibt sich als Produkt von Bemessungsgrundlage und Steuersatz. Die Bemessungsgrundlage sollte zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen so gewählt werden, dass die Steuer möglichst alle Kapitalverkehrsgeschäfte systemrelevanter Marktteilnehmer erfasst. Dem wird zwar entgegengehalten, die Steuer könne keine Lenkungswirkungen entfalten, wenn sie die Finanzmarktakteure und -transaktionen umfassend trifft. Dabei wird aber übersehen, dass sich eine Lenkungswirkung auch über das Volumen des tatsächlichen Steueranfalls ergeben kann. Es erscheint auch nicht ratsam, bereits bei der Bemessungsgrundlage nach der Risikostruktur der betreffenden Transaktion zu differenzieren. Die Bemessungsgrundlage sollte so ausgestaltet sein, dass die Steuerpflicht möglichst in Bezug auf alle risikoreichen und spekulativen Transaktionen ausgelöst wird. Eine Berücksichtigung der Risikostruktur des einzelnen Geschäfts würde die steuerlichen Regelungen verkomplizieren, ohne bspw. der Neubewertung von Risiken im Rahmen einer Krise adäquat Rechnung tragen zu können. Soweit Auslandstransaktionen der Finanztransaktionssteuer nach dem Ausgabeprinzip unterworfen werden sollen, ist dies zwar grundsätzlich zu begrüßen, da so Freiräume von der Steuerpflicht ausgeschlossen werden und eine umfassende Bemessungsgrundlage gewährleistet wird. Allerdings ist sehr fraglich, ob sich die Steuerpflicht in Bezug auf Auslandsgeschäfte durchsetzen lässt.

Dagegen ist eine Ausnahme für Transaktionen innerhalb von Unternehmensgruppen zu erwägen, weil es sich hierbei – ähnlich den vom Richtlinienentwurf ausgenommenen Umstrukturierungen – um Fälle handelt, in denen die betreffenden Wertpapiere und Derivate nicht am Markt gehandelt werden, sodass Stabilitätsrisiken, die aus einer solchen Markttätigkeit folgen könnten, ausscheiden.⁴⁹⁸ Daneben sind aus wettbewerbs-

⁴⁹⁵ Eine Stempelsteuer nach dem britischen Vorbild ist eine Abgabe für den Handel mit Aktien inländischer Gesellschaften an der Börse („Stamp duty reserve tax“); dazu Kommission, Folgenabschätzung (Impact Assessment) vom 28. September 2011 zum Vorschlag für eine Richtlinie über das gemeinsame Finanztransaktionssteuersystem (COM[2011] 594), SEC(2011) 1102 final, S. 4.

⁴⁹⁶ Vgl. IWF, A fair and substantial contribution by the financial sector. Final Report for the G-20, Juni 2010, S. 66; ähnlich Schich, S./Kim, B.-H., Systemic Financial Crises: How to Fund Resolution, OECD Journal: Financial Market Trends 2010(2), S. 90 (kritisch auch zur risikobezogenen Ausgestaltung solcher Steuern). Der Begriff „Gewinn“ ist in diesem Zusammenhang weit zu verstehen und kann z. B. auch Gehälter und Boni erfassen.

⁴⁹⁷ Protokoll Nr. 27 zu den Verträgen, ABl. EU C 115 vom 9. Mai 2008, S. 309.

⁴⁹⁸ Zur Problematik von Fällen des Beteiligungserwerbs durch Holding-Gesellschaften siehe Frey/Bruhn, BB 2012, 1763 (1766).

politischer Sicht allenfalls eng umgrenzte Ausnahmen aus sozialen Gründen akzeptabel, etwa zum Werterhalt der Verbrauchieranlagen in Altersvorsorgeprodukten.

1662. Der Steuersatz der Finanztransaktionssteuer sollte so bemessen sein, dass er krisenhaften Verwerfungen entgegenwirkt und damit die Ausnutzung von impliziten Garantien erschwert, wobei die Anreize zu Umgehungen jedoch so gering wie möglich zu halten sind. Dabei ist zu berücksichtigen, dass bei einer breit gewählten Bemessungsgrundlage eine mehrfache Besteuerung mehrstufiger Transaktionen wahrscheinlich ist (Kaskadeneffekt). Die bisher diskutierten Tarife führen daneben gerade bei großen Handelsvolumina oder häufig wiederholten Transaktionen zu einer spürbaren Steuerlast. Die Steuer kann somit dämpfende Wirkung entfalten, wenn sich am Markt ein trendbestimmtes und prozyklisches Herdenverhalten zu entwickeln droht. Die Steuer kann allerdings auch die Wahrscheinlichkeit dafür senken, dass insbesondere kurzfristig orientierte Marktteilnehmer eine sich andeutende Blasenbildung vorhersehen und – antizyklisch – eine Gegenposition aufbauen.⁴⁹⁹ Dies liegt daran, dass die Steuer zwar zu einer Verringerung des Volumens und der Zahl von Finanztransaktionen führt, dies aber unabhängig von dem mit den Transaktionen verbundenen oder sonst im Markt vorhandenen Risiken tut. Es ist bislang unklar, welcher der beiden Effekte in einer Krise überwiegen würde. Allerdings könnte die positive Wirkung der Steuer auf prozyklisches Marktverhalten dadurch verstärkt werden, dass die Steuer selbst antizyklisch ausgestaltet wird, d. h. der Steuersatz bei Überschreitung vorher festgelegter Risikogrößen automatisch angehoben wird (z. B. bei signifikant erhöhtem Handelsvolumen). Dass die Steuer letztlich auf die Kunden der Finanzmarktbeteiligten umgelegt wird, ist bei einer solchen Ausgestaltung noch am ehesten hinnehmbar, da sie im Krisenfall zunächst zur kurzfristigen Stabilisierung des Finanzsystems beitrüge. Darüber hinaus spricht das Lenkungsziel der Verminderung systemischer Risiken dafür, den Steuersatz für solche Finanztransaktionen anzuheben, deren Risiken durch Hebelung künstlich erhöht werden.

1663. Die Monopolkommission beurteilt die Finanztransaktionssteuer insgesamt jedoch – trotz der prinzipiell zu erwartenden Lenkungseffekte – eher kritisch. Zum einen ist schon jetzt abzusehen, dass eine solche Steuer ihrerseits zu Wettbewerbsverzerrungen führen kann und voraussichtlich auch führen wird. So ist zu erwarten, dass von der Steuer Betroffene ihre Finanztransaktionen in Märkte verlagern, in denen die Steuer nicht durchsetzbar ist. Die Erfahrungen mit den Finanztransaktionssteuern in Frankreich und Italien⁵⁰⁰ sowie, schon früher, in Schweden zeigen, dass es dadurch zu einer deutlichen Abwanderung bzw. Abnahme von Liquidität kommen kann.⁵⁰¹ Zum anderen sollten die erhofften positiven Auswirkungen der Steuer nicht überbewertet werden. Die dämpfenden Effekte der Steuer würden gerade bei krisenbedingtem Panikverhalten der Finanzmarktteilnehmer relevant. Doch ist es gerade in einer derartigen Situation unwahrscheinlich, dass solche Effekte spürbar ausfallen. Insgesamt ist fraglich, ob es mittels dieser Steuer gelingen kann, die Zunahme systemischer Risiken – und mithin die Verstärkung impliziter Garantien – signifikant zu hemmen. In jedem Fall sollte die Finanztransaktionssteuer in einen geschlossenen Regulierungsrahmen eingebettet werden, der das Vertrauen der Finanzmarktteilnehmer in die Systemstabilität durch erhöhte Eigenkapitalvorgaben und andere Regelungen (z. B. Weiterentwicklung der Sicherungssysteme) grundsätzlich stärkt.

1664. Eine aus wettbewerbspolitischer Sicht unter Umständen bedenkenswerte Alternative hat kürzlich der Internationale Währungsfonds mit dem Vorschlag einer Finanzstabilitätsabgabe ins Spiel gebracht.⁵⁰² Eine

⁴⁹⁹ Dies ist insb. im Hochfrequenzhandel denkbar. Dieser ist allerdings seinerseits mit Risiken verbunden siehe dazu auch Tz. 1641.

⁵⁰⁰ Art. 5 des franz. Gesetzes N° 2012-354 vom 14. März 2012; Dekret des ital. Wirtschafts- und Finanzministers vom 21. März 2013; siehe ferner Michler/Penatzer, ORDO 2012, 85 (90) für eine Aufstellung vorhandener Finanztransaktionssteuern in großen Volkswirtschaften weltweit.

⁵⁰¹ Wrobel, M.G., Financial Transactions Taxes: The International Experience and the Lessons for Canada, Background Paper BP-419E (zu Schweden); Coelho, M., Dodging Robin Hood: Responses to France and Italy's Financial Transaction Taxes, 11. März 2014; Colliard, J.-E./Hoffmann, P., Sand in the Chips? Evidence on Taxing Transactions in Modern Markets, 31. Juli 2013.

⁵⁰² IWF, Global Financial Stability Report. Moving from Liquidity- to Growth-Driven Markets, April 2014, S. 101, 124.

solche Abgabe würde an den Verbindlichkeiten und anderen Einstandspflichten einer Bank anknüpfen und könnte somit den Refinanzierungsvorteil abschöpfen, welcher für systemrelevante Institute aus solchen Verflechtungen folgt und nicht bereits durch Beiträge zu Abwicklungs- und Sicherungssystemen und erhöhte Eigenmittelanforderungen (z. B. Systemrisikopuffer) neutralisiert wird. Eine Abgabe, die etwa an die nach den Analysen der Ratingagenturen bestehenden Refinanzierungsvorteile anknüpft, würde zudem weitaus direkter den aus Sicht von Marktteilnehmern fortbestehenden Wettbewerbsvorteil abschöpfen als die bisher diskutierten Finanzmarktsteuern. Vor der ernsthaften Erwägung einer solchen Abgabe erscheint es allerdings geboten, die Auswirkungen abzuwarten, die bereits die neu eingeführte Bankenregulierung auf vorhandene implizite Garantien haben wird. Darüber hinaus dürfte die wettbewerbsneutrale Ausgestaltung einer solchen Abgabe in Bezug auf ausländische oder auf grenzüberschreitend markt tätige inländische systemrelevante Institute ähnliche Herausforderungen bereithalten wie die Einführung einer Finanztransaktionssteuer.

3.6.2.4 Sanktionen

1665. Sanktionen können ein wirksames Mittel sein, um Anreize gegen den Aufbau von impliziten Garantien zu setzen. Staatliche Sanktionen bieten sich an, wenn Banken ihre Risikoträger zwar veranlassen, Risiken einzugehen (Boni), sie aber nicht ausreichend an entstehenden Verlusten beteiligen. Allerdings gibt es im Finanzsektor starke Informationsasymmetrien zwischen den Geschäftsbeteiligten und Außenstehenden, sodass es eine wirksame Aufsicht erheblich behindern kann, wenn die Betroffenen aufgrund von Sanktionsdrohungen davon abgeschreckt werden, bei der Aufklärung riskanter Vorfälle zu kooperieren. Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) nutzt deshalb vor allem ihre präventiven Befugnisse, um straf- oder bußgeldwürdiges Verhalten bereits im Vorfeld zu verhindern.⁵⁰³ Die Verhängung repressiver Sanktionen spielt im Rahmen der Solvenzaufsicht nach Angaben der BaFin nur eine nach- bzw. untergeordnete Rolle.

1666. Die vorhandenen Strafvorschriften werden durch eine neue Bestimmung zu systemgefährdend mangelhaftem Risikomanagement (§ 54a i. V. m. § 25c IVa und IVb KWG) ergänzt. Die Strafbarkeit nach diesen Vorschriften setzt voraus, dass der Täter einer Anordnung zur Beseitigung des Verstoßes zuwidergehandelt hat und es dadurch zu einer Bestandsgefährdung gekommen ist.

1667. Es ist zweifelhaft, ob diese Sanktionsdrohung geeignet ist, einem Verhalten vorzubeugen, das zum Entstehen impliziter Garantien beiträgt, oder ein solches Verhalten zu ahnden. Die relevanten Vorschriften weisen so viele unbestimmte Rechtsbegriffe auf, dass sie – trotz ihrer Detailfülle – kaum operationalisierbar sein dürften.⁵⁰⁴ Dabei tragen sie auch den unterschiedlichen Ausprägungen impliziter Garantien nicht Rechnung – so ist bspw. völlig unklar, wie eine „konsistente Risikostrategie“ mit Blick auf das Problem des „too many to fail“ aussehen könnte.

1668. Eine etwaige Sanktionsdrohung sollte unmittelbar an der Ausnutzung impliziter Garantien ausgerichtet sein und nicht nur am Verstoß gegen administrative Vorgaben. Sanktionen könnten z. B. für den Fall angedroht werden, dass Risiken, die für die Berechnung des erforderlichen Eigenkapitals erheblich sind, entgegen einer Anordnung zur Beseitigung des Verstoßes in der Bilanz zu gering oder in einer für die BaFin nicht nachvollziehbaren Weise angesetzt werden, sofern das Institut später Staatshilfen in Anspruch nimmt, ohne dass sich ausschließen lässt, dass dies bei Befolgung der Anordnung der BaFin hätte verhindert werden können. Um zu gewährleisten, dass die zur Systemstabilisierung erforderlichen Hilfen gleichwohl in Anspruch genommen werden, könnte eine höhere Sanktion angedroht werden für den Fall, dass eine solche Inanspruchnahme unterbleibt. In jedem Fall sollte keine Sanktion in Hinblick auf Risiken ausgelöst werden, die nicht auf Interaktionen unter Beteiligung des betreffenden Instituts beruhen („too many to fail“).

⁵⁰³ Vgl. auch Exekutivdirektor Röseler in: Rexer, A./Zydra, M., Wir arbeiten eher unter der Oberfläche, Süddeutsche Zeitung, 22. April 2013.

⁵⁰⁴ Die mit der Bestimmtheitsproblematik zusammenhängenden verfassungsrechtlichen Fragen bedürfen hier keiner Stellungnahme; dazu van Kann/Rosak, BB 2013, 1475 (1482).

1669. Um zu vermeiden, dass Straf- und Bußgeldvorschriften die Kooperation zwischen Aufsichtsbehörden und Instituten mit Blick auf die einer impliziten Garantie zugrunde liegenden Risiken beeinträchtigen, ließe sich ferner die Ergänzung des bestehenden Sanktionenrahmens um ein Kronzeugensystem erwägen.

3.6.3 Externes Wachstum: Einführung einer Finanzfusionskontrolle?

1670. Die Einführung einer speziellen Zusammenschlusskontrolle für Banken könnte ein weiteres Mittel sein, um zu verhindern, dass sich Banken eine systemrelevante Stellung verschaffen. Dieser Vorschlag wurde in der Diskussion um eine stärkere Bankenregulierung bereits an verschiedenen Stellen gemacht, vom Gesetzgeber bisher aber noch nicht aufgegriffen.⁵⁰⁵ Er erscheint auch vor allem für einen nachgelagerten Schritt der Regulierung sinnvoll, wenn bereits Abwicklungs- und Risikosteuerungsregeln (insb. über Eigenkapitalvorgaben) für systemrelevante Institute bestehen, mit denen eine solche Regulierung abzustimmen wäre.

1671. Die vorgeschlagene Finanzfusionskontrolle würde ein Problem der Bankenaufsicht adressieren, das durch die schon bestehende kartellrechtliche Fusionskontrolle nicht lösbar ist. Die kartellrechtliche Fusionskontrolle greift ein, wenn absehbar ist, dass ein Zusammenschluss den Wettbewerb auf einzelnen Märkten in seiner Wirksamkeit erheblich behindern würde. Dabei kommt es nur darauf an, inwiefern das Unternehmen durch den Zusammenschluss seine Marktmacht (Verhaltensspielräume) im Verhältnis zu anderen Marktteilnehmern erweitern kann. Die absolute Größe und die Relevanz seines Geschäfts für Systemstabilität spielen wettbewerbsrechtlich keine Rolle.⁵⁰⁶ Eine Finanzfusionskontrolle hätte insofern also eine ergänzende Funktion, die den Besonderheiten des Finanzsektors Rechnung trägt.

1672. Die Finanzfusionskontrolle sollte darauf ausgerichtet sein zu verhindern, dass Banken durch Übernahme (im Gegensatz zu eigenständigem Wachstum) eine Stellung im Finanzsystem erhalten, infolge derer sie nicht ohne Gefährdung oder Schädigung des gesamten Finanzsystems aus dem Markt ausscheiden können. Die Überprüfung von Bankenzusammenschlüssen sollte folglich daraufhin erfolgen, ob sie eine systemrelevante Stellung begründen oder verstärken (too big bzw. too connected to fail). Zwar wäre es aus wettbewerbspolitischer Sicht denkbar, darauf abzustellen, ob ein Zusammenschluss aus Marktsicht zum Entstehen einer impliziten Garantie führt. Es erscheint aus Gründen der Rechtseinheitlichkeit und -klarheit allerdings sinnvoll, dass das Überprüfungskriterium in Entsprechung zur schon bestehenden Bankenregulierung (z. B. den Eigenmittelvorgaben) gewählt wird. Unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit wäre eine derartige Kontrolle ein weniger weitreichender Eingriff als eine Entflechtungsregelung, wie sie im Rahmen der unterschiedlichen Trennbankenlösungen diskutiert wird und in Deutschland schon eingeführt wurde.

1673. Das deutsche Recht kennt außerdem zwar bereits Vorschriften über die Kontrolle des Erwerbs bedeutender Beteiligungen (§ 2c KWG) und über Beteiligungen von Banken an anderen Unternehmen (§ 12a KWG), die in begrenztem Umfang die Kontrolle von aufsichtsrechtlich problematischen Zusammenschlüssen ermöglichen. Die erstgenannte Vorschrift dient der Gewährleistung der Funktionsfähigkeit von Instituten, dem Schutz von Gläubigerinteressen und der Erleichterung der Geldwäschebekämpfung und gibt der BaFin die Befugnis, diesen Zielen zuwiderlaufende bedeutende Beteiligungen vorab zu untersagen.⁵⁰⁷

⁵⁰⁵ Vgl. Ratnovski, L., Competition Policy for Modern Banks, IMF Working Paper WP/13/126, Mai 2013, S. 11 f.; Rengier, Too Big to Fail als Frage des Kartellrechts, 1. Aufl. 2014; für Deutschland diff. Zimmer in: Hellwig/Höfling/Zimmer, Gutachten E/F/G zum 68. Deutschen Juristentag, a. a. O., S. G 25 ff.; für die USA s. Felton, Comment, Too Big to Manage: A Case for Stricter Bank Merger Regulation, 52 Santa Clara Law Review 1081, 1108 (2012).

⁵⁰⁶ Daneben wird die Systemrelevanz von Banken zwar bereits im wettbewerbsrechtlichen Kontext in der europäischen Beihilfepraxis berücksichtigt. Diese Kontrolle wird allerdings erst relevant, wenn ein systemrelevantes Institut mit Beihilfen gestützt werden muss; vgl. oben Abschnitt 3.5.3.

⁵⁰⁷ Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses (7. Ausschuss), BT-Drs. 13/9874, S. 138 f. (zu § 2c KWG), und Bundesregierung, Gesetzentwurf, Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über das Kreditwesen, BT-Drs. 10/1441 vom 14. Mai 1984, S. 36 f. (zu § 12a KWG).

Die andere Vorschrift soll sicherstellen, dass übergeordnete Institute oder Finanzholding-Gesellschaften beim Erwerb konsolidierungspflichtiger Beteiligungen bestimmte Informationen erhalten und ermöglicht es nach dem Erwerb, die Fortführung der Beteiligung zu untersagen. In beiden Fällen ist jedoch die Verhinderung von Gefahren für die Systemstabilität kein explizites Ziel der Beteiligungskontrolle.

1674. Die hier empfohlene Finanzfusionskontrolle sollte durch die Aufsichtsbehörden (BaFin) wahrgenommen und verfahrensmäßig so mit der kartellrechtlichen Fusionskontrolle verzahnt werden, dass etwaige Lücken in der wettbewerbs- und aufsichtsrechtlichen Überprüfung geschlossen werden können. Nach den gegenwärtigen Regelungen, wonach die Bankaufsichts- und Kartellbehörden Finanzmarktvorgänge ohne Abstimmung untereinander überprüfen, lassen sich solche Lücken nicht ausschließen.

1675. Eine Finanzfusionskontrolle sollte auf längere Sicht allerdings nicht auf Banken beschränkt sein, sondern im Zuge der Regulierung sogenannter Schattenbanken auf diese erweitert werden, um verfahrensbedingte Wettbewerbsverfälschungen bzw. Regulierungsarbitrage zu vermeiden.

3.6.4 Erhöhung der Transparenz

1676. Transparenz ist für die Aufsicht und die Marktteilnehmer entscheidend, um die mit dem Bankgeschäft verbundenen Risiken erkennen und bewerten zu können. Zum einen ist sie somit eine Grundvoraussetzung für eine Aufsicht, die den Aufbau systemischer Risiken wirksam verhindern kann. Zum anderen ermöglicht sie es den Marktteilnehmern selbst, vorhandene Risiken zu bewerten.⁵⁰⁸ Insofern kann auch der Wettbewerb systemischen Risikoansammlungen entgegen wirken. Die Bedeutung von Transparenz ist angesichts der Anfälligkeit der Finanzmärkte für prozyklisches Verhalten, wie sie sich etwa in der Finanzkrise gezeigt hat, nicht zu unterschätzen.⁵⁰⁹

1677. Die Regulierung ergibt mit Blick auf die Erhöhung der Transparenz ein durchwachsenes Bild. In vielen Bereichen geht die Regulierung zwar als solche in die richtige Richtung, wirft aber bei ihrer Umsetzung neuartige Transparenzprobleme auf.

3.6.4.1 Ebene der Aufsichtsbehörden

1678. Im Vordergrund der gegenwärtigen Bankenregulierung steht die Erhöhung der Transparenz des Finanzmarktgeschehens für die Aufsichtsbehörden. Dieses Ziel soll erreicht werden, indem einerseits die institutionellen Strukturen zur Aufsicht über die Finanzmärkte ausgebaut werden und andererseits die rechtlichen Befugnisse der Finanzmarktaufsicht erweitert werden.

1679. Ein zentrales Element bei der Verbesserung der Aufsichtsstrukturen im Euro-Raum ist der derzeitige Aufbau einer Bankenunion. Diese ist in eine weltweite instituts- und systembezogene Aufsichtsstruktur eingebettet (= mikro- und makroprudenziell). Die europäische Bankenunion umfasst einen sogenannten Einheitlichen Aufsichtsmechanismus (Single Supervisory Mechanism – SSM), der aus einem gestuften System besteht. Danach nimmt die EZB zentrale Aufsichtskompetenzen wahr, während nicht grenzüberschreitend relevante Aufsichtsfragen grundsätzlich bei den sachnäheren Behörden in den Mitgliedstaaten belassen

⁵⁰⁸ Vgl. Baseler Ausschuss für Bankenaufsicht, Internationale Konvergenz der Eigenkapitalmessung und der Eigenkapitalanforderungen – Überarbeitete Rahmenvereinbarung (Basel II) i. d. F. vom 15. November 2005.

⁵⁰⁹ Das gilt mit Einschränkungen (betreffend Dark Pools), vgl. Art. 7, 11, 20 Abs. 2 VO Nr. [...] / 2014 über Märkte für Finanzinstrumente (MiFIR), vorl. Fassung der legislativen Entschließung des Europäischen Parlaments vom 15. April 2014, P7_TA-PROV(2014)0385.

werden.⁵¹⁰ Die EU-Zuständigkeit ist allerdings nicht auf die EZB begrenzt, denn für Teilaspekte der Aufsicht können weitere europäische Stellen zuständig sein (z. B. ESRB, EBA).

1680. Eine wichtige Maßnahme im Rahmen der Vorbereitung des SSM ist die Durchführung einer Bilanzprüfung mit Stresstests für die ca. 130 Institute, die künftig der zentralen Aufsicht der EZB unterliegen werden. Daneben überprüft die BaFin die Sanierungsplanung der Banken in Deutschland. Die Ergebnisse der europäischen Bilanzprüfung sollen frühestens im Herbst 2014 vorliegen. Das Ziel solcher Bilanzprüfungen ist es, das Risikoprofil und die Widerstandsfähigkeit großer Banken gegen makroökonomische Schocks zu überprüfen. Die gegenwärtig laufende Überprüfung enthält drei Elemente, nämlich eine Risikoanalyse zur Identifikation der risikoträchtigsten Anlageklassen (Risk Assessment), eine stichprobenartige Überprüfung der Aktivaqualität (Asset Quality Review) und den Stresstest, der von der EBA durchgeführt wird und eine neuerliche Wirtschaftskrise simuliert.⁵¹¹ Es ist möglich, dass aufseiten der betroffenen Banken – unter Umständen erhebliche – Finanzierungslücken zutage treten, was im Vorhinein in Deutschland zu Nervosität und sogar zu Forderungen geführt hat, dass die Testergebnisse und selbst die Testmethoden vertraulich bleiben müssten.⁵¹² Die EZB hat jedoch eine strenge Bilanzprüfung angekündigt. So sollte vermieden werden, dass nicht erkannte Risiken aus Altlasten nach dem Übergang der Aufsicht auf die EZB zu Problemen führen und dass dies das Vertrauen in die EZB beeinträchtigt.

1681. Die Errichtung des SSM ist zu begrüßen, weil die Finanzmarktregulierung Auswirkungen über den einzelnen Mitgliedstaat hinaus hat und weil der einheitliche Aufsichtsmechanismus die Harmonisierung von Aufsichtsstandards begünstigt und so der (weiteren) Fragmentierung des Binnenmarktes entgegenwirkt. Die vorbereitende Durchführung einer Bilanzprüfung mit Stresstests und die ergänzende Prüfung der Sanierungsplanung sind ebenfalls gutzuheißen. Diese Überprüfung ist geeignet, Wettbewerbsverzerrungen aufzudecken, die daraus folgen, dass Banken von systemischer Bedeutung mit unzureichender Risikovorsorge am Markt tätig sind.⁵¹³ Die Banken der Euro-Zone haben deshalb schon im Vorfeld ihre Risikovorsorge für ausfallgefährdete Kredite erhöht. Zwar haben die Bankenverbände kritisiert, dass die EZB eigene Kapitaldefinitionen verwendet und dem Stresstest höhere als die gesetzlichen Eigenkapitalanforderungen zugrunde legen will. Die gesetzlichen Eigenkapitalanforderungen dürften allerdings zu niedrig sein, um einen ausreichenden Risikopuffer darzustellen.⁵¹⁴ Deshalb ist es aus wettbewerbspolitischer Perspektive nicht zu beanstanden, dass die EZB über die gesetzlichen Anforderungen hinausgeht.

1682. Gleichfalls zu begrüßen ist die Einführung eines präventiven Regelungsrahmens für die Sanierungs- und Restrukturierungsplanung (Reorganisation/Abwicklung), der in Deutschland schon besteht und in der EU künftig ein Teil des SRM sein wird (sogenannte „Bankentestamente“). Dieser Regelungsrahmen dürfte es ermöglichen, dass potenziell systemgefährdende Risiken frühzeitig offengelegt und erkannt werden, sodass die Aufsichtsbehörden die erforderlichen Gegenmaßnahmen anordnen können.

510 Art. 3 ff. VO 1024/2013 zur Übertragung besonderer Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute auf die Europäische Zentralbank (nachfolgend „SSM-Verordnung“), ABl. EU L 287 vom 29. Oktober 2013, S. 63; ferner VO 468/2014 zur Einrichtung eines Rahmenwerks für die Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Zentralbank und den nationalen benannten Behörden innerhalb des einheitlichen Aufsichtsmechanismus (nachfolgend „SSM-Rahmenverordnung“), ABl. EU L 141 vom 14. Mai 2014, S. 1. Die EZB kann insofern auch die Aufsicht über Institute an sich ziehen, die nur innerhalb eines Mitgliedstaats tätig sind (z. B. in Too-many-to-fail-Fällen).

511 Vgl. EZB, Pressemitteilung vom 23. Oktober 2013.

512 Vgl. Schreiber, M., Banken räumen Bilanzen auf, manager magazin online, 10. Oktober 2013; dies. Deutsche Banken bibbern vor EZB-Stresstest, manager magazin online, 11. Oktober 2013. Der Anteil der ausfallgefährdeten (notleidenden) Kredite in den fünf größten Euro-Zonenländern wurde zu der Zeit auf 7,8 Prozent (für 2013) geschätzt.

513 Dies gilt, auch wenn die Analysevorgaben im Vorfeld als nicht praktikabel und die Annahmen für den Stresstest als nicht immer realistisch kritisiert worden sind; dazu Neubacher, EZB-Bilanztest wird zur Stressroute, Börsen-Zeitung vom 25. März 2014; ders., EZB setzt Banken Sechsmonatsfrist, Börsen-Zeitung vom 29. April 2014; zu den Kriterien des Stresstests ders., Aufseher simulieren Konjunktüreinbruch, Börsen-Zeitung vom 30. April 2014.

514 Siehe oben Abschnitt 3.6.1.1, insb. Tz. 1560. ff., 1584. f., 1591.

1683. Die Bankenunion als einheitlicher Regelungsrahmen für Aufsicht, Abwicklung und Finanzierung ist im Grundsatz positiv zu sehen.⁵¹⁵ Die Bankenunion schafft nicht nur einen Rahmen für einheitliche aufsichtsrechtliche Standards, sondern ermöglicht auch eine stärkere Vernetzung bzw. einen weitergehenden Informationsaustausch der Aufsichtsbehörden. Problematisch ist gleichwohl, dass bisher keine straffe Aufsichtsstruktur eingeführt wurde, sondern neue Bestandteile der Aufsichtsorganisation in ein kaum noch zu durchdringendes Bürokratiegeflecht implantiert worden sind. Die Marktteilnehmer sind bereits jetzt Vorgaben bzw. Stellungnahmen einer Vielzahl von Behörden und Gremien in Bezug auf sie selbst oder ihre jeweiligen Geschäftspartner ausgesetzt. Diese Situation wird sich weiter verschärfen. Die Tabelle VI.6 versucht – ohne jeden Anspruch auf Vollständigkeit – einen Überblick über die relevanten Institutionen zu geben:

Tabelle VI.6: Relevante Aufsichtsinstitutionen

	<i>Mikroprudenziell</i>	<i>Makroprudenziell</i>	<i>Finanzmarktstabilität</i>	<i>Andere</i>
International	Basler Ausschuss (BIZ)	FSB	IWF	---
Supranational (EU)	EZB, EBA/ESMA, EU-Kommission (GD Binnenmarkt)	ESRB	ESM	Spezielle Aufsichtsbehörden (z. B. EU-Kommission: GD Wettbewerb)
National	BaFin, Bundesbank, Bundesfinanzministerium	Ausschuss für Finanzstabilität	FMSA	Spezielle Aufsichtsbehörden (z. B. BKartA)
Regional	Landesfinanzministerium, Sparkassenaufsicht	---	---	Spezielle Aufsichtsbehörden (z. B. LKartB, Gewerbeaufsicht)

Quelle: Eigene Darstellung

Daneben müssen die Banken auch Empfehlungen und Stellungnahmen von allgemein oder problembezogen errichteten Sondergremien (G 20, Liikanen-Kommission usw.) beachten, die Anstöße für die weitere Regulierung geben können.

1684. Die Monopolkommission hält dieses Geflecht von Behörden und Gremien aus Gründen der regulatorischen Transparenz für problematisch. Sie enthält sich auch in diesem Zusammenhang einer Stellungnahme zu kompetenzrechtlichen Fragen, weist aber darauf hin, dass Kompetenzkonflikte entstehen können, wenn bestehende bzw. geplante Aufsichtsregeln Doppelzuständigkeiten vorsehen, auslegungsbedürftig oder lückenhaft sind.⁵¹⁶ Dabei können Zuständigkeitsprobleme auch aus der Auslegungsbedürftigkeit von Regeln folgen, die zunächst nur mittelbar für die Feststellung der zuständigen Behörde relevant sind (z. B. die Eigenkapitalvorgaben bzw. die Vorschriften über Risikoansätze).

1685. Insbesondere die Verteilung der Zuständigkeiten zwischen dem vorliegend relevanten Bereich der Makroaufsicht und der Mikroaufsicht kann nicht vollends überzeugen. Um widersprüchliche Vorgehensweisen auszuschließen, ist es sinnvoll, dass Makro- und Mikroaufsicht von Abteilungen derselben Behörden wahrgenommen werden. Die Ausgliederung von speziellen Stellen bzw. Gremien für die Makroaufsicht er-

⁵¹⁵ Das gilt mit den in den Abschnitten 3.6.1.1 und 3.6.1.3 genannten Einschränkungen.

⁵¹⁶ Siehe z. B. Art. 14 (Zulassung/Schließung von Banken) und Art. 5 Abs. 1 und 2 (Maßnahmen der makroprudentiellen Aufsicht) SSM-Verordnung zu sich überschneidenden Zuständigkeiten; dazu auch Speyer, B., EU-Bankenunion: Richtige Idee, schlechte Durchführung, DB Research, EU-Monitor Europäische Integration, 20. September 2013, S. 10. Allgemeine Grundsätze zur Zusammenarbeit und Kompetenzabgrenzung enthält nun allerdings die SSM-Rahmenverordnung (siehe dort Art. 3 ff.).

scheint unnötig, zumal diese kaum Entscheidungsbefugnisse haben. In Bezug auf die Mikroaufsicht ist auch die Verteilung auf mehrere Behörden in Deutschland unnötig komplex (vgl. §§ 6 ff. KWG). Dabei erhöht sich die Komplexität noch dadurch, dass die Bundesbank zusätzlich für die Geldpolitik zuständig ist.

1686. Die für die Makroaufsicht zuständigen Stellen bzw. Gremien ermitteln bzw. beobachten systemische Risiken, um gesetzgeberische Maßnahmen oder behördliche Verfahren anzustoßen. Dabei handelt es sich um Stellen, in denen zumindest auf den übernationalen Ebenen neben Aufsichtsbehörden auch Wettbewerbs-expertise vertreten ist.⁵¹⁷ Im deutschen Ausschuss für Finanzmarktstabilität ist eine Einbindung wettbewerbsbezogenen Sachverständs zurzeit nicht vorgesehen, obschon Fragen der Systemrelevanz an der Schnittstelle von Aufsichts- und Wettbewerbsrecht angesiedelt sind. Die Monopolkommission ist jedoch bereit, sich im Rahmen eines Austauschs zum Problem impliziter Garantien an der Arbeit des Ausschusses zu beteiligen.

1687. Die für die Mikroaufsicht zuständigen Behörden haben im Rahmen der Neuregulierung der Finanzmärkte in erheblichem Umfang zusätzliche Befugnisse bekommen. Als Maßnahmen zur Erhöhung der Markttransparenz für die zuständigen Behörden wurden zudem die bestehenden Berichtspflichten der Banken erheblich ausgeweitet. Die Einzelregelungen erscheinen häufig sinnvoll und können auf einigen Märkten überhaupt erst die Grundlage für eine Finanzaufsicht schaffen, die etwaigen systemischen Gefahren wirksam begegnen kann. Dabei ist in Rechnung zu stellen, dass in einigen Regelungsbereichen auch sehr weit gefasste Aufsichtsbefugnisse notwendig sein können, wenn sonst Regulierungslücken entstehen könnten (etwa im Geld- und Kapitalmarktbereich).⁵¹⁸ Ein kohärentes Gesamtkonzept in dem Sinne, dass die betreffenden regulatorischen Anforderungen und Befugnisse jeweils auf das erforderliche Minimum begrenzt und die Befugnisse unterschiedlicher Behörden aufeinander abgestimmt sind, ist allerdings nicht mehr ohne Weiteres erkennbar.

1688. Aus Sicht der Monopolkommission erscheint es erforderlich, die bisherige, häufig unter großem Zeitdruck ausgearbeitete Regulierung wettbewerbskonform fortzuentwickeln und die Kohärenz der Regelungen zu erhöhen. Die Monopolkommission begrüßt die im Koalitionsvertrag formulierte Absicht der Regierung, das Zusammenwirken der bisherigen Regulierungsmaßnahmen gemeinsam mit der BaFin auf Praktikabilität und Zielgenauigkeit zu überprüfen.⁵¹⁹

3.6.4.2 Ebene der professionellen Marktteilnehmer

1689. Die Finanzmarktregulierung soll die Markttransparenz bisher vor allem für die Aufsichtsbehörden und nur in zweiter Linie zwischen den Finanzmarktteilnehmern erhöhen. Auf der Ebene der Finanzmarktakteure kann eine Erhöhung der Markttransparenz allerdings ebenfalls die Möglichkeiten zur frühzeitigen Neutralisierung von Risiken verbessern, nämlich dadurch, dass Informationsasymmetrien abgebaut und die Akteure in die Lage versetzt werden, Risiken im Markt selbst zu erkennen und eine marktdäquate Vergütung für die Übernahme solcher Risiken zu verlangen.

1690. Die professionellen Marktteilnehmer (Banken, andere Finanzintermediäre) beklagen allerdings, dass die vielen Regulierungsinitiativen nach der Finanzkrise zu intransparenten und widersprüchlichen Regeln und insgesamt zu Überregulierung geführt haben.

1691. Diese Kritik ist angesichts des schieren Umfangs der Neuregulierung seit der Finanzkrise nachvollziehbar. Allerdings muss die Regulierung der Komplexität des Finanzgeschäfts Rechnung tragen. Eine Stellungnahme fällt deshalb differenziert aus.

⁵¹⁷ So sind im Finanzstabilitätsrat die OECD und die Europäische Kommission vertreten. Im Beratenden Wissenschaftlichen Ausschuss des ESRB ist ein Wettbewerbsökonom vertreten.

⁵¹⁸ Siehe oben Abschnitt 3.6.2.2, insb. Tz. 1642. ff.

⁵¹⁹ CDU, CSU und SPD, Koalitionsvertrag, 18. Legislaturperiode, veröffentlicht am 27. November 2013, S. 46.

1692. Die Finanzmarktregulierung enthält wichtige Elemente zur Erhöhung der Markttransparenz. Insofern ist insbesondere die zunehmende Harmonisierung bzw. Vereinheitlichung der Bankenregulierung auf EU-Ebene hervorzuheben (Single Rulebook). Die Finanzmarktreformen haben in vielen Bereichen erstmals EU-weit vergleichbare wettbewerbliche Rahmenbedingungen geschaffen. Diese Vergleichbarkeit ist zentral, um den Marktteilnehmern die Risikoerkennung auf grenzüberschreitenden Märkten und damit gerade im Geld- und Kapitalmarktgeschäft zu ermöglichen, welches für die Entwicklung und Ausbreitung systemischer Risiken besonders anfällig ist. Daneben profitieren die Marktteilnehmer von den Veröffentlichungen zu den vorgenommenen Stresstests und von den bestehenden oder geplanten Pflichten zur Offenlegung geschäftlicher Kennzahlen und anderer Informationen.⁵²⁰

1693. Der europäische Gesetzgeber hat insbesondere die Eigenmittel- und Liquiditätsvorgaben für Banken weitgehend vereinheitlicht. Außerdem ist die Transparenz in der Unternehmensberichterstattung erhöht worden, zuletzt durch Reform der Vorgaben für Wirtschaftsprüfer.⁵²¹ Außerdem wurden die regulatorische Standards für Veröffentlichungssysteme und für die Bereitstellung von Handelsdaten verbessert.⁵²²

1694. Ein besonderes Problem stellen bislang Informationsasymmetrien insbesondere bei außerbörslich gehandelten komplexen Wertpapieren und Derivaten dar. Solche Informationsasymmetrien können die Risikoeinschätzung für derartige Finanzinstrumente beträchtlich erschweren. Auf EU-Ebene sind deshalb neue Regelungen zur Überleitung des außerbörslichen Handels auf zentrale Infrastrukturen erarbeitet worden. Diese Regelungen verteilen das Geschäft mit Finanzinstrumenten so weit wie möglich auf Börsen, börsenähnliche und andere organisierte Handelssysteme.⁵²³ Ergänzend wurden die Regelungen über die Zentralverwahrer von börsengehandelten Wertpapieren reformiert.⁵²⁴ Außerdem wurden die Vorschriften zur Anlegerinformation grundlegend überarbeitet.⁵²⁵ In Bezug auf standardisierte OTC-Derivate wurde, wie schon erwähnt, eine Pflicht zum Clearing über ZGP eingeführt; zudem ist der Abschluss von Derivategeschäften seit Februar 2014 an Transaktionsregister zu melden.⁵²⁶

1695. Die Errichtung zentraler Finanzinfrastrukturen geht zwar mit dem Risiko einher, dass auch solche Infrastrukturen über implizite Garantien verfügen können. Sie konzentriert dieses Risiko allerdings bei speziell überwachten Unternehmen, sodass sich die systemischen Risiken bei den übrigen Marktteilnehmern vermindern.

1696. Daneben hat die Europäische Kommission kürzlich einen Verordnungsvorschlag zur Erhöhung der Transparenz von Wertpapierfinanzierungsgeschäften vorgelegt, also von Geschäften, bei denen Vermögenswerte der Gegenpartei zur Generierung von Finanzierungsmitteln genutzt werden (z. B. Wertpapierleihe, Repogeschäfte).⁵²⁷ Solche Geschäfte sind grundsätzlich erwünscht, weil sie die Liquidität der Märkte

⁵²⁰ Siehe z. B. Art. 429 VO 575/2013 zur mögl. Einführung einer Verschuldungsquote (als auch am Markt akzeptierter Indikator der Bankenkapitalisierung); Art. 431 ff. VO 575/2013, § 26a KWG (Offenlegung), § 29 Abs. 2 KWG.

⁵²¹ Siehe VO 537/2014 über spezifische Anforderungen an die Abschlussprüfung bei Unternehmen von öffentlichem Interesse, vorl. Dok. PE-CONS 5/14 endg. Fassung; ABl. L 158 vom 27. Mai 2014, S. 77; RL 2014/56/EU zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen, ABl. EU L 158 vom 27. Mai 2014, S. 196. Die Reform orientiert sich in vielen Punkten an Prinzipien, die bei der Neuregulierung des Ratingwesens Anwendung gefunden haben; dazu siehe unten Abschnitt 3.6.4.4.

⁵²² Siehe z. B. Art. 64 Abs. 2, 65 Abs. 1, 2 der RL [...] /2014 über Märkte für Finanzinstrumente (MiFID II), vorl. Fassung der legislativen Entschließung des Europäischen Parlaments vom 15. April 2014, P7_TA-PROV(2014)0386.

⁵²³ Sogenannte multilaterale Handelssysteme (Multilateral Trading Facility – MTF) und organisierte Handelssysteme (Organised Trading Facility – OTF); siehe Art. 18 ff., 31 ff. MiFID II und deren Erwägungsgrund 164.

⁵²⁴ Siehe insbesondere Art. 1 Abs. 1, 30 f. VO [...] /2014 zur Verbesserung der Wertpapierabrechnungen in der Europäischen Union und über Zentralverwahrer, vorl. Fassung der legislativen Entschließung des Europäischen Parlaments vom 15. April 2014, P7_TA-PROV(2014)0388.

⁵²⁵ Art. 24 ff. MiFID II.

⁵²⁶ Art. 14 ff. und Art. 9 VO 648/2012 (EMIR); siehe auch schon oben Tz. 1645. ff.

⁵²⁷ EU-Kommission, Vorschlag für eine Verordnung über die Meldung und Transparenz von Wertpapierfinanzierungsgeschäften, COM(2014) 40 final vom 29. Januar 2014.

erhöhen, die Finanzierung erleichtern und die Preisfindung unterstützen. Allerdings können sie zur Fristen- und Liquiditätstransformation und damit zur Kreditschöpfung ausgenutzt werden und den Aufbau hoher wechselseitiger Risikopositionen ermöglichen. Weiterverpfändungsgeschäfte tragen außerdem zum Aufbau von Verflechtungen bei. Aus diesen Gründen können Wertpapierfinanzierungsgeschäfte auch die Gefahren von krisenbedingten Runs verstärken. Der Kommissionsvorschlag zielt darauf ab, die Markttransparenz in Bezug auf Wertpapierfinanzierungsgeschäfte zu erhöhen, und zwar in dreierlei Hinsicht: (i) zur Erkennung von Systemrisiken, (ii) zur Offenlegung gegenüber Anlegern, deren Vermögenswerte für Wertpapierfinanzierungsgeschäfte verwendet werden und (iii) zur Verbesserung der Transparenz von Weiterverpfändungen.

1697. Die beschriebenen Regelungen werden ergänzt durch technische Standards, die zu einer stärkeren Vereinheitlichung von Produkten und Transaktionen führen sollen. Die EZB hat ferner eine ABS-Kreditlevel-Initiative gestartet, die einzeldarlehenbezogene (loan-by-loan) Informationsanforderungen für als Sicherheiten akzeptierte Verbriefungsprodukte aufstellt. Die Initiative soll die Transparenz auf den Verbriefungsmärkten erhöhen und damit bessere Risikobewertungen bei Verbriefungen ermöglichen.⁵²⁸

1698. Unbeschadet dieser positiven Einzelelemente bleibt jedoch die Herausforderung bestehen, dass die Marktteilnehmer tatsächlich in der Lage sein müssen, sich entwickelnde systemische Risiken möglichst selbst und möglichst frühzeitig zu erkennen, um künftigen Krisen selbstständig entgegenwirken zu können. Es ist jedoch zu befürchten, dass die dazu notwendige Markttransparenz durch die insgesamt sehr komplexe Regulierung zuweilen unnötig beeinträchtigt wird. So sind bspw. die Eigenmittel- und Liquiditätsregeln ausschließlich auf das Leitbild großer Universalbanken ausgerichtet. Schon länger bestehende Regelungen sind, worauf bereits hingewiesen wurde, zum Teil kaum noch verständlich – nicht zuletzt aufgrund der vielen Änderungen und Ergänzungen der letzten Jahre. Dabei ist die nationale Regulierung noch wesentlich schwieriger zu verstehen als die europäischen Regelungen. Der Umfang und Detaillierungsgrad der zu beachtenden Regelungen wirkt in der Gesamtheit zuweilen exzessiv.⁵²⁹

1699. Diese Regulierungsdichte kann ihrerseits zur Risikoerhöhung beitragen. Denn die Finanzmarktteilnehmer dürften zwar weiter die sie selbst betreffenden und die auf die Geschäfte im relevanten Markt anwendbaren Regeln kennen, doch dürfte es für sie nicht mehr ohne Weiteres möglich sein nachzuvollziehen, welche zusätzlichen Regeln für ihre Geschäftspartner und für deren Geschäft auf vor- und nachgelagerten Marktstufen oder auf benachbarten Märkten gelten.⁵³⁰ Damit wird es für die Marktteilnehmer schwieriger, über die Einzeltransaktion hinausgehende systemische Risiken zu erkennen und richtig einzuschätzen.

1700. Aus Sicht der Monopolkommission erscheint es mithin unausweichlich, fortlaufend daran zu arbeiten, die Regulierung zu vereinfachen und weiter zu verbessern, um sie noch stärker an die Marktgegebenheiten und die tatsächlichen Risiken im Markt anzupassen. Die in der jüngeren internationalen Finanzmarktregulierung wichtiger werdenden regelmäßigen Überprüfungspflichten sind deshalb unbedingt zu begrüßen.

1701. Außerdem spricht sich die Monopolkommission dafür aus, die Anreize für den Einsatz einfacher Finanzinstrumente und für einfache Transaktionen zu erhöhen. Abgesehen von zunehmender Standardisierung bestehen – soweit erkennbar – bislang nur wenige Anreize dafür, dass die Marktteilnehmer einfache Geschäfte gegenüber komplex strukturierten Geschäften vorziehen.⁵³¹ Als ein marktadäquates Mittel

⁵²⁸ Siehe EZB, <http://www.ecb.europa.eu/mopo/assets/loanlevel/html/index.en.html>, Abruf am 24. Juni 2014.

⁵²⁹ So scheitert der unbedarfte Leser im deutschen Recht bereits an § 1 KWG, d. h. an der begrifflichen Differenzierung zwischen Kreditinstituten bzw. CRR-Kreditinstituten, Finanzdienstleistungsinstituten, Finanzunternehmen, Wertpapierfirmen bzw. CRR-Wertpapierfirmen, Wertpapierhandelsunternehmen und Wertpapierhandelsbanken. Hinzu kommen Wertpapierdienstleistungsunternehmen im Sinne des WpHG. Die abweichende Begrifflichkeit des europäischen Rechts erscheint ausreichend.

⁵³⁰ Nach einer Studie hatten allerdings 40 Prozent der Banken in Deutschland gegen Ende 2013 keinen Überblick über aktuelle Regularienauflagen, siehe PPI AG, Presseinformation vom 27. November 2013.

⁵³¹ Abzuwarten sind freilich die Auswirkungen der kürzlich durch das Europäische Parlament angenommenen Verordnung über Basisinformationsblätter für Anlageprodukte in der vorl. Fassung der legislativen Entschließung des

könnte es sich empfehlen, den Aufsichtsbehörden die Möglichkeit einzuräumen, einzelne Geschäftsarten je nach Marktsituation erhöhten Eigenkapitalvorgaben oder Einschusspflichten (Derivate) zu unterwerfen.⁵³²

1702. Professionelle Marktteilnehmer können die aus unklarer oder lückenhafter Regulierung folgende Intransparenz freilich auch gezielt ausnutzen und dürften deshalb manchmal sogar ein Interesse an einer solchen Intransparenz haben. Dies dürfte nur in geringem Maße im klassischen Einlagen- und Kreditgeschäft der Fall sein, wohl aber in einigen Geschäftsfeldern, in denen hauptsächlich größere Institute und Spezialbanken tätig sind und wo komplexe Produkte gehandelt werden (z. B. Mehrfachverbriefungen, bestimmte Fondsprodukte), wo das Geschäft international ist (z. B. bei Wertpapieren und Derivaten) oder wo Transaktionen in komplex verflochtenen Strukturen und/oder besonders schnell durchgeführt werden (z. B. im Interbankgeschäft).⁵³³ Zusätzlich erhöht sich die Marktintransparenz dadurch, dass Derivate und Leerverkäufe Risiken unabhängig von etwaigen Grundgeschäften über Märkte hinweg und auf potenziell beliebige Marktteilnehmer verteilen.⁵³⁴ Auf die Ausnutzung unklarer oder lückenhafter Regulierung fehlt bislang eine umfassende regulatorische Antwort.

1703. Die Monopolkommission ist sich bewusst, dass die hohe Komplexität der Finanzmärkte eine adäquate Verbesserung der Markttransparenz sehr schwierig macht, insbesondere wenn die Marktteilnehmer insofern nur wenig Eigeninitiative zeigen. Dennoch hält sie es für erforderlich, dass die Komplexität der Regulierung gerade mit Blick auf die Interaktion der Finanzmarktbeteiligten untereinander reduziert wird. Dabei begegnet sie den bisweilen zu hörenden Vorschlägen, die Finanzmärkte durch das Verbot komplexer Produkte zu vereinfachen, mit großer Zurückhaltung. Solche Verbote bieten Anreize zur Regulierungsarbitrage und sind so letztlich kaum durchsetzbar. Sie führen damit nur zu scheinbarer Sicherheit für die Anleger.

3.6.4.3 Ebene der Verbraucherinnen und Verbraucher

1704. Die Verbraucher sind als Kunden im Einlagengeschäft eine in der Masse wichtige Gruppe von Marktteilnehmern, die im Rahmen des Bail-in-Instruments auch an der Haftung bei Institutsausfällen beteiligt sind. Außerdem haften die Verbraucher als Steuerzahler, soweit die Lasten eines Bankzusammenbruchs nicht von den Eigen- und Fremdkapitalgebern übernommen werden. Aus diesen Gründen haben die Verbraucher ein legitimes Interesse, die Risiken eines möglichen Bankzusammenbruchs erkennen zu können.

1705. Die Bankregulierung ist allerdings so ausgestaltet, dass nicht-professionelle Marktteilnehmer grundsätzlich nicht in der Lage sind, die für sie auf den Finanzmärkten bestehenden Risiken zu erkennen. Sie sind auch nicht in der Lage zu erkennen, ob ihre jeweilige Bank systemrelevant ist und inwieweit sie im Fall der Inanspruchnahme impliziter Garantien als Bankkunde oder Steuerzahler haften würden.

1706. Im Rahmen der Verbraucherschutzgesetzgebung hat der Gesetzgeber bislang hauptsächlich die Beratungspflichten gegenüber Verbrauchern verschärft.⁵³⁵ Aufklärungspflichten speziell in Bezug auf die Verbraucherhaftung für systemische Risiken bestehen nicht. Dies verwundert zwar angesichts der prinzipiell geringen Wahrscheinlichkeit eines Haftungsfalls nicht. Dennoch sollte bei den Verbrauchern noch stärker das konkrete Bewusstsein der von ihnen bei Finanzanlagen übernommenen Risiken und damit eine eigenverantwortliche Auseinandersetzung mit den Risiken gefördert werden, welche die Verbraucher durch ihre

Europäischen Parlaments vom 15. April 2014, P7_TA-PROV(2014)0357.

532 Vgl. auch schon oben Abschnitte 3.6.2.1 und 3.6.2.2, insbesondere Tz. 1646., 1648. (zu Hebelfinanzierungen).

533 Siehe z. B. ESRB, The Structure and Resilience of the European Interbank Market, Occasional Paper No. 3, September 2013; ders., Assessing Contagion Risks from the CDS Market, Occasional Paper No. 4, September 2013. Insb. hinsichtlich des Eigenhandels ist unklar, in welchem Umfang dieser abgebaut worden ist (wie von Bankenseite behauptet) oder in Wirklichkeit fortbesteht; vgl. Beecken, G., Und sie zocken doch, Frankfurter Rundschau, 14. Januar 2013 (zur US-Situation).

534 Bei Beurteilung der damit verbundenen Risiken ist freilich zu beachten, dass Leerverkäufe zugleich auch risikomindernd wirken können, etwa wenn in den Markt hinein gekauft und so einer Abwärtsbewegung entgegengewirkt wird.

535 § 34 Abs. 2a S. 1 WpHG i. V. m. § 14 WpDVerOV.

Ein- und Anlagen bei potenziell systemrelevanten Instituten übernehmen. Zur Entwicklung geeigneter Maßnahmen könnte auf den von der BaFin eingerichteten Verbraucherbeirat zurückgegriffen werden, welcher die Behörde aus Verbrauchersicht bei der Erfüllung ihrer einzelnen Aufsichtsaufgaben berät.⁵³⁶

3.6.4.4 Ratings

1707. Die Bewertung durch die Ratingagenturen erleichtert es der Aufsicht ebenso wie den professionellen und nicht-professionellen Marktteilnehmern, die aus einer Geschäftsbeziehung zu einem Finanzmarktakteur folgenden und mit den von ihm vertriebenen Finanzprodukten verbundenen Risiken richtig einzuschätzen. Dies gilt jedenfalls, wenn die Ratings frei von Eigeninteressen erstellt, aussagekräftig und nachvollziehbar sind. Um Defizite zu beheben, die insofern während der Finanzkrise zutage traten, hat der europäische Gesetzgeber in den letzten Jahren eine Reihe von Vorschriften erlassen.⁵³⁷ Diese Vorschriften sollen Interessenkonflikten im Ratingprozess vorbeugen oder zumindest ihre Handhabung regeln, die Qualität der Methoden und der Ratingergebnisse weiter steigern, die Markttransparenz der Bewertungen erhöhen und eine effiziente Aufsicht über die Ratingagenturen sicherstellen.

1708. Eine Gefahr von Interessenkonflikten besteht namentlich bei den üblichen emittentenvergüteten („issuer-paid“) Ratings.⁵³⁸ Zur Ermöglichung einer effektiven Aufsicht und zur Vermeidung von Interessenkonflikten wurden verschiedene organisatorische Pflichten eingeführt, so etwa eine Sitz- und Registrierungspflicht für die in der EU tätigen Ratingagenturen und Vorgaben für die Ausgestaltung ihres Aufsichts- bzw. Verwaltungsrates. Hervorzuheben sind außerdem das ausdrückliche Verbot zur Erbringung von Beratungsleistungen für bewertete Unternehmen und zu formellen und informellen Empfehlungen zur Gestaltung von strukturierten Finanzinstrumenten und die Anordnung eines Rotationssystems für die Bewertung von Wiederverbriefungen desselben Originators sowie für die an Ratings beteiligten Mitarbeiter. Die Mitarbeiter müssen angemessene Kenntnisse und Erfahrungen für die Abgabe von Ratings aufweisen, allerdings ohne dass insofern weitergehende Vorgaben gemacht werden. Außerdem treffen die Ratingagenturen weitreichende Angabe- und Transparenzpflichten, deren Kernstück die Pflicht zur Übermittlung ihrer emittentenvergüteten Ratings zur Veröffentlichung auf einer zentralen Europäischen Ratingplattform der ESMA (EURIX) darstellt. Anlegervergütete (investor-paid) Ratings sind von dieser Pflicht ausgenommen. Schließlich wurde die zivilrechtliche Haftung der Ratingagenturen auf eine neue europarechtliche Grundlage gestellt, um durch die Sanktionsdrohung einen wirkungsvolleren Complianceanreiz zu setzen.⁵³⁹

1709. Die Beibehaltung der emittentenvergüteten Ratings ist seit der Finanzkrise immer wieder kritisiert worden, da sie Interessenkonflikte begünstigt, wenn die betreffende Ratingagentur andere Dienstleistungen für den Emittenten erbringt (Gefahr von Gefälligkeitsratings). Derartige Interessenkonflikte werden durch das gegenwärtige Beratungsverbot nicht restlos ausgeschlossen, weil die Agenturen weiter sogenannte Nebendienstleistungen erbringen können und die Abgrenzung unklar bleibt. Außerdem hat sich nach Angaben im Fachschrifttum die Praxis etabliert, dass der Emittent selbst verschiedene Finanzprodukte aufsetzt und nur das von einer Ratingagentur am besten bewertete Produkt tatsächlich emittiert.⁵⁴⁰ Allerdings sind emittentenvergütete Ratings wesentlich einfacher mit Transparenzvorgaben zu vereinbaren als anlegerver-

⁵³⁶ Siehe BaFin, Webmeldung vom 20. Juni 2013, http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2013/meldung_130620_verbraucherbeirat_sitzung.html, Abruf am 24. Juni 2014. Eine mögliche Maßnahme wäre eine Pflichtaufklärung über die Höhe der Einlagensicherung im konkreten Fall und das daraus folgende Verlustrisiko.

⁵³⁷ Siehe VO 1060/2009 i. d. F. der VO 462/2013, ABl. EU L 146 vom 31. Mai 2013, S. 1; ferner VO 946/2012 zu Verfahrensvorschriften für von der Ratingaufsicht ESMA auferlegte Geldbußen und VO 447/2012 zu technischen Regulierungsstandards.

⁵³⁸ Dabei stehen den Ratings sogenannte Ratingausblicke gleich, Art. 3 lit. w VO 1060/2009 i. d. F. der VO 462/2013.

⁵³⁹ Kritisch wegen der weiter hohen Voraussetzungen für die Haftung aber bspw. Blaurock, EuZW 2013, 608 (611); dazu ausführlich auch Wojcik, NJW 2013, 2385.

⁵⁴⁰ Vgl. Bauer, BB 2013, 363 (364).

gütete Ratings. Das gegenwärtige Rotationssystem soll zudem unter Umständen über Wiederverbriefungen hinaus erweitert werden, um so die Gefahr von Interessenkonflikten weiter zu vermindern.⁵⁴¹

1710. Einstweilen nicht weiterverfolgt wurde bisher das Projekt einer Europäischen Ratingagentur, mit der die Dominanz der drei amerikanischen Agenturen Fitch, Moody's und Standard & Poor's begrenzt werden sollte. Stattdessen profitieren kleine Ratingagenturen von Ausnahmen von den gesetzlichen Vorgaben zu Beteiligungen an der Agentur und zur Rotation. Außerdem enthalten einige im Jahr 2013 eingeführte Regelungen Maßgaben, um die gesetzgeberische Bezugnahme auf Ratings zu reduzieren. Die Finanzmarkt-beteiligten treffen ebenfalls Verpflichtungen zur Durchführung eigener Kreditrisikobewertungen anstelle des übermäßigen Rückgriffs auf Ratings. Diese Vorschriften müssen zum Teil noch im nationalen Recht umgesetzt werden und können zudem zu Änderungen in der Rechtsprechung führen, die im Einzelnen noch nicht absehbar sind (z. B. hinsichtlich der Haftung von Anlageberatern).⁵⁴² Insofern bleibt die weitere Entwicklung abzuwarten.

1711. Insgesamt ist aber anzunehmen, dass die in Bezug auf Ratings getroffenen Maßnahmen zu einer risikoadäquateren Aufsicht und informierteren Entscheidungen der Finanzmarktteilnehmer beitragen können. Insbesondere wirkt es einer fragwürdigen Delegation von Verantwortung entgegen, wenn die Praxis zurückgedrängt wird, auf Bewertungen von Ratingagenturen zurückzugreifen, wo dies nicht sachlich geboten ist. Ebenfalls zu begrüßen ist der Regulierungsansatz, den Qualitätswettbewerb in Bezug auf Ratings durch das Rotationsprinzip und die Stärkung kleiner Agenturen zu fördern.⁵⁴³ Der zunächst diskutierte Aufbau einer Europäischen Ratingagentur würde insofern nicht ohne Weiteres zu besseren Ergebnissen führen, erhöht jedoch die Gefahr von politisch beeinflussten Ratings.

3.7 Notwendige Erweiterung der Regulierung (Schattenbanken)

1712. Neben Banken gibt es Nichtbanken, die Formen der Kreditintermediation betreiben und dadurch systemische Risiken ansammeln können (sogenannte Schattenbanken).⁵⁴⁴ In der öffentlichen Debatte um die Schattenbanken ist immer noch eine Mischung von Unkenntnis und moralischer Vorverurteilung vorherrschend. Das ist in einem gewissen Rahmen zwar nachvollziehbar, da von Schattenbanken durchaus erhebliche volkswirtschaftliche Risiken ausgehen können. Es befremdet aber dennoch, wenn in Deutschland Finanzmarktakteure dieses Bereichs pauschal mit volkswirtschaftlichen Schädlingen (Heuschrecken) gleichgesetzt werden.⁵⁴⁵

1713. Aus wettbewerbspolitischer Perspektive bietet das Schattenbankwesen ein differenziertes Bild. Einerseits stellt sich auch insofern das Problem impliziter Garantien und daneben das Problem von Wettbewerbsverzerrungen aufgrund von Regulierungsarbitrage von Anlegern, die Risiken aus dem regulierten Bereich in den nicht-regulierten Bereich des Schattenbankgeschäfts verschieben (und dadurch der Regulierung entziehen). Andererseits kann das Schattenbankwesen eine sinnvolle Ergänzung zum regulierten Bankwesen sein, soweit dieses den Bedarf der Realwirtschaft an Finanzdienstleistungen nicht vollständig

541 Erwägungsgrund 13 VO 462/2013. Es erscheint allerdings nach geltender Gesetzeslage nicht ausgeschlossen, dass dieselben Mitarbeiter trotz Rotation Ratings abgeben; vgl. Art. 6b, 7 VO 462/2013.

542 Siehe zur Umsetzung Bundesregierung, Gesetzentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Verminderung der Abhängigkeit von Ratings, BR-Drs. 185/14 vom 2. Mai 2014.

543 Eine solche Zwangsrotation dürfte auch in Bezug auf Wirtschaftsprüfer zu erwägen sein; vgl. insofern EU-Parlament, Rechtsausschuss, Pressemitteilung vom 25. April 2013, Ref. 20130422IPR07532; Competition Commission, Statutory audit services for large companies market investigation, Bericht vom 15. Oktober 2013; Maisch, M., Investoren attackieren Wirtschaftsprüfer, Handelsblatt, 16. Januar 2013, zu den unterschiedlichen Positionen.

544 Vgl. FSB, Strengthening Oversight and Regulation of Shadow Banking. An Overview of Policy Recommendations, 29. August 2013, S. IV.

545 Kritisch auch Sachverständigenrat zur Beurteilung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 2005/2006, Die Chance nutzen - Reformen mutig voranbringen, Wiesbaden 2005, Tz. 694 ff.; Marin, B., Der „Parasiten“-Komplex, Der Standard, 12. Oktober 2012 (aus österreichischer Sicht).

abdeckt.⁵⁴⁶ Das Bestehen von Schattenbanken wäre insoweit Beleg dafür, dass sich vom Markt verlangte finanzwirtschaftliche Innovationen durch eine restriktive Bankenregulierung grundsätzlich nicht verhindern lassen.⁵⁴⁷

1714. Zuletzt ist zu berücksichtigen, dass viele Schattenbanken keineswegs nicht-reguliert sind, sondern zumeist bereits einer speziellen Regulierung unterliegen. Eine Regulierung fehlt damit nur, soweit diese Finanzmarktakteure keine bankentypischen Regelungen unterliegen.

3.7.1 Probleme der regulatorischen Erfassung

1715. Die Eingrenzung der den Schattenbanken zuzurechnenden Marktakteure trifft auf Probleme. Die Regulierungsinstanzen beziehen in das Schattenbankenwesen solche Unternehmen ein, die

- Gelder in einlagenähnlicher Form entgegennehmen;
- eine Fristen- und/oder Liquiditätstransformation durchführen;
- einen Kreditrisikotransfer ermöglichen;
- direkte oder indirekte finanzielle Hebeleffekte nutzen.⁵⁴⁸

Es ist – nicht zuletzt angesichts des oft als abwertend aufgefassten Begriffs der „Schattenbanken“ – jedoch umstritten, welche Unternehmen diese Voraussetzungen erfüllen und in welchem Umfang sie dies tun. Nach einem weiten Verständnis sind den Schattenbanken Zweckgesellschaften (SIV) von Banken sowie Private-Equity-Unternehmen, Hedgefonds, die meisten Investmentfonds (insbesondere Geldmarktfonds, Pensionsfonds), Staatsfonds, Stiftungen und Versicherungen zuzurechnen. Die besagte Aufzählung ist jedoch mit einem wichtigen Vorbehalt zu versehen, und sie ist auch nicht abschließend. Denn entscheidend ist die ökonomische Funktion, welche die Marktteilnehmer im Einzelfall wahrnehmen. Der Finanzstabilitätsrat betrachtet zur Identifizierung der relevanten ökonomischen Funktionen folglich die konkrete Tätigkeit der Marktteilnehmer, d. h. die Art, wie Finanzinstrumente (Aktien, Anleihen, Derivate usw.) eingesetzt werden, und den damit verfolgten Zweck (z. B. Kreditvergabe/-versicherung, Refinanzierung).⁵⁴⁹

1716. Mit Blick auf mögliche Regulierungsansätze ist es jedoch erforderlich, den Marktteilnehmern die regulatorische Verantwortlichkeit für die betreffende Tätigkeit eindeutig zuzuweisen. Es ist deshalb auch sinnvoll zu berücksichtigen, ob und in welcher Weise die betreffenden Marktteilnehmer eine eigene Geschäftsstrategie bzw. -politik verfolgen. In diesem Zusammenhang lassen sich zwei Gruppen unterscheiden:

- Auf der einen Seite stehen Organismen, die über ein eigenes Management verfügen und selbst strategisch in Finanzinstrumente investieren (z. B. Hedgefonds, Private-Equity-Unternehmen). Dahinter stehende Investoren beschränken sich grundsätzlich auf die Rolle von Finanzinvestoren. Das heißt, sie entscheiden, ob sie investieren bzw. ihre Investition fortsetzen, aber bringen sich nicht selbst in die Gestaltung der konkreten Geschäftspolitik ein.

⁵⁴⁶ In diesem Sinne EU-Kommission, Grünbuch Schattenbankwesen, COM(2012) 102 final vom 19. März 2012, S. 2.

⁵⁴⁷ Demgegenüber dürften auf den Finanzsektor beschränkte Innovationen ohne Nutzen für die Realwirtschaft zu hinterfragen sein; vgl. provokant Volcker, Vors. des U.S. Economic Recovery Advisory Board: ‘The only thing useful banks have invented in 20 years is the ATM’, NY Post vom 13. Dezember 2009.

⁵⁴⁸ Vgl. FSB, Shadow Banking: Scoping the Issues. A Background Note of the Financial Stability Board, 12. April 2011; daran anknüpfend EU-Kommission, Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament, Schattenbankwesen – Eindämmung neuer Risikoquellen im Finanzsektor, COM(2013) 614 final vom 4. September 2013, S. 3.

⁵⁴⁹ Vgl. FSB, Strengthening Oversight and Regulation of Shadow Banking. An Overview of Policy Recommendations, 29. August 2013, S. 6; ders., Strengthening Oversight and Regulation of Shadow Banking. An Integrated Overview of Policy Recommendations, Consultative Document, 18. November 2012, S. 3 f.

- Auf der anderen Seite sind Organismen zu sehen, die unter dem bestimmenden Einfluss von anderen Finanzmarktteilnehmern stehen (Fonds, SIV). Diese Organismen sind „captive“, haben also keine eigenständige Geschäftspolitik. Die dahinter stehenden Investoren (z. B. Banken, Pensions- oder Staatsfonds, Versicherungen) gestalten als strategische Investoren aktiv die Geschäftspolitik.⁵⁵⁰

Dabei sind die Einflussmöglichkeiten ineinander verschränkt bzw. rückgekoppelt. So investieren Organismen auch in Finanzinstrumente anderer Organismen (z. B. Dachfonds – funds of funds) oder in die von den dahinterstehenden Investoren ausgegebenen Finanzinstrumente (z. B. Versicherungsaktien).

1717. Bei Organismen mit eigenem Management ist es möglich, dass das Management das Investmentvermögen direkt verwaltet. Bei Organismen mit zeitlich beschränkter Anlagemöglichkeit (geschlossene Fonds) sind allerdings eher Formen von Kommanditgesellschaften üblich, deren Komplementär eine Verwaltungsgesellschaft mit beschränkter Haftung ist, über die das Management erfolgt, und deren Kommanditisten die Investoren sind, die ihr Geld in einen oder mehrere Fonds einbringen.⁵⁵¹ Das Management verwaltet über die Verwaltungsgesellschaft die Fonds und wirbt neue Investoren. Erforderliche zusätzliche Expertise wird projektbezogen von außen (von Anwälten, Wirtschaftsprüfern) eingeholt, ebenso zusätzlich erforderliches Fremdkapital (über Bankkredite). Bei börsennotierten Organismen mit eigenem Management handelt es sich entsprechend um Formen von Kommanditgesellschaften auf Aktien.

1718. Damit liegt jedenfalls bei Organismen mit eigenem Management ein auf das Management bezogener Regulierungsansatz nahe, um die Risiken des betreffenden Geschäfts zu überwachen. Dieser Ansatz wurde mit der europäischen AIFMD gewählt.⁵⁵² Dieser Regulierungsansatz erfasst jedoch nicht die Beziehung zu den hinter dem Organismus stehenden Investoren. Er trägt damit nicht dem Umstand Rechnung, dass diese Investoren über Organismen mit eigenem Management mittelbar und über Organismen ohne eigenes Management unmittelbar ebenfalls am Markt tätig sind und damit auch selbst risikorelevante Entscheidungen treffen. Insofern bietet es sich an, Regelungen für die relevanten Transaktionen bzw. für die konsolidierte Bilanzierung dieser Transaktionen zu treffen.⁵⁵³ Dies ist auch für die Regulierung des Schattenbankwesens in Hinblick auf implizite Garantien von Bedeutung.

3.7.2 Implizite Garantien im Schattenbankwesen

1719. Es ist davon auszugehen, dass auch Schattenbankgeschäfte implizite Garantien mit sich bringen können. Implizite Garantien können zum einen für als Schattenbanken tätige Organismen entstehen, wenn sie im Markt als eigenständige Marktteilnehmer angesehen werden, weil sie über eine eigene Geschäftspolitik verfügen. Implizite Garantien können aber auch für die Investoren in solche Organismen bewirkt oder verstärkt werden.

1720. Dieses Problem impliziter Garantien hat nach Einschätzung der zuständigen Regulierungsinstanzen in den letzten Jahren zugenommen. Nach Untersuchungen des Finanzstabilitätsrats wächst der Schattenbanksektor seit der Finanzkrise erheblich an. Schattenbanken verwalteten im Jahr 2012 weltweit rund USD 71 Bio., also etwa EUR 55 Bio. (EUR 55.400.000.000.000). Das sind 117 Prozent des weltweiten Bruttoinlandsprodukts.⁵⁵⁴ Dabei weist das Geschäft der eingesetzten Organismen und/oder der dahinterstehenden Investoren zumeist eine oder mehrere der folgenden Eigenschaften auf:

⁵⁵⁰ Zu solchen „strategischen Investoren“ können auch vermögende Privatanleger zählen (sogenannte family offices).

⁵⁵¹ Im deutschen Recht sind für geschlossene inländische Investmentvermögen nur Investmentaktiengesellschaft mit fixem Kapital oder geschlossene Investmentkommanditgesellschaften zulässig, § 139 KAGB.

⁵⁵² Richtlinie 2011/61/EU über die Verwalter alternativer Investmentfonds, ABl. EU L 174 vom 1. Juli 2011, S. 1. Der Begriff des Managements ist im vorliegenden Zusammenhang weit zu verstehen und bezieht über die handelnden Personen auch die Verwaltungsgesellschaft ein (vgl. Art. 4 Abs. 1 lit. b RL 2011/61/EU).

⁵⁵³ So auch EU-Kommission, Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament, Schattenbankwesen – Eindämmung neuer Risikoquellen im Finanzsektor, COM(2013) 614 final vom 4. September 2013, S. 5.

⁵⁵⁴ Vgl. FSB, Global Shadow Banking Monitoring Report 2013, 14. November 2013, S. 2, 8 f.

- Nutzung eines hohen Fremdkapitalhebels;
- Unreguliertes (Nutzung von Regulierungsloosen) bzw. intransparentes Geschäft (Berichterstattung);
- Anfälligkeit für massiven Mittelabzug (run);
- Vernetzung und, im Fall der Insolvenz, Ansteckungseffekte (spill over).

Die systemischen Risiken, deren Ansammlung im Einzelfall zu impliziten Garantien führen kann, lassen sich allerdings kaum allgemein umreißen.

3.7.2.1 Private Equity

1721. Die außerbörsliche Beteiligungsfinanzierung (Private Equity) ist eine herkömmlich als angelsächsisches Geschäft wahrgenommene Form der Vermögensverwaltung. Tatsächlich handelt es sich aber um ein hauptsächlich durch die jeweiligen Gegebenheiten vor Ort gekennzeichnetes Geschäft, das in Europa über europäische Unternehmen (z. B. Apax, BC Partners, CVC, Candover, Cinven, Permira) bzw. Tochtergesellschaften außereuropäischer Unternehmen (z. B. bei Blackstone, Carlyle, KKR, TPG, Warburg Pincus) mit lokalem Management durchgeführt wird. Beteiligungsgesellschaften investieren in nicht börsennotierte Unternehmen oder in zunächst noch börsennotierte Unternehmen, die nach der Transaktion aus dem Handel genommen werden sollen (delisting). Damit handelt es sich in Deutschland um eine vor allem auf den Mittelstand ausgerichtete Finanzierungsform. Das gemeinsame Merkmal von Private-Equity-Transaktionen ist die Investition über einen Fonds mit dem Ziel, innerhalb eines mittelfristigen Planungshorizonts (2 bis 8 Jahre) eine Werterhöhung der Beteiligung zu erreichen. Dabei liegt das Finanzierungsvolumen (abgesehen von der Seed- und Start-up-Finanzierung) häufig im Bereich EUR 10 Mio. bis EUR 100 Mio. Gewinnausschüttungen (Dividenden) sind – anders als bei klassischen Börsenbeteiligungen – kein primäres Ziel der Investition.

1722. Dem herkömmlichen Private-Equity-Geschäft lassen sich zwei Gruppen von Geschäftstätigkeiten zuordnen:

- Wachstumsfinanzierung (Venture Capital i. w. S.), d. h. Formen der Bereitstellung von Risikokapital für neu gegründete Unternehmen (Seed- oder Start-up-Finanzierung), für Expansionszwecke, als Überbrückungsfinanzierung (Bridge-Finanzierung) oder zur Neuausrichtung bei Unternehmen in Schwierigkeiten (turnaround). An diesem Geschäft beteiligen sich auch staatliche Banken in Deutschland in erheblichem Umfang (z. B. KfW, Landesbanken).
- Übernahmebeteiligungen (buy-out), bei denen das Geld der Beteiligungsgesellschaft nicht in das Unternehmen, sondern an dessen Anteilsinhaber fließt. In diesen Fällen handelt es sich oft um Unternehmen oder Unternehmensteile, die nicht mehr im Geschäftsfokus der Anteilsinhaber stehen oder sich in Schwierigkeiten befinden und die keine anderen Investoren finden (Sanierungsfälle, Unternehmen mit Nachfolgeproblemen).

Eine Mischform stellt die Bereitstellung von Ersatzkapital (replacement capital) dar.

1723. Eine in Deutschland noch nicht lange tätige Klasse von Beteiligungsgesellschaften, die wegen ihrer Anlagestrategie auch den Hedgefonds zugeordnet werden kann, sind die sogenannten Geierfonds (Vulture Funds). Diese Unternehmen haben sich auf Sanierungs- und Zerschlagungsfälle spezialisiert, in denen sie eine Diskrepanz zwischen dem inneren Wert und dem Marktwert der betreffenden Unternehmen ausmachen. In solchen Fällen stimmen die Kreditgeber (Banken) üblicherweise das gemeinsame Vorgehen ab, um die Sanierung bzw. Verwertung wertschonend durchzuführen. Der Finanzinvestor kann den „Leidensdruck“ der Kreditgeber ausnutzen, um z. B. der am stärksten betroffenen Bank ihre Forderungen abzukaufen und dann die anderen Kreditgeber dazu zu veranlassen, ihm ebenfalls ihre Forderungen (mit Rabatten) zu übertragen.

Wenn er so die Kontrolle über das Unternehmen erlangt hat, kann er selbst es sanieren, um das Wertpotenzial zu heben, oder es – auch bei Unmöglichkeit bzw. Scheitern einer Sanierung – durch Zerschlagung verwerten („asset stripping“)⁵⁵⁵.

1724. Die Private Equity-Branche sieht sich nicht als Teil der Schattenbanken an. Beteiligungsgesellschaften betreiben keine Kreditintermediation, da sie Eigenkapital investieren. Zwar komme Fremdkapital bei Private Equity-Transaktionen zum Einsatz, doch werde dieses Fremdkapital nicht von den Beteiligungsgesellschaften, sondern von deren Portfoliounternehmen aufgenommen und sei durch die Unternehmenswerte abgesichert.⁵⁵⁶ Allerdings investieren Beteiligungsgesellschaften Gelder, die sie zuvor in einlagenähnlicher Form in (geschlossenen) Investmentfonds gesammelt haben. Sie nutzen zumindest im Buy-out-Geschäft regelmäßig auch Hebelung, indem sie das von ihnen übernommene Unternehmen zur Kreditaufnahme veranlassen, um die Altgesellschafter auszuzahlen. Dabei ist zu beachten, dass die Beteiligungsgesellschaften mit den von ihnen übernommenen Unternehmen i. d. R. eine wirtschaftliche Einheit bilden. Das betreffende Zielunternehmen kann zwar die gesamte Transaktion in der von der Beteiligungsgesellschaft strukturierten Form akzeptieren oder ablehnen, hat aber selbst keinen Einfluss auf den Fremdkapitalanteil.

1725. Zwar ist fraglich, ob Private-Equity-Unternehmen systemische Risiken in der Weise ansammeln, dass sie selbst in den Genuss einer impliziten Garantie kommen. Ihr Anlageverhalten ist allerdings mit Risiken verbunden, die eine implizite Garantie für die dahinterstehenden Eigen- und Fremdkapitalgeber begründen oder verstärken können. Für Eigenkapitalgeber kann die lange Kapitalbindung im Fonds problematisch sein. Die Renditen unterliegen zudem abhängig vom Auflagejahr (vintage year) starken Schwankungen. Bei den Risiken für die Fremdkapitalgeber sind zwar Kreditausfallrisiken wegen der Kreditbesicherung mit Unternehmenswerten möglicherweise von geringerer Bedeutung, doch verbleiben Vorhalterisiken, weil zugesagte Kredite nicht abgerufen werden, Liquiditätsrisiken und Refinanzierungsrisiken.⁵⁵⁷ Es bleibt abzuwarten, ob die Entwicklung des Zweithandels mit Private-Equity-Beteiligungen längerfristig zu einer Verminderung des mit Private-Equity-Transaktionen verbundenen Marktrisikos führen wird.⁵⁵⁸

3.7.2.2 Hedgefonds

1726. Im Hedgefondsgeschäft tätige Beteiligungsunternehmen nutzen dieselben oder ähnliche Organismen wie Private Equity-Unternehmen, verfolgen aber eine anders geartete Anlagestrategie. Im Fokus steht hier nicht das Interesse am Wert eines Unternehmens oder von Finanzinstrumenten als solchen, sondern vielmehr das Interesse an Kursbewegungen. Hedgefonds erfüllten ursprünglich eine Sicherungsfunktion durch Arbitragegeschäfte. Heute nutzen Hedgefonds neben marktneutralen Strategien (Arbitrage) auch riskantere opportunistische Strategien oder Mischformen. Die Zuordnung ist dabei nicht einheitlich. Insbesondere die folgenden Anlagestrategien werden als für Hedgefonds charakteristisch angesehen:

- Arbitrage (market neutral strategy): Derartige Strategien werden mit Anleihen („fixed income arbitrage“) oder aufeinander bezogenen Finanzinstrumenten („relative value arbitrage“), z. B. Wandelanleihen und den zugehörigen Aktien, auch weiterhin verfolgt. Im Fall von „merger arbitrage“ kauft bzw. verkauft der Hedgefonds Aktien der beteiligten Unternehmen im Rahmen von Unternehmensübernahmen, wobei er bspw. Informationsvorsprünge ausnutzt.

⁵⁵⁵ Die Bezeichnung asset stripping bezeichnet eigentlich alle Fälle exzessiven Vermögensentzugs, wird aber insb. auf Zerschlagungsfälle bezogen. Insofern greift ein besonderer Kapitalerhaltungsschutz (§ 292 KABG).

⁵⁵⁶ Vgl. BVK, Beteiligungsgesellschaften sind keine Schattenbanken, Private Equity-Brief 16 von 2011/12, S. 1 f.

⁵⁵⁷ Vgl. London Economics, Non-bank Financial Institutions: Assessment of their Impact on the Stability of the Financial System, European Commission Economic Paper 472, November 2012, S. 75 f. Kreditausfallrisiken können allerdings auch verbleiben, etwa in Form von Besicherungsrisiken; vgl. z. B. Chediak, Energy Future's Reduced Earnings to Sap Credit Recovery Values, Bloomberg vom 18. Oktober 2013.

⁵⁵⁸ Vgl. Paul, H., Zweithandel mit Private Equity blüht immer weiter auf, FAZ, 6. November 2013.

- Long-short-Strategien: Hierbei werden Preisunterschiede bei den Kursbewegungen von zwei Wertpapieren desselben Marktes ausgenutzt. Wertpapiere mit vermutetem Wertsteigerungspotenzial werden gekauft („long“) und als Sicherheit für eine parallele Transaktion verwendet. In dieser Transaktion werden geliehene Papiere, bei denen ein Kursrückgang erwartet wird (short), mit dem Plan verkauft, sie später günstiger zurückzuerwerben und an den Erstinhaber zurückzugeben (Leerverkauf).
- Event Driven/Global Macro: Bei diesen Strategien werden Marktereignisse oder makroökonomische Trends ausgenutzt (z. B. bei Währungsspekulationen). Der Anlagefokus verändert sich je nach Gelegenheit und der Einschätzung des Fondsmanagers. Die Strategien sind risikoreich.
- Equity Market Neutral: Hierbei handelt es sich um Aktieninvestitionen in gegenüber der Branchenentwicklung zurückliegende Papiere. Solche Strategien nutzen auch herkömmliche Aktienfonds.
- Unternehmenskrisen (distressed assets/securities): Hierbei wird den Rechtsinhabern von unterbewerteten Unternehmensvermögen oder -anteilen Kapital zur Verfügung gestellt, wobei die Unterbewertung ausgenutzt wird.

Die Gewinnchancen dieser Strategien werden durch Hebelung (leverage) erhöht. Arbitrage und Long-short Equity machen nach einer älteren Studie etwa die Hälfte des Fondsvolumens aus, das restliche Volumen wird für riskantere Strategien genutzt.⁵⁵⁹

1727. Beteiligungsunternehmen im Hedgefondsgeschäft gelten als Marktteilnehmer mit einem riskanteren Profil als Private-Equity-Unternehmen. Auch in diesem Fall investieren Beteiligungsgesellschaften Gelder, die sie zuvor in einlagenähnlicher Form in (geschlossenen) Investmentfonds gesammelt haben. Der Anlagehorizont ist jedoch kurzfristig. Hedgefonds setzen teilweise große Mengen von schnell aktivierbaren Mitteln ein. Die Anlagen erfolgen zum Teil in riskanten Geschäftsfeldern, wobei das Risiko durch den Einsatz von Hebelung und Leerverkäufen erhöht wird. Die Anlagestrategien können damit ein erhebliches Destabilisierungspotenzial haben und den Hedgefonds selbst, seine Investoren und auch ganze Finanzsysteme gefährden.⁵⁶⁰ Dieses Destabilisierungspotenzial ist wegen der Intransparenz des Hedgefonds-Geschäfts grundsätzlich problematisch.

1728. Die Risiken für die Finanzstabilität werden weiter dadurch erhöht, dass das Hedgefondsgeschäft mit dem Banksektor eng verflochten ist. Amerikanische Hedgefonds gehören – neben anderen US-Beteiligungsgesellschaften und Investmentfonds – zu den Unternehmen, die den europäischen Banken Kreditportfolien aus den EU-Krisenstaaten abgekauft haben und die in großem Umfang in europäische Bankaktien investieren.⁵⁶¹ Die Fonds (sowie die dahinterstehenden Investoren) übernehmen hiermit zurzeit schwer einschätzbare Risiken aus dem Bankbereich. Umgekehrt erbringen Banken für Hedgefonds Finanzdienstleistungen im Rahmen von Prime Brokerage⁵⁶² und Gegenparteibeziehungen. Durch diese Beziehungen können auch Risiken des Hedgefondsgeschäfts auf die beteiligten Banken (als Investoren) übergreifen.⁵⁶³ Davon abgesehen können Hedgefondsunternehmen den als ihre Prime Broker tätigen Banken Sicherheiten (collateral) entziehen, wenn sie kein volles Vertrauen mehr in die Solvenz der Banken haben, und diese

⁵⁵⁹ Vgl. allgemein Böttger, C., Strukturen und Strategien von Finanzinvestoren, Hans-Böckler-Stiftung, Arbeitspapier 120, März 2006, S. 59; siehe nun auch Cumming, D./Dai, N./Johan, S.A., Hedge Fund Structure, Regulation, and Performance around the World, 1. Aufl. 2013, Abschnitt 6.3.1.

⁵⁶⁰ Dazu London Economics, Non-bank Financial Institutions: Assessment of their Impact on the Stability of the Financial System, a. a. O., S. 86 (Risikoerhöhung durch Marktkonzentration bei etablierten Fonds).

⁵⁶¹ Wigglesworth, R., Funds' €60bn to buy European bank debt, FT, 20. Mai 2012; Stothart, M./Foley, S., US funds place big bets on euro bank recovery, FT, 19. November 2013.

⁵⁶² Primebroker sind Banken (insbesondere Investmentbanken), die Hedgefonds ein Bündel an Leistungen zur Verfügung stellen, z. B. Kredite und Wertpapierabwicklungsdienste. Der Markt ist hoch konzentriert; siehe auch oben Tz. 1631.

⁵⁶³ Der tatsächliche Umfang dieses Risikos ist freilich unklar; vgl. etwa Kemmer, M., Zur Abtrennung von Kreditgeschäften, FAZ, 20. April 2013: Hedgefonds hinterlegen Sicherheiten von hoher Qualität.

damit zusätzlich schwächen. Wenn Banken mit Hedgefonds als Gegenparteien interagieren, kann ein Ausfall einer Partei zudem die Stabilität der anderen gefährden.

1729. Die Rettung des LTCM-Hedgefonds (1998) und in der Finanzkrise von im US-Markt tätigen Hedgefonds (auch von Bankenhedgefonds) haben gezeigt, dass Hedgefondsunternehmen selbst systemrelevant sein und zumindest im Krisenfall von einer impliziten Garantie profitieren können. Ebenso kann die Verflechtung mit dem Banksektor dazu führen, dass sich die systemische Bedeutung von Banken erhöht und die zu ihren Gunsten bestehenden impliziten Garantien insbesondere in Krisenperioden verstärkt werden.

3.7.2.3 Geldmarktfonds

1730. Geldmarktfonds stehen derzeit im Vordergrund der Schattenbankenregulierung. Bei den im Blickfeld der Regulatoren stehenden Fonds handelt es sich um Unternehmen aus den USA, die in der EU mit Tochtergesellschaften in Frankreich, Irland und Luxemburg vertreten sind.⁵⁶⁴ Dabei handelt es sich häufig um Fondsorganismen, die an einen institutionellen Investor (z. B. eine Bank, Versicherung) angegliedert sind und die hauptsächlich in Geldmarktinstrumente und (andere) liquide Wertpapiere mit kurzer (Rest-)Laufzeit investieren. Geldmarktinstrumente verbriefen Termingelder und andere Forderungen und haben eine Laufzeit unter 397 Tagen oder eine Verzinsung, die nach den Ausgabebedingungen während ihrer gesamten Laufzeit regelmäßig, mindestens aber einmal in 397 Tagen marktgerecht angepasst wird.⁵⁶⁵ Geldmarktfonds sind im Durchschnitt erheblich größer als sonstige Investmentfonds, wobei europäische Geldmarktfonds ein Vermögen von immerhin rund EUR 1 Bio. verwalten (= EUR 1.000.000.000.000).⁵⁶⁶

1731. Geldmarktfonds stehen institutionellen Investoren (z. B. Banken, Versicherungen) offen, eröffnen aber auch Verbrauchern die Möglichkeit zur Teilnahme am Geldmarktgeschäft. Diese Fonds betreiben Fristentransformation, indem sie eingesammelte und zu verzinsende Gelder reinvestieren. Ein Charakteristikum von Geldmarktfonds ist, dass es sich um Fonds ohne Restlaufzeit handelt und die Investoren ihre angelegten Gelder somit kurzfristig zurückziehen können.⁵⁶⁷ Um zu verhindern, dass sie im Rahmen von Panikverkäufen „ausbluten“, müssen Geldmarktfonds laufend darauf achten, dass der Nettoinventarwert (NIV; Net Asset Value – NAV) pro ausgegebener Anteile nicht unter einen bestimmten Wert (z. B. \$ 1) fällt („breaking the buck“). Eine insbesondere bei US-Fonds vorkommende Variante sind Fonds mit konstantem Nettoinventarwert (Constant NAV – CNAV), die einen vorab bestimmten Rückzahlungspreis garantieren.

1732. Dennoch haben die sich zuerst aus einem Fonds zurückziehenden Anleger im Fall einer Fondskrise wichtige Initiatorvorteile (first mover advantages). Denn herkömmlich werden die im Investmentfonds gehaltenen Vermögenswerte nur zu amortisierten Kosten und nicht zu Marktpreisen bewertet, müssen aber bei Rückzug vieler Anleger zum Marktwert zurückgekauft werden. Das Fondsvermögen verfällt in diesem Fall zum Nachteil der verbleibenden Anleger. Infolgedessen besteht bei Geldmarktfonds ein erhebliches Risiko von runs. Dieses Risiko ist nicht allein mit Fehlinvestitionen des betreffenden Fonds verbunden, sondern runs können auch durch Marktstörungen verursacht werden, die zum Rückzug der Geschäftspartner und

⁵⁶⁴ Vgl. ESRB, Empfehlung ESRB/2012/1 vom 20. Dezember 2012 zu Geldmarktfonds, Abschnitt III.

⁵⁶⁵ Vgl. § 194 KAGB, Art. 2 Abs. 1 lit. o, 50 und Erwägungsgrund 36 RL 2009/65/EG. Typische Geldmarktinstrumente sind etwa unverzinsliche Schatzanweisungen, Bundeskassenscheine, Commercial Papers (CP) und Depositenzertifikate.

⁵⁶⁶ EU-Kommission, Vorschlag vom 4. September 2013 für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Geldmarktfonds, COM(2013) 615 final.

⁵⁶⁷ Ein ähnliches Risiko ist bei börsengehandelten Indexfonds (Exchange Traded Funds – ETF) wegen ihres schnellen Wachstums gesehen worden; siehe FSB, Potential Financial Stability Issues Arising from Recent Trends in Exchange-Traded Funds (ETFs), 12. April 2011. Kritisch etwa BVI, Positionspapier vom 20. März 2013, S. 4. Zu ETFs siehe auch ESMA, Leitlinien vom 18. Dezember 2012 zu börsengehandelten Indexfonds (Exchange-Traded Funds, ETF) und anderen OGAW-Themen, Dok. 2012/1832.

damit zum Austrocknen der Geldmärkte führen (feedback loop). Derartige Ereignisse führten dazu, dass auch in der Finanzkrise eine Reihe von Geldmarktfonds (als Abnehmer von ABCPs⁵⁶⁸) in Schieflage geriet.

1733. Das Risiko des Wertverfalls bei Geldmarktfonds schlägt auch auf Banken als deren Hauptsponsoren bzw. -investoren oder Geschäftspartner zurück.⁵⁶⁹ So können Banken gezwungen sein, Fondsanteile zur Stützung von Geldmarktfonds zum NIV zu übernehmen und damit Marktrisiken zu internalisieren. Wenn der Fonds zur Auszahlung an Investoren kurzlaufende Geldmarktinstrumente bereithält, kann dies mit Liquiditäts- und Preisrisiken für längerlaufende Instrumente einhergehen. Wenn der Geldmarktfonds seine Aktivitäten reduziert, kann dies die Refinanzierungsrisiken für Banken erhöhen.⁵⁷⁰

3.7.2.4 Andere Organismen und Investoren

1734. Neben den zuvor beschriebenen Organismen ist eine Vielzahl von anderen Fondsorganismen auf den Finanzmärkten tätig, deren Geschäft häufig bereits über die Banken- und Wertpapierregulierung erfasst wird, die teilweise aber auch neuartige und noch nicht regulatorisch erfasste Finanzinstrumente nutzen (z. B. Kreditinvestment- und Kredithedgefonds, Exchange Traded Funds – ETFs⁵⁷¹). Daneben gibt es sonstige Organismen und Unternehmen mit bankähnlicher Tätigkeit (z. B. broker-dealers, andere Finanzunternehmen).⁵⁷² Zwar liegt es nahe, dass auch die Tätigkeit solcher Organismen für Banken als Sponsoren, Investoren oder Geschäftspartner die impliziten Garantien zugunsten von Banken erhöhen kann. Auch das Verhalten von anderen Investoren, die sich im Krisenfall ungeordnet aus den Finanzmärkten zurückziehen, kann systemische Gefahren und damit auch implizite Garantien begründen oder verstärken (für Banken und Nichtbanken).⁵⁷³ Inwiefern dies jeweils der Fall ist, ist nach dem bisherigen Informationsstand allerdings nicht abzusehen.

3.7.3 Regulierungsarbitrage über Schattenbanken

1735. Die gegenwärtige Regulierung zur Eindämmung der impliziten Garantien für Banken kann das Risiko der Regulierungsarbitrage als wettbewerbliches Folgeproblem nach sich ziehen. Die dem Schattenbankbereich zuzuordnenden Organismen bzw. Investoren (auch: z. B. Pensionsfonds, Versicherungen) engagieren sich ähnlich wie Banken an den Finanzmärkten, indem sie Gelder in einlagenähnlicher Form entgegennehmen und reinvestieren. Anleger können gezielt in Finanzprodukte dieser Anbieter investieren, um höhere Renditen im nicht bzw. weniger regulierten Bereich zu erzielen.

1736. Die Gefahr der Regulierungsarbitrage wird insbesondere dahin gehend gesehen, dass Anleger Gelder von Banken in alternative Investmentorganismen oder in nichteuropäische Investmentfonds verschieben. Diese Organismen unterliegen zwar Regelungen, die an ihrer Verwaltung und den Beziehungen zwischen ihnen und Banken (als Kapitalgebern) anknüpfen.⁵⁷⁴ Die Organismen selbst (d. h. die Fonds) unterliegen aber weiterhin nur nationalen Regelungen. Dadurch soll der Tatsache Rechnung getragen werden, dass sich die vorhandenen nationalen Regelungen in der EU stark unterscheiden und auch auswärtige alternative Invest-

568 ABCP = Asset Backed Commercial Paper (Geldmarktverbriefung).

569 Der weitaus größte Teil (85 Prozent) der als Geldmarktfondspapieren aufgelegten Finanzinstrumente entfällt auf Banken; EU-Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Geldmarktfonds, a. a. O., S. 3.

570 Vgl. London Economics, Non-bank Financial Institutions: Assessment of their Impact on the Stability of the Financial System, a. a. O., S. 66.

571 Exchange Traded Funds sind börsengehandelte Indexfonds.

572 Vgl. FSB, Strengthening Oversight and Regulation of Shadow Banking. A Policy Framework for Strengthening Oversight and Regulation of Shadow Banking Entities, Consultative Document, 18. November 2012, S. 1, 5 f.

573 Das bedeutet, auch Pensionsfonds und Versicherungen können von impliziten Garantien profitieren; dazu FSB, Global systemically important insurers (G-SIIs) and the policy measures that will apply to them, 18. Juli 2013 (zu Versicherungen). Staatsfonds profitieren von einer expliziten Unterstützung des dahinterstehenden Staates.

574 Siehe insb. RL 2011/61/EU über die Verwalter alternativer Investmentfonds, ABl. EU L 174 vom 1. Juli 2011, S. 1, in Deutschland umgesetzt im Kapitalanlagegesetzbuch vom 4. Juli 2013, BGBl. I 2013 Nr. 58, S. 3642.

mentfonds eine bedeutende Rolle spielen. Insbesondere die in den vorstehenden Abschnitten beschriebenen Risiken werden durch die nationale Regulierung bislang jedoch nicht völlig behoben.⁵⁷⁵ Hinzu treten Risiken aufgrund der möglichen Systemrelevanz von Investoren aus dem Nichtbankbereich, die insoweit keiner Regulierung unterworfen sind, die der Bankenregulierung entspräche.

1737. Tatsächlich machen den europäischen Banken im Anlagegeschäft zunehmend alternative Fondsanbieter (z. B. Versicherungen) Konkurrenz, auch außereuropäische Anbieter.⁵⁷⁶ Dabei ist ein Trend gerade zu riskanteren Anlagen auszumachen. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass die gegenwärtige Niedrigzinspolitik der Notenbanken auch erhebliche Anreize schafft, in riskante Anlagen (mit vergleichsweise hoher Verzinsung) zu investieren. Davon abgesehen müssen selbst feststellbare regulierungsbedingte Marktveränderungen nicht auf Regulierungsarbitrage beruhen. So haben z. B. die Eigenmittelregelungen nach Basel III die Liquiditätskosten für Banken erhöht, weshalb sich das Geschäft der gewerblichen Immobilienfinanzierung in großem Umfang zu Kreditfonds von Versicherern und anderen Anbietern verschiebt. Diese Verschiebung ist aber offenbar nicht auf eine schwache Regulierung der Anbieter von alternativen Immobilienfinanzierungen zurückzuführen, sondern auf Veränderungen in den Geschäftsmodellen der Banken und auf den Wegfall regulatorischer Wettbewerbsvorteile, die sich daraus ergaben, dass Banken Finanzierungsrisiken früher durch Verbriefung aus der Bilanz hinausverlagern konnten.⁵⁷⁷ Dem gegenüber ist offenbar das gegenwärtige Wachstum von Anleihehedgefonds im Wesentlichen daraus zu erklären, dass Banken sich aufgrund der erhöhten Eigenkapitalvorgaben aus dem Handel mit notleidenden Anleihen und Arbitragegeschäften mit festverzinslichen Werten zurückziehen und die Eigenkapitalvorgaben für alternative Anbieter nicht gelten. Diesbezüglich sind also Hinweise auf Regulierungsarbitrage gegeben. Dennoch dürfte es sich nicht über den Einzelfall hinaus allgemein abschätzen lassen, inwiefern Regulierungsarbitrage im Sinne einer Geschäftsverlagerung aufgrund wettbewerbsverzerrender Regulierung zurzeit tatsächlich stattfindet.

1738. Banken können auch selbst und aus eigenem Antrieb Regulierungsarbitrage betreiben, um Risiken vom regulierten in den nicht-regulierten Bereich zu verlagern.⁵⁷⁸ Diese Risikoverlagerung kann dazu führen, dass über die die Risiken übernehmenden Organismen die für deren Investoren (Banken u.a.) bestehenden impliziten Garantien mittelbar verstärkt werden.

3.7.4 Bisherige Regulierungsansätze: Schritte in die richtige Richtung

1739. Auf Aufforderung der G20 (Gipfel vom November 2010) hat der Finanzstabilitätsrat (FSB) inzwischen zusammen mit der Internationalen Vereinigung der Wertpapieraufsichtsbehörden (International Organization of Securities Commissions – IOSCO) erste Empfehlungen zur Regulierung von Schattenbanken und Schattenbankgeschäften erarbeitet. Die Empfehlungen umfassen einen ersten Rahmenansatz (high-level policy framework), der es den zuständigen Behörden erlaubt, die zu regulierenden Problembereiche einzugrenzen. Sie werden durch Prinzipien ergänzt, um die Risikofeststellung und -überwachung zu

⁵⁷⁵ Dem steht nicht entgegen, dass in einigen Mitgliedstaaten bereits wichtige Regelungen zur Verminderung dieser Risiken bestehen, so etwa in Deutschland zur Bewertung der von Geldmarktfonds gehaltenen Vermögensgegenstände und zur Liquiditätssteuerung (§§ 30, 168, 194 KAGB); siehe nun auch Art. 26 ff. des Kommissionsvorschlags vom 4. September 2013 für eine Verordnung über Geldmarktfonds.

⁵⁷⁶ Deutsche Bundesbank, Aktuelle Entwicklungen am Markt für Investmentfonds: Nachfrage, Strukturveränderungen und Anlageverhalten, Monatsbericht Januar 2013, S. 13-28.

⁵⁷⁷ Der Umstand, dass Banken bis zur Reform der Eigenkapitalvorgaben höhere Finanzierungsrisiken durch Verbriefung aus der Bilanz hinausverlagern konnten, spricht dafür, dass den Banken im Bereich der Immobilienfinanzierung nur ein regulatorischer Wettbewerbsvorteil entzogen wurde; vgl. Flatow, C.-C., Die Zukunft des gewerblichen Immobilienfinanzierungsmarkts, Immobilien & Finanzierung 4/2013, S. 120 (121).

⁵⁷⁸ So etwa bei Kapitalminderungsgeschäften (capital relief trades), die von europäischen Banken in den letzten Jahren verstärkt zur Verlagerung von Risiken aus der Bankbilanz zu alternativen Investoren genutzt worden sind. Zu diesen – von der Struktur her an die US-Subprimetransaktionen erinnernden – Geschäften siehe z. B. Alloway, T., Big banks seek regulatory capital trades, FT, 29. April 2012; Kahn, J./Vaughan, L., New capital rules spur banks seek breathing room with controversial credit relief trades, Washington Post, 20. September 2013.

verbessern (insb. durch Offenlegungspflichten), und durch einen „Werkzeugkasten“ für mögliche Maßnahmen („policy toolkit“). Diese Maßnahmen zielen auf die Risikobegrenzung und betreffen Fondsorganismen (wegen des Risikos von runs), Geschäftsmodelle mit kurzfristiger Refinanzierung oder Sicherheiten für die Finanzierungsgeber, die Förderung der Kreditvergabe (z. B. durch Ausfallversicherungen) und die Nutzung von Verbriefungen. Detailliertere Empfehlungen betreffen Geldmarktfonds, welche explizit gesetzgeberisch definiert und Beschränkungen hinsichtlich der Anlagen und Risikoaufnahme sowie einem strafferen Risikomanagement unterworfen werden sollten (durch Bewertungsvorgaben, externe Prüfung, Liquiditätsvorgaben, Transparenzpflichten und Anderes). CNAV-Organismen sollten soweit möglich in Organismen ohne konstanten Nettoinventarwert umgewandelt werden.

1740. Die vorgenannten Empfehlungen sind in der EU bereits teilweise umgesetzt. Es gibt bereits eine – teilweise sehr detaillierte – Regulierung des Managements von geschlossenen Fonds und für offene Fonds.⁵⁷⁹ Die Bankenregulierung enthält darüber hinaus Vorgaben für die Verwendung von Zweckgesellschaften und Anlagen in Fondsorganismen. Die Europäische Kommission hat in ihrem Grünbuch und der folgenden Mitteilung zum Schattenbankwesen Vorschläge zur Fortentwicklung der bestehenden Regelungen gemacht.⁵⁸⁰ Sie hat außerdem einen Verordnungsvorschlag zur Regulierung von Geldmarktfonds und ein Konsultationsdokument über einen möglichen Rahmen zur Sanierung und Abwicklung von anderen Finanzinstitutionen als Banken vorgelegt.⁵⁸¹ Der Verordnungsvorschlag über Geldmarktfonds folgt den Empfehlungen der IOSCO und enthält strenge Auflagen insbesondere für Fonds mit konstantem Nettoinventarwert (vor allem ein Liquiditätspuffer von drei Prozent des Gesamtwerts der Vermögenswerte). Die vorgeschlagenen Vorgaben bedrohen aus Branchensicht – auch angesichts des gegenwärtigen Niedrigzinsumfelds – unmittelbar die Existenz von CNAV-Fonds, weshalb abzuwarten ist, in welchem Umfang sie in die endgültige Verordnung übernommen werden. Eine noch offene Flanke in der Regulierung könnte sich aus der weiter möglichen und verbreiteten Verwendung von Risikomaßnahmen wie „Value at Risk“ ergeben. Diese Risikomaße werden kritisch gesehen, weil sie systemische Risiken bislang deutlich unterschätzen.⁵⁸² Auch insofern hat es allerdings regulatorische Verbesserungen gegeben, deren Auswirkungen noch unklar sind.⁵⁸³

1741. Auch der deutsche Gesetzgeber hat die Regulierung der zum Schattenbanksektor gerechneten Organismen verstärkt. Insofern ist vor allem auf das Kapitalanlagegesetzbuch vom 4. Juli 2013 zu verweisen.⁵⁸⁴ Die deutschen Regelungen gehen zum Teil über die zugrunde liegenden EU-Richtlinien hinaus. So erfasst das deutsche Gesetz die betroffenen Fondstypen auf Basis einer detaillierteren Kategorisierung und schränkt bspw. die Möglichkeit von Publikums-AIF ein, in sogenannten Spezial-AIF zu investieren (§ 219 KAGB). Es ist allerdings wegen des sogenannten europäischen Passes für Fondsorganismen zu verhindern, dass sich im Vergleich zum europäischen Recht restriktivere deutsche Regelungen umgehen lassen, indem

⁵⁷⁹ Siehe nur Richtlinie 85/611/EWG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW), zuletzt geändert durch RL [...] /2014 in der vorl. Fassung der legislativen Entschließung des Europäischen Parlaments vom 15. April 2014, P7_TA-PROV(2014)0355; Richtlinie 2011/61/EU über die Verwalter alternativer Investmentfonds (AIFM), zuletzt geändert durch RL 2013/14/EU, ABl. EU L 145 vom 31. Mai 2013, S. 1.

⁵⁸⁰ EU-Kommission, Grünbuch Schattenbankwesen, COM(2012) 102 final vom 19. März 2012; EU-Kommission, Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament, Schattenbankwesen – Eindämmung neuer Risikoquellen im Finanzsektor, COM(2013)614 final vom 4. September 2013.

⁵⁸¹ EU-Kommission, Vorschlag vom 4. September 2013 für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Geldmarktfonds, COM(2013) 615 final; Consultation on a possible recovery and resolution framework for financial institutions other than banks, Begleitdokument vom 5. Oktober 2012; http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2012/nonbanks_en.htm, Abruf am 24. Juni 2014.

⁵⁸² Vgl. Gropp, R., How Important Are Hedge Funds in a Crisis?, FRBSF Economic Letter 11/2014 bzw. SAFE Policy Letter No. 23, 14. bzw. 28. April 2014; Riedel, F. in Heinrich, G., Ein Modell bringt das Finanzsystem ins Wanken, Finanzen100, 25. März 2014.

⁵⁸³ Siehe Art. 364 ff., 383 V VO 575/2013; daneben sind auch mittelbare Faktoren (z. B. Einführung von ZGP) zu berücksichtigen.

⁵⁸⁴ Kapitalanlagegesetzbuch vom 4. Juli 2013, BGBl. I Nr. 35, S. 1981; inzwischen mit Änderungen.

eventuell betroffene Fondsorganismen im europäischen Ausland gegründet werden.⁵⁸⁵ Dieses Problem ist bei der nationalen Gesetzgebung dauerhaft im Auge zu behalten.

1742. Die Monopolkommission begrüßt insgesamt die bisherigen Regulierungsansätze. Es ist anzunehmen, dass die geplante Regulierung einen wirksamen Beitrag zur Neutralisierung impliziter Garantien sowohl im Bank- als auch Nichtbankbereich leisten wird. Die weitere Regulierung des Schattenbanksektors stellt allerdings eine große Herausforderung dar. Als vorbereitender Schritt ist vor allem die Datenbasis zu verbessern, wozu die geplanten Handelsregister einen wichtigen Beitrag leisten können. Die einzelnen regulatorischen Maßnahmen sollten soweit wie möglich auf europäischer Ebene oder gar international abgestimmt werden, da sie sich meist auf übernationale Märkte beziehen dürften. Auch wenn es bisher nicht viele eindeutige Hinweise auf eine durch wettbewerbsverzerrende Regeln bedingte Regulierungsarbitrage gibt, ist das Risiko einer solchen Regulierungsarbitrage unabweisbar.⁵⁸⁶ Die Monopolkommission tritt deshalb dafür ein, bei der Erarbeitung neuer Regeln Gründlichkeit vor Schnelligkeit walten zu lassen. Auch mit Blick auf etwaige Neuregelungen auf nationaler Ebene ist die Durchführung einer eingehenden Folgenabschätzung anzumahnen.

3.8 Mittel- und langfristige Weiterentwicklung der Regulierung

1743. Das in den vorigen Abschnitten gewürdigte Regelungsgerüst ist aus Sicht der Monopolkommission geeignet und erforderlich, um die aus impliziten Garantien resultierenden systemischen Wettbewerbsverzerrungen zu vermindern. Bei der Weiterentwicklung dieses Regelungsgerüsts müssen allerdings die gegenwärtige Wettbewerbssituation auf den Finanzmärkten und die Risiken für die mittel- und langfristige Weiterentwicklung der betroffenen Märkte Berücksichtigung finden. Die Monopolkommission empfiehlt der Politik, die vorhandenen Spielräume zu nutzen, um einer einseitigen regulatorischen Bevorzugung der kapitalmarktbasierten Unternehmensfinanzierung entgegenzuwirken, soweit diese mit ungerechtfertigten regulatorisch bedingten Wettbewerbsnachteilen insbesondere für kleine Institute einhergeht. Die internationale Regulierungskonvergenz ist zu stärken, um die Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Finanzmärkte zu fördern und einer weiteren Zersplitterung der Finanzmärkte entgegenzuwirken.

3.8.1 Wettbewerbsverzerrungen durch ungleichmäßige regulatorische Belastung vermeiden bzw. abbauen

1744. Die Banken- und Finanzmarktregulierung infolge der Krise ist mit erheblichen Eingriffen in die bestehende Marktstruktur verbunden. Das ist zu rechtfertigen, weil und soweit die Regulierung Stabilitätsrisiken und die vorhandenen Wettbewerbsverzerrungen durch implizite Garantien beseitigen soll. Die Regulierung hat zugleich allerdings ihrerseits erhebliche Auswirkungen auf die Märkte. Nach einer Studie messen deutsche Banken den Auswirkungen der Regulierung eine höhere Bedeutung für den mittelfristigen betrieblichen Erfolg bei als neuen Wettbewerbern, Kundenverhalten oder Margendruck.⁵⁸⁷

1745. Hauptziel der Regulierung muss aus wettbewerbspolitischer Perspektive grundsätzlich die Herstellung gleicher Rahmenbedingungen für unterschiedliche Finanzierungsmöglichkeiten sein. Die gegenwärtige Regulierung führt jedoch teilweise zu unterschiedlichen Wettbewerbsbedingungen, die mittel- oder langfristige zu erheblichen Veränderungen im Finanzsystem beitragen können. Aus Sicht von Marktteilnehmern handelt es sich um die folgenden Aspekte:

⁵⁸⁵ Siehe Art. 6 ff. RL 85/611/EWG (OGAW); Art. 8 Abs. 1 a. E. RL 2011/61/EU (AIFM) bzw. im deutschen Recht § 24 KAGB zum europäischen Pass.

⁵⁸⁶ Ein weiteres Problem ist das Risiko einer zu starken Regulierung insbesondere kleiner Anbieter. Dazu siehe unten Abschnitt 3.8.1.

⁵⁸⁷ Vgl. KPMG, Auswirkungen regulatorischer Anforderungen, Studie vom Dezember 2013, S. 10, 14 ff.

- Erstens ist die Regulierung vor allem auf die Belange der Unternehmensfinanzierung ausgerichtet. Dabei wird die kapitalmarktbasierte gegenüber der kreditbasierten Unternehmensfinanzierung tendenziell begünstigt.
- Zweitens ist auch die Regulierung des Kapitalmarktgeschäfts unausgewogen, da sie einzelne Marktteilnehmer bzw. Produkte ungeachtet des Risikopotenzials benachteiligt.
- Drittens belastet die Regulierung gerade kleinere Marktteilnehmer, und zwar sowohl aufgrund der zuvor erwähnten Ausrichtung auf kapitalmarktorientierte Geschäftsmodelle als auch aufgrund der großen Regulierungslast.

Soweit die Regulierung zu einer besonders starken Belastung für kleinere Institute mit traditionellem Einlagen- und Kreditgeschäft für Kleingewerbe und Privatkunden führt, setzt sich eine Entwicklung fort, die schon vor der Jahrtausendwende zu beobachten war.⁵⁸⁸ Die angestrebte doppelte Proportionalität ist aus Sicht von Bankenvertretern durch die gegenwärtige Regulierung insgesamt nicht gewahrt.

1746. Die Ausrichtung der Regulierung auf die Belange der Unternehmensfinanzierung lässt sich mit der Zielsetzung erklären, die krisenbedingten Beeinträchtigungen des Finanzbinnenmarktes zu beheben. Die Förderung des Kapitalmarktgeschäfts liegt dabei nahe, um kapitalmarktbasierte Finanzierungsformen als Ergänzung der Kreditfinanzierung auf den kontinentaleuropäischen Märkten stärker zu etablieren. Die Kapitalmärkte sind grenzüberschreitend ausgerichtet und im Vergleich zu den Kreditmärkten sehr liquide, weshalb die Kapitalmarktfinanzierung einen wichtigen Beitrag zur Wiederherstellung des Finanzbinnenmarkts leisten kann. Kreditbeziehungen gehen zudem immer auch mit Ansteckungsrisiken einher. Die potenziellen Auswirkungen, die solche Risiken in ihrer Gesamtheit auf den Finanzbinnenmarkt haben, lassen sich kaum einschätzen. Nach Studien erklären die kreditbasierten Verflechtungen allerdings in erheblichem Umfang die in der Finanzkrise beobachteten Ansteckungseffekte und die gravierenden Auswirkungen der Krise.⁵⁸⁹

1747. Freilich besteht das Risiko, dass eine auf die Förderung des Kapitalmarktgeschäfts ausgerichtete Regulierung das Kreditgeschäft ungerechtfertigt benachteiligt, nämlich insoweit, als es sich im konkreten Fall um ein stabiles und relativ krisenresistentes Geschäft handelt. Dies dürfte insbesondere für das Geschäft kleinerer Institute gelten (z. B. private Regionalbanken, Sparkassen, örtliche Genossenschaftsbanken). Das Geschäft dieser Banken baut i. d. R. auf langfristig angelegten Geschäftsbeziehungen und guten Kenntnissen der örtlichen Gegebenheiten auf, sodass eine besonders breite Datenlage zur Beurteilung der finanziellen Situation des Schuldners zur Verfügung steht. Außerdem setzen die Kunden solcher Banken die Kredite meist in einem eher überschaubaren Marktzusammenhang ein als Kunden im Firmenkundengeschäft.

1748. Die Bevorzugung des Kapitalmarktgeschäfts zeigt sich insbesondere in der Eigenmittelregulierung, in der Handelsbuchpositionen im Vergleich mit Positionen im Bankenbuch tendenziell bevorteilt werden. Dies erscheint nicht ohne Weiteres unproblematisch, da offenbar zwei Drittel der Nettoverluste in der Krise Handelsbuchpositionen zuzurechnen waren.⁵⁹⁰ Zwar wurden nach Basel III die Risikogewichtungen für Handelsbuchpositionen erhöht. Jedoch wurde auch das traditionelle Kreditgeschäft deutlich höheren Eigenkapitalanforderungen unterworfen, und zwar auch bspw. hinsichtlich der Anforderungen für KMU-Kredite, die in der Finanzkrise keine Rolle spielten (z. T. abweichend in der EU). In Bezug auf komplexere Produkte des Kapitalmarktgeschäfts erscheinen die Risikogewichtungen vergleichsweise niedrig.

⁵⁸⁸ Ausführlich Hammerschmidt, R., Wettbewerbsverzerrungen im Bankenmarkt 1. Aufl., Baden-Baden 2000.

⁵⁸⁹ Vgl. Feldkircher, M., The Determinants of Vulnerability to the Global Financial Crisis 2008 to 2009. Credit Growth and Other Sources of Risk, Journal of International Money and Finance 43, 2014, S. 19-49.

⁵⁹⁰ Vgl. Erlebach, J./Grasshoff, G./Berg, T., Die Effekte von Basel III, Die Bank 10/2010, 54 (Untersuchung der Ex-post-Verluste bei 150 Banken in den EU-15, der Schweiz und Nordamerika).

1749. Auch die Liquiditätsvorgaben bevorzugen Kapitalmarktanlagen (Wertpapieranlagen) zulasten der direkten Kreditvergabe. So ist im Rahmen der langfristigen Refinanzierungskennziffer NSFR vorgesehen, die Laufzeiten von Krediten an Laufzeiten vorhandener Einlagen bzw. Refinanzierungen zu koppeln. Dabei werden Unternehmensanleihen je nach Restlaufzeit zu 0 Prozent bzw. 50 Prozent auf die langfristig erforderliche Refinanzierung angerechnet, während bspw. ein KMU-Kredit je nach Laufzeit zu 85 Prozent bzw. zu 100 Prozent angerechnet wird.

1750. Innerhalb der Regulierung für kapitalmarktgehandelte Finanzinstrumente bestehen nach Angaben von Marktteilnehmern allerdings ebenfalls Ungleichgewichte. Diese ergeben sich aus gesetzlichen Differenzierungen sowohl hinsichtlich der regulierten Unternehmen als auch hinsichtlich der Produktregulierung. Hinsichtlich der regulierten Unternehmen ist beispielhaft auf Nachteile zu verweisen, die nach Verbandsangaben im deutschen Recht für Wertpapierfirmen bestehen (z. B. im Emissions- und Finanzkommissionsgeschäft, bei den Anlegerentschädigungsregeln).⁵⁹¹ Produktbezogen ergeben sich Wettbewerbsverzerrungen insbesondere daraus, dass die verschiedenen Refinanzierungsmittel ungleich behandelt und bspw. Staatsanleihen gegenüber Covered Bonds bevorzugt und insbesondere Verbriefungen (vor allem RMBS⁵⁹²) benachteiligt werden. Staatsanleihen sind im Gegensatz zu Covered Bonds mit 0 Prozent zu gewichten, obwohl sie Bonitätsrisiken in sich tragen und ihre Marktwerte massiven Schwankungen ausgesetzt sein können.⁵⁹³ Verbriefungen werden aus Sicht von Marktteilnehmern regulatorisch und auch als Repo-Sicherheiten besonders stark benachteiligt. Verbriefungen können ähnliche Aufgaben wie Covered Bonds erfüllen, denn sie sind ebenfalls Anleihen, deren Bedienung durch die Forderungen einschließlich der dahinter stehenden Sicherheiten gedeckt sind. Verbriefungen erweitern allerdings den über Covered Bonds nutzbaren Deckungsstock, indem sie die Nutzung von anderen und sonst nicht marktfähigen (= illiquiden) Risiken als Sicherheit möglich machen. Anstelle der für Covered Bonds geltenden Beleihungsgrenzen tritt bei Verbriefungen die Subordination verbriefter Forderungen. Da bei Verbriefungen der Originator der Verbriefung nicht haftet, gewinnt der Asset Pool eine wesentlich höhere Bedeutung.

1751. Die Benachteiligung von Wertpapierfirmen dürfte auf das Interesse zurückzuführen sein, die heimischen Universalbanken gegen Wettbewerber mit angelsächsisch geprägtem Geschäftsmodell zu schützen. Sie widerspricht insoweit allerdings dem Ziel der Schaffung eines europäischen Finanzbinnenmarkts. Die Schlechterstellung von Verbriefungen ist zwar mit den Erfahrungen in der Finanzkrise zu erklären. Das bedeutet aber nicht ohne Weiteres, dass sie sachlich gerechtfertigt ist, denn die mit Verbriefungen verbundenen Risiken, die sich in der Krise materialisierten, folgten weniger aus der Technik der Verbriefung an sich, sondern vielmehr aus den verbrieften Risiken und aus Produkt- und Marktintransparenzen. Im Gegensatz zu US-Subprimeverbriefungen waren gerade deutsche Verbriefungsprodukte in der Krise auch durchaus erfolgreich. Eine fortgesetzte Benachteiligung von Verbriefungen birgt das Risiko, die volkswirtschaftliche Erholung nach dem Abflauen der europäischen Finanz- und Wirtschaftskrise zu gefährden.⁵⁹⁴ Die EZB hat allerdings eine zu begrüßende Initiative zur Revitalisierung des Verbriefungsmarktes gestartet.⁵⁹⁵

1752. Die Ungleichgewichte in der Regulierung führen zu einer Benachteiligung einzelner Marktteilnehmer und aus Sicht vieler Branchenvertreter zu einer Benachteiligung vor allem der kleineren Banken, die sich vor allem auf das traditionelle Einlagen- und Kreditgeschäft stützen und nur wenig Kapitalmarktgeschäft be-

⁵⁹¹ Der Unterscheidung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen nach EU-Recht entspricht im deutschen Recht die Unterscheidung zwischen Einlagenkreditinstituten und Finanzdienstleistungsinstituten bzw. Wertpapierhandelsbanken; siehe § 1 KWG.

⁵⁹² RMBS = Residential Mortgage Backed Securities.

⁵⁹³ Dazu siehe unten Abschnitt 5.6.2.

⁵⁹⁴ Vgl. Papadia, ZfgK 2011, 999 (1002 f.); Meisner/Renner, ZfgK 2012, 934 ff.; Marsh, A., Verschärfung der ABS-Konditionen birgt Risiken für Europa, Die Welt, 20. September 2013.

⁵⁹⁵ Daneben dürfte auch die neu vorgesehene strukturelle Liquiditätsquote (NSFR) die Attraktivität von Verbriefungen erhöhen.

treiben. Hinzu treten Komplexität und Umfang der Regulierung, die alle kleineren Finanzmarktteilnehmer (Banken und Nichtbanken) benachteiligen.

Kleinere Banken werden nach Ansicht von Branchenvertretern insbesondere durch die Eigenmittelregulierung übermäßig und in einer Weise belastet, die ihre Wettbewerbsfähigkeit schwächt. So kommt bspw. die Nutzung eigener Risikomodelle für kleinere Institute grundsätzlich von vornherein nicht in Betracht, sodass diese Institute auch nicht von den oftmals niedrigeren Risikogewichten des auf internen Beurteilungen basierenden Ansatzes (IRB-Ansatz) profitieren können.⁵⁹⁶ Ebenso wird die Zuordnung von Forderungen zur für kleine Banken zentralen Forderungsklasse „Mengengeschäft“ kritisiert, da sie große Institute bevorzuge. Allgemein ist die hohe Komplexität der Regulierung ein Problem, da sie zu einer Erhöhung der Fixkosten führt, welche gerade kleinere Institute belastet – namentlich dann, wenn solche Institute auf keine gemeinsamen Ressourcen im Rahmen einer Verbundgruppe zugreifen können.

Die hohe Belastung durch die Regulierung trifft nach Angaben von Branchenvertretern mittlerweile allerdings auch z. B. kleine Anbieter von Fonds und alternativen Anlagen.⁵⁹⁷ Es handelt sich insofern also um ein über den Bankensektor hinausgehendes Problem.

1753. Eine naheliegende Folge dieser regulatorischen Nachteile ist, dass kleinere Institute und Anbieter von Kapitalanlagen im Wettbewerb geschwächt werden und sich aus Geschäftsbereichen, in denen sie nur wenige Aktivitäten haben, zur Vermeidung regulatorisch bedingter Kosten zurückziehen. Eine solche Entwicklung wäre problematisch, da kleine Marktteilnehmer nicht ohne Weiteres riskantere Aktivitäten haben und die Offenheit der Märkte auch für Nischenanbieter für eine unverfälschte Wettbewerbsentwicklung unverzichtbar ist. Die kleineren Mitglieder der Verbundgruppen (Sparkassen, Genossenschaftsbanken) haben durch ihr auf die Regionalversorgung ausgerichtetes Geschäftsmodell und die verbreitete Präsenz in der Fläche auch eine stabilisierende Funktion innerhalb des deutschen Finanzsystems. Mit dem Rückzug kleiner Marktteilnehmer aus einzelnen Geschäftsbereichen würde zudem die Marktmacht großer Marktteilnehmer tendenziell verstärkt. Das würde dazu beitragen, dass diese Institute ein umfangreicheres Geschäftsvolumen an sich ziehen können, was auf die Dauer auch mit einer Konzentration von Risiken bei den großen Marktteilnehmern und folglich mit einer Vergrößerung von deren Systemrelevanz einhergehen könnte. Eine solche Entwicklung wäre stabilitäts- wie wettbewerbspolitisch bedenklich.

1754. Die Monopolkommission empfiehlt der Politik, die vorhandenen Spielräume zu nutzen, um einer einseitigen regulatorischen Bevorzugung der kapitalmarktbasierten Unternehmensfinanzierung entgegenzuwirken, soweit diese mit ungerechtfertigten, regulatorisch bedingten Wettbewerbsnachteilen insbesondere für kleine Institute einhergeht. Die Regulierung sollte dabei auch in Bezug auf die einzelnen Refinanzierungsmittel überprüft werden (insbesondere Staatsanleihen, Pfandbriefe, Verbriefungen). In diesem Zusammenhang dürfte es sich empfehlen, weitere Anreize zu setzen, um die Komplexität von Verbriefungsprodukten zu verringern (insbesondere in Bezug auf Mehrfachverbriefungen).

Darüber hinaus tritt die Monopolkommission dafür ein, dass die zuständigen Behörden die Finanzmärkte in Hinblick auf die Auswirkungen der Regulierung genau beobachten, insbesondere im Rahmen von Aufsichtsgesprächen und der allgemeinen Prüfungsbegleitung. Sollte dies aus Sicht der betroffenen Banken nicht genügen, ließe sich erwägen, dass Vertreter der Aufsichtsbehörden bei kooperierenden Banken die Umsetzung der Regulierung auch über einen angemessenen Zeitraum vor Ort begleiten.

Zuletzt begrüßt die Monopolkommission die Initiative aus dem Europäischen Parlament vom Ende 2013, die vorhandenen Regelungen auf ihre Wirksamkeit zu prüfen, bevor weitere Regulierungsschritte folgen (Aus-

⁵⁹⁶ Vgl. Art. 142 ff. VO 575/2013, ABl. EU L 176 vom 27. Juni 2013, S. 1.

⁵⁹⁷ So bestehen nach Verbandsstellungen bei Beteiligungs- und Fondsgesellschaften bereits Anzeichen für eine regulierungsbedingte Konzentration; dazu auch Hiller von Gaertringen, C., Regulierung beeinflusst Wettbewerb, FAZ, 26. Oktober 2013. Zur regulatorischen Belastung kleiner Banken siehe unten Abschnitt 3.8.1.

wirkungsstudie).⁵⁹⁸ Zumindest einige Zeit nach Einführung der essenziellen Regelwerke sollten die Auswirkungen aller neu eingeführten Regeln überprüft werden, um überflüssige und übermäßig belastende Regelungen zu streichen.

3.8.2 Wettbewerbsfähigkeit der deutschen und europäischen Marktteilnehmer schützen

1755. Die Weiterentwicklung der Regulierung muss auch der Tatsache Rechnung tragen, dass die Finanzmärkte teilweise über die europäischen Grenzen hinausreichen (globale Märkte) oder dass europäische Institute in nationalen Märkten auch außerhalb Europas tätig sind. Diesbezüglich ist es erforderlich, sachlich nicht gerechtfertigte Beeinträchtigungen der Wettbewerbsfähigkeit der heimischen Finanzmarktteilnehmer möglichst auszuschließen. Dabei ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Beseitigung der bestehenden impliziten Garantien einen unmittelbaren Wettbewerbsnachteil gegenüber solchen Wettbewerbern bedeutet, die weiter über eine solche implizite Garantie verfügen.

1756. Der Erhalt der Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Banken ist besonders wichtig im Verhältnis zu Instituten in den USA, mit denen die europäische Wirtschaft die stärksten finanzwirtschaftlichen Verbindungen außerhalb der EU unterhält. Inwieweit das zuvor genannte Wettbewerbsproblem im Verhältnis zu US-Banken besteht, ist angesichts der widersprüchlichen und oft nicht neutral wiedergegebenen Informationen über die impliziten Garantien und die regulatorische Belastung der US-Institute nur sehr schwer abzuschätzen. In der öffentlichen Berichterstattung wird der US-Bankensektor meist als weniger problembehaftet dargestellt als der europäische Bankensektor.

1757. Bei einer vergleichenden Stellungnahme zur Wettbewerbsfähigkeit europäischer und amerikanischer Institute ist zwischen den zunächst getroffenen Maßnahmen zur Bewältigung der Finanzkrise und der Neugestaltung des Finanzsystems mit Blick auf die Zukunft zu unterscheiden. Die USA haben es nach den verfügbaren Informationen besonders gut geschafft, die Finanzkrise in Bezug auf heimische Institute einzudämmen und zu bewältigen. Die dortigen Banken wurden im Rahmen von Zwangskapitalisierungen zwar weitergehenden Staatseingriffen zur Stabilisierung unterworfen als insbesondere die meisten betroffenen europäischen Banken. Diese – zeitlich begrenzten – Staatseingriffe haben jedoch das Vertrauen der Märkte nachhaltig gestärkt und es den amerikanischen Instituten ermöglicht, schnell Neugeschäft zu generieren, mit dem sie ihre Altlasten abtragen konnten.⁵⁹⁹ Die deutschen Banken dürften sich insofern selbst dadurch geschadet haben, dass sie die für die Kapitalverstärkung im Finanzmarktstabilisierungsgesetz (2008) vorgesehenen Möglichkeiten kaum genutzt haben.

1758. Allerdings ist in den USA weiter eine Reihe von Großbanken tätig, die nach Marktbeobachtern über umfangreichere implizite Garantien verfügen als ihre europäischen Wettbewerber. So wurden systemrelevante Institute in der Krise zur Stabilisierung fusioniert, was die systemische Bedeutung der übernehmenden Einheiten eher noch erhöht haben dürfte.⁶⁰⁰ Die größten fünf US-Bankengruppen kontrollieren mittlerweile Vermögenswerte im Umfang von mehr als der Hälfte des US-Bruttoinlandsprodukts.⁶⁰¹

⁵⁹⁸ Vizepräsident Karas, Europäisches Parlament, wie zitiert in: Osman, Y., Zu viel – und zu komplex, Handelsblatt, 6. November 2013. Eine sehr frühe erste Auswirkungsstudie hat die Europäische Kommission am 15. Mai 2014 vorgelegt, dabei allerdings deren Vorläufigkeit unterstrichen; siehe EU-Kommission, Commission Staff Working Document, Economic Review of the Financial Regulation Agenda, SWD(2014) 158 final vom 15. Mai 2014. Solche Auswirkungsstudien sind zumindest teilweise auch durch Klauseln in den neuen Regelwerken gewährleistet, die eine regelmäßige Überprüfung der jeweiligen Regeln vorsehen.

⁵⁹⁹ Siehe Grasshoff, G. u.a., Global Risk 2013-2014: Breaching the Next Banking Barrier, The Boston Consulting Group, 19. November 2013, S. 5 ff.; ferner Joyce, J.P., Bank Lending: Too Much of a Good Thing?, EconoMonitor, 17. März 2014 zu den US-Hilfen, die europäischen Banken zugutekamen. Nach dem Dodd-Frank Act (Sec. 214) dürfen US-Banken qua Gesetz nicht mehr staatlich gestützt werden.

⁶⁰⁰ Zwar hat die amerikanische Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC) zwischen 2008 und 2012 bei 465 Banken Abwicklungsverfahren eröffnet, doch betrafen diese Verfahren vorwiegend kleine Institute, die nicht systemrelevant gewesen sein dürften. Dazu vgl. Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Gegen eine rückwärtsgewandte Wirtschaftspolitik, a. a. O., Tz. 367.

⁶⁰¹ Vgl. Hoenig, T.M., Rede bei der National Association for Business Economics, a. a. O.

Außerdem halten die US-Banken gemessen an der Risikogewichtung unter Basel II im Schnitt deutlich riskantere Aktiva als ihre europäischen Wettbewerber.

1759. An dieser Situation hat die zunehmende Regulierung auch auf US-Seite offenbar nichts Wesentliches geändert. Die Möglichkeit der Abwicklung einer US-amerikanischen Großbank nach den Abwicklungsregeln des Dodd-Frank Act wird eher skeptisch beurteilt, ebenso die Wirksamkeit der sogenannten Volcker-Regel zur Abtrennung bzw. Einstellung des Eigenhandels.⁶⁰² Die mit Derivaten verbundenen Risiken sind für die Aufsichtsbehörden nur sehr eingeschränkt abschätzbar, was nicht zuletzt daran liegen dürfte, dass die US-Bilanzierungsstandards den danach bilanzierenden Banken ein weitaus stärkeres Netting der Derivatepositionen als die herkömmlichen europäischen Bilanzierungsstandards erlauben. Außerdem ist die Risikoberichterstattung der internationalen Großbanken von außen nur schwer nachzuvollziehen.⁶⁰³

1760. Eine Verminderung von Wettbewerbsnachteilen für die europäischen Banken dürfte sich auf die Dauer nur durch eine stärkere internationale Konvergenz in der Regulierung erreichen lassen. Für die Zwischenzeit ist dem Ansatz der US-Behörden zuzustimmen, die Auslandsbanken strikten Eigenmittelvorgaben zu unterwerfen, um sicherzustellen, dass ein ausreichender Kapitalpuffer in Anbetracht der systemischen Bedrohung durch diese Banken für den amerikanischen Finanzmarkt verfügbar ist. Die Monopolkommission empfiehlt ein entsprechendes Vorgehen in der EU.

3.8.3 Einer weiteren Fragmentierung der Finanzmärkte entgegenwirken

1761. Die Monopolkommission sieht schließlich die zunehmende Fragmentierung der europäischen und weltweiten Finanzmärkte mit Sorge. In der Finanzkrise zogen sich viele europäische Banken auf ihre Heimatmärkte zurück, teils um sich aus eigenem Antrieb auf das Heimatgeschäft zu konzentrieren, teils weil sie dies als Gegenleistung für staatliche Beihilfen zugesagt hatten. Die Regulierung zur Eindämmung der Krise hat in einigen Bereichen zeitweise zur weiteren Fragmentierung der Finanzmärkte beigetragen. Bei der Weiterentwicklung dieser Regulierung sind einzelstaatliche und grenzüberschreitend relevante Interessen miteinander in Ausgleich zu bringen, und zwar sowohl auf der europäischen wie auf der internationalen Ebene.

1762. Auf der europäischen Ebene standen bisher die Stabilisierung der Finanzmärkte und eine Entlastung der mitgliedstaatlichen Steuerzahler vor weiteren Haftungsrisiken im Vordergrund. Dabei bestand ein Interesse daran, die Rahmenbedingungen möglichst schnell zu verbessern, um die Risiken für den Fall eines Wiederaufflammens der Krise möglichst gering zu halten. Damit gab es Argumente dafür, dass einzelne Mitgliedstaaten mit der Regulierung vorangehen, was mehrere Mitgliedstaaten – nicht zuletzt Deutschland – insbesondere bei für die Wähler populären Regelungen auch getan haben (Stichworte: Trennbankregelungen, Finanztransaktionssteuer). Demgegenüber bestand jedoch die Gefahr, dass eine dauerhaft nicht aufeinander abgestimmte Regulierung die Fragmentierung der europäischen Finanzmärkte weiter vertiefen und die natürliche Entwicklung des europäischen Finanzbinnenmarktes nachhaltig schädigen könnte.

1763. In den Jahren seit Ausbruch der Finanzkrise ist der Umfang grenzüberschreitender Finanzaktivitäten in der EU tatsächlich zurückgegangen (vgl. Abbildung VI.5).

⁶⁰² Vgl. Johnson, S., The Myth of a Perfect Orderly Liquidation Authority for Big Banks, Economix Blog, NY Times, 16. Mai 2013; Easton, R., The Volcker Rule: Hedge-trimming, The Economist, 14. Dezember 2013.

⁶⁰³ Letzteres gilt allerdings auch für europäische Institute; siehe Hartmann, W., Risikotransparenz von Banken bleibt undurchsichtig, Börsen-Zeitung, 18. April 2014 (zur Berichterstattung von EU- und US-Großbanken).

Abbildung VI.5: Grenzüberschreitende Finanzkapitalströme im Euroraum (intra und extra Zu- und Abflüsse in Prozent des BIP)



Quellen: Eigene Berechnung und Darstellung. Zu Daten vgl. International Monetary Fund (IMF), <http://dsbb.imf.org/Pages/SDDS/CtgCtyList.aspx?catcode=BOP00&catname=Balance+of+payments>, Abruf am 7. Mai 2014. Grenzüberschreitende Finanzkapitalströme umfassen alle Transaktionen sowohl zwischen einem Mitgliedsstaat und einem Nicht-Mitgliedsstaat des Euroraums wie auch zwischen Mitgliedsstaaten des Euroraums. Finanzkapitalströme umfassen Transaktionen, differenziert nach Zu- und Abflüssen zu bzw. von einem Mitgliedsstaat des Euroraums, betreffend Direktinvestitionen, Wertpapieranlagen, Finanzderivate, andere Investitionen und Währungsreserven; vgl. etwa ECB, Euro area cross-border financial flows, Monthly Bulletin, February 2012, S. 110. Daten zu Transaktionen und zum BIP wurden im Zuge von Neubetritten zum Währungsgebiet sukzessiv erweitert (wechselnde Zusammensetzung)

1764. Die dauerhafte Fragmentierung des Finanzbinnenmarkts wird durch die Errichtung einer Bankenunion, primär unter Mitgliedstaaten der Euro-Zone, sowie durch die Entwicklung eines einheitlichen Regelwerks („single rulebook“) und einer weitergehenden Harmonisierung der Aufsichtsregeln unwahrscheinlicher. Die Aufsichtsstandards in der EU sind inzwischen in vielen Bereichen harmonisiert. Der Umfang nationaler Sonderregelungen vermindert sich tendenziell. In vielen Bereichen hat die EU-Regulierung überhaupt erst einheitliche oder zumindest vergleichbare Wettbewerbsbedingungen geschaffen. Das Problem der Finanzmarktfragmentierung innerhalb der EU dürfte somit zurückgehen.

1765. Auf internationaler Ebene besteht jedoch die Gefahr, dass die Fragmentierung der Finanzmärkte anhält oder sich noch verstärkt und mithin die Bemühungen um eine Reduzierung impliziter Garantien behindert. Dabei ist zu bedenken, dass die systemrelevanten Banken und anderen Finanzmarktakteure, die bislang im Fokus staatlicher Maßnahmen standen, im Regelfall auf grenzüberschreitenden Märkten tätig sind. Eine nicht aufeinander abgestimmte Regulierung erhöht unter solchen Umständen einerseits den Aufwand für die betroffenen Unternehmen und kann andererseits Risikokonzentrationen in einzelnen Regionen begünstigen, wodurch sich insgesamt die systemischen Risiken erhöhen. Eine solche Entwicklung droht zurzeit sehr konkret aufgrund der noch nicht abgestimmten Zulassungsvoraussetzungen für EU- und US-Unternehmen, die essenzielle Marktinfrastrukturen bereitstellen, insbesondere multilaterale Handelssysteme (Multilateral Trading Facilities – MTF).⁶⁰⁴ Abgesehen von den genannten Risiken trifft die internationale Durchsetzung der jeweiligen Regelungen auf Schwierigkeiten, oder es kommt zu Regulierungsarbitrage.⁶⁰⁵ Im schlechtesten

⁶⁰⁴ Dazu vgl. die Verhandlungen zwischen der EU und den USA im Berichtszeitraum über ein Abkommen betreffend Derivate; dazu U.S. CFTC, Pressemitteilungen vom 11. Juli 2013, PR6640-13, und 12. Februar 2014, PR6857-14.

⁶⁰⁵ Dazu siehe Tz. 1546., 1644., 1652., 1655., 1702., 1735. ff. Derartige Begleitwirkungen müssen allerdings nicht negativ sein – so zwingt bspw. die uneinheitliche Umsetzung von Basel III die international tätigen europäischen Banken, auch relativ hohe US-Eigenkapitalanforderungen einzuhalten, was die Widerstandsfähigkeit dieser

Fall werden Finanzdienstleistungen aufgrund von uneinheitlicher bzw. unabgestimmter Regulierung gar nicht mehr angeboten, obwohl für sie Bedarf besteht.

1766. Die Reform der weltweiten Finanzmarktregulierung ist inzwischen teilweise ins Stocken geraten. Die globale Systemrelevanz einiger weltweit tätiger Banken hat dagegen noch zugenommen.⁶⁰⁶ Mit dem Zurücktreten der Krise wird die Fortsetzung des Reformprozesses auch deshalb schwieriger, weil für die Politik in den Mutterländern auswärtiger global systemrelevanter Banken unter Umständen kein ausreichender Anreiz besteht, die Systemrelevanz ihrer Banken zu vermindern.

1767. Die Monopolkommission begrüßt vor diesem Hintergrund die grundsätzliche Entschlossenheit der Bundesregierung, dauerhaft eine führende Rolle bei der Entwicklung von Regulierungskonzepten einzunehmen und international für die Fortführung der Reform der Finanzmärkte zu werben. Allerdings sieht sie nationale Alleingänge bei der künftigen Weiterentwicklung der Regulierung zur Problematik der systemisch bedingten Wettbewerbsverzerrungen kritisch. Solche Alleingänge dürften nur dann zu rechtfertigen sein, wenn sie Maßnahmen betreffen, die dazu beitragen, implizite Garantien unmittelbar zu neutralisieren (z. B. durch erhöhte Eigenkapitalpuffer, Sicherungssysteme).⁶⁰⁷

3.9 Zwischenergebnis

1768. Die Monopolkommission erkennt an, dass die deutsche Politik seit dem Ausbruch der Finanzkrise einen wichtigen Beitrag zur Stabilisierung des europäischen Finanzsystems geleistet und sich gegen eine fiskalpolitisch fragwürdige Mithaftung der Steuerzahler für Bankenschulden in anderen EU-Mitgliedstaaten eingesetzt hat. Sie sieht nun den Zeitpunkt gekommen, diese kurzfristigen Zielsetzungen mit den längerfristigen Zielen der Wettbewerbspolitik auszutarieren.

1769. Die in der Krise zutage getretenen systemischen Gefahren sind auf systemische Wettbewerbsverzerrungen zurückzuführen. Einzelne Banken (und andere Finanzmarktakteure) können von einer impliziten Staatsgarantie profitieren, wenn sie wegen der Ansammlung von Risiken von den anderen Marktteilnehmern als systemrelevant angesehen werden und deshalb nicht mehr aus dem Markt scheiden dürfen (= Bestandsgarantie). Die Finanzkrise hat gezeigt, dass diese implizite Garantie ein Wettbewerbsvorteil ist. Dieser Vorteil wurde nach nationalem Recht bislang nicht abgeschöpft. Die Europäische Kommission hat in ihren Entscheidungen über die in der Krise geleisteten Bankenbeihilfen allerdings durchgesetzt, dass nicht nur für die geleisteten Beihilfen, sondern auch für die implizite Bestandsgarantie ein Ausgleich zu leisten war.

1770. Die neuere Bankenregulierung soll verhindern, dass erneut staatliche Beihilfen aufgrund der Inanspruchnahme impliziter Garantien erforderlich werden. Sie soll die bestehenden impliziten Garantien neutralisieren und den Neuaufbau von Risiken, die in solche Garantien münden, erschweren.

1771. Als das wohl wirksamste Mittel zur Neutralisierung von impliziten Garantien befürwortet die Monopolkommission die Errichtung eines Abwicklungsmechanismus. Diesbezüglich ist mittlerweile sowohl auf EU-Ebene als auch auf nationaler Ebene ein wichtiger erster Schritt getan. Positiv ist die enge Verknüpfung mit den Regeln über das EU-Beihilfverfahren hervorzuheben. Der Abwicklungsmechanismus wird jedoch die mit ihm verknüpften Erwartungen nur dann erfüllen können, wenn bei Ausbruch der nächsten Krise hinreichend durch die Marktteilnehmer kapitalisierte Finanzierungsquellen zur Verfügung stehen (Sicherungssysteme, Abwicklungsfonds) und wenn das staatliche Ermessen hinsichtlich einer Haftungsfreistellung für einzelne Marktteilnehmer auf ein Minimum vermindert ist. Aus Sicht der Monopolkommission ist dazu eine laufende Überprüfung und Weiterentwicklung der bestehenden Abwicklungs- und Restrukturierungsmechanismen erforderlich.

Banken gegen systemische Risiken insgesamt erhöht.

606 Laeven, L./Ratnovski, L./Tong, H., Bank Size and Systemic Risk, IMF Staff Discussion Note SDN/14/04, Mai 2014, S. 7 ff.

607 Vgl. oben Tz. 1555., 1584. f.

1772. Demgegenüber erscheinen die in der Politik favorisierten Trennbankenregeln als Symbolpolitik von zweifelhaftem Nutzen. Die Weiterentwicklung der gesetzlichen Einlagensicherung, welche eine notwendige Ergänzung der privaten Sicherungssysteme darstellt, kann hingegen einen wirksamen Beitrag zur Verminderung impliziter Garantien leisten.

1773. Die Eigenkapitalregeln sind das Kernstück der Regulierung zur Erschwerung des Aufbaus von Risiken, die in eine implizite Garantie münden können. Zu bedauern ist, dass Deutschland sich im Rahmen der Reform der Eigenmittelvorgaben zunächst für eine sogenannte Maximalharmonisierung und damit dagegen eingesetzt hat, dass einzelne Mitgliedstaaten schärfere Regeln einführen. Die nunmehr geltenden Eigenkapitalregeln stellen zwar einen Schritt in die richtige Richtung dar, sind aus Sicht der Monopolkommission aber weiterhin viel zu niedrig.

1774. Liquiditätsvorgaben wirken im Fall von krisenverstärkenden (prozyklischen) Verhaltensweisen präventiv dagegen, dass der Markt austrocknet und implizite Garantien in Anspruch genommen werden. Die Einführung einer Mindestliquiditätsquote in der EU ist grundsätzlich zu begrüßen, ihre Ausgestaltung allerdings wettbewerbspolitisch problematisch. Die geplante strukturelle Liquiditätsquote wirft derzeit noch eine Reihe von Fragen auf.

1775. Die bestehenden Eigenkapital- und Liquiditätsregeln müssen durch spezielle Regeln für sogenannte Hebelfinanzierungen auf den Geld- und Kapitalmärkten ergänzt werden. Als Hebelfinanzierungen lassen sich Geschäfte wie z. B. Wertpapierleih- und -pensionsgeschäfte und Derivategeschäfte zusammenfassen.⁶⁰⁸ Die Monopolkommission befürwortet insofern die konsequente Umsetzung der Empfehlung, welche die Liikanen-Kommission als Alternative zu ihrem Trennbankenvorschlag vorgelegt hatte. Diese Empfehlung sieht eine allgemeine Risikobegrenzung über nicht-risikogewichtete Eigenkapitalvorgaben für Handelsaktiva vor. Daneben sollen die Aufsichtsbehörden die Befugnis haben, die Abtrennung riskanter Handelsgeschäfte im Einzelfall zu verlangen. Im Übrigen erscheint eine Mischung risikobegrenzender bzw. Transparenz schaffender Regelungen und ein auf den Einzelfall hin angepasstes behördliches Vorgehen sinnvoll, wie es unter anderem vom Finanzstabilitätsrat empfohlen wird.

1776. Die Auswirkungen der Boniregulierung als flankierender Maßnahme sind abzuwarten. Die geplante Finanztransaktionssteuer ist kritisch zu sehen, insbesondere wenn die Steuer nicht antizyklisch ausgestaltet werden sollte. Als Alternative hierzu wäre die Einführung einer Finanzstabilitätsabgabe zu erwägen, wie sie der Internationale Währungsfonds ins Spiel gebracht hat. Strafsanktionen sollten am eigentlichen Problem ansetzen, nämlich der Ausnutzung von impliziten Garantien, und nicht nur – wie gegenwärtig – am Verstoß gegen administrative Vorgaben.

1777. Als weiteres Instrument zur Begrenzung des Aufbaus systemischer Risiken regt die Monopolkommission in Anlehnung an das Kartellrecht die Einführung einer Finanzfusionskontrolle für Übernahmen an, die eine systemrelevante Stellung begründen oder verstärken.

1778. Aus Sicht der Monopolkommission ist es dringend erforderlich, dass die Transparenz auf den Finanzmärkten in kohärenter Weise erhöht wird, um den Behörden und den Marktteilnehmern die bessere Bewertung von Risiken zu ermöglichen. Die einseitige Zuweisung immer neuer Einzelkompetenzen an die Behörden ist dagegen kritisch zu sehen.

1779. Die Entwicklung der Schattenbankenregulierung bleibt abzuwarten. Die bisherigen Ansätze sieht die Monopolkommission positiv.

⁶⁰⁸ Diese Arten von Geschäften werden aufgrund ihrer eingeschränkten Erfassung durch den bestehenden Regelungsrahmen auch als „Schattenbankgeschäfte“ bezeichnet. Dies ist mag insofern missverständlich sein, als dass es sich um keine Geschäfte (gerade) von Schattenbanken handelt.

1780. Das hier untersuchte Regelungsgerüst kann dazu beitragen, die mit impliziten Garantien verbundenen systemischen Wettbewerbsverzerrungen zu reduzieren. Bei der Ausgestaltung des Regelungsgerüsts sollte die Politik die vorhandenen Spielräume nutzen, um einer einseitigen regulatorischen Bevorzugung der kapitalmarktbasierten Unternehmensfinanzierung entgegenzuwirken, soweit diese mit ungerechtfertigten regulatorisch bedingten Wettbewerbsnachteilen insbesondere für kleine Institute einhergeht. Die internationale Regulierungskonvergenz ist zu stärken, um die Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Finanzmärkte zu fördern und einer weiteren Zersplitterung der Finanzmärkte entgegenzuwirken. Dabei sollten im internationalen Vergleich weitergehende nationale Maßnahmen möglich bleiben.

4 Die Drei-Säulen-Struktur des deutschen Bankensystems

4.1 Überblick

1781. Die im deutschen Bankensystem tätigen Institute werden üblicherweise nach ihrer Rechtsform drei Gruppen zugeordnet. Daraus ergibt sich die sogenannte Drei-Säulen-Struktur, in der die privaten Geschäftsbanken die erste, die öffentlich-rechtlichen Banken die zweite und die Genossenschaftsbanken die dritte Säule bilden.⁶⁰⁹

1782. Die Monopolkommission hat Bedenken, dass die Drei-Säulen-Struktur des deutschen Bankensystems in einigen Bereichen zu Wettbewerbsverzerrungen führt. Dabei ist nicht zu verkennen, dass die Drei-Säulen-Struktur als solche erheblich zur Systemstabilität des deutschen Bankwesens beiträgt, dass das deutsche Bankensystem leistungsfähig und in vielen Bereichen wettbewerbsintensiv ist und dass es dadurch eine in weiten Teilen zufriedenstellende Versorgung der Verbraucher mit Bankdienstleistungen gewährleistet.⁶¹⁰ Ein Anzeichen für strukturelle Verkrustungen des deutschen Bankensystems kann gleichwohl im sogenannten „Overbanking“ gesehen werden, das von grundsätzlich allen Banken und Aufsichtsbehörden anerkannt wird. Dabei besteht weitgehend Einigkeit, dass das eigentliche Problem in Ineffizienzen besteht und es nicht darum gehen kann, einzelnen Instituten oder ganzen Institutsgruppen die Existenzberechtigung abzusprechen. Der Begriff Overbanking ist insofern unglücklich gewählt.⁶¹¹

1783. Die feststellbaren Ineffizienzen im deutschen Bankwesen beruhen aus Sicht der Monopolkommission auf einer nicht immer marktkonformen und teilweise künstlichen Abgrenzung der drei Banksäulen untereinander sowie auf erstarrten Strukturen insbesondere innerhalb der öffentlichen Säule des deutschen Bankensystems. Es ist auffällig, dass die Gruppe der öffentlichen Banken zwar vielfach im Wettbewerb mit anderen Banken aggressiv auftritt, Wettbewerbsvorstöße und insbesondere Vorstöße mit innovativen Geschäftsmodellen innerhalb der Gruppe aber tendenziell in einem geringeren Umfang, als in den anderen beiden Bankengruppen, festzustellen sind. Eine Ausnahme bilden die Landesbanken sowie die Freien Sparkassen, die nicht unter der Trägerschaft oder Kontrolle einer öffentlichen Gebietskörperschaft stehen. So dürfte es kein Zufall sein, dass es gerade diese Institute waren, die den Verbrauchern als Erste innerhalb der Gruppe ein Direktbankangebot in größerem Umfang zur Verfügung gestellt haben (1822direkt, DKB). Die Haspa hat zudem längere Zeit versucht, mit ihrem Angebot über verschiedene Wege in die größere Metropolregion um die Hansestadt Hamburg zu expandieren. Das Bundeskartellamt hat zwar die Übernahme der KSK Lauenburg durch die Haspa im Berichtszeitraum untersagt, weil die neue Unternehmenseinheit eine

⁶⁰⁹ Siehe oben Abschnitt 2.2.1, insb. Tz. 1337.; ausführlich Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Das deutsche Finanzsystem: Effizienz steigern – Stabilität erhöhen, a. a. O., Tz. 140 ff.

⁶¹⁰ Insofern ist hervorzuheben, dass auch die privaten und staatlichen Förderbanken als i. d. R. außerhalb des Wettbewerbs agierender Teil des deutschen Bankensystems einen wichtigen Anteil an der Stabilisierung der deutschen Wirtschaft in der Finanz- und Wirtschaftskrise hatten.

⁶¹¹ Siehe Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Erfolge im Ausland - Herausforderungen im Inland, Jahresgutachten 2004/2005, Tz. 378 ff.; ders., Das deutsche Finanzsystem: Effizienz steigern - Stabilität erhöhen, a. a. O., Tz. 150 ff. für eine genauere Analyse der Effizienzprobleme im deutschen Bankensystem.

marktbeherrschende Stellung gewonnen hätte.⁶¹² Dabei ging es aber nicht darum, die Wettbewerbsaktivitäten der Haspa einzudämmen, sondern vielmehr darum, diesen Wettbewerb im Kundeninteresse gegen eine Vermachtung der Märkte, auf denen die Haspa tätig ist, zu schützen. Die Monopolkommission unterstützt die Sicht des Bundeskartellamtes in jener Entscheidung.

1784. Die größten Risiken für den Wettbewerb innerhalb der Verbundstruktur sieht die Monopolkommission darin, dass die Ziele der Daseinsvorsorge und die zum Erreichen dieser Ziele zulässigen Mittel in den Gesetzen und Satzungen, die das öffentliche Bankwesen regeln, nicht klar bzw. unzutreffend voneinander unterschieden werden. Daseinsvorsorge⁶¹³ und Wettbewerb stehen grundsätzlich nicht im Gegensatz zueinander.⁶¹⁴ Die sozialstaatlichen Ziele, denen sich die öffentliche Hand zu Recht verpflichtet fühlt, können im Wettbewerb sogar häufig auf eine besonders effiziente Weise erreicht werden. Dem entspricht es, dass die öffentlichen Banken ihre Gemeinwohlaufgaben grundsätzlich im Wettbewerb erfüllen. Fehler bei der Festlegung der zu verfolgenden Ziele oder der zulässigen Mittel können allerdings zu Wettbewerbsverzerrungen führen, und zwar nicht nur innerhalb der öffentlichen Banksäule, sondern insbesondere auch im Wettbewerb zwischen den drei Bankensäulen. Daneben können Fehler bei der Festlegung der zulässigen Ziele oder Mittel mit Verstößen gegen die Grundfreiheiten anderer Marktteilnehmer einhergehen (Art. 45, 49, 63 AEUV). Es bestehen Anhaltspunkte dafür, dass die überkommenen Strukturen im deutschen Bankwesen bereits zu Verstößen gegen bestehendes Recht geführt haben oder zumindest das Risiko solcher Verstöße nicht von der Hand zu weisen ist.⁶¹⁵

1785. Die Monopolkommission regt an, die durch die allgemeinen Bemühungen um eine bessere Bankenregulierung eröffnete Gelegenheit zu nutzen und die nachfolgend identifizierten Wettbewerbsprobleme proaktiv anzugehen. Durch politisches Handeln in Kooperation mit den Kartellbehörden besteht die Möglichkeit, auf die Gestaltung der Wettbewerbssituation auf den Bankmärkten positiv Einfluss zu nehmen. Ein solches Vorgehen dürfte auch Erfolg versprechender sein als ein strikt konfrontativer Ansatz, wie er früher etwa bei der Verteidigung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung gewählt wurde.

4.2 Öffentlicher Auftrag der Staatsbanken ist klarer zu fassen

1786. Die Monopolkommission erkennt grundsätzlich die besondere Bedeutung der staatlichen Banken innerhalb des deutschen Bankensystems an, hält aber eine genauere Definition des öffentlichen Auftrags dieser Banken für erforderlich. Insbesondere sollte klargestellt werden, in welchem Verhältnis der öffentliche Auftrag und die wirtschaftliche Tätigkeit der staatlichen Banken zueinanderstehen.

1787. Der öffentliche Auftrag bezeichnet den Unternehmenszweck der staatlichen Banken und ist für sie mithin von zentraler Bedeutung. Banken, die als Anstalten des öffentlichen Rechts organisiert sind, beziehen aus diesem Auftrag im Grunde ihre Existenzberechtigung. Der öffentliche Auftrag besteht für den Zuständigkeitsbereich und das Gebiet des jeweiligen Trägers.

1788. Der öffentliche Auftrag wird durch die Politik gesetzlich und (vom Gesetz abgeleitet) in den Banksatzungen definiert. Innerhalb eines Rahmens, der durch das Grundgesetz und das europäische Recht gesetzt wird, ist der Gesetzgeber frei, wie er den öffentlichen Auftrag definiert. Der Gesetzgeber kann somit öffentliche Aufgaben festlegen, die auch private Banken anstelle der staatlichen Banken erfüllen können – ohne dass sie für die privaten Banken allerdings Unternehmenszweck sind (z. B. Förderung des Spar-

⁶¹² Vgl. BKartA, Beschluss vom 28. Februar 2012, B4-51/11.

⁶¹³ Daseinsvorsorge umfasst nach herkömmlicher Definition „[a]lles, was von Seiten der Verwaltung geschieht, um die Allgemeinheit oder nach objektiven Merkmalen bestimmte Personenkreise in den Genuss nützlicher Leistungen zu versetzen“; siehe Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 10. Aufl. 1973, S. 373. Enger allerdings die Definition des Bundesverfassungsgerichts, vgl. etwa BVerfG, Urteil vom 20. März 1984, 1 BvL 28/82, BVerfGE 66, 248, 258.

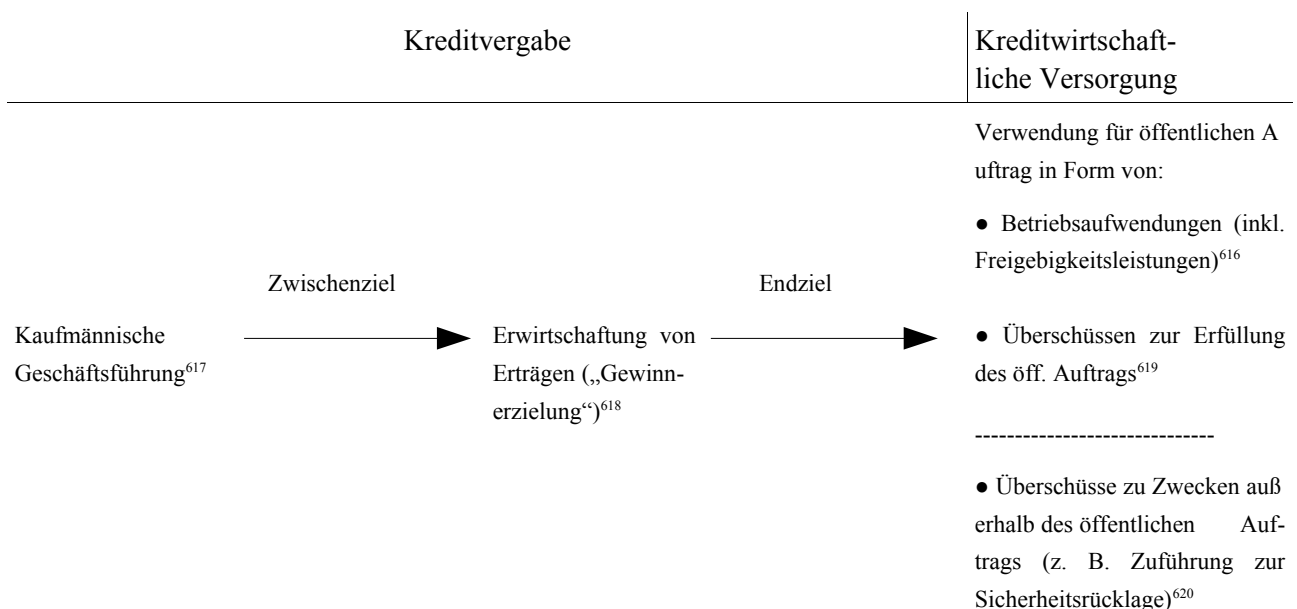
⁶¹⁴ BVerfG, Urteil vom 30. Juni 2009, 2 BvE 2/08 – Vertrag von Lissabon, BVerfGE 123, 267, Rz. 392 ff.

⁶¹⁵ Vgl. Abschnitte 4.3-4.5.

gedankens oder des Wettbewerbs). Im deutschen Recht gibt es auch keine Vorgabe, dass den öffentlichen Auftrag nur solche Zielsetzungen ausmachen könnten, die von privaten Unternehmen nicht besser erfüllt werden können (Subsidiarität). Derartige Vorgaben gibt es nur im europäischen Recht, soweit der öffentliche Auftrag als Rechtfertigung für eine wettbewerbliche Sonderstellung der öffentlichen Banken herangezogen wird (Art. 106 Abs. 1, 2 AEUV).

1789. Die Gewinnerzielung ist kein Bestandteil des öffentlichen Auftrags. Die Tätigkeit zur Gewinnerzielung ist keine Erfüllung von öffentlichen Aufgaben, sondern privatwirtschaftliche Tätigkeit. Das bedeutet allerdings nicht, dass die staatlichen Banken bei ihrer Geschäftstätigkeit keinerlei erwerbswirtschaftliche Ziele verfolgen. Denn sie verfügen über eine kaufmännische Geschäftsführung und nehmen wie private Unternehmen am Wirtschaftsverkehr teil (vgl. z. B. § 2 Abs. 3 SpkG NW), um so die Mittel zur Erfüllung ihres öffentlichen Auftrags zu erwirtschaften. Die folgende Abbildung VI.6 veranschaulicht beispielhaft das typische Normengefüge, das in den Sparkassengesetzen für die Kreditvergabe festgelegt ist, durch die der öffentliche Auftrag einer ausreichenden kreditwirtschaftlichen Versorgung erfüllt wird.

Abbildung VI.6: Kreditvergabeprozess für öffentliche Aufträge



Quelle: Eigene Darstellung

1790. Der öffentliche Auftrag wirkt auf die Art und Weise zurück, wie die staatlichen Banken nach ihrem Selbstverständnis ihre erwerbswirtschaftliche Tätigkeit ausgestalten. Diese Tätigkeit umfasst vorzugsweise Geschäfte, durch die zugleich öffentliche Aufgaben erfüllt werden. Umgekehrt können sich aus dem öffentlichen Auftrag auch mögliche Beschränkungen dahin gehend ergeben, dass Banken Geschäfte nicht anbieten oder durchführen, die mit dem öffentlichen Interesse nicht vereinbar sind.

1791. Der öffentliche Auftrag ist wettbewerbsrechtlich nicht relevant, wenn die staatlichen Banken bei seiner Erfüllung nicht wirtschaftlich tätig werden. Das kann z. B. der Fall sein, soweit sich solche Institute in der Kultur- und Sportförderung engagieren.

⁶¹⁶ Siehe z. B. § 31 Abs. 1 SpG BW.

⁶¹⁷ Siehe z. B. § 2 Abs. 3 S. 1 SpkG NW.

⁶¹⁸ Siehe z. B. § 2 Abs. 3 S. 2 SpkG NW.

⁶¹⁹ Siehe z. B. § 2 Abs. 1, 2, § 25 Abs. 1 lit. b, Abs. 3 SpkG NW.

⁶²⁰ Siehe z. B. § 25 Abs. 1 lit. c, d SpkG NW.

1792. Die wirtschaftliche Tätigkeit der Staatsbanken unterliegt dagegen den Wettbewerbsvorschriften. Die Erfüllung von Gemeinwohlaufgaben schränkt die Geltung der Wettbewerbsvorschriften grundsätzlich nicht ein, außer es handelt sich um eine Tätigkeit, bei der die Wettbewerbsregeln nach Art. 106 Abs. 2 AEUV keine Anwendung finden.

1793. Die Politik auf Bundes- und Länderebene hat den öffentlichen Auftrag der staatlichen Banken bisher überaus weit definiert („Förderung des Wettbewerbs“, „Förderung des Mittelstands“). Die Monopolkommission hat allerdings darauf hingewiesen, dass aus ihrer Sicht ein klar umrissener öffentlicher Auftrag für die öffentlichen Banken schon seit längerer Zeit nicht mehr zu erkennen ist.⁶²¹

1794. Die Unterscheidung zwischen dem öffentlichen Auftrag und der erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit der staatlichen Banken bleibt in den relevanten Gesetzen ebenfalls häufig unklar.⁶²² So spricht das Sparkassengesetzliche Erfordernis einer kaufmännischen Geschäftsführung den Umstand, dass die Sparkassen erwerbswirtschaftlich tätig sind, nur undeutlich an. Auch in den Rechtsgrundlagen für die Landesbanken und anderen öffentlichen Banken der Sparkassengruppe wird zwischen der Geschäftstätigkeit und dem öffentlichen Auftrag nur sehr unvollkommen unterschieden. Anders stellt sich die Situation nur in den Förderbankgesetzen dar, angesichts der Tatsache, dass den Förderbanken eine nicht mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben verbundene wirtschaftliche Tätigkeit untersagt ist.⁶²³

1795. Die weite Fassung des öffentlichen Auftrags und die undeutliche Unterscheidung zwischen diesem Auftrag und der Geschäftstätigkeit begründen für die staatlichen Banken unnötige wettbewerbsrechtliche Risiken und können darüber hinaus die Erfüllung öffentlicher Aufgaben gefährden. So liegt es nahe, dass staatliche Institute aus der Gesetzeslage eine wettbewerbliche Sonderstellung ableiten, auch wo dies nach dem (höherrangigen) europäischen Wettbewerbsrecht nicht angezeigt ist. Wettbewerber und Kunden nehmen hingegen die Institute der Sparkassengruppe weitgehend wie nicht-staatliche Banken wahr, die ein rein an erwerbswirtschaftlichen Zielen ausgerichtetes Bankgeschäft betreiben. Die uneinheitlich verlaufende Konsolidierung auf Ebene der Sparkassen, die Exzesse der Landesbanken im Vorfeld der Finanzkrise und die gegenwärtige, teils zu hinterfragende Ausweitung des Geschäfts einzelner Förderbanken sind zudem sprechende Belege für die kaum überwindbaren Schwierigkeiten, vor denen die staatlichen Banken bei den Versuchen stehen, ihren öffentlichen Auftrag in ein im Wettbewerb tragfähiges Geschäftsmodell zu integrieren.⁶²⁴

1796. Aus wettbewerbspolitischer Sicht sollte der öffentliche Auftrag in einer Weise definiert werden, dass unmissverständlich deutlich wird, welche Ziele die staatlichen Banken im Einzelfall verfolgen sollen und welche Beschränkungen aus dieser Zielsetzung folgen. Daneben sollte deutlicher hervorgehoben werden, dass die Banken – sofern es sich nicht um Förderbanken handelt – bei ihrer Geschäftstätigkeit auch erwerbswirtschaftliche Ziele verfolgen können, die einer Gemeinwohllegitimation nicht bedürfen.⁶²⁵ Ein dermaßen klar gefasster öffentlicher Auftrag würde es den öffentlichen Banken ermöglichen, ihr gemeinwohlorientiertes Profil zu schärfen und hätte auch aus Sicht von Wettbewerbern und Verbrauchern eine größere Legitimität.

621 Monopolkommission, IX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 52; XIII. Hauptgutachten a. a. O., Tz. 125; 26. Sondergutachten, Ordnungspolitische Leitlinien für ein funktionsfähiges Finanzsystem, Baden-Baden 1998, S. 91.

622 Besonders undeutlich z. B. § 2 Abs. 1, 3 BbgSpkG, § 6 Abs. 1, 4 SpG BW, § 4 Abs. 1, 3 NSpG; deutlichere Unterscheidung dagegen in §§ 2, 4 BerlSpkG.

623 Siehe unten, Abschnitt 4.5.2.

624 Siehe Abschnitte 2.2.1, 3.5.1.4 und 4.5.2 zu den angesprochenen Aspekten.

625 Vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 14. April 1987, 1 BvR 775/84, BVerfGE 75, 192, Rz. 22 (zit. nach Juris), wonach die Ausrichtung an Aufgaben der öffentlichen Daseinsvorsorge nicht ausschließt, dass die Sparkassen daneben auch Gewinnziele verfolgen.

1797. Die Monopolkommission wird ihre Bedenken nachfolgend für die genannten Bankengruppen weiter präzisieren. Sie wird außerdem Vorschläge dazu machen, wie der öffentliche Auftrag der Staatsbanken in einer wettbewerbspolitisch annehmbaren Art und Weise ausgestaltet werden kann.

4.2.1 Sparkassen

1798. Der öffentliche Auftrag der Sparkassen nach den Sparkassengesetzen hat sich über Jahrzehnte hinweg nur geringfügig verändert und wurde auch durch die Finanzkrise nicht berührt. Der traditionelle öffentliche Auftrag der Sparkassen kann wie folgt umrissen werden:⁶²⁶

- Sicherung der kreditwirtschaftlichen Versorgung der gesamten Bevölkerung und des gewerblichen Mittelstands, auch in der Fläche;
- Kreditwirtschaftliche Versorgung ihrer öffentlichen Träger (Hausbank);
- Unterstützung der Aufgabenerfüllung durch die öffentlichen Träger im wirtschaftlichen, regionalpolitischen, sozialen und kulturellen Bereich;
- Stärkung bzw. Gewährleistung eines wirksamen Wettbewerbs.

Aus dem vorgenannten Auftrag werden in verschiedener Form in den Sparkassengesetzen und in der Literatur weitere Aufgaben abgeleitet, etwa: Förderung des Sparsinns und der Vermögensbildung, Möglichkeit zur sicheren und verzinslichen Anlage von Spareinlagen etc.⁶²⁷ Die Gewinnerzielung ist nicht Teil des öffentlichen Auftrags, sondern allenfalls Mittel zum Zweck.⁶²⁸

1799. Der öffentliche Auftrag wird zwar gesetzlich für die Sparkassen definiert, bezeichnet dabei aber auch eine Zielvorgabe für die kreditwirtschaftliche Tätigkeit der Sparkassenträger, also der Kommunen. Hinsichtlich der Wahl der Mittel, um den öffentlichen Auftrag der Sparkassen zu erfüllen, bleiben die Kommunen indessen frei, solange hierbei die Erfüllung des öffentlichen Auftrags (auch) sichergestellt ist. Die Kommunen sind also nicht verpflichtet, eine Sparkasse zu gründen. Sie können dies aber tun, um sich über die Sparkassen privatwirtschaftlich im Wettbewerb zu betätigen und hierüber die durch den öffentlichen Auftrag definierten Ziele zu verfolgen.⁶²⁹

1800. Dies führt allerdings zu einem Spannungsverhältnis, weil der öffentliche Auftrag der Sparkassen wegen der regionalen Zuständigkeit der Kommunen ebenfalls regional begrenzt ist.⁶³⁰ Die Sparkassen müssen sich den Bedingungen des Wettbewerbs anpassen, sofern und soweit sie im lokalen Bereich über keine Marktmacht und damit über keinen Verhaltensspielraum verfügen.⁶³¹ Die Ausrichtung am Wettbewerb und den Bedürfnissen der Nachfrage hat jedoch die Ausrichtung der Sparkassen am öffentlichen Auftrag erodiert. Die Sparkassen stellen heutzutage bspw. nicht mehr nur die kreditwirtschaftliche Versorgung der Einwohner allein im Gemeindegebiet sicher. Sie bieten für die Einwohner auch Bankdienstleistungen an, die nicht ortsgebunden sind oder eine Nachfrage der Einwohner in einem anderen Gebiet decken (sogenannte Anknüpfungsgrundsatz). So würde es eine Sparkasse i. d. R. nicht ablehnen, Investitionen ihrer Geschäftskunden in Nachbargemeinden zu finanzieren, obgleich sie damit in die Zuständigkeit des dortigen Spar-

⁶²⁶ Siehe z. B. § 6 SpkG BW, Art. 2 BaySpkG, § 2 BbgSpkG, § 2 SpkG MV, § 4 NspG, § 2 SpkG NW, § 2 SpkG RP. Die Stärkung bzw. Gewährleistung des Wettbewerbs ist erst seit den 1990er Jahren ein Ziel; siehe Rümker/Winterfeld in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, Bd. II, 4. Aufl., München 2011, § 124 Rz. 42 ff.

⁶²⁷ Diskussion der einzelnen Ziele z. B. in Beuthien, WM 2004, 1467 ff.

⁶²⁸ Vgl. § 4 S. 2 BerlSpkG, § 2 Abs. 3 S. 2 SpkG NW, § 2 Abs. 3 ThürSpkG.

⁶²⁹ Die Gründung sonstiger Kreditinstitute ist den Kommunen allerdings untersagt, siehe z. B. § 107 Abs. 6, 7 GemO NW, § 1 Abs. 1 SpkG NW.

⁶³⁰ Vgl. § 2 Abs. 1 S. 1 BerlSpkG, § 2 Abs. 1 S. 1 BrdbgSpkG, § 2 SpkG MV.

⁶³¹ Es ist jedoch davon auszugehen, dass größere Sparkassen und Sparkassen im ländlichen Bereich häufig marktmächtig sein werden; vgl. BKartA, Beschluss vom 28. Februar 2012, B4-51/11.

kassenträgers eingreift. Inzwischen ist es Mittelständlern sogar möglich, über ihre Sparkasse Büros im Ausland anzumieten.⁶³² Vom traditionellen Leitbild eines auf die lokale Nachfrage ausgerichteten Kreditinstituts haben sich die Sparkassen somit mehr und mehr entfernt.

1801. Die Sparkassen sollten den öffentlichen Auftrag für ihre Träger ursprünglich erfüllen, indem sie dabei verschiedene Prinzipien beachteten, nämlich Beschränkung der Sparkassentätigkeit auf bestimmte Geschäfte (Enumerationsprinzip), Bindung an die Region des Trägers (Regionalprinzip), Zusammenarbeit im Verbund (Verbundprinzip) und Unterordnung der kleineren lokalen/regionalen Institute unter größere überregionale Institute (Subsidiaritätsprinzip). Dabei wurden zum Teil Elemente des öffentlichen Auftrags mit Beschränkungen der wirtschaftlichen Tätigkeit der Sparkassen vermischt.

1802. Diese Prinzipien sind in der heutigen Ausgestaltung des Sparkassenwesens jedoch ohnehin nur noch schemenhaft zu erkennen, da der wettbewerbsbedingte Margendruck eine flexiblere Gestaltung des Sparkassengeschäfts erzwungen hat. Die Sparkassen haben sich zu erwerbswirtschaftlich orientierten Kreditinstituten gewandelt, deren Geschäftstätigkeit in erheblichem Umfang mit der anderer privatwirtschaftlich organisierter Institute (insb. Genossenschaftsbanken) vergleichbar ist. Die fortschreitende Konsolidierung hat zudem zu einer Lockerung der Anbindung an die einzelnen Sparkassenträger geführt. Infolgedessen dienen die oben genannten Prinzipien (insb. Regionalprinzip, Verbundprinzip) heute primär dazu, das Geschäft einzelner Sparkassen gegen wettbewerbliche Vorstöße von anderen Sparkassen zu schützen und die Gruppe insgesamt gegen ihre Wettbewerber abzuschotten.

1803. Die Monopolkommission hält es für empfehlenswert, dass der öffentliche Auftrag der Sparkassen wieder stärker herausgearbeitet und dabei ausdrücklich auf die Verwendung der erwirtschafteten Erträge im Gemeinwohlinteresse beschränkt wird. Unter dieser Voraussetzung hält die Monopolkommission es für unbedenklich, wenn die folgenden drei Ziele als öffentlicher Auftrag für die Sparkassen definiert werden:

- Sicherung der kreditwirtschaftlichen Versorgung der gesamten Bevölkerung und des gewerblichen Mittelstands über das ohnehin am Markt verfügbare Angebot hinaus;⁶³³
- Kreditwirtschaftliche Versorgung ihrer öffentlichen Träger (Hausbank);
- Unterstützung der Aufgabenerfüllung durch die öffentlichen Träger im wirtschaftlichen, regionalpolitischen, sozialen und kulturellen Bereich.

Diese Ziele sollten zudem ausdrücklich auf das Gebiet des Trägers beschränkt werden, wobei auch der Anknüpfungsgrundsatz ausdrücklich gesetzlich anerkannt werden sollte. Die Erfüllung dieser Ziele könnte noch stärker ausgestaltet werden (z. B. Beschränkung von Anlagen mit Risiko eines Verlustes des eingesetzten Kapitals; Gesetzespflicht zum Angebot von Jedermann-Konten).⁶³⁴

⁶³² So ein Informationsfilm zum S-CountryDesk der Sparkassen unter <http://www.countrydesk.de/homepage.html>, Abruf am 24. Juni 2014.

⁶³³ Hierzu zählt beispielsweise die gegenwärtige Praxis der Sparkassen, die erwirtschafteten Erträge zum Ausbau einer besonders umfassenden Geldautomaten-Infrastruktur zu verwenden oder Privatkreditkredite in ihren Büchern zu halten und nicht an spekulative Investoren abzutreten.

⁶³⁴ Vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 18. Dezember 2012, 1 BvL 8/11, 1 BvL 22/11, Rz. 58; OVG Bremen, Beschluss vom 23. Februar 2011, NVwZ-RR 2011, 503, Ls. 2 und Rz. 6 (zit. nach Juris), wonach hinsichtlich des öffentlichen Auftrags nach dem jeweiligen Geschäft zu differenzieren ist. Eine gesetzliche Pflicht zur Kontoeröffnung auf Guthabenbasis besteht für Sparkassen derzeit nur in Bayern, Hessen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz sowie in allen ostdeutschen Bundesländern (außer Berlin). Zum Jedermann-Konto siehe nun auch – nicht speziell Sparkassen betreffend – Rat der Europäischen Union, Informativischer Vermerk, 8323/14 vom 22. April 2014, zur legislativen Entschließung des Europäischen Parlaments etwa EU-Kommission, Vorschlag vom 8. Mai 2014 für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Vergleichbarkeit von Zahlungskontogebühren, den Wechsel von Zahlungskonten und den Zugang zu Zahlungskonten mit grundlegenden Funktionen, COM(2013) 266.

1804. Im Übrigen empfiehlt die Monopolkommission, dass die Sparkassen nach dem Gesetz in ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit grundsätzlich frei bleiben. Das betrifft insbesondere die Art und Weise, in der die Sparkassen tätig werden.⁶³⁵ Ziele wie die Förderung des Sparsinns oder des Wettbewerbs sollten gestrichen werden. In Deutschland wird heutzutage eher das Problem einer übergroßen Konsumzurückhaltung bei den Verbrauchern gesehen. Die Förderung des Sparsinns ist zudem ausreichend durch die Erziehungs- und Aufklärungsarbeit der Schulen und im Übrigen dadurch gewährleistet, dass die Sparkassen im erwerbswirtschaftlichen Eigeninteresse Werbung betreiben. Allenfalls wäre angesichts der ursprünglichen Funktion der Sparkassen als Kassen zur Armutsvorsorge zu erwägen, die Unterstützung beim Aufbau einer ausreichenden privaten Altersvorsorge in den gesetzlichen öffentlichen Auftrag der Sparkassen aufzunehmen. Die Förderung des Wettbewerbs ist abhängig von den lokalen Marktverhältnissen (Oligopol?) und nicht allein durch das Vorhandensein einer Sparkasse sicherzustellen. Insofern ist es zudem ausreichend, dass die Kartellbehörden die Einhaltung der bestehenden Vorschriften des Wettbewerbsrechts überwachen.

1805. Zu begrüßen sind demgegenüber Ansätze der Sparkassen, ihre Gemeinwohltätigkeit in der Werbung und in ihren Geschäftsberichten transparent zu machen und dabei ihren öffentlichen Auftrag selbst zu konkretisieren. Die Dokumentation gemeinnütziger Tätigkeiten in der Berichterstattung könnte sogar verstärkt werden, um das Profil der Sparkassen weiter zu schärfen und der Öffentlichkeit auch die Möglichkeit zu geben, die Erfüllung des öffentlichen Auftrags nachzuvollziehen. Die Monopolkommission regt deshalb an, dass die Sparkassen ihre Berichterstattung um einen getrennt veröffentlichten Gemeinnützigkeitsbericht ergänzen.

4.2.2 Landesbanken

1806. Der gesetzliche öffentliche Auftrag der Landesbanken ist seit Jahren größeren Veränderungen unterworfen. Zurzeit kann der öffentliche Auftrag der Landesbanken nach den einschlägigen Rechtsgrundlagen und den Landesbanksatzungen wie folgt eingegrenzt werden:⁶³⁶

- Kreditwirtschaftliche Versorgung ihrer öffentlichen Träger (Landesbank);
- Zentrales Kreditinstitut (Girozentrale) für die Sparkassen in den betreffenden Bundesländern;
- Geschäftsbank mit unterschiedlich ausgestalteten Geschäftsprofilen.

Bei einigen Landesbanken kommt die Erfüllung von „besonderen wirtschaftlichen und finanzpolitischen Aufgaben“ und/oder die Unterstützung des Förderauftrags der Länder hinzu (BayernLB, Helaba, Nord/LB)⁶³⁷. Im Übrigen werden unterschiedliche Aufgaben definiert, wie etwa die Stärkung des Wettbewerbs, die kreditwirtschaftliche Versorgung der Kommunen (Kommunalbank) oder gar – im Fall der LBBW – die Tätigkeit als Sparkasse. Einige Landesbanken haben zudem die Führung unselbstständiger Anstalten oder Einrichtungen inne, insbesondere von Spezialkreditinstituten wie z. B. Bausparkassen.

1807. Der öffentliche Auftrag ist auch bei den Landesbanken territorial grundsätzlich auf den Zuständigkeitsbereich ihrer Träger begrenzt. Die Rechtsgrundlagen für die Landesbanken sehen einen regional begrenzten Auftrag allerdings i. d. R. nicht explizit vor, auch wenn die Heimatregion verschiedentlich in Bezug

⁶³⁵ Das schließt Weisungen des Trägers nicht aus. Zum Regionalprinzip siehe nachfolgend Abschnitt 4.4.

⁶³⁶ Art. 2 BayLBG, § 6 Abs. 1 des Staatsvertrags vom 18. Juni 2012 betreffend die Bremer Landesbank Kreditanstalt Oldenburg – Girozentrale, Präambel zum Staatsvertrag vom 4. Februar 2003 über die Verschmelzung der Landesbank Schleswig-Holstein Girozentrale und der Hamburgischen Landesbank – Girozentrale sowie § 2 der Satzung der HSH Nordbank AG i. d. F. vom 8. Februar 2012; § 2 LBWG, Präambel i. V. m. Art. 8 des Staatsvertrags vom 10. März 1992 über die Bildung einer gemeinsamen Sparkassenorganisation Hessen-Thüringen, § 4 des Staatsvertrags vom 22. August 2007 über die Norddeutsche Landesbank – Girozentrale, § 34 SSPG. Abweichend ist die Situation bei der zwischenzeitlich aufgespaltenen Landesbank Berlin (nur Sparkassenzentralbank).

⁶³⁷ Art. 2 Abs. 2 S. 1 BayLBG, Art. 8 Abs. 4 des Staatsvertrags vom 10. März 1992 über die Bildung einer gemeinsamen Sparkassenorganisation Hessen-Thüringen, § 4 Abs. 1, 4, 5 des Staatsvertrags vom 22. August 2007 über die Norddeutsche Landesbank – Girozentrale.

genommen wird.⁶³⁸ Dennoch haben insbesondere die kleineren Institute (Landesbank Bremen, SaarLB) eine starke regionale Orientierung entwickelt. Zum Teil verfolgen die Landesbanken auch das Ziel, zur wirtschaftlichen Integration Deutschlands oder über die Staatsgrenzen hinweg beizutragen (Helaba, RP-Bank, SaarLB).⁶³⁹ Demgegenüber ist der gesetzliche öffentliche Auftrag der süddeutschen Landesbanken (BayernLB, LBBW) nur noch mit Einschränkungen auf das Gebiet ihrer Träger bezogen.⁶⁴⁰ Die HSH Nordbank hat sich weitgehend zu einer internationalen Geschäftsbank mit spezialisiertem Produktangebot entwickelt.⁶⁴¹

1808. Der öffentliche Auftrag der Landesbanken ist einer stärkeren Erosion ausgesetzt als derjenige der Sparkassen. Diese Erosion ist zum Teil auf äußere Entwicklungen zurückzuführen, insbesondere auf die sogenannte Brüsseler Konkordanz, der folgend die Bundes- und Landesgesetzgeber die vormals bestehenden gesetzlichen Haftungsprivilegien der öffentlichen Landesbanken gestrichen und deren Förderbankaktivitäten abgespalten haben.⁶⁴² Zum Teil haben die Träger der Landesbanken und diese selbst ihren Gemeinwohlaufrag immer mehr verwässert, indem die Aufgaben der Landesbanken auf der Grundlage vermeintlicher Marktbedürfnisse definiert und die Landesbanken zu überregional oder gar international tätigen „Champions“ des öffentlichen Sektors aufgebläht wurden. Gleichzeitig haben die Landesbanken es lange versäumt, sich ihren Platz innerhalb des Sparkassen-Finanzverbunds zu suchen und einzunehmen.⁶⁴³ Es ist daher nur konsequent, dass der Wegfall ihrer Gemeinwohlorientierung die Debatte um eine Privatisierung der Landesbanken befeuert und im Falle der HSH Nordbank, der WestLB und der Landesbank Berlin tatsächlich zur Privatisierung (und bei den beiden letztgenannten Instituten schließlich zur Zerschlagung) geführt hat. Die nur unter Aufwendung beträchtlicher Steuermittel abgewendeten Zusammenbrüche der meisten Landesbanken in der Finanzkrise (mit Ausnahme von Helaba, Nord/LB und Bremer Landesbank) haben die Existenzberechtigung der Landesbanken dann nachhaltig infrage gestellt und Forderungen nach einer Abwicklung oder einer Verschmelzung der Landesbanken zu einem einzigen Zentralinstitut neue Nahrung gegeben.

1809. Die Rettungen der Landesbanken haben zu einem Prozess der Neuorientierung geführt, der gegenwärtig noch nicht abgeschlossen ist. Die gegenwärtigen Rechtsgrundlagen der Landesbanken halten i. d. R. an einer weiten Definition des öffentlichen Auftrags fest.

1810. Bezüglich der Landesbanken spricht sich die Monopolkommission ebenfalls dafür aus, dass der öffentliche Auftrag ausdrücklich auf die Verwendung der erwirtschafteten Erträge im Gemeinwohlinteresse und daneben auf verbundspezifische Aufgaben (Zentralbankfunktionen) beschränkt wird. Unter dieser Voraussetzung kommen folgende Aufgaben für die Landesbanken in Betracht:

- Kreditwirtschaftliche Versorgung ihrer öffentlichen Träger (Landesbank);

638 Siehe aber § 5 des Staatsvertrags vom 18. Juni 2012 betreffend die Bremer Landesbank Kreditanstalt Oldenburg – Girozentrale, der ähnlich wie die Sparkassengesetze das Geschäftsgebiet der Bank auf Bremen und Niedersachsen festlegt.

639 Präambel des Staatsvertrags vom 10. März 1992 über die Bildung einer gemeinsamen Sparkassenorganisation Hessen-Thüringen; § 2 Abs. 1 Statut der RP-Bank; Internetportrait der SaarLB, <http://www.saarlb.de/index.php?id=2>, Abruf am 24. Juni 2014.

640 Art. 2 Abs. 1 S. 2 BayLBG: „regional schwerpunktmäßig auf Bayern, Deutschland und die angrenzenden Wirtschaftsräume Europas konzentriert.“ § 2 Abs. 3 LBWG: „Die Landesbank ist [...] internationale Geschäftsbank.“

641 Damit ist allerdings eine deutliche Erhöhung ihres Risikos einhergegangen; dazu etwa Deutsche Bundesbank, Finanzstabilitätsbericht 2013, S. 51, 63 f.; Bundesbank-Vorstand Herr Andreas Dombret, wie zit. in o. A., Bundesbank warnt vor Risiken durch Schiffskredite, Reuters/Handelsblatt, 3. November 2013.

642 EU-Kommission, Entscheidung vom 27. März 2002, C(2002) 1286, E 10/2000 – Deutschland. Anstaltslast und Gewährträgerhaftung. Die sogenannte Verständigung II im Rahmen der Brüsseler Konkordanz gestattet den Landesbanken die Fortführung von Förderbankaktivitäten in einer rechtlich selbstständigen Einheit, wenn die Beziehungen zwischen dem Förderinstitut und den sonstigen Landesbankaktivitäten auf Marktbasis erfolgen (vgl. ebenda, Abschnitt 3.2).

643 Vgl. DBRS, Rating Report Sparkassen-Finanzgruppe vom 10. April 2008, S. 7; <http://www.dsgv.de/de/sparkassen-finanzzgruppe/rating/>, Abruf am 24. Juni 2014.

- Zentrales Kreditinstitut (Girozentrale) für die Sparkassen in den betreffenden Bundesländern;
- Unterstützung der Aufgabenerfüllung durch die öffentlichen Träger im wirtschaftlichen, regionalpolitischen, sozialen und kulturellen Bereich.

Diese Aufgaben sollten ebenfalls auf das Gebiet des Trägers beschränkt und könnten noch stärker präzisiert werden.⁶⁴⁴ Gerade bei Landesbanken mit Trägern in mehreren Bundesländern und an den Außengrenzen operierenden Landesbanken könnte der öffentliche Auftrag auch Integrationsaufgaben umfassen. Die Daseinsberechtigung der Landesbanken könnte dadurch gestärkt werden, dass für diese Institute weitergehend als bisher die Aufgaben definiert werden, die sie für die ihnen untergeordneten Sparkassen erfüllen sollten. Auch bei den Landesbanken gilt jedoch, dass sie abgesehen von der Vorgabe ihres öffentlichen Auftrags frei sein sollten, wie sie ihre Geschäftstätigkeit gestalten. Die Funktion als Zentralbank könnte zur Effizienzsteigerung auf ein oder zwei Institute übertragen werden. Förderaufgaben sollten bei den Landesbanken grundsätzlich nicht angesiedelt werden, da die Gefahr besteht, dass die für die Förderinstitute bestehenden Haftungsgarantien in unzulässiger Weise auf das Landesbankgeschäft ausstrahlen.⁶⁴⁵

1811. Auch bei den Landesbanken ist es zu begrüßen, wenn sie ihre Öffentlichkeitsarbeit nutzen, um ihren öffentlichen Auftrag zu konkretisieren und darzustellen. Solche Maßnahmen sollten ebenso wie bei den Sparkassen verstärkt werden.

4.2.3 Förderbanken

1812. Bei den Förderbanken ist die Geschäftstätigkeit mit dem öffentlichen Auftrag besonders eng verknüpft. Dies liegt daran, dass die Förderbanken weiter von staatlichen Beihilfen in der Form von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung profitieren, welche für die anderen Staatsbanken auf Betreiben der Europäischen Kommission inzwischen abgeschafft worden sind.⁶⁴⁶

1813. Der gesetzliche Auftrag der Förderbanken soll diesem Umstand Rechnung tragen.⁶⁴⁷ So hat bspw. die KfW den Auftrag, Fördermaßnahmen und insbesondere Finanzierungen in einzelnen, gesetzlich bestimmten Bereichen durchzuführen (z. B. Mittelstand, Risikokapital, Wohnungswirtschaft, Umwelt- und Entwicklungsmaßnahmen), außerdem die Finanzierung der öffentlichen Hand zu unterstützen, Maßnahmen mit rein sozialer Zielsetzung und der Bildungsförderung zu finanzieren und sonstige Finanzierungen im Interesse der deutschen und europäischen Wirtschaft zu gewähren.⁶⁴⁸ Die Förderbanken der Länder nehmen ähnliche bzw. teils speziellere Förderaufgaben wahr. Nach ihrem Selbstverständnis werden die Förderbanken herkömmlich vor allem in Fällen von Marktversagen tätig, in denen eine adäquate Finanzierung am Markt nicht zur Verfügung steht. Außerdem gehen sie marktschonend vor und vermeiden bei der Abwicklung ihrer Förderprogramme i. d. R. eine direkte Markttätigkeit. Das bedeutet, sie schalten bei ihrem Finanzierungsangebot andere Institutionen (z. B. Kreditinstitute) als Zwischenhändler ein.⁶⁴⁹ Ihre direkte Markttätigkeit beschränkt sich grundsätzlich auf die Mittelbeschaffung. Das beschriebene Aufgabenprofil wird in der so-

644 Im Falle einer Übertragung der Aufgabenwahrnehmung auf ein landesfremdes Institut dürfte aus Gründen der Rechtsklarheit ein Staatsvertrag vorzugswürdig sein gegenüber einer Regelung durch fremdes Landesrecht i. V. m. der Landesbanksatzung. Vgl. konkret § 2 Abs. 6 LBWG bzgl. der RP-Bank und der Sachsen Bank.

645 Vgl. unten Abschnitt 4.5.2.

646 Siehe oben Tz. 1808. und z. B. § 1a KfW-Gesetz.

647 Vgl. Bundesregierung, Gesetzentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Neustrukturierung der Förderbanken des Bundes (Förderbankenneustrukturierungsgesetz), BR-Drs. 175/03 vom 29. März 2003, S. 20 f. Zur EU-wettbewerbsrechtlichen Einordnung des Förderbankengeschäfts siehe ferner EuGH, Urteil vom 10. Januar 2006, C-222/04 – Cassa di Risparmio di Firenze, Slg. 2006, I-289, Rz. 119 ff.; EU-Kommission Entscheidung vom 14. Mai 2009, COMP/M.5508 – Soffin/Hypo Real Estate, Tz. 19; Kommissionsmitteilung über die Anwendung der Beihilfenvorschriften auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, ABl. EU C 8 vom 11. Januar 2012, S. 4, Tz. 13 (zur unternehmerischen Tätigkeit der Förderbanken) und Tz. 43 (zu Art. 106 Abs. 2 AEUV); EU-Kommission Beschluss 2012/21/EU vom 20. Dezember 2011, ABl. EU L 7 vom 11. Januar 2012, S. 3, Tz. 8.

648 § 2 KfW-Gesetz.

649 Vgl. § 3 Abs. 1 KfW-Gesetz.

genannten Brüsseler Konkordanz (Verständigung II) nachvollzogen, die für die Tätigkeit der Förderbanken einen beihilferechtlichen Rahmen setzt. Die Förderbankgesetze in Deutschland wurden an die Verständigung II angepasst.⁶⁵⁰

1814. Dies könnte nun zu der Annahme verleiten, die Tätigkeit der Förderbanken sei stets wettbewerblich unbedenklich, solange sie sich im Rahmen der Förderbankgesetze hält. Das ist in dieser Allgemeinheit jedoch nicht richtig. Es ist vielmehr zu unterscheiden, (1) ob es sich bei der betreffenden Tätigkeit um die Wahrnehmung von Aufgaben im Sinne der Förderbankgesetze handelt und (2) ob und inwieweit die Tätigkeit (auch) den Wettbewerbsregeln unterliegen kann. Die zweite Frage indiziert die Risiken für die Förderbanken bzw. den Markt, soweit die (abstrakte) Ausgestaltung des öffentlichen Auftrags in den Förderbankgesetzen den Belangen des Wettbewerbs unzureichend Rechnung trägt. Eine weitere, getrennt zu behandelnde Frage ist, ob die (konkrete) Tätigkeit der Förderbanken und damit die Umsetzung ihres öffentlichen Auftrags Anlass zu wettbewerblichen Bedenken gibt.⁶⁵¹ Hinsichtlich der gesetzlichen Ausgestaltung des Auftrags der Förderbanken ist festzustellen, dass zumindest Raum für eine Auslegung besteht, die mit den Vorgaben von Art. 106 Abs. 2, 107 AEUV nicht ohne Weiteres vereinbar ist.

1815. Zwar ist es nach Art. 106 Abs. 2 S. 1 AEUV durchaus zulässig, den öffentlichen Auftrag der Förderbanken aus wohlfahrtspolitischen Gründen relativ weit zu definieren. Denn Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse sind im Grunde alle Dienstleistungen, die der Allgemeinheit und nicht wie am Markt erbrachte Tätigkeiten nur Einzelnen unmittelbar wirtschaftlich zugutekommen sollen.⁶⁵² Die Aufgaben, mit denen die Förderbanken gesetzlich betraut sind, dürften dieser Definition entsprechen. Das bedeutet jedoch nicht, dass die Tätigkeit der Förderbanken dem europäischen Wettbewerbsrecht entzogen wäre. Die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ist nach Art. 106 Abs. 2 S. 1 AEUV vielmehr nur insoweit von den Wettbewerbsregeln ausgenommen, wie die Anwendung dieser Vorschriften auf ein Unternehmen die Erfüllung der ihm übertragenen besonderen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindert. Aus Art. 14 AEUV folgt keine weitergehende Ausnahme.

1816. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Verständigung II, ungeachtet der Tatsache, dass die Förderbanken sich formal in deren Rahmen bewegen, indem sie die darin aufgeführten Förderleistungen erbringen. Diese Verständigung stellt klar, dass die Förderbanken die ihnen zukommenden Beihilfenvorteile nach der Art und in dem Umfang nutzen können, wie sie dies zurzeit der Verständigung taten oder wie es zu dieser Zeit für die Zukunft absehbar war. Davon abgesehen ist die Verständigung jedoch auf der Grundlage der europäischen Verträge auszulegen. Soweit nach Art. 106 Abs. 2 AEUV europäisches Wettbewerbsrecht anwendbar ist, steht sie mit Blick auf die den staatlichen Haftungsgarantien immanenten Vorteile auch unter dem ausdrücklichen Vorbehalt, dass der Bund „dafür Sorge zu tragen [hat], dass nur solche Förderaufgaben an die Förderinstitute übertragen werden, die im Einklang mit den gemeinschaftsrechtlichen Beihilfenvorschriften stehen.“

1817. Die Anwendbarkeit der europäischen Wettbewerbsregeln wäre gleichwohl zurückhaltender zu beurteilen, wenn den Förderbanken ein Einschätzungsspielraum hinsichtlich der Frage zugebilligt werden müsste, ob ihr Tätigwerden aufgrund des Vorliegens von Marktversagen erforderlich ist. Ein solcher Einschätzungsspielraum entspricht unverkennbar dem Selbstverständnis einzelner Förderbanken. So werden bspw. nach Angaben der KfW die für sie gesetzlich festgelegten Aufgaben im Dialog zwischen der Bank und der Politik konkretisiert. Dies betrifft nicht zuletzt die Frage eines möglichen Marktversagens. Die KfW entscheidet auch selbst, ob sie sich zurückziehen kann, weil sich die Märkte in einem von ihr geförderten

⁶⁵⁰ EU-Kommission, Entscheidung vom 27. März 2002, E 10/2000 – Deutschland Anstaltslast und Gewährträgerhaftung, S. 11 ff. Nr. 2.

⁶⁵¹ Siehe Abschnitt 4.5.2.

⁶⁵² GA Van Gerven, Schlussanträge vom 19. September 2001 in C-179/90 – *Merci Convenzionali Porto di Genova/Siderurgica Gabrielli*, Slg. 1991, I-5889, Rz. 27; vgl. hinsichtlich der Tätigkeit der Förderbanken auch EFTA-Gerichtshof, Urteil vom 3. März 1999, E-4/97 – *Norwegian Bankers' Association/EFTA*, WuW/E EU-R 176 (179).

Bereich wieder entspannen. Die Bank schreibt sich also selbst ein Prüfungsrecht dahin gehend zu, ob ihre Aktivitäten im gegebenen Umfang notwendig sind. Ein solcher Einschätzungs- und Überprüfungsspielraum steht mit der weiten Fassung des deutschen KfW-Gesetzes im Einklang.

1818. Das europäische Wettbewerbsrecht gesteht es den Unternehmen der öffentlichen Hand jedoch nicht zu, selbst darüber zu entscheiden, inwieweit sie sich dem freien Wettbewerb aussetzen.⁶⁵³ Das gilt auch für die Frage, inwiefern ein Versagen des Wettbewerbs vorliegt, das eine wirtschaftliche Tätigkeit außerhalb des Anwendungsbereichs des Wettbewerbsrechts rechtfertigt. Ein solches Wettbewerbsversagen ist dem Vorliegen von Marktversagen nicht gleichzusetzen. Die Vorschrift des Art. 106 Abs. 2 S. 1 AEUV enthält eine enge Ausnahmeregelung. Ihre Funktion ist es, den Mitgliedstaaten den Nachweis dafür aufzuerlegen, dass die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse verhindert würde, wenn das damit betraute Unternehmen dem europäischen Wettbewerbsrecht unterworfen würde. Deshalb müssen die Mitgliedstaaten nachweisen, dass in einem solchen Fall die Erfüllung der im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse liegenden Aufgaben gefährdet wäre.⁶⁵⁴ Die Förderbanken können sich demnach nur insoweit auf eine Freistellung von den europäischen Wettbewerbsregeln berufen, als die Erfüllung ihrer Aufgaben unter Geltung des Wettbewerbsrechts gefährdet würde. Umgekehrt gilt das Wettbewerbsrecht, solange das postulierte Marktversagen eine Freistellung von den Wettbewerbsregeln nicht nachweislich erfordert. Dadurch wird verhindert, dass die Förderbanken lukrative Geschäftsfelder besetzen und dort aufgrund ihrer Refinanzierungsvorteile mit den eigenen Angeboten den Wettbewerb verzerren.

1819. Zwar ließe sich ferner erwägen, dass es sich bei der Kreditbereitstellung der Förderbanken um eine Universaldienstleistung handelt, die nur erfüllt werden kann, wenn sie weitgehend oder sogar ganz von den Wettbewerbsvorschriften ausgenommen ist. Als Universaldienstleistungen werden Dienstleistungen von allgemeinem Interesse angesehen, die ein damit betrautes Unternehmen flächendeckend ungeachtet der Rentabilität zu gleichen Preisen und Konditionen anbieten muss. Derartige Dienstleistungen unterliegen einer besonders großzügigen wettbewerblichen Beurteilung, die insb. eine Quersubventionierung von unrentablen Dienstleistungen gestattet. Dahinter steht die Erwägung, dass das finanzielle Gleichgewicht des im Allgemeinwohl tätigen Unternehmens nicht dadurch untergraben werden darf, dass nicht betraute Konkurrenten sich auf die rentablen Teilbereiche des Universaldienstes beschränken und dem betrauten Unternehmen nur dort Konkurrenz machen (sogenanntes Rosinenpicken).⁶⁵⁵ Auch eine Privilegierung von Universaldiensten ist jedoch zu hinterfragen, wenn die Einrichtung einer Universaldienstleistung nicht insgesamt erforderlich ist.⁶⁵⁶ Insofern bedarf es einer Beurteilung der Förderbankaktivitäten im Einzelfall.

1820. In Anbetracht der weiten Fassung der Förderbankgesetze, die diesen Restriktionen keine Rechnung trägt, besteht das Risiko, dass die Förderbanken Förderleistungen erbringen, die mit den Vorgaben des europäischen Rechts (insbesondere Art. 106 Abs. 2, 107 AEUV) nicht vollauf im Einklang stehen. Dabei spielt es mit Blick auf die Vereinbarkeit mit europäischem Recht keine Rolle, wenn die betreffende Leistung

⁶⁵³ Vgl. EuGH, Urteil vom 17. Juli 1997, C-242/95 – GT-Link/DSB, Slg. 1997 I-4449, Rz. 50 ff.; EuGH, Urteil vom 17. Mai 2001, C-340/99 – TNT Traco/Poste Italiane, Slg. 2001 I-4109, Rz. 56 ff.; EuG, Urteil vom 27. Februar 1997, T-106/95 – FFSA/Kommission, Slg. 1995 II-233, Rz. 173 (st. Rspr.), wonach Art. 106 Abs. 2 AEUV eng auszulegen ist.

⁶⁵⁴ Vgl. EuGH, Urteil vom 23. Oktober 1997, C-157/94 – Kommission/Niederlande, Slg. 1997, I-5699, Rz. 31, 51 ff., insb. Rz. 58. Danach ginge es freilich zu weit, auch den Nachweis zu verlangen, dass keine andere vorstellbare Maßnahme es hypothetisch erlauben würde, die Erfüllung der betreffenden Aufgaben sicherzustellen.

⁶⁵⁵ EuGH, Urteil vom 19. Mai 1993, C-320/91 – Corbeau, Slg. 1993, I-2533, Rz. 17 f.; vgl. auch EuGH, Urteil vom 23. Oktober 1997, C-157/94 – Kommission/Niederlande, Slg. 1997, I-5699; Urteil vom 21. September 1999, C-67/96 – Albany, Slg. 1999, I-5751, wonach es genügt, dass durch die Anwendung des Wettbewerbsrechts die Erfüllung der besonderen Verpflichtungen des betrauten Unternehmens gefährdet ist.

⁶⁵⁶ EuGH, Urteil vom 19. Mai 1993, C-320/91 – Corbeau, Slg. 1993, I-2533, Rz. 14; Urteil vom 25. Juni 1998, C-203/96 – Chemische Afvalstoffen Dusseldorp, Slg. 1998, I-4075, Rz. 67; Kommission, Entscheidung vom 17. Dezember 1981, IV/29.995 – Naveva/Anseau, ABl. EG L 167 vom 15. Juni 1982, S. 39, Tz. 65 f. Siehe ferner EU-Kommission, Report on services of general economic interest in the banking sector, angenommen durch den ECOFIN-Rat am 23. November 1998 („the principle of proportionality has to be respected.“).

nach den zugrunde liegenden deutschen Rechtsvorschriften zulässig ist und einen dort definierten Auftrag erfüllt. Die weite Gesetzesfassung begründet vielmehr die Gefahr, dass der Bund bzw. die Länder über die Tätigkeit ihrer Förderbanken gegen zwingende Pflichten aus Art. 106 Abs. 1 AEUV und gegen ihre Verpflichtung, ein gemeinschaftsrechtskonformes Verhalten der Förderbanken sicherzustellen (Art. 4 Abs. 3 EUV), verstoßen.

1821. Die Monopolkommission hält es aus diesen Gründen für erforderlich, dass der öffentliche Auftrag der Förderbanken stärker an die Vorgaben des europäischen Rechts angepasst wird, um sicherzustellen, dass die Förderbanken durch ihre Tätigkeit nicht verzerrend in den Wettbewerb eingreifen. Die Bestimmung des öffentlichen Auftrags und der Zulässigkeit von Fördermaßnahmen sollte sich insbesondere an Art. 106 Abs. 2, 107 AEUV in der Auslegung der europäischen Rechtsprechung orientieren. Die Europäische Kommission hat die danach bestehenden Vorgaben inzwischen konkretisiert.⁶⁵⁷ Vor allem muss aber in weiterem Umfang als bisher sichergestellt werden, dass die Förderbanken nur dort tätig werden, wo kein funktionsfähiger Wettbewerb existiert und sich ein solcher auch nicht so zügig entwickeln kann, dass es keiner Fördermaßnahmen bedarf. Sofern Wettbewerb besteht, aber die vorhandene oder abzusehende Nachfrage nach Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse nicht befriedigen kann, ist ein auf das Erforderliche beschränktes Vorgehen notwendig, bei dem möglichen Alternativen gegenüber einer vollständigen Finanzierungsübernahme durch die Förderinstitute der Vorzug gegeben wird (z. B. Einsatz des Sparkassenwesens, Teilfinanzierung der von den Geschäftsbanken aufgelegten Produkte). Ferner sollten die Transparenz- und Berichtspflichten der Förderinstitute umfassender ausgestaltet werden, damit es den anderen Marktteilnehmern und der Öffentlichkeit möglich ist, die Gemeinwohltätigkeit der Förderbanken nachzuvollziehen. Dem gegenüber sieht die Monopolkommission Werbemaßnahmen kritisch, die lediglich die Kundenorientierung der Förderbanken herausstreichen, ebenso alle Werbemaßnahmen direkt gegenüber Verbrauchern.

4.3 Verbundstrukturen und -kooperation sind schärfer zu beobachten

1822. In Bezug auf die Verbundgruppen im Sparkassen- und Genossenschaftssektor lässt sich aus wettbewerbspolitischer Perspektive kein eindeutiges Urteil fällen. Die bestehenden Verbundstrukturen sind grundsätzlich positiv zu bewerten, soweit sie es ihren Mitgliedern ermöglichen, trotz geringer Größe von Verbund- und Skaleneffekten zu profitieren. Zugleich besteht jedoch das Risiko, dass die mit ihnen verbundene Intransparenz für wettbewerbschädliche Verhaltensweisen ausgenutzt wird. Inwiefern die positiven oder negativen Aspekte überwiegen, ist nach den gegenwärtig verfügbaren Informationen allerdings kaum abzuschätzen. Festzuhalten ist, dass die Transparenz der verbundinternen Strukturen und Beziehungen nach Möglichkeit (z. B. in der Geschäftsberichterstattung) erhöht werden sollte.

4.3.1 Allgemeines Wettbewerbsrecht innerhalb der Verbundgruppen grundsätzlich anwendbar

1823. Es ist davon auszugehen, dass es sich bei den Verbundgruppen um Unternehmensvereinigungen handelt und das allgemeine Wettbewerbsrecht innerhalb der beiden Gruppen grundsätzlich Anwendung findet (Art. 101 f. AEUV, §§ 1 ff. GWB). Insofern ist jedoch den Eigenarten der Verbundstrukturen Rechnung zu tragen.

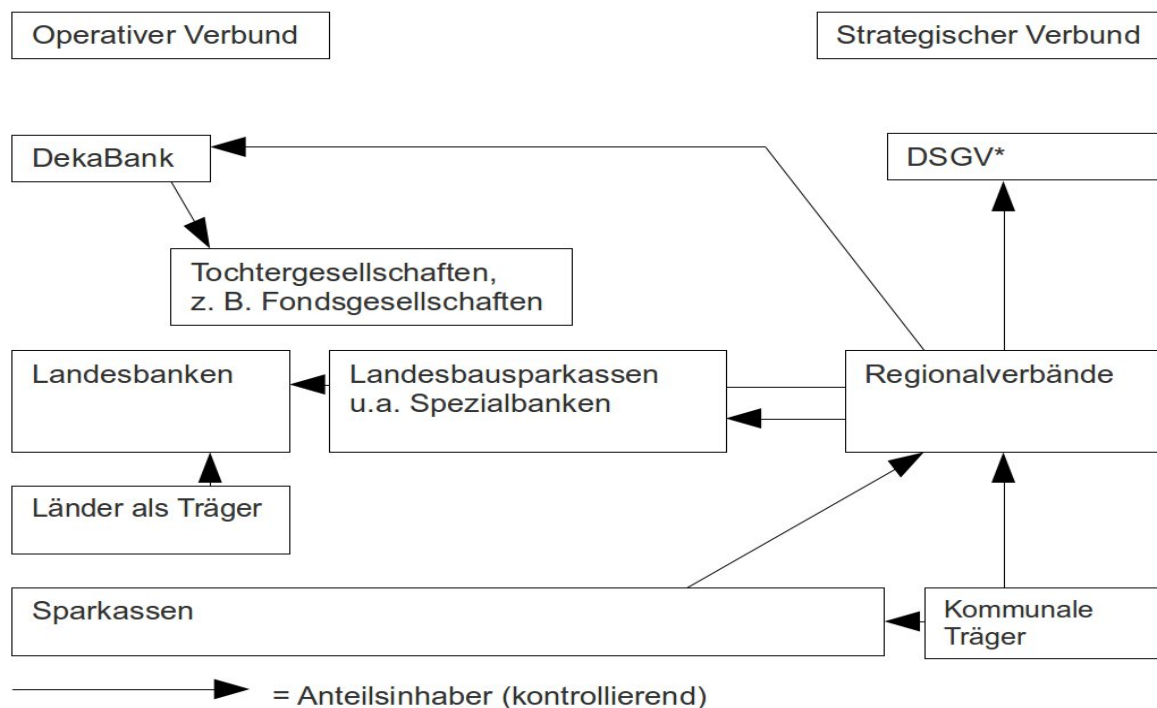
⁶⁵⁷ EU-Kommission, Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfenvorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsdienstleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, ABl. EU C 8 vom 11. Januar 2012, S. 4, Tz. 45 ff.; zur Refinanzierung auch EU-Kommission, Beschluss vom 20. Dezember 2011, ABl. EU L 7 vom 11. Januar 2012, S. 3, Tz. 15 ff.

4.3.1.1 Die Sparkassen-Finanzgruppe im Finanzverbund der öffentlichen Banken

1824. Der öffentliche Finanzverbund setzt sich aus der Sparkassen-Finanzgruppe und den anderen Banken zusammen, die unter öffentlicher Trägerschaft stehen oder im öffentlichen Interesse liegende Aufgaben wahrnehmen. Ein wesentliches Organisationselement besteht in der arbeitsteiligen Aufgabenzuweisung innerhalb des Verbunds, wobei die Aufgaben den verbundzugehörigen Banken oft durch Gesetz zugewiesen sind. Dadurch gibt es nur vereinzelte Überschneidungen zwischen der Sparkassen-Finanzgruppe und den anderen öffentlichen Banken (z. B. Förderbanktätigkeit einiger Landesbanken).

1825. Die Sparkassen-Finanzgruppe umfasst einen operativen Verbund und einen strategischen Verbund, die beide eine hierarchische Struktur aufweisen und vielfältig miteinander verbunden sind (nachfolgend zusammenfassend auch: „Sparkassenverbund“). Diese Struktur lässt sich stark vereinfacht wie folgt darstellen (vgl. Abbildung VI.7).

Abbildung VI.7: Sparkassen-Verbund



* DSGV = Deutscher Sparkassen- und Giroverband

Quelle: Eigene Darstellung

1826. Der operative Verbund der Sparkassen-Finanzgruppe ist im Wesentlichen dreistufig aufgebaut und umfasst die eigentlichen Unternehmen der Gruppe. Die erste Stufe bilden die örtlichen Sparkassen (einschließlich der Freien Sparkassen) unter der Trägerschaft der lokalen und regionalen Gebietskörperschaften. Die zweite Stufe besteht aus den Landesbanken und den Landesbausparkassen. Das deutschlandweit tätige überregionale Gemeinschaftsinstitut ist die DekaBank Deutsche Girozentrale, eine Bundesanstalt des öffentlichen Rechts.⁶⁵⁸ Außerdem gehören der Gruppe eine Vielzahl von Spezialkreditinstituten, öffentlichen Versicherern, Stiftungen und banknahen Unternehmen (S-Broker, Deutsche Leasing AG usw.) an.

⁶⁵⁸ Dritte Verordnung des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen und zur Bekämpfung politischer Ausschreitungen vom 6. Oktober 1931, Fünfter Teil, Kap. I, Art. 2 § 1.

1827. Zu der arbeitsteiligen Organisation innerhalb des operativen Verbunds gehört es, dass die Sparkassen sich auf das lokale und allenfalls regionale Privat- und Geschäftskundengeschäft konzentrieren, während die Landesbanken sich vorrangig auf das Firmenkundengeschäft landesweit oder über die Grenzen eines Bundeslands hinaus spezialisiert haben. Daneben unterstützen die Landesbanken die Sparkassen als Girozentralen bei deren Geschäft. Die DekaBank wiederum ist der zentrale Vermögensverwalter der Sparkassen-Finanzgruppe. Ihr Kundengeschäft besteht schwerpunktmäßig aus Fondsprodukten, die über die Sparkassen und Landesbanken vertrieben werden.

1828. Der strategische Verbund wird im wesentlichen durch die Sparkassen- und Giroverbände geprägt, in denen die Verbundziele definiert werden. Auf der ersten Stufe sind die Sparkassen und ihre Träger Mitglieder regionaler Verbände und die Landesbanken Mitglieder des Verbands öffentlicher Banken. Die regionalen Sparkassen- und Giroverbände koordinieren über eine Vielzahl von Ausschüssen und Gremien die regionale Zusammenarbeit und gewährleisten ein einheitliches Verbundprofil. Auf der zweiten Stufe sind die Sparkassen-Verbände zusammen mit den Landesbanken und den weiteren Mitgliedern des Sparkassen-Finanzverbundes im Deutschen Sparkassen- und Giroverband e.V. (DSGV) als Dachverband organisiert. Der DSGV repräsentiert die Sparkassen-Gruppe nach außen, ist zugleich aber ebenfalls eine Plattform für die innere Willensbildung und die geschäftsstrategische Koordination der Gruppe. Daneben verwaltet der DSGV auch den Haftungsverbund der Sparkassen, zu dem die Sicherungseinrichtungen und Stützungsfonds der Sparkassen-Finanzgruppe auf regionaler und auf Bundesebene gehören.

1829. Schließlich wird der DSGV durch eine öffentliche Körperschaft gleichen Namens ergänzt, deren Mitglieder die regionalen Sparkassenverbände sind und die heute im Wesentlichen als Träger von Verbundunternehmen (z. B. DekaBank) fungiert.

4.3.1.2 Die genossenschaftliche Finanzgruppe im Finanzverbund der Genossenschaftsbanken

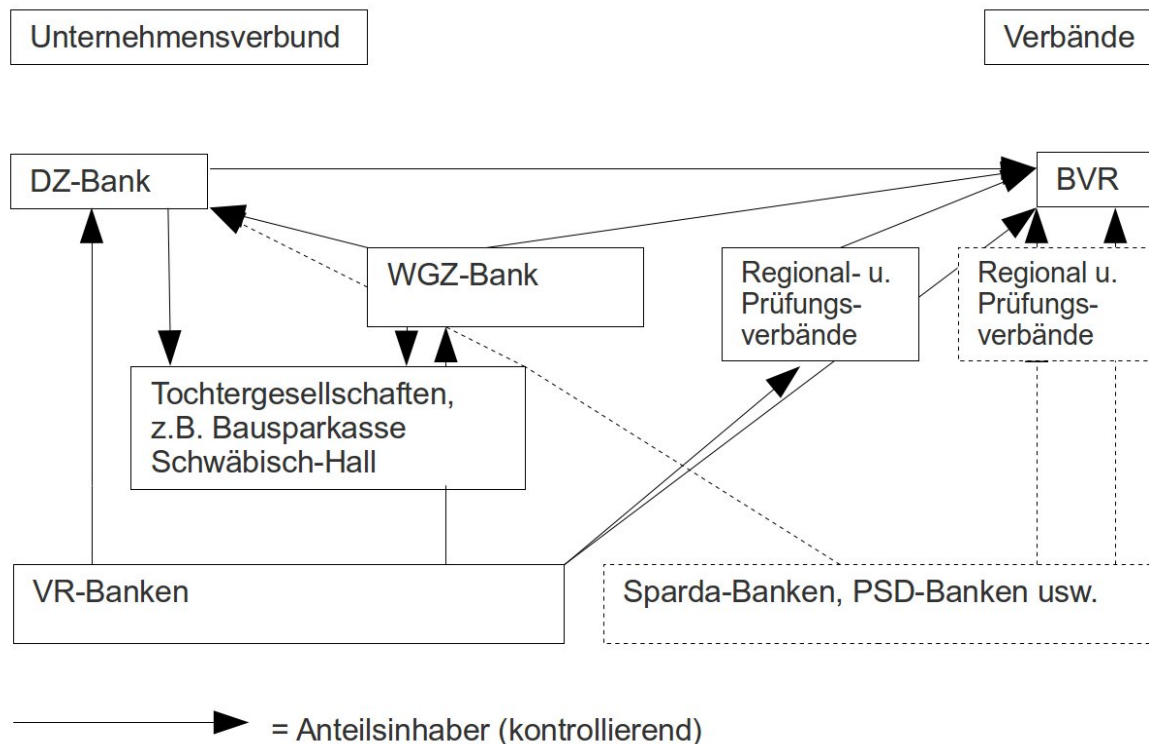
1830. Der genossenschaftliche Finanzverbund besteht ebenfalls aus zwei Institutsgruppen, nämlich der genossenschaftlichen Finanzgruppe und sonstigen Genossenschaftsbanken. Mitglieder der genossenschaftlichen Finanzgruppe sind insbesondere die VR-Banken. Zu den Genossenschaftsbanken außerhalb der genossenschaftlichen Finanzgruppe zählen die Sparda-Banken, PSD Banken, Kirchenbanken und weitere Sonderinstitute wie die Deutsche Apotheker- und Ärztebank.⁶⁵⁹

1831. Die Struktur des genossenschaftlichen Finanzverbunds ist bestimmt durch das gesetzliche Leitbild der Kreditgenossenschaft als einer Selbsthilfeorganisation mit dem Zweck, den Erwerb und die Wirtschaftlichkeit ihrer Mitglieder durch einen auf bankübliche Geschäfte ausgerichteten Geschäftsbetrieb zu fördern (vgl. § 1 GenG). Die gesetzliche Ausgestaltung der Genossenschaft trägt ihrer Ausrichtung auf einen Förderzweck dadurch Rechnung, dass die Anteile keine Kontrolle über die Genossenschaft vermitteln. Sie werden i. d. R. auch nicht gehandelt. Die Ausweitung des Geschäfts auf Nichtmitglieder ist den Kreditgenossenschaften mittlerweile zwar gestattet, aber mit Risiken behaftet. Eine Verlagerung des Geschäftsschwerpunkts hin zu Nichtmitgliedergeschäften erlaubt zwar eine Anpassung an die Marktverhältnisse, macht die Kreditgenossenschaft aber auch zu einem Marktpartner unter vielen und droht damit, den Erwerb eines Mitgliedsanteils unattraktiv zu machen. Dadurch würde die Genossenschaft jedoch mit der Zeit ihre Existenz untergraben. Die Genossenschaftsbanken haben deshalb ihr Geschäft in der Weise angepasst, dass sie den Erwerb von Genossenschaftsanteilen relativ einfach gestalten, zugleich jedoch ihr Geschäft in einem überschaubaren Rahmen halten und komplexere Aktivitäten in Genossenschaften bzw. Gesellschaften auf einer höheren Ebene verlagern. Dies dürfte ein wesentlicher Grund dafür sein, dass sie eine Bankengruppe mit weiter relativ kleinen und nur wenig auf Expansion ausgerichteten Instituten bilden.

⁶⁵⁹ Siehe die Darstellung der genossenschaftlichen Bankengruppe auf den Internetseiten des BVR, <http://www.bvr.de/p.nsf/index.html?ReadForm&main=4&sub=20>, Abruf am 24. Juni 2014.

1832. Die Struktur der genossenschaftlichen Finanzgruppe ist im Finanzverbund der Genossenschaftsbanken am weitesten entwickelt. Diese Finanzgruppe besteht ähnlich wie die Sparkassen-Finanzgruppe aus Unternehmen und Verbänden. Ein Unterschied besteht darin, dass die genossenschaftlichen Verbände in einem weit geringeren Maße die Geschäftsstrategie ihrer Mitglieder koordinieren, weshalb von einem vergleichbaren strategischen Verbund nicht ohne Weiteres auszugehen ist. Die Struktur der Finanzgruppe lässt sich vereinfacht wie folgt darstellen (vgl. Abbildung VI.8).

Abbildung VI.8: Genossenschaftlicher Finanzverbund



Quelle: Eigene Darstellung

1833. Auf Unternehmensebene hatte die genossenschaftliche Finanzgruppe ursprünglich wie die Sparkassen-Finanzgruppe eine regional abgestufte, dreistufige Struktur. Die erste Stufe bildete und bilden die kleinen Kreditgenossenschaften (VR-Banken) vor Ort. Auf der regionalen Ebene bestanden zunächst genossenschaftliche Zentralbanken, von denen allerdings nur die Westdeutsche Genossenschaftsbank (WGZ Bank AG) mit dem Geschäftsgebiet Nordrhein-Westfalen übrig geblieben ist. Anteilsinhaber dieser ursprünglich als Sekundär-genossenschaft organisierten Bank sind die örtlichen Kreditgenossenschaften. Das Spitzeninstitut der Genossenschaftsgruppe ist herkömmlich die DZ Bank AG Deutsche Zentral-Genossenschaftsbank. Die DZ Bank ist heute die Zentralbank der VR-Banken (außerhalb des Geschäftsbereichs der WGZ-Bank) und der Sparda-Banken und im Übrigen die Holdinggesellschaft der genossenschaftlichen Finanzgruppe (Holding von Union-Investmentgruppe, Bausparkasse Schwäbisch Hall usw.).

1834. Auf Verbandsebene sind die Genossenschaftsbanken Mitglieder der genossenschaftlichen Regional- und Prüfungsverbände, die Prüfungs-, Beratungs- und Betreuungsleistungen an die Mitgliedsinstitute erbringen. Der Dachverband des gesamten Genossenschaftsverbunds ist der Bundesverband der Deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken (BVR), in dem neben den Banken und Unternehmen der genossenschaftlichen Finanzgruppe auch die anderen Genossenschaftsbanken und die genossenschaftlichen Prüfungsverbände Mitglieder sind. Der Bundesverband vertritt nach seiner Eigendarstellung die Interessen der genossenschaftlichen Finanzgruppe, koordiniert und entwickelt die Strategie der Volksbanken und

Raiffeisenbanken und berät und unterstützt seine Mitglieder in rechtlichen, steuerlichen und betriebswirtschaftlichen Fragen.

4.3.2 Wettbewerbliche Beurteilung der Verbundstrukturen

1835. Die wettbewerbliche Einordnung der Verbundstrukturen der Sparkassen-Finanzgruppe und der genossenschaftlichen Finanzgruppe bereitet Probleme. Die Struktur dieser beiden Verbundgruppen ist dadurch gekennzeichnet, dass sich die Mitglieder in einem Übergangsbereich zwischen unternehmerischer Selbstständigkeit und konzernmäßigen Abhängigkeitsbeziehungen befinden. Die Einordnung der Verbundstrukturen wird maßgeblich durch die Rolle bestimmt, welche die Verbände bei der geschäftsstrategischen Unterstützung der Verbundmitglieder wahrnehmen. Darüber hinaus sind jedoch auch die wechselseitigen Verflechtungen der Verbundmitglieder untereinander zu berücksichtigen.

1836. Die Monopolkommission sieht insbesondere in der Sparkassen-Finanzgruppe eine allmähliche Entwicklung hin zu einem als wirtschaftlicher Einheit tätigen Unternehmensverbund. Innerhalb der genossenschaftlichen Finanzgruppe scheint diese Entwicklung bisher noch weniger ausgeprägt zu sein. Beide Finanzgruppen betonen zwar in ihrem Marktauftritt die Selbstständigkeit der Verbundmitglieder. Das kann aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass diese auch geschäftsstrategische Funktionen auf die Verbände übertragen. Die Beurteilung dieser Entwicklung hängt davon ab, in welchem Umfang sich die Zusammenarbeit auf geschäftspolitische Entscheidungen bezieht und inwieweit sie sich bereits strukturell verfestigt hat.

4.3.2.1 Wegfall der wirtschaftlichen Selbstständigkeit?

1837. Die Verbundmitglieder sind nur dann wirtschaftlich selbstständig, wenn sie (bzw. ihre Träger) strategische geschäftspolitische Entscheidungen selbst treffen können. Dafür ist eine Gesamtschau der ihnen verbleibenden geschäftsstrategischen Entscheidungsbefugnisse erforderlich. Die Schwelle zur wirtschaftlichen Einheit kann unter Umständen auch dadurch übertreten werden, dass die Verbundmitglieder einzelne Entscheidungsrechte auf die Verbände übertragen, sofern diese Rechte den Verbänden einen Einfluss auf die Markttätigkeit der Verbundmitglieder einräumen, der sich auf strategische Felder der Geschäftstätigkeit bezieht, z. B. auf Entscheidungen zum Budget, dem Geschäftsplan, größeren Investitionen und/oder der Besetzung der Unternehmensleitung, wobei Letztere allerdings aufgrund der gesetzlichen Vorgaben für die Zusammensetzung der Institutsorgane einem geschäftspolitischen Einfluss nur begrenzt offensteht.⁶⁶⁰

1838. Die Sparkassenverbände haben nach dem Wegfall von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung eine Herabstufung der Ratings für ihre Mitglieder (und damit erhöhte Refinanzierungskosten) damit zu verhindern gesucht, dass sie sich um den Erhalt eines einheitlichen Verbund-Ratings bzw. um ein Mindest-Rating für die Verbundinstitute („rating floor“) bemüht haben. Die Rating-Agenturen verlangen für ein Verbund-Rating allerdings den Nachweis, dass wesentliche Geschäftsfunktionen vergemeinschaftet worden sind (Risikomanagement, Liquiditätssteuerung, Geschäftsstrategie, Marketing, Produktangebot, Haftung)⁶⁶¹.

1839. Der DSGVO hat deshalb in seiner Berliner Erklärung zur Verbundzusammenarbeit und zum künftigen Marktauftritt verbindliche Grundsätze für die Arbeitsteilung im Verbund formuliert. Als Dachverband hat er einen Verbundausschuss eingerichtet, der weitergehend das „arbeitsteilige Zusammenwirken im Verbund koordiniert und mögliche Interessenunterschiede schlichtet“. Das Ziel des Verbundes hat er – trotz Betonung

⁶⁶⁰ Vgl. Konsolidierte Zuständigkeitsmitteilung, ABl. C 95 vom 16. April 2008, Tz. 57, 66 ff. für Elemente, auf die sich der Einfluss beziehen muss. Siehe ferner z. B.: §§ 14 Abs. 1, 2; 15 Abs. 1; 22 Abs. 1; 24 Abs. 2 SpG BW bzgl. der Besetzung der Unternehmensleitung (Verwaltungsrat).

⁶⁶¹ Vgl. FitchRatings, Rating Criteria for Banking Structures Backed by Mutual Support Mechanisms vom 20. Dezember 2012, www.fitchratings.com, Abruf am 24. Juni 2014; Moody's, Kreditanalysen (Credit Opinions) Sparkassen-Finanzgruppe vom März 2013 und Februar 2014; <http://www.dsgv.de/de/sparkassen-finanzzgruppe/rating/>, Abruf am 24. Juni 2014.

des Geschäftsmodells dezentraler eigenständiger Sparkassen – dahin gehend definiert, dass deutschlandweit vergleichbare Rahmenbedingungen für die Sparkassen-Finanzgruppe geschaffen bzw. erhalten werden.

1840. Inzwischen haben mehrere regionale Verbundgruppen im Geist der Berliner Erklärung regionale Verbundkonzepte entwickelt, die sich allerdings zum Teil erheblich voneinander unterscheiden. Eine besonders weitgehende Verbundkooperation hat sich im Rahmen des Sparkassen- und Giroverbands Hessen-Thüringen etabliert. Der wesentliche Inhalt der Kooperation lässt sich aus Wettbewerbssicht wie folgt umreißen:

- Geschäftsplan: Festlegung gemeinsamer strategischer Verbundziele („Cross-Selling-Quote“, „Verbundrating“ usw.), Ziel eines „geschlossenen Marktauftritts“, Stabilisierung und Ausbau der Marktposition der Gruppe im Privat- und Firmenkundengeschäft;
- Finanzplanung: Festlegung von Kosten-/Ertragszielen, einer gemeinsamen Verbundrechnungslegung (gemeinsame GuV) und eines gemeinsamen Risikomanagements;
- Investitionen: Kombination des retailbezogenen Geschäfts der Sparkassen mit dem Wholesale-Geschäft der Landesbank;
- Marktspezifische Rechte: Erschließung von Fokusthemen (z. B. „S-CountryDesk“).

Das Konzept des Verbundes beruht auf einem Verbundstatut, das die Abläufe und die Entscheidungsfindung bei der Zusammenarbeit verbindlich festlegt. Teile dieses Verbundkonzepts haben auch die Genossenschaftsbanken übernommen.⁶⁶²

Die Mitglieder des hessisch-thüringischen Verbundes arbeiten vor allem im Privatkundengeschäft nach außen sichtbar zusammen, wo sie eine gemeinsame Website als Plattform benutzen (für allgemeines Marketing, aber auch z. B. für den Immobilienvertrieb). Die Angebote der einzelnen Sparkassen für einfache Bankprodukte (z. B. Girokonten) sind einander ähnlich, wenn auch durchaus nicht identisch. So sind bspw. Preise stärker an die Preise der genossenschaftlichen Wettbewerber vor Ort und weniger im Verhältnis zu anderen Sparkassen angeglichen. Gegenüber Geschäftskunden hat jede Sparkasse weiter ihr eigenes Marketing, allerdings nutzen sie identische Webauftritte. Aus Kundensicht werden die Sparkassen nach Angaben in ihren Geschäftsberichten inzwischen als „wirtschaftliche Einheit“ wahrgenommen.⁶⁶³

Die Sparkassenorganisation Baden-Württembergs bzw. die HSH Nordbank gemeinsam mit den Sparkassen in Schleswig-Holstein haben stärker auf die Landesbanken hin ausgerichtete Verbundkonzepte entwickelt. Die Landesbanken selbst haben durchgängig sogenannte Beiräte oder Fachbeiräte eingerichtet, in denen Verbandsvertreter Mitglieder sind und die die Zusammenarbeit zwischen Landesbanken und Sparkassen koordinieren.

Zusätzlich zu dieser Vereinheitlichung der Geschäftspolitik haben die Verbände auf Sparkassen- und Genossenschaftsseite schließlich die sonstige verbundinterne Zusammenarbeit intensiviert, um die Verbundgruppen effizienter auszugestalten.⁶⁶⁴

1841. Die beschriebenen Verbundkooperationen dürften inhaltlich grundsätzlich geeignet sein, um die beteiligten Sparkassen und Genossenschaftsbanken einer einheitlichen Leitung zu unterstellen.

⁶⁶² Vgl. Böhmer, ZfgK 2006, 448 (449). Auch die genossenschaftliche FinanzGruppe hat ein Verbund-Rating erhalten, vgl. FitchRatings, Pressemitteilung vom 24. Juli 2012.

⁶⁶³ Siehe nur Sparkasse Grünberg, Geschäftsbericht 2011, S. 13; Nassauische Sparkasse, Geschäftsbericht 2011, S. 8; Sparkasse Dillenburg Geschäftsbericht 2011, S. 9; Sparkasse Gießen, Geschäftsbericht 2011, S. 7.

⁶⁶⁴ Zu den aktuellen Elementen der Zusammenarbeit siehe unten Abschnitte 4.3.3.1-4.3.3.4.

4.3.2.2 Strukturelle Verfestigung?

1842. Es ist indes fraglich, ob diese Kooperationen ausreichend strukturell verfestigt sind, um tatsächlich eine wirtschaftliche Einheit herbeizuführen. Eine solche Verfestigung dürfte allenfalls innerhalb der Sparkassen-Finanzgruppe in Betracht kommen.

1843. Dabei ist zu berücksichtigen, dass in dieser Gruppe vielfältige Beteiligungsverflechtungen bestehen. So können Verbundunternehmen von einem oder mehreren Verbänden gehalten werden, teilweise zusammen mit anderen öffentlich-rechtlichen Körperschaften (z. B. Ländern) und/oder mit einer Landesbank und/oder weiteren Unternehmen der Sparkassengruppe. Eine typische regionale Verbundstruktur sieht so aus, dass ein Sparkassenverband mit einem oder mehreren Bundesländern und eventuell weiteren Verbänden die Anteile an einer Landesbank hält, zugleich (Mehrheits-)Träger einer Landesbausparkasse und einer Versicherung ist und daneben Anteile an Unternehmen hält, die banknahe Dienstleistungen (z. B. Leasinggesellschaften) erbringen oder Hilfsfunktionen erfüllen (z. B. IT-Dienstleister).

1844. Die genannten Beteiligungen scheinen häufig unterhalb eines bestimmenden oder auch nur wettbewerblich erheblichen Einflusses angesiedelt zu sein und sind wettbewerbsrechtlich nur begrenzt fassbar.

1845. Es ist allerdings auf Besonderheiten hinzuweisen, welche die Beziehungen innerhalb der öffentlich-rechtlich organisierten Sparkassenfinanzgruppe prägen, sodass es denkbar ist, dass hier auch relativ niedrige Beteiligungen (z. B. von unter zehn Prozent) für die Feststellung eines wettbewerblich erheblichen Einflusses ausreichen können. Ein solcher Einfluss erfordert nach der Rechtsprechung die Möglichkeit zur Einflussnahme auf Grundlage einer gesellschaftsrechtlichen oder einer dieser vergleichbaren rechtlichen Beziehung, aber nicht notwendig eine bestimmte Anteilshöhe. Der Einfluss ist wettbewerblich vielmehr schon dann erheblich, wenn aufgrund des zwischen den Unternehmen bestehenden Beziehungsgeflechts zu erwarten ist, dass der Wettbewerb zwischen den einzelnen Unternehmen so wesentlich eingeschränkt ist, dass die Unternehmen nicht mehr unabhängig am Markt auftreten.⁶⁶⁵ Entscheidend ist, ob die Verbindung Grundlage eines wechselseitigen Interessenausgleichs ist, der sowohl darauf beruhen kann, dass das beteiligte Unternehmen Einfluss auf die Ressourcen und das Marktverhalten des Unternehmens nimmt, an dem die Beteiligung erworben wurde, als auch darauf, dass dieses Unternehmen sein Wettbewerbsverhalten an den Interessen des beteiligten Unternehmens ausrichtet.⁶⁶⁶

1846. Ein solcher Interessenausgleich kann nach Ansicht der Monopolkommission unter Umständen auch dadurch bewirkt werden, dass eine Minderheitsbeteiligung durch Gesetz angeordnet ist. Denn bereits die Einräumung der Minderheitsbeteiligung zeigt, dass der Mehrheitsbeteiligte nach dem Willen des Gesetzgebers die Interessen der anderen Beteiligten bei der Geschäftsführung des betroffenen Unternehmens berücksichtigen soll. Eine derartige Situation besteht bei einigen Landesbanken, bei denen dem Land oder einzelnen Sparkassenverbänden eine Minderheitsbeteiligung eingeräumt wurde.⁶⁶⁷ Diese Minderheitsbeteiligung ist um so bedeutender, wenn das Land auch erhebliche Eigenkapitalanteile hält.⁶⁶⁸

⁶⁶⁵ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24. November 2004, VI-2 Kart 10/04(V) – KG Wochenkurier, WuW/E DE-R 1390 (1394), mit Bezugnahme auf BT-Drs., 11/4610, S. 20.

⁶⁶⁶ Vgl. BGH, Beschluss vom 21. Dezember 2004, KVR 26/03 – trans-o-flex, WuW/E DE-R 1419 (1420); OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6. Juli 2005, VI-Kart 26/04(V) – Bonner Zeitungsdruckerei, WuW/E DE-R 1581 (1582); BKartA, Beschluss vom 27. Februar 2008, B5-198/07, WuW/E DE-V 1553, Tz. 27, 44.

⁶⁶⁷ Siehe § 4 Abs. 1, 7, § 5 LBWG i. V. m. § 2 Abs. 1, § 3 Satzung; Art. 5 Abs. 1 Helaba-Staatsvertrag i. V. m. § 3, 4 Abs. 1 Satzung; § 3 Abs. 1, § 4 Bremer LB-Staatsvertrag i. V. m. § 4 Satzung; § 3 Abs. 1 Nord/LB-Staatsvertrag i. V. m. §§ 2, 3 Abs. 1 Satzung; § 32 Abs. 1 SSpG i. V. m. §§ 2, 4 Abs. 1 Satzung. Vgl. auch § 4 SpkG NW (bzgl. Helaba-Verbundbank in NRW). Dagegen dürfte aufgrund dieser Regelungen keine (parallele) Interessengleichheit zwischen Mehrheits- und Minderheitsbeteiligten anzunehmen sein, die eine Zusammenrechnung der Beteiligungen rechtfertigt; dazu Tz. 76 der Konsolidierten Zuständigkeitsmitteilung.

⁶⁶⁸ Vgl. z. B. Drost, F.M., Bremer Landesbank gibt NordLB Kontra, Handelsblatt, 29. Juni 2005.

1847. Die Beurteilung der Verbundstrukturen erfordert allerdings eine Gesamtbetrachtung, die über die Betrachtung der jeweils einzelnen Beteiligungen hinausgehen muss.

1848. So ist insbesondere zu berücksichtigen, dass die Sparkassen und ihre Träger kraft Gesetzes Mitglieder der Sparkassen- und Giroverbände sind. Die Verbände koordinieren jedoch die Willensbildung und den Marktauftritt der Sparkassen nicht nur untereinander, sondern auch im Verhältnis zu den Verbundinstituten auf Landes- und Bundesebene, an denen sie als Träger beteiligt sind (z. B. Landesbanken, Landesbausparkassen, DekaBank). Durch das Verbandswesen ergeben sich dabei vielfältige personelle und geschäftsstrategische Verflechtungen.⁶⁶⁹ Außerdem haben die Verbände die Verbandsmitglieder in den letzten Jahren veranlasst, Unternehmensfunktionen („Back Office“⁶⁷⁰ bzw. Hilfgeschäfte) in sogenannte Modellorganisationen zum Personal- und Sachkostenmanagement plattformmäßig zu vereinheitlichen oder auch in andere Einheiten innerhalb der Verbundgruppe auszulagern, etwa in Kreditpools, Rechenzentren/IT-Dienstleister, Einheiten zur Risikosteuerung usw.⁶⁷¹ Diese Modellorganisationen und Einheiten dürften regelmäßig über eine (Teilfunktions-)Vergemeinschaftung ohne eigene Markttätigkeit nicht hinausgehen. Aufgrund der Abhängigkeit der Verbandsmitglieder von den erbrachten Back-Office-Leistungen ergibt sich für die Verbände so aber eine immer bedeutendere Möglichkeit, einen aufeinander abgestimmten Marktauftritt der Verbandsmitglieder sicherzustellen. Diese Möglichkeit wird durch die Kontrolle der Verbände über die Sicherungseinrichtungen der Sparkassen-Gruppe noch weiter verstärkt.

1849. Daneben muss andererseits berücksichtigt werden, dass enge Verbundkooperationen wie die des Sparkassen- und Giroverbands Hessen-Thüringen bei der BaFin wegen der damit einhergehenden Strukturverfestigung nach älteren Presseberichten bereits auf Bedenken gestoßen sind.⁶⁷² Die BaFin hat diese Verbundkooperation nur unter der Voraussetzung gebilligt, dass verbindliche Entscheidungen auf Verbandsebene zunächst nur im Bereich des Risikomanagements getroffen würden und die Alleinverantwortung für die Geschäftsleitung ansonsten bei den Institutsvorständen verbleibe. Im Verbundausschuss Hessen-Thüringen wurde den kommunalen Trägern deshalb ein Vetorecht eingeräumt. Die BaFin ist zudem laufend über alle wichtigen Verbundprojekte zu informieren, um sie überprüfen zu können. Es ist davon auszugehen, dass aufsichtsrechtlich vergleichbare Anforderungen auch für die anderen Verbundkooperationen bestehen. Eine weitergehende Integration, insbesondere der operativen Zusammenarbeit, ist bisher offenbar unterblieben, auch in Hessen-Thüringen.

1850. Aus Sicht der Monopolkommission wird die wirtschaftliche Selbstständigkeit der beteiligten Institute durch die verbandsgesteuerte Verbundkooperation nicht strukturell beseitigt, solange sichergestellt ist, dass Back-Office-Leistungen sowie der Zugang zu den Sicherungseinrichtungen allen Verbandsmitgliedern ohne Vorbedingung zur Verfügung stehen und solange die Verbundausschüsse und anderen Verbandsgremien sich hinsichtlich der geschäftspolitischen Steuerung auf Empfehlungen beschränken und keine verbindlichen Vorgaben machen. Das schließt es selbstverständlich nicht aus, dass die Verbundmitglieder die vom Verband aufgestellten Verbundgrundsätze aus Eigeninteresse (z. B. an einem Verbundrating) befolgen. Allerdings ist derzeit nicht auszuschließen, dass die einzelnen Verbundmitglieder sich den Verbandszielen zumindest faktisch unterordnen müssen, wenn ihre eigenen Geschäftsziele mit denen auf Verbandsebene kollidieren. Eine solche Beschränkung der Selbstständigkeit dürfte aufsichtsrechtlich unerheblich sein, solange die betreffenden Verbundmitglieder sich weiter einer ihre Solvenz und Liquidität gefährdenden Kooperation entziehen können. Es könnte sich hierbei aber gleichwohl um eine nicht mehr lediglich verhaltensbedingte, sondern bereits strukturelle Wettbewerbsbeschränkung handeln, aufgrund derer die betreffenden Verbände

⁶⁶⁹ Diese sind zum Teil gesetzlich vorgesehen oder abgesichert, vgl. z. B. Art. 36 Helaba-Staatsvertrag, §§ 4, 12 Abs. 1, § 13 Abs. 1 lit. B, § 19 Abs. 4 S. 2 SpkG NW.

⁶⁷⁰ Insbesondere Abwicklungsfunktionen.

⁶⁷¹ Siehe nachfolgend Abschnitt 4.3.3.3.

⁶⁷² Vgl. Köhler, P., Aufsicht billigt Verbundkonzept der Sparkassen nur unter Auflagen, Handelsblatt, 4. November 2003.

und ihre Mitglieder mittlerweile tatsächlich eine wirtschaftliche Einheit bilden. Die Monopolkommission sieht insofern Klärungsbedarf.

4.3.3 Wettbewerbliche Beurteilung der sonstigen Beziehungen im Verbund

1851. Das allgemeine Kartellrecht ist innerhalb des Sparkassen- und des Genossenschaftsverbunds grundsätzlich anwendbar, soweit die strukturellen Verbindungen zwischen den Mitgliedern dieser Bankensäulen Raum für eine Verhaltenskoordinierung lassen.⁶⁷³ Dabei ist freilich den Besonderheiten der Verbundkooperation Rechnung zu tragen. Außerdem können sich innerhalb des Sparkassenverbunds Einschränkungen aufgrund der Zuständigkeiten der öffentlichen Hand im Bereich der Daseinsvorsorge ergeben. Die Monopolkommission befürwortet daher einen differenzierenden Ansatz bei der Analyse der Wettbewerbssituation.

1852. Allerdings stellt es für die Beurteilung der Verbundkooperation ein erhebliches Hindernis dar, dass die Verbünde in ihrer Berichterstattung nur relativ wenige Informationen zu den verbundinternen Wirtschaftsbeziehungen offenlegen. Die Marktstrukturen sind durch die Verbünde in der Weise geprägt, dass sich die verbundbeteiligten Unternehmen einer Zusammenarbeit im Verbund nicht völlig entziehen können und im Verbund insbesondere Wettbewerber ungewöhnlich eng kooperieren.⁶⁷⁴ Dies erhöht grundsätzlich das Risiko von Wettbewerbsverstößen. Zugleich verschafft die bestehende Intransparenz den Verbünden einen Spielraum, um einem behördlichen Vorgehen die tatsächlichen oder vermeintlichen Besonderheiten der Verbundkooperation zur Rechtfertigung entgegen zu halten.

1853. Die Monopolkommission wiederholt vor diesem Hintergrund ihre Feststellung, dass eine Erhöhung der Transparenz in Bezug auf die verbundinternen Beziehungen aus wettbewerbspolitischer Sicht sehr zu wünschen wäre.⁶⁷⁵ Sie stützt ihre nachfolgenden Ausführungen weitestgehend auf Informationen, die sie aus öffentlichen Quellen erhalten hat.⁶⁷⁶

4.3.3.1 Besonderheiten der Verbundkooperation von Sparkassen und Genossenschaftsbanken

1854. Die beiden Verbundgruppen weisen die folgenden Besonderheiten auf, die das koordinierte Marktverhalten der Mitglieder in Teilen erklären können.

1855. Eine solche Besonderheit ist es, dass die Mitglieder ein stabiles gleichgerichtetes Interesse an einer Aufgabenteilung und – marktbezogen – an einer Zusammenarbeit bei Belieferung und Vertrieb (Vertikalverhältnis) teilen. Dieses Interesse beruht auf aufeinander abgestimmten Geschäftsmodellen, die bei Landesbanken und Sparkassen an deren öffentlichem Auftrag und bei den Genossenschaftsbanken an der Fortentwicklung der genossenschaftlichen Geschäftsprinzipien ausgerichtet sein müssen. Soweit ersichtlich, wird dieses gleichgerichtete Interesse auch durch zunehmenden Wettbewerb im Horizontalverhältnis nicht ernsthaft infrage gestellt. So ist es zwar bei den Landesbanken und Sparkassen zu einer Erosion des Regionalprinzips (siehe unten)⁶⁷⁷ und zu den schon erwähnten Wettbewerbsvorstößen der Landesbanken und Freien Sparkassen gekommen. Auch bei den VR-Banken schließt das Regionalprinzip einen gewissen

⁶⁷³ EuGH, Urteil vom 17. November 1987, 142 und 156/84 – BAT und Reynolds/Kommission („Philipp Morris“), Slg. 1987, 4487; BGH, Urteil vom 1. Oktober 1985, BGHZ 96, 69 = WuW/E BGH 2169 – Mischwerke; siehe auch Monopolkommission, I. Hauptgutachten 1973/1975, Mehr Wettbewerb ist möglich, Baden-Baden 1976, Tz. 887.

⁶⁷⁴ Siehe im einzelnen nachfolgend Abschnitte 4.3.3.1-4.3.3.5.

⁶⁷⁵ Siehe oben Tz. 1822.

⁶⁷⁶ Die Monopolkommission bedauert, dass der BVR ihre auf den Verbund bezogenen Fragen trotz wiederholter Möglichkeit zur Stellungnahme eher allgemein beantwortet und dass der DSGV auf Nachfrage ganz darauf verzichtet hat, eine Stellungnahme abzugeben; BVR, Stellungnahme vom 18. Dezember 2013, Antworten auf Fragen II.1-5; DSGV, telefonische Mitteilung vom 5. Mai 2014 zu den weiteren Fragen der Monopolkommission an den DSGV vom 23. Oktober 2013.

⁶⁷⁷ Dazu Abschnitt 4.4.

Wettbewerb im Rahmen der Leistungsfähigkeit der einzelnen Institute von vornherein nicht aus. Gleichwohl ist die Verbundstruktur als solche bei beiden Bankengruppen weiterhin durchaus stabil und leistungsfähig.

1856. Eine andere Besonderheit stellt es dar, dass der einheitliche Marktauftritt der Verbundgruppen im Wesentlichen durch die schon angesprochenen verbandsmäßigen Verflechtungen innerhalb dieser Gruppen sichergestellt wird. Diese Verflechtungen ermöglichen es der Ebene der Primärinstitute (Sparkassen bzw. VR-Banken), einen einheitlichen Willen für die Koordination der Gruppe im Markt zu bilden und innerhalb der Verbundstruktur durchzusetzen.

1857. Dementsprechend kennzeichnet die Verbundgruppen auch im operativen Geschäft eine Einflussnahme von der unteren Ebene (Sparkassen/VR-Banken) auf die höheren Ebenen (Zentral- und Spezialinstitute; z. B. DekaBank/DZ-Bank, bedingt: Landesbanken). Eine Einflussnahme im umgekehrten Verhältnis ist zwar im Einzelfall nicht auszuschließen, aber grundsätzlich nicht intendiert. Der Zweck der vertikal gestuften Zusammenarbeit im Verbund besteht also gerade nicht darin, die Geschäftspolitik des Verbunds aus der Warte einer übergeordneten zentralen Stelle heraus zu koordinieren. Es geht eher darum, dort die Entwicklung und das Angebot bestimmter Produkte zu konzentrieren, welche die Leistungsfähigkeit der unteren Verbundebenen überfordern oder hier zu einer wechselseitigen Behinderung führen. Andererseits werden die Sparkassen und VR-Banken von den Zentral- und Spezialinstituten des Verbunds aber auch als Vertriebskanal genutzt.

1858. Die Zusammenarbeit innerhalb der Verbundgruppen ist grundsätzlich unbedenklich, soweit sie diese Zusammenarbeit zur Generierung von Effizienzen im öffentlichen bzw. im Verbraucherinteresse nutzen. Insofern begegnet es auch keinen Bedenken, dass sie einerseits gewisse Vorteile verbundener Unternehmen nutzen können (z. B. Nullgewichtung von Intragruppenforderungen), sich andererseits aber durch ihre dezentrale Struktur auch Vorteile erhalten, die bei einer stärker konzernmäßigen Verbundstruktur verloren gingen (z. B. Vermeidung von konsolidierter Beaufsichtigung und von Konzernbilanzierung und -haftung).

1859. Eine abschließende Beurteilung der Verbundkooperation ist hier jedoch nicht möglich. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Grenzen des kartellrechtlich Zulässigen bei der Zusammenarbeit im Einzelfall überschritten werden und die Verbundkooperation spürbar zur Abschottung regionaler Märkte und des deutschen Bankenmarktes insgesamt beiträgt.

4.3.3.2 Gesetzliche Ausgestaltung der Verbundkooperation in der öffentlichen Säule

1860. Die Verbundkooperation innerhalb der Sparkassen-Finanzgruppe wird durch eine Reihe wettbewerbsbezogener Vorschriften besonders geschützt. So bestimmen die Sparkassengesetze, dass

- die Sparkassen insbesondere das Bauspargeschäft, das Investmentgeschäft und das Versicherungsgeschäft innerhalb des Verbundes der Sparkassen-Finanzgruppe betreiben,⁶⁷⁸
- der Verbund durch gemeinsame Zusammenarbeit der Verbundmitglieder die gemeinsamen Marktpositionen weiter ausbauen soll⁶⁷⁹ und
- die Zusammenarbeit mit Geschäftspartnern außerhalb der Sparkassenfinanzgruppe das Verbundprinzip nicht beeinträchtigen darf.⁶⁸⁰

1861. Aus Sicht der Monopolkommission bestehen allerdings Zweifel, ob insofern die Vorgaben des europäischen Rechts ausreichend beachtet werden (Art. 106 Abs. 1 AEUV, Art. 4 Abs. 3 EUV).⁶⁸¹ Die

⁶⁷⁸ Vgl. etwa § 6 Abs. 2 S. 2 SpG BW, § 2 Abs. 5 S. 2 SpkG RP, § 2 Abs. 2 BbgSpkG i. V. m. § 4 Abs. 1 BbgSpkVO, § 2 Abs. 2 ThürSpkG; offener § 3 Abs. 1 S. 2 SSpkG, § 30 ThürSpkVO.

⁶⁷⁹ § 4 Abs. 2 SpkG NW.

⁶⁸⁰ § 4 Abs. 1 S. 2 SpkG NW, § 3 Abs. 1 S. 3 SSpkG, § 4 Abs. 2 BbgSpkVO, § 4 Abs. 2 SächsSpkVO.

⁶⁸¹ Vgl. EuGH, Urteil vom 21. September 1998, 267/86 – Van Eecke, Slg. 1988, 4769; Urteil vom 1. Oktober 1998,

Regelung der Verbundkooperation innerhalb der Sparkassengruppe dürfte dem europäischen Wettbewerbsrecht nicht deshalb entzogen sein, weil diese Regelung Teil der Organisationshoheit der öffentlichen Hand ist. Dieser Organisationshoheit unterliegen solche Regelungen, aufgrund derer staatliche Unternehmen errichtet werden, die Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen. Insofern ist die Organisationshoheit der Träger der Sparkassen-Finanzgruppe auch durch das europäische Recht besonders geschützt (Art. 345, 14 AEUV). Dagegen unterliegt die wirtschaftliche Tätigkeit der betreffenden Unternehmen dem europäischen Wettbewerbsrecht (Art. 101 ff. AEUV).⁶⁸²

1862. Es ist aber schon deshalb fraglich, ob die Verbundkooperation von der Organisationshoheit der Länder abgedeckt wird, weil die Länder gar nicht die Träger aller betroffenen Unternehmen sind. Sie sind insbesondere keine Träger der Sparkassen. Die Gründung und der Betrieb der Sparkassen fallen vielmehr in die Allzuständigkeit der Kommunen (Art. 28 Abs. 2 GG).

1863. Es kann weiter auch nicht unterstellt werden, dass die Regelung der Verbundkooperation deshalb vom Wettbewerbsrecht freigestellt ist, weil die Sparkassen Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen; insbesondere weil sie im Sinne einer Universaldienstleistung die kreditwirtschaftliche Versorgung der öffentlichen Hand und der Privatwirtschaft sicherstellen. Eine Ausnahme von den Wettbewerbsvorschriften besteht nur sehr eingeschränkt, soweit die Anwendung dieser Vorschriften die Erbringung solcher Dienste verhindert (Art. 106 Abs. 2 AEUV). Es kann aber nicht davon ausgegangen werden, dass sich die von den Sparkassengesetzen geregelte Verbundkooperation insgesamt auf Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse bezieht.⁶⁸³ Davon kann insbesondere nicht ausgegangen werden, soweit die Regelungen die Erbringung von Dienstleistungen sicherstellen, die schlechthin zu den Aufgaben von Banken gehören. Zu hinterfragen ist auch, ob die Verbundkooperation – sofern sie solche besonderen Aufgaben der Sparkassen-Finanzgruppe betrifft – in dem sparkassengesetzlich geregelten Umfang überhaupt erforderlich ist.

1864. Soweit die Wettbewerbsvorschriften eingreifen, ist fraglich, ob die gesetzliche Verbundkooperation in dem durch Art. 101 AEUV vorgegebenen Rahmen ausgestaltet ist. Diese Kooperation umfasst sehr unterschiedliche Formen der Zusammenarbeit. Diese mögen zum Teil wettbewerbsneutral (Arbeitsgemeinschaftsgedanke) oder durch damit verbundene Effizienzen gerechtfertigt sein, haben zum Teil aber durchaus auch das Potenzial, ungerechtfertigt den Wettbewerb zu beschränken. Die Monopolkommission empfiehlt mit Blick auf ihre nachstehende Einschätzung der Kooperation der beiden Verbundgruppen, die einschlägigen gesetzlichen Regelungen zu überprüfen.

4.3.3.3 Die Rolle der Verbände

1865. Aus wettbewerblicher Sicht ist insbesondere die Rolle der Verbände als Plattform zur Koordinierung der wirtschaftlichen Tätigkeit der Verbundmitglieder und überhaupt zur Willensbildung hervorzuheben. Dieser Umstand ist bei der Beurteilung der Aufgaben, welche die Verbände innerhalb des betreffenden Verbunds übernehmen, in unterschiedlicher Weise relevant. Insofern ist nach den folgenden Aufgaben zu differenzieren:

- Sicherstellung eines gemeinsamen Marktauftritts (Markennutzung, Marketing, Webpräsenz);
- Entwicklung von gemeinsamen Konzepten und Geschäftsstrategien;
- Organisation von Betriebsvergleichen und Möglichkeiten zum Erfahrungsaustausch;
- Sammlung von Informationen in Prüfungseinrichtungen und -verbänden;

C-38/97 – Librandi, Slg. 1998, I-5955, Rz. 26 f.

⁶⁸² Siehe oben Tz. 1792.

⁶⁸³ EU-Kommission, XXVIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1998, Brüssel/Luxemburg 1999, Tz. 269.

- Beratung der Verbundmitglieder und Schulungen;
- Ausgestaltung der Arbeitsteilung des Verbunds, in der Sparkassengruppe u. a. Beteiligung an Sparkassenbeiräten/-fachbeiräten der Landesbanken, „Cross-Selling“;
- Maßnahmen zum Schutz der Verbundstruktur (z. B. Erwerb von Beteiligungen, Ausschluss privatisierter Mitglieder aus dem Haftungsverbund).

1866. Die Verbände koordinieren insofern die wirtschaftlichen Aktivitäten der Verbundmitglieder, indem sie es durch die Verbandsbeschlüsse und ihre Unterstützungsleistungen möglich machen, dass die Verbundmitglieder sich untereinander abstimmen. Eine solche Verhaltensabstimmung ist nach Art. 101 AEUV, §§ 1, 2 GWB relevant, wenn die Verbundmitglieder ein Marktverhalten zeigen, das vom natürlichen Verhalten von auf sich allein gestellten Unternehmen im Wettbewerb abweicht.⁶⁸⁴ Es bedarf aber stets einer genaueren Prüfung, ob mit einer derartigen Abstimmung Beschränkungen des Wettbewerbs bezweckt sind bzw. einhergehen und ob solche Beschränkungen in Anbetracht überwiegender Verbrauchervorteile hingenommen werden müssen.

Sicherstellung eines gemeinsamen Marktauftritts

1867. Die Sicherstellung eines gemeinsamen Marktauftritts umfasst Maßnahmen, die ein einheitliches Profil der Verbundinstitute im Markt sicherstellen. Sie kann sich darüber hinaus aber auch auf unternehmerische Initiativen erstrecken, etwa die Planung von Produkten und Plattformen für Bankdienstleistungen der Verbundinstitute.

1868. Die Sicherstellung eines gemeinsamen Marktauftritts folgt für die Sparkassen aus der in der Berliner Erklärung niedergelegten Erkenntnis, dass „kein Unternehmen der Gruppe unter globalen Wettbewerbsbedingungen allein besser in der Lage wäre, die steigenden Wettbewerbsherausforderungen zu bestehen.“⁶⁸⁵ Ähnlich liegt der Sicherung des Marktprofils der genossenschaftlichen Finanzgruppe das Bewusstsein zugrunde, dass das Geschäftsmodell der VR-Banken gemeinsame Strategien und Konzepte innerhalb der genossenschaftlichen Bankengruppe erfordert, um dadurch „dezentrales Unternehmertum mit gebündelter Produkt- und Leistungskompetenz zu verbinden“.⁶⁸⁶

1869. Formen der Zusammenarbeit, die es den Beteiligten ermöglichen, überhaupt erst am Markt tätig zu werden, stellen i. d. R. von vornherein keine Wettbewerbsbeschränkung dar (sogenannte Arbeitsgemeinschaft). So können bspw. Maßnahmen, die es kleinen Sparkassen oder VR-Banken ermöglichen, ihren Kunden ein leistungsfähiges Direktbankgeschäft anzubieten, unter Umständen in diese Kategorie fallen. In jedem Fall steht hier eine Rechtfertigung eventueller Wettbewerbsbeschränkungen außer Frage. Eine solche Rechtfertigung dürfte auch möglich sein, wenn die Verbände zusätzliche Produkte planen, welche die Verbundmitglieder neben den eigenen Produkten vertreiben können.⁶⁸⁷

1870. Problematischer ist es dagegen, wenn die Zusammenarbeit lediglich die gemeinsame Vermarktung betrifft und erfolgt, obwohl die Beteiligten einzeln am Markt tätig werden könnten. In einem solchen Fall kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Zusammenarbeit zu Preisabstimmungen, zum kollusiven Austausch strategischer Informationen oder zur Durchsetzung einer Markt- oder Kundenaufteilung ausgenutzt wird.

⁶⁸⁴ EuGH, Urteil vom 14. Juli 1972, 48/69 – ICI, Slg. 1972, 619, Rz. 64/67; Urteil vom 14. Juli 1981, 172/80 – Züchner, Slg. 1981, 2021, Rz. 14; ebenso EuGH, Urteil vom 4. Juni 2009, C-8/08 – T-Mobile Netherlands, Slg. 2009, I-4529, Rz. 41 im Anschluss an GA Kokott, Schlussanträge vom 19. Februar 2009, Rz. 66 f.

⁶⁸⁵ Berliner Erklärung, S. 3 Ziff. II.1.

⁶⁸⁶ BVR, Jahresbericht 2005, S. 2; Jahresbericht 2006, S. 16 ff. (mit Darstellung der Zuständigkeiten der relevanten Verbandsgremien).

⁶⁸⁷ Vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht 2007/08, BT-Drs. 16/13500 vom 22. Juni 2009, S. 38, 139 (OSV-Konsumenten kreditkarte).

Ebenso ist eine Zusammenarbeit dann kritischer zu bewerten, wenn die Gefahr einer Marktabstottung besteht.

1871. Deshalb ist nach den einschlägigen Leitlinien eine Einzelfallprüfung erforderlich, wenn die Beteiligten gemeinsam einen Marktanteil von mehr als 15 Prozent halten.⁶⁸⁸ Die Sparkassen weisen selbst regelmäßig auf ihre hohen Marktanteile im Privatkundengeschäft und im Geschäft mit Geschäftskundenkrediten hin. Auch die VR-Banken können allein oder gemeinsam mit den Sparkassen auf regionalen Märkten (z. B. im ländlichen Raum) über relativ hohe Marktanteile verfügen.

1872. Die gemeinsamen Werbemaßnahmen der Sparkassen geben heute meist keinen unmittelbaren Anlass zu Bedenken, nachdem das Bundeskartellamt die Bewerbung sogenannter Leuchtturmprodukte im Jahr 2006 abgemahnt hatte und die Werbestrategie dementsprechend angepasst wurde.⁶⁸⁹ Die abgemahnte Werbung beruhte auf einer Absprache von Preisen und Konditionen und hatte das Potenzial, die individuelle Entwicklung neuer Produkte zu verhindern. Dem standen keine ausreichenden Verbrauchervorteile (z. B. einheitliche Information) gegenüber. Die Sparkassen haben in der Folge jedoch bei gemeinsamen Werbemaßnahmen auf die Nennung von Preisen verzichtet. Die Werbung ist mittlerweile auch allgemeiner gehalten, sodass die Verbundmitglieder die Möglichkeit haben, ihre Produkte in eigener unternehmerischer Freiheit individuell auszugestalten.⁶⁹⁰

1873. Ebenso dürften Verbandsmaßnahmen zur Vereinheitlichung des „Branding“ und zur Förderung der Bekanntheit der Bezeichnung „Sparkasse“ und der anderen Marken der Sparkassengruppe (Sparkassen-S-Logo, Farbmarke „Rot“ [HKS 13]) i. d. R. nicht mit Abstimmungen verbunden sein, die ungerechtfertigt den Wettbewerb beschränken. Bedenken aus Missbrauchsgesichtspunkten und in Hinblick auf die Kapitalverkehrsfreiheit können jedoch nicht ohne Weiteres ausgeschlossen werden.⁶⁹¹

1874. Bei den VR-Banken sind gemeinsame Werbemaßnahmen stärker auf allgemeine Information und die Bewerbung des Genossenschaftsgedankens ausgerichtet. Insofern gibt es ebenfalls keinen unmittelbaren Anlass zu Bedenken.

Entwicklung von gemeinsamen Konzepten und Geschäftsstrategien

1875. Sofern die Verbände gemeinsame Konzepte und Geschäftsstrategien entwickeln, um den gemeinsamen Marktauftritt des Verbunds im oben bezeichneten Umfang sicherzustellen, gibt es keinen unmittelbaren Anlass zu Bedenken. Dasselbe dürfte in Bezug auf die Empfehlungen gelten, welche die regionalen Sparkassen- und Giroverbände für die Bewertung von Kreditsicherheiten herausgeben und die zum Teil für die Sparkassen verbindlich sind.⁶⁹² Diese Empfehlungen sorgen für eine einheitliche und angemessene Risikobewertung, sind also Effizienz steigernd, und werden zudem veröffentlicht.

1876. Ebenso begegnet es grundsätzlich keinen Bedenken, wenn die Verbände Konzepte zur Prozessrationalisierung innerhalb des Verbunds entwickeln. So gibt es bspw. im Sparkassenverbund mittlerweile relativ umfassende Konzepte zur Vereinfachung und Harmonisierung betrieblicher Abläufe, die in den sogenannten Modellorganisationen zusammengefasst werden, etwa:

- Standardisierung der Kreditbearbeitung (Modell K);
- Harmonisierung bestimmter Produkt- und Kundenserviceprozesse (Modell M);

⁶⁸⁸ EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. EU C 11 vom 14. Januar 2011, S. 1, Tz. 241.

⁶⁸⁹ Vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht 2005/2006, BT-Drs. 16/5710 vom 15. Juni 2007, S. 158.

⁶⁹⁰ Vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht 2007/2008, BT-Drs. 16/13500 vom 22. Juni 2009, S. 38, 139 („bestzins“-Kooperation).

⁶⁹¹ Dazu unten Tz. 1898. und Abschnitt 4.6.1.

⁶⁹² § 6 BbgSpkVO; § 6 MVSpkVO, § 6 SächsSpkVO, § 6 SAnhSpkVO.

- Betriebsanalyse und Rationalisierung der Betriebsorganisation (Modell O);
- Optimierung der Prozesssteuerung/Risikokontrolle im Passiv-/Dienstleistungsgeschäft (Modell P);
- Optimierung der Problemerkreditbearbeitung (Modell Pro);
- Rationalisierung der Stabsarbeit (Modell S);
- Kapazitätssteuerung von der Akquisition bis zum Produktabschluss (Modell V);
- Ergänzende IT-Systemplattformen (OS Plus, OSP Kredit usw.) und -Werkzeuge (z. B. GS-Optimizer); Sparkassen-Intranet (S-InfoNet).

Bei den Genossenschaftsbanken werden ähnliche Modelle durch die Akademie Deutscher Genossenschaftsbanken oder in Zusammenarbeit mit ihr entwickelt. Diese Optimierung von Prozessstrukturen ist jeweils so ausgestaltet, dass die Verbundmitglieder die zur Verfügung stehenden Konzepte bei der Nutzung an ihre spezifische Situation anpassen können. So dürfte ihnen grundsätzlich ein ausreichender Raum verbleiben, um ihr Geschäft selbstständig zu verwalten.

1877. Die Entwicklung von Geschäftsstrategien für die einzelnen Verbundinstitute ist hingegen differenzierter zu betrachten. Eine derartige Unterstützung ist ebenfalls grundsätzlich unbedenklich, soweit sie sich auf die gesetzlich zulässigen Zielsetzungen des Verbunds bezieht. Dasselbe gilt für eine Unterstützung, welche die Effizienz einzelner Institute steigert, wenn diese Vorteile an die Verbraucher weitergegeben werden. Wettbewerbsrechtlich problematisch sind dagegen Unterstützungsmaßnahmen, die lediglich die Ertragssituation oder die Marktstellung verbessern, da insofern jedes Verbundmitglied grundsätzlich seine Selbstständigkeit bewahren muss. Insbesondere in engen Verbundstrukturen, wie bspw. dem Sparkassenverbund Hessen-Thüringen, besteht die Gefahr, dass diese Selbstständigkeit durch die Kooperation im Verbund unzulässig beschränkt wird. Dabei ist eine um so kritischere Beurteilung geboten, wenn zusätzlich spürbare Marktzutrittsschranken bestehen, wie dies bei den häufig eher ländlich geprägten Märkten, auf denen die Verbundinstitute tätig sind, regelmäßig der Fall sein dürfte.⁶⁹³

1878. Die Monopolkommission hat gewisse Bedenken, dass die Entwicklung von gemeinsamen Konzepten und Geschäftsstrategien über das zulässige Maß hinausgehen könnte. Das von der Monopolkommission und dem Sachverständigenrat in Auftrag gegebene externe Gutachten von Prof. Koetter hat Indizien dafür ermittelt, dass die Sparkassen und Genossenschaftsbanken in der Vergangenheit insbesondere in ländlich geprägten Gebieten substanzielle Margen (Price-Cost Margins) erwirtschaften konnten, die zudem in den neuen Bundesländern ungleich größer waren als in den alten Bundesländern. Das Potenzial für höhere Margen sei in den neuen Bundesländern ungleich größer gewesen als in den alten Bundesländern. Dies könnte darauf hindeuten, dass die Verbundgruppen in Ermangelung von spürbarem Wettbewerb auf eine möglichst effiziente Ausgestaltung ihres Angebots hätten verzichten können, zugleich aber auch dass sie sich einem höheren Zahlungsausfallrisiko ausgesetzt sahen. Daneben haben die Sparkassen und Genossenschaftsbanken – insbesondere nach dem Ausbruch der Finanzkrise – allerdings auch von den engmaschigen Verbundstrukturen profitieren können. Das Gutachten ließ keine eindeutigen Rückschlüsse auf die Ursachen für die Profitabilität der Verbundinstitute im ländlichen Raum zu.

1879. Die Monopolkommission hat in einer eigenen empirischen Regionalanalyse daraufhin für ganz Deutschland gegenwärtige Kontokonditionen der beiden Verbundgruppen ermittelt.⁶⁹⁴ In diesem Zusammenhang wurde auch ein Vergleich der Kontokonditionen innerhalb der Sparkassen-Finanzgruppe über die Verbandsgrenzen hinweg durchgeführt. Die Ergebnisse lassen allerdings keine eindeutigen Schlüsse zu. Es besteht infolgedessen weiter Aufklärungsbedarf.

⁶⁹³ Vgl. Koetter, M., *Market Structure and Competition in German Banking*, a a O. (Fn. 10); außerdem nachfolgend Abschnitte 4.3.3.4 und 4.3.3.5 und Abschnitt 5.4.2 (Geldautomaten).

⁶⁹⁴ Siehe Anhang zu Kapitel VI.

Organisation von Betriebsvergleichen und Möglichkeiten zum Erfahrungsaustausch

1880. Die Verbände sind für beide Verbundgruppen eine natürliche Plattform für die Organisation von Betriebsvergleichen (Benchmarking).⁶⁹⁵ Darüber hinaus bilden die Verbände eine Vielzahl von Ausschüssen, Arbeitsgemeinschaften und -kreisen. Diese ermöglichen den Verbundmitgliedern und ihren Trägern einen Erfahrungsaustausch, der sich zum Teil auf wirtschaftliche Themen bezieht, aber auch die Zusammenarbeit oder Einzelinitiativen im sozialen und kulturellen Feld betreffen kann.

1881. Diese unterschiedlichen Formen des Austauschs zwischen den Verbundinstituten und ihren Trägern sind wettbewerbspolitisch nur relevant, soweit es dabei zum Austausch strategischer Geschäftsinformationen kommt. Als strategisch sind dabei solche Informationen anzusehen, durch die es möglich ist, Rückschlüsse auf das zukünftige Marktverhalten einzelner Verbundmitglieder zu ziehen.⁶⁹⁶ Die Datensammlungen, welche die Verbände ihren Mitgliedern für Betriebsvergleiche zur Verfügung stellen, dürften eine Vergleichsbasis über Aspekte wie Finanzen, Kunden, Prozesse und Personal schaffen, die häufig weit über das hinausgeht, was an Daten einem einzelnen Institut im Regelfall zur Verfügung steht.⁶⁹⁷ Über den Erfahrungsaustausch in den Verbandsgremien können die Verbundmitglieder diese Informationen weiter vertiefen und ergänzen.

1882. Ein solcher Informationsaustausch muss keinen Anlass zu durchgreifenden Bedenken geben, wenn er legitimen Zielen der Verbundzusammenarbeit dient. Das setzt voraus, dass die ausgetauschten Informationen erforderlich sind und genutzt werden, um Effizienzgewinne im Verbraucherinteresse zu generieren, und dass der Wettbewerb durch diesen Austausch nicht ausgeschaltet wird (Art. 101 Abs. 3 AEUV, § 2 GWB). Ferner müssen jedoch geeignete Maßnahmen dafür getroffen werden, dass strategische Informationen nur für einen derart zulässigen Zweck verwendet werden (z. B. durch „Ring Fencing“). Angesichts der hohen gemeinsamen Marktanteile, die für beide Verbünde auf vielen lokalen und regionalen Märkten im Privat- und Geschäftskundengeschäft anzunehmen sein dürften, und der hohen Transparenz für die Anbieter auf diesen Märkten müssen tendenziell strenge Anforderungen an den verbandsinternen Austausch von Geschäftsinformationen gestellt werden.

1883. Es ist von außen nicht möglich zu beurteilen, ob der Austausch innerhalb der Verbände über das Maß des Zulässigen hinausgeht. Über die verbandsinterne Organisation sind öffentlich nur unvollständige Informationen verfügbar.⁶⁹⁸ Bedenken ergeben sich allerdings aus den personellen Verflechtungen innerhalb der Verbände. So sind nach den Satzungen der Sparkassenverbände die Vorstände der Sparkassen in Arbeitsgemeinschaften bzw. -kreisen organisiert.⁶⁹⁹ Solche Arbeitsgruppen behandeln oft Fragen, bei denen eine wettbewerbliche Rechtfertigung der Zusammenarbeit grundsätzlich naheliegt (z. B. Controlling, Prozess- und Risikomanagement). In anderen Fällen kann der Austausch jedoch auch strategische geschäftspolitische Fragen betreffen (z. B. zu Produkten, Märkten, Vertrieb).⁷⁰⁰ Dies ist wie gesagt ins-

⁶⁹⁵ Dazu EU-Kommission, Mitteilung der Kommission, Benchmarking – Über die Anwendung des Instruments in Unternehmen und Öffentlicher Verwaltung, KOM(97) 153 endg. vom 16. April 1997, und Ausschuss der Regionen, Stellungnahme des Ausschusses der Regionen zum Thema „Benchmarking — Über die Anwendung des Instruments in Unternehmen und öffentlicher Verwaltung“, ABl. EG C 64 vom 27. Februar 1998, S. 1, Abschnitt 4.1.

⁶⁹⁶ EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, a. a. O., Tz. 86; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. Juli 2002, Kart 37/01 (V)– Transportbeton Sachsen, WuW/E DE-R 949, Abschnitt A.2.a; BKartA, Sektoruntersuchung Milch, Januar 2012 – Endbericht, Tz. 139 ff., und September 2009 – Zwischenbericht, S. 114 f.

⁶⁹⁷ Vgl. BVR, Jahresbericht 2006, S. 22, zu den Themenfeldern für Betriebsvergleiche.

⁶⁹⁸ Insbesondere Satzungen sind nur teilweise veröffentlicht und fehlen bspw. mit Blick auf den DSGVO und mehrere regionale Sparkassenverbände.

⁶⁹⁹ Vgl. etwa §§ 17 f. Satzung OSV, § 15 Satzung RSGV, § 16 Satzung SVWL.

⁷⁰⁰ Darauf deuten die Veröffentlichungen zu Schulungsangeboten; siehe z. B. ADG, Managementprogramme Banken, Jahresprogramm 2014, S. 12/13 ff.; Privatkundengeschäft, Jahresprogramm 2014, S. 8/9 (speziell zur Preispolitik); Sparkassenakademie Bayern, Programm 6741 – GSW-Infotag, 9.-31. Dezember 2013.

besondere in den Sparkassenverbänden naheliegend, die eine verstärkte Verbundkooperation etabliert haben.⁷⁰¹ In diesen Fällen kann Anlass bestehen, die Zulässigkeit des Austauschs kartellbehördlich genauer zu hinterfragen.

Sammlung von Informationen in Prüfungseinrichtungen und -verbänden

1884. Die Tätigkeit der Prüfungseinrichtungen der Verbände in der Sparkassen-Finanzgruppe und der Prüfungsverbände der genossenschaftlichen Finanzgruppe beruht auf gesetzlichen Grundlagen (z. B. § 26 Abs. 2 BbgSpkG, § 53 GenG) und ist als solche unbedenklich, da sie vorrangig die Sicherheit der Geschäftstätigkeit der Verbundmitglieder erhöht. Die Prüftätigkeit bildet indessen auch eine Basis für die Sammlung von Informationen, die zum Teil für Betriebsvergleiche und den verbandsinternen Erfahrungsaustausch verwendet werden.⁷⁰² Es kann wettbewerblich problematisch sein, wenn die für die Prüfungen erhobenen, häufig strategischen Informationen zentral gesammelt und für andere Zwecke wiederverwendet werden.⁷⁰³ In diesen Fällen muss sichergestellt sein, dass die Informationen vor der verbandsinternen Wiederverwendung wettbewerblich neutralisiert werden, sodass keine Rückschlüsse auf das Marktverhalten der betreffenden Verbandsmitglieder möglich sind.

1885. Weitergehend sollte über die Regionalverbandsgrenzen hinweg eine regelmäßige Rotation der Prüfungsgremien bzw. -verbände erwogen werden, welche für die einzelnen Verbundinstitute zuständig sind.⁷⁰⁴ Eine solche Maßnahme würde die Verbindungen zwischen den jeweiligen Regionalverbänden und einzelnen Instituten lockern und damit stärker die Neutralität der Prüfungsgremien und -verbände sicherstellen.

Beratung von Mitgliedern und Schulungen

1886. Soweit die Beratung und Schulungen von Mitarbeitern wettbewerblich relevant sind, gelten die in den vorigen Unterabschnitten genannten Grundsätze entsprechend.

Ausgestaltung der Arbeitsteilung des Verbunds

1887. Die Verbände in beiden Verbundgruppen überwachen die Arbeitsteilung im Verbund, um eine insgesamt effiziente „Marktbearbeitung“ sicherzustellen. Darüber hinaus fördern die Verbände den wechselseitigen Verkauf von sich ergänzenden Bankprodukten und -dienstleistungen innerhalb des Verbunds sowie die Vermittlung solcher Produkte über Sparkassen/VR-Banken an die privaten Endkunden (Cross Selling).

1888. Diese Zusammenarbeit kann unter dem Gesichtspunkt der Spezialisierung unproblematisch sein, wenn Verbundmitglieder auf die Entwicklung von Produkten verzichten und diese stattdessen von anderen Verbundpartnern zum Weiterverkauf beziehen. Einem solchen Verzicht kann es gleichstehen, wenn der Träger es einem Institut einseitig verbietet, bestimmte Produkte anzubieten.⁷⁰⁵ Ebenso ist für eine Wettbewerbsbeschränkung grundsätzlich kein Raum, wenn Verbundmitglieder Bankprodukte beziehen, die sie selbst nicht entwickeln können. Ansonsten kann die verbundinterne Spezialisierung freistellungsfähig sein, wenn die Beteiligten einen Marktanteil auf jedem relevanten Markt von nicht mehr als 20 Prozent halten.⁷⁰⁶

⁷⁰¹ Siehe oben Tz. 1877.

⁷⁰² Vgl. bzgl. Sparkassen: Ziff. 2.2 Runderl. LMF Brandenburg vom 27. Juni 1991 zur Prüfung der öffentlichen Sparkassen; Ziff. 3.2 Runderl. LMF NW vom 12. Februar 1996, Ziff. 3.2 LMI SH vom 20. April 1998.

⁷⁰³ §§ 4-8 Mustersatzung Sparkassen-Stützungsfonds.

⁷⁰⁴ Eine Rotation ist in Nordrhein-Westfalen bereits möglich, wenngleich nicht verpflichtend, vgl. § 24 Abs. 3 SpkG NRW.

⁷⁰⁵ Vgl. § 3 Abs. 1 S. 3 Satzung BayernLB, wo es sich allerdings um ein Verbot handelt, das direkt den Vertrieb von Spareinlagen ausschließt.

⁷⁰⁶ Art. 3 VO 1218/2010, ABl. EU L 335 vom 18. Dezember 2010, S. 43; siehe auch Bekanntmachung der Kommission vom 18. Dezember 1978 über die Beurteilung von Zulieferverträgen nach Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, ABl. EG C 1 vom 3. Januar 1979, S. 2.

1889. Es gibt allerdings Hinweise, dass die Arbeitsteilung im Verbund sich in der Vergangenheit nicht auf eine derartige produktbezogene Spezialisierung beschränkt hat. In beiden Verbundgruppen haben es die Verbundmitglieder der verschiedenen Ebenen mehr oder weniger vermieden, gegenüber denselben Kunden zueinander in Wettbewerb zu treten, ungeachtet einer Spezialisierung oder Vertriebskooperation. Diese kundenbezogene Arbeitsteilung ist allerdings einer zunehmenden Erosion ausgesetzt.

1890. Insbesondere die Sparkassenverbände hatten angesichts von Übergriffen (z. B. von Landesbanken) ins Sparkassengeschäft vor der Finanzkrise eine klare Arbeitsteilung innerhalb der Gruppe durchgesetzt. So einigten sich die Gremien des DSGV im Vorlauf zur Berliner Erklärung nach Presseberichten darauf, dass das Massengeschäft den Sparkassen vorbehalten bleiben solle und bestimmte Kundengruppen den Landesbanken bzw. Sparkassen klar zugewiesen werden sollten. Wo die „Arbeitsteilung“ durchbrochen wurde, sollten „verbundkompatible Lösungen“ gefunden und „Regelbrüche [...] unterbunden“ werden.⁷⁰⁷ Zur Koordinierung des arbeitsteiligen Zusammenwirkens und zur Konfliktschlichtung wurde auf der Ebene des DSGV ein Verbundausschuss eingerichtet. Diese Arbeitsteilung besteht offenbar in Teilen bis heute fort.⁷⁰⁸ Allerdings sehen sich die Landesbanken, soweit erkennbar, nicht mehr ohne Weiteres an die ursprüngliche Arbeitsteilung gebunden.

1891. Das Ende der kundenbezogenen Arbeitsteilung im Verbund wäre zu begrüßen. Eine solche Kundenaufteilung kann nicht als Spezialisierung gewertet werden, sondern ist eine schwere Wettbewerbsbeschränkung, die grundsätzlich nicht freistellungsfähig ist (Kernbeschränkung).⁷⁰⁹ Es handelt sich dabei insbesondere nicht um eine bloße Nebenabrede im Rahmen der Verbundkooperation. Dies wäre nur dann der Fall, wenn die Aufteilung von Kunden nach objektivem Maßstab mit der Verbundkooperation unmittelbar verbunden und dafür notwendig wäre.⁷¹⁰ Das ist bei einer Regelung, die es einzelnen Verbundmitgliedern (z. B. Landesbanken) verwehrt, dieselben Kundenkreise anzusprechen wie andere Verbundmitglieder (z. B. Sparkassen), aber nicht der Fall, auch wenn sie die verbundinterne Effizienz stärken mag. Es ergibt sich für eine solche Kundenaufteilung auch grundsätzlich keine weitergehende Rechtfertigung daraus, dass die Steigerung der verbundinternen Effizienz gerechtere Wettbewerbsbedingungen im Verhältnis der Verbundgruppen zu den Privatbanken schafft.⁷¹¹ Diese Annahme hätte zwar eine gewisse Berechtigung, wenn die Verbundmitglieder unter der einheitlichen Leitung desselben Trägers stünden. Das ist indessen nicht der Fall. Zwar teilen die Träger grundsätzlich das Interesse, durch die Zusammenarbeit im Verbund die Mittel zu erwirtschaften, um ihren jeweiligen öffentlichen Auftrag zu erfüllen. Es ist aber nicht von vornherein auszuscheiden, dass ein Träger es für hiermit vereinbar hält, dass die Verbundinstitute unter seiner Trägerschaft in einen gewissen Wettbewerb zu anderen Verbundinstituten treten. In jedem Fall ist die Gestaltung des verbundinternen Wettbewerbs keine Sache der Verbände, sondern Sache der Träger bzw. des Gesetzgebers, und zwar jeweils unter Beachtung der Art. 101 ff. AEUV.

⁷⁰⁷ Vgl. Drost, F.M., Sparkassen streben klare Arbeitsteilung an, Handelsblatt, 28. Oktober 2005 mit Zitat des bayrischen Sparkassenpräsidenten Naser; siehe auch Sparkassen-Finanzgruppe Hessen-Thüringen, Pressemitteilung Nr. 72/2005 vom 7. November 2005, Sparkassen und Landesbanken einigen sich auf Arbeitsteilung; Müller, H., Landesbanken mit und ohne Sparkassen, FAZ, 16. April 2009; kritisch Hilgert, H. u.a., Streitschrift für eine grundlegende Neuordnung des Sparkassen- und Landesbanksektors in Deutschland, IMFS Working Paper Series No. 42, 2011.

⁷⁰⁸ Eine direkte Einflussnahme auf die Geschäftsbeziehungen von Verbundmitgliedern kann allerdings auch in der genossenschaftlichen Finanz Gruppe nicht ausgeschlossen werden, vgl. Böhnke, W., Genossenschaftsbanken: Im Spannungsfeld zwischen Tradition und Moderne – Kontinuität und Innovationsvermögen als Erfolgsstrategie für die Zukunft, Arbeitspapier Nr. 125 des Instituts für Genossenschaftswesen der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster, April 2012, S. 6 (3. Abs.).

⁷⁰⁹ Vgl. auch Art. 4 lit. c VO 1218/2010 (Fn. 706). Diese „Arbeitsteilung“ könnte auch dazu beigetragen haben, dass die Landesbanken vor der Finanzkrise in das Kreditersatzgeschäft ausgewichen sind; vgl. Tz. 1439.

⁷¹⁰ EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag, ABl. EG C 101 vom 27. April 2004, S. 97, Tz. 29, 31; siehe auch EU-Kommission, Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABl. EU C 56 vom 5. März 2005, S. 24, Tz. 40.

⁷¹¹ Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag, ABl. EG C 101 vom 27. April 2004, S. 97, Tz. 47 zu Art. 101 Abs. 1 AEUV und Tz. 86, zu 90 ff. Art. 101 Abs. 3 AEUV.

1892. Bedenken erregt teilweise auch die Zusammenarbeit in den von den Landesbanken eingerichteten sogenannten Sparkassen(fach)beiräten, in denen Vertreter der Sparkassenverbände und Funktionsträger der betreffenden Landesbanken zusammenkommen. Diese Beiräte wurden zur Beratung der Landesbanken eingerichtet und überwachen die Einhaltung der mit den Sparkassen getroffenen Vereinbarungen. Außerdem werden in ihnen die Dienstleistungen der Landesbanken (einschl. Preisgestaltung) gegenüber den Sparkassen, Ergänzungen des Produktangebots, grundsätzliche Fragen der Zusammenarbeit und mögliche neue Vereinbarungen besprochen.⁷¹² Die Beteiligung von Vertretern der Sparkassenverbände an der Preisgestaltung setzt allerdings eine preisbezogene Koordination der Sparkassen als Nachfrager voraus. Eine solche Zusammenarbeit ist nicht schon deshalb zulässig, weil sie mit Zustimmung der Landesbank erfolgt.⁷¹³

1893. Dagegen gibt die Zusammenarbeit im Sparkassenverbund durch Cross Selling grundsätzlich keinen Anlass zu Bedenken, auch soweit diese Zusammenarbeit mit Wettbewerbsbeschränkungen einhergeht, die damit unmittelbar verbunden und dafür notwendig sind. Cross Selling ermöglicht es den Verbundmitgliedern, ein aufeinander abgestimmtes und umfangreiches Produktangebot an Bankdienstleistungen anzubieten. Damit sind i. d. R. erhebliche Effizienzvorteile verbunden.

1894. Die Gestaltung der verbundinternen Zusammenarbeit zwischen den Ebenen der genossenschaftlichen Verbundgruppe dürfte sich weitergehend als bei den Sparkassen daraus erklären, dass die VR-Banken nicht in der Lage sind, die von den Zentralbanken angebotenen Produkte selbst zu entwickeln. Dagegen ist es für die Zentralbanken wirtschaftlich vorteilhaft, das Filialnetz der VR-Banken für den Vertrieb ihrer eigenen Produkte zu nutzen. Für eine produktbezogene Kundenaufteilung wie im Fall der Sparkassengruppe gibt es keine Hinweise.

Maßnahmen zum Schutz der Verbundstruktur

1895. Die Verbände verteidigen die gemeinsamen Interessen der Verbundmitglieder nach außen, indem sie als „Sprachrohr“ des Verbunds fungieren, die gemeinsamen Marken gegen den verbundfremden Wettbewerb schützen oder sogar Beteiligungen an Verbundmitgliedern erwerben bzw. einzelnen Mitgliedern Verbundvorteile entziehen, wenn dies im Interesse an einer Wahrung der Verbundstruktur notwendig erscheint.

1896. Das Auftreten der Verbände als gemeinsame Interessenvertretung („Sprachrohr“) für die Verbundmitglieder begegnet keinen Bedenken, wenn und soweit es sich auf die Artikulation der Interessen des Gesamtverbunds nach außen beschränkt.

1897. Die anderen genannten Tätigkeiten müssen als eine unternehmerische Tätigkeit der Verbände selbst beurteilt werden.⁷¹⁴ Die Verbände handeln insofern nicht nur als Interessenvertreter für ihre Mitglieder. Denn die Gestattung der Nutzung einer Unternehmensmarke ist eine bedarfsdeckende Leistung und hat damit unternehmerische Qualität. Ebenso ist der Erwerb von Beteiligungen und der Entzug von wirtschaftlich relevanten Verbandsleistungen eine Unternehmenstätigkeit, ungeachtet der Tatsache, dass die entzogenen Verbandsleistungen nicht am Markt angeboten werden.⁷¹⁵

1898. Der Schutz der Marken der Verbundinstitute ist ein legitimes Ziel der Verbandstätigkeit (vgl. auch Art. 345 AEUV). Die Kunden verbinden mit diesen Marken ein bestimmtes, unverwechselbares Leistungsprofil. Die Marken verkörpern in einem gewissen Sinne auch das Selbstverständnis der Verbundgruppen und sind damit ein wesentlicher Bestandteil der Verbundstruktur. Allerdings ist bezüglich der Bezeichnung

⁷¹² §§ 21 Abs. 2, 22 Satzung LBBW; § 12 Abs. 1 Nr. 1-4 Satzung LRP.

⁷¹³ EuGH, Urteil vom 25. November 1971, 22/71 – Béguelin, Slg. 1971, 949, Rz. 29; Urteil vom 20. September 2001, C-453/99 – Courage und Crehan, Slg. 2001, I-6297, Rz. 22, 24.

⁷¹⁴ EU-Kommission, Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfenvorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, ABl. EU C 8 vom 11. Januar 2012, S. 4, Tz. 9, 11 f.

⁷¹⁵ EuGH, Urteil vom 6. April 1995, C-241/91 P und C-242/91 P – RTE und ITP („Magill“), Slg. 1995, I-743, Rz. 52 a. E.

„Sparkasse“ zu beachten, dass es sich hierbei nicht nur um eine Unternehmensmarke handelt, sondern dass diese Bezeichnung auch nach § 40 KWG besonders geschützt ist. Dieser Bezeichnungsschutz trägt dem Vertrauen der Öffentlichkeit in die Tätigkeit der Sparkassen Rechnung und weist daher auf ein bestimmtes aufsichtsrechtliches Profil der Institute hin, die die Bezeichnung „Sparkasse“ tragen. Die Sparkassen- und Giroverbände sind dadurch zusätzlich legitimiert, die genannte Bezeichnung zu schützen, sofern sie von Dritten verwendet wird, die nicht wie Sparkassen kreditwirtschaftliche Leistungen zur Erfüllung eines öffentlichen Auftrags erbringen. Wenn Dritte in dieser Form tätig sind, kann es allerdings geboten sein, ihnen die Verwendung der Bezeichnung „Sparkasse“ zu gestatten.⁷¹⁶ Eine Behinderung durch die Verbände wäre insofern wettbewerbsrechtlich problematisch (Art. 102 AEUV).

1899. Soweit die Verbände strategisch Beteiligungen an Verbundmitgliedern erwerben, um die Verbundstruktur gegen das Eindringen von Dritten zu schützen, handeln sie grundsätzlich wettbewerbskonform, wenn die Verbandsmitglieder ihrerseits frei bleiben, selbst um die betreffende Beteiligung mitzubieten.⁷¹⁷ Allerdings sind dabei auch die Grenzen von Art. 102 AEUV zu beachten, wonach bspw. der Erwerb einer Beteiligung an einer Sparkasse missbräuchlich sein kann, wenn er im Interesse der benachbarten Sparkassen zur (weiteren) Marktabstottung beiträgt.⁷¹⁸ Art. 102 AEUV ist unter Umständen auch zu beachten, wenn ein Verband einzelnen Mitgliedern Verbundvorteile entzieht (z. B. Ausschluss aus dem gemeinsamen Sicherungsverbund).

4.3.3.4 Die Rolle der Zentralbanken und überregionalen Verbundinstitute

1900. Die Rolle der Zentralbanken der Sparkassen-Finanzgruppe und des genossenschaftlichen Finanzverbunds (DekaBank/DZ-Bank, regionale Zentralbanken/Girozentralen) und der jeweils verbundzugehörigen anderen Unternehmen auf der nationalen Ebene bzw. auf Landes-Ebene (z. B. Broker, Bausparkassen, Versicherungen) muss ebenfalls differenziert betrachtet werden.

1901. Insbesondere die Zentralbanken erfüllen verschiedene Funktionen innerhalb der Verbundgruppen, bei denen zum Teil fraglich sein kann, inwiefern die Zentralbanken überhaupt am Markt tätig werden. Diesem Umstand ist bei der wettbewerblichen Beurteilung Rechnung zu tragen. Auf Grundlage der vorliegenden Informationen erscheint es angebracht, die folgenden Funktionen zu unterscheiden:

- Zentralbanktätigkeit in einem engeren Sinn, d. h. Unterstützung bei der Zahlungsabwicklung und Liquiditätsausgleich;
- Unterstützung bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben (Sparkassenverbund);
- Bereitstellung von Haftungsgarantien;
- Bereitstellung von Produkten zur Refinanzierung/Anlage bzw. zum Vertrieb über Sparkassen und VR-Banken (z. B. Fonds) und
- Bereitstellung von Beratungsdienstleistungen.

Zentralbanktätigkeit im engeren Sinn

1902. Bei der Zentralbanktätigkeit im engeren Sinn ist fraglich, inwiefern eine Markttätigkeit vorliegt. Einen Ausgangspunkt bieten insofern die Leitlinien der Europäischen Kommission, nach denen zu prüfen ist, ob die Kooperation zwischen Zentralbanken und den untergeordneten Verbundinstituten einen Wettbewerb be-

⁷¹⁶ EU-Kommission, Pressemitteilung vom 6. Dezember 2006, IP/06/1692; BMF, Pressemitteilung Nr. 146/2006 vom 6. Dezember 2006.

⁷¹⁷ Vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht 2005/06, BT-Drs. 16/5710 vom 15. Juni 2007, S. 158 f.

⁷¹⁸ Vgl. EuGH, Urteil vom 21. Februar 1973, 6/72 – Continental Can, Slg. 1973, 215, Rz. 25-26, 29.

schränkt, der ohne sie bestanden hätte.⁷¹⁹ Es ist aber fraglich, inwiefern die Abrechnungs- und Buchungssysteme der drei Bankengruppen (Girokreise) im Wettbewerb zueinanderstehen. Den Zentralbanken der Sparkassen-Finanzgruppe ist ihre Funktion gesetzlich zugewiesen. Nur die Zentralbanken der anderen beiden Bankengruppen erbringen an ihre Mitglieder eine bedarfsdeckende Dienstleistung, bei der Wettbewerb grundsätzlich möglich wäre.

1903. Diese Frage kann im Grunde jedoch offenbleiben, weil nach den vorliegenden Informationen zumindest keine Anhaltspunkte für Wettbewerbsprobleme bestehen. Die Zentralbankstätigkeit als solche dürfte mit erheblichen Effizienzvorteilen verbunden sein. Soweit die Zentralbanken die Verbundinstitute bei der Zahlungsabwicklung unterstützen und für einen Liquiditätsausgleich sorgen, übernehmen sie Funktionen, die aus den Verbundinstituten ausgelagert werden müssen, weil sie die Kapazitäten eines einzelnen Instituts übersteigen.⁷²⁰ Entsprechend dem Selbstverständnis der Zentralbanken der Verbundgruppen richten sie ihre Tätigkeit auch speziell an den Bedürfnissen der Verbundmitglieder aus. Hierdurch gewährleisten sie die Leistungsfähigkeit der Verbundgruppen und ermöglichen es deren Mitgliedern, auch mit einer relativ geringen Institutsgröße umfassend am Wettbewerb teilzunehmen.

1904. Auch über die Zentralbankstätigkeit im engeren Sinn hinaus dürfte es jedoch in einem gewissen Rahmen systemimmanent sein, dass die Zentralbanken bei ihrem Geschäft die Belange der Sparkassen bzw. VR-Banken berücksichtigen und diese unterstützen.

Unterstützung bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben (Sparkassengruppe)

1905. Im Grundsatz begegnet es keinen Bedenken, wenn die Landesbanken die Sparkassen bei der Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben unterstützen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn man den öffentlichen Auftrag auf nicht erwerbswirtschaftliche Zwecke beschränkt. Die Unterstützung ist dann nicht marktorientiert. Eine solche Unterstützung dürfte i. d. R. auch ein Teil des Selbstverständnisses der Landesbanken sein und ist grundsätzlich möglich, ohne dass eine wettbewerbsrelevante Verhaltenskoordination erforderlich wäre.⁷²¹

Bereitstellung von Haftungsgarantien

1906. Die Bereitstellung von Haftungsgarantien (Patronatserklärungen) verschafft den davon profitierenden Verbundmitgliedern eine gute Bonität. Es handelt sich dabei indes um eine einseitige Handlung der Zentralbanken, gegen die grundsätzlich keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken bestehen.⁷²²

Bereitstellung von Produkten zur Refinanzierung/Anlage und zum Vertrieb

1907. Mit der Bereitstellung von Produkten zur Refinanzierung/Anlage bzw. zum Vertrieb über Sparkassen und VR-Banken übernehmen die Zentralbanken allerdings auch in einem vertraglichen Rahmen marktbezogene Aufgaben in einem bedeutenden Umfang.⁷²³

1908. Auf diese vertragsmäßigen Vereinbarungen findet das deutsche und europäische Wettbewerbsrecht umfassende Anwendung.⁷²⁴ Insofern ergeben sich auch keine Einschränkungen aus den Gesetzen über die

⁷¹⁹ EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag, ABl. EG C 101 vom 27. April 2004, S. 97, Tz. 18 Ziff. 1.

⁷²⁰ Fraglich ist insofern auch schon das Vorliegen einer Dienstleistung innerhalb der Vertriebskette, vgl. Art. 1 VO 19/1965, ABl. EG 36 vom 2. März 1965, S. 533 („zum Zwecke des Weiterverkaufs“).

⁷²¹ Vgl. nur Art. 2 Abs. 2 S. 1 BayLBG: „Die Bank unterstützt durch ihre Geschäftstätigkeit den Freistaat Bayern und seine kommunalen Körperschaften einschließlich der Sparkassen in der Erfüllung öffentlicher Aufgaben“.

⁷²² Anders kann die aufsichtsrechtliche Beurteilung ausfallen; dazu siehe oben Tz. 1587. (zum ähnlichen Problem der stillen Einlagen).

⁷²³ Vgl. Bayern LB, Geschäftsbericht 2011, S. 56; Nord/LB, Geschäftsbericht 2011, S. 89; DZ Bank, Geschäftsbericht 2012, S. 18.

⁷²⁴ Siehe Art. 3 VO 1/2003, soweit es sich um Sachverhalte mit Binnenmarktrelevanz handelt.

Landesbanken und Sparkassen (vgl. Art. 106 Abs. 2 AEUV) oder aus dem genossenschaftlichen Förderprinzip.

1909. Um Alleinvertriebsvereinbarungen dürfte es sich handeln, soweit die Zentralbanken den Sparkassen und VR-Banken Produkte zum exklusiven Vertrieb zur Verfügung stellen, bspw. Investmentfonds, Sorten und Edelmetalle.⁷²⁵ Entsprechend dürften der Vertrieb von Bausparverträgen der verbundeigenen Bausparkassen und die Vermittlung verbundzugehöriger Versicherungen zu beurteilen sein.

1910. Es ist fraglich, ob diese Vereinbarungen nach Verordnung 330/2010 vom Kartellverbot freigestellt sind (vgl. Art. 2 Abs. 2, 3 VO 330/2010). Auch wenn dies nicht der Fall sein sollte, können jedoch Effizienzen die Alleinvertriebsvereinbarung im Einzelfall rechtfertigen. Insofern ist es von Bedeutung, dass die Zentralbanken und überregionalen Verbundinstitute und -unternehmen für die Verbundmitglieder die Entwicklung von Produkten übernehmen, deren Entwicklung durch einzelne Institute nicht ökonomisch wäre.⁷²⁶ Eine relativ strenge Beurteilung kann indessen angesichts der Tatsache geboten sein, dass die Verbundmitglieder auch ihren Bezug an den relevanten Produkten im Wesentlichen verbundintern abdecken.⁷²⁷ In Bezug auf Investmentfondsprodukte, Versicherungen und möglicherweise auch Bausparverträge für Privatkunden ist allerdings zu berücksichtigen, dass gerade das Neugeschäft im Privatkundenbereich beratungsintensiv ist, da es sich um relativ komplexe Verbrauchieranlagen über einen längeren Zeitraum handelt. Die vertreibenden Institute müssen zur Sicherung der Beratungsqualität also über eine gute Produktkenntnis verfügen. Das dürfte grundsätzlich dafür sprechen, dass hier auch eine relativ enge Vertriebskooperation, abhängig von den Umständen des Einzelfalls, gerechtfertigt werden kann.

1911. Eine kritischere Sicht dürfte erforderlich sein, soweit der Vertrieb von Verbundprodukten innerhalb des Verbunds bzw. an Endkunden außerhalb des Verbunds keine besondere Beratung erfordert. Das dürfte relativ einfach strukturierte Anlageprodukte und den Vertrieb von Sorten, Edelmetallen und Ähnliches betreffen. Insofern hat der verbundgebundene Vertrieb das Potenzial, zur Verstärkung der Abschottung zwischen den Verbänden beizutragen.⁷²⁸

Bereitstellung von Beratungsdienstleistungen

1912. Hinsichtlich der Bereitstellung von Beratungsdienstleistungen durch die Zentralbanken und anderen verbundzugehörigen Unternehmen ist zu unterscheiden. Beratungsleistungen, die sich auf Zentralbankleistungen im engeren Sinn oder die Unterstützung der Verbundinstitute bei der Erfüllung ihres öffentlichen Auftrags beziehen, dürften im Regelfall nicht wettbewerblich relevant oder zumindest durch die mit der Zentralbanktätigkeit verbundenen Effizienzen gerechtfertigt sein. Dagegen sind Beratungsleistungen im Zusammenhang mit dem Vertriebsgeschäft im Einzelfall zu prüfen.

⁷²⁵ Die Sparkassen/VR-Banken sind insofern i. d. R. auch nicht nur als Handelsvertreter im Sinne des Wettbewerbsrechts tätig, da sie eigene Risiken (etwa bzgl. Prospekthaftung) tragen, EU-Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. EU C 130 vom 19. Mai 2010, S. 1, Tz. 16; speziell zur Prospekthaftung auch BGH, Urteil vom 21. März 2006, XI ZR 63/05, WM 2006, 851; LG Hanau, Urteil vom 12. Mai 2011, 4 O 1138/10 (zit. nach Juris).

⁷²⁶ EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. EU C 11 vom 14. Januar 2011, S. 1, Tz. 150 ff., insbesondere Tz. 183 ff.

⁷²⁷ Vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. d VO 330/2010; EU-Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. EU C 130 vom 19. Mai 2010, S. 1, Tz. 162.

⁷²⁸ EuGH, Urteil vom 28. Februar 1991, C-234/89 – Delimitis/Henninger Bräu, Slg. 1991, I-935, Rz. 19 ff.

4.3.3.5 Sonstige Koordination der Verbundmitglieder

1913. Die Monopolkommission hat Bedenken, dass die Wettbewerbsbeschränkungen, die sich in den Verbünden aus der Verbandszusammenarbeit und den Vertriebsbeziehungen ergeben, durch ein zum Teil nicht unabhängiges Marktverhalten der Verbundmitglieder und zwischen den Verbünden im Wettbewerb zueinander ergänzt werden.

1914. Dabei ist davon auszugehen, dass eine etwaige Koordination der Verbundmitglieder untereinander wesentlich durch die verbundbedingten Gemeinsamkeiten und die vom Gesetz bzw. den genossenschaftlichen Prinzipien bestimmte Aufgabenteilung vorgeprägt ist. So liegt es nahe, dass Verbundmitglieder vorzugsweise untereinander und erst in zweiter Linie mit verbundfremden Instituten kooperieren werden, z. B. im Konsortialgeschäft. Die Zentralbanken sind zum Teil von der Infrastruktur der verbundzugehörigen Filialbanken (Sparkassen, VR-Banken) abhängig und werden deshalb tendenziell ihr Geschäft auf Märkte konzentrieren, auf denen derartige Abhängigkeiten nicht bestehen (Firmenkundengeschäft, Auslandsmärkte). Andererseits werden selbst große Sparkassen im Zweifel auf die Entwicklung von Investment- oder komplexen Bausparprodukten verzichten und diese Produkte von anderen Mitgliedern der Sparkassen-Gruppe beziehen bzw. weitervermitteln, da die eigene Entwicklung solcher Produkte ihrem auf den lokalen/regionalen Bedarf ausgerichteten Geschäftsfokus widerspricht. Ebenso ist anzunehmen, dass die Verbundinstitute auf einer Ebene zusammenwirken werden, um gemeinsam Kunden von verbundfremden Konkurrenten abzuwerben.⁷²⁹ Ein solches Verhalten ist jeweils unbedenklich, sofern die Grenzen des kartellrechtlich Zulässigen eingehalten werden.

1915. Allerdings gibt es Anhaltspunkte dafür, dass es insbesondere innerhalb der Sparkassen-Finanzgruppe zu einer über das Gesetz hinausgehenden und mit den Wettbewerbsregeln nicht ohne Weiteres zu vereinbarenden Markt- bzw. Kundenaufteilung gekommen sein könnte. Die Sparkassen legen das Verbundprinzip und das Regionalprinzip zwar bei der eigenen Geschäftstätigkeit flexibel aus, beharren zum Teil jedoch gegenüber anderen Mitgliedern des Verbunds (z. B. den Landesbanken) und insbesondere gegenüber Wettbewerbern auch auf einer wettbewerbsfeindlichen Durchsetzung der beiden Prinzipien, die es ihnen gestattet, jene Prinzipien zur gezielten Abschottung des Verbunds gegen den Wettbewerb einzusetzen.

1916. So reagieren die Sparkassen im Allgemeinen flexibel auf den an sie herangetragenen Bedarf, ohne die Kunden von vornherein auf andere Verbundmitglieder zu verweisen (Passivgeschäft)⁷³⁰. Wenn Geschäfte z. B. die Leistungsfähigkeit einzelner Sparkassen übersteigen, treffen sie Konsortialvereinbarungen mit anderen Sparkassen oder den Landesbanken. Kunden können bei „ihrer“ Sparkasse über einen Wohnortwechsel hinweg ihr Konto behalten oder sowohl die Sparkasse am Wohnort als auch die am Arbeitsort mit der Kontoführung betrauen.

1917. Dem gegenüber versuchen die Sparkassen, Wettbewerbsvorstößen innerhalb der Verbundgruppe nach Möglichkeit entgegenzuwirken und verzichten auf eine aktive Kundenwerbung im Gebiet von Nachbarsparkassen, die den Wettbewerbsdruck auf diese Institute erhöhen würde (Aktivgeschäft)⁷³¹. Dieses Verhalten wird damit gerechtfertigt, dass zwischen den Verbundmitgliedern eine Arbeitsteilung und kein Wettbewerb bestehe. Mit dieser Argumentation werden auch weiterhin Versuche abgewehrt, den Verbund oder verbundspezifische Sicherungseinrichtungen und Rechte für verbundfremde Wettbewerber zu öffnen.

1918. Darüber hinaus gibt es aus Sicht der Monopolkommission Hinweise auf ein regional begrenztes Parallelverhalten zwischen den Sparkassen einerseits und den genossenschaftlichen Banken (VR-Banken, Sparda-Banken) andererseits, dessen Ursachen bislang nicht zu klären waren.⁷³²

⁷²⁹ Siehe z. B. Lebert, R., Sparkassen jagen Schmidt-Bank-Kunden, FTD, 7. April 2004.

⁷³⁰ EU-Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. EU C 130 vom 19. Mai 2010, S. 1, Tz. 51.

⁷³¹ Ebenda, Fn. 730, Tz. 51; anders im verbundgruppenübergreifenden Wettbewerb, siehe erneut Lebert, R., Sparkassen jagen Schmidt-Bank-Kunden, a. a. O.

⁷³² Zum Aufeinandertreffen von Sparkassen und VR-Banken vgl. allgemein BKartA, Beschluss vom 21. Oktober

Die Monopolkommission hat bei der Untersuchung der Marktverhältnisse im Privatkundengeschäft festgestellt, dass sich die Kontomodelle von Sparkassen und VR-Banken mitunter in auffälliger Weise ähnelten und dass auch die Preise und Produkte der Mitgliedsinstitute der beiden Verbünde im lokalen Privatkundengeschäft in teilweise auffälliger Weise aneinander angeglichen waren. Sie hat daraufhin in einer eigenen empirischen Regionalanalyse unter anderem gegenwärtige Kontokonditionen – Monatspreise der Girokonten und Zinsen auf Dispositionskredite – der Sparkassen mit denen der VR-Banken verglichen.⁷³³ Diese Untersuchung kam zu den folgenden Ergebnissen:

- Auf Grundlage einer konservativen Auswertung statistischer Testergebnisse hat sich gezeigt, dass Anzeichen für eine Kongruenz von Kontokonditionen der Sparkassen und denen der VR-Banken bestehen. Inwieweit die starke Marktstellung der Sparkassen hierfür ursächlich gewesen sein mag, war aus Mangel an aktuellen Daten zu relevanten Einflussfaktoren bislang nicht festzustellen.
- Anzeichen für eine Kongruenz bei den Kontokonditionen von Sparkassen mit denen privater Großbanken waren indes nicht erkennbar.

Ein aus den Marktgegebenheiten folgendes Parallelverhalten (sogenannte implizite Kollusion) von Instituten der beiden Verbundgruppen wäre nicht unzulässig, könnte abhängig von den Marktbedingungen jedoch eine Kartellbildung begünstigen und muss deshalb beobachtet werden.

4.3.4 Zwischenergebnis

1919. Die Monopolkommission sieht dahingehend Klärungsbedarf, ob die Verbundstrukturen sich zumindest auf regionaler Ebene innerhalb der Sparkassen-Gruppe zu einer wirtschaftlichen Einheit verfestigt haben, sodass eine grundsätzliche Neubewertung der Verbünde im Wettbewerb erforderlich ist. Die Beurteilung der Verbundkooperationen aus wettbewerblicher Perspektive ist schwierig. Ein erhebliches Problem stellt insofern die Intransparenz der verbundgruppeninternen Zusammenarbeit nach außen dar. Das gilt sowohl für die Kooperation der Sparkassengruppe wie auch – zumindest in einem geringeren Maße – für die Kooperation innerhalb der genossenschaftlichen Finanzgruppe.

1920. Die Tätigkeit der Verbände dürfte zwar zu erheblichen Teilen aufgrund des Arbeitsgemeinschaftsgedankens bzw. aufgrund von wirtschaftlichen Effizienzen mit Art. 101 AEUV, § 1 GWB zu vereinbaren sein (z. B. Verwaltung des Haftungsverbunds, Entwicklung von Geschäftskonzepten). Allerdings unterliegen bspw. gemeinsame Marketingmaßnahmen insbesondere in der Sparkassengruppe einer strengen Beurteilung, da die beteiligten Sparkassen oft über relativ hohe Marktanteile verfügen dürften (> 15 Prozent). Die Entwicklung gemeinsamer Konzepte und Geschäftsstrategien durch die Verbände kann insbesondere dann problematisch sein, wenn sie lediglich die Ertrags- oder Marktstellung der Verbundmitglieder verbessern soll, ohne mit Effizienzen verbunden oder zur Erfüllung gesetzlich zulässiger Ziele notwendig zu sein. Dasselbe gilt für den Informations- und Erfahrungsaustausch in Verbandsorgans oder über die Prüfungsausschüsse/-verbände. Besonders gravierende Bedenken ergeben sich aus den Hinweisen auf einer auf Kundenaufteilung basierenden „Arbeitsteilung“ innerhalb der Sparkassen-Finanzgruppe. Bedenken erregt allerdings auch die Zusammenarbeit in den Sparkassen(fach)beiräten der Landesbanken, soweit diese Zusammenarbeit eine preisbezogene Koordination auf der Ebene der Sparkassen voraussetzt. Maßnahmen der Verbände zum Schutz der Verbundstruktur dürfen die Freiheit der Verbandsmitglieder nicht ungerechtfertigt beschränken, können allerdings auch im Verhältnis zu Dritten aus Missbrauchsgesichtspunkten zu überprüfen sein.

1921. Die Rolle der Zentralbanken und überregionalen Verbundinstitute ist gleichfalls differenziert zu beurteilen. Nach den vorliegenden Informationen begegnet die Unterstützung von Verbundinstituten bei

2010, B4-45/10, Tz. 96, 99, 106, 113-116; Beschluss vom 28. Februar 2012, B4-51/11, Tz. 134, 139 f.

⁷³³ Siehe Anhang zu Kapitel VI und zu anderen Untersuchungen der Monopolkommission in diesem Zusammenhang schon oben Tz. 1879.

Zahlungsabwicklung und Liquiditätsausgleich keinen wettbewerblichen Bedenken, ebenso wenig die Unterstützung der Sparkassen durch die Landesbanken bei der Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben oder die verbundinterne Bereitstellung von Haftungsgarantien. Die Bereitstellung von Produkten zur Refinanzierung/Anlage oder zum Vertrieb kann indessen kritisch zu beurteilen sein, sofern es sich um eine Alleinvertriebskooperation handelt, bei der die Verbundmitglieder auch ihren Bedarf im Wesentlichen verbundintern decken und es sich nicht allein um beratungsintensive, komplexe Produkte handelt (wie z. B. das Neugeschäft mit Investmentfondsbeteiligungen).

1922. Die sonstige Koordination der Verbundmitglieder sollte genauer beobachtet werden, vor allem da das Verbund- und das Regionalprinzip durch die Sparkassen offenbar in einer wettbewerblich problematischen Weise angewendet und durchgesetzt werden. Außerdem gibt es Anzeichen für eine zumindest implizite Kollusion zwischen den Sparkassen und den genossenschaftlichen Banken.

4.4 Wettbewerbspolitische Beurteilung des Regionalprinzips in den Sparkassengesetzen

1923. Die Monopolkommission tritt dafür ein, dass die Beschränkung des Geschäftsgebiets durch das in den Sparkassengesetzen festgelegte Regionalprinzip abgeschafft wird. Diese Regelungen verstoßen gegen europäisches Recht, weil sie die Geschäftsgebiete der Sparkassen und damit die Freiheit der Sparkassen einschränken, ihre Geschäftspolitik selbstständig zu gestalten und aktiv in den Wettbewerb untereinander und mit anderen gebietsfremden Banken um neue Kunden einzutreten. Es handelt sich im Grunde um ein gesetzlich angeordnetes Gebietskartell. Allerdings ist es nicht zu begründen, weshalb ein Gebietskartell, das zwischen privaten Instituten verboten wäre, den Sparkassen aufgrund seiner gesetzlichen Anordnung erlaubt sein soll.

4.4.1 Unterscheidung zwischen wirtschaftlicher Strategie und gesetzlicher Vorgabe

1924. Die Monopolkommission betont, dass sie das Regionalprinzip nicht als Element der Geschäftsstrategie von Sparkassen und Genossenschaftsbanken ablehnt. Insofern stimmt sie auch mit dem Sachverständigenrat überein.⁷³⁴ Es ist jedoch zwischen dem Regionalprinzip als Element der individuellen Strategie und seiner gesetzlichen Vorgabe zu unterscheiden.

1925. Das Regionalprinzip als Element der Geschäftsstrategie ist vor allem bei kleineren Instituten, die wegen ihrer Kostenstruktur nur begrenzt wachsen können, unproblematisch. Es erklärt sich hier aus einer Risikoeinschätzung, welche die Institute dazu veranlasst, nur in solchen Märkten tätig zu werden, die sie relativ gut überblicken. Ein solches Prinzip ist einerseits mit Vorteilen verbunden, weil die Institute in Ermangelung von Wettbewerb untereinander einem geringeren Marktdruck ausgesetzt sind. Andererseits führt es aber auch zu Nachteilen, weil die Institute Marktchancen nicht nutzen können, die sich bei einer Expansion für sie ergeben könnten. Dies ergibt Sinn, solange eine derartige Expansion für die betreffenden Institute mit übermäßigen Kosten oder Risiken verbunden wäre.

1926. Je größer und profitabler die Institute aber sind, desto mehr rücken die Nachteile einer regionalen Beschränkung in den Vordergrund und desto mehr wird der Verzicht auf Expansion rechtfertigungsbedürftig. Das Beharren auf einer solchen Beschränkung stellt dann kein marktkonformes Verhalten dar.

1927. Das Regionalprinzip ist für die öffentlichen Sparkassen allerdings in fast allen Bundesländern gesetzlich vorgegeben.⁷³⁵ Ausnahmen bilden Hamburg, Hessen und Schleswig-Holstein, die über z. T. relativ

⁷³⁴ Vgl. Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Das deutsche Finanzsystem: Effizienz steigern – Stabilität erhöhen, a. a. O., Tz. 3, 16 f., 248.

⁷³⁵ § 6 Abs. 1 SpG BW („vorrangig“), siehe auch § 2 Abs. 2, 3 SpG BW; Art. 2 Abs. 1 S. 1, 20 BaySpkG i. V. m. § 2 SpkO; § 1 Abs. 2 BerlSpkG; § 5 BrdbgSpkG; § 3 („vorrangig“) und § 5 BremSpkG (allerdings ohne Ausführungsverordnung), ebenso § 5 des Staatsvertrags vom 23. Juli 2012 über die Bremer Landesbank Kreditanstalt Oldenburg – Girozentrale; § 5 SpkG MV i. V. m. § 3 SpkVO MV; § 4 Abs. 2 NSpG; § 3 SpkG NW; § 2 Abs. 1 SpkG RP („vorrangig“); § 5 SachsSpkG; § 5 SpkG-LSA i. V. m. § 3 SpkVO; § 2 Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 3 SSpG

große, privatwirtschaftlich verfasste Freie Sparkassen (bzw. – Hessen – Rechtsnachfolger von solchen) verfügen. In Hamburg gibt es kein Sparkassengesetz, in Hessen und Schleswig-Holstein nimmt das Gesetz auf das Tätigkeitsgebiet der Sparkassen Bezug, ohne es zu beschränken.⁷³⁶ Ansonsten ist das gesetzlich bestimmte Geschäftsgebiet einer öffentlich-rechtlichen Sparkasse grundsätzlich das Gebiet ihres jeweiligen kommunalen Trägers. Die Sparkassen sollen sich nur bzw. vorrangig in diesem Gebiet wirtschaftlich betätigen (insbesondere kreditwirtschaftlich) und dürfen grundsätzlich nur dort Zweigstellen oder unter Umständen Beteiligungen erwerben. Die Aufsichtsbehörden können Ausnahmen zulassen. In vielen Sparkassenverordnungen und -satzungen wird das gesetzliche Regionalprinzip wiederholt und das Tätigkeitsgebiet der Sparkassen noch präziser definiert.

1928. Insofern besteht eine gewisse Parallele zum im XIX. Hauptgutachten angesprochenen Fall des Deutschen Lotto- und Totoblocks.⁷³⁷ In dem genannten Fall hatten sich die deutschen Lotto- und Totounternehmen verpflichtet, die von ihnen veranstalteten Lotterien und Sportwetten nur in dem Land zu vertreiben, in dem sie über eine Erlaubnis verfügten (sogenanntes Regionalitätsprinzip). Das Bundeskartellamt betrachtete diese Verpflichtung als Kartellverstoß und wies den Einwand zurück, das Verhalten der Lottogesellschaften werde durch den damaligen Lotteriestaatsvertrag gesetzlich angeordnet. Denn die entsprechende Vorschrift des Staatsvertrags verstoße selbst gegen die Pflicht der Mitgliedstaaten, alle staatlichen Maßnahmen zu unterlassen, welche die praktische Wirksamkeit der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln beeinträchtigen.⁷³⁸ Der BGH bestätigte in der Sache diese Auffassung des Bundeskartellamtes, indem er entschied, dass

*„etwaige territoriale Beschränkungen [durch] staatliche Maßnahmen [...] unerheblich [wären], weil solche Regelungen ihrerseits als Verstärkung der wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen des [zwischen den Lottogesellschaften vereinbarten] Blockvertrags gegen Art. 10 EG i. V. m. Art. 81 EG [= Art. 101 Abs. 1 lit. c AEUV i. V. m. Art. 4 Abs. 3 EUV] verstießen und deshalb unbeachtlich wären.“*⁷³⁹

Da die vom Bundeskartellamt gerügten Vorschriften zwischenzeitlich geändert bzw. gestrichen worden waren, sprach aus Sicht des BGH allerdings nichts mehr dafür, dass sie eine kartellrechtswidrige Gebietsaufteilung weiterhin vorschrieben, erleichterten oder in ihrer Wirkung verstärkten.⁷⁴⁰

1929. Die wettbewerbliche Beurteilung der lotterierechtlichen Regionalität entspricht in weiten Teilen und im Ergebnis der des sparkassengesetzlichen Regionalprinzips. Die zugrunde liegenden Vorschriften können nicht europarechtskonform ausgelegt werden. Das Gebot, dass sich die Sparkassen „nur“ bzw. „vorrangig“ in diesem Gebiet wirtschaftlich betätigen „sollen“, ist unmissverständlich. In einem solchen Fall gebietet es das europäische Recht, dass jene Vorschriften keine weitere Anwendung finden, soweit sie einer unionsrechtlichen Vorschrift entgegenstehen. Es ist dabei ohne Belang, dass das gesetzliche Regionalprinzip bzw. seine verfassungsmäßigen Rechtsgrundlagen älter sind als das maßgebliche EU-Recht.⁷⁴¹

1930. Der DSGV geht zwar davon aus, dass der Sachverhalt hier völlig anders liege, da das glücksspielrechtliche Regionalitätsprinzip auf einer vorausgegangenen Unternehmensvereinbarung beruhe. Die nach-

(„vorrangig“); § 6 ThürSpkG. Im Bundesrecht siehe auch § 40 Abs. 1 Nr. 3 KWG.

⁷³⁶ Siehe § 1 Abs. 3 HessSpkG; § 2 SpkG SH. Allerdings gilt das Regionalprinzip nach Gesetz und Mustersatzung grundsätzlich für die öffentlich-rechtlichen Sparkassen in Schleswig-Holstein; vgl. § 3 Abs. 2 SpkG SH i. V. m. §§ 12 ff. Mustersatzung 2023.12 in der Fassung vom 2. Dezember 2013.

⁷³⁷ Vgl. BKartA, Beschluss vom 23. August 2006, B10-148/05; dazu Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 36 ff.

⁷³⁸ Vgl. BKartA, Beschluss vom 23. August 2006, B10-148/05, S. 10 und Tz. 519 ff. (insb. Tz. 577 ff.); siehe auch S. 12 f., Tz. 713 ff. zur gesetzlichen Anordnung der Einnahmenaufteilung durch den Regionalisierungsstaatsvertrag.

⁷³⁹ BGH, Beschluss vom 14. August 2008, KVR 54/07 – Lottoblock, WuW/E DE-R 2408, Rz. 91.

⁷⁴⁰ BGH, Beschluss vom 14. August 2008, KVR 54/07 – Lottoblock, WuW/E DE-R 2408, Rz. 135-137.

⁷⁴¹ EuGH, Urteil vom 9. September 2003, C-198/01 – CIF, Slg. 2003 I-8055, Rz. 48.

folgende Prüfung basiert allerdings auf einer Rechtsgrundlage, bei der sich der vom DSGVO angesprochene Unterschied nicht auswirkt.⁷⁴²

4.4.2 Verbot wettbewerbswidriger Maßnahmen in Bezug auf öffentliche Unternehmen (Art. 106 Abs. 1 AEUV)

1931. Das gesetzliche Regionalprinzip verstößt gegen Art. 106 Abs. 1 AEUV. Danach ist es verboten, in Bezug auf öffentliche Unternehmen Maßnahmen zu treffen oder beizubehalten, die den europäischen Verträgen und insbesondere den Wettbewerbsregeln (Art. 101 ff. AEUV) widersprechen. Sparkassen sind öffentliche Unternehmen im Sinne der Vorschrift.⁷⁴³

1932. Das Regionalprinzip ist eine Maßnahme, deren gesetzliche Anordnung dem Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 lit. c AEUV widerspricht. Die Mitgliedstaaten treffen eine dem Kartellverbot „widersprechende Maßnahme“, wenn sie öffentliche Unternehmen zur Beteiligung an wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen und Verhaltensweisen veranlassen oder selbst Zwangskartelle anordnen. Diese Regelung ist Ausdruck der Gleichbehandlung zwischen staatlichen und privaten Unternehmen, denn sie verhindert, dass der Staat zugunsten von staatlichen Unternehmen auf hoheitliche Gewalt zurückgreift, um ein Marktergebnis herbeizuführen, das Unternehmen durch private Gestaltung untersagt wäre.

1933. Die gesetzliche Anordnung des Regionalprinzips ist die Anordnung eines Zwangskartells. Das Verhalten der Sparkassen ist infolge der gesetzlichen Bindung an das Regionalprinzip nicht mehr frei, sondern (zwangsweise) abgestimmt. Die Sparkassen verzichten nämlich grundsätzlich auf die aktive Kundenwerbung außerhalb ihres Geschäftsgebiets. Dieser erzwungenen Verhaltensabstimmung steht nicht entgegen, dass die gesetzlichen Regelungen den Sparkassen einen gewissen Auslegungsspielraum belassen.

1934. Eine dem Kartellverbot widersprechende Maßnahme setzt auch nicht voraus, dass sich gerade eine Vereinbarung von Unternehmen oder gerade deren abgestimmtes Verhalten auf einen staatlichen Akt zurückführen lässt. Denn die Maßnahme tritt an die Stelle einer solchen Vereinbarung bzw. Verhaltensabstimmung und ist dazu nicht komplementär oder akzessorisch. Somit ist auch unerheblich, dass die Anordnung des Regionalprinzips den Sparkassen einen Auslegungsspielraum belässt, welchen diese – in allerdings koordinierter Weise – ausnutzen, indem sie zwar auf die Kundenwerbung außerhalb ihres Geschäftsgebietes verzichten, jedoch gleichwohl in einem gewissen Umfang die Nachfrage von Kunden befriedigen, die sich von außerhalb des Geschäftsgebiets an sie wenden (Anknüpfungsgrundsatz).

1935. Eine andere Auslegung der relevanten Vorschriften würde implizieren, dass dem Kartellverbot widersprechende Maßnahmen dadurch, dass ein Mitgliedstaat sie vorschreibt, nicht „getroffen“ werden könnten. Denn im Rahmen der staatlichen Anordnung bleibt den betroffenen Unternehmen gar keine Möglichkeit zu selbstständigem Verhalten und mithin dazu, eine Kartellabsprache einzugehen. Damit würde der Zweck der europäischen Regelung verfehlt, die Gleichbehandlung von privaten und staatlichen Unternehmen auch und gerade dann sicherzustellen, wenn eine Haftung der staatlichen Unternehmen selbst wegen des Rückgriffs auf hoheitliche Maßnahmen ausscheidet. Ein Mitgliedstaat würde zudem gegen europäisches Recht verstoßen, wenn er ein abgestimmtes Verhalten von Unternehmen fördert oder nachträglich aufgreift, aber nicht, wenn er dieses Verhalten von vornherein bindend vorschreibt. Eine solche Differenzierung erscheint weder geboten, noch ist sie mit Blick auf den Wettbewerb zu rechtfertigen.

1936. Dem entsprechend stellt die europäische Rechtsprechung bei der Feststellung einer den Wettbewerbsregeln widersprechenden Maßnahme maßgeblich auf deren Wirkungen ab, dahin gehend, ob die betroffenen staatlichen Unternehmen infolge der Maßnahme zwangsläufig gegen die Wettbewerbsregeln verstoßen müssen.⁷⁴⁴ Eine dem Kartellverbot widersprechende Maßnahme liegt demnach bspw. vor, wenn ein Mit-

⁷⁴² Zur Vereinbarkeit mit den Grundfreiheiten Frenz, Handbuch Europarecht, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, Rz. 247 ff.

⁷⁴³ Vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. a und b RL 2006/111/EG, ABl. EU L 318 vom 17. November 2006, S. 17.

⁷⁴⁴ EuGH, Urteil vom 23. April 1991, C-41/90 – Höfner und Elser, Slg. 1991, I-1979, Ls. 2 und Rz. 27 (allerd. zu Art.

gliedstaat die Anwendung bestimmter Preise als Bedingung eines Konzessionsvertrags erzwingt.⁷⁴⁵ Die Beachtung der aus dem Regionalprinzip folgenden Gebietsaufteilung ist entsprechend zu beurteilen.

1937. In der deutschen Kommentar-Literatur ist gleichfalls anerkannt, dass ein Mitgliedstaat eine dem Kartellverbot widersprechende Maßnahme treffen kann, indem er staatlichen Unternehmen ein bestimmtes Verhalten durch Bildung eines Zwangskartells bindend vorschreibt.⁷⁴⁶ Dort wird ergänzend darauf hingewiesen, dass den Mitgliedstaaten das Verhalten von öffentlichen Unternehmen der Mitgliedstaaten oder ihrer regionalen Untergliederungen (z. B. Länder, Gemeinden) zuzurechnen ist, und zwar wegen Art. 106 Abs. 1 AEUV (gerade) auch dann, wenn jene Unternehmen aufgrund hoheitlicher Vorgaben tätig sind.⁷⁴⁷ Wenn man dem folgt, wird eine Maßnahme im Sinne dieser Vorschrift nicht nur durch die gesetzliche Anordnung des Regionalprinzips getroffen, sondern durch die Anwendung der gesetzlichen Regelungen durch die Sparkassen auch beibehalten.

1938. Durch das Regionalprinzip wird der Wettbewerb zwischen den Sparkassen beschränkt, indem die Freiheit der Sparkassen zur Expansion über ihr jeweiliges Geschäftsgebiet hinaus gesetzlich begrenzt wird. Es handelt sich dabei um eine Kernbeschränkung, also um einen besonders schwerwiegenden Kartellverstoß. Eine solche Beschränkung ist spürbar.⁷⁴⁸

1939. Die Wettbewerbsbeschränkung ist unbestreitbar. Sie lässt sich weder unter dem Gesichtspunkt des Wettbewerbs noch unter dem der Beschränkung verneinen. Ein beschränkbarer Wettbewerb entfällt nicht deshalb, weil die Sparkassen vor allem auf regionalen Märkten tätig sind.⁷⁴⁹ Denn das gesetzliche Regionalprinzip hat den Zweck, ein Zusammenwachsen ihrer Geschäftsgebiete künstlich zu verhindern.⁷⁵⁰ Genauso wenig entfällt eine Beschränkung des Wettbewerbs deshalb, weil die Sparkassen im Vergleich zu ihren Wettbewerbern nicht besser gestellt werden, sondern weil das Regionalprinzip „[v]ielmehr die Möglichkeiten der wirtschaftlichen Betätigung der Sparkassen [...] ein[schränkt]“. ⁷⁵¹ Es ist gerade dieser Umstand, der die Wettbewerbsbeschränkung ausmacht. Eine Besserstellung ist nicht erforderlich.

1940. Die Wettbewerbsbeschränkung ist auch nicht unbeachtlich. Der DSGVO verweist darauf, dass durch das Regionalprinzip der Wettbewerb zwischen den Verbundgruppen und mit den Privatbanken gestärkt wird. Davon ausgehend dürfte es zutreffen, dass das Regionalprinzip die Geschäftsgrundlagen des Sparkassenverbunds absichert und diesen festigt.⁷⁵² Der Verbund kann aber kein „Konzernprivileg“ von den Wettbewerbsvorschriften für sich in Anspruch nehmen. Nicht nur der Wettbewerb im Gesamtsystem, sondern auch der Wettbewerb zwischen den Verbundmitgliedern ist schutzwürdig. Das europäische Kartellverbot sieht auch nicht etwa vor, dass eine Wettbewerbsbeschränkung aufgrund einer Abwägung negativer und

86 EWGV = Art. 102 AEUV); instruktiv auch GA Van Gerven, Schlussanträge vom 16. Oktober 1991, C-48 und C-66/90 – Niederländische Post, Slg. 1992, I-565, Rz. 38 f.

745 EuGH, Urteil vom 4. Mai 1988, 30/87 – Bodson, Slg. 1988, 2479, Rz. 34.

746 Emmerich in: Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, EL 20, Abschn. H.II, Rz. 109; siehe ferner Kapp in: Frankfurter Kommentar, Liefg. 72 vom September 2010, Art. 106 Rz. 95; Mestmäcker/Schweitzer in: Immenga/Mestmäcker, 5. Aufl. 2012, Art. 106 Abs. 1 AEUV, Rz. 92, 101; Wernicke in: Grabitz/Hilf, EL 43 v. März 2011, Art. 106 AEUV Rz. 59; Weiß in: Callies/Ruffert, AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 101 Rz. 15.

747 Wernicke in: Grabitz/Hilf, EL 43 vom März 2011, Art. 106 AEUV Rz. 60.

748 Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Artikel 81 Absatz 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken (de minimis), ABl. EG C 368 vom 22. Dezember 2001, S. 13, Tz. 11; ebenso nun EU-Kommission, Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (De Minimis Notice); C(2014) 4136 final, Tz. 2, 13.

749 Vgl. BKartA, Beschluss vom 28. Februar 2012, B4-51/11.

750 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag, ABl. EG C 101 vom 27. April 2004, S. 97, Tz. 21 (wettbewerbsbeschränkender Zweck); EU-Kommission, Entscheidung vom 23. November 1984, IV/30.907 – Peroxyd-Produkte, ABl. EG L 35 vom 7. Februar 1985, S. 1, Tz. 10 ff.

751 Vgl. DSGVO, Stellungnahme „Zur Vereinbarkeit des sparkassenrechtlichen Regionalprinzips mit dem Europarecht und seinem ökonomischen Nutzen“, eingegangen am 26. September 2013 (nachfolgend „Stellungnahme vom 26. September 2013“), S. 4.

752 Vgl. ebenda, S. 7 („Sicherung und Verbesserung der eigenen Geschäftsgrundlagen“).

positiver Wettbewerbswirkungen festgestellt wird (Rule-of-reason-Ansatz). Sofern eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, können positive Wettbewerbswirkungen allenfalls für eine Rechtfertigung sprechen.

1941. Davon abgesehen sprechen tatsächliche Gründe hier gegen ein Überwiegen der positiven Wettbewerbswirkungen des Regionalprinzips. Der DSGVO sieht eine Stärkung des Wettbewerbs insbesondere darin, dass das Regionalprinzip sicherstelle, dass neben den gleichfalls regional verankerten Genossenschaftsbanken überall ein zweites Institut vor Ort ist.⁷⁵³ Erstens impliziert das bloße Vorhandensein eines zweiten Instituts nicht notwendig Wettbewerb. Im Gegenteil spricht eine Vermutung gegen lebhaften Wettbewerb, wo ein Anbieter erhebliche Marktanteile (> 40 Prozent)⁷⁵⁴ auf sich vereint. Das Bundeskartellamt hat bereits in mehreren Verfahren festgestellt, dass die Sparkassen auf einer Reihe von Märkten über derartige Anteile verfügen.⁷⁵⁵ Die Sparkassengruppe ist auch nach ihrer Selbstdarstellung in vielen Bereichen Marktführer. Ein Marktführer hat im Gegensatz zu den Mitbewerbern aber nicht ohne Weiteres Anlass, sich aktiv im Wettbewerb um weitere Kunden zu bemühen. Dies gilt insbesondere dort, wo – wie auf den relevanten Märkten vielfach gegeben – die nächsten Mitwerber deutlich geringere Marktanteile haben.⁷⁵⁶ Zweitens besteht kein Anlass zu der Annahme, dass die Sparkassen vor Ort ohne das gesetzliche Regionalprinzip als Wettbewerber ausfielen. Ganz im Gegenteil ist anzunehmen, dass sich einzelne Sparkassen ohne die gesetzliche Beschränkung auf ihr Geschäftsgebiet aktiv um Kunden in anderen Gebieten bemühen würden. Sie würden sich zusätzlich am Wettbewerb mit den dort schon tätigen Sparkassen beteiligen. Drittens trifft es schon im Ansatz nicht zu, dass eine regionale Präsenz der Sparkassen notwendig ist um sicherzustellen, dass es eine wettbewerbliche Alternative zu den Genossenschaftsbanken gibt. Die Genossenschaftsbanken sind dem Wettbewerb auch von anderen Instituten als den Sparkassen ausgesetzt. Insbesondere die Postbank ist ein weiterer Anbieter, der lokal häufig vertreten ist und von dem gerade im Privatkundengeschäft lebhafter Wettbewerb ausgeht.

1942. Eine Wettbewerbsbeschränkung lässt sich schließlich auch nicht mit Blick auf die Zersplitterung des gesamten deutschen Bankenmarktes in Zweifel ziehen. Der DSGVO bezeichnet den deutschen Markt angesichts seiner niedrigen Konzentration als den wettbewerbsintensivsten Bankenmarkt in der EU.⁷⁵⁷ Eine niedrige Marktkonzentration ist aber nicht gleichbedeutend mit viel Wettbewerb. Sie kann auch nur auf strukturelle Besonderheiten hinweisen. Der deutsche Bankenmarkt ist insbesondere durch die beiden Verbundgruppen der Sparkassen und Genossenschaftsbanken geprägt, deren Mitglieder nur eingeschränkt im Wettbewerb zueinanderstehen.⁷⁵⁸

1943. Die mit dem gesetzlichen Regionalprinzip verbundene Wettbewerbsbeschränkung ist auch geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Bei einer staatlichen Maßnahme bzw. Wettbewerbsbeschränkung, die sich auf das Gebiet eines ganzen Mitgliedstaats erstreckt, ist regelmäßig von einer Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels auszugehen.⁷⁵⁹ Das Regionalprinzip gilt insbesondere in den Bundesländern, die an andere Mitgliedstaaten angrenzen, wodurch der deutsche Markt entlang der Grenzen abgeschottet wird.⁷⁶⁰

⁷⁵³ Vgl. ebenda, S. 6.

⁷⁵⁴ EU-Kommission, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. EU C 45 vom 24. Februar 2009, S. 7, Tz. 14; im deutschen Recht ebenso § 18 Abs. 4 GWB.

⁷⁵⁵ Zuletzt BKartA, Beschluss vom 28. Februar 2012, B4-51/11; Beschluss vom 21. Oktober 2010, B4-45/10.

⁷⁵⁶ Vgl. EuGH, Urteil vom 14. Februar 1978, 27/76 – United Brands, Slg. 1978, 207, Rz. 111/120; im deutschen Recht ebenso § 18 Abs. 3 GWB („im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern“).

⁷⁵⁷ Vgl. DSGVO, Stellungnahme vom 26. September 2013, S. 7.

⁷⁵⁸ Die Verbundgruppen vereinen dabei einen Großteil der Gesamtbilanzsumme der deutschen Banken auf sich; siehe Deutsche Bundesbank, Statistische Beihefte, Bankenstatistik 2013.

⁷⁵⁹ EuGH, Urteil vom 19. Februar 2002, C-35/99 – Arduino, Slg. 2002 I-1529, Rz. 33; EU-Kommission, Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags, ABl. EG C 101 vom 27. April 2004, S. 81, Tz. 77-78.

⁷⁶⁰ Soweit Sparkassengesetze im Einzelfall offen formuliert sind (wie z. B. im Saarland, Schleswig-Holstein), legen die Sparkassen sie offenbar zumindest wie in den anderen Ländern aus. Es kann hier offenbleiben, ob insofern eine

1944. Eine Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels lässt sich hier auch nicht deshalb in Zweifel ziehen, weil das gesetzliche Regionalprinzip ausschließlich Deutschland oder einzelne deutsche Regionen betrifft. Das Regionalprinzip verhindert vielmehr unter anderem, dass deutsche Sparkassen aktiv Kunden in anderen Mitgliedstaaten werben und aktiv Finanzprodukte an sie verkaufen. Eine derart grenzüberschreitende Wettbewerbsbeschränkung beschränkt den zwischenstaatlichen Handel typischerweise auch dann, wenn die beteiligten Unternehmen in demselben Mitgliedstaat niedergelassen sind.⁷⁶¹

1945. Eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels ergibt sich allerdings auch in umgekehrte Richtung. Es ist wie gesagt anzunehmen, dass sich die Sparkassen in größerem Umfang als gegenwärtig dem Wettbewerb untereinander stellen würden, wenn es das gesetzliche Regionalprinzip nicht gäbe. Dieser zusätzliche Wettbewerb, der neben den Wettbewerb mit den Privat- und Genossenschaftsbanken träte, würde in größerem Umfang als gegenwärtig dafür sorgen, dass die Sparkassen etwaige Wettbewerbsvorteile an die Verbraucher weitergeben und nicht zurückhalten, um zusätzliche Renditen zu erzielen. Der Umstand, dass die Sparkassen sich prinzipiell zurzeit solche zusätzlichen Renditen vorbehalten können, führt zu einer Erhöhung der Marktzutrittsschranken für ausländische Wettbewerber.

1946. Dem steht nicht entgegen, dass ausländische Wettbewerber in den Geschäftsgebieten der Sparkassen grundsätzlich Bankfilialen eröffnen können und dies zumindest in zentrumsnahen Regionen auch in gewissem Umfang tun.⁷⁶² Die ausländischen Wettbewerber wissen, dass sich die Sparkassen aufgrund des Regionalprinzips untereinander keinen Wettbewerb machen, weshalb das Regionalprinzip unabhängig davon zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels geeignet ist, ob die Sparkassen den ihnen zukommenden Wettbewerbsvorteil tatsächlich gegen ihre Mitbewerber einsetzen.

1947. Die mit dem gesetzlichen Regionalprinzip verbundene Handelsbeeinträchtigung ist auch spürbar und damit hinreichend erheblich. Insofern spielt es – entgegen dem DSGVO – keine Rolle, dass die Wirkungen des Regionalprinzips im Einzelfall regionaler bzw. sogar nur lokaler Natur sind. Ebenso ist unerheblich, dass die hauptsächlich betroffenen Märkte regional abzugrenzen sind und dass auf regionaler bzw. lokaler Ebene jeweils nur ein relativ geringer Umsatz betroffen sein mag.⁷⁶³ Entscheidend ist, dass die gesetzlichen Regelungen über die einzelnen Regionen hinweg kumulative Wirkungen entfalten und dass sie sich, unabhängig vom im Einzelfall vielleicht betroffenen Umsatz, nicht nur auf einzelne Produkte, sondern auf das gesamte Angebot der Sparkassen beziehen. Außerdem ist mit Blick auf den wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhang zu berücksichtigen, dass den Sparkassen auf vielen betroffenen Einzelmärkten eine nicht unerhebliche Marktmacht zukommt, die durch ihre Möglichkeit zur Zusammenarbeit im Verbund noch verstärkt wird.⁷⁶⁴ Die Regelungen zum gesetzlichen Regionalprinzip tragen in einer Gesamtschau folglich in erheblichem Masse zur Marktabschottung entlang der deutschen Grenzen bei.

Handelsbeeinträchtigung nach Art. 106 Abs. 1 AEUV besteht, da das Verhalten der Sparkassen sonst zwar nicht an Art. 106 Abs. 1 AEUV, aber an Art. 101 Abs. 1 AEUV zu messen wäre. Auch insofern wäre eine Handelsbeeinträchtigung gegeben.

⁷⁶¹ EU-Kommission, Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags, ABl. EG C 101 vom 27. April 2004, S. 81, Tz. 63.

⁷⁶² Vgl. DSGVO, Stellungnahme zu den vorläufigen Beurteilungen der Monopolkommission betreffend die Vereinbarkeit des sparkassenrechtlichen Regionalprinzips mit dem EU-Wettbewerbsrecht, 30. Januar 2014 (nachfolgend „Stellungnahme vom 30. Januar 2014“), Tz. 39 ff.

⁷⁶³ Vgl. ebenda, Tz. 44-47.

⁷⁶⁴ EU-Kommission, Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags, ABl. EG C 101 vom 27. April 2004, S. 81, Tz. 49, 53. Mit diesen Grundsätzen vereinbar ist auch der vom DSGVO, Stellungnahme vom 30. Januar 2014, Tz. 48, angeführte Fall EuGH, Urteil vom 11. Juli 1989, 246/86 – Belasco, Slg. 1989, 2117 (siehe insb. Rz. 47, 51).

1948. Das Regionalprinzip ist schließlich eine staatliche Maßnahme gerade „in Bezug“ auf die Sparkassen. Insofern genügt es, dass die gesetzliche Anordnung nur die Sparkassen betrifft.⁷⁶⁵ Andere kommunale Unternehmen müssen das Regionalprinzip nicht beachten.

1949. Der DSGVO sieht im gesetzlichen Regionalprinzip deshalb keine Maßnahme „in Bezug“ auf die Sparkassen, weil es Ausdruck eines allgemeinen staats- und verwaltungsrechtlichen Grundsatzes sei. Das überzeugt jedoch nicht. Ein Grundsatz auf verfassungsrechtlicher Basis kann allenfalls für die Träger der kommunalen Unternehmen bestehen. Auch die Gemeindeordnungen enthalten nur für die Träger und nicht für die kommunalen Unternehmen selbst Gebietsvorgaben für die wirtschaftliche Tätigkeit. Es ist somit unklar, woraus ein allgemeiner Grundsatz mit dem Inhalt des sparkassengesetzlichen Regionalprinzips überhaupt abzuleiten wäre. Der Landesgesetzgeber muss bei der rechtlichen Ausgestaltung der wirtschaftlichen Betätigung kommunaler Unternehmen außerdem in jedem Fall die Vorgaben des europäischen Wettbewerbsrechts beachten.⁷⁶⁶ Ebenso wäre ein im Regionalprinzip manifestierter „allgemeiner Grundsatz“ nur im Rahmen des europarechtlich Zulässigen erheblich.

4.4.3 Keine wettbewerbliche Rechtfertigung

1950. Das gesetzliche Regionalprinzip ist nicht aus Wettbewerbsgründen gerechtfertigt (Art. 106 Abs. 1 i. V. m. Art. 101 Abs. 3 AEUV). Das Regionalprinzip geht mit keinen Vorteilen einher, die die damit verbundenen Wettbewerbsnachteile zugunsten der Verbraucher ausgleichen.⁷⁶⁷

1951. Das gesetzliche Regionalprinzip trägt nicht in ausreichendem Maße zur Verbesserung der kreditwirtschaftlichen Versorgung bei. Es behindert vielmehr die Sparkassen darin, im aktiven Wettbewerb miteinander neue Bankprodukte zu entwickeln, weil es ihnen den Anreiz nimmt, mit solchen Produkten neue Kunden außerhalb ihres bisherigen Tätigkeitsgebiets zu gewinnen. Diese Behinderung wird auch nicht dadurch aufgewogen, dass solche Anreize aufgrund des sogenannten Anknüpfungsgrundsatzes in eingeschränktem Maße fortbestehen. Diese Anreize folgen lediglich daraus, dass die Sparkassen ohne Verstoß gegen das Regionalprinzip auf Kundenanfragen reagieren können und es somit einen gewissen passiven Wettbewerb zwischen ihnen gibt. Neben dem passiven Wettbewerb ist aber auch der aktive Wettbewerb schutzwürdig.⁷⁶⁸

1952. Ebenso wenig ergibt sich eine Rechtfertigung aus den vom DSGVO selbst vorgebrachten Argumenten, insbesondere hinsichtlich der besseren Kenntnis der örtlichen Verhältnisse und der den Sparkassen dadurch möglichen effektiven Risikobegrenzung.⁷⁶⁹ Es ist nicht ohne Weiteres zu unterstellen, dass solche Erwägungen dem gesetzlichen Regionalprinzip überhaupt (noch) zugrunde liegen. Denn die genannten Informationsvorteile sind angesichts der Möglichkeit zu gebietsübergreifenden Fusionen und aufgrund des Anknüpfungsgrundsatzes bereits nach der gegenwärtigen Rechtslage nicht mehr gesetzlich abgesichert.

1953. Dagegen, dass die genannten Informationsvorteile in ausreichendem Maße zur kreditwirtschaftlichen Versorgung beitragen, sprechen aber insbesondere auch tatsächliche Gründe. Erstens stehen den

⁷⁶⁵ Vgl. EuGH, Urteil vom 4. Mai 1988, 30/879 – Bodson, Slg. 1988, 2479, Rz. 3 f., Rz. 7 (Frage 2) und Rz. 16 ff. (Gesetz betreffend Bestattungsunternehmen); GA Lenz, Schlussanträge vom 11. Januar 1994, C-387/92 – Banco de Credito Industrial, Slg. 1994, I-877, Rz. 35 ff. (Gesetz betreffend Banken).

⁷⁶⁶ Art. 4 Abs. 3 EUV; Protokoll Nr. 27 zu den Verträgen, ABl. EG C 115 vom 9. Mai 2008, S. 309; aus der Rechtsprechung: EuGH, Urteil vom 10. Januar 1985, 229/83 – Leclerc, Slg. 1985, I, Ls. 1, Rz. 14 f.

⁷⁶⁷ Vgl. auch EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag, ABl. EG C 101 vom 27. April 2004, S. 97, Tz. 34.

⁷⁶⁸ Siehe EU-Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. EU C 130 vom 19. Mai 2010, S. 1, Tz. 51, zur Unterscheidung zwischen aktivem und passivem Wettbewerb. Problematisch ist insofern, dass die Sparkassen zwar Einlagenzuflüsse aus benachbarten Regionen akzeptieren, aber im Kreditgeschäft offenbar sogar auf einen Passivwettbewerb verzichten.

⁷⁶⁹ Vgl. DSGVO, Stellungnahme vom 26. September 2013, S. 8; Stellungnahme vom 30. Januar 2014, Tz. 60 f. (dazu auch unten Tz. 575).

Informationsvorteilen sogenannte Klumpenrisiken gegenüber, weil das Regionalprinzip eine räumliche Diversifizierung des Sparkassengeschäfts behindert. Es ist bisher nicht feststellbar, dass die Informationsvorteile jene Risiken überwiegen. Zweitens kann nicht unterstellt werden, dass die Sparkassen bei einer Expansion höheren Risiken ausgesetzt wären, weil sie über schlechtere Informationen zur Einschätzung des Kreditrisikos der potenziellen Kunden verfügen. Dieses Argument mag im Kreditgeschäft eine Rolle spielen, aber es ist zweifelhaft, ob es auch im Einlagengeschäft trägt. Außerdem ist zu erwarten, dass die Sparkassen bei einer Expansion vor allem versuchen würden, Kunden über bessere Angebote und nicht über eine Absenkung ihrer Risikostandards zu gewinnen. Risiken würden für die Sparkassen also allenfalls daraus folgen, dass sich vorab nicht einschätzen lässt, ob sich ihr Angebot im Wettbewerb behauptet. Drittens ist auch das vom DSGVO vorgebrachte Argument zurückzuweisen, dass die Sparkassen außerhalb ihres angestammten Gebiets überproportional auf Kunden mit schlechter Bonität stoßen würden. Dies wäre nur dann anzunehmen, wenn Kunden sich nicht durch gute Angebote abwerben ließen. Das würde auf strukturelle Wettbewerbsprobleme hindeuten, von denen der DSGVO angesichts seiner Betonung des intensiven Wettbewerbs im deutschen Bankenmarkt aber offenbar seinerseits nicht ausgeht.

1954. Aber selbst wenn man annimmt, dass das gesetzliche Regionalprinzip mit Informationsvorteilen verbunden wäre, die die kreditwirtschaftliche Versorgung insgesamt verbessern, so ist damit noch nicht gesagt, dass diese Vorteile den Verbrauchern in angemessenem Umfang zugutekommen und die mit dem Regionalprinzip einhergehenden Wettbewerbsbeschränkungen hierfür unerlässlich sind. Der DSGVO verweist insofern auf den erweiterten Schutz von Gläubigern im Haftungsverbund. Das bestehende Institutssicherungssystem mit umfassender Kunden- und Gläubigerabsicherung ließe sich aus seiner Sicht nicht aufrechterhalten, wenn die Sparkassen erwarten müssten, dass einzelne Mitglieder durch die Betätigung auf unbekannten regionalen Märkten Risiken mit einem atypischen Profil anhäufen. Das Beispiel des Genossenschaftsverbunds zeigt aber, dass sich eine funktionierende Institutssicherung auch ohne ein gesetzlich verpflichtendes Regionalprinzip aufbauen lässt.⁷⁷⁰

1955. Abgesehen von möglichen Informationsvorteilen sind keine mit dem gesetzlichen Regionalprinzip verbundenen wettbewerblichen Effizienzen erkennbar. Das gilt namentlich mit Blick auf die Gewährleistung der kreditwirtschaftlichen Versorgung in der Fläche.

1956. Der DSGVO warnt davor, dass eine flächendeckende wirtschaftliche Versorgung aller Bevölkerungsteile sowie der regionalen Wirtschaft nicht mehr gewährleistet sei, wenn das Regionalprinzip wegfielen. Ohne das Regionalprinzip würden nicht die örtliche Bevölkerung und der lokale Mittelstand versorgt, sondern diejenigen Kunden, die im In- und Ausland höchste Renditen versprechen. Es käme zu einem dauerhaften Kapitalabfluss von den armen in die reichen Gebiete. Ein Wegfall des Regionalprinzips würde somit eine Verödung ohnehin strukturschwacher Gebiete befördern.⁷⁷¹

1957. Diese Argumentation befremdet. Sie tut dies insbesondere, wenn man, gemäß der Konzeption der Sparkassengesetze, von einer grundlegenden Funktion des öffentlichen Auftrags für das Geschäftsmodell der Sparkassen ausgeht. Der Wegfall des gesetzlichen Regionalprinzips würde weder etwas am öffentlichen Auftrag noch an der Verpflichtung der kommunalen Träger ändern, die Erfüllung des öffentlichen Auftrags sicherzustellen, und zwar auch dann, wenn einzelne Sparkassen diesen Auftrag aus dem Blick verlieren sollten. Es erscheint durchaus bedenklich, dass der DSGVO offenbar selbst nicht davon ausgeht, dass der öffentliche Auftrag für sich genommen die Sparkassen an eine langfristige, regional ausgerichtete Geschäftsstrategie binden kann und dass es vielmehr einer gesetzlichen Regelung bedarf, die die Sparkassen an einer Ausweitung ihrer Tätigkeit explizit hindert. Diese Auffassung bestätigt den Eindruck der Monopolkommission, dass ein hinreichend klar umrissener öffentlicher Auftrag für die Sparkassen schon seit längerer Zeit nicht mehr erkennbar ist.

⁷⁷⁰ Dazu BKartA, Tätigkeitsbericht 1985/86, BT-Drs. 11/554 vom 25. Juni 1987, S. 95.

⁷⁷¹ Vgl. DSGVO, Stellungnahme vom 30. Januar 2014, Tz. 54-57.

1958. Das auf dem öffentlichen Auftrag aufbauende Geschäftsmodell der Sparkassen dürfte auch als solches tragfähig sein. Es ist nicht nachzuvollziehen, warum die Sparkassen ihre – laut DSGVO erfolgreiche – primär lokal ausgerichtete Geschäftsstrategie aufgeben würden, wenn sie sich in einem nicht durch das Regionalprinzip verfälschten Wettbewerb behaupten müssten. Dies erscheint schon deshalb nicht plausibel, weil die Genossenschaftsbanken dem gesetzlichen Regionalprinzip nicht unterliegen und gleichwohl – ebenfalls erfolgreich – an einem lokal ausgerichteten Geschäft festhalten. Schließlich erscheint die Gefahr einer Verödung strukturschwacher Gebiete gering, da die Sparkassen an ihren Träger gebunden bleiben würden und ihr Geschäftsgebiet nicht aus wirtschaftlich schwachen in wirtschaftlich starke Regionen verlagern könnten. Möglich wäre der einzelnen Sparkasse nur eine vom Trägergebiet ausgehende Expansion.

1959. Der Verweis des DSGVO auf den Rückzug der Privatbanken aus der Fläche und die angeführten Beispiele aus dem Ausland führen nicht weiter.⁷⁷² Die Situation ist in keinem der genannten Fälle mit der Situation der Sparkassen vergleichbar. Während die Sparkassen ihr Geschäft nicht aus dem Gebiet ihres Trägers weg verschieben können, sind die deutschen Privatbanken an keinen kommunalen Träger gebunden. Ihr Rückzug aus der Fläche ist, worauf der DSGVO selbst hinweist, auch allein auf die fehlende Attraktivität der Fläche und damit auf geschäftsstrategische Entscheidungen zurückzuführen. Dasselbe gilt hinsichtlich der Tatsache, dass ausländische Banken nicht in die deutsche Fläche expandieren.⁷⁷³

1960. Eine zwingende Anbindung an kommunale Träger, die für ihr Gebiet allzuständig sind und deren Unternehmen für ihre Träger einen verbindlichen öffentlichen Auftrag zu erfüllen haben, gibt es in dieser Form – soweit ersichtlich – außerdem auch nicht in anderen Mitgliedstaaten, in denen sich die kreditwirtschaftliche Versorgung möglicherweise problematisch entwickelt hat. Dies wird vom DSGVO nicht beachtet, wenn er auf Entwicklungen in Spanien und Großbritannien verweist.

1961. Das Beispiel der spanischen Cajas überzeugt auch sonst nicht. Der DSGVO sieht eine Verbindung zwischen dem Zusammenbruch des spanischen Immobilienmarktes in der Finanzkrise und der Abschaffung des Regionalprinzips für diese Institute. Er schreibt aber selbst, dass das Regionalprinzip in Spanien bereits 1988 abgeschafft wurde. Die Probleme der Cajas dürften weniger auf den Wegfall des Regionalprinzips als vielmehr auf ihre Unfähigkeit zurückzuführen sein, eine im Wettbewerb tragfähige Geschäftsstrategie zu entwickeln. Auch die Cajas waren infolge der Abschaffung des Regionalprinzips keineswegs gezwungen, zu expandieren. Dennoch taten sie dies, ohne dabei auf ein professionelles Management zurückzugreifen, und verfolgten dabei ein Geschäftsmodell, bei dem riskantes Geschäft nicht ausreichend mit Eigenkapital unterlegt war und die Risikomanagementstrukturen versagten.⁷⁷⁴

1962. Die Situation in Großbritannien hat erst recht keine Aussagekraft. Es mag zwar zutreffen, dass es dort kaum noch wirksamen Wettbewerb und in vielen Gemeinden keinerlei Bankniederlassungen mehr gibt. Dies mag auch ein gewisses Interesse in der britischen Politik am deutschen Sparkassenwesen erklären. Der britische Finanzmarkt ist jedoch traditionell stark auf London ausgerichtet. Soweit sich damit in der Fläche ein Bedarf an lokal ausgerichteten Banken ergibt, könnte dieser Bedarf durch Banken mit einem entsprechenden Geschäftsmodell befriedigt werden. Eine zwanghafte Gebietsbeschränkung nach dem Muster des sparkassengesetzlichen Regionalprinzips lässt sich damit gleichwohl nicht rechtfertigen.

⁷⁷² Vgl. DSGVO, Stellungnahme vom 30. Januar 2014, Tz. 41 f., 72 ff.; Stellungnahme vom 26. September 2013, S. 8 f., 9 f.

⁷⁷³ Dazu DSGVO, Stellungnahme vom 30. Januar 2014, Tz. 39 f.

⁷⁷⁴ Problematisch war insbesondere, dass in den Unternehmensorganen vieler Instituten die notwendige Bankexpertise fehlte, da diese unter anderem mit Politikern, Gewerkschaftsvertretern und anderen Personen besetzt waren, die die Cajas in ihrem Interesse einsetzten. Zudem fehlte den Cajas während der Krise die Möglichkeit, zusätzliches Eigenkapital aufzunehmen, da sie aufgrund ihrer Rechtsform nur auf die Thesaurierung von Gewinnen hätten zurückgreifen können. Allgemein zu den Kennzeichen und Fehlern dieses Geschäftsmodells siehe Liikanen, E. u.a., High-level Expert Group on reforming the structure of the EU banking sector, a. a. O., S. 65 f.

1963. Aus Sicht der Monopolkommission könnte das gesetzliche Regionalprinzip – als eine nur für die Sparkassen geltende Regelung – lediglich dann wettbewerblich gerechtfertigt werden, wenn es mit wirtschaftlichen Vorteilen verbunden wäre, die nur durch die regional gegliederte Verbundorganisation der Sparkassen erbracht werden können. Dazu genügt es nicht, dass das Regionalprinzip (möglicherweise) den öffentlichen Auftrag oder das Geschäftsmodell der Sparkassen absichert, denn einen öffentlichen Auftrag erfüllen auch andere kommunale Unternehmen, und ein regional orientiertes Geschäftsmodell haben auch andere Banken, insbesondere die VR-Banken in der Genossenschaftsgruppe. Es bleibt somit offen, weshalb ein spezialgesetzliches Regionalprinzip in Bezug auf die Sparkassen erforderlich ist, während es für sonstige kommunale Unternehmen einerseits und die Genossenschaftsbanken andererseits nicht gilt.

4.4.4 Keine Rechtfertigung durch den Vorrang zwingenden Verfassungsrechts

1964. Das gesetzliche Regionalprinzip ist auch nicht etwa deshalb hinzunehmen, weil es als Ausfluss der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie zum Kernbestand der deutschen Verfassungsordnung gehören würde und infolgedessen den europäischen Wettbewerbsregeln entzogen wäre.⁷⁷⁵

1965. Es bedarf aus Sicht der Monopolkommission hier keiner Stellungnahme dazu, in welchem Umfang die kommunale Selbstverwaltungsgarantie selbst und damit zusammenhängende Aspekte des Demokratieprinzips zu diesem Kernbestand gehören mögen. Dies gilt zumindest insoweit, wie es sich um eine Garantie für die Kommunen als Träger der Sparkassen handelt. Dieses Gutachten betrifft nicht die durch Verfassungsrecht und die Gemeindeordnungen ausgestalteten Garantien zugunsten der Kommunen, sondern allein die zusätzliche Beschränkung, die sich für die Sparkassen – anders als für andere kommunale Unternehmen – aus den Sparkassengesetzen ergibt.

1966. Bezüglich des Sparkassenwesens ist jedoch – anders als offenbar der DSGVO vermeint – zunächst davon auszugehen, dass der Landesgesetzgeber über einen verfassungsrechtlich nicht abschließend vorgeprägten Ausgestaltungsspielraum verfügt. Dieser Spielraum mag zwar dahingehend begrenzt sein, dass die verfassungsrechtlichen Vorgaben für die kommunale Wirtschaftstätigkeit auch insoweit zu beachten sind, wie Kommunen sich mittels rechtlich verselbstständigter kommunaler Unternehmen betätigen. Doch kann dies in Bezug auf Regelungen für die kommunalen Unternehmen selbst nur dann relevant sein, wenn diese Regelungen die kommunale Selbstverwaltungsgarantie für die Kommunen – als Inhaber der Garantie – weiter ausgestalten. In der Rechtsprechung konnten den Verfassungsvorschriften bislang allerdings, soweit dies überhaupt Gegenstand verfassungsgerichtlicher Überprüfung war, keine konkreten Vorgaben entnommen werden, welche über die für die Kommunen allgemein geltende Auslegung der Selbstverwaltungsgarantie hinaus speziell das Sparkassenwesen betrafen.⁷⁷⁶ Das gesetzliche Regionalprinzip ist eine Regelung, die sich auf die Sparkassen und nicht auf die Kommunen bezieht und die die Sparkassen über die Vorgaben der Gemeindeordnung hinaus zusätzlich im Wettbewerb beschränkt. Eine solche Regelung dürfte von vornherein nicht zum verfassungsrechtlichen Kernbestand zählen können.

1967. Die Sparkassen selbst nehmen zudem eine Doppelfunktion wahr, indem sie einerseits in die (kommunale) Verwaltungsorganisation eingegliedert und andererseits als Unternehmen am Markt tätig sind.

⁷⁷⁵ So aber DSGVO, Stellungnahme vom 30. Januar 2014, Tz. 1, 10, 17, 28 und (vorsichtiger) Tz. 19; abweichend Tz. 21, wonach dahinstehen kann, ob das kommunale Selbstverwaltungsrecht zum änderungsfesten Identitätskern der Verfassung gehört.

⁷⁷⁶ Siehe BayVerfGH, Entscheidung vom 23. September 1985, Vf. 8-VII-82, VerfGHE BY 38, 118 = DVBl 1986, 39, Tz. 80 (zit. nach Juris), wo ausdrücklich festgestellt wird, dass der Verfassung keine näheren Regelungen (gerade) über die Organisation des Sparkassenwesens entnommen werden können; ferner VerfG Brandenburg, Urteil vom 19. Mai 1994, 9/93, Rz. 40 ff. (zit. nach Juris). Auch in der verwaltungsgerichtlichen Rspr. findet sich kein Beleg dafür, dass Sparkassen aus Verfassungsgründen weitergehenden Beschränkungen unterliegen als die Kommunen selbst oder sonstige kommunale Unternehmen; siehe HessVGh, Urteil vom 23. März 1966, OS II 6/63; OVG Lüneburg, Urteil vom 21. November 1986, 2 OVG A 83/85; OVG NRW, Urteil vom 20. Oktober 1965, III A 630/64; ebenso BFH, Urteil vom 25. Juli 1973, I R 185/71; jeweils wie zit. in DSGVO, Stellungnahme vom 30. Januar 2014.

Das Regionalprinzip mag somit zwar aus verwaltungsrechtlicher Sicht der Selbstorganisation kommunaler Gebietskörperschaften zuzurechnen sein.⁷⁷⁷ Das schließt es jedoch nicht aus, dass es außerdem einer eigenständigen Beurteilung als wettbewerbsrechtlich zu beurteilender Tätigkeitsbeschränkung unterliegt. Auch das Bundesverfassungsgericht betrachtet die Sparkassen einerseits zwar als Einrichtungen der öffentlichen Daseinsvorsorge, erkennt andererseits jedoch auch an, dass die Sparkassen Gewinnerzielung und -maximierung betreiben und sich insofern den privatwirtschaftlichen Banken angeglichen haben.⁷⁷⁸

1968. Das Regionalprinzip ist davon abgesehen bereits durch einfachgesetzliche Regelungen mehrfach durchbrochen. Die Sparkassengesetze räumen den Sparkassen die Möglichkeit zu gebietsübergreifenden Zusammenschlüssen und zur Errichtung von Zweigstellen ein. Außerdem gilt der im Laufe der Zeit entwickelte Anknüpfungsgrundsatz. Es ist unbestritten, dass diese Durchbrechungen den Sparkassen eine Tätigkeit außerhalb des Gebietes ihres (ursprünglichen) Trägers ermöglichen.⁷⁷⁹ Etwaige materielle Grenzen ergeben sich i. d. R. nicht aus den Sparkassengesetzen, sondern aus den berechtigten Interessen der betroffenen Gemeinden, deren Schutz durch das Verfassungsrecht und über die Gemeindeordnungen gewährleistet ist.

1969. Deshalb ist anzunehmen, dass sich einerseits der verfassungsrechtlich geschützte öffentliche Auftrag der örtlichen Gemeinschaft und andererseits eine überörtliche Tätigkeit der Sparkassen mit Gewinnerzielungsabsicht miteinander vereinbaren lassen, ohne dass dies an den Kernbestand der Verfassungsordnung rührt. Erst recht fehlt eine Grundlage für die Annahme, dass die Verfassung die Ortsgebundenheit der Sparkassen abschließend und zwingend vorgibt.⁷⁸⁰ Die zuständigen Landesverfassungsgerichte haben es bisher auch abgelehnt, das Regionalprinzip dem Kernbestand der Verfassungsordnung zuzurechnen, oder diese Frage zumindest dahinstehen lassen.⁷⁸¹

4.4.5 Keine Rechtfertigung durch Gemeinwohlinteressen (Daseinsvorsorge)

1970. Das gesetzliche Regionalprinzip lässt sich auch nicht aufgrund von Gemeinwohlinteressen rechtfertigen. Dem steht nicht entgegen, dass solche Interessen aus wettbewerbsrechtlicher Sicht erheblich sein können (Art. 106 Abs. 2, 14 AEUV). So sind zwar Ausnahmen von den Wettbewerbsregeln für Unternehmen möglich, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind. Es ist aber schon zweifelhaft, ob die Sparkassen derartige Dienstleistungen erbringen, da allgemeine Bankdienstleistungen (z. B. Überweisungen, Kontoführung) in Abwesenheit besonderer Umstände nicht als derartige Dienstleistungen anzusehen sind.⁷⁸²

1971. Jedenfalls ist kein ausreichend zwingender Bezug zwischen den betreffenden Aufgaben der Sparkassen und der mit dem gesetzlichen Regionalprinzip verbundenen Marktaufteilung feststellbar. Die Wettbewerbsregeln müssten nur dann zurücktreten, wenn ihre Anwendung für die Sparkassen die Erfüllung ihrer besonderen Aufgaben verhindern würde. Das wäre nur dann der Fall, wenn die Erfüllung des öffentlichen Auftrags der Sparkassen im Falle unverfälschten regionalen Wettbewerbs gefährdet wäre.⁷⁸³

⁷⁷⁷ Dazu Sächs. OVG, Urteil vom 8. November 2011, 4 A 637/10, Rz. 39 (zit. nach Juris).

⁷⁷⁸ BVerfG, Beschluss vom 14. April 1987, 1 BvR 775/84, BVerfGE 75, 192 = DVBl 1987, 590, Rz. 22 f. (zit. nach Juris).

⁷⁷⁹ Dazu der DSGVO selbst, Stellungnahme vom 30. Januar 2014, Tz. 16. Es bleibt hier allerdings unklar, weshalb die sparkassengesetzlichen „Expansionsklauseln“ nach Verfassungsrecht zulässig sein sollen, die Vorgaben der europäischen Wettbewerbsregeln jedoch mit Verfassungsrecht unvereinbar sind.

⁷⁸⁰ So aber wohl DSGVO, Stellungnahme vom 30. Januar 2014, Tz. 11-15, 18-20, 28 und nachfolgend Tz. 29 f. („Ausdruck der Ortsgebundenheit aller kommunalen Tätigkeiten“).

⁷⁸¹ BayVerfGH, Entscheidung vom 23. September 1985, Vf. 8-VII-82, VerfGHE BY 38, 118 = DVBl 1986, 39, Rz. 80; VerfG Brandenburg, Urteil vom 19. Mai 1994, 9/93, Rz. 40 (jeweils zit. nach Juris).

⁷⁸² EuGH, Urteil vom 14. Juli 1981, 172/80 – Züchner/Bayerische Vereinsbank, Slg. 1981, 2021, Rz. 7 f.

⁷⁸³ EuGH, Urteil vom 23. Oktober 1997, C-157/94 – Kommission/Niederlande, Slg. 1997, I-5699, Rz. 43.

1972. Hierfür gibt es keine Anhaltspunkte. Keine Sparkasse wäre verpflichtet, in einer Weise zu expandieren, welche die Erfüllung ihrer Gemeinwohlaufgaben gefährdet. Die Sparkassen müssen sich nach Angaben des DSGVO außerdem schon jetzt in intensivem Wettbewerb behaupten und erfüllen trotzdem ihren öffentlichen Auftrag. Im Gegenteil ist zu erwarten, dass eine Anwendung der Wettbewerbsregeln den Druck zur Beseitigung ineffizienter Strukturen erhöhen würde, soweit solche Strukturen durch das Regionalprinzip abgesichert werden. Dies käme nicht zuletzt den Sparkassenkunden zugute.

1973. Eine weitergehende Rechtfertigung des gesetzlichen Regionalprinzips ergibt sich auch nicht daraus, dass dieses Prinzip sich von der Allzuständigkeit der Kommunen für die Aufgaben der Daseinsvorsorge auf dem kommunalen Gebiet ableitet.⁷⁸⁴ Dies scheidet schon deshalb aus, weil das Regionalprinzip – wie dargestellt – eine zusätzliche Beschränkung der Sparkassen darstellt. Diese Beschränkung betrifft – wie gesagt – außerdem nicht die Kommunen als Träger der Sparkassen, sondern die Sparkassen selbst. Nach europäischem Recht ist aber zwischen beiden Regelungsadressaten zu unterscheiden.

1974. Die Erfüllung von Aufgaben der kommunalen Daseinsvorsorge wird durch die europäischen Verträge im Übrigen nicht infrage gestellt (Art. 4 Abs. 2 EUV). Sie ist aber nur in dem in den Verträgen vorgesehenen Umfang geschützt. Das gilt auch dann, wenn die Kommunen zu diesem Zweck über kommunale Unternehmen wirtschaftlich tätig werden.⁷⁸⁵ Ein Schutz der unternehmerischen Erfüllung von Gemeinwohlaufgaben über Art. 106 Abs. 2 AEUV hinaus scheidet insofern grundsätzlich aus.

1975. Die Gemeinwohlzuständigkeit der Kommunen nach den europäischen Verträgen kann auch nicht weiter gehen als nach dem nationalen Recht (Art. 28 Abs. 2 GG). Das gesetzliche Regionalprinzip wird insofern herkömmlich damit gerechtfertigt, dass den kommunalen Trägern aufgrund ihrer Allzuständigkeit das Recht zu gewährleisten sei, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Aus der bloßen Zuständigkeit der kommunalen Träger für alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft folgt aber nur ein Aufgabenzugriffsrecht, jedoch kein rechtliches Monopol für die kommunale Wirtschaftstätigkeit und erst recht keine Verpflichtung zur Aufgabenerfüllung über eigene Unternehmen.⁷⁸⁶ Es kann somit auch kein Exklusivrecht (= rechtliches Monopol) zur wirtschaftlichen Tätigkeit als Sparkasse innerhalb einer Kommune geben.⁷⁸⁷ Dies wäre mit der wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes nicht vereinbar.

1976. Eine Verpflichtung zur kommunalen Aufgabenerfüllung über jeweils eigene Unternehmen entspricht auch nicht dem Ansatz der Gemeindeordnungen, welche die Allzuständigkeit der Kommunen ausgestalten. Danach muss zwar jede Kommune im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Betätigung darauf achten, dass die gegenläufigen Interessen von benachbarten Kommunen und Grundrechtsträgern ausreichend gewahrt sind.⁷⁸⁸ Dies schließt aber einen Wettbewerb kommunaler Unternehmen nicht aus. Zwischen kommunalen Unternehmen gibt es auch durchaus aktiven Wettbewerb (z. B. bei Messegesellschaften, Stadtwerken in der Energieversorgung oder Abfallentsorgung). Die Kommunen sind ebenso frei, ob sie eigene Sparkassen errichten oder nicht. Sie können alternativ auch auf Institute anderer Träger oder auf Privat- und Genossenschaftsbanken zurückgreifen, wenn hierdurch die kreditwirtschaftliche Versorgung vor Ort ausreichend sichergestellt werden kann.

⁷⁸⁴ So aber das sparkassenrechtliche Schrifttum, siehe nur Henneke, *Kommunale Sparkassen – Verfassung und Organisation*, 1. Aufl. 2010, S. 70, 162; Vogel, ZBB 2001, 103 (108); Schmidt, ZfgK 8/1984, 342.

⁷⁸⁵ Erklärung Nr. 17 zu den Europäischen Verträgen, ABl. EU C 115 vom 9. Mai 2008, S. 1 (344). Nicht überzeugend deshalb DSGVO, Stellungnahme vom 30. Januar 2014, Tz. 22.

⁷⁸⁶ BVerfG, Beschluss vom 23. November 1988, 2 BvR 1619 und 1628/83, BVerfGE 79, 127 = DVBl. 1989, 300 – Rastede, Rz. 41 ff. (insb. Rz. 48–50, 56); VerfGH Rhl.-Pf., Urteil vom 28. März 2000, VGH N 12/98, Rz. 26; aus kartellgerichtlicher Sicht BGH, Beschluss (EuGH-Vorlage) vom 11. März 1997, KZR 2/96, WRP 1997, 779, Rz. 31 (jeweils zit. nach Juris).

⁷⁸⁷ Ein Exklusivrecht wäre mit dem gesetzlichen Regionalprinzip deshalb verbunden, weil der – laut DSGVO – verfassungsbedingten Wettbewerbsbeschränkung zum Nachteil der einen Sparkasse eine rechtlich abgesicherte Exklusivität zum Vorteil der jeweils anderen Sparkasse entsprechen würde.

⁷⁸⁸ Vgl. etwa § 107 Abs. 3 GemO NW.

1977. Ebenso wenig ergibt sich für die Sparkassen selbst aus der Erfüllung kommunaler Gemeinwohlaufgaben eine Beschränkung ihres Geschäftsgebietes. Nach herkömmlicher Ansicht folgt aus dem öffentlichen Charakter und der kommunalen Bindung der Sparkassen automatisch deren räumliche Beschränkung. Es sei Aufgabe der Sparkassen, dass das vor Ort als Einlagen gesammelte Kapital in der jeweiligen Region verbleibe und dort für wirtschaftliche Investitionen zur Verfügung stehe.

1978. Diese Argumentation ist jedoch bereits widerlegt, weil eine Wettbewerbsbeschränkung zur Erfüllung kommunaler Gemeinwohlaufgaben nur in dem nach Art. 101 Abs. 3, 106 Abs. 2 AEUV anerkannten Umfang zulässig sein kann. Eine wettbewerbliche Rechtfertigung des gesetzlichen Regionalprinzips scheidet vorliegend jedoch deshalb aus, weil die durch die Sparkassen gewährleistete Kapitalbindung innerhalb der Kommune aus dem öffentlichen Auftrag und nicht aus dem gesetzlichen Regionalprinzip folgt.⁷⁸⁹ Ebenso gibt es wie gesagt keine Anhaltspunkte dafür, dass bei Anwendung der Wettbewerbsregeln auf das Regionalprinzip die Erfüllung des Versorgungsauftrags der Sparkassen verhindert würde.

1979. Die kommunale Selbstverwaltungsgarantie gilt außerdem alleine für die Kommunen und ihre Unternehmen, aber impliziert keine Gesetzgebungsermächtigung für den Gesetzgeber der Sparkassengesetze. Die Sparkassengesetze beruhen allein auf der Kompetenz der Länder, alle Gesetzgebungsbefugnisse wahrzunehmen, die das Grundgesetz nicht dem Bund vorbehält.

1980. Aus der territorial abgegrenzten Zuständigkeit der Kommunen für alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft folgt auch keineswegs, dass die Sparkassen rechtswidrig handeln, wenn sie jenseits des kommunalen Rechtskreises zueinander in Wettbewerb treten („*ultra vires*“). Ein solches Argument kann insbesondere nicht aus der Eigenschaft der Kommunen als Träger der Sparkassen abgeleitet werden.

1981. Zum einen verbietet die kommunale Allzuständigkeit nicht, dass die Kommunen auch Aufgaben erfüllen, die neben örtlichen auch überörtliche Bezüge aufweisen.⁷⁹⁰ Zum anderen ist erneut zu berücksichtigen, dass die Sparkassen eine Doppelfunktion haben, da sie in die Kommunalverwaltung eingegliedert und zugleich als Unternehmen tätig sind. Es ist jedoch ein Grundprinzip der marktwirtschaftlichen Ordnung, dass daran teilnehmende Unternehmen ungeachtet der Kontrolle durch ihre jeweiligen Unternehmensträger miteinander im Wettbewerb stehen.

1982. Das schließt es zwar nicht aus, dass die Träger ihre Kontrollrechte wahrnehmen, um sicherzustellen, dass die von ihnen kontrollierten Unternehmen bestimmte den Trägern obliegende Aufgaben erfüllen. Die Trägerschaft mag auch gesetzliche Vorgaben in Bezug auf diese Aufgaben rechtfertigen. Das bedeutet aber nicht unbedingt, dass die Trägerschaft zugleich Beschränkungen für die Wirtschaftstätigkeit rechtfertigt, durch die die Unternehmen die Mittel zur Erfüllung der besagten Aufgaben erwirtschaften.

1983. Die Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG besteht im Übrigen nur „im Rahmen der Gesetze“. Dasselbe gilt für die entsprechenden Garantien der Landesverfassungen. Zu diesen Gesetzen gehören die Vorschriften des deutschen und europäischen Wettbewerbsrechts. Der Landesgesetzgeber handelt dem – verbindlichen⁷⁹¹ – Ziel eines unverfälschten Wettbewerbs zuwider und überschreitet seine Kompetenzen, wenn er Regelungen trifft, die nach europäischem Recht unzulässig sind.

1984. Davon abgesehen gilt für das europäische Recht ein Anwendungsvorrang, selbst wenn die – hier schon im Ansatz nicht geteilte – Auffassung zutreffen sollte, dass es einen Gegensatz zwischen der verfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsgarantie und den europäischen Wettbewerbsregeln gibt.⁷⁹²

⁷⁸⁹ Siehe oben, Tz. 541 ff.

⁷⁹⁰ VerfGH Sachsen, Urteil vom 23. November 2000, Vf 62-II-99, Rz. 155 (zit. nach Juris).

⁷⁹¹ Art. 4 Abs. 3 EUV; Protokoll Nr. 27 zu den Verträgen, ABl. EU C 115 vom 9. Mai 2008, S. 309.

⁷⁹² EuGH, Urteil vom 15. Juli 1964, 6/64 – Costa/ENEL, Slg. 1964, 1251.

4.4.6 Keine sonstige Rechtfertigung aus Rechtsgründen

1985. Das gesetzliche Regionalprinzip lässt sich auch nicht aus anderen Erwägungen rechtfertigen, insbesondere nicht unter Bezugnahme auf den Schutz der Eigentumsordnung in den Mitgliedstaaten (Art. 345 AEUV). Insofern ist klarzustellen, dass es in diesem Zusammenhang nicht um die Privatisierung von Sparkassen geht.

1986. Der DSGVO verteidigt das Regionalprinzip damit, dass der Schutz der Eigentumsordnung sich auf das „Ob“ einer wirtschaftlichen Betätigung des Staates beziehe, während Art. 106 AEUV die staatliche Wirtschaftstätigkeit als solche und damit das „Wie“ der Betätigung betreffe. Der Landesgesetzgeber habe eine Einschätzungsprärogative, in welchem Umfang er kommunalen Unternehmen die Wirtschaftsteilnahme ermöglichen wolle.⁷⁹³ Das Regionalprinzip sei eine zulässige Ausgestaltung der Unternehmensorganisation des kommunalen Wirtschafts- und Finanzwesens.

1987. Diese Auffassung wäre unter der Voraussetzung haltbar, dass das Regionalprinzip als kommunales Ordnungsprinzip zum Kernbestand der Verfassungsordnung zählt oder wettbewerblich neutral ist. Da beides zu verneinen ist, überzeugt sie jedoch aus mehreren Gründen nicht. Der DSGVO geht erstens selbst davon aus, dass das gesetzliche Regionalprinzip eine Maßnahme im Sinne von Art. 106 Abs. 1 AEUV sein kann, die sich auf das Wettbewerbsverhalten bezieht.⁷⁹⁴ Die nach der genannten Vorschrift anwendbaren Wettbewerbsregeln unterscheiden ihrerseits nicht zwischen Unternehmen in öffentlichem und Unternehmen in privatem Eigentum.⁷⁹⁵ Somit ist unklar, warum das Regionalprinzip als Bestandteil der mitgliedstaatlichen Eigentumsordnung von den Wettbewerbsvorschriften noch ausgenommen sein sollte. Zweitens trifft es nicht zu, dass sich die Mitgliedstaaten und ihre Untergliederungen lediglich aufgrund von Art. 345 AEUV die Entscheidung vorbehalten können, inwiefern sie sich bei einer wirtschaftlichen Betätigung den Wettbewerbsregeln unterwerfen.⁷⁹⁶ Die genannte Vorschrift ist folglich auch keine Grundlage für die angebliche Einschätzungsprärogative des Landesgesetzgebers. Drittens geht es nicht an, die offensichtlich aus dem deutschen Gemeindewirtschaftsrecht abgeleitete Unterscheidung zwischen einem „Ob“ und einem „Wie“ der Wirtschaftstätigkeit auf das Verhältnis der Art. 345, 106 Abs. 1 AEUV zu übertragen. Der Anwendungsbereich der europäischen Wettbewerbsregeln ergibt sich grundsätzlich allein aus den Art. 101 ff. AEUV. Es spielt also keine Rolle, dass das Regionalprinzip (auch) als eine Regelung der Sparkassenorganisation aufgefasst werden könnte.

1988. Aus anderen im deutschen Recht anerkannten Rechtsprinzipien (Demokratieprinzip, Rechtsstaatsprinzip) lässt sich ebenfalls keine Rechtfertigung für das gesetzliche Regionalprinzip ableiten. Auch diese Regelungen wären hier nur dann erheblich, wenn sie in ihrem Kernbereich berührt wären, was jedoch nicht der Fall ist. Wenn in der Literatur im Übrigen auf diese Prinzipien verwiesen wird, so wird dem Regionalprinzip augenscheinlich die Funktion beigemessen, die Kontrolle der kreditwirtschaftlichen Daseinsvorsorge

⁷⁹³ Vgl. DSGVO, Stellungnahme vom 26. September 2013, S. 4 und 6; Stellungnahme vom 30. Januar 2014, Tz. 25 f.

⁷⁹⁴ Vgl. DSGVO, Stellungnahme vom 26. September 2013, S. 3. Der DSGVO hat hier zugestanden, dass ein Gesetz eine Maßnahme i. S. v. Art. 106 Abs. 1 AEUV sei, doch sei diese im Fall des gesetzlichen Regionalprinzips nicht „in Bezug auf“ die Sparkassen getroffen worden.

⁷⁹⁵ So ist auch die vom DSGVO zitierte Mitteilung vom 19. Januar 2001, ABl. EG C 17 vom 19. Januar 2001, S. 4, zu verstehen; vgl. als Nachfolgeregelung: EU-Kommission, Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfavorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsdienstleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, ABl. EU C 8 vom 11. Januar 2012, S. 4, Fn. 1. Siehe ferner EuGH, Urteil vom 18. Juni 1998, C-35/96 – Kommission/Italien, Slg. 1998, I-3851, Ls. 8, Rz. 36, 40 (zu Art. 101 AEUV); EuGH, Urteil vom 10. Januar 2006, C-222/04 – Cassa di Risparmio di Firenze, Slg. 2006, I-289, Rz. 8, 122 f. (zu Art. 107 AEUV).

⁷⁹⁶ EuG, Urteil vom 13. Juni 2000, T-204/97 und T-270/97 – EPAC, Slg. 2000, II-2267, Ls. 9 und Rz. 122; Urteil vom 6. März 2003, T-228/99 und T-233/99 – WestLB, Slg. 2003, II-435, Rz. 192-196. Die vom DSGVO, Stellungnahme vom 30. Januar 2014, Tz. 26, herangezogene Erklärung Nr. 37 zum Vertrag von Amsterdam zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakte, ABl. EG C 340 vom 10. November 1997, S. 1 (138), führt zu keiner abweichenden Beurteilung, zumal diese Erklärung in den Vertrag von Lissabon nicht übernommen worden ist.

durch die Gemeindeorgane sicherzustellen. Diese Kontrolle wird aber durch die Berichtspflicht des Sparkassenvorstands und nicht etwa durch eine Überprüfung von Einzelgeschäften vor Ort sichergestellt. Ohnehin erbringen die Sparkassen auch schon nach gegenwärtiger Rechtslage eine Vielzahl von Dienstleistungen, die nicht ortsgebunden und damit nicht vor Ort überprüfbar sind.

1989. Für das Regionalprinzip können auch keine übergeordneten Stabilitätserwägungen ins Feld geführt werden. So mag es zwar zutreffen, dass die dezentrale Struktur des deutschen Finanzsystems sich in der Finanzkrise als stabilisierender Faktor erwiesen hat.⁷⁹⁷ Dennoch ist die Sicherung der Stabilität des Finanzsystems eine Aufgabe des Bundes und keine des Landesgesetzgebers. Der Landesgesetzgeber ist lediglich dazu berufen, das Sparkassenwesen unter Beachtung des höherrangigen Rechts auszugestalten. Zu diesem höherrangigen Recht gehören die europäischen Wettbewerbsregeln. Eine stabilisierende Wirkung der lokal ausgerichteten Wirtschaftstätigkeit der Sparkassen ist zudem erneut auf deren Geschäftsmodell zurückzuführen, das sich an einem lokal begrenzten öffentlichen Auftrag orientiert, und nicht auf die mit dem gesetzlichen Regionalprinzip verbundene Gebietsbeschränkung.⁷⁹⁸

1990. Der DSGVO vertritt des Weiteren offenbar die Auffassung, dass das gesetzliche Regionalprinzip erforderlich sein solle, um den Fortbestand des Drei-Säulen-Systems zu gewährleisten.⁷⁹⁹ Eine solche Annahme entbehrt jedoch jeder Grundlage. Das Drei-Säulen-System beruht darauf, dass Sparkassen und Genossenschaftsbanken nicht ohne Weiteres von Banken der anderen Säulen übernommen werden können. Das liegt allerdings an der Rechtsform der Institute und nicht am sparkassengesetzlichen Regionalprinzip.

1991. Das gesetzliche Regionalprinzip ist im Übrigen rechtlich obsolet. Es mag zu der Zeit eine Rechtfertigung für die betreffenden Vorschriften gegeben haben, als die Sparkassen bei der Erfüllung ihres öffentlichen Auftrags von staatlichen Haftungsgarantien (Anstaltslast- und Gewährträgerhaftung) profitierten und sichergestellt werden musste, dass sie ihre Geschäftstätigkeit unter Ausnutzung der besagten Garantien so ausüben, dass sie den Einwohnern im Gebiet des kommunalen Trägers möglichst vollständig zugutekommt. Die besagten Garantien sind jedoch abgeschafft worden. Damit ist der Hintergrund für die mit dem Regionalprinzip verbundene Wettbewerbsbeschränkung weggefallen.

1992. Schließlich lassen sich zur Verteidigung des gesetzlichen Regionalprinzips auch keine Vertrauensschutzgesichtspunkte heranziehen. Es wäre in sich von vornherein nicht schlüssig, wenn sich die Sparkassen über den DSGVO auf Vertrauensschutz berufen, um eine ihre Freiheit beschränkende Regelung zu erhalten. Allenfalls ließe sich nachvollziehen, dass über ein solches Argument die gewachsenen Marktstrukturen verteidigt werden sollen. Das Interesse eines kommunalen Trägers, dass ein Wettbewerb mit seiner Sparkasse unterbleibt, ist nach europäischem Recht aber grundsätzlich nicht schutzwürdig. Dasselbe gilt bezüglich des Vertrauens der Sparkassen, dass die regionale Gebietsaufteilung als „gewachsene Struktur“ erhalten bleibt. Denn eine gegen Art. 101 AEUV verstoßende Regelung ist von vornherein kraft Gesetzes unwirksam.⁸⁰⁰ Damit besteht kein Raum für den Aufbau eines Vertrauenstatbestands.

4.4.7 Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit (Art. 101 Abs. 1 lit. c AEUV i. V. m. Art. 4 Abs. 3 EUV)

1993. Es kann offenbleiben, ob in Bezug auf das gesetzliche Regionalprinzip außerdem das Verbot des Art. 101 Abs. 1 lit. c AEUV i. V. m. Art. 4 Abs. 3 EUV eingreift. Dafür spricht, dass der BGH die Europarechtswidrigkeit des lotterierechtlichen Regionalitätsprinzips aus Gründen bestätigt hat, die auch gegen das

⁷⁹⁷ Vgl. Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Das deutsche Finanzsystem: Effizienz steigern – Stabilität erhöhen, a. a. O., Tz. 240; ähnlich DSGVO, Stellungnahme vom 30. Januar 2014, Tz. 62.

⁷⁹⁸ Abweichend DSGVO, Stellungnahme vom 30. Januar 2014, Tz. 60 f.

⁷⁹⁹ Der DSGVO verweist in seiner Stellungnahme vom 30. Januar 2014, Tz. 64 f., darauf, dass das Drei-Säulen System vorteilhaft sei und die Wettbewerbsintensität des deutschen Bankenmarktes sicherstelle.

⁸⁰⁰ Vgl. BKartA, Beschluss vom 23. August 2006, B10-148/05, Tz. 671.

sparkassengesetzliche Regionalprinzip sprechen. Es erscheint auch überaus zweifelhaft, ob der Umstand, dass dem durch Staatsvertrag festgelegten lotterierechtlichen Regionalitätsprinzip eine Gebietsabsprache vorausging, eine unterschiedliche Beurteilung der gesetzlichen Regelungen gebietet.

1994. Nach der europäischen Rechtsprechung hängt ein Verstoß gegen den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit im wettbewerblichen Kontext insbesondere davon ab, ob der betreffende Mitgliedstaat eine abschließende hoheitliche Regelung trifft oder ob er Verantwortung auf die Wirtschaftsteilnehmer überträgt oder ihnen überlässt.⁸⁰¹ Ein solcher Verstoß scheidet von vornherein aus, wenn der Mitgliedstaat eine abschließende Anordnung trifft, die er jederzeit vollständig zurückziehen könnte. In diesem Fall bleibt kein Raum für ein selbstständiges Wettbewerbsverhalten der Wirtschaftsteilnehmer.⁸⁰² Anders ist die Situation zu beurteilen, wenn der Mitgliedstaat keine gänzlich abschließende Regelung trifft und ein Auslegungsspielraum und damit einhergehend Raum für ein selbstständiges Wettbewerbsverhalten verbleibt. Ein solcher Sachverhalt liegt insbesondere vor, wenn ein Mitgliedstaat Kartellabsprachen vorschreibt, erleichtert oder deren Auswirkungen verstärkt.⁸⁰³ In diesem Fall ist der Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts eröffnet.

1995. Zwar wird in der deutschen Literatur – anders als bei Art. 106 Abs. 1 AEUV – diskutiert, ob es eine Voraussetzung für einen Verstoß gegen die Loyalitätspflicht ist, dass der Mitgliedstaat gerade an ein kartellrechtswidriges Vorverhalten anknüpft. Ein solcher Akzessorietätsgrundsatz ist der europäischen Rechtsprechung allerdings nicht eindeutig zu entnehmen. Seine Anerkennung würde auch dazu führen, dass ein Verstoß gegen Art. 106 Abs. 1 AEUV nicht ohne Weiteres den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit verletzen würde, weil ein Verstoß gegen Art. 106 Abs. 1 AEUV kein kartellrechtswidriges Vorverhalten voraussetzt. Eine Verletzung des Grundsatzes wäre somit auch dann zu verneinen, wenn ein Mitgliedstaat – wie vorliegend – eine gegen die genannte Vorschrift verstoßende Regelung erlässt, welche die betroffenen Unternehmen als Grundlage für ihr koordiniertes Verhalten nutzen können. Das erscheint nicht überzeugend.

1996. Die Frage kann hier jedoch dahinstehen, weil das gesetzliche Regionalprinzip jedenfalls gegen Art. 106 Abs. 1 AEUV verstößt. Auf den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit kommt es somit nicht an.

4.4.8 Zwischenergebnis

1997. Die Monopolkommission empfiehlt den Landesgesetzgebern, die Vorschriften der Sparkassengesetze über das Regionalprinzip in Abstimmung mit den Kartellbehörden an die Vorgaben des europäischen Rechts anzupassen. Sie weist darauf hin, dass auch die Umsetzung des gesetzlichen Regionalprinzips durch die Sparkassen einer kartellbehördlichen Kontrolle unterliegt.⁸⁰⁴ Die Kartellbehörden haben die Befugnis festzustellen, dass die sparkassengesetzliche Anordnung des Regionalprinzips gegen europäisches Recht verstößt und daher unanwendbar ist.⁸⁰⁵ Daneben können sie feststellen, dass auch die Sparkassen selbst bei der Umsetzung des gesetzlichen Regionalprinzips kartellrechtswidrig handeln. Denn die Sparkassen verlieren durch die Bindung an die Sparkassengesetze nicht jegliche unternehmerische Freiheit.⁸⁰⁶

4.5 Handlungsbedarf in Teilbereichen aufgrund beihilferechtlicher Risiken

1998. Die Monopolkommission hat Bedenken, dass staatliche Beihilfen den Wettbewerb im deutschen Bankensystem in einer für das System schädlichen Weise verzerren können. Das betrifft vor allem die Maß-

801 Siehe beispielhaft EuGH, Urteil vom 18. Juni 1998, C-35/96 – Kommission/Italien, Slg. 1998, I-3851, Rz. 39-44; Urteil vom 21. September 1988, 267/86 – Van Eycke/ASP, Slg. 1988, 4769, Rz. 16, 19.

802 EuGH, Urteil vom 21. September 1988, 267/86 – Van Eycke/ASP, Slg. 1988, 4769, Rz. 19.

803 EuGH, Urteil vom 18. Juni 1998, C-35/96 – Kommission/Italien, Slg. 1998, I-3851, Rz. 52 ff.; Urteil vom 21. September 1988, 267/86 – Van Eycke/ASP, Slg. 1988, 4769, Rz. 16, 18.

804 BGH, Beschluss vom 10. November 2008, KVR 54/07 – Lottoblock, WuW/E DE-R 2408, Rz. 83.

805 EuGH, Urteil vom 9. September 2003, C-198/01 – CIF, Slg. 2003, I-8055, Rz. 50 f.; BGH, Beschluss vom 14. August 2008, KVR 54/07 – Lottoblock, WuW/E DE-R 2408, Rz. 83.

806 Vgl. EuGH, Urteil vom 11. November 1997, C-359/95 P und C-379/95 P – Ladbroke Racing, Slg. 1997, I-6265, Rz. 33.

nahmen, die zur Systemstabilisierung im Zuge der Finanzkrise getroffen wurden.⁸⁰⁷ Daneben ist nicht auszuschließen, dass die öffentlichen Banken trotz der zwischenzeitlichen Umsetzung der Brüsseler Konkordanz weiter über beihilfebedingte Wettbewerbsvorteile verfügen, deren eventuelle Rechtfertigung zweifelhaft ist. Die Bedenken der Monopolkommission werden nachfolgend für die Mitgliedsinstitute der Sparkassen-Finanzgruppe einerseits und die staatlichen Förderbanken andererseits näher erläutert.

4.5.1 Mögliche Beihilfen zugunsten der Sparkassen-Finanzgruppe

1999. Die Monopolkommission bezweifelt, dass die beihilfebedingten Wettbewerbsverzerrungen, die seit jeher zugunsten der Sparkassen-Finanzgruppe bestanden haben, inzwischen restlos beseitigt worden sind, und mahnt deshalb zumindest in Teilbereichen eine baldige gesetzliche Klarstellung an.

4.5.1.1 Wegfall von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung?

2000. Zwar ist davon auszugehen, dass der mit Anstaltslast und Gewährträgerhaftung verbundene Wettbewerbsvorteil für die Landesbanken und Sparkassen weitgehend beseitigt worden ist. Trotzdem ist es erforderlich, dass die Einhaltung der Brüsseler Konkordanz weiter beobachtet wird.

2001. In Bezug auf Anstaltslast und Gewährträgerhaftung hatte die Monopolkommission schon früh darauf hingewiesen, dass eine Einstandspflicht für die Verbindlichkeiten der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute sich am sogenannten Privatinvestortest ausrichten müsse.⁸⁰⁸ Im betreffenden Beihilfeverfahren der Europäischen Kommission hatte die Sparkassenfinanzgruppe zwar versucht, die weitergehenden staatlichen Haftungsgarantien zu verteidigen. Sie hatte jedoch ihr beihilferechtlich entscheidendes Argument, diese Garantien seien praktisch bedeutungslos, selbst dadurch konterkariert, dass sie später vorbrachte, eine Abschaffung werde die Sparkassen und Landesbanken in ihrer Existenz bedrohen. Die Brüsseler Konkordanz führte daraufhin die Haftung des Staates für die öffentlichen Banken auf das beihilferechtlich zulässige Maß zurück. Die den Sparkassen und Landesbanken eingeräumten Übergangsfristen (2001 – 2005/'15) waren aus dem Gedanken des Vertrauensschutzes heraus annehmbar.

2002. Der Wegfall von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung infolge der Brüsseler Konkordanz führte in den Jahren 2001 – 2010 zu erheblichen Verwerfungen auf der Ebene der Landesbanken, doch haben diese Institute inzwischen zumindest teilweise tragfähige Geschäftsmodelle entwickeln können. Die Landesbanken profitierten ursprünglich von besonders guten Beurteilungen der Ratingagenturen aufgrund der staatlichen Haftungsgarantien. Der drohende Wegfall dieses Vorteils verleitete sie allerdings zu Anlageentscheidungen, die sich nur wenig später in der Finanzkrise als systemgefährdend herausstellten und deren Rückwirkungen die Landesbanken zu einer völligen Neuausrichtung ihres Geschäfts gezwungen haben.

2003. Wesentlich geringere Auswirkungen hatte die Brüsseler Konkordanz auf der Ebene der Sparkassen. So wird zwar vorgebracht, dass die rechtliche Grundlage für die Organisation der Sparkassen als öffentliche Anstalten durch die Abschaffung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung im Prinzip entfallen sei. Das eigentliche Geschäft der Sparkassen wurde dadurch aber nicht infrage gestellt, da die Sparkassengruppe ein Verbundrating der wichtigsten Ratingagenturen erlangt hat und weil die meisten Sparkassen nicht groß genug sind, um in Geschäftsfeldern aktiv zu sein, in denen sie überhaupt eines Ratings bedürfen.

⁸⁰⁷ Siehe Abschnitt 3.5.

⁸⁰⁸ Vgl. Monopolkommission, XIII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 127; kritisch zuvor schon XI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 113 f.

2004. Die Bereitschaft der Träger, für ihre Sparkassen und Landesbanken einzustehen, war für das Selbstverständnis der Sparkassen-Finanzgruppe insgesamt konstitutiv, auch wenn die Anstaltslast nur selten und die Gewährträgerhaftung nie in Anspruch genommen worden ist. Deshalb haben der Deutsche Landkreistag und der DSGV die Notwendigkeit gesehen, ausdrücklich in einer Gemeinsamen Erklärung am 25. Januar 2004 zu bekräftigen, dass die kommunalen Träger

*„weiterhin auch in Krisensituationen für 'ihre' Sparkassen eintreten [und sie] je nach individuell-konkreter Gegebenheit weiterhin unterstützen [würden], etwa um situationsbezogene wirtschaftliche Schwierigkeiten zu überbrücken.“*⁸⁰⁹

2005. Eine solche Erklärung kann ihrerseits beihilferechtlich relevant sein, wenn sie bei anderen Marktteilnehmern den Eindruck einer über die Haftung eines privaten Kapitalgebers hinausgehenden konkreten Einstandspflicht des Staates begründet.⁸¹⁰ Allerdings sprechen die gestiegenen Refinanzierungskosten der Gruppe im unmittelbaren Anschluss an die Brüsseler Konkordanz dafür (2001-2005), dass die guten Ratings der Verbundmitglieder nach dem Jahr 2005 im Wesentlichen auf das zwischenzeitlich ausgearbeitete Verbundkonzept der Sparkassengruppe zurückzuführen sind. Auch wenn die Ratingagenturen bei ihren Bewertungen nach 2005 weiter eine „implizite Garantie“ zugunsten der Sparkassen-Finanzgruppe berücksichtigt haben, ist unklar, inwieweit sich das über die staatliche Trägerschaft hinaus auf die oben zitierte Solidaritätsbekundung der Sparkassenträger bezogen hat. Die staatliche Trägerschaft als solche ist jedoch nicht beihilferechtlich relevant (arg. Art. 345 AEUV).

2006. Die Monopolkommission nimmt an, dass der mit Anstaltslast und Gewährträgerhaftung verbundene Vorteil wahrscheinlich nicht mehr fortbesteht. Allerdings kann die Bereitschaft der öffentlichen Hand zur besonderen Solidarität mit den Mitgliedern des Sparkassenverbunds weiter beihilferechtlich relevante politische Maßnahmen zugunsten der Verbundmitglieder auslösen. Die Monopolkommission hält es deshalb für erforderlich, dass die Beziehungen zwischen den staatlichen Trägern und dem Verbund aufmerksam beobachtet werden. Darüber hinaus weist die Monopolkommission darauf hin, dass auch die mit der staatlichen Trägerschaft verbundenen Risiken von Wettbewerbsverfälschungen es aus wettbewerbspolitischer Sicht zwingend notwendig machen, dass die öffentlichen Banken einen klar definierten öffentlichen Auftrag verfolgen. Andernfalls ist die Staatstätigkeit im Finanzsektor nicht zu rechtfertigen.

4.5.1.2 Fortbestehende Beihilfen für die Landesbanken

2007. Die Monopolkommission sieht die fortlaufenden Maßnahmen zur Kapitalstärkung bei den Landesbanken kritisch. Es ist in Erinnerung zu rufen, dass die Landesbanken die Institutsgruppe bilden, die seit Ausbruch der Finanzkrise am häufigsten durch Beihilfen gerettet bzw. gestärkt worden ist.

2008. Diese Stützungsmaßnahmen waren im Berichtszeitraum noch nicht abgeschlossen. Während die meisten Landesbanken einen großen Teil der erhaltenen Beihilfen bereits zurückzahlen konnten, hat es weitere Stützungen gegeben, namentlich bei der HSH Nordbank. Die Europäische Kommission hat Zweifel an der Vereinbarkeit dieser Maßnahmen mit den Beihilfavorschriften geäußert.⁸¹¹ Die Kommission hatte solche Zweifel schon bei früheren Maßnahmen zugunsten der HSH Nordbank geäußert, auch wenn diese im Ergebnis für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen wurden.⁸¹² Aus Anhörungen der zuständigen

⁸⁰⁹ Vgl. Deutscher Landkreistag und Deutscher Sparkassen- und Giroverband, Notwendigkeit der öffentlich-rechtlichen Struktur der kommunalen Sparkassen, Gemeinsame Erklärung vom 25. Januar 2004.

⁸¹⁰ EuGH, Urteil vom 3. April 2014, C-559/12 P – Frankreich/Kommission, noch nicht in amtl. Slg., Rz. 94 ff.; EuGH, Urteil vom 8. Dezember 2011, C-275/10 – Residex Capital IV, 2011, I-13043, Rz. 39 ff.; Urteil vom 19. März 2013, C-399/10 P und C-401/10 P – Bouygues, noch nicht in amtl. Slg., Rz. 107 ff., 128 ff. Vgl. ferner die vereinzelt fortbestehenden Verweise auf die Gewährträgerstellung, etwa in § 3 SpkVO MV.

⁸¹¹ EU-Kommission, Entscheidung vom 21. Juni 2013, SA.29338 (C 30/2013) – Deutschland. Erhöhung der Zweitverlust-Risikoabschirmung für HSH-Nordbank AG, Tz. 47 ff.

⁸¹² EU-Kommission, Entscheidung vom 22. Oktober 2009, C 29/2009 – Deutschland. HSH Nordbank, Tz. 40, 42, 47 f., 50 ff.; vgl. ferner EU-Kommission, Beschluss vom 20. September 2011, C 29/2009 – Deutschland. HSH Nord-

Gremien auf Landesebene zu den nun geplanten Maßnahmen wurde allerdings kolportiert, dass für die öffentlichen Träger nur das Fortbestehen der HSH Nordbank relevant sei, ungeachtet der Vereinbarkeit der Maßnahmen mit dem Gemeinsamen Markt. In Bezug auf die anderen Landesbanken ist noch unklar, ob die in der Krise zum Teil gemachten Zusagen zum Rückzug des Staates umgesetzt werden.⁸¹³

2009. Die Monopolkommission erkennt an, dass die Rettung der Landesbanken in der Finanzkrise zur Verminderung der systemischen Risiken gerechtfertigt gewesen sein mag. Sofern die Landesbanken über einen klar definierten öffentlichen Auftrag verfügen und ein tragfähiges Geschäftsmodell verfolgen, mag es auch eine Rechtfertigung für den längerfristigen Erhalt dieser Institute geben. Dies schließt den Erhalt der Landesbanken unter staatlicher Trägerschaft ein, jedenfalls soweit keine durch die Beihilfeverfahren bedingte Verpflichtung zur Privatisierung besteht.

2010. Allerdings bleibt es fraglich, ob es der weiter relativ hohen Zahl von sechs selbstständigen (plus zwei unselbstständigen) Landesbanken bedarf. Abgesehen davon ist hervorzuheben, dass erhebliche Wettbewerbsverfälschungen auch mit gerechtfertigten Beihilfen einhergehen können. Sollte es zutreffen, dass einzelne Träger die Überprüfung von Beihilfen nur als lästige Formalität begreifen, wäre dies inakzeptabel.

4.5.1.3 Fortbestehende gesetzliche Vorteile für die Sparkassen

2011. Aus Sicht der Monopolkommission gibt es Anhaltspunkte dafür, dass die Sparkassen weiterhin von beihilferelevanten gesetzlichen Vorteilen profitieren. Dem steht nicht entgegen, dass die Sparkassen heute i. d. R. nicht mehr als verlängerter Arm des Staates, sondern im Wesentlichen wie private Unternehmen am Markt agieren.⁸¹⁴

2012. Die Bedenken der Monopolkommission beziehen sich vor allem auf die Regelungen zur Überschussverwendung in den Sparkassengesetzen.⁸¹⁵ Diese Regelungen sehen vor, dass der Überschuss der Sparkassen aus einem Geschäftsjahr nur in einem bestimmten Umfang und in einem bestimmten Verhältnis zur Sicherheitsrücklage an den Träger ausgeschüttet oder von der Sparkasse für gemeinnützige Zwecke verwendet werden kann. Dabei hat der Verwaltungsrat i. d. R. Ermessen, ob er den nicht in die Sicherheitsrücklage fließenden, also freien Überschuss an den Träger abführt. Der Umfang des freien Überschusses variiert stark je nach den landesgesetzlichen Regelungen. In jedem Fall ist aber gesetzlich vorgesehen, dass zumindest ein Teil des Überschusses, der nicht für den Verlustausgleich und die Risikovorsorge vorzuhalten ist, bei den Sparkassen verbleibt. Dieser Teil des Überschusses muss auch nicht für Gemeinwohlzwecke verwendet werden.

2013. Ein beihilferechtlich relevanter Vorteil i. S. v. Art. 107 Abs. 1 AEUV kann in jeder Begünstigung liegen, die den Sparkassen aus staatlichen Mitteln zugutekommt. Dafür reicht es aus, wenn für die Sparkassen in irgendeiner Form die Belastungen vermindert werden, die ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat. Aufgrund der Brüsseler Konkordanz sind derartige Begünstigungen dadurch auszuschließen, dass sich die „finanzielle Beziehung“ zwischen Sparkassen und Trägern „nicht von einer normalen wirtschaftlichen Eigentümerbeziehung gemäß marktwirtschaftlichen Grundsätzen unterscheiden [darf], so wie der zwischen einem privaten Anteilseigner und einem Unternehmen in einer Gesellschaftsform mit beschränkter

bank, Tz. 167, 173 f., 177, 191 ff.

813 Vgl. o. A., Seehofer: Wollen BayernLB so bald wie möglich verkaufen, www.merkur-online.de, 15. Dezember 2009.

814 EU-Kommission, Entscheidung vom 11. Januar 2008, N 836/2006 – Mittelstandsfonds Schleswig-Holstein, Tz. 110 ff. zur beihilferechtlichen Beurteilung der Beteiligung von Sparkassen an einem Förderfonds.

815 § 31 SpG BW, § 21 BaySpkO, § 27 BrdbgSpkG, § 23 BremSpkG, § 16 SpkG Hessen, § 27 SpkG MV, § 24 NSpG, § 20 SpkG RP, § 25 SSpG, § 27 SächsSpkG, § 27 SpkG-LSA, § 27 SpkG SH, § 21 ThürSpKG. Anders etwa Art. 12 BayLBG, §§ 24 Abs. 4 S. 2, 25 SpkG NW. Das Berliner Sparkassengesetz enthält keine Regelung zum Jahresüberschuss.

Haftung.“ Erforderlich ist also ein Vergleich zwischen Sparkassen und Unternehmen, die als Kapitalgesellschaft organisiert sind.

2014. Dabei ist nicht anzunehmen, dass die gesetzlichen Überschussregelungen als Teil der organisationsrechtlichen Ausgestaltung der Sparkassen von vornherein von einer beihilferechtlichen Überprüfung ausgenommen sind. Die Ausgestaltung der Sparkassen als öffentliche Anstalten ist zwar an sich dem hoheitlichen Bereich zuzuordnen und nicht unternehmerisch. Das bedeutet aber nicht, dass die Sparkassengesetze insofern ausschließlich hoheitliche Regelungen enthalten. Es bedarf vielmehr einer Abgrenzung im Einzelfall, ob die jeweilige Regelung als Ausübung öffentlicher Gewalt oder als Ausgestaltung der wirtschaftlichen Tätigkeit des Staates anzusehen ist.⁸¹⁶ Vorschriften, welche die Kapitalausstattung eines öffentlichen Unternehmens oder die Verzinsung der eingesetzten öffentlichen Mittel betreffen, dürften grundsätzlich der wirtschaftlichen Tätigkeit des Staates zuzurechnen sein.⁸¹⁷

2015. Dem erforderlichen Vergleich steht es auch nicht entgegen, dass die Überschussregelungen in den Sparkassengesetzen dem Umstand Rechnung tragen müssen, dass die Sparkassen – anders als andere Unternehmen – einen öffentlichen Zweck verfolgen. Maßnahmen wie die fraglichen Überschussregelungen sind nur dann als beihilferechtlich neutral anzusehen, wenn sie einen Ausgleich für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse vorsehen.⁸¹⁸ Es kann aber nicht davon ausgegangen werden, dass die gesamte Geschäftstätigkeit der Sparkassen als Erbringung von Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu qualifizieren ist.⁸¹⁹ Soweit dies nicht der Fall ist, kann bei dem erforderlichen Vergleich auch unproblematisch berücksichtigt werden, dass die Träger der Sparkassen als wirtschaftliche Eigentümer berechtigt oder gesetzlich verpflichtet sein können, eine von der Sparkasse erzielte Rendite in einer gemeinnützigen Weise zu verwenden.⁸²⁰ Hier geht es jedoch um die der Verwendungsproblematik vorgelagerte Frage, ob die Nichtausschüttung von Überschüssen über die Vorgaben von § 10 KWG hinaus für die Sparkassen überhaupt einen beihilferechtlichen Vorteil beinhaltet.

2016. Aus Sicht der Monopolkommission kann in der Tat nicht ausgeschlossen werden, dass den Sparkassen ein beihilferelevanter Vorteil aus staatlichen Mitteln zugutekommt. Nach der von den Gerichten in ständiger Rechtsprechung bestätigten Auffassung der Europäischen Kommission wird ein privater Kapitalgeber, der sein Kapital einer Bank als deren Kernkapital zur Verfügung stellt, grundsätzlich eine Vergütung für das gesamte übertragene Kapital verlangen.⁸²¹ Ein entsprechender Grundsatz lässt sich auch dem deutschen Kapitalgesellschaftsrecht entnehmen.⁸²² Die sparkassenrechtlichen Vorschriften zur Überschussverwendung sind aber gerade so ausgestaltet, dass die Träger der Sparkassen keinen Zugriff auf die Rendite haben, die ihnen als Anteilsinhaber an einer Kapitalgesellschaft zustehen würden. Dieser mögliche Vorteil für die Sparkassen stammt letztlich auch aus staatlichen Mitteln. Entscheidend ist insofern, dass die Sparkassen von ihren Trägern ursprünglich mit staatlichen Mitteln errichtet worden sind. Sofern die Sparkassen ihre nicht ausgeschütteten Eigenmittel bei den Landesbanken als Einlagen deponieren, können jene neben den Sparkassen mittelbare Begünstigte des relevanten Vorteils sein.

816 EuG, Urteil vom 17. Dezember 2008, T-196/04 – Ryanair, Slg. 2008, II-3643, Rz. 88-98; ferner EuGH, Urteil vom 5. Juni 2012, C-124/10 P – EDF, noch nicht in aml. Slg., Rz. 80 (bzgl. des Tatbestandsmerkmals „aus staatlichen Mitteln“) im Anschluss an EuG, Urteil vom 15. Dezember 2009, T-156/04 – EDF, Slg. 2009, II-4503, Rz. 223 ff.

817 Vgl. auch Art. 3 Richtlinie 2006/111/EG, ABl. EU L 318 vom 17. November 2006, S. 17.

818 Vgl. EuGH, Urteil vom 9. Juni 2011, C-71/09 P, C-73/09 P und C-76/09 P – Venezia vuole vivere, Slg. 2011, I-4727, Rz. 92-95; ferner EuGH, Urteil vom 5. Juni 2012, C-124/10 P – EDF, noch nicht in aml. Slg., Rz. 76-78.

819 Siehe oben Tz. 1970.

820 Vgl. auch EU-Kommission, Entscheidung 2006/742/EG vom 20. Oktober 2004, ABl. EU L 307 vom 7. November 2006, S. 159, Tz. 141 f., bestätigt durch EuG, Urteil vom 3. März 2010, T-163/05 – Bundesverband deutscher Banken, Slg. 2010, II-387, Rz. 11, 61 ff.

821 Standpunkt der Kommission, Staatliche Kapitalzuführungen – Anwendung der Artikel 92 und 93 EG-Vertrag auf staatliche Holdinggesellschaften, Bulletin EG 9-1984, Abschnitt 3.3; EuG, Urteil vom 3. März 2010, T-163/05 – Bundesverband deutscher Banken, Slg. 2010, II-387, Rz. 59.

822 Siehe etwa §§ 174, 288 AktG, § 29 GmbHG; entsprechend im Personengesellschaftsrecht §§ 120-122, 167-169, 231 f. HGB, 721 f. BGB.

2017. Einer Begünstigung durch die in Rede stehenden Vorschriften dürfte es auch nicht entgegenstehen, dass die Sparkassen auf die Einbehaltung von Gewinnen (Gewinnthesaurierung) angewiesen sind, weil die Träger nach dem Wegfall von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung nur noch an den Überschüssen ihrer Sparkassen partizipieren, aber nicht an deren Verlusten. Auch bei Kapitalgesellschaften ist ein Anspruch auf die Ausschüttung von Gewinnen nicht notwendig mit einer Nachschusspflicht zum Ausgleich von Verlusten verknüpft.⁸²³ Außerdem können sich die Sparkassen grundsätzlich durch Einlagen stiller Gesellschafter, Genussrechte oder nachrangige Verbindlichkeiten zusätzliche Eigenmittel verschaffen.⁸²⁴ Ein beihilferechtlich relevanter Vorteil kommt deshalb zumindest insoweit in Betracht, wie die Sparkassen durch die Überschussregelungen ihre Basis an Eigenmitteln in einem stärkeren Umfang als vergleichbare Kreditinstitute stärken können.

2018. Es ist auch davon auszugehen, dass eine solche Begünstigung den Wettbewerb verfälschen und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen kann. Nach einem Bericht des hessischen Rechnungshofes aus dem Jahr 2012 erzielten bspw. die hessischen Sparkassen im Jahre 2009 Jahresüberschüsse in Höhe von EUR 145,5 Mio., wobei jedoch rund 86 Prozent (EUR 125,5 Mio.) den Rücklagen zugeführt wurden. Ihren kommunalen Trägern überwiesen neun der 33 Sparkassen für gemeinnützige Zwecke lediglich EUR 20,2 Mio.⁸²⁵ Auch nach anderen Erhebungen führen die Sparkassen zum Teil mehr als 90 Prozent ihrer Jahresüberschüsse der Sicherheitsrücklage zu. Zu einer derartigen Stärkung ihrer Eigenmittel sind andere Banken, welche die Interessen ihrer wirtschaftlichen Eigentümer (Anteilsinhaber) berücksichtigen müssen, grundsätzlich nicht in der Lage. In einer Situation wie in der derzeit ausklingenden Krise, wo die Bankensolvenz für die Bankkunden sehr wichtig ist, kann die überdurchschnittliche Stärkung der Eigenmittel den Sparkassen einen erheblichen Wettbewerbsvorteil verschaffen. So ist anzunehmen, dass Sparkassen Geschäftskundenkredite zu nicht immer risikoadäquaten Konditionen vergeben können, da sie mit einer relativ geringen Rendite zufrieden sind. Dies ist nicht zuletzt deshalb problematisch, weil die Sparkassen in dem besagten Geschäftssegment oft über Marktmacht verfügen dürften. Die Europäische Kommission hat bisher lediglich für kleinere Sparkassen mit regionalem Wirkungskreis signalisiert, dass beihilfebedingte Wettbewerbsvorteile für die Sparkassen ohne weitergehende Rechtfertigung hingenommen werden könnten.

2019. Es erscheint jedoch fraglich, ob und inwieweit die genannten möglichen Wettbewerbsverfälschungen in vollem Umfang zu rechtfertigen sind. So kommt das Vorhalten besonders vieler Eigenmittel zwar der Stabilität des gesamten Bankensystems zugute. Daneben mag zugunsten der Sparkassen unterstellt werden, dass sie einen Teil ihrer Erträge für Gemeinwohlaufgaben aufwenden, mit denen sie keine oder nur eine geringe Rendite erzielen können (z. B. bei Jedermannkonten, Kulturförderung). Dem entspricht es, dass die Sparkassen grundsätzlich niedrigere Überschüsse erwirtschaften als ihre Wettbewerber. Dennoch ist es problematisch, dass den Sparkassen nach den gesetzlichen Regelungen – über die erforderliche Bedienung der Sicherungsrücklage hinaus – ihre Überschüsse weitgehend verbleiben, ohne dass deren Verwendung verbindlich geregelt ist und ohne dass die Träger über deren Verwendung im Einzelnen im Bilde sein dürften.⁸²⁶ Die Annahme, es bestehe eine Rechtfertigung für die mit den Überschussregelungen verbundenen möglichen Wettbewerbsverfälschungen, entbehrt tatsächlich somit einer tragfähigen Grundlage.

2020. Abgesehen von den Überschussregelungen sieht die Monopolkommission auch die vereinzelt Befreiungen von Abgaben und Gerichtsgebühren für Maßnahmen, die Rechtsänderungen nach den Spar-

⁸²³ § 26 Abs. 1 GmbHG („kann“); siehe auch § 182 Abs. 1 AktG („kann nur“).

⁸²⁴ §§ 21 ff. SpkG Hessen, § 26 SpkG NW, § 21 SpkG RP. Soweit der Sparkassengesetzgeber in mehreren Ländern auf solche Regelungen verzichtet hat, führt dies zu keiner anderen beihilferechtlichen Beurteilung.

⁸²⁵ Vgl. Hessischer Rechnungshof, 23. Zusammenfassender Bericht (Kommunalbericht), Hess. LT-Drs. 18/5913 vom 10. Oktober 2012, S. 238.

⁸²⁶ Vgl. Ebenda, S. 241 ff. Diese Zuführungen zur Sicherheitsrücklage gehen erheblich über die Verzehrquoten hinaus, die im Zusammenhang mit der Abschaffung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung für die Kapitalisierung der Sicherungsfonds nach § 12 Einlagensicherungs- und Anlegerschutzgesetz errechnet worden waren; vgl. Witte/Rafiqpoor, WM 2003, 1885 (1888).

kassengesetzen und den Rechtsgrundlagen der Landesbanken betreffen, kritisch.⁸²⁷ Auch insoweit ist fraglich, ob es sich um rein organisationsrechtliche Maßnahmen oder eher um beihilferechtlich relevante Begünstigungen handelt.

2021. Die Monopolkommission empfiehlt, die Überschussregelungen stärker an die Vorgaben des Beihilferechts anzupassen. Dazu könnte es erforderlich sein, den Trägern im Rahmen des aufsichtsrechtlich Vertretbaren einen weitergehenden Zugriff auf die Überschüsse der Sparkassen einzuräumen.⁸²⁸ Hierdurch lässt sich allerdings auch besser gewährleisten, dass die Träger ihrer verfassungsmäßigen Verantwortung zur Steuerung der Sparkassentätigkeit und zur Verhinderung von Wettbewerbsverfälschungen in vollem Umfang gerecht werden können. Die Beschränkung, dass die abgeführten Überschüsse nur für gemeinnützige Zwecke verwendet werden dürfen, sollte im Interesse der Allgemeinheit aber beibehalten werden. Die Abgaberegulungen sollten aus Gründen der Gleichbehandlung ersatzlos gestrichen werden.

4.5.2 Beihilfen zugunsten der Förderbanken

2022. Die Monopolkommission sieht des Weiteren beihilferechtliche Risiken bezüglich der staatlichen Förderbanken, insbesondere bezüglich der KfW.⁸²⁹ Diese Risiken beruhen auf der Tatsache, dass die Förderbanken i. d. R. weiter von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung profitieren. Anstaltslast und Gewährträgerhaftung enthalten einen Beihilfevorteil in Form einer unbeschränkten staatlichen Garantie.⁸³⁰

2023. Dieser Vorteil kann bei jeder Ausnutzung der staatlichen Haftung außerhalb eines nach Art. 106 Abs. 2 S. 1 AEUV vom Wettbewerbsrecht freigestellten Förderauftrags beihilferechtliche Bedenken hervorrufen. In Bezug auf einzelne Förderbanken lässt sich nicht ausschließen, dass die Haftungsgarantien wettbewerbsverfälschende Wirkungen haben, und zwar in zweierlei Hinsicht:

- der Förderung außerhalb eines von Art. 106 Abs. 2 AEUV freigestellten Förderauftrags und
- der Öffentlichkeitsarbeit über das für die Erfüllung eines solchen Förderauftrags Erforderliche hinaus.

Einer Wettbewerbsverfälschung zugunsten der betreffenden Förderinstitute steht es dabei nicht entgegen, wenn die von diesen Instituten vergebene Förderung ihrerseits beihilferechtlich notifiziert und freigegeben wird, da in solchen Verfahren keine Begünstigung zum Vorteil des jeweiligen Instituts geprüft wird.⁸³¹

2024. Im Falle der KfW wäre die Ausnutzung der Haftungsgarantien auch problematisch, wenn jene – wie von einzelnen Vertretern der Politik zuweilen gefordert – Überschüsse an den Bundeshaushalt ausschütten

⁸²⁷ Siehe § 14 BerlSpkG, § 24 SpkG RP, § 15 Staatsvertrag über die Bremer Landesbank Kreditanstalt Oldenburg – Girozentrale –, Art. 17 Staatsvertrag über die Norddeutsche Landesbank – Girozentrale –; ferner EuGH, Urteil vom 19. September 2000, C-156/98 – Deutschland/Kommission, Slg. 2000, I-6857; Urteil vom 22. Juni 2006, C-182/03 und C-217/03 – Forum 187, Slg. 2006, I-5479; Urteil vom 22. November 2000, C-53/00 – Ferring, Slg. 2001, I-9067, zur beihilferechtlichen Relevanz von Steuervergünstigungen.

⁸²⁸ Mitteilung der Kommission über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie, ABl. EG C 307 vom 13. November 1993, S. 3, und EuG, Urteil vom 6. März 2003, T-228/99 und T-233/99 – WestLB, Slg. 2003 II-435, Rz. 255 ff. zur Bemessung einer beihilferechtlich als neutral angesehenen Rendite.

⁸²⁹ Vgl. schon Monopolkommission, XVII. Hauptgutachten a. a. O., Tz. 902 ff. zu Beihilfen in Marktversagensfällen. Zur regionalen Tätigkeitsbegrenzung der Förderbanken (einschließlich der Bürgschaftsbanken) siehe außerdem oben Abschnitt 4.2 (insbesondere Abschnitt 4.2.3) und Abschnitt 4.4.4.

⁸³⁰ EU-Kommission, Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften, ABl. EU C 155 vom 20. Juni 2008, S. 10, insbesondere Abschnitt 2.3.2, 3.1.

⁸³¹ Derartige Prüfungen gab es bei Förderungen von Unternehmen, die von Förderprogrammen der KfW profitierten; siehe nur EU-Kommission, Entscheidung vom 19. März 2010, N 401/2009 – Deutschland - ERP Startfonds (Risikokapital), Tz. 5, 29; Entscheidung vom 20. September 2011, SA.32520 – Deutschland - Risikokapitalregelung 'High-Tech Gründerfonds II', Tz. 65; Entscheidung vom 11. Januar 2008, N 836/2006 – Mittelstandsfonds Schleswig-Holstein, Tz. 25, 114.

müsste, ohne sie in irgendeiner Weise selbst für die Erfüllung ihres Förderauftrags zu nutzen. Die genannten Vorschläge sind bisher allerdings nicht aufgegriffen worden, weshalb die Monopolkommission ihre gutachterlichen Ausführungen an dieser Stelle auf die Problematik der Geschäftsausweitung beschränkt.

2025. In verschiedenen Gesprächen mit Verbandsvertretern der Deutschen Kreditwirtschaft und schriftlichen Stellungnahmen sind Beschwerden vorgebracht worden, die darauf hindeuten, dass Banken und andere Unternehmen in bestimmten Bereichen eigene Leistungen in ausreichendem Umfang zu Marktkonditionen bereitstellen könnten, dass diese Leistungen tatsächlich aber deshalb nicht angeboten werden, weil die Förderbanken die Angebote anderer Finanzierer mit ihrer Fördertätigkeit subventionieren bzw. verdrängen. Danach postulieren die Förderbanken möglicherweise einen Bedarf, der nicht voll auf von ihrem öffentlichen Auftrag gedeckt ist, weil dieser entweder so nicht besteht oder jedenfalls nicht die gegebenen Förderkonditionen erfordert. Die dazu befragten Förderbanken halten diese Beschwerden für unberechtigt. Sie würden dort tätig, wo aufgrund von volkswirtschaftlichen Untersuchungen ein Marktversagen (oder zumindest „Marktschwäche“) feststellbar sei.

2026. Aus dem Vorbringen der Verbandsvertreter ergibt sich jedoch ein in den Einzelheiten differenziertes Bild. Einigkeit besteht, dass es tatsächlich Fälle von Marktversagen gibt, in denen es sich für Geschäftsbanken und andere Marktanbieter nicht rentiert, eigene Angebote zu entwickeln.

So dürfte es zurzeit bei der Anschubfinanzierung für neu gegründete Unternehmen („Start-ups“) in Deutschland immer noch am wahrscheinlichsten sein, dass die Tätigkeit der Förderbanken durch einen Förderzweck legitimiert ist. Eine Finanzierung durch Banken und Venture-Capital-Gesellschaften kann in diesem Bereich offenbar nicht in ausreichendem Maße sichergestellt werden.

Dagegen stehen die Förderbanken zumindest in einem gewissen Rahmen bei der Wohnraumförderung, bei der Kreditvergabe an die öffentliche Hand und im Pfandbriefgeschäft mit anderen Instituten im Wettbewerb.⁸³² Insoweit kann fraglich sein, ob sie Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen, die einen Rückgriff auf beihilfebedingte Refinanzierungsvorteile im gegenwärtigen Umfang erfordern. Nach den Angaben der Verbände können die Geschäftsbanken den Bedarf zumindest in einigen Marktbereichen durch eigene Angebote hinreichend abdecken, z. B. in Bezug auf den Bau und Erwerb von selbst genutztem Wohneigentum (Verbandsvertreter: „Wohnungsbaufinanzierung macht jeder“). Hinweise auf Mitnahmeeffekte bei den die Förderkredite weiterleitenden Banken sprechen ebenfalls dafür, dass es im Bereich der Wohnraumförderung mittlerweile zu einer wettbewerbsverzerrenden Überförderung kommt.

In Bezug auf Studiendarlehen zu für Studierende tragbaren Konditionen wird vorgebracht, dass Banken die Entwicklung eigener Produkte eingestellt haben, als die KfW die Förderung in diesem Bereich aufgenommen hat. In diesem Bereich könnte der Wettbewerb somit unnötig ausgeschlossen worden sein.

Eine Sonderrolle kommt schließlich der Exportfinanzierung zu, die von der KfW und vereinzelt durch Landesförderinstitute (z. B. die bayrische LfA) durchgeführt wird. Die KfW hat die Förder- und die Marktaktivitäten in diesem Bereich auf ein Tochterinstitut übertragen, um beihilferechtlichen Bedenken Rechnung zu tragen. Die Tätigkeiten dieses Instituts sind also nicht auf die wettbewerbsneutrale Erfüllung eines Förderzwecks beschränkt. Die Verbandsvertreter kritisieren insofern, dass die Abtrennung des Exportfinanzierungsfinanzierungsgeschäfts für die Marktteilnehmer nicht hinreichend klar erkennbar ist.

2027. Hinsichtlich der Tätigkeit der Landesförderinstitute gibt es insgesamt jedoch nur vereinzelte Hinweise auf Tätigkeiten, bei denen von vornherein zweifelhaft ist, inwieweit sie von einem öffentlichen Auftrag gedeckt sind. Das gilt für die oben genannten Bereiche wie auch für sonstige Aufgaben, die diesen Instituten im Einzelfall zugewiesen sind. So betreibt bspw. die NRW.Bank Spielcasinos, und zwar auch außerhalb des Landes Nordrhein-Westfalen. Es handelt sich hierbei allerdings um ein Geschäft, das für die NRW.Bank

⁸³² Vgl. auch EU-Kommission, Entscheidung vom 14. Mai 2009, COMP/M.5508 – Soffin/Hypo Real Estate, Tz. 28 ff.

keinen strategischen Schwerpunkt darstellt und aus dem sie sich außerhalb des Landes in absehbarer Zeit zurückziehen plant.

2028. Ein zusätzlich potenzielles Problem ergibt sich daraus, dass einzelne Förderbanken (insbesondere die KfW) ihre Öffentlichkeitsarbeit offenbar zunehmend an Marketingzielen ausrichten, wie sich aus den folgenden Umständen ableiten lässt:

- So wird die Öffentlichkeitsarbeit vor allem dazu genutzt, die Verbraucher gezielt als Nachfrager anzusprechen. Die betreffende Bank erklärt ihre eigentliche Fördertätigkeit vorzugsweise im direkt für die Verbraucher relevanten Bereich und beschränken sich in anderen Bereichen (z. B. Entwicklungs- bzw. Exportfinanzierung) auf eher pauschale Beschreibungen, denen sich keine weitergehenden Informationen zum Bedarf für einzelne Förderprogramme und ihr Volumen entnehmen lassen. Hinweise darauf, dass die Bank primär über andere Institute tätig wird bzw. werden sollte, finden sich im Webaufttritt nur auf den Seiten zu „Investor Relations“.
- Außerdem versucht insbesondere die KfW, ähnlich wie eine Geschäftsbank, die Bekanntheit ihrer Marke bei den Verbrauchern durch Werbemaßnahmen weiter zu erhöhen. Dabei stützt sie sich auf Werbeagenturen und Marketing-Berater, die einschlägige Erfahrung im Bereich der Kundenberatung aufweisen. Unter dem Stichwort „Die neue KfW“ hat sie sich einen „Claim“ gegeben, der sie als „an den Bedürfnissen der Verbraucher“ orientierte Bank ausweist.⁸³³

Diese Maßnahmen führen dazu, dass nicht mehr die Förderung als solche (i. d. R. über Durchleitungsinstitute), sondern gerade das Institut selbst als Anbieter in den Vordergrund der Wahrnehmung rückt. Dadurch verschwimmen aus Sicht anderer Anbieter zusehends die Grenzen zwischen der über Fördermöglichkeiten informierenden Öffentlichkeitsarbeit und einer auf Geschäftsausweitung angelegten Eigenwerbung.

2029. Die Monopolkommission hält die vorgebrachten Beschwerden aus wettbewerbspolitischer Sicht für schwerwiegend. Dennoch sieht sie hier von einer ausdrücklichen Stellungnahme dazu ab, inwiefern die jeweiligen Beschwerden aus ihrer Sicht im Ergebnis berechtigt sind. Insbesondere die Feststellung eines Marktversagens, das die Tätigkeit der Förderbanken rechtfertigen könnte, ist nur einzelfallabhängig möglich und geht über den Rahmen dieses Gutachtens hinaus. Stattdessen legt die Monopolkommission im Folgenden am Beispiel der von der KfW angebotenen Studienkredite dar, welche Grenzen aus ihrer Sicht bei der Entwicklung und Durchführung von Förderprogrammen zu beachten sind.⁸³⁴

2030. Zu beachten ist, dass das Angebot von Studienkrediten zu für Studierende tragbaren Konditionen einer beihilferechtlichen Beurteilung nicht ohne Weiteres unterliegt. Eine beihilferechtliche Überprüfung wäre insbesondere dann nicht gerechtfertigt, wenn die KfW insofern mit der Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut ist und die Anwendung der Wettbewerbsregeln die Erfüllung jener Dienstleistung rechtlich oder tatsächlich verhindern würde (Art. 106 Abs. 2 S. 1 AEUV).

2031. Studienkredite können ohne Weiteres als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse angesehen werden. Das mit den Studienkrediten der KfW verfolgte Ziel ist es, die Zahl der Hochschulabsolventen zu erhöhen und insbesondere den Abiturienten aus nicht vermögenden Familien ein Studium zu ermöglichen. Die KfW-Studienkredite werden Studenten beiderlei Geschlechts an staatlich anerkannten Hochschulen gewährt, die Deutsche oder EU-Ausländer sind, das 44. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und bestimmte Bedingungen hinsichtlich Studiendauer und -nachweisen erfüllen. Ein Rechtsanspruch auf die Gewährung eines KfW-Studienkredits besteht nicht.

⁸³³ „Bank aus Verantwortung“; siehe: <http://www.bank-aus-verantwortung.de/wasVeraendertSich.html> (Link zwischenzeitlich deaktiviert).

⁸³⁴ Die 2006 eingeführten Studienkredite sind Finanzierungen i. S. d. Entscheidung der EU-Kommission vom 27. März 2002, E 10/2000 – Deutschland. Anstaltslast und Gewährträgerhaftung, S. 12, Nr. 2.d, letzter Spstr.

2032. Soweit Abiturienten aus nicht vermögenden Familien ein Studium zu Marktbedingungen nicht ohne Kreditaufnahme bezahlen können, gibt es zwar verschiedene Finanzierungsmöglichkeiten. Jedoch stehen diese nicht im Wettbewerb zueinander, weil sie von vornherein außerhalb des Marktes erbracht werden.⁸³⁵ So gibt es für bedürftige Studenten, die zu Marktbedingungen gestellte Kreditkonditionen nicht tragen können, mit der Förderung nach BAföG eine alternative Finanzierungsform. Für Studenten in Bundesländern mit Studiengebühren wurden sogenannte Studienbeitragsdarlehen eingeführt, die von der KfW und den Landesförderinstituten angeboten werden, deren Zukunft nach der Abschaffung der Studiengebühren aber fraglich ist.

2033. Allerdings ist fraglich, ob es die Studienkreditangebote der KfW auch über eine solche Finanzierung bedürftiger Studenten hinaus erfordern, dass ihre Refinanzierung unter Ausnutzung von Beihilfenvorteilen außerhalb der Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts erfolgt. Für eine solche Ausnahme sprach ursprünglich, dass die KfW ein eigenes Studienkreditangebot entwickelt hatte, nachdem sie im Bereich der Studienfinanzierung Marktversagen festgestellt hatte. Dieses Marktversagen beruhte darauf, dass die Einschätzung des Ausfallrisikos bei Studienkrediten ungewöhnlich schwierig ist. Aus Sicht der KfW waren die Geschäftsbanken bis zu ihrem eigenen Tätigwerden nicht in der Lage gewesen, ein Kreditangebot mit für Studierende tragbaren Konditionen bereitzustellen. Allerdings ist zu betonen, dass Marktversagen nicht ohne Weiteres mit einem Versagen des Wettbewerbs gleichzusetzen ist. Grundsätzlich ist der Wettbewerb auch dann schutzwürdig, wenn die Marktverhältnisse nur wenig Spielraum für wettbewerbliche Angebote lassen. Im Fall der Studienkredite war ein Wettbewerb mit solchen Produkten zurzeit des Markteintritts der KfW im Entstehen begriffen. So hatten andere Anbieter ungefähr zeitgleich zur KfW eigene Studienkredite entwickelt und haben dies auch nach dem Markteintritt der KfW z. T. weiter fortgesetzt.⁸³⁶ Insofern handelt es sich derzeit freilich meist um hochschulort- oder fachspezifische Angebote von insgesamt begrenztem Umfang. Die Annahme, solche Angebote würden sich nur an Kundengruppen richten, bei denen ein völliger Kreditausfall unwahrscheinlich ist, lässt sich insbesondere mit Blick auf die Angebote aus dem Sparkassenlager allerdings nicht ohne Weiteres bestätigen. Abgesehen davon ist nicht auszuschließen, dass von vornherein eine staatliche Versicherung des Kreditausfallrisikos als geringerer Markteingriff ausreichend gewesen wäre, um eine adäquate Versorgung mit Studienkrediten über die normalen Banken und Sparkassen sicherzustellen.⁸³⁷ Eine solche Versicherung hätte zwar nach deren eigenen Angaben nicht durch die KfW, wohl aber durch den Bund bzw. die Länder erfolgen können. Es gibt also Anhaltspunkte dafür, dass die Refinanzierung der Studienkredite der KfW dem Wettbewerbsrecht von Anfang an zumindest nicht vollständig entzogen war. Selbst wenn dies zunächst der Fall gewesen sein sollte, könnte sich die Beurteilung zudem dadurch geändert haben, dass die KfW mittlerweile zunehmend Erfahrung bei der Berechnung von Kreditausfallrisiken hat, sodass die Kosten, die ursprünglich eine beihilfegestützte Refinanzierung des Studienkreditangebots der KfW erfordert haben mögen, inzwischen deutlich zurückgegangen sein dürften.

2034. Sofern die Wettbewerbsvorschriften in diesem Zusammenhang Anwendung finden, bedeutet dies zwar keineswegs, dass das Angebot von Studienkrediten oder die Möglichkeit seiner Refinanzierung unter Ausnutzung der staatlichen Haftungsgarantien unzulässig wäre. Die KfW müsste allerdings als beherrschender deutscher Anbieter von Studienkrediten die Belange des Wettbewerbs deutlich stärker als bisher berück-

⁸³⁵ Vgl. auch Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfenvorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsdienstleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, ABl. EU C 8 vom 11. Januar 2012, S. 4, Tz. 11 ff., wonach es für diese Fallgruppe schon an einer unternehmerischen (wirtschaftlichen) Tätigkeit fehlen dürfte.

⁸³⁶ Siehe nur o. V., Sparkassen starten Studienkredit, Der Tagesspiegel, 7. September 2005; DSGV-Präsident Herr Dietrich Hoppenstedt und BdB-Präsident Herr Klaus-Peter Müller in Knipper, H.-J./Landgarf, R./Maisch, M., Es geht nicht um Krieg und Frieden, Handelsblatt, 16. Mai 2005; Götsch, A., Gerangel um Studienkredite, FTD, 5. Juni 2008. Für einen Marktüberblick zu den derzeitigen Angeboten siehe CHE, CHE-Studienkredit-Test 2013, AP Nr. 165 (Juni 2013).

⁸³⁷ Vgl. auch Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium der Finanzen, Beitragspflichtiger Hochschulzugang, September 2010, S. 20 ff.; zur Frage des Marktversagens skeptisch S. 22.

sichtigen, und zwar nicht allein mit Blick auf das Risiko beihilfebedingter Wettbewerbsverzerrungen. Dies soll nachfolgend lediglich skizziert werden.

2035. Soweit der KfW durch die staatlichen Haftungsgarantien ein beihilferechtlicher Vorteil zugutekommt (Tz. 2022.), können die staatlichen Haftungsgarantien zugunsten der KfW zu Wettbewerbsverfälschungen führen, und zwar sowohl auf den von Fördermaßnahmen der KfW betroffenen Märkten (Mittelverwendung) wie auch auf allen Märkten, auf denen die KfW sich refinanziert (Mittelbeschaffung). Auf den letztgenannten Märkten ist eine Wettbewerbsverfälschung deshalb zu erwarten, weil Anleger dem Staat – zumindest in Extremsituationen – eine Rückzahlung seiner Schulden eher zutrauen als privaten Banken und deshalb den Förderbanken besonders günstige Refinanzierungskonditionen einräumen. Auf den Märkten, auf denen die KfW ihre Förderangebote bereitstellt, kann sie mit ihrer Tätigkeit andere potenzielle Anbieter verdrängen und die Weiterentwicklung des Marktes behindern; z. B. indem sie die Nachfrage nach Studienkrediten weitgehend selbst abschöpft. So haben sich nach Angaben von Marktteilnehmern bereits verschiedene Banken aus der Entwicklung und dem Vertrieb eigener Produkte zurückgezogen, da es wirtschaftlicher ist, im Rahmen eines Provisionsgeschäfts die Studienkredite der KfW durchzureichen („Liquiditätsschonung“).

2036. Eine Rechtfertigung für die Beihilferefinanzierung der Tätigkeit der KfW ist dadurch nicht ausgeschlossen. Zwar dürfte sich eine solche Rechtfertigung nicht ohne Weiteres aus der Brüsseler Konkordanz (Verständigung II)⁸³⁸ ergeben, sofern sich ein privater Kapitalgeber eine (erneute) Entscheidung darüber vorbehalten hätte, ob die Haftungsgarantien zugunsten der KfW auch für die Refinanzierung von Studienkrediten genutzt werden können.⁸³⁹ Allerdings können jene Beihilfen weiter dadurch gerechtfertigt sein, dass sich – selbst auf Basis der für eine Markttätigkeit nötigen Kenntnisse über die zu erwartenden Kreditausfallrisiken – ein ausreichendes Studienkreditangebot nur unter der Voraussetzung gewährleisten lässt, dass die KfW hierzu ihre Refinanzierungsvorteile einsetzt.

2037. Von diesen beihilferechtlichen Fragen abgesehen dürfte die KfW als bei Weitem wichtigster Anbieter über eine beherrschende Stellung auf dem Markt für Studienkredite verfügen. Hiermit geht eine besondere Verantwortung für ihr Marktverhalten einher. So ist es bspw. nicht ausgeschlossen, dass andere potenzielle Anbieter von Studiendarlehen gegen angemessene Vergütung Zugang zu Informationen oder Methoden betreffend Kreditausfallrisiken verlangen können, sofern dies für den Markteintritt essenziell ist.⁸⁴⁰ Auch die Frage, ob die KfW außerhalb des Wettbewerbsrechts agiert, kann in Bezug auf den Zugang zu solchen Informationen und Methoden abweichend zu beurteilen sein. Die Verständigung II hat für diesen möglichen Anspruch keine Bedeutung.

2038. Zusammenfassend nimmt die Monopolkommission an, dass die Wettbewerber der KfW unter Umständen selbst für die Schaffung eines (besser) funktionierenden Marktes für Studienkredite sorgen können, zumindest unter der Voraussetzung, dass die KfW inzwischen die nötigen Informationen und Methoden ermittelt hat, um die Kreditausfallrisiken solcher Produkte richtig einzuschätzen, und sich das Angebot dieser Produkte auch ohne Rückgriff auf die Refinanzierungsvorteile durch die staatlichen Haftungsgarantien trägt.

⁸³⁸ EU-Kommission, Entscheidung vom 27. März 2002, E 10/2000 – Deutschland. Anstaltslast und Gewährträgerhaftung, S. 11 ff., insb. Nr. 2.d, letzter Spstr.: „Finanzierungen, die das Förderinstitut im staatlichen Auftrag aufgrund eines Gesetzes oder einer staatlichen Richtlinie an Personen gewährt, die die in diesen sozialrechtlichen Vorschriften festgelegten Voraussetzungen (z. B. Ausbildungssituation, [...]) erfüllen.“

⁸³⁹ Vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 24. Juli 2009, C 15/2009 – Hypo Real Estate, Deutschland, Tz. 47. Hierbei handelt es sich um eine situationsabhängige Prüfung dahin gehend, ob die zugunsten der KfW bestehende Beihilfe i. S. v. Art. 108 AEUV umgestaltet wird. Insofern kommt es darauf an, wie § 2 Abs. 1 KredAWG (als gesetzliche Umsetzung der Verständigung II) bisher angewendet wurde; vgl. EuGH, Urteil vom 16. September 2010, C-537/08 P – Kahla Thüringen Porzellan/Kommission, Slg. 2010, I-12917, Rz. 44 ff.; dazu auch von Wallenberg/Schütte in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, EL 44 (Mai 2011), AEUV Art. 108, Rz. 15.

⁸⁴⁰ EuGH, Urteil vom 6. April 1995, C-241 und 242/91 P – RTE und ITP („Magill“), Slg. 1995, I-743; Urteil vom 29. April 2004, C-418/01 – IMS Health, Slg. 2004, I-5039.

Das schließt freilich nicht aus, dass die beihilfenrefinanzierte Tätigkeit der KfW weiterhin gerechtfertigt ist, etwa weil sich für andere Anbieter die Schaffung eines Wettbewerbsangebots angesichts zu erwartender niedriger Margen nicht lohnt. Hierfür spricht namentlich, dass das Angebot von Studienkrediten verglichen mit anderen Produkten der KfW nur noch wenig Anlass zu Beschwerden gibt.

2039. In Anbetracht der ansonsten vorgebrachten Beschwerden ist allerdings zu hinterfragen, ob die bisherige Rechtsaufsicht mit Blick auf das Vorgehen der KfW im Wettbewerb ausreichend gewesen ist. Die Monopolkommission begrüßt jedenfalls die neu geschaffene gesetzliche Möglichkeit, die Aufsicht vom Bundesfinanzministerium im Verordnungsweg auf die BaFin zu übertragen, und die Neuregelung in § 9 KfWV.⁸⁴¹ Sie hält außerdem eine klare Trennung der Rechtsaufsicht von den die Förderpolitik definierenden Abteilungen im Ministerium für unabdingbar. Eine solche Trennung ist derzeit zumindest formal auch bereits vorgesehen. Das Ministerium ist zwar grundsätzlich in der Lage, die Einhaltung der rechtlichen Grenzen zu überwachen, denen die KfW bei ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit unterliegt. Es ist jedoch nicht nur an der Entwicklung förderpolitischer Vorgaben beteiligt, sondern übt nach den Feststellungen der Europäischen Kommission für den Bund selbst eine unternehmerische Kontrolle über die KfW aus.⁸⁴² Ein sich potenziell bei der KfW entwickelnder Konflikt zwischen Gemeinwohl- und Unternehmenszielen kann sich auf der Ebene des Ministeriums also grundsätzlich fortsetzen.

2040. In Bezug auf die sonstigen Förderinstitute gibt es dagegen nur in relativ geringem Umfang Anlass zu beihilferechtlichen Bedenken. Diese Institute orientieren sich nach den verfügbaren Informationen grundsätzlich stärker an ihrem traditionellen Förderauftrag und haben nur im Einzelfall Geschäftsaktivitäten, bei denen die Erfüllung eines berechtigten öffentlichen Auftrags zu hinterfragen ist.⁸⁴³ Auch auf der Landesebene bestehen allerdings Bedenken, soweit einzelne Landesbanken unter einem gemeinsamen Dach auch Förderaktivitäten durchführen, bei denen sie weiter von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung profitieren (BayernLB, Helaba).⁸⁴⁴

2041. Die Monopolkommission mahnt abschließend auch im hier vorliegenden Zusammenhang an, dass die Tätigkeit der Förderbanken eindeutig an den Vorgaben von Art. 106 Abs. 2, 107 AEUV auszurichten ist.⁸⁴⁵ Eine Missachtung der Beschränkungen aufgrund dieser Vorschriften durch die KfW oder andere Förderinstitute wäre unter Umständen beihilferechtswidrig und könnte davon abgesehen auch missbräuchlich sein (Art. 102 AEUV, auch i. V. m. Art. 106 Abs. 1 AEUV).⁸⁴⁶ Die Monopolkommission empfiehlt außerdem in Bezug auf die KfW:

- Anstaltslast und Gewährträgerhaftung sollten daraufhin überprüft werden, ob sie nach dem Tätigkeitsprofil der KfW im bisherigen Umfang auch künftig zu rechtfertigen sind. Speziell hinsichtlich der Exportfinanzierung ist erforderlich, dass die Durchführung von Förder- und Marktaktivitäten unter einem Dach auf ihre Vereinbarkeit mit europäischem Beihilferecht überprüft wird.
- Die Öffentlichkeitsarbeit und Werbung der KfW sollten sich generell darauf beschränken, die Öffentlichkeit über Fördermöglichkeiten, -maßnahmen und -ziele zu informieren. Es ist zwar nichts dagegen einzuwenden, wenn die KfW in neutraler Weise auch auf sich als Förderquelle hinweist. Eine wettbewerbsorientierte Markenpflege sollte ihr aber nicht gestattet werden.

⁸⁴¹ Verordnung zur Anwendung von bankaufsichtsrechtlichen Vorschriften auf die Kreditanstalt für Wiederaufbau sowie zur Zuweisung der Aufsicht über die Einhaltung dieser Vorschriften an die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (KfW-Verordnung – KfWV), BGBl. 2013 I Nr. 59 vom 20. September 2013, S. 3735.

⁸⁴² Siehe EU-Kommission, Entscheidung vom 14. Mai 2009, COMP/M.5508 – Soffin/Hypo Real Estate, Tz. 18 ff. zur unternehmerischen Kontrolle der KfW durch das Bundesfinanzministerium.

⁸⁴³ Vgl. oben Tz. 2027.

⁸⁴⁴ Art. 4 Abs. 5, Art. 22 BayLBG; Art. 6, 8 Abs. 4 Helaba-Staatsvertrag. Anders bei der Nord/LB, vgl. § 4 Abs. 5, § 7 Nord/LB-Staatsvertrag.

⁸⁴⁵ Vgl. schon Monopolkommission, XIII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 127.

⁸⁴⁶ Dazu Dohms in: Schwarze, Daseinsvorsorge im Lichte des Wettbewerbsrechts, 1. Aufl. 2001, S. 41 (56).

In Bezug auf die Landesförderinstitute empfiehlt die Monopolkommission die Auslagerung der Förderaktivitäten aus solchen Landesbanken, die bisher noch weiter als Förderinstitute tätig sind, um ein eventuelles Ausstrahlen der für das Fördergeschäft bestehenden Haftungsgarantien auszuschließen.

4.5.3 Zwischenergebnis

2042. Die Monopolkommission nimmt an, dass der mit Anstaltslast und Gewährträgerhaftung verbundene Vorteil für die Institute der Sparkassengruppe wahrscheinlich nicht mehr fortbesteht. Die Regelungen der Sparkassengesetze zur Überschussverwendung und Abgabenbefreiung dürften allerdings beihilferelevante Vorteile enthalten, deren Rechtfertigung fraglich ist. Hinsichtlich der Landesbanken ist eine konsequente Beachtung der Beihilfevorschriften anzumahnen. Dasselbe gilt hinsichtlich der Förderbanken, sofern diese nicht lediglich in Fällen von Marktversagen tätig werden (insb. die KfW).

4.6 Die Öffnung der Sparkassengruppe für mögliche Privatisierungen fortsetzen

2043. Die Monopolkommission begrüßt die Initiativen, die es zur Öffnung der Sparkassenfinanzgruppe für private Investoren in den Jahren vor der Finanzkrise gegeben hat. Sie stellt fest, dass bisherige Gesetzgebungsansätze eine wettbewerbskonforme Weiterentwicklung des Sparkassenverbunds gewährleisten könnten. Sie nimmt die gegen eine weitere Öffnung vorgebrachten Bedenken der Politik ernst, hält im Ergebnis aber eine stärkere Öffnung der Sparkassengruppe für erforderlich, um eine wirtschaftlich effizientere Durchsetzung von Gemeinwohlinteressen zu ermöglichen.

4.6.1 Bisherige Entwicklungen in Richtung einer möglichen Privatisierung

2044. Die Problematik säulenübergreifender Beteiligungen an den Instituten der Sparkassengruppe ist durch die Bemühungen der Politik auf der Landesebene aktuell geworden, Zusammenschlüsse zu ermöglichen, um den Trägern die Möglichkeit zu geben, den Sparkassenverbund flexibler auszugestalten und zu stärken.

2045. Die Abgrenzung des staatlichen Bankwesens von den Rechten der nicht staatlichen Wettbewerber bereitet Schwierigkeiten, sowohl in Bezug auf Beteiligungen über die Grenzen der Drei-Säulen-Struktur hinweg als auch in Bezug auf bestimmte Privilegien, die den Banken der Sparkassengruppe vorbehalten sind (z. B. Bezeichnungsschutz nach § 40 KWG). Im Kern geht es dabei um die Reichweite der Rechte des Staates zur Ausgestaltung des staatlichen Eigentums.

2046. Die Öffnung der Sparkassengruppe für säulenübergreifende Beteiligungen wurde von der Politik vor der Finanzkrise verfolgt, indem Verbundinstitute in Aktiengesellschaften umgewandelt oder zur Veräußerung ausgeschrieben wurden (dabei ist an der HSH Nordbank bereits ein Privatinvestor beteiligt).⁸⁴⁷ Eine Beteiligung am Kapital der weiter öffentlich-rechtlich organisierten Landesbanken ist mittlerweile ebenfalls möglich, wenngleich meist nur juristische Personen des öffentlichen Rechts als hinzutretende Träger vorgesehen sind. In mehreren Bundesländern wurden ferner Regelungen zur Übertragung von Anteilen am Stamm-/Trägerkapital einer Sparkasse auf Private bzw. zur Ermöglichung von Beteiligungen ohne unternehmerische Kontrollrechte in die Sparkassengesetze eingefügt.⁸⁴⁸ Die Regelungen zur Übertragung von Anteilen auf Private wurden aber bedauerlicherweise zum Großteil wieder beseitigt.

⁸⁴⁷ Siehe § 1 Staatsvertrag vom 23. Mai 2003 über die Verschmelzung der Landesbank Schleswig-Holstein Girozentrale und der Hamburgischen Landesbank – Girozentrale (HSH Nordbank); Art. 2 i. V. m. Anhang der Entscheidung der EU-Kommission 2005/345/EG vom 18. Februar 2004, ABl. EU L 116 vom 4. Mai 2005, S. 1, und Pressemitteilung vom 28. Juni 2006, IP/06/870 (Bankgesellschaft Berlin); Beschluss der Bürgerschaft der Hansestadt Stralsund vom 11. Dezember 2003 über einen Sachantrag gemäß § 22 Kommunalverfassung MV (nach: Wikipedia-Eintrag „Sparkasse Hansestadt Stralsund“) (Sparkasse Stralsund); vgl. andererseits aber Köhler, In die Normalität zurückgekehrt, FAZ, 20. September 2010 zum Verkauf der städtischen Anteile an der Frankfurter Sparkasse, einer Freien Sparkasse, an die Helaba.

⁸⁴⁸ §§ 21 ff. HessSpkG.

2047. Die Sparkassenverbände sehen die Öffnung der Verbundgruppe für private Investoren aus geschäftsstrategischen Erwägungen kritisch. Gleichwohl ist die Gruppe selbst erst vor Kurzem in Verhandlungen um den Verkauf eines verbundzugehörigen Versicherers an Privatinvestoren eingetreten, auch wenn diese Verhandlungen aufgrund politischer Intervention dann ausgesetzt (= abgebrochen?) wurden.⁸⁴⁹

2048. Die Monopolkommission befürwortet zwar die bisher getroffenen Maßnahmen im Grundsatz, hat aber Bedenken, dass der Staat sich bei der Ausgestaltung dieser Maßnahmen zum Teil Rechte vorbehält, welche die wirtschaftlichen Grundfreiheiten der privaten Marktteilnehmer ungerechtfertigt beeinträchtigen können.

2049. Der Staat ist unbestritten darin frei, aus Gründen der Daseinsvorsorge einen öffentlichen Auftrag für die Kreditwirtschaft zu definieren und zu entscheiden, ob er die Erfüllung dieses Auftrags den privaten und genossenschaftlichen Banken überlässt oder dazu auch ein staatliches Bankwesen unterhält.⁸⁵⁰ Wenn er aber ein staatliches Bankwesen unterhält und sich dann entscheidet, die staatlichen Banken für andere Investoren zu öffnen, dann muss er dabei die Regeln des europäischen Binnenmarktes beachten, insb. die europäischen Grundfreiheiten.⁸⁵¹ Die Grundfreiheiten sehen vor, dass die staatlichen und privaten Kapitalgeber gleich behandelt werden, sofern nicht das europäische Recht selbst oder danach anzuerkennende zwingende Gründe des Allgemeininteresses entgegenstehen.

2050. Diesen Grundsatz haben die Landesgesetzgeber – soweit ersichtlich – bei der Öffnung der Landesbanken für Privatinvestoren beachtet. Die Möglichkeit einer vollständigen Übertragung der Bankaktivitäten auf Private ist in den Rechtsgrundlagen für die Bayerische Landesbank und der Nord/LB bereits vorgesehen (sogenannte materielle Privatisierung).⁸⁵² Diese Vorschriften sehen keine staatlichen Sonderrechte vor, bestimmen aber, dass der Erwerber durch Beleihung mit der Erfüllung des öffentlichen Auftrags des betreffenden Institutes betraut wird. Die Aufgaben, mit denen der Erwerber beliehen wird, werden hoheitlich so definiert bzw. sind so zu definieren, dass eine fortlaufende Beaufsichtigung der Aufgabenerfüllung gewährleistet ist.⁸⁵³ Ein anderer Weg wurde bei der HSH Nordbank beschritten, die in eine Aktiengesellschaft mit staatlicher Mehrheitsbeteiligung umgewandelt wurde (sogenannte formelle Privatisierung). Dabei wurde allerdings auch hier auf den Vorbehalt von staatlichen Sonderrechten verzichtet. Der öffentliche Auftrag der HSH Nordbank ist zwar in einem Staatsvertrag und in der Satzung niedergelegt. Die Bindung der Landesbank an diesen Auftrag könnte jedoch nach Übertragung der Anteile der beteiligten Länder auf einen neuen Mehrheitseigner durch Satzungsänderung geändert oder abgeschafft werden.

2051. In mehreren Sparkassengesetzen wurde Privatinvestoren darüber hinaus die Möglichkeit einer Beteiligung an den Sparkassen eingeräumt. Diese Gesetze sehen zumeist vor, dass private Kapitalgeber nur (typische) stille Beteiligungen, Genussrechte oder nachrangiges Haftkapital an den Sparkassen erwerben können, während die unternehmerische Kontrolle weiter ausschließlich bei den staatlichen Trägern der Sparkassen verbleibt.⁸⁵⁴ Diese Regelungen sind unbedenklich und zu befürworten, denn sie erschließen den Sparkassen zusätzliches Kapital. Bis zur Brüsseler Konkordanz oblag es allein den kommunalen Gewährträgern, den Sparkassen bei der Errichtung ihre Sicherheitsrücklage als Eigenkapital zur Verfügung zu

849 O. A., Sparkassen bestätigen möglichen Verkauf (Provinzial Nordwest), Handelsblatt, 4. Dezember 2012; Drost, M.F., u.a., Allianz scheitert an Politik in Nordrhein-Westfalen, Handelsblatt, 11. Dezember 2012, S. 29.

850 Art. 14, 345 AEUV.

851 GA Maduro, Schlussanträge vom 6. April 2006, C-282/04 und C-283/04 – Kommission/Niederlande, Slg. 2006, I-9141, Rz. 29. Siehe auch ausführlich Müller, ZögU 2005, 327 (342 ff.), allgemein zu den rechtlichen Rahmenbedingungen für eine Öffnung der staatlichen Banken.

852 Art. 1a, Art. 3 Abs. 1 S. 2 BayLBG, § 3 Abs. 3 Staatsvertrag vom 22. August 2007 über die Norddeutsche Landesbank - Girozentrale -; entsprechend § 26c SpkG RP bzgl. der Landesbausparkasse; enger § 4 Abs. 7 LBWG (nur Privatrechtssubjekte, an denen ausschließlich Träger der Landesbank beteiligt sind). Die Privatisierungsregelung in § 3 BerlSpkG hat sich durch die Abwicklung der Landesbank Berlin erledigt.

853 Art. 3 Abs. 2 BayLBG, offener § 3 Abs. 3 S. 4 Staatsvertrag vom 22. August 2007 über die Norddeutsche Landesbank - Girozentrale -.

854 In Rheinland-Pfalz und im Saarland haben die stillen Gesellschafter allerdings über die Rechte nach §§ 230 ff. HGB hinaus auch begrenzte Mitwirkungsrechte nach Landesrecht, §§ 21a SpkG RP, 26 ff. SSPG.

stellen. Nach der Brüsseler Konkordanz ist die Finanzierung der Sparkassen durch ihre Träger nur noch in den Grenzen des EU-Beihilferechts möglich. Die Aufnahme von nachrangigem Haftkapital und die Einräumung von Genussrechten und stillen Beteiligungen gestattet es den Sparkassen, etwaige Finanzierungslücken auszugleichen, die infolge des Wegfalls von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung entstehen könnten.

2052. In einigen Sparkassengesetzen wurde anderen Investoren allerdings auch die Möglichkeit eröffnet, sich mit Anteilen an den Sparkassen zu beteiligen, die dem Anteilsinhaber eine unternehmerische Kontrolle vermitteln. Eine Beteiligung privater Investoren durch Anteilserwerb ist nach dem Gesetz zurzeit noch in Berlin, Bremen und Sachsen möglich. In Bremen und Sachsen ist die mögliche Beteiligung auf weniger als 50 Prozent der Anteile begrenzt.⁸⁵⁵ In Hessen können auch öffentlich-rechtliche Träger Beteiligungen an einer Sparkasse erwerben, die ihren Sitz nicht im Land haben und nicht nach Landesrecht errichtet wurden.⁸⁵⁶ Diese Regelungen enthalten zum Teil problematische Beschränkungen der Grundfreiheiten. Das gilt namentlich in Bezug auf die Begrenzung der Beteiligungshöhe in Bremen und Sachsen und die Beschränkung auf öffentlich-rechtliche Träger in Hessen, ohne dass diese der Errichtungs- und Ausgestaltungskompetenz des Landesgesetzgebers unterliegen.⁸⁵⁷ Solche Beschränkungen können nicht mit wirtschaftlichen Motiven des Landesgesetzgebers gerechtfertigt werden, insbesondere nicht mit dem Interesse an einem Schutz der bestehenden Wettbewerbsbedingungen für die Sparkassen.⁸⁵⁸ Ebenso scheidet eine Rechtfertigung durch regional- und sozialpolitische Erwägungen aus, wenn das Gesetz dafür keine objektiven und genau definierten Kriterien enthält.⁸⁵⁹ Die Monopolkommission weist darauf hin, dass die genannten Beschränkungen nach europäischem Recht unanwendbar sind, wenn sie nicht gerechtfertigt werden können. Sie tritt dafür ein, diese Beschränkungen abzuschaffen.

2053. Dagegen ist die mit der Europäischen Kommission erzielte Einigung bezüglich des Bezeichnungsschutzes für die Sparkassen nach § 40 KWG zu begrüßen. Die Kommission hatte eine Untersuchung eingeleitet wegen des Verdachts, dass dieser Bezeichnungsschutz eine ungerechtfertigte Behinderung der Kapital- und Niederlassungsfreiheit darstellen könnte.⁸⁶⁰ Denn es handelt sich bei der Bezeichnung „Sparkasse“ um keine (reine) Marke, sondern vor allem um eine aufsichtsrechtliche Kategorisierung von Kreditinstituten im öffentlichen Interesse. Nach der erzielten Einigung muss Deutschland § 40 KWG in einer die Grundfreiheiten nicht verletzenden Weise anwenden, kann privatisierten Sparkassen aber im Fall einer Privatisierung Gemeinwohlverpflichtungen auferlegen, um den Charakter der Sparkassen als gemeinwohlorientierten Kreditinstituten zu wahren.⁸⁶¹

⁸⁵⁵ Siehe § 3 Abs. 6 BerlSpkG, § 53 Abs. 1 S. 3 SächsKredInstG, § 3b BremSpkG (die erforderliche Umwandlung der Sparkasse Bremen ist erfolgt). In Hessen ist nur eine stille Beteiligung i. S. v. §§ 230 ff. HGB möglich (§ 22 HessSpkG).

⁸⁵⁶ § 1 Abs. 4 HessSpkG; ähnlich bis vor Kurzem § 4 Abs. 5 SpkG SH. Siehe auch im Saarland § 28 Abs. 1 SSpG, wonach Sparkassen mit landesfremden Sparkassen vereinigt werden können.

⁸⁵⁷ Siehe nur EuGH, Urteil vom 11. November 2010, C-543/08 – Kommission/Portugal, Slg. 2010, I-11241, Rz. 43, 47; Urteil vom 2. Juni 2005, C-174/04 – Kommission/Italien, Slg. 2005, I-4933, Rz. 32, woraus ein Gebot der Gleichbehandlung von privaten und öffentlichen Unternehmen abzuleiten sein dürfte. Der Monopolkommission ist in diesem Zusammenhang bekannt, dass die Europäische Kommission rechtlich unverbindlich signalisiert hatte, dass Art. 345 AEUV auf Organisationsveränderungen Anwendung finden solle, die ausschließlich im öffentlich-rechtlichen Bereich liegen; vgl. Schreiben des Kommissars McCreevey vom 2006 an das Land Hessen (unveröffentlicht), zit. nach Becker, ZG 2010, 260 (271, Fn. 38).

⁸⁵⁸ EuGH, Urteil vom 8. Juli 2010, C-171/08 – Kommission/Portugal, Slg. 2010, I-6817, Rz. 70; EU-Kommission, Mitteilung der Kommission – EU-interne Investitionen im Finanzdienstleistungssektor, ABl. EU C 293 vom 25. November 2005, S. 2 (4).

⁸⁵⁹ EuGH, Urteil vom 13. Mai 2003, C-463/00 – Spanien/Kommission, Slg. 2003, I-4581, Rz. 70, 80; siehe auch Urteil vom 23. Oktober 2007, C-112/05 – Deutschland/Kommission, Slg. 2007, I-8995, Rz. 70, 74; Urteil vom 8. Juli 2010, C-171/08 – Portugal/Kommission, Slg. 2010, I-6817, Rz. 75 f.

⁸⁶⁰ EU-Kommission, Pressemitteilung vom 28. Juni 2006, IP/06/870; Henneke/Wohltmann, Der Landkreis 2006, 790 ff.; Witte/Gregoritz, WM 2007, 151 ff. m. w. N. zu den z. T. nicht öffentlichen Dokumenten des Verfahrens und zum Verfahrensgang.

⁸⁶¹ So der Sprecher des BMF Mirow auf Anfrage des Abgeordneten Dreibus (Die Linke), BT-Ds. 16/3894.

2054. Vor diesem Hintergrund gibt es für die verschiedentlich geäußerten Befürchtungen, die Durchsetzung der Grundfreiheiten im Sparkassenbereich könne die flächendeckende Versorgung mit kreditwirtschaftlichen Dienstleistungen gefährden, im Grunde keinen Anlass. Diese Versorgung sicherzustellen kann eine Aufgabe der öffentlichen Hand sein, namentlich der Kommunen. Allerdings wird durch die Einräumung der Beteiligungsmöglichkeit Privater die Freiheit der Kommunen gestärkt, selbst zu entscheiden, wie sie diese Versorgung finanzieren. Die Durchsetzung der Grundfreiheiten kann damit nicht zuletzt der örtlichen Daseinsvorsorge zugutekommen.⁸⁶²

Dessen ungeachtet muss die Monopolkommission zur Kenntnis nehmen, dass starke politische Bedenken gegen die Öffnung der Sparkassengruppe für die Beteiligung Privater weiter fortbestehen. Sie wird sich im folgenden Abschnitt mit den insofern vorgebrachten Argumenten der Politik näher auseinandersetzen.

4.6.2 Privatisierungsoption zur besseren Durchsetzung von Gemeinwohlinteressen

2055. Die Privatisierung öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute ist für die Politik seit Jahren ein Reizthema. Dabei stützen die Kritiker einer weiteren Öffnung ihre Argumentation im Wesentlichen auf die Gemeinwohlaufgaben, die die staatlichen Banken erfüllen. Als Bestandteil dieser Tätigkeit wird es gesehen, dass diese Banken durch ihren öffentlichen Auftrag relativ unabhängig von betriebswirtschaftlich verengten Rendite-Erwartungen seien; im Gegensatz zu den rein gewinnorientierten Privatbanken. Die Politik sieht in den Sparkassen und Landesbanken zudem ein Instrument, um regional-, beschäftigungs- oder sozialpolitisch erwünschte Investitionen vorzunehmen. Jede weitere Öffnung der Sparkassen-Finanzgruppe für private Beteiligungen würde einen nicht umkehrbaren Privatisierungsprozess auslösen, der letztlich das Ende der öffentlichen Banken und die Zerstörung der gewachsenen Drei-Säulen-Struktur nach sich zöge. Insbesondere mit Blick auf die Sparkassen werden dafür folgende Gründe angeführt:⁸⁶³

- Die Öffnung für eine private Beteiligung an Sparkassen, die über stille bzw. Genussrechtsbeteiligungen hinausgehe, bedeute bereits die (Teil-)Privatisierung der betreffenden Sparkassen. Es würde ein Präzedenzfall geschaffen, der den Wettbewerb um unternehmerische (Kontroll-)Beteiligungen über die Grenzen des Drei-Säulen-Modells hinaus eröffnen würde (Selbstläuferargument).
- In Anbetracht der oft zerrütteten Kommunalfinanzen sei absehbar, dass die Kommunen irgendwann der Versuchung nicht widerstehen könnten, durch Privatisierung kurzfristig ihre Einnahmen zu steigern. Der Landesgesetzgeber nehme dies bei der Öffnung der Sparkassen für eine Privatisierung bewusst in Kauf, denn die Verkäuflichkeit strebe nur an, wer einen Verkauf wolle bzw. sich damit abgefunden habe („Abkassierargument“).
- Infolge einer Privatisierung könnte die Erfüllung des öffentlichen Auftrags der Sparkassen nicht mehr sichergestellt werden. Daran würde es auch nichts ändern, wenn dem privaten Erwerber der betreffenden Sparkassen Auflagen im Gemeinwohlinteresse gemacht würden. Denn der öffentliche Auftrag der Sparkassen hänge zu stark von der Situation im Einzelfall ab, als dass eine effektive Aufsicht möglich wäre, um die Erfüllung der Gemeinwohlaufgaben zu gewährleisten. Private Unternehmen würden sich durch ihre Gewinnorientierung und mangels demokratischer Kontrolle auch nie so gut in die Erfüllung eines öffentlichen Auftrags einbinden lassen wie die Sparkassen (Sozialstaatsargument).

⁸⁶² Art. 28 Abs. 2 GG; vgl. auch Art. 14 AEUV, Art. 1 Protokoll Nr. 26 zu den Verträgen, ABl. C 115 vom 9. Mai 2008, S. 308.

⁸⁶³ Statt vieler Troost, A./Mathes, M., Der Angriff auf die Sparkassen, Blätter für deutsche und internationale Politik 7/2007, S. 867-877; Stegner, R., Unsere Sparkassen erhalten!, Pressemeldung der SPD-Fraktion im Landtag Schleswig-Holstein vom 23. Januar 2013.

Vor diesem Hintergrund halten es die Kritiker einer weitergehenden Öffnung für unverantwortlich und unverhältnismäßig, einzelne Fälle des Versagens von Sparkassen bzw. Landesbanken und ihren Trägern zum Anlass zu nehmen, um den Gemeinwohlnutzen des staatlichen Bankensystems insgesamt infrage zu stellen und sich „rein ideologisch motivierten“ Privatisierungsplänen zu verschreiben. Allenfalls müsste die politische Kontrolle über die staatlichen Banken verbessert und umfassender ausgestaltet werden.

2056. Die Monopolkommission kann die vorstehenden Befürchtungen nachvollziehen, hält sie aber für unberechtigt bzw. für übertrieben. Die Monopolkommission unterstreicht, dass die früher von ihr und ihren Mitgliedern geäußerten grundsätzlichen Bedenken gegen die Einmischung des Staates in die Wirtschaft weiter ihre Gültigkeit behalten. Dabei geht es ihr jedoch nicht darum, die Freiheit der öffentlichen Hand bei der Ausgestaltung des Staatseigentums infrage zu stellen. Die eigentumsrechtliche Ausgestaltung des Sparkassenwesens steht für sie im vorliegenden Zusammenhang auch nicht im Vordergrund. Es geht hier vielmehr darum, dass die wettbewerbliche Effizienz des bestehenden Bankensystems erhöht und daneben die wettbewerbskonforme Erfüllung des öffentlichen Auftrags der staatlichen Banken sichergestellt wird.

2057. Ausgangspunkt der Wettbewerbspolitik muss die grundsätzliche Forderung sein, dass der Staat wettbewerbskonform agiert, wenn und soweit er am Wettbewerb teilnimmt.⁸⁶⁴ Ausnahmen kommen nur in Betracht, soweit der Staat einen öffentlichen Auftrag verfolgt. Dabei besteht – wie schon hervorgehoben – keine Verpflichtung, dass der Staat von vornherein nur dort tätig wird, wo Private dies nicht besser können. Der Staat hat seine Eingriffe in den Wettbewerb aber auf das zu beschränken, was erforderlich ist, um Aufgaben von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zu erfüllen.⁸⁶⁵ Auch die Sparkassen-Finanzgruppe kann deshalb grundsätzlich nur im Rahmen der Wettbewerbsordnung weiterentwickelt werden. Der Erhalt ihrer bestehenden öffentlich-rechtlichen Strukturen ist dazu nicht unerlässlich.⁸⁶⁶ Die Hauptwettbewerber der Sparkassengruppe (genossenschaftlicher Finanzverbund, Postbank) betreiben ohne staatliche Trägerschaft ebenfalls ein leistungsfähiges, lokal und regional ausgerichtetes Bankgeschäft, das etwaige Lücken in der kreditwirtschaftlichen Versorgung wirksam ausfüllen kann. Vor diesem Hintergrund muss sich die Weiterentwicklung der Sparkassengruppe auf ihre Geschäftstätigkeit und die Anpassung an den Markt konzentrieren, sollte aber dennoch auch die konsequente Ausrichtung der Sparkassengruppe auf ihren öffentlichen Auftrag und die politischen Impulse umfassen, die die Träger in Bezug auf den öffentlichen Auftrag der Gruppe setzen. Wie in diesem Gutachten durchgängig ausgeführt wird, muss zwischen der Rolle der Sparkassengruppe im Wettbewerb und der Rolle ihrer Träger bei der Definition des öffentlichen Auftrags der Gruppe wesentlich genauer unterschieden werden.

2058. Die Monopolkommission hat in den vorgehenden Abschnitten dieses Kapitels ausgeführt, dass die bestehenden Verbundstrukturen die Geschäftstätigkeit der Sparkassengruppe zum Teil befördern, zum Teil aber auch eine rechtlich gebotene Anpassung an den Wettbewerb behindern. Soweit einzelne Verbundmitglieder an Effizienz- bzw. Finanzierungsproblemen leiden, ist davon auszugehen, dass eine größere Flexibilisierung der Strukturen ihnen eine ökonomisch vorteilhafte und rechtlich unbedenkliche Ausrichtung am Wettbewerb ermöglichen würde. Dabei ist den Sparkassen zuzugestehen, dass sie selbst fortlaufend daran arbeiten, einen angemessenen Ausgleich zwischen ihrer Tätigkeit im Wettbewerb und ihrer Gemeinwohlbindung herzustellen. So hat der DSGV von den früheren Renditezielen von 15 Prozent, die nur bei einer wesentlich stärkeren Ausrichtung am Markt eventuell erreichbar gewesen wären, im Zusammenhang mit der Finanzkrise wieder Abstand genommen und sie durch eine ausgewogenere Kombination von Zielen ersetzt, bei der die Belange des Gemeinwohls stärker berücksichtigt werden können (situationsabhängige Eigenkapitalrendite, Ausbau der Hausbankbeziehung, Kundenreichweite, Kundenzufriedenheit). Dabei ist es un-

⁸⁶⁴ Vgl. § 130 Abs. 1 GWB; Monopolkommission, Sondergutachten 27, Systemwettbewerb, Baden-Baden 1998, Rz. 5 ff.

⁸⁶⁵ Siehe Art. 106 Abs. 1, 2 AEUV; vgl. auch oben Tz. 1821.

⁸⁶⁶ Dagegen spricht auch ein Vergleich mit anderen Mitgliedstaaten, vgl. Landesbank Hessen-Thüringen, Im Spannungsfeld zwischen Wettbewerb und politischer Gestaltung: Helaba-Studie zur Entwicklung des Sparkassenwesens in Europa, 12. Februar 2008, S. 13, 23, 31, 40.

bedenklich, dass der DSGVO an einer Kosten-Ertrags-Relation von 60 Prozent festhält, denn die Gemeinwohlbindung besteht vor allem bei der Verwendung der Erträge (wobei dies nicht ausschließt, dass Erträge zur Finanzierung von an sich unrentablen Geschäften im Gemeinwohlinteresse verwendet werden).⁸⁶⁷ Für die Tätigkeit im Wettbewerb braucht es in jedem Fall aber nur wirtschaftlichen Sachverstand und keine Einmischung der Politik.

2059. Die Politik sollte ihre Rolle vielmehr darin sehen, den von der Sparkassengruppe zu erfüllenden öffentlichen Auftrag klar zu definieren und die Erfüllung dieses öffentlichen Auftrags dort sicherzustellen, wo die Ausrichtung der Sparkassen am Markt die Gefahr mit sich bringt, dass Aufgaben der Daseinsvorsorge aus Trägersicht nur unzureichend erfüllt werden. Eine solche Gefahr dürfte allerdings i. d. R. gerade dann entstehen, wenn die Marktkräfte unzweideutig wirken, während der öffentliche Auftrag nur unklar definiert ist. Es liegt also vor allem in der Hand der Politik, das Sparkassenwesen so fortzuentwickeln, dass eine Gefährdung der damit verbundenen Gemeinwohlinteressen vermieden wird.

2060. Die Möglichkeit zur Beteiligung Privater an den Mitgliedsunternehmen des Sparkassenverbunds dürfte mit Blick auf die Geschäftstätigkeit der Sparkassengruppe eine disziplinierende Wirkung entfalten in dem Sinn, dass die Verbundmitglieder die Verbundzusammenarbeit wirtschaftlich effizienter ausgestalten. Zugleich kann es nicht als zwingend angesehen werden, dass das Sparkassenwesen oder die Erfüllung des damit verbundenen öffentlichen Auftrags durch eine solche Beteiligung Privater bis hin zur materiellen Privatisierung grundsätzlich gefährdet werden müsste:

- Die Verantwortung für die Erfüllung des öffentlichen Auftrags verbliebe beim Träger und wäre auch gegenüber privaten Erwerbern eines Verbundunternehmens der Sparkassengruppe durchzusetzen. Die Möglichkeit zur Durchsetzung des öffentlichen Auftrags hinge von der Ausgestaltung der Aufsicht über das Institut ab, an dem die private Beteiligung besteht (re Selbstläuferargument).
- Der Träger wüsste, dass eine vollständige Privatisierung nur einmal möglich ist. Wenn es sich um einen Träger handelt, der verantwortungslos privatisiert, so würde die Erfüllung des öffentlichen Auftrags künftig sehr wahrscheinlich auch nicht verantwortungsbewusster gewährleistet, wenn man die Privatisierung unterbindet. Dagegen würden verantwortungsbewusste Kommunen den privaten Erwerber genau auswählen und die fortlaufende Erfüllung des öffentlichen Auftrags sicherstellen (re „Abkassierargument“).
- Schließlich müsste ein privater Erwerber eines Verbundinstituts genau abwägen, ob die mit dem Erwerb verbundenen besonderen Vorteile (Verbundzugehörigkeit, Markennutzung, gesetzliche Vorrechte wie z. B. Mündelsicherheit⁸⁶⁸) die Restriktionen der Gemeinwohlbindung aufwiegen. Darüber hinaus müssen private Beteiligte an einer Sparkasse damit rechnen, einer relativ strengen Aufsicht zu unterliegen, da die Einräumung der den Sparkassen vorbehaltenen Privilegien sonst nicht mehr ohne Weiteres zu rechtfertigen wäre (re Sozialstaatsargument).

2061. Eine Beteiligung, die mit unternehmerischer Kontrolle verbunden ist, würde eine effektive Aufsicht erfordern, welche die Erfüllung des öffentlichen Auftrags dauerhaft sicherstellt. Dieses Problem wird in den Rechtsgrundlagen für die Bayerische Landesbank und die Nord/LB, die eine mögliche materielle Privatisierung bereits regeln, jedoch zufriedenstellend gelöst.⁸⁶⁹ Die Aufsicht hinsichtlich der Erfüllung des öffentlichen Auftrags ist insofern für den Fall staatlicher Trägerschaft wie für den Fall privater Trägerschaft gleich ausgestaltet und umfasst das übliche aufsichtsrechtliche Instrumentarium, um die Durchsetzung der

⁸⁶⁷ Vgl. die Empfehlung der Monopolkommission in Tz. 1803., den öffentlichen Auftrag der Sparkassen auf die Sicherung der kreditwirtschaftlichen Versorgung über das ohnehin am Markt verfügbare Angebot hinaus zu begrenzen.

⁸⁶⁸ Siehe § 1807 Abs. 1 Nr. 5 BGB.

⁸⁶⁹ Art. 3 Abs. 1 S. 2 BayLBG, § 3 Abs. 3 Staatsvertrag vom 22. August 2007 über die Norddeutsche Landesbank - Girozentrale -.

für die Aufsicht maßgebenden Ziele auch im Einzelfall sicherzustellen. Es gibt keinen Grund für die Annahme, dass es weitergehender Eingriffsrechte bedarf, um die Erfüllung des öffentlichen Auftrags zu gewährleisten.

2062. Ausschlaggebend für die Empfehlung einer weiteren Öffnung der Sparkassengruppe gegenüber privaten Investoren ist für die Monopolkommission allerdings, dass die Nachteile, die mit der Beschränkung privater Investoren bisher verbunden sind, schwerwiegender erscheinen als die Vorteile, welche mit der bislang verteidigten, allein staatlich kontrollierten Fortentwicklung des Sparkassenwesens verbunden sind. So gibt es Belege für weiter bestehende erhebliche Ineffizienzen (nachfolgend Tz. 2063.) sowie dafür, dass die Sparkassen ihren öffentlichen Auftrag in einer – aus wettbewerbspolitischer Sicht – nicht immer nachzuvollziehenden Weise ausfüllen (nachfolgend Tz. 2064.).

2063. In Bezug auf die bestehenden Ineffizienzen ist zu wiederholen, dass die Sparkassengruppe ihre Erträge durch eine in vielerlei Hinsicht wettbewerbsfeindliche Ausgestaltung der Verbundkooperation erwirtschaftet.⁸⁷⁰ Davon abgesehen ist es im Lauf der Zeit immer wieder zu immer kostspieligeren Fehlinvestitionen gekommen, die auf eine fehlende Anpassung an die Marktverhältnisse zurückgeführt werden können. Das Schicksal einiger Landesbanken in der Finanzkrise markiert insofern einen traurigen Höhepunkt.⁸⁷¹ Aber auch der kostspielige Erwerb der Landesbank Berlin durch die Sparkassengruppe und ökonomisch sinnlose Projekte einzelner Sparkassen (z. B. der Aufbau eines Kölner Medienstandorts durch die Sparkasse Köln-Bonn) sind in diesem Zusammenhang zu nennen.⁸⁷² Die Kosten dieser Ineffizienz werden im Rahmen der lautstarken Verteidigung des öffentlichen Bankwesens regelmäßig nicht angesprochen, sondern stillschweigend den Steuerzahlern und im Fall der Landesbanken – durch Entlassungen – auch den Arbeitnehmern der betreffenden Institute auferlegt.

2064. Ebenso gibt es Anlass, die Erfüllung des öffentlichen Auftrags durch die staatlichen Banken zu hinterfragen. Das gilt namentlich in Bezug auf den Auftrag der Sparkassen, die kreditwirtschaftliche Versorgung sicherzustellen; insbesondere wenn man diesen Auftrag so weit versteht, wie er derzeit in den Sparkassengesetzen formuliert ist. In der Stuttgarter Erklärung zur Anlageberatung (2010) heißt es:

„Im Mittelpunkt der Beratung stehen die Ziele und Bedürfnisse des Kunden. [...] Ein reiner Produktverkauf ohne Rücksicht auf die Bedürfnislage des Kunden ist mit der Philosophie von Sparkassen nicht vereinbar.“

Es ist hervorzuheben, dass diese Selbstverpflichtung im Grunde eine Selbstverständlichkeit ist, die nur die für alle Banken verbindlichen gesetzlichen Vorgaben zur Anlageberatung nachvollzieht.⁸⁷³ Dennoch haben nach Presseberichten viele Sparkassen an ihre Kunden gegen hohe Provision hochriskante und zum Teil ethisch fragwürdige Anlagen ohne Aufklärung über deren Funktionsweise und Risiken verkauft.⁸⁷⁴ Soweit die Sparkassen außerdem über das Leistungsangebot ihrer Wettbewerber hinaus zusätzliche Leistungen erbringen wie z. B. die Führung von Jedermann- oder Pfändungsschutzkonten („P-Konten“), fordern sie hohe Gebühren, die von den auf diese Produkte oft alternativlos angewiesenen Kunden getragen werden müssen.⁸⁷⁵ Auch für reguläre Bankdienstleistungen erheben Sparkassen Gebühren, die zum Teil rechtlich

⁸⁷⁰ Siehe oben Abschnitte 4.3-4.4.

⁸⁷¹ Siehe oben Tz. 1437. ff., 1447. ff.

⁸⁷² Zum Erwerb der Landesbank Berlin siehe etwa Drost, M.F., Landesbank Berlin belastet Sparkassen, Handelsblatt, 8. März 2013, S. 29; zu den Fehlinvestitionen der Sparkassen z. B. Dönch, U./Körner, A./Spilcker, A., Wie heil ist die Sparkassen-Welt?, Focus Magazin Nr. 34/2009, 17. August 2009; Bergemann, M./Welp, C., Vertreibung aus dem Paradies, Wirtschaftswoche 17/2013, 22. April 2013, S. 44 ff.

⁸⁷³ Nicht unbedenklich daher die kürzlich bei den deutschen Banken allgemein festgestellten Beratungsmängel, BMJV, Beratungsprotokolle sollen qualitativ hochwertige Beratung sicherstellen; Meldung vom 22. Juni 2014; Frühauf, M., Viele Anlageberater schummeln, FAZ, 24. Juni 2014.

⁸⁷⁴ Vgl. Bognanni, M., Kundennah, konservativ, kaltblütig, Handelsblatt, 13. März 2013, S. 4; o. A., Sparkassen droht Klagewelle, Handelsblatt, 12. März 2013; Reimann, A./Bergemann, M., Mit diesen Tricks verkauften Banken windige S&K-Fonds, Wirtschaftswoche, 2./4. März 2013.

⁸⁷⁵ BGH, Urteil vom 13. November 2012, XI ZR 500/11 und XI ZR 145/12 – P-Konten, GWR 2013, 45; OLG Magdeburg, Urteil vom 31. Januar 2012, 9 U 128/11 – Jedermannkonto, ZIP 2012, 1119.

fragwürdig sind (z. B. Gebühren für Darlehensauszüge oder für gescheiterte Abbuchungen wegen fehlender Kontodeckung) oder erheblich über den Gebühren anderer Institute liegen (z. B. bei Geldautomatenabhebungen).⁸⁷⁶ Dieses Verhalten führt durchweg zu erheblichen Zusatzkosten für die Verbraucher.

2065. Die Aufsicht der Politik über die Sparkassengruppe erscheint angesichts dieser erheblichen Defizite unzureichend. Die Mängel der Aufsicht haben ihren Grund allerdings nur zum Teil darin, dass die Landesgesetzgeber den Belangen des Sparkassenverbands Vorrang geben vor den individuellen Belangen der Träger, die nach den bestehenden Gesetzen nur einen begrenzten Zugriff auf ihre Sparkassen haben. Bedenklicher ist, dass die Träger in den Fällen, in denen Fehlinvestitionen oder Missmanagement öffentlich geworden sind, ihre Aufsichtsverantwortung im Verwaltungsrat nur unzureichend wahrgenommen haben. Dies ist indessen nicht verwunderlich angesichts der engen personellen Verflechtungen zwischen den Sparkassen und der Politik und den damit verbundenen finanziellen Vorteilen für beide Seiten.⁸⁷⁷ Eine ergänzende Kontrolle durch die Öffentlichkeit lässt sich offenbar nur sehr bedingt gewährleisten. Es dürfte einen erheblichen Strukturfehler darstellen, dass die politischen Organwalter die von den Sparkassen zu erfüllenden Gemeinwohlinteressen einerseits frei definieren und andererseits bei der Überwachung der Erfüllung dieser Interessen im Verwaltungsrat auch unternehmerische Eigeninteressen verfolgen können.

Die Monopolkommission spricht sich jedenfalls aus grundsätzlichen Erwägungen dafür aus, dass die Definition des öffentlichen Auftrags der Sparkassen durch die Politik und die Ausübung der Aufsichtsverantwortung im Verwaltungsrat der Sparkassen personell voneinander getrennt werden.⁸⁷⁸

4.6.3 Zwischenergebnis

2066. Die Monopolkommission begrüßt die bisherigen Initiativen, die zur Öffnung der Sparkassenfinanzgruppe für private Investoren und damit zur finanziellen Stärkung der Sparkassengruppe in den Jahren vor der Finanzkrise getroffen wurden. Sie mahnt aber an, dass eine solche Öffnung in einer Weise erfolgen muss, die mit den Grundfreiheiten vereinbar ist. Die Beteiligungsregelungen einiger Bundesländer (Bremen, Hessen und Sachsen) begegnen insofern Bedenken.

2067. Die Monopolkommission kann die von der Politik gegen eine Fortsetzung der Öffnung der Sparkassengruppe geäußerten Bedenken nachvollziehen, hält sie allerdings für unberechtigt bzw. für übertrieben. Eine solche Öffnung kann in einer Weise erfolgen, dass die Erfüllung des öffentlichen Auftrags der Institute der Sparkassengruppe dauerhaft sichergestellt ist. Die bisherige rein öffentliche Trägerschaft erscheint sowohl vom Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Effizienz wie auch mit Blick auf die Erfüllung des öffentlichen Auftrags unbefriedigend. Eine bessere Beaufsichtigung der Sparkassengruppe dürfte nicht zuletzt durch die engen Verflechtungen zwischen der Gruppe und der Politik verhindert werden. Die Monopolkommission spricht sich dafür aus, die Definition des öffentlichen Auftrags der Sparkassen durch die Politik und die Ausübung der Aufsichtsverantwortung im Verwaltungsrat der Sparkassen personell voneinander zu trennen.

⁸⁷⁶ Siehe BGH, Urteil vom 13. Februar 2001, XI ZR 5/97 – Lebensversicherungen, WM 2001, 563; Verbraucherzentrale Bundesverband, Pressemeldung vom 21. März 2013 zu LG Frankfurt/M., Urteil vom 6. März 2013, 2-02 O 274/12 (nicht rechtskräftig); zu den Transaktionsentgelten an Geldautomaten schon Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Rz. 599.

⁸⁷⁷ Siehe daneben zur Problematik fehlender branchenspezifischer Sachkunde in den Kontrollorganen von Sparkassen und Genossenschaftsbanken Körner, T. u.a., Glas halb voll oder halb leer? Eine Analyse der Qualifikation von Kontrollorganmitgliedern deutscher Banken, RWI Materialien 78, Mai 2014.

⁸⁷⁸ Daneben ist zu wiederholen, dass eine stärkere Darstellung der Gemeinwohltätigkeit in der Werbung und den Geschäftsberichten der staatlichen Institute eine bessere öffentliche Kontrolle der Erfüllung des öffentlichen Auftrags ermöglichen könnte; siehe oben Tz. 1805., 1811.

5 Finanzprodukte und -transaktionen

5.1 Allgemeine Marktsituation

2068. Der Wettbewerb mit Finanzprodukten ist stark durch die strukturellen Rahmenbedingungen auf den Finanzmärkten geprägt, namentlich durch intensive Regulierung und in Deutschland durch die Drei-Säulen-Struktur des deutschen Bankensystems. Dabei herrscht im standardisierten Kreditgeschäft viel Wettbewerb, wohingegen die Lage bei komplexeren Produkten nicht ohne Weiteres leicht einzuschätzen ist.

2069. Im deutschen Finanzgeschäft erweist sich die bislang verschleppte Konsolidierung (Overbanking) für die Marktentwicklung als schwere Hypothek. Die deutschen Banken behaupten sich insgesamt zwar erfolgreich im Wettbewerb, doch sind gerade die Filialbanken häufig ertragsschwach. Auf Wachstumsmärkten zeigen viele heimische Banken deshalb nur eine geringe Präsenz.

2070. Der Markt ist freilich in Bewegung. Die Nachfrage differenziert sich sowohl im Privatkundengeschäft als auch im Geschäfts- und Firmenkundengeschäft aus. Zugleich erweitert sich der Wettbewerberpool auf Anbieterseite, ebenfalls sowohl im Privatkundengeschäft (z. B. über Ethikbanken u. a. Nischenanbieter) als auch im Geschäfts- und Firmenkundengeschäft (z. B. über Schattenbanken); auch Handels- und Internetunternehmen drängen zunehmend in den Markt (z. B. als Zahlungsdiensteanbieter).⁸⁷⁹ Die Marktanalyse der Banken zu diesen Marktveränderungen scheint noch nicht abgeschlossen zu sein.⁸⁸⁰ Fest steht, dass die Banken ihre Geschäftsmodelle werden ändern müssen, um über die gesamte Wertschöpfungskette hinweg innovativer zu werden.⁸⁸¹ Für Filialbanken bedeutet dies bspw., dass sie sich einem zunehmenden Wettbewerb aus dem Internet stellen müssen. Es ist abzusehen, dass die Kunden wenig komplexe Leistungen zwar immer stärker über das Internet nachfragen, aber für beratungsintensive Dienstleistungen weiterhin eine persönliche Beratung – bevorzugt in einer Filiale – wünschen. Die mit dem Filialgeschäft verbundenen Kosten sind allerdings eine nicht unerhebliche Herausforderung.⁸⁸² Die Marktteilnehmer erwarten deshalb, dass die Banken sich einer weiteren Konsolidierung kaum werden entziehen können, dass Niederlassungen zusammengelegt werden und dass der Trend zu kostengünstigen und damit zu von komplexen hin zu standardisierten Bankdienstleistungen und Produkten gehen wird.⁸⁸³ Zugleich wird es für die Banken jedoch erforderlich sein, ihr Produktangebot noch wesentlich stärker auf die Kundenbedürfnisse hin auszurichten und ausdifferenzieren, da sie zusätzliche Kosten von Mehrwertdienstleistungen sonst nicht werden auf die Kunden umlegen können und enttäuschte Kunden dauerhaft verlieren werden. Die Organisation der Beratung wird somit aufwendiger werden und voraussichtlich weitere, noch nicht abzusehende regulatorische Fragen aufwerfen.⁸⁸⁴

2071. Die Einschätzung der Wettbewerbssituation in Bezug auf Finanzprodukte und -transaktionen ist somit schwierig. Die Gefahr besteht, dass einzelne Aussagen schnell überholt sind. Allerdings stehen für dieses

879 Siehe Steria Mummert Consulting/FAZ-Institut, Branchenkompass 2012 Kreditinstitute, November 2012; Roland Berger, Die Zukunft des Retail Bankings in Europa, 11. Oktober 2013; Investors Marketing, Privatkundenvertrieb im Umbruch, IM-Trendstudie 2013, Juni 2013; ferner o. A. Einmal Kaugummis und ein Bankkonto, bitte!, Reuters/Handelsblatt, 16. Oktober 2013 zu dem Angebot von einfachen Bankdienstleistungen über Kioske in Frankreich („Nickel“).

880 Dazu z. B. Baches, Z., Banken suchen Ertragsquellen der Zukunft, NZZ, 12. April 2013.

881 Als Beispiel für eine aktuelle Studie, siehe The Boston Consulting Group, Global Payments 2013. Getting Business Models and Execution Right, September 2013.

882 Die Filialinfrastruktur macht nach Angaben in der Presse rund 45-50 Prozent der Kosten des Privatkundengeschäfts aus; vgl. Neuhaus, C., Banken suchen eine neue Strategie, Tagesspiegel, 15. September 2013.

883 Eine solche Entwicklung ist auch grundsätzlich gewünscht, obwohl sich dies in der Regulierung nicht immer widerspiegelt; siehe EU-Parlament, GD Interne Politikbereiche, Consumer Protection Aspects of Financial Services, Studie PE 507.463 Februar 2014, S. 13, 77, 100.

884 Etwa im Datenschutz, vgl. IBM Global Business Services, Analytics: The Real-World Use of Big Data, Executive Report, Oktober 2012.

Gutachten ohnehin die Marktbedingungen im Vordergrund und weniger die Veränderungen bei einzelnen Finanzdienstleistungen.

2072. In Bezug auf die Marktbedingungen wurde bereits darauf hingewiesen, dass Banken als Finanzintermediäre eine Zwischenstellung zwischen Ein- bzw. Anlegern und Kreditnehmern einnehmen. Im Regelfall sind Banken und andere Finanzintermediäre auch an den Plattform-Infrastrukturen beteiligt, über die Finanztransaktionen ausgeführt werden (z. B. Zahlungsverkehrssysteme, zentrale Gegenparteien, Deutsche Börse). Mit zunehmender Komplexität der Finanzprodukte kommen zudem Informationsasymmetrien zugunsten der Anbieterseite zum Tragen. Diese Strukturmerkmale können für wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen ausgenutzt werden.

2073. Im vorliegenden Abschnitt sollen einige aktuelle Marktentwicklungen aufgegriffen werden, in denen sich strukturelle Probleme zeigen, die nach gegenwärtigem Informationsstand wettbewerbsschädliche Verhaltensweisen begünstigen.

5.2 Kartellprobleme bei Referenzwerten und anderen Finanzinformationen

2074. Die Kartellbehörden haben weltweit in den vergangenen Jahren in mehreren Fällen Ermittlungen wegen Marktmanipulationen durch internationale Großbanken und andere Finanzmarktunternehmen durchgeführt und teilweise auch bereits abgeschlossen. Die Manipulationen betrafen namentlich:

- mehrere Referenzzinssätze für Interbankengeschäfte (Euribor, Libor)⁸⁸⁵,
- einen (weiteren) Referenzzinssatz für Zinsderivate (ISDAfix),
- Referenzkurse für Währungen⁸⁸⁶ und
- Finanzinformationen über CDS und die Abschottung des Marktes für CDS-Clearing und -Börsendienste.⁸⁸⁷

Der Ermittlungen zu CDS betreffen allerdings einen Vorwurf von Kartellabsprachen, die ihrer Art nach von den anderen Fällen abweichen und deshalb im Folgenden außer Betracht bleiben sollen. Davon abgesehen besteht der Verdacht, dass auch kartellrechtlich relevante Manipulationen in Bezug auf bestimmte Rohstoffe stattgefunden haben könnten, wobei an diesen Manipulationen Banken (Edelmetalle, Aluminium) ebenso wie Nichtbanken (Rohöl) beteiligt gewesen sein können.⁸⁸⁸

2075. An den Manipulationen haben sich in vielen Fällen offenbar auch Institute mit Sitz in Deutschland beteiligt, zumindest aber die Deutsche Bank. Diese war offenbar auch in Manipulationen verstrickt, die sich auf rein außereuropäische Märkte bezogen (kalifornischer Strommarkt).

2076. Die bekannt gewordenen Manipulationen sind die aus Wettbewerbssicht bislang schwer wiegendsten Verstöße im Finanzbereich und dürften zu den bislang bedeutendsten Kartellverstößen überhaupt gehören. Die betroffenen Referenzwerte haben eine grundlegende Bedeutung für eine Vielzahl von Finanzprodukten.

⁸⁸⁵ Insbesondere Yen-Libor und Euro-Euribor, außerdem der jap. Tibor, allerdings in einem geringeren Umfang (zumindest soweit die EU-Märkte betroffen waren). Von diesen Manipulationen waren die nachfolgend genannten ISDAfix-Manipulationen unabhängig; diese werden hier deshalb getrennt aufgeführt.

⁸⁸⁶ In der EU laufen derzeit Ermittlungen in Bezug auf Produkte mit CHF-Nennwerten; EU-Kommission, MEMO/13/1090 vom 4. Dezember 2013.

⁸⁸⁷ EU-Kommission, COMP/39.730 - CDS (Credit Default Swaps) - Clearing und COMP/39.745 - CDS - Informationsmarkt; dazu auch Value Recovery Fund LLC v JPMorgan Chase et al., S.D.N.Y., 13 CIV 4928, Klageschrift vom 16. Juli 2013; Carney, The EU's Odd Antitrust Case Against the Banks, CNBC.com vom 1. Juli 2013, der bzgl. dieser Ermittlungen auf einen möglichen Zusammenhang mit der Problematik um implizite Garantien hinweist. Zu dem Fall siehe schon oben Tz. 1025. ff.

⁸⁸⁸ In Bezug auf Manipulationen des Goldpreises ist einer Großbank (Barclays) bereits eine Geldbuße auferlegt worden, allerdings nur wegen eines Einzelfalls (kein Kartell); siehe UK FCA, Pressemitteilung vom 23. Mai 2014.

So sind bspw. Kredite mit variablem Zinssatz oft an die Referenzzinssätze für Interbankenkredite gebunden, nach EU-Schätzungen u. a. um etwa rund 40 Prozent der Verbraucherkredite in der EU.⁸⁸⁹ Der genannte Referenzzinssatz für Zinsderivate wird verwendet, um Ausübungswerte für in bar abgewinkelte Swap-Optionen zu ermitteln, aber auch, um die Preise von Anleihen und anderen Wertpapieren zu bestimmen.⁸⁹⁰ Es wird allerdings befürchtet, dass sich die Absprachen am stärksten auf den Devisenmärkten ausgewirkt haben, angesichts eines täglichen Devisenumsatzes von mittlerweile rund USD 5,3 Bio. (= EUR 3,9 Bio.).⁸⁹¹

2077. In allen bislang aufgedeckten Fällen dürfte der Nutzen einer Kartellabsprache für die beteiligten Banken weit höher gewesen sein als das damit verbundene Risiko. Auf der einen Seite sind die betroffenen Referenzwerte für die Finanzwirtschaft zentral. So soll die Deutsche Bank nach internen Dokumenten allein im Jahr 2008 mehr als EUR 500 Mio. mit Geschäften auf Referenzzinssätzen wie den Liborzinsen verdient haben. Somit versprochen bereits relativ geringe Veränderungen der Referenzwerte hohe Gewinne.⁸⁹² Außerdem nutzten die beteiligten Banken die Möglichkeit zur Manipulation der Referenzzinssätze für Interbankengeschäfte, um während der Finanzkrise eine schlechte Entwicklung ihrer Zinskonditionen infolge des Einbruchs der Interbankenmärkte zu verschleiern.⁸⁹³ Im Kontext des mutmaßlichen Devisenkartells ließ sich nach Schätzungen auf Transaktionen mit einem Volumen von USD 10 Mrd. ein manipulationsbedingter Gewinn von USD 500 Mio. erzielen.⁸⁹⁴ Auf der anderen Seite war eine Aufdeckung von Manipulationen angesichts der Komplexität der Kapitalmärkte wenig wahrscheinlich, ebenso die Festsetzung empfindlicher Sanktionen, schon da es keine Präzedenzfälle gab. Die Aufsichtsbehörden verzichteten zudem auf eine laufende Überwachung der Referenzzinsermittlung.

2078. Die Mitarbeiter hatten ihrerseits erhebliche Anreize zur – auch koordinierten – Marktmanipulation, da sie sich auf diese Weise Informationen verschaffen konnten, die es ihnen ermöglichten, eigene Geschäfte mit zeitlichem Vorsprung durchzuführen oder auf andere Weise höhere Profite zu erzielen. Außerdem konnten die beteiligten Händler die Manipulationen dazu nutzen, für sie persönlich vorteilhafte Geschäfte abzuschließen, sei es, dass sie dadurch die Aussicht auf höhere Boni erhielten, sei es, dass sie mit eigenem Geld spekulierten. Dies konnte sich sogar unmittelbar zum Nachteil des betreffenden Instituts auswirken, nämlich wenn Händler durch die Kartellabsprachen einen für sie günstigen Geschäftsabschluss herbeiführten, der für andere Unternehmensbereiche der betreffenden Bank nachteilig war.

2079. Die Aufsichts- und Kartellbehörden weltweit haben in den letzten Jahren umfassende Ermittlungen eingeleitet, nachdem sich ein seit Ende 2007 bestehender Verdacht auf Manipulationen des Referenzzinssatzes Libor zunehmend konkretisiert hatte.⁸⁹⁵ Allein an der Aufarbeitung der Manipulation von Referenzzinssätzen für Interbankengeschäfte (Libor usw.) sind mittlerweile Wettbewerbs- und Aufsichtsbehörden in einer Vielzahl von Rechtsordnungen weltweit beteiligt, deren Ermittlungen sich jeweils auf für die betreffende Rechtsordnung besonders gravierende Verstöße konzentriert haben.⁸⁹⁶ Der Verdacht auf mögliche

889 Nach Schätzungen war allein der Libor-Zins im Tatzeitraum die Grundlage für Produkte im Wert mehrerer USD hundert Bio., vgl. Wheatley Review of Libor, Final Report (Sept. 2012), Rz. 1.11 (USD 300 Bio.), BIZ wie zit. in U.S. DOJ, Pressemitteilung vom 19. Dezember 2012 (USD 450 Bio.).

890 Nach Schätzungen handelt es sich um Produkte mit einem Nominalwert von USD 379 Bio.

891 Vgl. BIZ, Triennial Central Bank Survey 2013. Foreign Exchange Turnover in April 2013: Preliminary Global Results, September 2013, S. 3.

892 Vgl. Ertinger, S., Deutsche Bank soll halbe Milliarde im Zinshandel verdient haben, Handelsblatt, 10. Januar 2013.

893 Vgl. Snider, C./Youle, T., Diagnosing the LIBOR: Strategic Manipulation and Member Portfolio Positions, Dezember 2009.

894 Vgl. Flütsch, A., Wie Banker Investoren um Milliarden brachten, Tages-Anzeiger, 5. Oktober 2013; siehe auch Hässig, L., UBS entlässt 2 Toptrader in Devisenskandal, InSide Paradeplatz, 4. Oktober 2013.

895 Siehe zu den Anfängen der Ermittlungen: Mollenkamp, C./Whitehouse, M., Study Casts Doubt on Key Rate, Wall Street Journal, 29. Mai 2008; Ellis, D.M., LIBOR Manipulation: A Brief Overview of the Debate, FTI Consulting, 20. April 2011.

896 Ermittlungen fanden bisher unter anderem in der EU, den USA, Australien, Brasilien, Kanada, Japan, der Schweiz und Südkorea statt; siehe Kommission, Staff Working Document vom 7. Mai 2013, SWD(2013), 159 final, S. 27. Dabei erstreckten sich die Ermittlungen der Aufsichtsbehörden auch auf mögliche Manipulationen durch Banken, die nicht kartellbeteiligt waren; siehe Mussler, W./Mußler, H., Banken im Visier der EU, FAZ, 11. Dezember

Manipulationen des Referenzsatzes ISDAfix für Zinsderivate und von Referenzkursen für Währungen hat ebenfalls zu weltweiten Ermittlungen geführt, wobei diese Fälle nach Einschätzung von Beteiligten noch bedeutender sein könnten als der Fall um Referenzsätze für Interbankgeschäfte.⁸⁹⁷

2080. Die aufgedeckten Manipulationen haben öffentliche Empörung ausgelöst und dürften zum aktuellen Vertrauensverlust in das Bankwesen erheblich beigetragen haben. Zwar ist noch offen, ob sich in Bezug auf die noch nicht abgeschlossenen Fälle ein Kartellvorwurf erhärten lässt. Dennoch ist fraglich, ob es sich lediglich um Einzelfälle handelte. Die Monopolkommission hat vielmehr Bedenken, dass es auf einigen Märkten des internationalen Finanzgeschäfts eine strukturell begründete Kartellneigung geben könnte.

2081. Die Bedenken folgen daraus, dass in den betreffenden Fällen (i) Marktbedingungen bestanden, unter denen eine Koordinierung von Unternehmensinteressen üblicherweise besonders wahrscheinlich ist, (ii) die Ermittlung von Referenzwerten einen Informationsaustausch erforderte, der geeignet war, erhebliche wettbewerbliche Bedenken hervorzurufen, und (iii) sich aus den genannten Umständen hohe Organisations- und Verhaltensanforderungen ergaben, deren Nichtbeachtung eine wettbewerbsrechtliche Haftung der beteiligten Banken und Unternehmen auslösen musste.

Marktbedingungen begünstigten Koordination

2082. Eine Manipulation von Referenzwerten, und erst Recht eine dahin gehende Kartellkoordination, wurde angesichts der Art und Weise, wie das Verfahren zur Ermittlung dieser Referenzwerte organisiert war, und angesichts des Wettbewerbs auf den internationalen Finanzmärkten vorab kaum für möglich gehalten. In Wirklichkeit konnten die Beteiligten die Manipulationen jedoch offenbar über längere Zeiträume durchführen und in Kartellen organisieren, die auch über längere Zeiträume stabil waren (sogar über die von den Ermittlungsverfahren abgedeckten Zeiträume hinaus). Manipulationen des Libor-Zinssatzes soll es seit 1991 gegeben haben.⁸⁹⁸ Im Devisenkartellfall haben Händler ausgesagt, Manipulationen seien täglich vorgekommen und hätten mindestens über zehn Jahre stattgefunden.⁸⁹⁹ Dies dürfte auf die Ausgestaltung des Verfahrens zur Ermittlung der Referenzwerte und die Marktbedingungen im Übrigen zurückzuführen sein.

2083. Nach den bestehenden kartellrechtlichen Maßstäben lassen sich zwar keine Aussagen dazu treffen, unter welchen Marktbedingungen Unternehmen im Einzelfall tatsächlich Kartelle bilden. Allerdings ist anerkannt, dass die vorhandenen Strukturen ein koordiniertes Verhalten wahrscheinlich machen können, wenn der Nutzen aufgrund einer solchen Koordination größer ist als ohne die Koordination.⁹⁰⁰ Eine solche Koordination muss nicht notwendig auf Absprachen beruhen. Sie muss aber einfach und dauerhaft möglich sein, weil die Unternehmen in der Lage sind, die Koordination zu überwachen, weil den teilnehmenden Unternehmen Abschreckungsmechanismen zur Disziplinierung abweichenden Verhaltens zur Verfügung

2012. Manipulationen des Libor-Zinssatzes soll es seit 1991 gegeben haben; siehe Keenan, D.J., wie zit. In Bundestag, Britischer Finanzexperte berichtet von langjährigen Zinssatz-Manipulationen, Pressemitteilung vom 28. November 2012. Devisenmanipulationen sollen ebenfalls über wenigstens zehn Jahre stattgefunden haben; Vaughan, L./Finch, G./Choudhury, A., Traders Said to Rig Currency Rates to Profit Off Clients, Bloomberg, 12. Juni 2013.

897 Ermittlungen laufen in Bezug auf die Manipulation des Referenzzinssatzes für Zinsderivate bisher zumindest bei verschiedenen Behörden in der EU und in den USA, in Bezug auf Devisenmanipulationen in der EU, der Schweiz und Asien (mindestens Hong Kong).

898 Vgl. Keenan, D.J., wie zit. in Bundestag, Britischer Finanzexperte berichtet von langjährigen Zinssatz-Manipulationen, Pressemitteilung vom 28. November 2012.

899 Vaughan, L./Finch, G./Choudhury, A., Traders Said to Rig Currency Rates to Profit Off Clients, a. a. O.

900 EU-Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (nachfolgend „Leitlinien über horizontale Zusammenschlüsse“), ABl. EU C 31 vom 5. Februar 2004, S. 5, Tz. 40 f.; ähnlich Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (nachfolgend „Leitlinien über nichthorizontale Zusammenschlüsse“), ABl. EU C 265 vom 18. Oktober 2008, S. 6, Tz. 80.

stehen und weil Außenstehende (z. B. Wettbewerber, Kunden) die Koordination im Ergebnis nicht gefährden können.⁹⁰¹

2084. Dass die Märkte, auf denen die Referenzwerte genutzt werden, vielfach ausgesprochen wettbewerbsintensiv sind, spielt vorliegend keine Rolle. Bei allen bisher aufgedeckten Manipulationen von Referenzwerten ist nämlich zwischen den Marktbedingungen, unter denen diese Referenzsätze ermittelt wurden, und den Marktbedingungen ihrer Verwendung zu unterscheiden. Die Ermittlung von Referenzwerten ist eine Dienstleistung, die dem Kapitalmarktgeschäft und anderen Geschäften, bei denen jene Werte Verwendung finden, vorgelagert ist. Auf die Marktsituation, in der die Werte verwendet werden, kommt es daher nicht an.

2085. Die Referenzwerte wurden oft nur auf Basis von Geschäftsdaten bzw. von Schätzungen relativ weniger Banken ermittelt. So waren zwar an der Ermittlung der Referenzzinssätze für Interbankengeschäfte insgesamt bis zu achtzehn (Libor) bzw. bis zu 43 Banken (Euribor) beteiligt. Im Fall des Libor waren jedoch Referenzsätze für 10 Währungen in 15 unterschiedlichen Laufzeiten zu ermitteln. Ähnlich war die Situation beim Euribor. Die beteiligten Banken verteilten sich deshalb auf mehrere Panels, deren Zusammensetzung variierte und die jeweils zwischen sechs und achtzehn Banken umfassten. Innerhalb dieser Panels trafen immer wieder dieselben Banken bzw. deren Vertreter zusammen. Außerdem flossen nicht alle von den Banken gemeldeten Werte in die Referenzzinssätze ein, sondern es wurde ein Durchschnitt aus den gemeldeten Zahlen gebildet, wobei Extremwerte in einem vorab festgelegten Umfang unberücksichtigt bleiben (Libor: höchste und niedrigste 25 Prozent). Sofern die Banken keine (relativ) extremen Schätzungen abgaben, bestand somit eine gute Aussicht, den Referenzwert durch koordinierte Meldungen beeinflussen zu können. Die Ermittlung der Referenzzinsen für Zinsderivate erfolgte in vergleichbarer Weise.

2086. Der Devisenhandel ist zwar ein Geschäft mit vielen Teilnehmern, und die Ermittlung der Referenzwerte für Devisen beruhte auf realen Geschäftsvorgängen, d. h. anders als im Fall der Referenzsätze für Interbankengeschäfte und Zinsderivate nicht auf Schätzwerten. Die Beteiligten an den relevanten Geschäften schwankten jedoch je nach Währungspaaren. Insgesamt dominieren vier Banken den Markt für Fremdwährungsgeschäfte, mit einem auf über 50 Prozent geschätzten Marktanteil (UBS, Deutsche Bank, Citigroup, Barclays). Diese treffen bei Währungsgeschäften immer wieder aufeinander. Die von den beteiligten Banken gemeldeten Daten wurden von einem Dienstleistungsunternehmen gesammelt und daraus ein Mittelwert gebildet. Es wird angenommen, dass Manipulationen insbesondere bei seltener gehandelten Währungspaaren vorkamen.

2087. Die Koordinierung wurde dadurch abgesichert, dass die Beteiligten wirksam von einem abweichenden Verhalten abgehalten werden konnten. So erhöhte ein abweichendes Verhalten bei der Manipulation von Referenzzinssätzen gerade zurzeit der Finanzkrise das Risiko, dass Liquiditätsprobleme einzelner Banken offenbar wurden. Im Übrigen war ein abweichendes Verhalten für die beteiligten Händler und Banken gleichbedeutend mit einem Verzicht auf mögliche Profite.

2088. Außerdem konnten die an einer Manipulation Beteiligten ihre Koordination wirksam gegen andere Marktteilnehmer abschotten. Sie konnten sich dabei beträchtliche Informationsgefälle zunutze machen, die zwischen den Beteiligten und Außenstehenden bestanden. Eine Aufdeckung in Bezug auf die Referenzzinssätze für Interbankengeschäfte oder Zinsderivate wurde zusätzlich dadurch erschwert, dass es sich um Informationen handelte, die auch innerhalb von Banken vor allem Spezialisten verstehen und aktiv in Finanzprodukten einsetzen.

⁹⁰¹ EU-Kommission, Leitlinien über horizontale Zusammenschlüsse, Tz. 41; Leitlinien über nichthorizontale Zusammenschlüsse, Tz. 81.

Ermittlung von Referenzwerten erforderte bedenklichen Informationsaustausch

2089. Die Ermittlung der relevanten Referenzwerte erforderte einen Informationsaustausch zwischen den beteiligten Banken und Unternehmen, der nach den vorliegenden Informationen wettbewerbliche Bedenken hervorrufen konnte, sofern keine wirksamen Informationsschranken („Chinese Walls“) bestanden.⁹⁰²

2090. Es ist anerkannt, dass der Austausch über strategische Geschäftsinformationen in Abhängigkeit von den Marktbedingungen, der Art der ausgetauschten Informationen und des Austauschs selbst wettbewerbliche Bedenken hervorrufen kann. Solche Bedenken sind mit Blick auf die Marktstruktur besonders dann wahrscheinlich, wenn der Austausch auf – für die Beteiligten – transparenten, konzentrierten, nicht-komplexen, stabilen und symmetrischen Märkten stattfindet.⁹⁰³ Die ausgetauschten Informationen können ihrer Art nach insbesondere dann Bedenken hervorrufen, wenn es sich um Informationen handelt, welche die Identifizierung einzelner Kunden oder Lieferanten sowie Rückschlüsse auf einzelne Geschäftsvorgänge ermöglichen und dahin gehend die strategische Ungewissheit über das künftige Marktverhalten von Wettbewerbern (z. B. die Ungewissheit über ihre Preissetzung) verringern.⁹⁰⁴ Der Austausch ist unter anderem danach zu beurteilen, ob er unmittelbar zwischen den Beteiligten oder über Außenstehende stattfindet, ob er öffentlich und je nachdem wie häufig er stattfindet.⁹⁰⁵

2091. Die durch einen Austausch strategischer Geschäftsinformationen hervorgerufenen wettbewerblichen Bedenken beziehen sich darauf, dass die beteiligten Unternehmen ähnliche Erwartungen hinsichtlich der Unsicherheiten auf dem Markt entwickeln und aufgrund dessen ihr selbstständiges Marktverhalten einschränken (Beeinträchtigung des Geheimwettbewerbs). Darüber hinaus kann der Informationsaustausch den beteiligten Unternehmen die Möglichkeit geben, abweichendes Verhalten untereinander aktiv zu unterbinden und den Markt gegen Wettbewerbsvorstöße anderer Unternehmen abzuschotten.⁹⁰⁶

2092. Der Informationsaustausch bei der Ermittlung von Referenzwerten ereignete sich in den betreffenden Fällen stets innerhalb einer problematischen Marktstruktur. Denn er fand – wie dargelegt – jeweils zwischen wenigen internationalen Geschäftsbanken statt, die sich ohne Korrekturmöglichkeit des Marktes wirksam untereinander koordinieren konnten. Im Kartell um die Referenzsätze Euribor und Libor kam hinzu, dass das Volumen des Interbankenmarktes im Rahmen der Finanzkrise einbrach. Deshalb standen nur relativ wenige und oft großvolumige Geschäftsvorgänge als Grundlage für die relevanten Zinsmeldungen zur Verfügung. Dadurch wurden die Auswirkungen von Manipulationen zusätzlich erhöht.

2093. Bei den Daten, über die bzw. über deren Manipulation sich die beteiligten Händler austauschten, handelte es sich jeweils um äußerst sensible Informationen, die Eingang in Preiskalkulationen finden (Preisbestandteile). Insofern spielte es keine Rolle, dass die Ermittlung der Referenzsätze für Interbankengeschäfte und Zinsderivate über Schätzwerte und die Ermittlung der Referenzwerte für Devisentransaktionen über Zahlen aus echten Geschäftsvorgängen erfolgte.

2094. Die strategische Bedeutung von Informationen zu den Referenzsätzen für Interbankengeschäfte und Zinsderivate folgte, wie gesagt, schon daraus, dass die von den relevanten Dienstleistern (z. B. Thomson

902 Es ist bislang unklar, in welchem Umfang es bezüglich einzelner Finanzprodukte (z. B. Devisenoptionen) auch zu expliziten Absprachen gekommen ist.

903 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit (nachfolgend „Leitlinien über Horizontalvereinbarungen“), ABl. EU C 11 vom 14. Januar 2011, S. 1, Tz. 77. Beachte jedoch auch den Vorbehalt in Tz. 9, wonach die Leitlinien über Horizontalvereinbarungen keine Orientierungshilfe für die Klassifizierung solcher Vereinbarungen als „Kartell“ darstellen sollen.

904 EU-Kommission, Leitlinien über Horizontalvereinbarungen, ABl. EU C11 vom 14. Januar 2011, S. 1, Tz. 86; siehe auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. Juli 2002, VI-Kart 37/01 (V) – Transportbeton Sachsen, Tz. 16 (zit. nach www.justiz.nrw.de); BKartA, B2-19/08 – Sektoruntersuchung Milch, Zwischenbericht September 2009, S. 114 f.; Endbericht Januar 2012; Tz. 142.

905 EU-Kommission, Leitlinien über Horizontalvereinbarungen, ABl. EU C11 vom 14. Januar 2011, S. 1, Tz. 90 ff.

906 Ebenda, Tz. 66-68.

Reuters) auf Basis der Bankenmeldungen bereitgestellten Referenzsätze eine Grundlage für eine Vielzahl von Finanzprodukten bilden. Dies war bei den Deviseninformationen ähnlich.

2095. Die strategische Bedeutung der von den Manipulationen betroffenen Deviseninformationen erhöhte sich zusätzlich aufgrund der Marktsituation, in der diese Informationen ausgetauscht wurden. Referenzwerte für Devisentransaktionen werden als Richtwerte halbstündlich bzw. stündlich festgelegt. Eine besondere Bedeutung in Bezug auf solche Informationen hat jedoch das tägliche Devisen-Fixing in London um 16.00 Uhr, bei dem ein Schlusswert gestellt wird, den Vermögensverwalter nutzen, um den Wert ihrer Anlagen in verschiedenen Währungen zu berechnen. Außerdem erteilen Kunden Aufträge über große Devisengeschäfte häufig kurz vor oder ausdrücklich zum Fixing, um die Vergleichbarkeit der Kurse für ihre Transaktionen sicherzustellen. Der beim London-Fixing ermittelte Schlusswert ist insbesondere zum Monats- bzw. Quartalswechsel wichtig, denn viele Fondsmanager führen Absicherungsgeschäfte nur am letzten Handelstag des Monats bzw. Quartals durch, um Kosten und Arbeit zu sparen sowie eine bessere Vergleichbarkeit und Performanceberechnung zu ermöglichen. Händler konnten sich das London-Fixing zur Kursbeeinflussung zunutze machen, indem sie kurz vor bzw. nach dem Stichzeitpunkt gezielt viele gestaffelte Orders in den Markt brachten („banging the close“), und davon bei eigenen Handelsgeschäften profitieren. Den Kurseffekt konnten sie mittels Scheinangeboten, die nach dem Stichzeitpunkt wieder aufgelöst wurden, noch verstärken („painting the screen“). Durch einen Austausch zwischen den Händlern und Absprachen ließen sich sie derartige Kursbeeinflussungen koordinieren.

2096. Der Austausch der relevanten Informationen war nach Behörden- und Pressemeldungen so organisiert, dass er das Marktverhalten der daran Beteiligten beeinflussen und diesen eine Überwachung und Stabilisierung von Verhaltensabstimmungen ermöglichen konnte. Zu diesem Austausch nutzten die Beteiligten Chatrooms („French Connection“, „The Bandits' Club“) für mehrere Personen.⁹⁰⁷ Außerdem gab es offenbar verschiedene Formen von bilateralem und/oder ringartigem Austausch. Im Kartell um die Zinssätze für Interbankengeschäfte nutzten die Beteiligten ferner auch Broker als Transmitter bzw. Verstärker manipulierter Informationen. Das mutmaßliche Kartell um manipulierte Referenzsätze für Zinsderivate war insofern ein Sonderfall, als der beteiligte Broker (ICAP) selbst die Sammelstelle für die Bankenmeldungen war. Die beteiligten Bankmitarbeiter konnten den Broker somit unmittelbar anweisen, den Referenzsatz auf ein bestimmtes Niveau zu bringen (er wurde daher auch als „Schatzinsel“ bezeichnet).

2097. Der Austausch wurde jeweils so gestaltet, dass Extremwerte vermieden wurden, sodass die koordinierten Meldungen nicht aussortiert wurden („remain within the pack“).

Hohe Organisations- und Verhaltensanforderungen wurden nicht ausreichend beachtet

2098. Unbeschadet der ohnehin bestehenden gesetzlichen Pflichtangaben ergaben sich aus den zuvor genannten Umständen hohe Organisations- und Verhaltensanforderungen an die beteiligten Banken und Unternehmen, deren Nichteinhaltung mit dem hohen Risiko einer vorwerfbaren wettbewerbsverfälschenden Verhaltensabstimmung (Kartell) einherging.

2099. Diese Anforderungen trafen jeweils den einzelnen Marktteilnehmer. So war es erforderlich, dass ein für die Ermittlung der Referenzwerte erforderlicher Informationsaustausch so organisiert war, dass Händler auf die relevanten Informationen keinen Zugriff nehmen konnten. Die Händler miteinander konkurrierender Banken durften sich auch untereinander grundsätzlich nicht austauschen. Außerdem mussten

⁹⁰⁷ CFTC, Verfügungen (Orders) vom 19. Dezember 2012, CFTC Docket No. 13-09 (bzgl. UBS); 27. Juni 2012, CFTC Docket No. 12-25 (bzgl. Barclays); 29. Oktober 2013, CFTC Docket No. 14-02 (bzgl. Rabobank); 6. Februar 2013, CFTC Docket No. 13-14 (bzgl. RBS); 25. September 2013, CFTC Docket No. 13-38; DOJ (bzgl. ICAP); DOJ; Anhang (Sachverhalt) zum Deferred Prosec. Agreement vom 29. Oktober 2013 (bzgl. Rabobank); Plea Agreement m. RBS vom 5. Februar 2013; Anhang (Sachverhalt) zum Non-Prosec. Agreement vom 18. Dezember 2012 (zu UBS); Beschwerde (Complaint) vom 12. Dezember 2012, U.S. v Hayes and Darin, 12 MAG 3229 (jeweils im Libor-Fall).

organisatorische Vorkehrungen getroffen werden, um Wettbewerberkontakte überwachen und unmittelbar gegen unzulässige Abstimmungen vorgehen zu können. Schließlich war und ist es erforderlich, die Compliance-Kultur unternehmensintern aktiv (z. B. durch Schulungen) zu fördern. Die unternehmensinterne Kontrolle war bei den kartellbeteiligten Unternehmen offenbar jedoch unzureichend. Nach den vorläufigen Feststellungen der BaFin im Liborfall waren auch bei der Deutschen Bank „schwerwiegende Missstände und gravierende organisatorische Defizite“ auszumachen.⁹⁰⁸ Eine ähnliche Situation dürfte es auch bei den anderen beteiligten Banken und Unternehmen gegeben haben, da sich jeweils offenbar sogar größere Gruppen von Mitarbeiter über lange Zeiträume hinweg sanktionslos an den wettbewerbswidrigen Verhaltensabstimmungen beteiligen konnten.⁹⁰⁹

2100. Die Anforderungen an die einzelne Bank bzw. das einzelne Unternehmen wurden in den vorliegenden Fällen weiter dadurch erhöht, dass die Dienstleister und Gremien, die für die Ermittlung der Referenzwerte zuständig waren, die betreffenden Verfahrensabläufe für Außenstehende erkennbar von sich aus nicht ausreichend überwachten. Die Überwachung der zuständigen Branchenverbände galt als unprofessionell. Die an den Manipulationen beteiligten Banken (bzw. Mitarbeiter) waren zum Teil selbst in den Aufsichtsgremien der Verbände vertreten, die Regelungen für die Ermittlung von Referenzsätzen aufstellten.⁹¹⁰ Auch die Überwachung durch andere Marktteilnehmer oder die Aufsichtsbehörden war wirkungslos. Die Manipulationen waren zum Teil sogar am Markt bekannt, wurden offenbar jedoch geduldet.⁹¹¹

Aufarbeitung und Folgerungen

2101. Die bekannt gewordenen Manipulationsfälle werden derzeit aufgearbeitet, wobei auch Maßnahmen getroffen werden, um die strukturellen Ursachen der aufgedeckten Manipulationen zu beheben. Zunächst haben die beteiligten Banken und Unternehmen selbst eine Vielzahl von Maßnahmen getroffen, indem sie sich unter anderem aus den in die Manipulationen involvierten Panels zurückgezogen, die Compliance verstärkt, beteiligte Mitarbeiter arbeitsrechtlich belangt, den an Referenzwert-Panels meldenden Mitarbeitern die Nutzung von Chatrooms untersagt und gegenüber Händlern die Regeln für Privatkonten verschärft haben. Dabei haben mehrere Banken (z. B. Deutsche Bank) – implizit – anerkannt, dass die Manipulationen über ein Fehlverhalten einzelner Mitarbeiter hinausgingen, indem sie die Notwendigkeit eines unternehmensweiten „Kulturwandels“ hervorgehoben haben.

2102. Die Organisation zur Ermittlung der von Manipulationen betroffenen Referenzwerte ist ebenfalls verbessert worden. In Bezug auf die Referenzsätze für Interbankengeschäfte bzw. Zinsderivate ist die Verantwortlichkeit für die erforderliche Datenermittlung in einem ersten Schritt auf eine andere Institution übertragen worden und soll in zweitem Schritt von einer auf Schätzungen basierenden Indexermittlung in eine marktbasierende Ermittlung umgewandelt werden.⁹¹² Sollte der Verdacht auf Devisenmanipulationen sich er-

908 BaFin, wie zitiert in: Hesse, M., Kultur des Wegsehens, Spiegel 2/2014, 6. Januar 2014, S. 61; ähnlich o. A., Streit zwischen Bafin und Deutscher Bank spitzt sich zu, Reuters/Handelsblatt, 7. Januar 2014; Jost, S., Bafin fordert mehr als nur Millionen-Strafen, Die Welt, 7. Dezember 2013. Missstände scheinen auch in anderen Bereichen des Instituts vorzuliegen, so etwa bei der Bilanzierung, der Korruptions- und der Geldwäscheprävention, vgl. o. A., Behörden prüfen Bilanzmethoden deutscher Banken, Bloomberg/Handelsblatt, 9. August 2013; Clausen, S./Jost, S., Finanzaufsicht ermittelt gegen Deutsche Bank, Die Welt, 17. August 2013; o. A., Ermittlungen gegen Deutsche-Bank-Mitarbeiter, Reuters/Handelsblatt vom 9. September 2013.

909 ArbG Frankfurt, Urteil vom 11. September 2013, 9 Ca 1551 bis 1554/13 (nicht rechtskräftig). Allein am Liborkartell sollen bei der UBS mindestens 45 Mitarbeiter und bei der Deutschen Bank 30 Mitarbeiter beteiligt gewesen sein; Bowers, J./Verstein, A., 7 Compliance Failures That Facilitated Libor Rigging, Law360, 17. Januar 2013; Stock, O./Kerkmann, C., Rabobank-Chef geht – Deutsche-Bank-Chef Jain bleibt, Handelsblatt, 29. Oktober 2013.

910 Siehe Fellmann, F./Hug, D., Politiker fordern mehr Kontrolle, NZZ, 6. Oktober 2013.

911 Vgl. Treanor, J./Rushe, D., Timothy Geithner and Mervyn King discussed Libor worries in 2008, Guardian, 13. Juli 2012; Hasan, M., Mervyn King 'Not Interested' In 2008 Libor Rate Warnings, Say Ex-BoE Colleagues, Huffington Post, 16. Juli 2012, zur Manipulation des Referenzsatzes Libor; zuletzt Hippien, A., Bank of England unter Verdacht, Börsen-Zeitung, 13. Februar 2014.

912 Vgl. NYSE, NYSE Euronext Subsidiary to become new administrator of Libor, Pressemitteilung vom 9. Juli 2013;

härten, ist an eine Erweiterung des Kreises der für das Devisen-Fixing gemeldeten Transaktionen zu denken (z. B. Transaktionen innerhalb von ½ Stunde statt 60 Sekunden).⁹¹³ Außerdem könnte das Fixing auf eine marktneutrale (z. B. wissenschaftliche) Stelle übertragen werden, der die Handelsplattformen Transaktionsdaten zuliefern. Wenn derartige Maßnahmen nicht ausreichen, mag es erforderlich werden, die Entscheidung zur Abschaffung des amtlichen Devisenfixings zu überprüfen.⁹¹⁴

2103. Die von den Aufsichts- und Wettbewerbsbehörden verhängten Geldbußen haben die vorherige Duldung von Marktmanipulationen beendet. Sie werden ergänzt durch eine Neuordnung des aufsichtsrechtlichen Regelungsrahmens, einschließlich geplanter strengerer Vorgaben für die Ermittlung und Veröffentlichung von Referenzwerten und einschließlich schärferer Sanktionen.⁹¹⁵ Die betreffenden Rechtsänderungen beziehen sich allerdings nur auf die kapitalmarktrechtlichen Verstöße, nicht die damit einhergehenden Kartellverstöße. Der nationale Gesetzgeber hat zudem mit § 50c GWB schon vor den aktuellen Manipulationsfällen eine Voraussetzung für die Zusammenarbeit und wechselseitige Information zwischen Aufsichts- und Wettbewerbsbehörden geschaffen, wodurch eine koordinierte Marktüberwachung auf nationaler Ebene unterstützt wird.

2104. Aus Sicht der Monopolkommission ist gleichwohl fraglich, ob die getroffenen Maßnahmen ausreichen. Die Zahl und der Umfang der aufgedeckten Verstöße sprechen dafür, dass es noch in weiteren Bereichen zu wettbewerbserheblichen Manipulationen gekommen sein könnte. Die Monopolkommission befürwortet jedenfalls eine dauerhaft stärkere aufsichts- und kartellbehördliche Kontrolle der Ermittlung von Referenzwerten durch die Marktteilnehmer.

2105. Die Monopolkommission hält es darüber hinaus für überaus problematisch, wenn es in der deutschsprachigen Presse im Zusammenhang mit den bislang bekannt gewordenen Manipulationsfällen heißt, dass alle Beteiligten wüssten, dass die Politik letztlich nicht effektiv durchgreifen werde.⁹¹⁶ Dies dürfte nicht zuletzt damit zu erklären sein, dass Kartellverstöße in manchen Wirtschaftskreisen in Deutschland lediglich als (teure) Kavaliersdelikte gelten. Die Monopolkommission weist darauf hin, dass der Umgang mit den bekannt gewordenen Vorfällen das Vertrauen der Öffentlichkeit in die wettbewerbsbasierte Marktordnung nachhaltig beschädigen kann. Sie empfiehlt, auch das wettbewerbsrechtliche Sanktionenspektrum für Kartellverstöße zu überprüfen, da die bislang verhängten Geldbußen – angesichts der mit den Manipulationen einhergehenden Gewinne – wahrscheinlich nicht hinreichend abschreckend wirken.⁹¹⁷

Leising, M., ISDA überträgt Dollar-ISDAfix an Thomson Reuters von ICAP, Welt/Bloomberg, 27. Januar 2014.

913 Vgl. Taylor, M. wie zit. in Theurer, M., Tricks um vier Uhr nachmittags, FAZ, 22. November 2013.

914 Dieser Vorschlag ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass Währungsgeschäfte bereits wiederholt Kartellanreize geboten haben, EU-Kommission, Entscheidung vom 11. Juni 2002, COMP/36.571 – Österreichische Banken („Lombard Club“), ABl. EU L 56 vom 24. Februar 2004, S. 1, zur europäischen Währungsreform.

915 Verordnung (EU) Nr. 596/2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung), ABl. EU L 173 vom 12. Juni 2014, S. 1; Richtlinie 2014/57/EU über strafrechtliche Sanktionen bei Marktmanipulationen (Marktmissbrauchsrichtlinie), ABl. EU L 173 vom 12. Juni 2014, S. 179; Vorschlag vom 18. September 2013 für eine Verordnung über Indizes, die bei Finanzinstrumenten und Finanzkontrakten als Benchmark verwendet werden, COM/2013/0641 final; IOSCO, Principles for Financial Benchmarks, Abschlussbericht FR07/13, veröffentlicht am 17. Juli 2013. Wegen des Vertrauensverlusts haben sich ohnehin viele Banken aus den Panels für den Euribor zurückgezogen.

916 Pointiert Schieritz, M./Storn, A., ... und nichts dazugelernt, Zeit online, 12. Dezember 2013; ähnlich allerdings auch im Ausland, vgl. Lallemant, B. (Finance Watch) in: Auer, M., Banken werden zur Manipulation angestiftet, Die Presse, 15. August 2013.

917 Dazu siehe oben Tz. 118. ff. und Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 477; zur konkreten Problematik vgl. o. A., Banken können EU-Strafen meist mühelos zahlen, FAZ, 4. Dezember 2013; ferner bereits der Vorsitzende Zimmer im Interview des Spiegel, Hesse, M., Drakonische Strafen, Spiegel 50/2013, 9. Dezember 2013, S. 68: „Man sollte [...] an eine verschärfte Aufsicht und drakonische Strafen auch für die handelnden Personen denken“.

5.3 Sonstige Wettbewerbsrisiken auf den Kapitalmärkten

2106. Seit einiger Zeit geraten auch Wettbewerbsverstöße im Handel auf den Kapitalmärkten zunehmend ins Blickfeld. Der Handel auf den Kapitalmärkten hat eine zentrale Bedeutung, für Banken ebenso wie für Industrieunternehmen und selbst für Privatanleger. So erwirtschaften auch Sparkassen nach Presseberichten einen nicht unbedeutenden Teil der Erträge damit, ihre Kundeneinlagen am Kapitalmarkt anzulegen.⁹¹⁸

2107. Die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Kapitalmarktmanipulationen stand gleichwohl lange im Hintergrund gegenüber den kapitalmarktrechtlichen Vorschriften, über die sich solche Manipulationen normalerweise gleichfalls erfassen lassen. Die Wettbewerbsregeln können allerdings ergänzend eingreifen und den Aufsichtsbehörden ein wirkungsvolles Vorgehen auch in Grenzfällen gestatten. Nach derzeitigem Stand können insbesondere die folgenden Fälle wettbewerbsrechtliche Relevanz haben:

- Submissionskartelle in Übernahmefällen (Club bid rigging): Es gibt Hinweise darauf, dass Finanzinvestoren sich bei Unternehmensakquisitionen zum Nachteil des Veräußerers abstimmen können. In den USA haben sich Beteiligungsgesellschaften bereits in mehreren Verfahren gegen Vorwürfe verteidigen müssen, sich dahin gehend abgestimmt zu haben, dass ein Teil der Investoren sich aus dem Bieterprozess zurückzog und nach dem Zuschlag die angestrebte Beteiligung vom erfolgreichen Bewerber (zu mangels Übernahmekampf günstigeren Konditionen) übernahm.⁹¹⁹
- Koordiniertes „Anschleichen“ an Übernahmeziele: In mehreren Fällen in Deutschland und den USA stand in der Vergangenheit der Vorwurf im Raum, strategische Investoren hätten im Zusammenwirken mit Banken eine verdeckte Beteiligung aufgebaut, um Meldepflichten zu umgehen und ihren Erwerb des Zielunternehmens abzusichern.⁹²⁰ Die Strategie des Anschleichens basierte in jenen Fällen typischerweise auf dem Erwerb einer Long-Position im Rahmen eines Options- oder Swapgeschäfts.⁹²¹ Ein Investor kann ein solches Swapgeschäft in unter Umständen kartellrechtsrelevanter Weise als Grundlage für eine Verhaltensabstimmung mit den die Short-Position haltenden Banken ausnutzen. Die wertpapierhandelsrechtlichen Transparenzvorgaben wurden allerdings mehrfach ergänzt, um den Aufbau verdeckter Beteiligungen in Deutschland auszuschließen.⁹²²
- Koordinierung von Börsenemissionen/Handelsgeschäften: Koordinierte Manipulationen des Börsenhandels dürften eine kartellrechtliche Haftung jedenfalls im Einzelfall auslösen können. Dies gilt namentlich bei Kursmanipulationen im Fall von Neuemissionen zum Nachteil der Neuaktionäre. Problematisch erscheint es daneben, wenn die Händler von mehreren Banken und Unternehmen sich über Ringgeschäfte koordinieren, die mit gegenläufigen Handelsaufträgen mit vergleichbarem Handelsvolumen/Preis durchgeführt werden und den falschen Eindruck regen Handels erwecken sollen, um so die Wertpapierpreise zu beeinflussen (circular trading).⁹²³ Die koordinierte Streuung

⁹¹⁸ Vgl. Seibel, K., Banken haben Angst vor Google & Co., Die Welt, 24. Juni 2013.

⁹¹⁹ *Pennsylvania Avenue Funds v. Edward J. Borey, et al.*, F.Supp. 2d, 2008 (W. D. Wash.); *Dahl v. Bain Capital Partners LLC, et al.* = *Klein v. Bain Capital Partners LLC, et al.*, No. 07-12388, Verfahrensstand abrufbar unter http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCOURTS-mad-1_07-cv-12388, siehe auch *Norcast S.ár.L v Bradken Limited* (No 2), [2013] FCA 235 (19. März 2013) (Australien).

⁹²⁰ Siehe z. B. LG Hannover, 5 O 552/12 (noch anhängig); dazu o. A. Milliardenklage gegen Porsche landet vor Kartellgericht, Reuters, 19. Juni 2013; Zimmer, WuW 2013, 811.

⁹²¹ Ausführlich zu diesem Mechanismus Möritz, ZVGIRWiss 2010, 94 (98).

⁹²² Zuletzt durch § 25a WpHG, eingefügt durch das Gesetz zur Stärkung des Anlegerschutzes und Verbesserung der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts (Anlegerschutz- und Funktionsverbesserungsgesetz) vom 5. April 2011, BGBl. I Nr. 14, S. 538, mit Wirkung vom 1. Februar 2012. Zu mögl. verbleibenden Lücken Bückner/Petersen, ZGR 2013, 802 (819).

⁹²³ *Elliott, et al. v. CFTC*, 202 F.3d 926 (7th Cir. 2000) (entschieden nach aufsichtsrechtlichen Vorschriften); *Brammsen*, WM 2012, 2134 (2138); in Deutschland siehe jüngst Reimann, A., Banken treiben Börsenumsätze künstlich nach oben, WirtschaftsWoche, 17. Juni 2013 (wo die Koordinierung mehrerer Unternehmen jedoch unklar bleibt). Einen vergleichbaren Fall könnten die vermuteten Handelspraktiken zur Beeinflussung von Edelmetallpreisen darstellen.

und Ausnutzung irreführender Nachrichten (pump and dump) durch Mitarbeiter verschiedener Unternehmen dürfte ebenfalls kartellrechtlich relevant sein können.

- Cornering bzw. abusive squeezes: Bereits seit Längerem ist anerkannt, dass unter dem Gesichtspunkt des Marktmachtmissbrauchs auch solche Praktiken kartellrechtlich relevant sind, bei denen ein Marktteilnehmer sich die weitgehende Kontrolle über Angebot bzw. Nachfrage an einem Wertpapier verschafft und somit die Marktgegenseite in die Ecke drängen kann.⁹²⁴

2108. Es ist noch ungeklärt, in welchem Umfang auf den Kapitalmärkten tatsächlich wettbewerbsrelevante Manipulationen stattfinden. Die begrenzte Zahl bekannt gewordener Beschwerden und die behördliche Praxis deuten daraufhin, dass es sich um Einzelfälle handelt. Der Umstand, dass nach Händlernaussagen einige der in Deutschland bekannt gewordenen Praktiken weit verbreitet seien, spricht allerdings dafür, dass eine eher penible Überwachung der jeweils betroffenen Märkte angezeigt ist. Die Monopolkommission weist im Übrigen erneut auf § 50c GWB hin, der den deutschen Kartell- und Aufsichtsbehörden ein koordiniertes Vorgehen erlaubt.

5.4 Missbrauchsprobleme im Zahlungsverkehr

2109. Wettbewerbsprobleme im Zusammenhang mit Zahlungsverkehrsdienstleistungen beschäftigen die europäischen und deutschen Wettbewerbsbehörden schon seit Längerem.⁹²⁵ Die Monopolkommission hat sich ebenfalls verschiedentlich mit diesen Problemen auseinandergesetzt.⁹²⁶

5.4.1 Karten- und elektronische Zahlungen

2110. In den vergangenen zwei Jahren haben die Europäische Kommission und das Bundeskartellamt eine Reihe von Maßnahmen zur Behebung von Wettbewerbsproblemen in Bezug auf Kartenzahlungen sowie bei elektronischen Zahlungen getroffen:

- Die Europäische Kommission hat ein weiteres Verfahren wegen der von der Kreditkartenorganisation MasterCard erhobenen Interbankenentgelte und einiger Klauseln und Praktiken des MasterCard-Systems eingeleitet (bzgl. grenzüberschreitendem Acquiring, Akzeptanzpflicht). Parallel prüft die Europäische Kommission schon seit Längerem die Bedingungen der Kartenorganisation Visa.⁹²⁷
- Die Europäische Kommission hat im Sommer 2013 außerdem ein Verfahren zur Standardisierung von elektronischen Zahlungen über das Internet abgeschlossen, wobei sie zugleich die laufende Überwachung des Online-Zahlungsmarktes angekündigt hat.⁹²⁸

⁹²⁴ Vgl. erneut LG Hannover, 5 O 552/12 (noch anhängig); ausführlich Fleischer/Bueren, ZIP 2013, 1253.

⁹²⁵ Siehe nur EU-Kommission, COMP/34.579 – MasterCard I; COMP/29.373 – Visa International; COMP/37.860 – Morgan Stanley Dean Witter/Visa; COMP/38606 – Groupement des cartes bancaires „CB“; BKartA, Tätigkeitsberichte 1975, BT-Drs. 7/5390 vom 16. Juni 1976, S. 85; 1976, BT-Drs. 8/704 vom 1. Juni 1977, S. 92 f.; 1979/80, BT-Drs. 9/565 vom 1. Juni 1981, S. 105; 1981/82, BT-Drs. 10/243 vom 1. Juni 1983, S. 80 ff.; 1983/84, BT-Drs. 10/3350 vom 1. Juni 1985, S. 109 f.; 1987/88, BT-Drs. 11/4611 vom 30. Mai 1989, S. 103 f.; 1989/90, BT-Drs. 12/847 vom 26. Juni 1991, S. 114 f.; 1991/92, BT-Drs. 12/5200 vom 24. Juni 1993, S. 137; 1993/94, BT-Drs. 13/1660 vom 14. Juni 1995, S. 137 ff.; 1995/96, BT-Drs. 13/7900 vom 19. Juni 1997, S. 145 f.; 1999/2000, BT-Drs. 14/6300 vom 22. Juni 2001, S. 167 ff.; 2001/02, BT-Drs. 15/1226 vom 27. Juni 2003, S. 50, 212; 2003/04, BT-Drs. 15/5790 vom 22. Juni 2005, S. 171; 2005/06, BT-Drs. 16/5710 vom 15. Juni 2007, S. 159; 2007/08, BT-Drs. 16/13500 vom 22. Juni 2009, S. 138; 2009/10, BT-Drs. 17/6640 vom 20. Juli 2011, S. 90 f.; 2011/12, BT-Drs. 17/13675 vom 29. Mai 2013, S. 82 f.

⁹²⁶ Vgl. Monopolkommission, XIII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 78; XIV. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 646; XVIII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 619.

⁹²⁷ EU-Kommission, COMP/40.049 – MasterCard II; COMP/39.398 – Visa MIF.

⁹²⁸ EU-Kommission, COMP/39.876 – EPC online payments, Memo/13/553 vom 13. Juni 2013.

- Das Bundeskartellamt hat nach längeren Verhandlungen 2014 die endgültige Zusage der Deutschen Kreditwirtschaft erwirkt, das einheitlich festgelegte Händlerentgelt für Zahlungen mit EC-Karte und Geheimnummer (Electronic Cash) durch ein individuell ausgehandeltes Entgelt zu ersetzen.⁹²⁹ Auch die Akzeptanzpflicht für EC-Karten (Honor all cards rule) wurde aufgegeben.⁹³⁰
- Das Bundeskartellamt hat daneben Verbote von Banken untersucht, die Geheimzahlen PIN und TAN bei Direktüberweisungen über bankfremde Anbieter im Internet anzugeben. Außerdem ist das Bundeskartellamt weiter gegen bankseitig vorgegebene Vertragsklauseln vorgegangen, welche die Verwendung des Elektronischen Lastschriftverfahrens (ELV) erschweren.

Zur Regulierung von Gebühren auf Kartenzahlungen ist eine europäische Verordnung kurz vor dem Ende der Legislaturperiode im Mai 2014 vorläufig gescheitert.⁹³¹ Danach sollten die Interbankenentgelte für Zahlungen mit Kreditkarten auf 0,3 Prozent des Umsatzes und für Zahlungen mit Debitkarten auf 0,2 Prozent des Umsatzes (oder 7 Cent) begrenzt werden.

2111. Die Nachfrage nach Dienstleistungen zur Zahlungsabwicklung geht letztlich vom Kunden eines Händlers aus, der Zahlungsdienstleistungen in Anspruch nehmen muss, um die von ihm gekauften Produkte zu bezahlen. An der Zahlungsabwicklung sind im Regelfall mindestens drei oder vier Parteien beteiligt. Neben dem Kunden und dem Händler kann dies eine Organisation zur Zahlungsabwicklung sein; ansonsten sind es ihre kontoführenden Banken.

2112. Die Zahlung des Kunden kann auf unterschiedlichem Wege veranlasst werden. Bei einer Überweisung veranlasst der Kunde selbst die Zahlung gegenüber seiner Bank. Dagegen veranlasst bei einer Lastschrift der Händler die Zahlung, typischerweise aufgrund einer Einzugsermächtigung des Kunden. Im Fall von Kartenzahlungen veranlasst der Kunde bzw. der Händler die Zahlung der Bank des Kunden elektronisch.

2113. Die unterschiedlichen Zahlungssysteme sind Plattformen, über welche die Zahlungsdienstleistungen auf zweiseitigen Märkten erbracht werden.⁹³² Insbesondere Kartenorganisationen bilden solche Plattformen, die verschiedene Formen von elektronischen Zahlungen anbieten.

2114. Zahlungssysteme sind durch Netzeffekte gekennzeichnet. Ein positiver Effekt ist, dass sich mit jedem weiteren am Zahlungssystem teilnehmenden Händler die Einsatzmöglichkeiten für die Bankkunden erhöhen. Umgekehrt erhöht jeder weitere das System nutzende Bankkunde die Attraktivität des Systems auch für die Händler. Ein potenziell negativer Effekt für den Wettbewerb besteht darin, dass das System aufgrund seiner Vorteile eine Sogwirkung ausübt, welche die Marktzutrittsschranken für konkurrierende Systeme erhöht. Dieser Gesichtspunkt spielt insbesondere in Verfahren des Bundeskartellamtes wegen Direktüberweisungen und Behinderungen des ELV eine Rolle.

2115. Kartenzahlungen sind wettbewerbsrechtlich und -ökonomisch besonders schwer zu fassen. Bei einer Kartenzahlung wird die Zahlung im Netzwerk der Kartenorganisation abgewickelt. Insofern ist bei Kreditkartenzahlungen danach zu unterscheiden, ob die kartenausgebende Bank (Issuer) und die Bank, welche die Händlerforderung für das Kartensystem akzeptiert (Acquirer), voneinander getrennt sind (Vier-Partner-System) oder ob ihre Funktionen in dem Kartensystem zusammenfallen (Drei-Partner-System).⁹³³ Bei jedem

929 Vgl. BKartA, Beschluss vom 8. April 2014, B4 – 9/11, vgl. schon Pressemitteilung vom 28. Mai 2013.

930 Vgl. Fontaine, J. (Bankenverband), Entgeltmodell für girocard, Vortrag bei der DK-Informationsveranstaltung vom 9. September 2013.

931 Siehe EU-Rat, Informatorischer Vermerk, 8031/14, zum Vorschlag vom 16. April 2014 für eine Verordnung über Interbankenentgelte für kartengebundene Zahlungsvorgänge, COM(2013) 550 final/2.

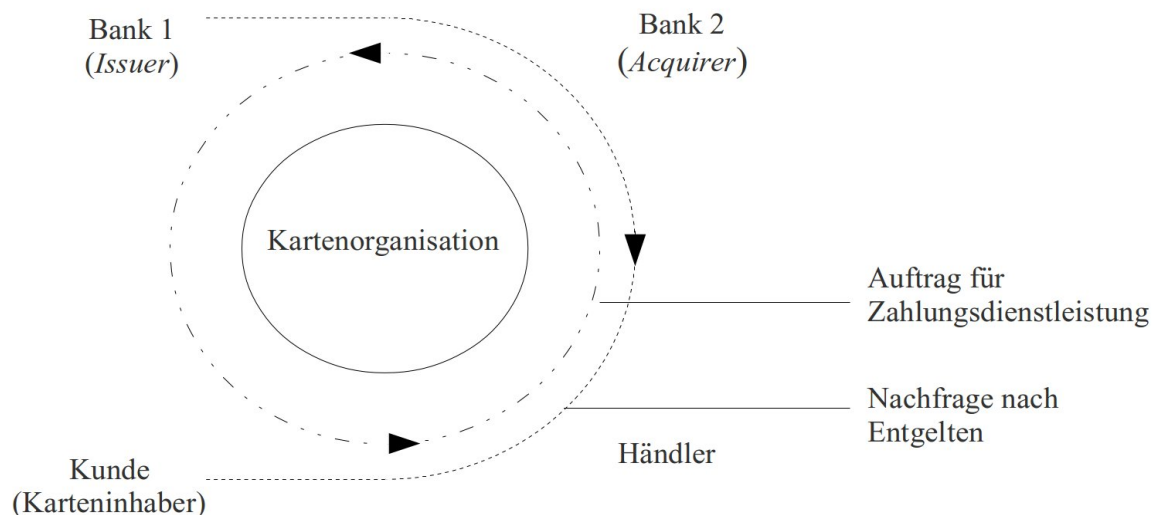
932 Vgl. Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 619.

933 In Debitkartenverfahren beauftragt der Händler zwar ebenfalls eine Bank mit der Zahlungsabwicklung, diese akzeptiert aber die Forderung des Händlers nicht wie ein Acquirer, sondern wird aufgrund einer Einzugsermächtigung tätig; Koch in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, Bd. I, 4. Aufl. 2011, § 68 Rz. 7 und 16.

Schritt einer Zahlungsabwicklung können der jeweils nachfragenden Partei Gebühren in Rechnung gestellt werden.

2116. Die Nachfrage nach Zahlungsdienstleistungen verläuft dabei gegenläufig zur Nachfrage nach Gebühren, was am Beispiel einer Kreditkartenzahlung im Vier-Partner-System – in stark vereinfachender Weise – verdeutlicht werden soll:

Abbildung VI.9: Nachfragezyklus bei Kreditkartenzahlungen im Vier-Partner-System



Quelle: Eigene Darstellung

2117. Unter den üblicherweise erhobenen Gebühren sind besonders die sogenannten Interbankenentgelte umstritten. Mit einem Interbankenentgelt vergütet der Acquirer dem Issuer die Mitwirkung an der Abwicklung der Forderung des Händlers. Ein Interbankenentgelt fällt in Vier-Partner-Systemen an, aber nicht in Drei-Partner-Systemen und auch nicht im deutschen EC-Debitkarten-Verfahren und im ELV.

2118. Auch in Bezug auf Entgelte gibt es positive und negative Effekte. Aus Sicht der Befürworter von Interbankentgelten ist es ein positiver Effekt, dass die kartenausgebende Bank aufgrund des Interbankenentgelts direkt vom Bankkunden keine Vergütung für Zahlungsabwicklung verlangen muss. Dadurch ist sie in der Lage, Karten günstiger oder sogar unentgeltlich auszugeben, was die Attraktivität des Systems erhöht. Ein negativer Effekt ist, dass den Kunden unter Umständen die Kenntnis über Kosten der Zahlungsabwicklung vorenthalten wird. Denn die bei jedem Schritt der Zahlungsabwicklung anfallenden Kosten werden an die Kunden durchgereicht, soweit sie nicht in der Kette internalisiert werden müssen. Die kartenausgebenden Banken profitieren insofern davon, dass sie am Ende der Kette stehen, sodass die Kunden die von ihnen in Rechnung gestellten Kosten nicht erkennen können, obwohl sie Vertragspartner dieser Banken sind. Die Händler bzw. die akzeptierenden Banken akzeptieren dagegen auch überhöhte Interbankenentgelte, da für sie die Vorteile des Kartensystems im Vordergrund stehen und sie die anfallenden Entgelte grundsätzlich durchreichen können. Durch die Interbankenentgelte ergibt sich somit für die Kunden ein nicht ohne Weiteres nachvollziehbares Mindestpreisniveau für die Kartennutzung (price floor).⁹³⁴

2119. Daneben bestehen in den Klauselwerken der Kartenorganisationen potenziell wettbewerbsbeschränkende Vertragsbestimmungen, die dem Schutz der Attraktivität des Kartensystems dienen und so

⁹³⁴ EuG, Urteil vom 24. Mai 2012, T-111/08 – MasterCard, noch nicht in amtl. Slg., Rz. 143.

eine hinreichende Menge von Teilnehmern dauerhaft sicherstellen sollen. Nach jenen Klauselwerken sind die teilnehmenden Händler verpflichtet, alle Karten mit dem Logo des Kartensystems zu akzeptieren, unabhängig von der emittierenden Bank (Honor all cards). Damit ist zwar ein problemloser Einsatz der Karte gewährleistet, aber die Händler müssen auch die Entgeltforderungen der kartenausgebenden Bank akzeptieren. Außerdem ist es den Händlern untersagt, gegenüber ihren Kunden den Produktpreis je nach den Kosten und Entgelten anzupassen, die im Rahmen des Zahlungssystems anfallen (Non-discrimination rule). Damit ist es für die Kartennutzer nicht möglich, die Kosten des gewählten Zahlungssystems zu erkennen. Die Händler legen die Kosten der unterschiedlichen verwendeten Systeme auf alle Kunden um.

2120. Die Kartellbehörden sehen die Gefahr, dass die strukturellen Charakteristika der Zahlungsabwicklung zum Nachteil der Bankkunden ausgenutzt werden. Das gilt auch und besonders in Bezug auf Interbankentgelte. Allerdings sind die Erfahrungen mit der Abschaffung solcher Entgelte zwiespältig. Danach ist es wahrscheinlich, dass die kartenausgebenden Banken versuchen würden, die Abschaffung von Interbankentgelten durch eine Anhebung von Kartenausgabe- und Kartennutzungsentgelten zu kompensieren, sofern dies nach den Marktbedingungen möglich ist. In den USA hat die Abschaffung von Interbankentgelten (Durbin Amendment) dazu geführt, dass Banken andere Gebühren erhöht oder bislang unentgeltliche Angebote von Kontodienstleistungen reduziert oder eingestellt haben.⁹³⁵ Die Hoffnung, dass die Händler die Reduzierung ihrer Kosten bei der Zahlungsabwicklung wettbewerbsbedingt an die Kunden weitergeben würden, hat sich dort nicht erfüllt.

2121. Die Europäische Kommission geht mit ihrem Vorschlag zur Kappung der Interbankentgelte einen Mittelweg.⁹³⁶ Die gesetzliche Kappung soll lediglich überhöhte Gebühren verhindern. Die Regelung im Rahmen einer europäischen Verordnung ist damit begründbar, dass Interbankentgelte für Banken auf Acquiring-Seite auch als Marktzutrittsschranken wirken und damit zur Fragmentierung des Finanzbinnenmarkts beitragen können (wenn der Acquirer sie internalisieren muss). Die Kappung kann demgegenüber die Möglichkeit eröffnen, mehr Akzeptanzstellen zu gewinnen. Ein angemessenes Gebührenniveau kann demnach die Interessen der zwischengeschalteten Banken ebenso wie die Interessen von Karteninhabern und Händlern in Ausgleich bringen. Allerdings ist es notwendig, dass sich zwischen unterschiedlichen Kartenzahlungssystemen keine Wettbewerbsverzerrungen ergeben (insbesondere im Verhältnis zu Drei-Partner-Systemen).

2122. Fraglich bleibt jedoch, ob die schnelle Entwicklung der Märkte für Zahlungssysteme nicht ohnehin zu einer Verminderung der auf Behördenseite bestehenden Wettbewerbsbedenken bzw. zu neuen und vordringlichen Regulierungsfragen führen wird. So haben verschiedene Anbieter von Online-Zahlungssystemen und Internetfirmen eigene Verfahren zur Zahlungsabwicklung entwickelt.⁹³⁷ Daneben treten neuartige Zahlungssysteme außerhalb der bestehenden Währungsräume (Bitcoin). Deutsche Verbraucher und Unternehmen bevorzugen allerdings weiter die etablierten Möglichkeiten zur Zahlungsabwicklung. Veränderungen dürften sich also auf absehbare Zeit nur graduell und bei bestimmten Zahlungsdienstleistungen ergeben (z. B. Überweisungen). Die Monopolkommission beobachtet die Marktentwicklung.

⁹³⁵ Jansen, J.B., Stopping the Spread of Bad Ideas, Eintrag in: The Blog, Huffington Post, 5. November 2013; zum EU-Ansatz einer Entgeltkappung krit. Bott, Europäische Preisregulierung mittels Merchant Indifference Test scheitert an praktischer Umsetzbarkeit, Studie vom August 2013.

⁹³⁶ Siehe zu dem Verordnungsvorschlag oben Tz. 2110.

⁹³⁷ Dapp, T.F./Stobbe, A./Wruuck, P., Die Zukunft des (mobilen) Zahlungsverkehrs. Banken im Wettbewerb mit neuen Internet-Dienstleistern, DB Research, Aktuelle Themen Globale Finanzmärkte, 5. Februar 2013; Seibel, K., Banken haben Angst vor Google & Co., Die Welt, 24. Juni 2013; o. A., Banken fürchten „Paypal“ & Co., dpa/Handelsblatt, 12. Februar 2013; Fehr, M., Zum Ausputzer degradiert, WirtschaftsWoche 47/2013, 18. November 2013, S. 54.

5.4.2 Geldautomatenentgelte

2123. Ein strukturelles Wettbewerbsproblem besteht auch dann, wenn Verbraucher Geldautomaten nutzen, bei denen sie aufgrund der Marktgegebenheiten nicht ohne Weiteres auf andere Automaten ausweichen können. Das damit zusammenhängende Problem der Transaktionsentgelte an Geldautomaten wurde bereits im XIX. Hauptgutachten angesprochen, soll hier im Kontext aber noch einmal behandelt werden.⁹³⁸ Das Bundeskartellamt ermittelt zurzeit in diesem Bereich.⁹³⁹

2124. Die Gebühren, die Sparkassen und Genossenschaftsbanken für Geldautomatenabhebungen von Fremdkunden verlangen, sind nicht der Höhe nach begrenzt, während die im Bankenverband organisierten Privatbanken sich auf eine Höchstgrenze von EUR 1,95 geeinigt haben. In Bezug auf Debitkarten beklagen sich Verbraucher vielfach über relativ hohe Entgelte für Fremdadhebungen, während in Bezug auf Kreditkarten einzelne Sparkassen in der Vergangenheit ihre Geldautomaten für Fremdadhebungen sogar ganz gesperrt haben, um einer aus ihrer Sicht übermäßigen Automatenutzung durch Direktbankenkunden zu begegnen.⁹⁴⁰

2125. Ein wesentliches Problem bei der Beurteilung von Geldautomatenentgelten und -sperrungen stellt es dar, dass die Auszahlung aus dem Geldautomaten nicht als eine isolierte Leistung des Automatenbetreibers an den abhebenden Automatenutzer erfolgt, sondern in ein Geflecht von Vertragsbeziehungen eingebettet ist, das die wirtschaftlichen Nachfragebeziehungen nicht eins-zu-eins widerspiegelt. Sparkassen und Genossenschaftsbanken sind in das System einer Debit- oder Kreditkartenorganisation eingebunden. Auf dieser Grundlage bieten sie Geldautomatenabhebungen als Bestandteil eines Kontoführungsvertrags und als Einzelleistung gegenüber Fremdkunden an. Im Fall einer Fremdadhebung erbringen sie aus wirtschaftlicher Sicht sowohl eine Vertriebsleistung an die kontoführende Bank als auch unmittelbar eine Leistung an deren Kunden. Dabei bestimmt die Nachfrageentscheidung des Kunden, der den Geldautomaten für die Abhebung ausgewählt hat, zugleich die Nachfrage der kontoführenden Bank.⁹⁴¹

2126. Die Festsetzung von Geldautomatenentgelten oder eine Automaten-sperrung ist wettbewerbsrechtlich allein nach Maßgabe der wirtschaftlichen Nachfragebeziehungen und unabhängig von den bestehenden Vertragspflichten zu würdigen. Zumindest in Einzelfällen ist nicht auszuschließen, dass die geforderten Entgelte gegen das Missbrauchskartellrecht verstoßen. Der relevante Markt für Geldautomatenabhebungen ist nach dem Bedarfsmarktkonzept aus der Sicht des Fremdkunden zu bestimmen. Die Geldautomaten betreibenden Sparkassen und Genossenschaftsbanken können insbesondere im ländlichen Raum marktbeherrschend sein, weil Fremdkunden hier nicht oder nur schwer auf kostengünstigere Geldautomaten ausweichen können. Diese beherrschende Stellung können sie ausnutzen, um unangemessene Entgelte für die Geldautomaten-nutzung zu verlangen oder ihre Automaten für Fremdauszahlungen zu sperren. Die Automatenentgelte werden direkt gegenüber dem Kunden erhoben oder als Interbankenentgelt gegenüber der kontoführenden Bank, jedoch im zweiten Fall zumeist nicht oder nur teilweise absorbiert und im Übrigen dem Kunden in Rechnung gestellt. Die seit 15. Januar 2011 geltende Geldautomatenvereinbarung sieht vor, dass für Fremdadhebungen an Geldautomaten im Rahmen des nationalen Geldautomatensystems kein Interbankenentgelt mehr erhoben wird, sondern die Automatenbetreiber die Auszahlung dem Karteninhaber direkt in Rechnung stellen können. Diese Änderung hat allerdings das Problem hoher Automatenentgelte nicht grundsätzlich beseitigt.⁹⁴²

⁹³⁸ Siehe Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 594 ff.

⁹³⁹ Dabei beziehen sich die Ermittlungen des Amtes insbesondere auf die den Automatenleistungen zugrunde liegenden Vertragsbeziehungen (§ 1 GWB).

⁹⁴⁰ Zu Sperrungen siehe die aufgeführten Fälle bei Seiler, Anm. zu LG Verden, Urteil vom 15. Dezember 2008, 10 O 102/08 (jurisPR-BKR 5/2009 Anm. 2).

⁹⁴¹ So richtig Immenga/Körber, K&R Beil. 1999, Nr. 1, 4 (5 f.); Kapp/Rauhut, WM 2010, 1111 (1114).

⁹⁴² Dem steht die Feststellung des Bundesverbraucherministeriums im Dezember 2012 nicht entgegen, dass das Gebührenniveau an Geldautomaten insgesamt deutlich gesunken sei.

2127. Fraglich ist aber, ob und inwiefern Entgelte, die den Verbrauchern mit Blick auf die isolierte Automatenabhebung hoch erscheinen, wirklich unangemessen sind. Dasselbe gilt mit Blick auf Automaten-sperrungen. Wenn Sparkassen und Genossenschaftsbanken gegenüber Fremdkunden solche Maßnahmen treffen, tun sie dies i. d. R., um sich gegen andere Banken (z. B. Direktbanken), mit denen sie im Bereich der Führung von Girokonten in Konkurrenz stehen und die über keine umfangreiche eigene Geldauto-maten-Infrastruktur verfügen, zur Wehr zu setzen (missbräuchliche Behinderung?). Sie treffen mit jenen Maßnahmen allerdings unmittelbar weniger ihre Wettbewerber als vielmehr die Fremdkunden, die bei ihnen nur gegen hohe Automatenentgelte oder überhaupt nicht abheben können (Ausbeutungsmissbrauch?).

2128. Hinsichtlich einer möglicherweise missbräuchlichen Behinderung der Wettbewerber ist maßgeblich, dass Geldautomatenauszahlungen keine vom Kontoführungsverhältnis isolierten Leistungen sind, sondern als Vertriebsleistungen im Zusammenhang mit diesem Kontoführungsverhältnis erfolgen. Außerhalb der vorliegenden Problemstellung ist anerkannt, dass ein auf vorgelagerter Ebene marktbeherrschendes und vertikal integriertes Unternehmen Wettbewerber nicht dadurch benachteiligen darf, dass es eine Leistung den Wettbewerbern zum Weitervertrieb nur gegen ein überhöhtes Entgelt zur Verfügung stellt, während es die Leistung zugleich über den eigenen Vertrieb zu nicht überhöhten Preisen direkt an die Endkunden erbringt (Preis-Kosten-Schere). Im vorliegenden Zusammenhang kommt es weniger darauf an, ob Sparkassen und Genossenschaftsbanken auf vorgelagerter Ebene (Kontoführung) marktbeherrschend sind, sondern vielmehr darauf, dass sie über eine im Einzelfall notwendige Vertriebsinfrastruktur (Geldautomaten) verfügen. Es ist insofern problematisch, wenn sie Fremdkunden am Geldautomaten für ihr Kontoverhältnis bei einer anderen Bank „bestrafen“, um dadurch mittelbar die andere Bank zu treffen. Die Annahme eines Missbrauchs dürfte allerdings den Nachweis erfordern, dass die Belastung der Fremdkunden zu einer Überwälzung der Kosten für die Geldautomateninfrastruktur auf die Fremdkunden führt, die nicht aufgrund eines möglichen Trittbrettfahrerverhaltens von anderen Banken gerechtfertigt ist.⁹⁴³ Dagegen mögen Geldautomatensperrungen zwar gegen Vertragsvereinbarungen mit den Kartenorganisationen bzw. auf Interbankenebene verstoßen, sind gegenüber den kontoführenden Banken aber nur nach den Grundsätzen über eine Geschäftsver-weigerung auch wettbewerbswidrig.⁹⁴⁴ Dabei ist zu berücksichtigen, dass eine kontoführende Bank grund-sätzlich auch selbst Geldautomaten aufstellen kann.

2129. Hinsichtlich einer möglichen Ausbeutung von Fremdkunden ist demgegenüber zweifelhaft, ob deren Kontoverhältnis mit einer anderen Bank zu berücksichtigen ist. Nach der Rechtsprechung kommt es bei der Beurteilung einer möglichen Ausbeutung von Kunden eines marktbeherrschenden Unternehmens nur auf die Beziehung zwischen den Kosten der konkreten Leistung dieses Unternehmens und dem gegenüber dem Kunden in Rechnung gestellten Preis an.⁹⁴⁵ Wenn Bankkunden eine Abhebung nur zu – isoliert betrachtet – diskriminierenden bzw. sonst unangemessenen Bedingungen oder gar nicht ermöglicht wird, dürfte es des-halb unbeachtlich sein, dass diese Maßnahme dazu dient, zwischen der Automaten betreibenden Bank und ihren Wettbewerbern im Bereich der Kontoführung faire Wettbewerbsbedingungen herzustellen.

2130. Die Monopolkommission enthält sich in diesem Gutachten einer eingehenderen Untersuchung dieser einzelfallabhängigen Probleme, zumal sich darüber hinaus auch Fragen nach der Vereinbarkeit der den

⁹⁴³ Vgl. EU-Kommission, Mitteilung der Kommission – Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Art. 82 EG auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. EU C 45 vom 24. Februar 2009, S. 7, Tz. 77, 39 ff.; EU-Kommission, Entscheidung vom 17. Oktober 2007, COMP/38.806 – Groupement de cartes bancaires „CB“, Tz. 208-213, 236 ff.; Tz. 388, 428 ff., insb. Tz. 469 f.

⁹⁴⁴ EU-Kommission, Mitteilung der Kommission – Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Art. 82 EG auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. EU C 45 vom 24. Februar 2009, S. 7, Tz. 81.

⁹⁴⁵ EuGH, Urteil vom 14. Februar 1978, 27/76 – United Brands, Slg. 1978, 207, Rz. 248/257 (Gestehungskosten nur des vertriebenen Produkts relevant); vgl. auch EuGH, Urteil vom 11. November 1986, 226/84 – British Leyland, Slg. 1986, 3263, Rz. 30; EU-Kommission, Entscheidung vom 9. Dezember 2009, COMP/38.636 – RAMBUS, Tz. 66 (Zusammenhang der Entgelthöhe mit dem Wert der vergüteten Leistung erforderlich); im deutschen Recht zuletzt BGH, Beschluss vom 15. Mai 2012, KVR 51/11 – Wasserpreise Calw.

Geldautomatenleistungen zugrunde liegenden Vereinbarungen mit dem Kartellverbot (§ 1 GWB) stellen. Die Monopolkommission verweist insofern auf die Ermittlungen des Bundeskartellamtes. Aus ihrer Sicht bestätigen die Probleme in Bezug auf Geldautomatenabhebungen allerdings die grundlegende Notwendigkeit, die Kosten- und Gebührentransparenz für die Verbraucher weiter zu verbessern. Notwendig wäre zunächst, dass dem Verbraucher vor einer Fremdadhebung deren Kosten möglichst vollständig mitgeteilt werden, was immer noch nicht gewährleistet ist. Weitergehend sollten Verbraucher schon bei der Kontoeröffnung auf eventuell anfallende hohe Fremdadhebungsentgelte hingewiesen werden. Die Gesetzesinitiative der EU zur Erhöhung der Gebührentransparenz erscheint auch in diesem Zusammenhang sinnvoll. Die bisweilen diskutierte gesetzliche Kappung der Automatenentgelte würde hingegen Investitionen in Automateninfrastruktur an wenig frequentierten Standorten unattraktiv machen und erscheint zumindest zurzeit nicht geboten.

5.5 Wettbewerbs- und Verbraucherschutz

2131. Fragen des Anleger- und Verbraucherschutzes gegenüber Finanzdienstleistern (nachfolgend kurz: Verbraucherschutz) können eine wettbewerbspolitische Komponente aufweisen. Dies gilt jedenfalls dann und insoweit, als etwaige Probleme des Verbraucherschutzes auf Wettbewerbsverzerrungen zulasten einzelner Verbraucher oder zulasten der Verbraucher als „Marktgegenseite“ zurückzuführen sind. Solche Wettbewerbsverzerrungen können auf einem Verhalten einzelner Marktteilnehmer (z. B. Banken) beruhen, aber auch strukturelle Ursachen haben (z. B. nicht produktneutrale Besteuerung von Finanzprodukten, Intransparenzen im Markt).⁹⁴⁶ Ein Ansatzpunkt für die Instrumente der Wettbewerbspolitik dürfte allerdings fehlen, wo Finanzdienstleister eine überlegene Stellung gegenüber ihren Kunden ausnutzen, die lediglich auf fehlendem Wettbewerb (Marktversagen) oder auf der individuellen Verhandlungsmacht aufgrund eines bestehenden Vertrags bzw. einer Notlage des Bankkunden beruht, aber nicht auf einer Wettbewerbsverzerrung (z. B. kurzfristiger Bedarf an zusätzlichem Kredit). Demzufolge erscheint die Möglichkeit einer Lösung über die Wettbewerbspolitik bei vielen bekannten Verbraucherschutzproblemen auf den Finanzmärkten fraglich.⁹⁴⁷

2132. Aus wettbewerbspolitischer Perspektive sollte es allerdings das Ziel des Verbraucherschutzes sein, die Verbraucher in die Lage zu versetzen, ihre Rolle als eigenständige Marktteilnehmer effektiv wahrzunehmen. So ist es kritisch zu sehen, dass Verbraucher wegen des Umstands, dass die Komplexität ihrer finanzgeschäftlichen Beziehungen für sie nur schwer zu bewältigen ist, auf einen Anbieterwechsel (z. B. Kontowechsel) verzichten, wie er einen unter normalen Wettbewerbsbedingungen grundsätzlich zu erwarten wäre. Ebenso sind die umfangreichen und unabdingbaren Pflichten zur Produktinformation zu hinterfragen, deren Auswirkungen sowohl Banken als auch Verbraucherschutzorganisationen kritisieren.⁹⁴⁸ Demgegenüber erscheint es vordringlich, dass die Transparenz zu den die Verbraucher treffenden Kosten (z. B. Kreditkosten) und zu den von ihnen zu zahlenden Vergütungen und Provisionen weiter verbessert wird.

2133. Die Monopolkommission begrüßt aus wettbewerbspolitischer Sicht somit die gesetzgeberischen Maßnahmen der EU zur Vereinfachung des Kontowechsels und zur Erhöhung der Vergleichbarkeit von Kontogebühren sowie zur Erhöhung der Kostentransparenz bei Finanzanlagen.⁹⁴⁹ Außerdem regt sie in An-

⁹⁴⁶ Vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht 1976, BT-Drs. 8/704 vom 1. Juni 1977, S. 91 f. Steuerlich begründete Wettbewerbsverzerrungen bestehen nach Angaben der Verbraucherschutzverbände insbesondere bei Altersvorsorgeprodukten, die zum Teil auch bestimmten Berufsgruppen (z. B. Selbstständigen) vorenthalten werden.

⁹⁴⁷ Das betrifft insbesondere Zugangshürden für Verbraucher zu Basisfinanzprodukten (z. B. Girokonten, Verbraucherkrediten), die von Verbraucherschutzorganisationen kritisierte Forderung überhöhter Kreditentgelte und die Aufdrängung nicht benötigter Zusatzleistungen (z. B. Kreditausfallversicherungen). Ähnliches dürfte bei überhöhten Dispositionskrediten vorliegen, da solche Kredite kein eigenständiges, am Markt verfügbares Produkt darstellen, sondern im Rahmen einer bestehenden Kontoverbindung nachgefragt werden (Lock-in).

⁹⁴⁸ Siehe auch oben, Tz. 1706.

⁹⁴⁹ EU-Rat, Informatorischer Vermerk, 8323/14, zur legislativen Entschließung des Europäischen Parlaments vom 15. April 2014 zum Vorschlag für eine Richtlinie über die Vergleichbarkeit von Zahlungskontogebühren, den Wechsel

betrachtet der ihr mitgeteilten Kritik an, die bisherigen Maßnahmen zum Verbraucherschutz in der Finanzberatung vor dem Hintergrund der Verordnung über Basisinformationsblätter für Anlageprodukte grundlegend zu überprüfen.

5.6 Implizite Garantien für Finanzprodukte

2134. Es gibt Anhaltspunkte dafür, dass implizite Staatsgarantien nicht nur für Banken und andere Marktteilnehmer bestehen, sondern auch für Finanzprodukte. Eine solche Garantie kann sich ergeben, wenn das Vertrauen in bestimmte Produkte geschützt wird, weil ein Vertrauensverlust potenziell systemische Auswirkungen hat, die nicht hingenommen werden können. Die Produkte haben folglich einen Wettbewerbsvorteil gegenüber Produkten, mit denen sie im Wettbewerb stehen, die aber keinen vergleichbaren Vertrauensschutz genießen.

2135. Das Risiko von Wettbewerbsverzerrungen aufgrund von impliziten Garantien ist besonders relevant bei Refinanzierungsprodukten wie Anleihen und Verbriefungen. Solche Refinanzierungsprodukte haben eine unterschiedliche Risikostruktur, die sie für unterschiedliche Anleger interessant macht. Sie dürften deshalb nur zum Teil im direkten Wettbewerb zueinanderstehen.⁹⁵⁰ Eine implizite Staatsgarantie dürfte insbesondere zugunsten der folgenden Finanzprodukte in Betracht kommen:

- Pfandbriefe und vergleichbare besicherte Anleihen (Covered Bonds) sowie
- Staatsanleihen von EU-Mitgliedstaaten und andere Anleihen, die zur Finanzierung öffentlicher Aufgaben emittiert werden (z. B. Kommunalobligationen).

Die impliziten Garantien für solche Produkte kommen im Wettbewerb allerdings in unterschiedlicher Weise zum Tragen.

5.6.1 Pfandbriefe und vergleichbare besicherte Anleihen (Covered Bonds)

2136. Es gibt Hinweise darauf, dass eine implizite Garantie zugunsten von Pfandbriefen und vergleichbaren Anleihen besteht. Ein Pfandbrief ist ein Wertpapier, das eine Immobilienkreditforderung verbrieft, die vom Emittenten des Pfandbriefs erworben wurde und durch ein Grundpfandrecht gesichert ist. Das Pfandbriefgeschäft ist gesetzlich besonders ausgestaltet. Insbesondere dürfen Grundschulden und Hypotheken nur bis zur Höhe von 60 Prozent des Beleihungswertes zur Deckung des Pfandbriefs benutzt werden.⁹⁵¹ Für andere Sicherheiten gelten zum Teil noch strengere Vorgaben.⁹⁵² Deutsche Pfandbriefe gelten deshalb selbst als besonders sicher, und zwar auch im Vergleich mit ähnlichen Produkten in anderen Mitgliedstaaten.

2137. Die hohe Sicherheit ermöglicht eine relativ bedenkenlose Anlage in Pfandbriefen. Die Ausgestaltung dieser Finanzinstrumente ist gleichwohl nicht unproblematisch. Vertrauensrisiken können nicht nur entstehen, wenn es zu einem krisenbedingten Wertverfall des Deckungsstocks kommt (z. B. einer Hypothekenkrise), sondern auch, wenn ein Pfandbriefemittent unabhängig vom Pfandbriefgeschäft in Schieflage gerät, etwa wegen Refinanzierungsproblemen (wie bei HRE). Da es vor allem darauf ankommt, dass der Pfand-

von Zahlungskonten und den Zugang zu Zahlungskonten mit grundlegenden Funktionen, COM(2013) 266 vom 22. April 2014; Informatorischer Vermerk, 8486/14, zum Vorschlag für eine Verordnung über Basisinformationsblätter für Anlageprodukte, COM(2012)0352 vom 16. April 2014.

⁹⁵⁰ Die genaue Marktabgrenzung zwischen Anleihen und Verbriefungen ist bisher offen, ebenso die Marktabgrenzung für verschiedene Anleiheprodukten; EU-Kommission, Entscheidung vom 28. September 2007, COMP/M.4860 – HRE/DEPFA, Tz. 8 f.; Entscheidung vom 1. Februar 2012, COMP/M.6166 – Deutsche Börse/NYSE Euronext, Tz. 83; Entscheidung vom 24. Juni 2013, COMP/M.6873 – Intercontinental Exchange/NYSE Euronext, Tz. 129.

⁹⁵¹ §§ 14, 18 PfandBG.

⁹⁵² § 19 PfandBG. Siehe auch Bundesregierung, Antwort auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Dautzenberg u.a., BT-Drs. 16/13823 vom 21. Juli 2009, zu den weiteren gesetzlichen Vorteilen von Pfandbriefen (insbesondere im Fall der Insolvenz des Pfandbriefemittenten).

briefemittent die Emission bedienen kann, ist der Deckungsstock gegenüber der Bonität des Emittenten für Anleger sogar nur von nachrangiger Bedeutung.⁹⁵³

2138. Die Sicherheit von Pfandbriefen und vergleichbaren ausländischen Produkten wird letztlich durch den Staat garantiert. Demzufolge wird die Wertentwicklung solcher Produkte auch von den sogenannten CDS-Spreads für den jeweiligen Staat beeinflusst. Dies verschafft deutschen Pfandbriefen gegenüber ausländischen Produkten zurzeit einen Wettbewerbsvorteil, der nicht durch die Qualität des Pfandbriefs an sich begründet ist.⁹⁵⁴

2139. Einen Wettbewerbsvorteil haben Covered Bonds allerdings auch, wenn man sie mit anderen Refinanzierungsmitteln wie Verbriefungen (insb. RMBS⁹⁵⁵) vergleicht. Insofern wurde bereits darauf hingewiesen, dass Verbriefungen als Refinanzierungsmittel ähnliche Aufgaben wie Covered Bonds erfüllen können, dabei allerdings den über Covered Bonds nutzbaren Deckungsstock erweitern, indem sie die Nutzung von anderen und sonst nicht marktfähigen (= illiquiden) Risiken als Sicherheit möglich machen. Der Wettbewerbsvorteil für Covered Bonds zeigt sich aus Sicht von Marktteilnehmern darin, dass Verbriefungen gegenüber Pfandbriefen regulatorisch und bei der Anerkennung als Repo-Sicherheit benachteiligt werden.⁹⁵⁶

2140. Aus Sicht der Monopolkommission sollte die Regulierung daraufhin überprüft werden, inwiefern Pfandbriefe als Refinanzierungsmittel lediglich aufgrund einer impliziten Garantie zu ihren Gunsten privilegiert werden. Demgegenüber sollten regulatorische Nachteile für Verbriefungen verringert werden, außer sie sind nachweisbar sachlich geboten.⁹⁵⁷

5.6.2 Staatsanleihen und andere Anleihen zur Finanzierung öffentlicher Aufgaben

2141. Der Staat finanziert die Erfüllung öffentlicher Aufgaben unter anderem auch durch eigene Anleihenemissionen. Im Rahmen der Euro- und Staatsschuldenkrise hat der umfangreiche Erwerb von Staatsanleihen durch Banken erhebliche Marktbedeutung und politische Brisanz gewonnen. Andere Anleihen zur Finanzierung öffentlicher Aufgaben stehen im Schatten dieser Entwicklung (z. B. Kommunalobligationen). Es ist zwischen der Emission (Primärmarkt) und dem Handel mit staatlich begebenen Anleihen (Sekundärmarkt) zu unterscheiden.

2142. Hinsichtlich der Emission der Anleihen ist fraglich, ob es sich überhaupt um eine unternehmerische Tätigkeit handelt. Nach der europäischen Rechtsprechung ist die Nachfrage nach einem Erzeugnis (Produkt) nicht von dessen späterer Verwendung zu trennen, weshalb der wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Charakter der Verwendung auch den Charakter des Erwerbes bestimmt.⁹⁵⁸ Diese Rechtsprechung könnte auf die Emission von Anleihen der öffentlichen Hand übertragbar sein. Die Anleihenemission ist eine Form der Kreditaufnahme, die erfolgt, um Mittel für die Erfüllung staatlicher Aufgaben zu gewinnen. Die Anleihe verbrieft als Wertpapier lediglich diese Forderung. Dies mag dagegen sprechen, die Emission von Anleihen der öffentlichen Hand als eine unternehmerische Tätigkeit anzusehen.⁹⁵⁹

953 Der Wert des Pfandbriefs folgt deshalb in hohem Maße der Spreadentwicklung der emittierenden Bank; vgl. im Zusammenhang mit der Finanzkrise Frühauf, M., Die Hypothek der Hypo Real Estate, FAZ, 13. Mai 2009.

954 Der deutsche Pfandbrief ist zugleich allerdings auch möglichen Wettbewerbsverzerrungen ausgesetzt, weil ausländische Produkte sich die regulatorischen Privilegierungen bei deutlich geringerem Aufwand zunutze machen können.

955 RMBS = Residential Mortgage Backed Securities.

956 Siehe oben Tz. 1750.; vgl. Aufsatz/Bayer/Teuschert, ZfgK 2012, 923 (926).

957 Dazu Erber, G., Verbriefungen sind tot – lang leben Verbriefungen?, DIW Wochenbericht Nr. 35/2011, S. 5; ders., Verbriefungen: eine Finanzinnovation und ihre fatalen Folgen, DIW Wochenbericht Nr. 43/2008, S. 669, 672 (gegenseitige Abhängigkeit der gepoolten Risiken, Refinanzierung mittels ABCP am Tagesgeldmarkt).

958 EuGH, Urteil vom 11. Juli 2006, C-205/03 P – FENIN, Slg. 2006, I-6295, Rz. 26.

959 Nicht geklärt ist bisher, ob dasselbe umgekehrt für den Erwerb staatlicher Anleihen durch die Notenbanken zu geldpolitischen Zwecken gilt.

2143. Anleihen der öffentlichen Hand werden allerdings auch als Wertpapiere auf dem Sekundärmarkt gehandelt. Dabei stehen sie untereinander und möglicherweise mit Unternehmensanleihen im direkten Wettbewerb. Zum Schutz des besonderen Vertrauens in Anleihen der öffentlichen Hand gibt es allerdings Regelungen, die eine Gleichbehandlung der Anleihen verschiedener staatlicher Emittenten (ungeachtet ihrer Bonität) und eine Besserstellung gegenüber Unternehmensanleihen vorsehen. Deshalb stellt sich die Frage, ob Anleihen staatlicher Emittenten von Wettbewerbsvorteilen und insbesondere von einer impliziten Garantie profitieren, die sich unmittelbar zugunsten dieser Anleihen und mittelbar zugunsten von Banken auswirkt, die in großem Umfang in solche Anleihen investieren.

2144. Derartige Wettbewerbsvorteile dürften zurzeit zumindest für Staatsanleihen bestehen.⁹⁶⁰ Staatsanleihen profitieren im Wettbewerb mit anderen Finanzprodukten zunächst von regulatorischen Vorteilen. So sind Staatsanleihen bei der Ermittlung von Eigenkapitalquoten mit schematisch vorgegebenen Risikogewichten anzusetzen, die nach Auffassung von Marktteilnehmern erheblich unter dem mit solchen Anleihen verbundenen tatsächlichen Risiko liegen können.⁹⁶¹ Staatsanleihen werden zudem generell als hochliquide Aktiva eingestuft (Level 1-Aktiva).⁹⁶² Mit diesen Vorteilen geht eine implizite Garantie aufgrund der Wahrnehmung einher, dass im Eurosystem einzelne Staaten im Falle einer Schieflage von den anderen Mitgliedstaaten aufgefangen werden. Diese Wettbewerbsvorteile von Staatsanleihen reduzieren nach allgemeiner Einschätzung die Bereitschaft der europäischen Banken zur Unternehmensfinanzierung und treiben sie stattdessen in die Staatsfinanzierung. Der Umstand, dass Staatsanleihen im zurzeit laufenden Bilanz- und Stresstest zum Teil mit ihrem tatsächlichen Risikogewicht angesetzt werden sollen, ändert nichts daran, dass diese Anleihen zunächst im Handel über einen Wettbewerbsvorteil verfügen und deshalb bevorzugt erworben werden.

2145. In Bezug auf andere Anleihen zur Finanzierung öffentlicher Aufgaben bestehen vergleichbare, allerdings i. d. R. weniger weitreichende Privilegierungen.⁹⁶³ Die Attraktivität von solchen Anleihen leidet dessen ungeachtet vielfach an unzureichenden Informationen und dem Fehlen von Ratings.⁹⁶⁴

2146. Die regulatorische Privilegierung von Anleihen der öffentlichen Hand mag beim Aufbau der europäischen Währungsunion durchaus sinnvoll gewesen sein. Aus wettbewerbsspolitischer Perspektive sind mittlerweile gleichwohl eine höhere Risikotransparenz und eine Verminderung der schematischen Privilegierungen für Anleihen der öffentlichen Hand zu befürworten. Die Monopolkommission tritt insofern der Einschätzung von Bundesregierung und Bundesbank bei.

6 Zusammenfassung: Grundthesen und Empfehlungen

- Die Finanzkrise hat kurzfristig erhebliche Staatseingriffe zur Finanzmarktstabilisierung erforderlich gemacht. Nachdem dieses Ziel erreicht ist, sollte eine ausgewogene Politik angestrebt werden, bei der neben den Belangen der Finanzmarktstabilität auch denen des unverfälschten Wettbewerbs Rechnung zu tragen ist. Dazu enthält dieses Sonderkapitel konkrete Empfehlungen.
- Die Finanzkrise hat gezeigt, dass implizite Garantien Finanzmarktteilnehmern einen systemisch bedingten Wettbewerbsvorteil verschaffen. Diesem Umstand konnte in den Beihilfeverfahren zur Bankenrettung nur bedingt Rechnung getragen werden. Die Monopolkommission tritt dafür ein, dass

⁹⁶⁰ Dabei sollen die Wettbewerbsfragen hinsichtlich der durch die Eurokrise bedingten Geldpolitik auch in diesem Zusammenhang außer Betracht bleiben (z. B. eine etwaige Garantiewirkung des OMT-Programms der EZB). Zum Vorgehen der EZB siehe die laufenden Verfahren BVerfG, 2 BvR 2728-2731/13; EuGH, C-62/14 – Gauweiler.

⁹⁶¹ Art. 114 ff. VO 575/2013, § 12 SolvV.

⁹⁶² Art. 416 VO 575/2013.

⁹⁶³ Art. 115 VO 575/2013.

⁹⁶⁴ Speziell zu Kommunalobligationen: Friedrich, S.W.A/Walkshäusl, C./Lesser, K., Die Bepreisung von deutschen Kommunalanleihen, Studie der Kandler-Gruppe, 23. Januar 2014.

Institute, die Staatshilfen erhalten haben und davon weiterhin profitieren, diese raschest möglich zurückgeben.

- Die Errichtung einer Bankenunion ist die richtige Antwort auf die Finanzkrise und ermöglicht die Wiederherstellung des europäischen Finanzbinnenmarkts. Die Bankenunion muss aus wettbewerbspolitischer Sicht auf drei Ziele ausgerichtet sein, nämlich die Neutralisierung bestehender impliziter Garantien (insb. durch den Abwicklungsmechanismus), die Hemmung des Aufbaus neuer impliziter Garantien (insb. durch Eigenmittelvorgaben) und die Erhöhung der Markttransparenz zur Erkennung solcher Garantien. Sie wird diese Ziele jedoch nur erreichen können, wenn das staatliche Ermessen hinsichtlich einer Haftungsfreistellung für einzelne Marktteilnehmer auf ein Minimum vermindert wird, wenn durch die Marktteilnehmer ausreichend kapitalisierte Finanzierungsquellen aufgebaut werden und wenn die Regulierung so wenig komplex wie möglich ist. Die Monopolkommission hält insofern weitere Anstrengungen für erforderlich.
- Es bleibt zu beobachten, inwiefern die gegenwärtige Regulierung zu einer Verminderung impliziter Garantien für Banken führt. Bei der Weiterentwicklung der Regulierung werden jedenfalls Schattenbankgeschäfte einzubeziehen sein, wobei ein flexibler Ansatz erforderlich ist.
- Die weitere Ausgestaltung der Finanzmarktregulierung sollte sich an drei Leitlinien orientieren, nämlich daran, Wettbewerbsverzerrungen durch ungleichmäßige regulatorische Belastung zu vermeiden bzw. abzubauen, die Wettbewerbsfähigkeit der deutschen und europäischen Marktteilnehmer zu schützen und einer weiteren Fragmentierung der Finanzmärkte entgegenzuwirken.
- Das deutsche Bankensystem hat aufgrund des Drei-Säulen-Modells eine stabile Struktur. Das darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass es von einer Vielzahl – oft über lange Zeit gewachsener – struktureller Wettbewerbsverzerrungen durchsetzt ist. Die Monopolkommission spricht sich für eine kartellbehördliche Überprüfung der Wettbewerbssituation und eine Beseitigung der feststellbaren Wettbewerbsverzerrungen aus.
- Die Verfahren gegen Großbanken und andere Unternehmen wegen der Manipulation von Referenzwerten und Entwicklungen im Handel auf den Kapitalmärkten sprechen aus Sicht der Monopolkommission dafür, die Durchsetzung der Wettbewerbsregeln auf diesen Märkten zu verstärken.
- In Bezug auf Wettbewerbsprobleme im Zahlungsverkehr und den Verbraucherschutz bei Bankgeschäften befürwortet die Monopolkommission eine weitere Erhöhung der Kostentransparenz für die Verbraucherinnen und Verbraucher.
- Die Regulierung sollte daraufhin überprüft werden, inwiefern einzelne Finanzprodukte aufgrund einer impliziten Garantie – im Gegensatz zu genuinen Vorteilen dieser Produkte – privilegiert werden (insbesondere Staatsanleihen, Pfandbriefe).

A. Anhang Kapitel II

1. Methodische Erläuterungen zu Kapitel II

1.1 Wertschöpfungsstaffeln

1.1.1 Wertschöpfungsstaffel für Industrie-, Handels- und Dienstleistungsunternehmen

1. Die Berechnung der Nettowertschöpfung zu Faktorkosten erfolgt auf Grundlage der „direkten Wertschöpfungsstaffel“.¹ Hierbei wird ausgehend von der Kennzahl Ergebnis vor Zinsen, Beteiligungen und Steuern um Aufwendungen, die Bestandteil der Wertschöpfung sind, z. B. der Personalaufwand, korrigiert.

Das Zinsergebnis wird im Rahmen der Volkswirtschaftlichen Gesamtrechnung bei der Berechnung der Nettowertschöpfung aller Unternehmen unterschiedlich erfasst, abhängig davon, ob es sich bei dem betrachteten Unternehmen um ein Kreditinstitut oder ein Nichtkreditinstitut handelt. Während das Zinsergebnis von Kreditinstituten in der Abgrenzung der Volkswirtschaftlichen Gesamtrechnung Bestandteil ihrer Wertschöpfung ist, wird es bei der Berechnung der Wertschöpfung von Nichtkreditinstituten nicht berücksichtigt und daher bei der Anwendung des direkten Ermittlungsverfahrens vom Jahresergebnis subtrahiert. Da es sich bei den in der Volkswirtschaftlichen Gesamtrechnung betrachteten Erhebungseinheiten um die Einzelunternehmen handelt, muss die Behandlung des Zinsergebnisses zur Ermittlung der Wertschöpfung der Großkonzerne von der Branchenzugehörigkeit der einzelnen Tochterunternehmung abhängig gemacht werden, um eine Größe zu erhalten, die der Nettowertschöpfung aller Unternehmen vergleichbar ist. Deswegen wird bei der Ermittlung der Wertschöpfung eine Korrektur des Wertes um das unkonsolidierte Zinsergebnis der in den Konsolidierungskreis einbezogenen Kreditinstitute vorgenommen.

Die inländische Nettowertschöpfung umfasst für Unternehmen, die nicht dem Kredit- oder Versicherungsgewerbe angehören, die folgenden Positionen:²

Ergebnis vor Zinsen und Steuern (EBIT)

- + Personalaufwand
- + Vergütungen für die Mitglieder des Aufsichtsrats und vergleichbarer Gremien
- ./. Sonstige Steuern
- + unkonsolidiertes Zinsergebnis von in den Konsolidierungskreis einbezogenen Kreditinstituten

= Nettowertschöpfung zu Faktorkosten.

1.1.2 Wertschöpfungsstaffel für Kreditinstitute

2. Die Monopolkommission hat mit dem Berichtsjahr 2008 die Methodik zur Berechnung der Wertschöpfung von Kreditinstituten modifiziert, um eine bessere Vergleichbarkeit zur Ermittlung der Wertschöpfung von Kreditinstituten im Rahmen der volkswirtschaftlichen Gesamtrechnung herzustellen.³ Mit der

1 Die indirekte Wertschöpfungsstaffel führt zu den gleichen Ergebnissen. Zu der Gesamtleistung des Unternehmens werden im Wesentlichen sonstige Erträge addiert, Aufwendungen für Vorleistungen, sonstige Aufwendungen, Abschreibungen auf Sachanlagen und Finanzanlagen und sonstige Steuern subtrahiert. Diese Methode ist rechnerisch aufwendiger und wird aus diesem Grund hier nicht verwendet.

2 Die Abgrenzung der Unternehmen, die dem Kredit- oder Versicherungsgewerbe angehören, basiert auf der unterschiedlichen Zusammensetzung ihrer Wertschöpfung.

3 Vgl. hierzu ausführlich Eichmann, W., Finanzserviceleistung, indirekte Messung (FISIM), Wirtschaft und Statistik

Revision 2005 der Volkswirtschaftlichen Gesamtrechnungen übernahm das Statistische Bundesamt das durch die EU-Verordnung Nr. 1889/2002 vorgegebene Konzept zur Berechnung und Verbuchung des Wertes von Dienstleistungen betreffend das Zinsgeschäft von Banken im Rahmen des Europäischen Systems Volkswirtschaftlicher Gesamtrechnungen.⁴ Stark vereinfacht ausgedrückt wird nach dem neuen Konzept der sogenannten Finanzserviceleistung, indirekte Messung (FISIM) der Wert der von Banken produzierten Bankdienstleistungen modellhaft anhand der indirekten Entgelte der Banken aus dem Kredit- und Einlagengeschäft ermittelt und den Verbrauchern der Bankdienstleistungen zugeordnet.⁵ Die Monopolkommission hat aufgrund methodischer Probleme von dem Versuch abgesehen, die Berechnung der einzelwirtschaftlichen Wertschöpfung von Kreditinstituten an das FISIM-Konzept anzupassen. Der wesentliche Einwand gegen eine Übertragung des FISIM-Konzeptes besteht darin, dass dieses mit der einzelwirtschaftlichen Perspektive nicht zweifelsfrei in Einklang gebracht werden kann, da das FISIM-Konzept auf mehrstufigen Modellrechnungen mit aggregierten Daten aufbaut, die in mehreren Schritten mit den in den Gewinn- und Verlustrechnungen der Banken ausgewiesenen Zinseinnahmen und -ausgaben abgeglichen werden.

Seit dem XVIII. Hauptgutachten berechnet sich die inländische Wertschöpfung einzelner Kreditinstitute gemäß dem folgenden Schema aus der Summe des Zins- und Provisionsergebnisses, abzüglich der um den Personalaufwand korrigierten Vorleistungen. Weiterhin erfolgt analog zum Vorgehen bei Nichtkreditinstituten eine Korrektur um das unkonsolidierte Zinsergebnis der in den Konsolidierungskreis einbezogenen Nichtkreditinstitute.

	Zinsüberschuss
+	Provisionsüberschuss
./.	Verwaltungsaufwendungen (abzüglich Personalaufwand)
./.	unkonsolidiertes Zinsergebnis der konsolidierten Nichtkreditinstitute
<hr/>	
=	Nettowertschöpfung zu Faktorkosten.

1.1.3 Wertschöpfungsstaffel für Versicherungsunternehmen

3. Die Staffel für die Berechnung der Wertschöpfung bei den Versicherungsunternehmen entspricht in wesentlichen Positionen der für Industrie- und Handelsunternehmen. Durch Besonderheiten des Versicherungsgeschäfts können der Gewinn- und Verlustrechnung allerdings nicht alle für die Ermittlung der Wertschöpfung erforderlichen Angaben entnommen werden. Der überwiegende Teil der Passiva einer Versicherung – bei Lebensversicherungen bis zu 95 Prozent – besteht aus versicherungstechnischen Rückstellungen, deren Zweck die Abdeckung erwarteter Schadensfälle ist. Entsprechend den Sparanteilen der Versicherten in den Beiträgen handelt es sich bei einem Teil dieser Rückstellungen um Kapital der Versicherten, das diesen gegenüber verzinst werden muss. Der den Versicherten zustehende Zinsbetrag geht aus der Gewinn- und Verlustrechnung nicht hervor. Vereinfacht dargestellt wird er geschätzt, indem der Anteil der versicherungstechnischen Rückstellungen an der Summe der Passiva mit dem Saldo der Erträge und

Nr. 7/2005, S. 710-716.

4 Verordnung (EG) Nr. 1889/2002 der Kommission vom 23. Oktober 2002 zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 448/98 des Rates zur Ergänzung und Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2223/96 hinsichtlich der Aufgliederung der unterstellten Bankgebühr (FISIM) im Rahmen des Europäischen Systems Volkswirtschaftlicher Gesamtrechnungen auf nationaler und regionaler Ebene (ESVG), ABl. EG Nr. L 286 vom 24. Oktober 2002, S. 11.

5 Vgl. hierzu ausführlich Eichmann, W., Finanzserviceleistung, indirekte Messung (FISIM), Wirtschaft und Statistik Nr. 7/2005, S. 710-716.

Aufwendungen aus Kapitalanlagen multipliziert wird. Das Schema zur Berechnung der Wertschöpfung von Versicherungsunternehmen umfasst folgende Positionen:

Jahresüberschuss/Jahresfehlbetrag

- ./. außerordentliches Ergebnis
- + Personalaufwand
- + Vergütung für Mitglieder der Beiräte, der Aufsichtsräte und vergleichbarer Gremien
- + Steuern vom Einkommen und vom Ertrag
- ./. Erträge aus Verlustübernahme
- ./. Erträge aus Kapitalanlagen ohne Erträge aus Grundstücken, grundstücksgleichen Rechten und Bauten einschließlich der Bauten auf fremden Grundstücken
- + Aufwendungen aus Kapitalanlagen ohne hierin enthaltenen Personalaufwand
- + aufgrund einer Gewinngemeinschaft, eines Gewinnabführungs- und Teilgewinnabführungsvertrags abgeführte Gewinne
- + unkonsolidiertes Zinsergebnis von in den Konsolidierungskreis einbezogenen Kreditinstituten
- + Verzinsung gegenüber den Versicherten

= Nettowertschöpfung zu Faktorkosten.

Die Verzinsung gegenüber den Versicherten wird nach dem folgenden Schema ermittelt:

- + (versicherungstechnische Rückstellungen+
- + Verbindlichkeiten aus dem selbst abgeschlossenen Versicherungsgeschäft+
- ./. Ansprüche für geleistete Abschlusskosten+)
- / (Bilanzsumme+
- ./. ausstehende Einlagen auf das gezeichnete Kapital+
- ./. eigene Anteile+
- ./. Ansprüche für geleistete Abschlusskosten+
- ./. Bilanzverlust+)
- * (Erträge aus Kapitalanlagen ohne Erträge aus Grundstücken, grundstücksgleichen Rechten und Bauten einschließlich der Bauten auf fremden Grundstücken
- ./. Aufwendungen aus Kapitalanlagen ohne hierin enthaltenen Personalaufwand)

Bei den mit (+) markierten Werten handelt es sich um einen Zweijahresdurchschnitt.

1.2 Verfahren zur Schätzung der inländischen Wertschöpfung

4. Sofern die Unternehmen der Monopolkommission die für die Berechnung der Wertschöpfung erforderlichen Daten für den Inlandskonzern nicht oder nur teilweise zur Verfügung stellen, die Wertschöpfung des Weltkonzerns anhand des veröffentlichten Konzernabschlusses jedoch ermittelt werden kann, wird die Wertschöpfung des inländischen Konzernbereichs anhand der Relation ausgewählter Referenzgrößen geschätzt. Auf der Grundlage der Wertschöpfung des Weltkonzerns werden für die betroffenen Unternehmen in Abhängigkeit der Verfügbarkeit bis zu drei Schätzwerte für die Wertschöpfung des inländischen Konzerns ermittelt. Die Schätzungen erfolgen dabei anhand der Referenzgrößen Anzahl der Beschäftigten, Personalaufwand sowie Geschäftsvolumen – hierbei handelt es sich um die Bilanzsumme der Kreditinstitute, die Brutto-Beitrageinnahmen der Versicherungsunternehmen sowie die Umsatzerlöse der Unternehmen anderer Wirtschaftszweige.

Die Schätzung der inländischen Wertschöpfung auf Grundlage des Verhältnisses von inländischer Referenzgröße und der Referenzgröße des Weltkonzerns erfolgt nach dem folgenden Schema:

$$Wertschöpfung_{Inland}^{geschätzt} = \frac{Referenzgröße_{Inland}}{Referenzgröße_{Welt}} \cdot Wertschöpfung_{Welt}$$

Den Schätzverfahren liegt die Annahme zugrunde, dass das Verhältnis der genannten Referenzgrößen des inländischen Konzerns zu denen des Gesamtkonzerns der Relation der inländischen Wertschöpfung zur Gesamtwertschöpfung des Weltkonzerns entspricht. Neben den drei Quotienten inländisches/gesamtes Geschäftsvolumen, Anzahl der durch inländische Konzerngesellschaften Beschäftigten/Gesamtzahl der Beschäftigten sowie Personalaufwand des inländischen Konsolidierungskreises/Personalaufwand des gesamten Konzerns werden das arithmetische Mittel aus allen drei Relationen sowie das Mittel der beiden am nächsten beieinander liegenden Anteile zur Schätzung der inländischen Wertschöpfung herangezogen.

5. Um die Eignung der verwendeten Schätzmethoden zu beurteilen, hat die Monopolkommission seit dem Neunten Hauptgutachten anhand der Fälle, in denen detaillierte Angaben zur Ermittlung sowohl der Inlands- als auch der Weltwertschöpfung vorlagen, geprüft, welche Abweichungen sich zwischen der tatsächlichen Wertschöpfung des Inlandskonzerns und der anhand der genannten Kennzahlen geschätzten Wertschöpfung ergeben.

Die Ergebnisse dieser Analysen blieben über die Jahre hinweg qualitativ gleich. Der Personalaufwand hat sich in der Mehrzahl der Untersuchungen als der genaueste Indikator für die inländische Wertschöpfung erwiesen. Die vergleichsweise hohe Genauigkeit der Schätzungen über den Personalaufwand ist darauf zurückzuführen, dass diese Größe ein wesentlicher Bestandteil der Wertschöpfung ist. Dennoch bestehen aufgrund unternehmensspezifischer Organisationsstrukturen und eines uneinheitlichen Einkommensniveaus in den einzelnen Standorten der Unternehmen Differenzen zwischen den Relationen auf Welt- und Inlandsbasis. Die vergangenen Untersuchungen haben auch gezeigt, dass die Näherungswerte auf der Basis verschiedener Schätzwerte recht zuverlässige Ergebnisse liefern. Sie bieten ebenso wie die Schätzungen auf der Basis der beiden am nächsten beieinander liegenden Schätzrelationen den Vorteil, dass es infolge entgegengesetzter Abweichungsrichtungen häufig zu Neutralisierungseffekten kommt. Die Überlegenheit einzelner Verfahren kann nicht auf fundierte theoretische Erkenntnisse gestützt werden, da häufig unternehmens- oder branchenspezifische Gegebenheiten für die Eignung der einzelnen Kennzahlen zur Schätzung der inländischen Wertschöpfung ausschlaggebend sind.

6. Zweck der Wertschöpfungsermittlung ist zum einen die Abgrenzung des Kreises der 100 größten Unternehmen Deutschlands und zum anderen die Beurteilung der gesamtwirtschaftlichen Bedeutung der dem Untersuchungskreis angehörenden Unternehmen. Der Aussagegehalt der Untersuchung hinsichtlich der Ab-

grenzung des Untersuchungskreises wird durch die Schätzfehler nicht wesentlich vermindert, da Fehleinschätzungen der Wertschöpfung nur dann zu einer fehlerhaften Abgrenzung des Kreises der „100 Größten“ führen, wenn sie eine Verschiebung des Ranges über den hundertsten Rangplatz bedingen. Auch ist der Einfluss von Schätzfehlern auf die Beurteilung der gesamtwirtschaftlichen Bedeutung der „100 Größten“ gering. Die vergangenen Untersuchungen haben gezeigt, dass die ausschließliche Verwendung von Wertschöpfungsdaten, die auf der Basis der Personalaufwendungen geschätzt wurden, zu einer sehr geringen Abweichung der Summe der Wertschöpfung der „100 Größten“ von der anhand des tatsächlich vorhandenen Zahlenmaterials ermittelten Wertschöpfungssumme führt.

7. Im Rahmen der Erhebung 2012 erfolgte eine Schätzung der Wertschöpfung der Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ anhand der Wertschöpfung des Gesamtkonzerns in 22 Fällen (2010: 23). Damit bleibt die Qualität der Datenbasis aufgrund der anhaltenden Bereitschaft vieler Unternehmen, der Kommission die benötigten Daten in der Abgrenzung auf den inländischen Konzernbereich zur Verfügung zu stellen, erhalten. Soweit die Wertschöpfung einzelner Unternehmen geschätzt werden musste, wird dies in Tabelle II.1 des Hauptgutachtens kenntlich gemacht. Im Einzelnen wurden folgende Schätzungen vorgenommen:

In sieben Fällen wurde auf den Personalaufwand als Basis zurückgegriffen. Da der Personalaufwand den größten Teil der betrieblichen Wertschöpfung erklärt, wird diese Methode gegenüber der Verwendung der Beschäftigtenzahl und der Umsatzerlöse grundsätzlich bevorzugt. Soweit die vorhandenen Daten Schätzungen auf der Basis der Merkmale Umsatz und Beschäftigte zuließen, wurden diese den Schätzungen auf Basis des Personalaufwands gegenübergestellt. Von einer Schätzung mit Hilfe des Personalaufwands wurde nur abgesehen, wenn die Höhe des inländischen Personalaufwands nicht bekannt war. Auf der Basis des Personalaufwands wurde die Wertschöpfung der folgenden Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ geschätzt: Siemens AG, E.ON SE, C. H. Boehringer Sohn KG, Rethmann AG & Co. KG, Otto Group, Carl Zeiss AG, Rheinmetall AG.

Die Wertschöpfung der „100 Größten“ wurde in 12 Fällen anhand des Durchschnitts der Geschäftsvolumen- und Beschäftigtenrelationen geschätzt. Auf der Basis dieser Schätzmethode erfolgte die Einordnung der Deutsche Post AG, der EADS-Gruppe Deutschland, der TOTAL-Gruppe Deutschland, der STRABAG-Gruppe Deutschland, der Liebherr-International-Gruppe Deutschland, der Nestlé-Gruppe Deutschland, der maxingvest AG, der Voith AG, der DEKRA SE, des HDI Haftpflichtverband der Deutschen Industrie V.a.G., der H & M Hennes & Mauritz-Gruppe Deutschland sowie der Dr. August Oetker KG. Im Falle der Dr. August Oetker KG wurde zur Berechnung der inländischen Wertschöpfung ausschließlich der Personalaufwand mit der Geschäftsvolumen- und Beschäftigtenrelationen gewichtet, da keine Angaben zum Ergebnis vor Zinsen und Steuern vorlagen.

Der Mangel an veröffentlichten Daten im Einzelhandel hat die Monopolkommission dazu veranlasst, die Wertschöpfung der Einzelhandelsgruppen zu schätzen. Die Wertschöpfung der Aldi-Gruppe, der REWE-Gruppe sowie der Schwarz-Gruppe wurde jeweils anhand des mit der Wertschöpfung/Umsatz-Relation von zur Gruppe zugehörigen Tochterunternehmen gewichteten Gruppenumsatzes geschätzt. Im Falle der Aldi-Gruppe und der Schwarz-Gruppe wurde auf die Relationen des Berichtsjahres 2010 zurückgegriffen. Die berichteten Inlands- und Gruppenumsatzerlöse beider Einzelhandelsgruppen beruhen im Wesentlichen auf Schätzungen bzw. Hochrechnungen des Datenanbieters TradeDimensions bzw. auf Angaben im Metro Handelslexikon, Ausgabe 2014/2015. Somit räumt die Monopolkommission traditionell der korrekten Abgrenzung des Kreises der „100 Größten“ gegenüber einer exakten Wertschöpfungsermittlung Priorität ein.⁶

⁶ Vgl. Monopolkommission, XIV. Hauptgutachten, Netzwettbewerb durch Regulierung, Baden-Baden 2003, Tz. 270.

1.3 Additionsmethode zur Berechnung der inländischen Wertschöpfung

8. Alternativ zu einer Schätzung anhand der Relation in- und ausländischer Daten ermittelt die Monopolkommission die Wertschöpfung inländischer Teilkonzerne in einzelnen Fällen durch eine Summierung der Wertschöpfung der größten inländischen Konzerngesellschaften. Teilkonzerne, deren Wertschöpfung durch diese Additionsmethode ermittelt wurden, sind in Tabelle II.1A des Hauptgutachtens mit der Erläuterung „S“ gekennzeichnet.

Eine wesentliche Verzerrung der so ermittelten Wertschöpfung aufgrund der fehlenden Konsolidierung der als Berechnungsgrundlage herangezogenen Daten ist aus den folgenden Gründen nicht zu erwarten. Wegen des Abzugs der Vorleistungen im Rahmen der Wertschöpfungsermittlung entsteht ein Konsolidierungseffekt aus innerkonzernlichen Lieferungen und Leistungen nur, sofern im Berichtszeitraum keine Weiterveräußerung an Dritte erfolgt und das innerkonzernliche Geschäft mit einem Zwischenergebnis verbunden ist. Ein Zwischenergebnis wird erzielt, wenn der Buchwert der gelieferten Waren beim belieferten Unternehmen nicht mit ihren aus Konzernsicht zu veranschlagenden Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten übereinstimmt. In diesem Fall weicht die konsolidierte Wertschöpfung von der Summenwertschöpfung in Höhe des Zwischenergebnisses ab. Die weiteren, durch Konsolidierungsmaßnahmen beeinflussten Erfolgspositionen sind in der Mehrzahl entweder nicht Bestandteil der Wertschöpfung – hierzu gehören Aufwendungen und Erträge aus Verlustübernahme und Gewinnabführungen, Erträge aus Beteiligungen –, oder sie werden gemeinsam mit solchen Erfolgspositionen in die Wertschöpfung einbezogen, die einer kompensierenden Konsolidierungswirkung unterliegen. Zu den in die Wertschöpfung einbezogenen und in einer hinsichtlich der Konsolidierungswirkung kompensatorischen Beziehung stehenden Erfolgspositionen gehören die sonstigen betrieblichen Erträge und Aufwendungen sowie im Falle der Wertschöpfung der Kreditinstitute die Zinsaufwendungen und -erträge.

Die Additionsmethode zur Ermittlung der inländischen Wertschöpfung wird vorrangig zur Abdeckung der Aktivitäten inländischer Tochterunternehmen von ausländischen Konzernobergesellschaften genutzt, sofern eine Befragung nach konsolidierten Ausgangsdaten ohne Erfolg bleibt. Ihre Anwendung setzt eine ausreichende Publizität der deutschen Konzerngesellschaften voraus und ist daher aufgrund der Größenabhängigkeit der Publizitätspflichten ungeeignet, sofern der ausländischen Konzernobergesellschaft eine Vielzahl kleiner inländischer Tochterunternehmen untergeordnet sind. Bezüglich des Geschäftsjahres 2012 wurde so unter anderem die Wertschöpfung der Konzerngesellschaften der Vodafone-Gruppe Deutschland, der Hewlett-Packard-Gruppe Deutschland, der Procter & Gamble-Gruppe Deutschland sowie der Shell-Gruppe Deutschland berechnet.

2. Ergänzende Tabellen zu Kapitel II

Tabelle II.1A: Die nach im Inland Beschäftigten 100 größten Unternehmen in den Jahren 2010 und 2012¹

Jahr	Rang nach ¹		Unternehmen	Wirt- schafts- zweig ²	Beschäftigte		Inlandsanteil (%)
	Beschäf- tigten	Wert- schöpfung der inländischen Konzerngesellschaften			Inland	Konzern	
2012	1	1	Volkswagen AG	29	249.470	549.763	45,4
2010	1	2			181.328	399.381	45,4
2012	2	4	Deutsche Bahn AG	49, 52	186.222	287.508	64,8
2010	2	5			179.039	276.310	64,8
2012	3	9	Deutsche Post AG	52, 53	167.082	428.129	39,0
2010	3	11			165.781	418.946	39,6
2012	4	2	Daimler AG	29	166.363	275.087	60,5
2010	4	1			164.026	260.100	63,1
2012	5	16	REWE-Gruppe	46, 47, 79	148.634	234.193	63,5
2010	5	16			148.194	244.579	60,6
2012	6	3	Siemens AG	26, 27, 28, 30	119.000	366.700	32,5
2010	6	3			128.000	405.000	31,6
2012	7	6	Deutsche Telekom AG	61	118.840	229.686	51,7
2010	7	4			123.174	246.777	49,9
2012	8	8	Robert Bosch GmbH	26, 27, 28, 29	111.909	305.877	36,6
2010	8	7			113.557	283.507	40,1
2012	9	17	Metro AG	46, 47	89.920	252.138	35,7
2010	9	15			94.426	258.029	36,6
2012	10	5	Bayerische Motoren Werke AG	29, 30	76.429	105.876	72,2
2010	11	8			70.736	95.453	74,1
2012	11	10	Deutsche Lufthansa AG	33, 51, 56	67.620	116.957	57,8
2010	13	13			65.159	117.019	55,7
2012	12	33	Schwarz-Gruppe	47	66.000*	175.000*	37,7
2010	14	36			64.500*	147.957*	43,6
2012	13	22	ThyssenKrupp AG	24, 28, 29, 30	64.380	167.961	38,3
2010	10	14			71.072	177.346	40,1
2012	14	31	Aldi-Gruppe	47	61.600*	135.250*	45,5
2010	21	30			44.010*	102.100*	43,1
2012	15	47	EDEKA Zentrale AG & Co. KG	46, 47	59.873	59.873	100,0
2010	12	48			66.696	66.696	100,0

Jahr	Rang nach¹		Unternehmen	Wirt- schafts- zweig²	Beschäftigte		Inlandsanteil (%)
	Beschäf- tigten	Wert- schöpfung			Inland	Konzern	
der inländischen Konzerngesellschaften							
2012	16	-	Tengelmann	47	59.751	83.826	71,3
2010	15	-	Warenhandelsgesellschaft KG		59.146	80.282	73,7
2012	17	7	BASF SE	06, 20,	52.844	113.262	46,7
2010	16	9		21, 22	50.801	109.140	46,5
2012	18	26	Fresenius SE & Co. KGaA	20, 21,	51.791	169.324	30,6
2010	24	31		26, 32, 46	40.823	137.552	29,7
2012	19	18	Continental AG	22, 29	48.495	169.639	28,6
2010	19	19			46.136	148.228	31,1
2012	20	19	EADS-Gruppe Deutschland	25, 30	48.210	140.405	34,3
2010	22	20			42.677	121.691	35,1
2012	21	81	AVECO Holding AG	81	46.877	48.427	96,8
2010	-	-			39.674	39.674	100,0
2012	22	13	Deutsche Bank AG	64	46.308	98.219	47,1
2010	17	12			49.265	102.062	48,3
2012	23	38	Rhön-Klinikum AG	86	43.059	43.059	100,0
2010	26	41			38.058	38.058	100,0
2012	24	21	Commerzbank AG	64	42.857	53.601	80,0
2010	20	17			45.301	59.101	76,7
2012	25	35	Allianz SE	65	40.882	144.094	28,4
2010	18	34			47.889	151.338	31,6
2012	26	11	RWE AG	35, 36,	40.272	70.208	57,4
2010	23	10		38	41.039	70.856	57,9
2012	27	25	ZF Friedrichshafen AG	28, 29	39.882	74.775	53,3
2010	25	23			38.205	64.600	59,1
2012	28	28	Bertelsmann SE & Co. KGaA	18, 58,	38.434	104.286	36,9
2010	27	24		59	36.462	104.419	34,9
2012	29	44	Rethmann AG & Co. KG	21, 38,	35.503	58.348	60,8
2010	36	58		52	26.463	40.422	65,5
2012	30	15	Bayer AG	20, 21	34.600	110.500	31,3
2010	28	22			36.200	111.400	32,5
2012	31	37	Asklepios Kliniken GmbH	86	34.037	34.037	100,0
2010	35	45			26.917	26.917	100,0

Jahr	Rang nach¹		Unternehmen	Wirt- schafts- zweig²	Beschäftigte		Inlandsanteil (%)
	Beschäf- tigten	Wert- schöpfung			Inland	Konzern	
der inländischen Konzerngesellschaften							
2012	32	12	E.ON SE	20, 35,	31.548	72.083	43,8
2010	29	6		36	35.116	85.105	41,3
2012	33	91	EDEKA Minden eG	46	30.937	30.937	100,0
2010	30	87			31.456	31.456	100,0
2012	34	-	Ford-Gruppe Deutschland	29	30.357	171.000	17,8
2010	32	40			29.116	164.000	17,8
2012	35	30	INA-Holding Schaeffler GmbH	25, 28,	29.778	76.099	39,1
2010	33	26	& Co. KG	29	27.938	67.509	41,4
2012	36	51	STRABAG-Gruppe	41, 42	26.732	74.010	36,1
2010	38	63	Deutschland		25.220	73.600	34,3
2012	37	65	Sana Kliniken AG	86	26.083	26.083	100,0
2010	43	72			22.483	22.483	100,0
2012	38	49	Otto Group	47	25.337	53.823	47,1
2010	39	60			24.717	49.721	49,7
2012	39	43	DZ Bank AG	64	25.086	28.227	88,9
2010	37	46			26.322	26.800	98,2
2012	40	69	Bilfinger SE	41, 42,	24.085	66.826	36,0
2010	42	51		43	23.652	58.312	40,6
2012	41	20	Münchener	65	23.700	45.437	52,2
2010	41	27	Rückversicherungs- Gesellschaft AG		24.537	46.915	52,3
2012	42	24	Evonik Industries AG	20, 35	21.969	33.298	66,0
2010	44	25			21.894	34.407	63,6
2012	43	-	dm-drogerie markt	47	20.903	33.667	62,1
2010	56	-	Verwaltungs-GmbH		17.012	27.887	61,0
2012	44	60	Adolf Würth GmbH & Co. KG	25, 46	19.605	65.169	30,1
2010	50	64			17.686	62.433	28,3
2012	45	53	Salzgitter AG	24, 25,	19.376	23.247	83,3
2010	46	55		28, 46	19.563	22.948	85,2
2012	46	27	Vattenfall-Gruppe Deutschland	05, 35,	19.054	32.794	58,1
2010	45	33		36	20.573	38.179	53,9
2012	47	-	General Motors-Gruppe	29	18.761	213.000	8,8
2010	47	-	Deutschland		19.523	202.000	9,7

Jahr	Rang nach¹		Unternehmen	Wirt- schafts- zweig²	Beschäftigte		Inlandsanteil (%)
	Beschäf- tigten	Wert- schöpfung			Inland	Konzern	
der inländischen Konzerngesellschaften							
2012	48	59	Fraport AG Frankfurt Airport	52	18.628	20.804	89,5
2010	52	65	Services Worldwide		17.492	19.477	89,8
2012	49	32	Energie Baden-Württemberg	35, 38	18.380	18.912	97,2
2010	48	18	AG		19.376	20.119	96,3
2012	50	-	RAG-Stiftung	05, 07,	18.170	18.170	100,0
2010	40	57		70	24.629	24.629	100,0
2012	51	48	HGV Hamburger Gesellschaft	36, 49,	17.850	17.850	100,0
2010	51	50	für Vermögens- und	52, 68	17.625	17.625	100,0
			Beteiligungsmanagement mbH				
2012	52	-	Saint-Gobain-Gruppe	23, 24,	17.645	192.781	9,2
2010	53	70	Deutschland	25, 46	17.402	191.651	9,1
2012	53	-	EDEKA Südwest eG	46	17.621	17.621	100,0
2010	58	-			16.720	16.720	100,0
2012	54	39	UniCredit-Gruppe Deutschland	64	17.391	156.354	11,1
2010	55	29			17.119	162.009	10,6
2012	55	76	Voith AG	28	17.316	42.327	40,9
2010	57	69			16.776	39.754	42,2
2012	56	56	Debeka-Gruppe	65	16.713	16.713	100,0
2010	59	61			16.038	16.038	100,0
2012	57	14	SAP AG	62	16.671	64.422	25,9
2010	60	21			15.633	53.513	29,2
2012	58	88	DEKRA SE	70, 71	16.403	28.340	57,9
2010	64	97			14.923	24.867	60,0
2012	59	36	IBM-Gruppe Deutschland	26, 62,	15.821	434.246	3,6
2010	49	32		63	17.927	426.751	4,2
2012	60	-	United Parcel Service-Gruppe	49, 53	15.664	399.000	3,9
2010	62	-	Deutschland		15.144	400.600	3,8
2012	61	57	Liebherr-International-Gruppe	27, 28,	15.514	37.801	41,0
2010	67	62	Deutschland	30	13.767	32.979	41,7
2012	62	-	INGKA-Gruppe Deutschland	47	15.294	139.000	11,0
2010	-	-					
2012	63	-	Dirk Rossmann GmbH	47	15.277	15.277	100,0
2010	80	-			11.751	11.751	100,0

Jahr	Rang nach¹		Unternehmen	Wirt- schafts- zweig²	Beschäftigte		Inlandsanteil (%)
	Beschäf- tigten	Wert- schöpfung			Inland	Konzern	
der inländischen Konzerngesellschaften							
2012	64	-	Douglas Holding AG	46, 47	15.241	24.221	62,9
2010	61	-			15.164	24.655	61,5
2012	65	-	Globus Holding GmbH & Co.	47	14.859	24.604	60,4
2010	68	-	KG		13.717	22.809	60,1
2012	66	63	BSH Bosch und Siemens	27, 46	14.642	46.925	31,2
2010	65	81	Hausgeräte GmbH		14.194	42.841	33,1
2012	67	-	Karstadt Warenhaus GmbH	47	14.633	14.633	100,0
2010	54	-			17.296	17.296	100,0
2012	68	-	Generali-Gruppe Deutschland	65	14.332	79.454	18,0
2010	63	-			14.995	85.368	17,6
2012	69	73	maxingvest AG	10, 12,	14.213	29.280	48,5
2010	70	73		20, 46	13.373	31.487	42,5
2012	70	95	Dr. August Oetker KG	10, 11,	13.724	26.406	52,0
2010	69	100		46, 50	13.502	25.591	52,8
2012	71	-	VINCI-Gruppe Deutschland	41, 42	13.322	192.701	6,9
2010	-	-			8.087	179.527	4,5
2012	72	72	Nestlé-Gruppe Deutschland	10, 46	13.268	339.000	3,9
2010	74	71			12.727	281.000	4,5
2012	73	90	H & M Hennes & Mauritz-	47	13.141	72.276	18,2
2010	78	84	Gruppe Deutschland		11.845	59.440	19,9
2012	74	40	C. H. Boehringer Sohn AG &	20, 21	13.104	46.228	28,3
2010	83	43	Co. KG		11.433	42.224	27,1
2012	75	-	Berliner Verkehrsbetriebe	49, 50	12.792	12.792	100,0
2010	75	-	(BVG) Anstalt des öffentlichen Rechts		12.649	12.649	100,0
2012	76	61	Procter & Gamble-Gruppe	20, 27,	12.767	126.000	10,1
2010	72	56	Deutschland	46	13.115	127.000	10,3
2012	77	58	Wacker Chemie AG	20	12.635	16.292	77,6
2010	76	42			12.235	16.314	75,0
2012	78	-	Johnson Controls-Gruppe	22, 27,	12.598	170.000	7,4
2010	98	93	Deutschland	29	10.583	137.000	7,7
2012	79	-	A.T.U. Auto-Teile Unger	45	12.228	12.228	100,0
2010	82	-	Holding GmbH		11.508	12.322	93,4

Jahr	Rang nach¹		Unternehmen	Wirt- schafts- zweig²	Beschäftigte		Inlandsanteil (%)
	Beschäf- tigten	Wert- schöpfung			Inland	Konzern	
der inländischen Konzerngesellschaften							
2012	80	-	Piepenbrock	80, 81	12.145	12.145	100,0
2010	84	-	Unternehmensgruppe GmbH & Co. KG		11.427	11.427	100,0
2012	81	-	BayWa AG	46, 47	12.065	16.559	72,9
2010	73	-			13.068	16.432	79,5
2012	82	96	B. Braun Melsungen AG	21, 32	12.052	46.559	25,9
2010	93	-			10.907	41.666	26,2
2012	83	80	Rheinmetall AG	25, 26,	11.947	21.767	54,9
2010	77	80		28, 30	11.920	19.979	59,7
2012	84	34	Vodafone-Gruppe	61	11.854	91.272	13,0
2010	71	35	Deutschland		13.289	83.862	15,8
2012	85	94	Signal-Iduna Gruppe	65	11.628	11.628	100,0
2010	85	-			11.419	11.419	100,0
2012	86	83	Stadtwerke Köln GmbH	35, 36,	11.455	11.455	100,0
2010	89	78		49	11.111	11.111	100,0
2012	87	-	Peugeot-Gruppe Deutschland	29	11.388	204.287	5,6
2010	-	-					
2012	88	54	Hewlett-Packard-Gruppe	26, 62,	11.319	331.800	3,4
2010	92	79	Deutschland	63, 77	10.934	324.600	3,4
2012	89	-	Kühne + Nagel-Gruppe	52	11.258	63.248	17,8
2010	-	-	Deutschland		9.901	57.536	17,2
2012	90	89	HDI Haftpflichtverband der	65	11.191	20.887	53,6
2010	88	-	Deutschen Industrie V.a.G.		11.141	16.874	66,0
2012	91	-	Praktiker Bau- und	47	11.128	19.523	57,0
2010	79	-	Heimwerkermärkte Holding AG		11.811	21.463	55,0
2012	92	-	Benteler International-Gruppe	24, 25,	10.992	28.007	39,2
2010	-	-	Deutschland	28, 29	8.949	23.748	37,7
2012	93	77	ABB-Gruppe Deutschland	26, 27,	10.977	146.100	7,5
2010	95	76		43	10.828	116.500	9,3
2012	94	78	Freudenberg & Co. KG	13, 20,	10.935	37.453	29,2
2010	96	92		22	10.804	34.319	31,5
2012	95	55	E. Merck KG	20, 21,	10.788	38.847	27,8
2010	100	53		32, 46	10.340	40.562	25,5

Jahr	Rang nach¹		Unternehmen	Wirt- schafts- zweig²	Beschäftigte		Inlandsanteil (%)
	Beschäf- tigten	Wert- schöpfung			Inland	Konzern	
der inländischen Konzerngesellschaften							
2012	96	67	AXA-Gruppe Deutschland	65	10.759	94.364	11,4
2010	86	77			11.339	103.432	11,0
2012	97	-	Diehl Stiftung & Co. KG	22, 26,	10.700	14.369	74,5
2010	-	-		46	9.770	13.569	72,0
2012	98	99	Hella KGaA Hueck & Co.	25, 27,	10.685	29.030	36,8
2010	-	-		29	10.138	25.171	40,3
2012	99	-	Fielmann AG	47	10.495	15.494	67,7
2010	-	-			9.865		
2012	100	70	Carl Zeiss AG	26, 32	10.389	24.326	42,7
2010	-	75			8.292	12.971	63,9
2012	-	-	Anton Schlecker e.K.	47			
2010	31	-			30.000*	49.038*	61,2
2012	-	-	MAN SE	27, 28,			
2010	34	37		29	27.354	47.669	57,4
2012	-	-	McDonald's-Gruppe	56			
2010	66	-	Deutschland		13.825	400.000	3,5
2012	-	-	EDEKA Nordbayern-Sachsen-	46, 47	9.493	9.493	100,0
2010	81	-	Thüringen eG		11.557	11.557	100,0
2012	-	-	Nokia-Gruppe Deutschland	26, 61	5.934	112.256	5,3
2010	87	-			11.243	132.427	8,5
2012	-	52	Roche-Gruppe Deutschland	20, 21,	9.123	82.089	11,1
2010	90	59		32, 46	11.011	80.653	13,7
2012	-	-	Heidelberger Druckmaschinen	28	9.730	14.215	68,4
2010	91	-	AG		10.945	15.828	69,1
2012	-	46	Landesbank Baden-	64	10.035	11.642	86,2
2010	94	44	Württemberg		10.880	13.061	83,3
2012	-	-	HOCHTIEF AG	41, 42,	10.108	79.987	12,6
2010	97	-		43, 71	10.590	70.657	15,0
2012	-	-	Dr. Ing. h.c. F. Porsche AG	29			
2010	99	38			10.529	12.722	82,8
2012			Insgesamt			10.383.48	
2010					3.574.462	6	34,4
					3.450.818	9.962.758	34,6

¹ Als Ordnungskriterium wurde die Zahl der im Inland Beschäftigten zum Bilanzstichtag, gemessen in Vollzeitäquivalenten herangezogen, wobei die Bilanzstichtage der einzelnen Unternehmen in einigen Fällen nicht übereinstimmen. Nicht alle Unternehmen haben der Monopolkommission die entsprechenden Daten zur Verfügung gestellt. In einigen Fällen musste daher auf die Jahresdurchschnitte sowie die Kopfbzahl ausgewichen werden. Verzerrungen der Inlandsrelationen können sich in den Fällen ergeben, in denen z. B. die Inlandsangabe auf Grundlage von Vollzeitäquivalenten, die entsprechende Konzernbeschäftigung als Kopfbzahl dargestellt werden.

Im Falle der Aldi- und Schwarz-Gruppe wurde zur Ermittlung der Zahl der Beschäftigten im Berichtsjahr 2012 auf Presseverlautbarungen zurückgegriffen. Bei mit einem * versehenen Angaben handelt es sich um Näherungswerte. Aufgrund fehlender Informationen konnten nicht alle potenziell zum Untersuchungskreis zählenden Unternehmen erfasst werden. So ist anzunehmen, dass, gemessen an den Beschäftigten der inländischen Konzernteile, unter anderem die Mc Donald's-Gruppe Deutschland weiterhin zum Kreis der „100 Größten“ zählt. Zu Anmerkungen, die Umfirmierungen und Umstrukturierungen von Unternehmen und Konzernen betreffen, vgl. die Fußnoten zu Tabelle II.1 des Hauptgutachtens.

² Statistisches Bundesamt, Klassifikation der Wirtschaftszweige, Ausgabe 2008 (WZ 2008). Es werden jeweils nur die Wirtschaftszweige auf der Gliederungsebene der 88 Abteilungen angeführt, die einen erheblichen Anteil an den Unternehmensumsätzen haben

Quelle: Eigene Erhebungen

Tabelle II.2A: Aufschlüsselung der nach Beschäftigten und der nach Wertschöpfung 100 größten Unternehmen 2012 nach Wirtschaftsbereichen

Wirtschaftsbereich¹	Anzahl der Unternehmen		Anteil an den „100 Größten“ (%)²		Mittelwert	
	Be-schäftigte	Wert-schöpfung	Be-schäftigte	Wert-schöpfung	Be-schäftigte	Wertschöpfung (Mio. EUR)
Produzierendes Gewerbe	50	57	47,6	61,5	33.998	3.123
Handel	20	9	20,2	6,7	36.116	2.170
Verkehr und Dienstleistungen	19	19	24,9	21,2	46.916	3.225
Kreditgewerbe	4	9	3,7	7,0	32.911	2.249
Versicherungsgewerbe	7	6	3,6	3,5	18.458	1.705
Alle Unternehmen	100	100	100,0	100,0	35.745	2.893

¹ Die Angaben beziehen sich auf die inländischen Konzernbereiche.

² Auf eine Nachkommastelle gerundete Werte.

Quelle: Eigene Erhebungen

Tabelle II.3A: Entwicklung des Geschäftsvolumens der 50 größten sowie aller Industrieunternehmen im Zeitraum 1978 bis 2012

<i>Jahr</i>	<i>Geschäftsvolumen der 50 größten Industrieunternehmen¹</i>		<i>Geschäftsvolumen aller Industrieunternehmen²</i>		<i>Anteil (%)</i>
	<i>(Mio. EUR)</i>	<i>Veränderung zur Vorperiode (%)</i>	<i>(Mio. EUR)</i>	<i>Veränderung zur Vorperiode (%)</i>	
1978	213.605		690.109		30,95
1980	268.411	25,7	860.757	24,7	31,18
1982	311.519	16,1	933.538	8,5	33,37
1984	340.817	9,4	1.025.625	9,9	33,23
1986	339.241	- 0,5	1.053.600	2,7	32,20
1988	353.405	4,2	1.110.363	5,4	31,83
1990	415.409	17,5	1.279.547	15,2	32,47
1992	450.590	8,5	1.404.482	9,8	32,08
1994	432.984	- 3,9	1.571.877	11,9	27,55
1996	474.970	9,7	1.614.278	2,7	29,42
1998	501.506	5,6	1.737.344	7,6	28,87
2000	588.096	17,3	1.904.448	9,6	30,88
2002	591.022	0,5	1.920.673	0,9	30,77
2004	617.322	4,4	1.923.795	0,2	32,09
2006	733.110	18,8	2.201.428	14,4	33,30
2008	774.526	5,6	2.453.103	11,4	31,57
2010	761.192	-1,7	2.389.821	-2,6	31,85
2012	930.160	22,2	2.672.485	11,8	34,81

¹ Die Angaben beziehen sich auf die inländischen Konzernbereiche inklusive der Umsätze mit ausländischen verbundenen Unternehmen.

² Die angegebenen Werte entsprechen der Summe der Umsatzerlöse der Wirtschaftsabschnitte B (Bergbau), C (Verarbeitendes Gewerbe), D (Energieversorgung), E (Wasserversorgung, Abwasser- und Abfallentsorgung) sowie F (Baugewerbe) gemäß Umsatzsteuerstatistik. Bei der Interpretation der Anteilswerte ist zu berücksichtigen, dass die gesamtwirtschaftliche Vergleichsgröße seit dem Berichtsjahr 2010 auf Grundlage der Klassifikation der Wirtschaftszweige, Ausgabe 2008 (WZ 2008) berechnet wurde, während die Zuordnung in den Vorperioden auf der Wirtschaftszweigklassifikation 2003 (Klassifikation der Wirtschaftszweige, Ausgabe 2003 (WZ 2003)) beruht. Da die Umstellung zahlreiche Änderungen auch auf der Ebene der Wirtschaftsabschnitte mit sich bringt, ist ein Vergleich zu den Vorperioden nur eingeschränkt möglich.

Quelle: Eigene Erhebungen

Tabelle II.4A: Entwicklung des Geschäftsvolumens der zehn größten sowie aller Handelsunternehmen im Zeitraum 1978 bis 2012

Jahr	Geschäftsvolumen der zehn größten Handelsunternehmen¹		Geschäftsvolumen aller Handelsunternehmen²		Anteil (%)
	(Mio. EUR)	Veränderung zur Vorperiode (%)	(Mio. EUR)	Veränderung zur Vorperiode (%)	
1978	35.119		463.826		7,57
1980	39.418	12,2	546.420	17,8	7,21
1982	44.727	13,5	580.607	6,3	7,70
1984	46.557	4,1	633.944	9,2	7,34
1986	45.434	-2,4	659.357	4,0	6,89
1988	52.490	15,5	719.494	9,1	7,30
1990	59.780	13,9	864.177	20,1	6,92
1992	69.931	17,0	992.667	14,9	7,04
1994	81.696	16,8	1.113.426	12,2	7,34
1996	96.249	17,8	1.157.635	4,0	8,31
1998	104.174	8,2	1.223.087	5,7	8,52
2000	117.591	12,9	1.328.683	8,6	8,85
2002	126.432	7,5	1.332.984	0,3	9,48
2004	152.447	20,6	1.402.169	5,2	10,87
2006	160.980	5,6	1.572.236	12,1	10,24
2008	168.291	4,5	1.700.475	8,2	9,90
2010	165.050	-1,9	1.652.601	-2,8	9,99
2012	174.261	5,6	1.825.774	10,5	9,54

¹ Die Angaben beziehen sich auf die inländischen Konzernbereiche inklusive der Umsätze mit ausländischen verbundenen Unternehmen.

² Die angegebenen Werte entsprechen der Summe der Umsatzerlöse des Wirtschaftsabschnittes G (Handel; Instandhaltung und Reparatur von Kraftfahrzeugen) gemäß Umsatzsteuerstatistik. Bei der Interpretation der Anteilswerte ist zu berücksichtigen, dass die gesamtwirtschaftliche Vergleichsgröße seit dem Berichtsjahr 2010 auf Grundlage der Klassifikation der Wirtschaftszweige, Ausgabe 2008 (WZ 2008) berechnet wurde, während die Zuordnung in den Vorperioden auf der Wirtschaftszweigklassifikation 2003 (Klassifikation der Wirtschaftszweige, Ausgabe 2003 (WZ 2003)) beruht. Da die Umstellung zahlreiche Änderungen auch auf der Ebene der Wirtschaftsabschnitte mit sich bringt, ist ein Vergleich zu den Vorperioden nur eingeschränkt möglich.

Quelle: Eigene Erhebungen

Tabelle II.5A: Entwicklung des Geschäftsvolumens der zehn größten sowie aller Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen im Zeitraum 1978 bis 2012

Jahr¹	Geschäftsvolumen der zehn größten Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen²		Geschäftsvolumen aller Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen³		Anteil (%)
	(Mio. EUR)	Veränderung zur Vorperiode (%)	(Mio. EUR)	Veränderung zur Vorperiode (%)	
1978	11.445		146.098		7,83
1980	14.224	24,3	180.683	23,7	7,87
1982	16.065	12,9	204.646	13,3	7,85
1984	17.794	10,8	229.685	12,2	7,75
1986	17.036	-4,3	262.134	14,1	6,50
1988	18.284	7,3	309.283	18,0	5,91
1990	20.900	14,3	391.796	26,7	5,33
1992	23.673	13,3	484.864	23,8	4,88
1994	81.845	245,7	534.455	10,2	15,31
1996	86.603	5,8	602.533	12,7	14,37
1998	101.194	16,8	680.692	13,0	14,87
2000	120.681	19,3	769.028	13,0	15,69
2002	124.571	3,2	839.087	9,1	14,85
2004	124.663	0,1	854.586	1,8	14,59
2006	134.563	7,9	963.580	12,8	13,96
2008	132.791	-1,3	1.030.944	7,0	12,88
2010	124.388	-6,3	952.529	-7,6	13,06
2012	133.172	7,1	975.326	2,4	13,65

¹ Die außergewöhnliche Umsatzsteigerung der zehn größten Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen zwischen 1992 und 1994 ist auf die erstmalige Einbeziehung der Unternehmen der ehemaligen Deutschen Bundespost sowie der Deutschen Bahn AG in die Untersuchung zurückzuführen.

² Die Angaben beziehen sich auf die inländischen Konzernbereiche inklusive der Umsätze mit ausländischen verbundenen Unternehmen.

³ Die angegebenen Wert entsprechen der Summe der Umsatzerlöse der Wirtschaftsabschnitte H (Verkehr und Lagerei), J (Information und Kommunikation), L (Grundstücks- und Wohnungswesen), M (Erbringung von freiberuflichen, wissenschaftlichen und technischen Dienstleistungen), N (Erbringung von sonstigen wirtschaftlichen Dienstleistungen), R (Kunst, Unterhaltung und Erholung) sowie S (Erbringung von sonstigen Dienstleistungen) gemäß Umsatzsteuerstatistik. Bei der Interpretation der Anteilswerte ist zu berücksichtigen, dass die gesamtwirtschaftliche Vergleichsgröße seit dem Berichtsjahr 2010 auf Grundlage der Klassifikation der Wirtschaftszweige, Ausgabe 2008 (WZ 2008) berechnet wurde, während die Zuordnung in den Vorperioden auf der Wirtschaftszweigklassifikation 2003 (Klassifikation der Wirtschaftszweige, Ausgabe 2003 (WZ 2003)) beruht. Da die Umstellung zahlreiche Änderungen auch auf der Ebene der Wirtschaftsabschnitte mit sich bringt, ist ein Vergleich zu den Vorperioden nur eingeschränkt möglich.

Quelle: Eigene Erhebungen

Tabelle II.6A: Entwicklung des Geschäftsvolumens der zehn größten sowie aller Kreditinstitute im Zeitraum 1978 bis 2012

Jahr	Geschäftsvolumen der zehn größten Kreditinstitute¹		Geschäftsvolumen aller Kreditinstitute²		Anteil (%)³
	(Mrd. EUR)	Veränderung zur Vorperiode (%)	(Mrd. EUR)	Veränderung zur Vorperiode (%)	
1978	385,9		1.035,2		37,28
1980	451,6	17,0	1.222,8	18,1	36,93
1982	507,7	12,4	1.417,4	15,9	35,82
1984	593,9	17,0	1.622,8	14,5	36,60
1986	683,4	15,1	1.866,7	15,0	36,61
1988	793,1	16,1	2.125,9	13,9	37,31
1990	1.009,7	27,3	2.800,7	31,7	36,05
1992	1.216,2	20,5	3.204,6	14,4	37,95
1994	1.570,4	29,1	3.782,0	18,0	41,52
1996	2.029,4	29,2	4.618,1	22,1	43,94
1998	2.696,7	32,9	5.805,7	25,7	48,72
2000	3.554,8	31,8	7.035,2	21,2	52,00
2002	3.508,7	-1,3	7.276,3	3,4	50,38
2004	3.564,2	1,6	7.527,7	3,5	47,74
2006	4.030,4	13,1	8.099,9	7,6	51,26
2008	5.205,8	29,2	8.575,6	5,9	50,13
2010	4.103,4	-21,2	9.481,3	10,6	49,16
2012	3.843,2	-6,3	9.294,0	-2,0	56,28

¹ Die Angaben beziehen sich auf die konsolidierte Bilanzsumme der inländischen Konzernbereiche.

² Vgl. Deutsche Bundesbank, Bankenstatistik, Statistisches Beiheft 1 zum Monatsbericht, Januar 2014, S. 106. Die Deutsche Bundesbank ermittelt die Bilanzsummen anhand der Einzelabschlüsse der Kreditinstitute.

³ Ab 1998 bezieht sich der Anteil auf die unkonsolidierte Bilanzsumme der zehn größten Kreditinstitute. Bis einschließlich 1996 wurde der Anteil anhand der konsolidierten Bilanzsumme der zehn größten Kreditinstitute ermittelt.

Quelle: Eigene Erhebungen

Tabelle II.7A: Entwicklung des Geschäftsvolumens der zehn größten sowie aller Versicherungskonzerne im Zeitraum 1978 bis 2012

<i>Jahr</i>	<i>Geschäftsvolumen der zehn größten Versicherungsunternehmen¹</i>		<i>Geschäftsvolumen aller Versicherungsunternehmen²</i>		<i>Anteil (%)³</i>
	<i>(Mio. EUR)</i>	<i>Veränderung zur Vorperiode (%)</i>	<i>(Mio. EUR)</i>	<i>Veränderung zur Vorperiode (%)</i>	
1978	16.624				
1980	20.872	25,6			
1982	24.220	16,0			
1984	26.555	9,6			
1986	29.957	12,8			
1988	34.767	16,1			
1990	38.668	11,2	93.435		41,38
1992	53.590	38,6	114.698	22,8	46,72
1994	68.157	27,2	138.942	21,1	49,05
1996	69.765	2,4	150.338	8,2	46,41
1998	84.215	20,7	159.128	5,8	55,55
2000	93.989	11,6	175.060	10,1	57,84
2002	110.448	17,5	195.520	11,7	60,01
2004	109.067	-1,3	213.599	9,2	59,33
2006	114.792	5,3	217.018	1,6	61,42
2008	119.055	3,7	213.992	-1,4	62,64
2010	132.092	11,0	229.271	7,1	59,62
2012	137.713	4,2	242.036	5,6	59,11

¹ Die Angaben beziehen sich auf die konsolidierten Beitragseinnahmen der inländischen Konzernbereiche.

² Quelle: Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, Statistik der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht – Erstversicherungsunternehmen 2012, S. 11. Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht ermittelt das Beitragsvolumen aller Versicherungsunternehmen anhand von Einzelabschlussdaten.

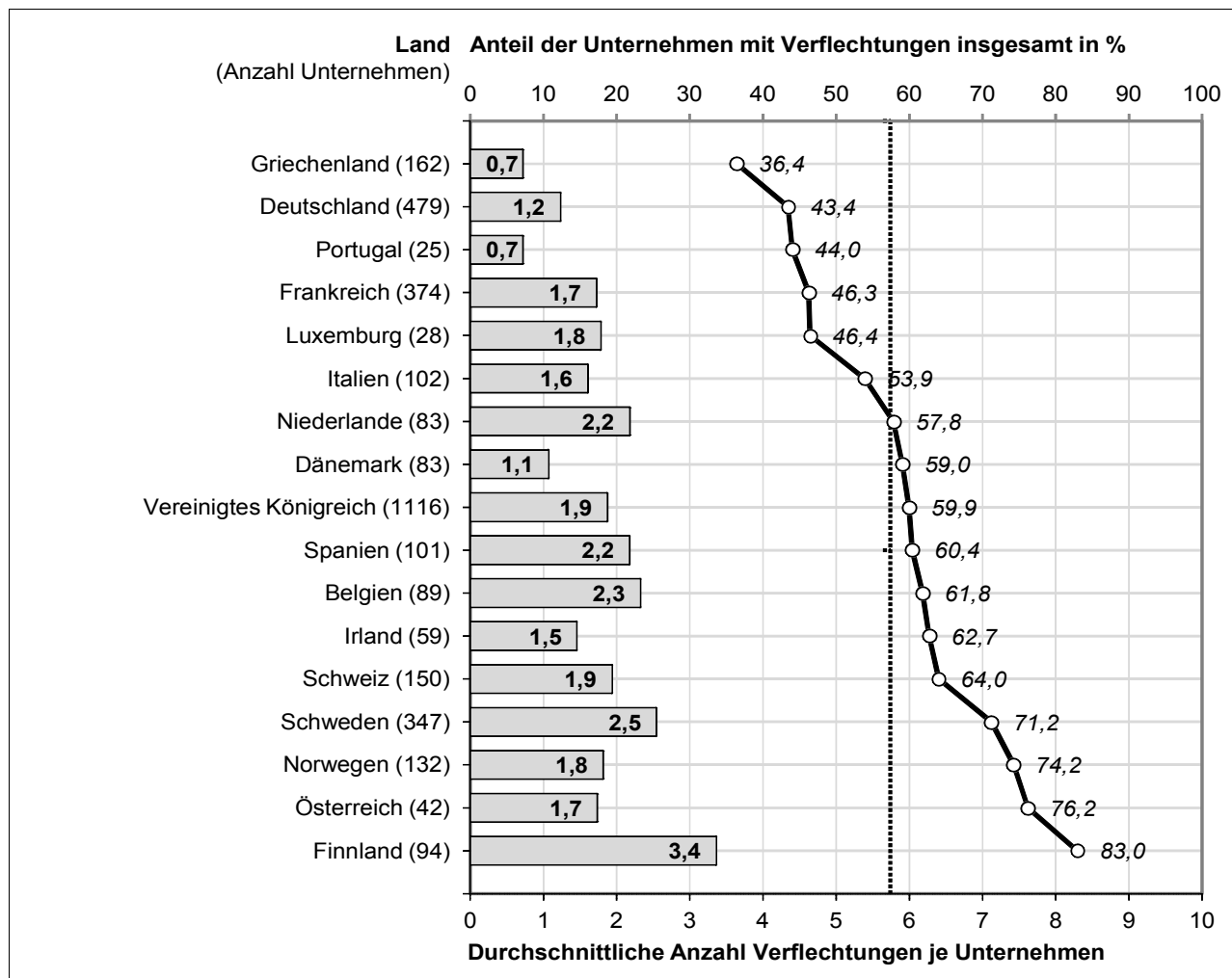
³ Bis einschließlich 1996 wurde der Anteil anhand der konsolidierten Beitragseinnahmen der zehn größten Versicherungskonzerne ermittelt. Ab 1998 errechnet sich der Anteil anhand der unkonsolidierten inländischen Beitragseinnahmen der zehn größten Versicherungskonzerne.

Quelle: Eigene Erhebungen

B. Anhang Kapitel III

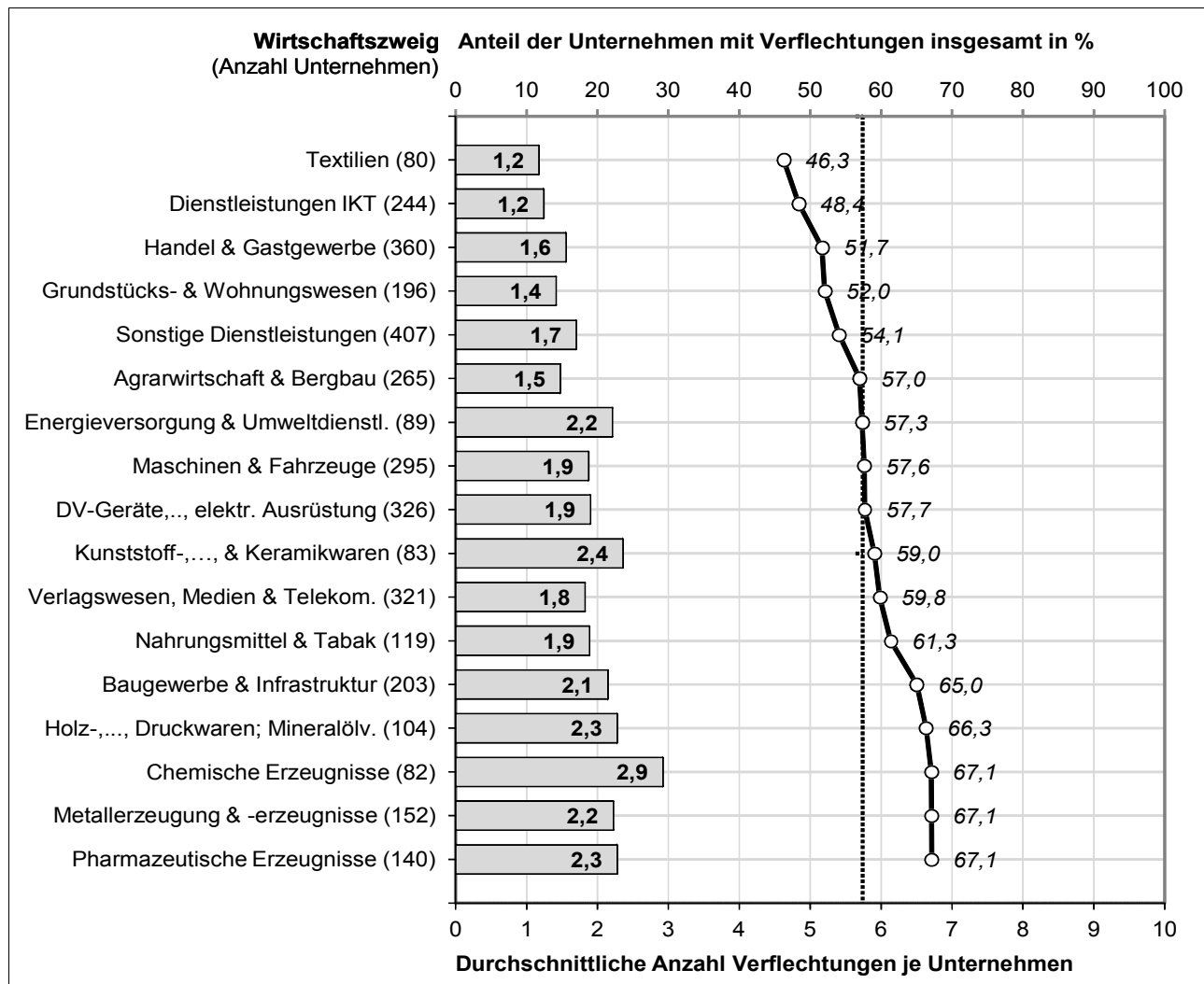
Methodische und statistische Anlagen zu Kapitel III

Abbildung III.1A: Anzahl und Anteil personeller Unternehmensverflechtungen nach Ländern im Berichtsjahr 2011



Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten von Thomson Reuters und Bureau van Dijk

Abbildung III.2A: Anzahl und Anteil personeller Unternehmensverflechtungen nach Branchen im Berichtsjahr 2011



Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten von Thomson Reuters und Bureau van Dijk

Tabelle III.1A: Detaillierte Regressionsergebnisse (Poisson Schätzung mit fixen Effekten)

	<i>Gesamt</i>	<i>Niedrige Wettbewerbsintensität</i>	<i>Hohe Wettbewerbsintensität</i>	<i>Gesamt</i>	<i>Niedrige Wettbewerbsintensität</i>	<i>Hohe Wettbewerbsintensität</i>
<i>AT_EXT</i>	-0,213 (0,176)	-0,442*** (0,171)	0,119 (0,250)	-0,178 (0,168)	-0,406** (0,167)	0,163 (0,246)
<i>log(KAPINT)</i>	0,142** (0,064)	0,251*** (0,069)	0,105 (0,089)	0,032 (0,068)	0,157** (0,065)	-0,015 (0,086)
<i>log(AN)</i>	0,172*** (0,037)	0,219*** (0,038)	0,132*** (0,043)	0,058 (0,048)	0,107** (0,052)	-0,003 (0,056)
<i>log(UNAL)</i>	0,031 (0,056)	0,009 (0,059)	0,028 (0,073)	0,052 (0,059)	0,030 (0,064)	0,053 (0,072)
<i>VZAHL</i>	-0,005 (0,009)	-0,009 (0,010)	0,000 (0,011)	-0,010 (0,009)	-0,010 (0,010)	-0,008 (0,010)
<i>SBZAHL</i>	-0,003 (0,012)	-0,003 (0,014)	0,012 (0,014)	-0,007 (0,011)	-0,003 (0,014)	0,006 (0,014)
<i>BLOCK</i>	0,022 (0,101)	0,025 (0,089)	-0,063 (0,131)	-0,002 (0,099)	-0,000 (0,092)	-0,083 (0,132)
<i>log(pat_mean)</i>	0,754*** (0,035)	0,735*** (0,041)	0,755*** (0,039)	0,647*** (0,042)	0,630*** (0,042)	0,632*** (0,048)
<i>d(pat_mean=0)</i>	-1,610*** (0,169)	-1,430*** (0,227)	-1,762*** (0,179)	-1,370*** (0,230)	-1,088*** (0,292)	-1,626*** (0,253)
<i>log(FuE)</i>				0,214*** (0,045)	0,211*** (0,047)	0,252*** (0,055)
<i>d(FuE=0)</i>				2,114*** (0,481)	2,004*** (0,504)	2,493*** (0,636)
<i>Konstante</i>	-1,020 (0,755)	-1,509* (0,799)	-1,476* (0,818)	-1,246 (0,774)	-1,945** (0,789)	-1,894** (0,790)
<i>Gemeinsame Signifikanz</i>	$\chi^2(16)$ =50,27***	$\chi^2(16)$ =108,17***	$\chi^2(16)$ =53,65***	$\chi^2(16)$ =354,99***	$\chi^2(16)$ =406,20***	$\chi^2(16)$ =166,22***
<i>Branchendummies</i>						
<i>Gemeinsame Signifikanz</i>	$\chi^2(16)$ =62,93***	$\chi^2(16)$ =76,62***	$\chi^2(16)$ =80,87***	$\chi^2(16)$ =53,19***	$\chi^2(16)$ =63,75***	$\chi^2(16)$ =130,91***
<i>Länderdummies</i>						
<i>Gemeinsame Signifikanz</i>	$\chi^2(4)$ =13,03**	$\chi^2(4)$ =6,39	$\chi^2(4)$ =9,39**	$\chi^2(4)$ =15,82***	$\chi^2(4)$ =7,45**	$\chi^2(4)$ =9,74**
<i>Jahresdummies</i>						
<i>Anzahl Beobachtungen</i>	5.574	2.873	2.701	3.648	2.013	1.635
<i>Pseudo Log-likelihood</i>	-24.414,624	-11.928,786	-11.229,664	-20.679,069	-10.277,668	-9.141,965

Anmerkungen: Abhängige Variable: PAT_{t+l} , Standardfehler (nach Unternehmen geclustert) in Klammern. Signifikanzniveaus: * $p < 0.1$, ** $p < 0.05$, *** $p < 0.01$.

C. Anhang Kapitel VI

Empirische Analyse zum Vergleich von Kontomodellen

1. Vorbemerkungen

1.1 Einführung

1. Die öffentlich-rechtlich organisierten Mitgliedsunternehmen der Sparkassen-Finanzgruppe sowie die genossenschaftlich organisierten VR-Banken können bei der Erbringung von Finanzdienstleistungen jeweils auf ein bundesweit nahezu flächendeckendes Filialnetz zurückgreifen.¹ Die Sparkassen und die VR-Banken sind dadurch in größerem Umfang als die vornehmlich in den Großstädten ansässigen Privatbanken in der Lage, Privatkunden eine persönliche Beratung und eine filialgebundene Abwicklung von Bankgeschäften anzubieten.

2. Die Gruppen der Sparkassen, VR-Banken und Privatbanken bestehen aus rechtlich und wirtschaftlich selbstständigen Unternehmen und stehen im Wettbewerb zueinander. Zugleich weisen die drei Gruppen unterschiedliche institutionsrechtliche und -ökonomische Merkmale auf.

So unterliegen Sparkassen z. B. einem gesetzlichen Regionalprinzip, d. h. sie dürfen nur in ihrem Geschäftsbezirk tätig werden.² Ihre kommunalen Träger sind unmittelbar Mitglieder in einem der zwölf regionalen Sparkassen- und Giroverbände und mittelbar Mitglieder des Deutschen Sparkassen- und Giroverbandes e.V. (DSGV). Die regionalen Sparkassen- und Giroverbände übernehmen ihrerseits übergeordnete Aufgaben und zentrale Funktionen wie die Beratung der Sparkassen in strategischen und geschäftspolitischen Fragen.³ Der DSGV wiederum „erarbeitet in Abstimmung mit seinen Mitgliedern und Verbundunternehmen der Sparkassen-Finanzgruppe Konzepte und Strategien für eine erfolgreiche Marktbearbeitung der Sparkassen“.⁴

Die Geschäftstätigkeit von Genossenschaftsbanken unterliegt dagegen keinen besonderen gesetzlichen Vorgaben; das Regionalprinzip beachten sie nur freiwillig und nicht durchgehend. Ihre Träger sind die Mitglieder (Genossen) und damit ein Großteil ihrer Kunden. Wie die öffentlich-rechtlichen Sparkassen sind auch Genossenschaftsbanken in Verbänden organisiert. Die fünf Regionalverbände beraten die Volksbanken und Raiffeisenbanken in „rechtlichen, steuerlichen sowie betriebswirtschaftlichen Fragen“.⁵ Auf Bundesebene und international werden sie vom Bundesverband der Deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken (BVR) vertreten, der die „gemeinsame Strategie der Volksbanken und Raiffeisenbanken“ koordiniert.

Die Privatbanken haben i. d. R. private Anteilseigner. Obgleich sie vom Bundesverband deutscher Banken (BdB) repräsentiert werden, agieren sie operativ wie strategisch individuell autark und stehen in unmittelbarem Wettbewerb zueinander. Im Gegensatz zu den Sparkassen ist die individuelle Kundenbetreuung bei den Privatbanken nicht regional auf den Geschäftsbezirk der Mitgliedschaft begrenzt.

3. Die unterschiedliche Vertriebsnetzstruktur verschafft vor allem den Sparkassen und den VR-Banken eine „Kundennähe“, welche eine besondere Bedeutung dieser Gruppen für die regionale Versorgung mit Finanz-

1 Vgl. Bankenverband, <https://bankenverband.de/downloads/032011/ta-vw-geschaeftsentwicklung-bankanzahl-bgr.pdf>, S. 3 f., Abruf am 3. Januar 2014.

2 Dazu siehe unten Kap. VI, Abschnitt 5.

3 Vgl. z. B. Sparkassen- und Giroverband Hessen-Thüringen, <http://www.sparkassen-finanzzgruppe-ht.de/finanzzgruppe/verband/ueber-uns.php>, Abruf am 3. Januar 2014.

4 Vgl. DSGV, <http://www.dsgv.de/de/ueber-uns/dsgv-aufgaben-und-ziele.html>. Zur Funktion der Verbände siehe unten Kap. VI, Abschnitt 4. Zudem gibt es derzeit noch sechs Freie Sparkassen in Deutschland, welche in dem Verband der Deutschen Freien Öffentlichen Sparkassen organisiert sind, der ein außerordentliches Mitglied des DSGV ist; vgl. Verband Freier Sparkassen, www.verband-freier-sparkassen.de, Abruf am 3. Januar 2014.

5 Vgl. Bundesverband der Deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken, <https://www.bvr.de/p.nsf/index.html?ReadForm&main=3&sub=80>, Abruf am 3. Januar 2014.

dienstleistungen, aber zugleich auch Potenzial für Marktmacht in sich birgt. Demnach wiesen die Sparkassen der Sparkassen-Finanzgruppe in 2012 bei Einlagen von Privatkunden (ohne Termineinlagen mit Befristung von über zwei Jahren) den größten Marktanteil von ca. 39 Prozent auf, während Genossenschaftsbanken einen Anteil von ca. 26 Prozent besaßen. Auf private Banken entfielen ca. 32 Prozent, wovon Großbanken einen Marktanteil von ca. 12 Prozent innehatten.⁶

4. Aufgrund der starken Stellung der Sparkassen bei den Privatkundeneinlagen und der engen Verflechtungen zwischen den Sparkassen und ihren Regionalverbänden sieht es die Monopolkommission als geboten an, die Konditionen der Kontoführung von Sparkassen eingehender zu untersuchen. Hierbei erscheint vor allem ein Vergleich der Kontokonditionen der Sparkassen mit denen der VR-Banken und mit denen privater Großbanken für ein Monitoring des Marktes für Privatkundeneinlagen von Bedeutung. So könnte es durchaus sein, dass sich die Genossenschaftsbanken wie auch die privaten Großbanken bei der Festlegung ihrer Kontoführungskonditionen an denen der Sparkassen orientiert haben.⁷ Mit Blick auf die Organisationsstruktur der Sparkassen-Finanzgruppe und des verzahnten Kommunikations- und Kooperationsgefüges zwischen den Sparkassen und ihren Trägern geht die Monopolkommission auch der sich anschließenden Frage nach, inwieweit sich die Kontokonditionen der wirtschaftlich und rechtlich unabhängigen Sparkassen zwischen und innerhalb einzelner Regionalverbände voneinander unterscheiden. So könnte es sein, dass Kontoführungskonditionen innerhalb der Sparkassen-Finanzgruppe auch verbandsübergreifend – trotz sozio-ökonomischer Unterschiede – Ähnlichkeiten aufwiesen.⁸ Hierfür vergleicht sie beispielhaft die Kontokonditionen der Sparkassen des Sparkassen- und Giroverbandes Hessen-Thüringen mit denen der geographisch unmittelbar angrenzenden Regionalverbände. Der Sparkassen- und Giroverband Hessen-Thüringen erscheint für eine derartige Vergleichsanalyse innerhalb der Sparkassen-Finanzgruppe besonders geeignet zu sein, da an ihm die meisten Regionalverbände der Sparkassen-Finanzgruppe angrenzen.

1.2 Datenerhebung und -analyse

5. Für eine eingehende Untersuchung der Kontoführungskonditionen der Sparkassen wurden zwei empirische Analysen durchgeführt, welche auf einer eigens vorgenommenen Datenerhebung, sogenannte Stichproben⁹, basiert. Hierzu sind im Zeitraum vom 1. Juni 2013 bis zum 16. August 2013 Kontoführungskonditionen der Stadt- und Kreissparkassen, freien Sparkassen, VR-Banken sowie der Deutschen Bank, der Postbank und der Commerzbank per Desk Research erhoben worden, soweit diese auf den Internetseiten der jeweiligen Kreditinstitute veröffentlicht worden waren.¹⁰ Dabei wurde a priori eine Separierung der Girokonten vorgenommen. Als „Standard“-Girokonto sind all jene Girokonten erfasst worden, in denen einzelne Leistungen überwiegend individuell und mit einem vergleichsweise niedrigen Monatsgrundpreis berechnet wurden. Als „Komfort“-Girokonto sind hingegen all jene Girokonten erfasst worden, bei denen einzelne Leistungen vornehmlich kompakt zu einem vergleichsweise höheren Monatspreis angeboten worden waren.¹¹

6 Vgl. DSGV, Der Finanzbericht 2012 – Lagebericht, Berlin, 2013, S. 19. Zu ähnlichen Ergebnissen kommt ein in Auftrag gegebenes Gutachten; vgl. Koetter, M., Market Structure and competition in German banking, Gutachten im Auftrag des Sachverständigenrates zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung und der Monopolkommission, 2014, S. 39 ff., www.frankfurt-school.de/content/de/who_we_are/staff/koetter.html.

7 Vgl. etwa Shapiro, C., Theories of oligopoly behavior, in: Schmalensee, R./Willig, R., Handbook of Industrial Organization 1(1), North-Holland 1989, S. 329-414.

8 Vgl. etwa Marshall, R.C./Marx, L.M., The Economics of Collusion: Cartels and Bidding Rings, Cambridge 2012, S. 81 ff.

9 Eine Stichprobe stellt eine Teilmenge der Grundgesamtheit dar, welche vollumfängliche Informationen zu einem konkreten, sachlich abgrenzbaren Kontext enthält. Eine größtmögliche Anzahl an Informationen über diese Grundgesamtheit gilt es bei empirischen Analysen zu eruieren.

10 Drei der sechs freien Sparkassen finden ausschließlich in den Auswertungen zur bundesweiten Analyse in Tabelle VI.1A Berücksichtigung.

11 Girokonten, welche eine Altersbeschränkung aufwiesen, wurden in der empirischen Analyse nicht berücksichtigt; gleichwohl weisen diese einen hohen Homogenitätsgrad auf, d. h. die Kontoführung ist – unabhängig vom Typus des Kreditinstitutes – überwiegend unentgeltlich.

6. Die Aggregationsebene der Daten stellte die Ebene der Geschäftsbezirke der Sparkassen dar (sogenannte LAU-2-Regionen). Hieran orientierend erfolgte für den Vergleich der Kontokonditionen der Sparkassen mit denen der VR-Banken eine geographische Zuweisung des Einzugsgebietes der VR-Banken zu den Geschäftsbezirken der Sparkassen (Bildung von sogenannten 2-Tupel bzw. Wertepaaren). Die Zuweisung wurde nach der geringsten geographischen Distanz vorgenommen, d. h. einem Geschäftsbezirk einer Sparkasse wurde die nächstgelegene VR-Bank zugeordnet, und es wurden Daten auch für die entsprechenden VR-Banken erhoben. Diesem Zuweisungsprinzip lag die Annahme zugrunde, dass aus Sicht der Privatkunden und demzufolge auch aus Sicht der Sparkassen sowie der VR-Banken der räumlich relevante Markt insbesondere – aber nicht ausschließlich – von der räumlichen Distanz abhing. Zugleich wurde damit bereits teilweise sichergestellt, dass der sozioökonomische Status der Privatkunden relativ homogen und vergleichbar blieb. Durch die Ermittlung der Wertepaare lagen sogenannte verbundene Stichproben vor, d. h. die konkreten Daten beider Kreditinstitute in einem Geschäftsbezirk hingen jeweils paarweise voneinander ab. Die oben genannten großen Privatbanken wiesen keine regional differenzierten Kontoführungspreise auf, weshalb den Geschäftsbezirken bundesweit identische Konditionen zugrunde gelegt werden konnten. Für die Vergleichsanalyse der Sparkassen des Sparkassen- und Giroverbandes Hessen-Thüringen mit den Sparkassen der geographisch unmittelbar angrenzenden Sparkassenverbände lagen hingegen sogenannte unverbundene Stichproben vor, da keine Wertepaare – bezogen auf dieselben Geschäftsbezirke – gebildet werden konnten.

7. Der Untersuchungsfokus der Kontokonditionen wurde primär auf Monatspreise und sekundär auf Zinsen auf Dispositionskredite von „Standard“- sowie von „Komfort“-Girokonten gelegt. Monatspreise und Zinsen auf Dispositionskredite wurden dabei als die zwei relevantesten Charakteristika für die Wahl eines Girokontos aus Sicht der Privatkunden und damit auch aus Sicht der Finanzinstitute erachtet. Der erhobene Datensatz umfasste Kontoführungsdaten von bis zu 363 Geschäftsbezirken der Sparkassen aller 12 regionalen Sparkassen- und Giroverbände, von bis zu 258 Geschäftsbezirken der Sparkassen zugeordneten VR-Banken sowie Kontoführungsdaten von allen drei bereits genannten privaten Großbanken. Die Datenverfügbarkeit einzelner Kontokonditionen variierte dabei je nach Typus des Kreditinstituts und des Girokontos, weshalb das Datenvolumen insgesamt entsprechend je nach analysierter Kontokondition variierte.

8. Die vorliegende Datenanalyse lässt sich grob in zwei Analysen unterteilen. Zum einen erfolgte eine Prüfung dahin gehend, inwieweit sich die Kontoführungskonditionen zwischen den Sparkassen und den VR-Banken sowie den Sparkassen und ausgewählten privaten Großbanken innerhalb der jeweiligen Regionalverbände der Sparkassen-Finanzgruppe glichen. Damit sollte versucht werden, weitergehende Informationen darüber zu erlangen, inwieweit die exponierte Marktstellung der Sparkassen womöglich einen Einfluss auf die Preissetzung der VR-Banken bzw. privaten Geschäftsbanken hatte. Zum anderen erfolgte eine Prüfung dahin gehend, inwieweit sich – exemplarisch – für die Kontoführungskonditionen der Sparkassen des Sparkassen- und Giroverbandes Hessen-Thüringen mit denen der Sparkassen angrenzender Regionalverbände entsprachen. Hiermit sollte hingegen versucht werden zu eruieren, ob trotz regionaler Unterschiede in den sozioökonomischen Bedingungen verbandsübergreifend ähnliche Preismuster bestanden.

9. In beiden Subanalysen wurden zwei Hypothesen getestet:

- Bestehen Kongruenzen im Niveau der Kontokonditionen;
- Bestehen Kongruenzen in der Streuung bzw. Verteilung der Kontokonditionen.

Dabei wurde dem Test auf Kongruenzen im Niveau in der Untersuchung zu den Sparkassen und VR-Banken bzw. privaten Großbanken eine geringfügig größere Bedeutung beigemessen als dem Test auf Kongruenzen in der Verteilung. Dies liegt daran, dass eine verbundene Stichprobe vorlag, mit der auf Homogenitäten in den Kontoführungskonditionen innerhalb eines typischen Geschäftsbezirkes getestet werden konnte. Dem Test auf Kongruenzen in der Streuung bzw. Verteilung kam dagegen bei der Untersuchung zu verbandsübergreifenden Homogenitäten in den Kontoführungskonditionen innerhalb der Sparkassen-Finanzgruppe

eine tendenziell gewichtigere Rolle zu als dem Test auf Kongruenzen im Niveau. Aufgrund der unbundenen Stichprobe einerseits und etwaiger regionalbedingter sozioökonomischer Unterschiede andererseits, für die aufgrund bislang nicht ausgewiesener amtlicher Statistiken nicht kontrolliert werden konnte (vgl. Tz. 41.), erschien das typische verbandsspezifische Muster (bzw. die Verteilung) der Kontoführungskonditionen für diesen Analysezweck vergleichsweise informativer.

Als Testverfahren fungierten zum Prüfen auf Kongruenzen im Niveau der Kendalls Tau-Test, der Student's-T-Test sowie der Vorzeichentest, und zum Prüfen auf Kongruenzen in der Streuung bzw. Verteilung der Levene-Test, der Wilcoxon-Vorzeichen-Rang-Test bzw. Wilcoxon-Mann-Whitney-Test sowie der Kolmogorov-Smirnov-Test.¹¹

Testentscheidungen wurden im Hinblick auf das Vorliegen von Anzeichen für eine Kongruenz der jeweiligen Kontokonditionen auf Basis der eigens vorgegebenen Fehlerwahrscheinlichkeit von zehn Prozent getroffen und sofern die Testverfahren, mit denen vornehmlich das Niveau bzw. die Verteilung analysiert werden konnten, alle in der Interpretation ähnlich zutreffende Testergebnisse mit Signifikanzwerten oberhalb von zehn Prozent erzeugten.

10. Obgleich als räumlich relevanter Markt der jeweilige Geschäftsbezirk unterstellt wurde bzw. Daten auf der Aggregationsebene von Geschäftsbezirken verwendet wurden, ist bei der Interpretation der Ergebnisse immer der geographische Analysehorizont der jeweiligen Stichprobe, Ebene von Regionalverbänden¹² oder bundesweite Ebene¹³, zu berücksichtigen. Dies bedeutet, dass Rückschlüsse, inwieweit sich die Kontoführungskonditionen innerhalb eines Geschäftsbezirkes zwischen Sparkassen und VR-Banken bzw. privaten Großbanken (vgl. Abschnitt 2.) sowie zwischen Geschäftsbezirken von Sparkassen zweier unmittelbar angrenzender Regionalverbände (vgl. Abschnitt 3.) unterschieden oder kongruent zueinander waren, stets auf Grundlage der jeweiligen Stichprobe gezogen wurden.¹⁴ Die vorliegende empirische Analyse ermöglicht sozusagen eine Betrachtung eines typischen bzw. durchschnittlichen Geschäftsbezirkes je nach geographischen Analysehorizont der Stichprobe.

11. Die bei der Datenanalyse angewendeten Testverfahren erlaubten ein Prüfen auf eine etwaige Kongruenz der Kontokonditionen in Bezug auf wesentliche Charakteristika der erhobenen Daten¹⁵ wie das arithmetische

11 Mit dem Kendalls Tau-Test, dem Student's-T-Test und dem Vorzeichentest können tendenziell Rückschlüsse auf die Homogenität der untersuchten Kontokonditionen im Niveau gezogen werden, wobei der Kendalls Tau-Test den Gleichlauf zweier Parameter untersucht, der Student's-T-Test auf Homogenität der arithmetischen Mittel und der Vorzeichentest auf Homogenität der Mediane testen. Mit dem Levene-Test, dem Wilcoxon-Vorzeichen-Rang-Test und dem Kolmogorov-Smirnov-Test können tendenziell Rückschlüsse auf die Homogenität der untersuchten Kontokonditionen in der Verteilung gezogen werden, wobei der Levene-Test auf Homogenität bei den Varianzen, der Wilcoxon-Vorzeichen-Rang-Test und der Kolmogorov-Smirnov-Test jeweils auf Kongruenz bei den empirischen Verteilungsfunktionen prüfen. Für den nichtparametrischen Kendalls Tau-Korrelationskoeffizienten vgl. Kendall, M., A New Measure of Rank Correlation, *Biometrika* 30 (1–2), 1938, S. 81–89; für den parametrischen Student's-T-Test vgl. Satterthwaite, F.E., An approximate distribution of estimates of variance components, *Biometrics Bulletin* 2, 1946, S. 110–114; für den auf den Median zentrierten parametrischen Levene-Test vgl. Brown, M.B./Forsythe, A.B., Robust tests for the equality of variances, *Journal of the American Statistical Association* 69, 1974, S. 364–367; für den nichtparametrischen Vorzeichentest vgl. Arbuthnott, J., An argument for divine providence, taken from the constant regularity observed in the births of both sexes, *Philosophical Transaction of the Royal Society of London* 27, 1710, S. 186–190; für den nichtparametrischen Wilcoxon-Mann-Whitney-Test sowie für den nichtparametrischen Wilcoxon-Vorzeichen-Rang-Test vgl. Wilcoxon, F., Individual Comparisons by Ranking Methods, *Biometrics Bulletin* 1, 1945, S. 80–83 und für den nichtparametrischen Kolmogorov-Smirnov-Test vgl. Chakravarti, I.M./Laha, R.G./Roy, J., *Handbook of Methods of Applied Statistics I*, New York 1967, S. 392–394.

12 Vgl. Tabellen VI.1A und VI.3A.

13 Vgl. Tabellen VI.2A, VI.4A und VI.5A.

14 Vgl. Tz. 9.

15 Die erhobenen Daten werden als Realisationen von Zufallsvariablen verstanden. Zufallsvariablen entstammen wiederum qua Definition einer Wahrscheinlichkeitsverteilung, deren Eigenschaften wiederum durch die stochastischen Parameter, den sogenannten Momenten wiederum charakterisiert werden: Erwartungswert, Varianz, Schiefe und Kurtosis; vgl. z. B. Fahrmeier, L. u.a., *Der Weg zur Datenanalyse* 7. Aufl., Berlin 2010, S. 53 ff.

Mittel, die Varianz, den Median und die empirische Verteilungsfunktion¹⁶ sowohl für verbundene wie auch für unverbundene Stichproben.¹⁷ Das umfangreiche Testen auf eine Relation etwaiger Momente für die zur Verfügung stehenden Daten sollte nicht nur den Untersuchungshorizont erweitern, sondern auch die Aussagekraft der empirischen Analyse, was für eine profunde Evaluierung der Kontokonditionen sachdienlich erschien.

12. Welche statistischen Testverfahren im Einzelfall für eine empirische Analyse verwendet werden, hängt generell von der Datenverfügbarkeit und dem untersuchten stochastischen Parameter bzw. Moment ab. Die Testverfahren erzeugen Testergebnisse, sogenannte Teststatistiken, aus denen Signifikanzwerte¹⁸ – auch p-Werte genannt – auf Basis einer vorab unterstellten sogenannten Nullhypothese bestimmt werden können. Diese Signifikanzwerte werden wiederum mit einer a priori und in der wissenschaftlichen Literatur nicht vorgegebenen Fehler- bzw. Irrtumswahrscheinlichkeit¹⁹ – auch Signifikanzniveau genannt – verglichen, worauf schlussendlich die Testentscheidung beruht. Die Wahl der Höhe der Fehler- bzw. Irrtumswahrscheinlichkeit ist zwar arbiträr, jedoch wird konventionell eine umso niedrigere Fehlerwahrscheinlichkeit angenommen, je größer die Datenmenge ist, d. h. umso mehr Informationen über die Grundgesamtheit vorliegen, vice versa. Ergebnisse statistischer Testverfahren liefern folglich ausschließlich Informationen über die Wahrscheinlichkeit des (nicht-zufälligen) Auftretens der getesteten Hypothese. Mit Blick auf die teilweise sehr kleinen zur Verfügung stehenden Datenmengen wird im Folgenden eine Fehlerwahrscheinlichkeit von zehn Prozent angenommen.

13. Da statistische Testverfahren qua Definition auf Wahrscheinlichkeitstheorien gründen, sind deren Teststatistiken bzw. Testergebnisse ausschließlich als Anzeichen und keinesfalls als Beweise respektive Belege zu interpretieren. Insbesondere die Datenmenge ist für die Aussagefähigkeit statistischer Testverfahren essenziell. Denn eine vergleichsweise kleinere zur Verfügung stehende Datenmenge bedeutet, dass eine geringere Informationsmenge zur Verfügung steht, aus der Erkenntnisse über die Grundgesamtheit gewonnen werden können. Die Aussagefähigkeit der von den statistischen Testverfahren hervorgebrachten Testergebnisse kann durch eine vergleichsweise kleiner gewordene Datenmenge in zweierlei Hinsicht negativ beeinträchtigt werden. Zum einen kann die sogenannte Teststärke bzw. sogenannte Power von statistischen Testverfahren sinken, d. h. die ausgewiesene Teststatistik bzw. Signifikanzwert wird mitunter fälschlicherweise größer ausgewiesen, sodass die Wahrscheinlichkeit, eine falsche Nullhypothese beizubehalten, in kleinen Stichproben ansteigt. Zum anderen sind die Annahmen über die Wahrscheinlichkeitsverteilung der Zufallsvariablen bzw. der Realisationen (erhobene Daten) nur asymptotisch gültig, d. h. nur bei großen Stichproben, wodurch Testergebnisse vor allem von parametrischen Testverfahren²⁰, welche auf Verteilungsannahmen basieren, mitunter eingehend zu prüfen sind.

14. Die nachfolgend dargestellte empirische Analyse gliedert sich grobschichtig in zwei Abschnitte. Während in Abschnitt 2. mittels sogenannter verbundener Stichprobendaten untersucht werden sollte, inwieweit Anzeichen für einen statistischen Zusammenhang zwischen den Kontoführungskonditionen der Sparkassen und der VR-Banken einerseits sowie den der Sparkassen und den der selektierten privaten Großbanken andererseits vorlagen, wurde in Abschnitt 3. mittels unverbundener Stichprobendaten analysiert, inwieweit sich die Kontoführungskonditionen der Sparkassen des Sparkassen- und Giroverbandes Hessen-

16 Die empirische Verteilungsfunktion stellt eine Funktion dar, mit welcher der Anteil der in einer Stichprobe enthaltenen Realisationen unterhalb eines eigens bestimmten Wertes errechnet werden kann.

17 Vgl. Greene, W.H., *Econometric Analysis* 5. Aufl., New Jersey 2003, S. 847 ff.

18 Der Signifikanzwert gibt die Wahrscheinlichkeit des Auftretens eines derartigen oder eines in der Tendenz noch extremeren Testergebnisses wieder. Der Signifikanzwert basiert dabei essenziell auf der Annahme, dass die zugrunde gelegte Nullhypothese „wahr“ ist.

19 Die Fehlerwahrscheinlichkeit gibt daher die maximale Wahrscheinlichkeit an, mit der davon ausgegangen wird, dass die unterstellte Nullhypothese falsch ist.

20 Im Vergleich zu parametrischen Testverfahren liegen nichtparametrischen Testverfahren keine Verteilungsannahme zugrunde.

Thüringen mit denen der Sparkassen der geographisch unmittelbar angrenzenden Sparkassenverbände unterschieden. Abschnitt 4. gibt ein Fazit und beschreibt Implikationen.

2. Vergleich von Sparkassen mit VR-Banken und Privatbanken

2.1 Sparkassen und VR-Banken

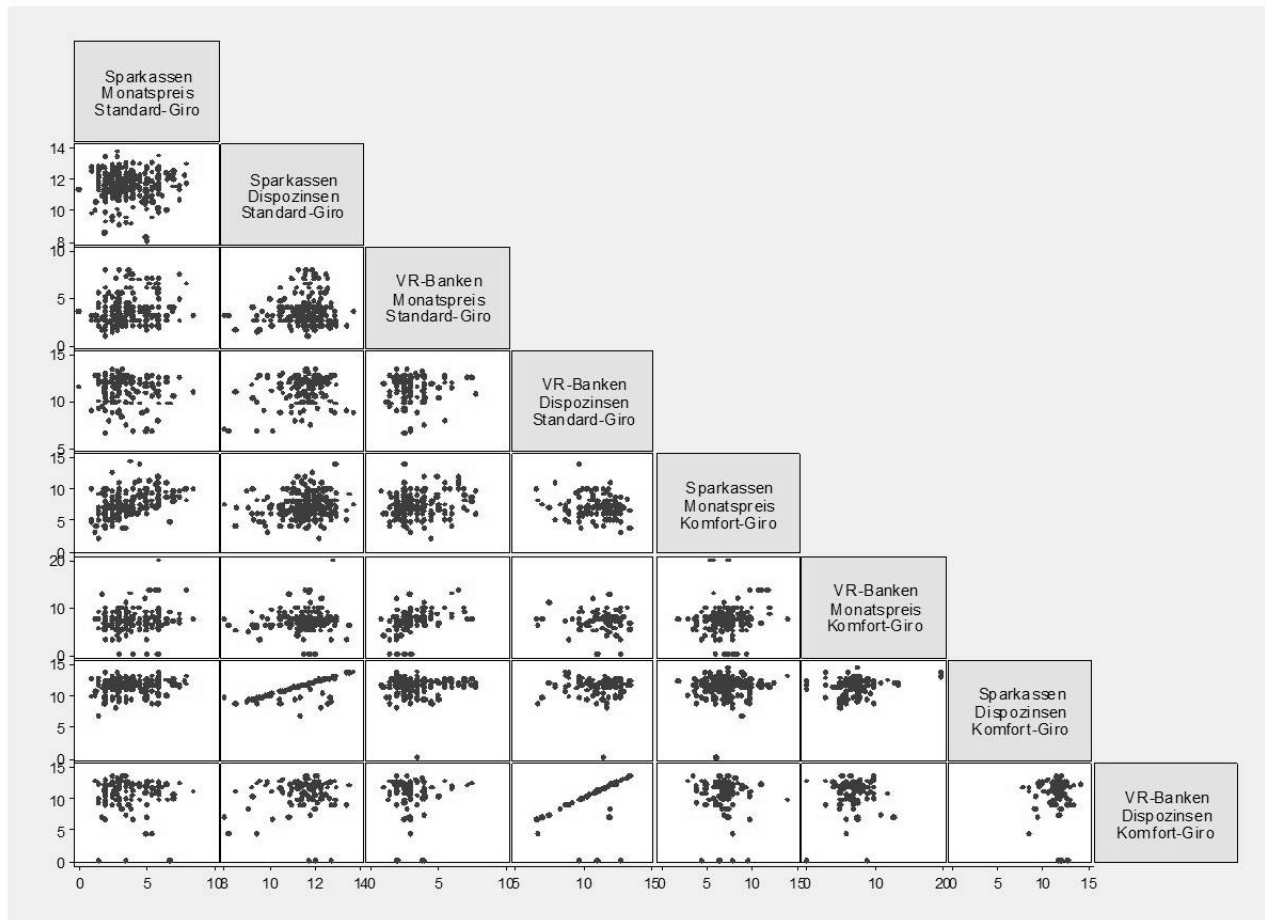
15. Eine visuelle Übersicht über die erhobenen verbundenen Stichprobendaten bzw. Wertepaare gewährt Abbildung VI.1A. Hierbei sind etwaige Zusammenhänge zwischen den einzelnen Kontokonditionen der Sparkassen und der VR-Banken dargestellt, soweit Daten in demselben Geschäftsbezirk gleichermaßen erhoben werden konnten. Inwieweit diese Stichproben bzw. „Punktwolken“, welche jeweils aus einzelnen Wertepaaren (2-Tupel) der entsprechenden Kontokonditionen bestehen, auch einen statistisch signifikanten Zusammenhang reflektieren, wird mittels statistischer Testverfahren geprüft. Für die Analyse aller erhobenen Daten wird in der Folge zunächst von einem räumlich relevanten Markt auf Bundesebene ausgegangen.

16. Die Ergebnisse der statistischen Testverfahren sind in Tabelle VI.1A aufgeführt. Hierbei wurden für die Kontokonditionen gemäß der unterstellten Nullhypothese getestet, ob das arithmetische Mittel, die Varianz, der Median und die empirische Verteilungsfunktion aus der Stichprobe der Sparkassen von denen aus der Stichprobe der VR-Banken – je nach Testverfahren und Nullhypothese – entweder signifikant von Null verschieden oder signifikant von Null nicht verschieden sind. Die Testergebnisse fielen für die einzelnen Kontokonditionen und für die getesteten Momente in Teilen unterschiedlich aus.

17. Für die Monatspreise der Girokonten „Standard“ und „Komfort“ ließen sich auf Basis von Daten im Umfang von 228 bzw. 179 Wertepaaren Anzeichen für eine Kongruenz im Niveau zwischen Sparkassen und VR-Banken auf Bundesebene feststellen. Anzeichen für eine Kongruenz in der Verteilung waren hingegen anhand der Testergebnisse nicht eindeutig ermittelbar.

So lag der Signifikanzwert bzw. p-Wert des Kendalls Tau-Tests, mit dem untersucht werden kann, inwieweit der Gleichlauf der Monatspreise der Sparkassen und VR-Banken von Null verschiedenen ist, bei unter fünf Prozent, während der Student's-T-Test, mit dem darauf getestet werden kann, ob sich das arithmetische Mittel der Monatspreise der Sparkassen und das arithmetische Mittel der Monatspreise der VR-Banken entsprechen, einen Signifikanzwert von über zehn Prozent aufwies. Auch der Vorzeichentest, mit dem geprüft werden kann, ob sich die Mediane der Monatspreise der Sparkassen und der VR-Banken gleichen, wies einen Signifikanzwert von über zehn Prozent auf. Der Signifikanzwert des Levene-Tests, mit dem auf Kongruenz in der Streuung (Varianzen) der Monatspreise der Sparkassen und der VR-Banken getestet werden kann, lag bei beiden Girokonten unterhalb der angenommenen Fehlerwahrscheinlichkeit von zehn Prozent. Auch die Ergebnisse des Kolmogorov-Smirnov-Tests und des Wilcoxon-Vorzeichen-Rang-Tests, welche jeweils einem Test auf Homogenität in der empirischen Verteilungsfunktion der Monatspreise entsprachen und deren Signifikanzwerte teilweise unterhalb der Fehlerwahrscheinlichkeit von zehn Prozent lagen, zeichneten kein eindeutiges Bild.

Abbildung VI.1A: Kontokonditionen zu allen Regionalverbänden (bundesweit) – verbundene Stichproben



Anmerkung: Der Wertebereich der Monatspreise wird zwischen 0 Euro und 20 Euro ausgewiesen, der von Zinsen auf Dispositionskredite zwischen 0 Prozent und 15 Prozent. Verbundene Daten zweier Kontokonditionen – bezogen auf denselben Geschäftsbezirk – sind in dem jeweiligen Matrixelement dargestellt, horizontal sowie vertikal zuordenbar.

Quelle: Eigene Darstellung

18. Für die Zinsen auf Dispositionskredite der Girokonten „Standard“ und „Komfort“ sind auf Basis der zur Verfügung stehenden 138 bzw. 102 Wertepaare keine Anzeichen für eine Kongruenz im Niveau und in der Verteilung feststellbar gewesen.

Der Kendalls Tau-Test wies bei den Zinsen auf Dispositionskredite im Gegensatz zu den Monatspreisen bereits einen Signifikanzwert von über zehn Prozent auf, womit die Nullhypothese, welche einen unabhängigen Verlauf unterstellt, gestützt wurde. Das Testergebnis des Kendalls Tau-Tests wurde durch die Testergebnisse des Student's-T-Tests und des Levene-Tests in der Tendenz der Aussage bestätigt. Der Vorzeichentest dagegen wies statistisch signifikante nicht von Null verschiedene Testergebnisse auf. Die Ergebnisse des Kolmogorov-Smirnov-Tests wichen von denen des Wilcoxon-Vorzeichen-Rang-Tests ab, weshalb eine Testentscheidung zugunsten der Nullhypothese äußerst vorsichtig zu treffen gewesen sei.

Tabelle VI.1A: Ergebnisse statistischer Testverfahren zu ausgewählten Kontokonditionen (bundesweit) – verbundene Stichproben

		Standard-Girokonto: Monatspreis	Standard-Girokonto: Dispozinsen	Komfort-Girokonto: Monatspreis	Komfort-Girokonto: Dispozinsen
Testverfahren	Zu testendes Moment/ Eigenschaft	Nullhypothese	Nullhypothese	Nullhypothese	Nullhypothese
Rangkorrelationskoeffizient Kendalls Tau	Korrelation	Unabhängig*	Unabhängig***	Unabhängig*	Unabhängig***
Student's-T-Test	Arithmetisches Mittel	Identisch***	Identisch*	Identisch***	Identisch*
Levene-Test W_{50}	Varianz	Identisch**	Identisch	Identisch*	Identisch
Vorzeichentest	Median	Identisch***	Identisch***	Identisch***	Identisch***
Kolmogorov-Smirnov-Test	Empirische Verteilungsfunktion	Identisch***	Identisch	Identisch***	Identisch*
Wilcoxon-Vorzeichen-Rang-Test	Empirische Verteilungsfunktion	Identisch***	Identisch***	Identisch***	Identisch***
Anzahl an Geschäftsbezirken	/	228	138	179	102

Anmerkungen: Testergebnisse mit einem Signifikanzwert, sogenannter p-Wert von mindestens 1%, 5% und 10% werden mit *, **, *** markiert. Mit dem Rangkorrelationskoeffizient Kendalls Tau wird die Nullhypothese geprüft, ob die Kontokonditionen unkorreliert bzw. statistisch voneinander „unabhängig“ sind. Bei allen anderen Testverfahren wird die Nullhypothese geprüft, ob die Kontokonditionen statistisch übereinstimmende bzw. „identische“ Eigenschaften aufweisen.

Quelle: Eigene Darstellung auf Basis eigener Berechnungen

19. Während die vorherige Analyse Daten zu den selektierten Kontokonditionen Monatspreise und Zinsen auf Dispositionskredite für die Girokonten „Standard“ und „Komfort“ aller bundesweit erhobenen Geschäftsbezirke umfasste, wurde im Folgenden eine konzentriertere Datenanalyse für einzelne, unmittelbar aneinander grenzende Sparkassen- und Giroverbände vorgenommen. Damit sollte ein vergleichsweise disaggregierter und naheliegender Vergleich der Kontoführungskonditionen gewährleistet werden, da die geographische Distanz gemindert und damit tendenziell die Vergleichbarkeit der Geschäftsbezirke in Bezug auf Ähnlichkeiten im sozio-ökonomischen Umfeld gesteigert wird.

20. Mit der vergleichsweise detaillierten Datenanalyse verkleinerte sich aber zugleich die zur Verfügung stehende Datenmenge, was die Bestimmung aussagefähiger Testergebnisse komplizierter machte (vgl. Tz. 13.). Um eine ausreichende Datenmenge zur Berechnung aussagefähiger Teststatistiken sicherzustellen, wurden in Tabelle VI.2A ausschließlich Testergebnisse von Sparkassenverbänden und Kontokonditionen dargestellt, zu denen mindestens 20 Wertepaare bzw. Geschäftsbezirke vorlagen. Die Anzahl an den zur Verfügung stehenden Wertepaaren betreffend die Zinsen auf Dispositionskredite für das Girokonto „Komfort“ war auf Basis der Datenerhebung in jedem Regionalverband stets kleiner als 20, weshalb die Testergebnisse nicht tabelliert wurden. Die Spannweite der zur Verfügung stehenden Wertepaare aller sechs betrachteten Sparkassenverbände verkleinerte sich auf 20 bis 39 je Testdurchführung, abhängig von dem Sparkassenverband, dem Typus der Girokonten und dem der Kontokonditionen. Die aufgeführten regionalen Sparkassen- und Giroverbände umfassten den Sparkassen- und Giroverband Hessen-Thüringen, den Spar-

kassenverband Bayern, den Ostdeutschen Sparkassenverband, den Sparkassenverband Niedersachsen, den Rheinischen Sparkassen- und Giroverband sowie den Sparkassenverband Baden-Württemberg.

21. So ließen sich für den Rheinischen Sparkassen- und Giroverband Anzeichen für eine Kongruenz im Niveau der Monatspreise beim Girokonto „Standard“ finden, für den Sparkassenverband Niedersachsen sowie für den Sparkassenverband Baden-Württemberg waren Anzeichen für eine Kongruenz in der Verteilung der Monatspreise für die Girokonten „Komfort“ bzw. „Standard“ ermittelbar. Anzeichen für Similaritäten bei Zinsen von Dispositionskrediten waren hingegen nicht feststellbar.

Im Rheinischen Sparkassen- und Giroverband schienen dabei die Monatspreise des Girokontos „Standard“ im Niveau kongruent gewesen zu sein. Dies ging aus den Testergebnissen des Kendalls Tau-Tests, des Student's-T-Tests sowie des Vorzeichentests hervor, welche trotz ihrer unterschiedlichen Methodologien eine Untersuchung von Anzeichen auf Niveauunterschiede in den Kontokonditionen erlauben. Ähnlichkeiten in der Verteilung sind trotz der Signifikanzwerte des Kolmogorov-Smirnov-Tests sowie des Wilcoxon-Vorzeichen-Rang-Tests, deren Nullhypothesen auf der Homogenität in der empirischen Verteilungsfunktion gründen, aufgrund des insignifikanten Ergebnisses des Levene-Tests, mithilfe dessen wiederum auf Varianzhomogenität getestet werden kann, zurückhaltend zu interpretieren gewesen.²¹ Beim Sparkassenverband Niedersachsen und beim Sparkassenverband Baden-Württemberg ließen sich hingegen Anzeichen für eine homogene Verteilung der Monatspreise erkennen. Dies ergab sich aus den Signifikanzwerten des Levene-Tests, des Kolmogorov-Smirnov-Tests sowie des Wilcoxon-Vorzeichen-Rang-Tests, welche für den Sparkassenverband Niedersachsen beim Girokonto „Komfort“ und für den Sparkassenverband Baden-Württemberg beim Girokonto „Standard“ jeweils allesamt oberhalb der Fehlerwahrscheinlichkeit lagen. Inwieweit die Monatspreise der Höhe nach übereinstimmten, ist wegen den Signifikanzwerten des Kendalls Tau-Tests einerseits und des Student's-T-Tests sowie des Vorzeichentests andererseits nicht eindeutig ersichtlich gewesen.

22. Für den Sparkassen- und Giroverband Hessen-Thüringen, den Sparkassenverband Bayern und für den Ostdeutschen Sparkassenverband ließen sich anhand der Testergebnisse hingegen keine Anzeichen für eine Kongruenz bei den Girokontokonditionen zwischen denen der Sparkassen und denen der VR-Banken sowohl im Niveau wie auch in der Verteilung feststellen.

So wiesen der Kendalls Tau-Test, der Student's-T-Test und der Vorzeichentest, allesamt Testverfahren zur Überprüfung auf Kongruenz im Niveau, für alle drei Regionalverbände ebenso ambivalente Testergebnisse aus wie der Levene-Test, der Wilcoxon-Vorzeichen-Rang-Test sowie der Kolmogorov-Smirnov-Test, allesamt Testverfahren zur Überprüfung auf Kongruenz in der Verteilung.

²¹ Homogenität in der empirischen Verteilungsfunktion impliziert Homogenität in der Varianz bzw. Streuung; vgl. Fn. 16 und Fn. 17. Wurde Letzteres anhand des Levene-Tests nicht angezeigt, so wurden Ergebnisse zur etwaigen Homogenität in der empirischen Verteilungsfunktion zurückhaltend interpretiert. Aus einer Homogenität in der empirischen Verteilungsfunktion lässt sich aber nicht unbedingt ein Rückschluss auf eine Homogenität im arithmetischen Mittel ableiten, da Ersteres auf der Konvergenzart der „fast sicheren Konvergenz“ basiert und Letzteres auf der Konvergenzart der „Konvergenz im p-ten Mittel“. Dies ist nur der Fall, wenn der sogenannte Satz von Lebesgue gilt.

**Tabelle VI.2A: Ergebnisse statistischer Testverfahren zu ausgewählten Kontokonditionen
ausgewählter Sparkassenverbände – verbundene Stichproben**

		<i>Sparkassen- verband</i>	<i>Standard- Girokonto: Monatspreis</i>	<i>Standard- Girokonto: Dispozinsen</i>	<i>Komfort- Girokonto: Monatspreis</i>
Testverfahren	Zu testendes Moment/ Eigenschaft		Nullhypothese	Nullhypothese	Nullhypothese
Rangkorrelations- koeffizient Kendalls Tau	Korrelation	HT	Unabhängig***	Unabhängig***	Unabhängig***
		Bay	Unabhängig***		Unabhängig***
		Ost	Unabhängig***	Unabhängig***	
		Nied	Unabhängig***		Unabhängig***
		Rhein	Unabhängig		Unabhängig***
		BW	Unabhängig***		Unabhängig***
Student's-T-Test	Arithmetisches Mittel	HT	Identisch*	Identisch	Identisch*
		Bay	Identisch***		Identisch***
		Ost	Identisch***	Identisch***	
		Nied	Identisch**		Identisch***
		Rhein	Identisch***		Identisch***
		BW	Identisch***		Identisch***
Levene-Test W_{50}	Varianz	HT	Identisch**	Identisch*	Identisch**
		Bay	Identisch*		Identisch**
		Ost	Identisch***	Identisch***	
		Nied	Identisch**		Identisch***
		Rhein	Identisch		Identisch*
		BW	Identisch***		Identisch*
Vorzeichentest	Median	HT	Identisch**	Identisch**	Identisch**
		Bay	Identisch***		Identisch***
		Ost	Identisch***	Identisch***	
		Nied	Identisch***		Identisch***
		Rhein	Identisch***		Identisch***
		BW	Identisch***		Identisch***
Wilcoxon- Vorzeichen- Rang-Test	Empirische Verteilungsfunktion	HT	Identisch*	Identisch	Identisch*
		Bay	Identisch***		Identisch***
		Ost	Identisch***	Identisch***	
		Nied	Identisch***		Identisch***
		Rhein	Identisch*		Identisch***
		BW	Identisch***		Identisch***
Kolmogorov- Smirnov-Test	Empirische Verteilungsfunktion	HT	Identisch***	Identisch	Identisch***
		Bay	Identisch***		Identisch***
		Ost	Identisch*	Identisch**	
		Nied	Identisch*		Identisch***
		Rhein	Identisch*		Identisch***
		BW	Identisch***		Identisch***

Anmerkungen: Testergebnisse mit einem Signifikanzwert, sogenannter p-Wert von mindestens 1%, 5% und 10% werden mit *, **, *** markiert. Mit dem Rangkorrelationskoeffizient Kendalls Tau wird die Nullhypothese geprüft, ob die Kontokonditionen unkorreliert bzw. statistisch voneinander „unabhängig“ sind. Bei allen anderen Testverfahren wird die Nullhypothese geprüft, ob die Kontokonditionen statistisch übereinstimmende bzw. „identische“ Eigenschaften aufweisen. Die Anzahl an Geschäftsbezirken je Test liegt zwischen 20 und 39 Geschäftsbezirken. HT=Sparkassen- und Giroverband Hessen-Thüringen, Bay= Sparkassenverband Bayern, Ost=Ostdeutscher Sparkassenverband, Nied=Sparkassenverband Niedersachsen, Rhein=Rheinischer Sparkassen- und Giroverband, BW=Sparkassenverband Baden-Württemberg

Quelle: Eigene Darstellung auf Basis eigener Berechnungen

2.2 Sparkassen und Privatbanken

23. Während in Abschnitt 2.1 ein Vergleich der Kontokonditionen der Sparkassen mit denen der VR-Banken sowohl auf Bundes- wie auch auf Sparkassenverbandsebene vorgenommen wurde, sollte in diesem Abschnitt ein Vergleich der Kontokonditionen der Sparkassen mit denen ausgewählter privater Großbanken – Deutsche Bank, Postbank und Commerzbank – durchgeführt werden. Private Großbanken sind – im Vergleich zu kleinen Privatbanken – tendenziell in der Lage, Finanzdienstleistungen bundesweit anzubieten. Das Filialnetz der privaten Großbanken reicht zwar nicht aus, eine vergleichsweise ähnliche flächendeckende Versorgung zu gewährleisten wie die Sparkassen und die VR-Banken. Gleichwohl erscheinen die Großbanken – auch aufgrund ihrer Finanzkraft – aus Sicht der Privatkunden als Wettbewerber der Sparkassen.

24. Für die empirische Analyse wurde zunächst das arithmetische Mittel aus den jeweiligen Kontokonditionen der drei privaten Großbanken ermittelt und jedem Geschäftsbezirk der Sparkassen, für die Kontokonditionen erhoben wurden, zugewiesen. Die Bildung des arithmetischen Mittels samt Zuweisung führte zu keinen Verzerrungen, da die privaten Großbanken keine regional differenzierten Kontoführungspreise verlangen. Jedoch implizierte die Bildung des arithmetischen Mittels zwei essenzielle Annahmen. Erstens wurde nunmehr unterstellt, dass die Marktanteile der drei privaten Großbanken ungefähr identisch waren, da keine Gewichtung bei der Bildung des arithmetischen Mittels vorgenommen wurde. Zweitens wurde nunmehr von einer Homogenität in Bezug auf das Angebot an Finanzdienstleistungen aus Sicht der Privatkunden ausgegangen, auch wenn die privaten Großbanken heterogen sind und im Wettbewerb zueinander stehen. Um der unterschiedlichen Vertriebsstruktur der öffentlich-rechtlichen Sparkassen und der privaten Großbanken Rechnung zu tragen, wurde neben einer bundesweit flächendeckenden Analyse auch ein Vergleich ausschließlich bezogen auf Großstädte mit mindestens 100.000 Einwohner vorgenommen.

25. Die Testergebnisse sind in Tabelle VI.3A aufgeführt. Aufgrund der fehlenden regionalen Variation der Kontokonditionen bei den privaten Großbanken waren statistische Testverfahren zur Analyse einer möglichen Korrelation und einer Kongruenz in der Verteilung nicht anwendbar.²² Das Spektrum an Testverfahren konzentrierte sich demzufolge auf den Student's-T-Test, mit dem auf Homogenität in dem arithmetischen Mittel getestet werden kann, und auf den Vorzeichentest, welcher auf Homogenität in den Medianen testet.²³ Die Anzahl an Geschäftsbezirken bzw. Wertepaaren variierte zwischen 292 und 363 bei der bundesweit flächendeckenden Analyse bzw. zwischen 56 und 60 bei der Analyse zu den Großstädten.

26. Die Testergebnisse des Student's-T-Test und des Vorzeichentests waren sowohl bei der bundesweit flächendeckenden Analyse wie auch bei der Analyse zu den Großstädten eindeutig. Demnach wichen die Monatspreise und die Zinsen auf Dispositionskredite bei den Girokonten „Standard“ und „Komfort“ statistisch signifikant voneinander ab. Es konnten daher anhand der Stichproben keine Anzeichen für eine Kongruenz für die betrachteten Kontokonditionen gefunden werden.

²² D. h., der Kendalls Tau Korrelationskoeffizient, der Levene-Test, der Kolmogorov-Smirnov-Test und der Wilcoxon-Vorzeichen-Rang-Test.

²³ Das arithmetische Mittel und der Median bei den privaten Großbanken waren identisch im Gegensatz zu dem arithmetischen Mittel und Median der Sparkassen.

Tabelle VI.3A: Ergebnisse statistischer Testverfahren zu ausgewählten Kontokonditionen (bundesweit) – verbundene Stichproben

		<i>Standard-Girokonto: Monatspreis</i>	<i>Standard-Girokonto: Dispozinsen</i>	<i>Komfort-Girokonto: Monatspreis</i>	<i>Komfort-Girokonto: Dispozinsen</i>
Testverfahren	Zu testendes Moment/ Eigenschaft	Nullhypothese	Nullhypothese	Nullhypothese	Nullhypothese
		Bundesweit			
Student's-T-Test	Arithmetisches Mittel	Identisch	Identisch	Identisch	Identisch
Vorzeichentest	Median	Identisch	Identisch	Identisch	Identisch
Anzahl an Geschäftsbezirken	/	363	316	342	292
		Großstädte ab 100.000 Einwohner			
Student's-T-Test	Arithmetisches Mittel	Identisch	Identisch	Identisch	Identisch
Vorzeichentest	Median	Identisch	Identisch	Identisch	Identisch
Anzahl an Geschäftsbezirken	/	60	57	59	56

Anmerkungen: Testergebnisse mit einem Signifikanzwert, sogenannter p-Wert von mindestens 1%, 5% und 10% werden mit *, **, *** markiert. Bei den angeführten Testverfahren wird die Nullhypothese geprüft, ob die Kontokonditionen statistisch übereinstimmende bzw. „identische“ Eigenschaften aufweisen.

3. Vergleich innerhalb der Sparkassen-Finanzgruppe

3.1 Sparkassen- und Giroverband Hessen-Thüringen und angrenzende Sparkassenverbände

27. In diesem Abschnitt wurden die Kontokonditionen der Sparkassen selektierter Sparkassenverbände miteinander verglichen. Dabei wurde der Sparkassen- und Giroverband Hessen-Thüringen als der maßgeblich zu untersuchende Verband ausgewählt, da er der Sparkassenverband mit den meisten geographisch unmittelbar angrenzenden Sparkassenverbänden innerhalb der Sparkassen-Finanzgruppe ist. Als Referenzgruppe fungierten die unmittelbar angrenzenden Sparkassenverbände. Die erhobenen Stichproben waren nicht mehr als verbundene Stichproben zu klassifizieren, d. h. Wertepaare bzw. 2-Tupel lagen nicht mehr vor; der Vergleich fokussierte sich nicht mehr auf den direkten Vergleich zweier Kreditinstitute innerhalb eines Geschäftsbezirkes, sondern zwischen zwei Sparkassenverbänden. Gleichwohl entsprach die Aggregationsebene – von der die Daten entstammen – weiterhin den Geschäftsbezirken der Sparkassen. Das Fehlen von Wertepaaren führte zu einer veränderten Auswahl an zur Verfügung stehenden statistischen Testverfahren.²⁴ So waren der Kendalls Tau-Korrelationskoeffizient, der Vorzeichentest und der Wilcoxon-Vorzeichen-Rang-Test nicht mehr anwendbar. Anstelle des nichtparametrischen Wilcoxon-Vorzeichen-

24 So wurde dem arithmetischen Mittel in dem Abschnitt 3 relativ mehr Bedeutung in der Beurteilung des Vorliegens von Anzeichen für eine Kongruenz im Niveau der Kontokonditionen beigemessen als im Abschnitt 2, da bei unverbundenen Stichproben – im Gegensatz zu verbundenen Stichproben – kein Gleichlauf analysiert werden konnte und die zur Verfügung stehenden Mediantests über eine relativ geringe Aussagekraft verfügen. Die Ergebnisse des Mood's-Mediantests werden aufgrund seiner relativ geringen Power daher nicht mit aufgeführt; vgl. Freidlin, B./Gastwirth, J.L., Should the Median Test be Retired from General Use?, Journal of the American Statistical Association 54(3), 2000, S. 161-164.

Rang-Tests wurde auf den ebenso nichtparametrischen Wilcoxon-Mann-Whitney-Test zurückgegriffen, der ein Testen auf Homogenität in den empirischen Verteilungsfunktionen für unverbundene Stichproben erlaubt. Die Anzahl an Geschäftsbezirken bzw. zur Verfügung stehenden Daten je Kontokondition variierte für den Sparkassen- und Giroverband Hessen-Thüringen zwischen 33 und 46, für die angrenzenden Regionalverbände zwischen 201 und 261. Die Testergebnisse sind in Tabelle VI.4A aufgeführt.

Tabelle VI.4A: Ergebnisse statistischer Testverfahren für Sparkassen- und Giroverband Hessen-Thüringen und angrenzende Sparkassenverbände – unverbundene Stichproben

		<i>Standard-Girokonto: Monatspreis</i>	<i>Standard-Girokonto: Dispozinsen</i>	<i>Komfort-Girokonto: Monatspreis</i>	<i>Komfort-Girokonto: Dispozinsen</i>
Testverfahren	Zu testendes Moment/ Eigenschaft	Nullhypothese	Nullhypothese	Nullhypothese	Nullhypothese
Student's-T-Test	Arithmetisches Mittel	Identisch***	Identisch*	Identisch***	Identisch*
Levene-Test W_{50}	Varianz	Identisch***	Identisch*	Identisch*	Identisch**
Wilcoxon-Mann-Whitney-Test	Empirische Verteilungsfunktion	Identisch***	Identisch*	Identisch***	Identisch*
Kolmogorov-Smirnov-Test	Empirische Verteilungsfunktion	Identisch***	Identisch*	Identisch***	Identisch*
Anzahl an Geschäftsbezirken	/	46/261	37/223	42/240	33/201

Anmerkungen: Testergebnisse mit einem Signifikanzwert, sogenannter p-Wert von mindestens einem 1%, 5% und 10% werden mit *, **, *** markiert. Bei den angeführten Testverfahren wird die Nullhypothese geprüft, ob die Kontokonditionen statistisch übereinstimmende bzw. „identische“ Eigenschaften aufweisen. Die angrenzenden Regionalverbände sind der Sparkassenverband Bayern, der Ostdeutsche Sparkassenverband, der Sparkassenverband Niedersachsen, der Sparkassenverband Westfalen-Lippe, der Sparkassenverband Rheinland-Pfalz und der Sparkassenverband Baden-Württemberg. Die Anzahl an Geschäftsbezirken der Sparkassen wird in dem entsprechenden Tabellenelement an erster Stelle aufgeführt, die der angrenzenden Regionalverbände an zweiter Stelle.

Quelle: Eigene Darstellung auf Basis eigener Berechnungen

28. Demnach lässt sich konstatieren, dass Anzeichen für eine Kongruenz zwischen den Monatspreisen des Sparkassen- und Giroverbands Hessen-Thüringen und der angrenzenden Sparkassenverbände beim Girokonto „Standard“ in Bezug auf das Niveau und die Verteilung zu finden waren. Anzeichen für eine Kongruenz der Monatspreise des Girokontos „Komfort“ schienen zumindest im Niveau vorzuliegen.

Sowohl der Student's-T-Test, mit dem auf Homogenität in dem arithmetischen Mittel getestet werden kann, wie auch die Verteilungstests, der Levene-Test, mit welchem auf Varianz-Homogenität geprüft werden kann, der Wilcoxon-Mann-Whitney-Test und der Kolmogorov-Smirnov-Test, welche beide Tests auf Homogenität in der empirischen Verteilungsfunktion darstellen, wiesen beim Girokonto „Standard“ Signifikanzwerte über zehn Prozent auf und lagen damit über der vorgegebenen Fehlerwahrscheinlichkeit von zehn Prozent. Beim Girokonto „Komfort“ wurde die Nullhypothese des Student's-T-Tests Tests bei einer Fehlerwahrscheinlichkeit von zehn Prozent nicht verworfen, sodass das Niveau der Monatspreise durchaus ähnlich zu sein schien. Zwar lagen auch die Signifikanzwerte des Wilcoxon-Mann-Whitney-Tests und des Kolmogorov-Smirnov-Tests über der Fehlerwahrscheinlichkeit von zehn Prozent, jedoch wurde Varianz-Homogenität gemäß dem Levene-Test nur bei einem Signifikanzwert von weniger als fünf Prozent bestätigt. Da identische Verteilungen Varianzhomogenität implizieren, lagen in diesem Fall keine eindeutigen Testergebnisse zum

Levene-Test einerseits und zu dem Wilcoxon-Mann-Whitney-Test sowie zu dem Kolmogorov-Smirnov-Test andererseits vor.

29. Die Zinsen auf Dispositionskredite zwischen dem Sparkassen- und Giroverband Hessen-Thüringen und den angrenzenden Sparkassenverbänden bei beiden Girokonten schienen dagegen verschieden zu sein.

Die Teststatistiken aller Testverfahren wiesen Signifikanzwerte von weniger als zehn Prozent auf und waren demzufolge niedriger als die vorgegebene Fehlerwahrscheinlichkeit von zehn Prozent. Gemäß dem bisherigen Vorgehen bei der Entscheidungsfindung bestanden folglich keine Anzeichen für eine Kongruenz anhand der Stichproben.

3.2 Sparkassen- und Giroverband Hessen-Thüringen und jeweils angrenzender Sparkassenverband

30. Nachdem in Abschnitt 3.1 Anzeichen für eine Kongruenz bei den Kontokonditionen der Girokonten „Standard“ und „Komfort“ zwischen den Sparkassen des Sparkassen- und Giroverbandes Hessen-Thüringen und den Sparkassen der geographisch unmittelbar angrenzenden Sparkassenverbänden gefunden worden sind, erfolgte in diesem Abschnitt eine vergleichsweise detailliertere Analyse. Nunmehr wurden die Kontokonditionen der Sparkassen des Sparkassenverbandes Hessen-Thüringen mit denen jedes unmittelbar angrenzenden Sparkassenverbandes separat verglichen. Daraufhin reduzierte sich die zur Verfügung stehende Datenmenge je Vergleich auf zwischen 33 und 46 Geschäftsbezirke auf Seiten des Sparkassen- und Giroverbandes Hessen-Thüringen und auf zwischen 20 und 60 Geschäftsbezirke auf Seiten der jeweils unmittelbar angrenzenden Sparkassenverbände. Die Testergebnisse sind in Tabelle VI.5A aufgeführt.²⁵

31. So ließen sich zwischen dem Sparkassen- und Giroverband Hessen-Thüringen und dem Sparkassenverband Niedersachsen durchaus Anzeichen für eine Kongruenz bei den Kontokonditionen finden. Die ermittelten Testergebnisse für die Monatspreise und die Zinsen auf Dispositionskredite des Girokontos „Standard“ sowie für die Zinsen auf Dispositionskredite des Girokontos „Komfort“ deuteten auf Anzeichen einer Kongruenz im Niveau und in der Verteilung hin, bei den Monatspreisen des Girokontos „Komfort“ deuteten die Ergebnisse zumindest auf Ähnlichkeiten im Niveau hin.

Die Testergebnisse lagen – bis auf die für die Verteilung der Monatspreise des Girokontos „Komfort“ – über der Fehlerwahrscheinlichkeit von zehn Prozent, sodass entsprechend geschlussfolgert werden konnte, dass zumindest auf Basis der Stichproben und der verwendeten Testverfahren Anzeichen für eine Kongruenz zwischen beiden Regionalverbänden ermittelt werden konnten.

32. Ein ähnliches Bild ließ sich für einen Vergleich mit dem Sparkassenverband Westfalen-Lippe skizzieren. Für die Monatspreise und die Zinsen auf Dispositionskredite des Girokontos „Standard“ und für die Dispozinsen des Girokontos „Komfort“ schienen Anzeichen für eine Kongruenz im Niveau und in der Verteilung vorzuliegen, bei den Monatspreisen des Girokontos „Komfort“ deuteten die Ergebnisse zumindest auf Ähnlichkeiten im Niveau hin.

Die Testergebnisse lagen – bis auf die für die Verteilung der Dispozinsen des Girokontos „Komfort“ – über der Fehlerwahrscheinlichkeit von zehn Prozent, sodass entsprechend erneut geschlussfolgert werden konnte, dass zumindest auf Basis der Stichproben und der verwendeten Testverfahren Anhaltspunkte für eine Kongruenz zwischen beiden Regionalverbänden gefunden werden konnten.

33. Bei einem Vergleich mit dem Ostdeutschen Regionalverband ließen sich zumindest für die Monatspreise des Girokontos „Standard“ Anzeichen für eine Kongruenz im Niveau und in der Verteilung finden.

²⁵ Die Verringerung der Datenmenge hat wiederum einen Einfluss auf die Teststärke der statistischen Verfahren, weshalb sich die gewonnenen Erkenntnisse aus Tabelle VI.4A nicht automatisch auf die gewonnenen Erkenntnisse aus Tabelle VI.5A übertragen lassen; vgl. Tz. 13.

So wiesen alle Testergebnisse Signifikanzwerte größer zehn Prozent auf und lagen damit über der vorgegebenen Fehlerwahrscheinlichkeit von zehn Prozent, mit der die getestete Nullhypothese verworfen wurde. Bei den Zinsen auf Dispositionskredite der beiden Girokonten sowie bei den Monatspreisen des Girokontos „Komfort“ waren die Testresultate eher als unklar anzusehen.

34. Mit dem Sparkassenverband Baden-Württemberg schienen wiederum durchaus Anzeichen für eine Kongruenz bei den Kontokonditionen des Girokontos „Komfort“ vorzuliegen.

Die Testergebnisse für die Monatspreise wie auch für die Zinsen auf Dispositionskredite des Girokontos „Komfort“ wiesen alle Signifikanzwerte größer zehn Prozent auf und lagen damit über der vorgegebenen Fehlerwahrscheinlichkeit von zehn Prozent, mit der davon ausgegangen wurde, dass die Testergebnisse nicht mehr „zufällig“ waren. Bei den Kontokonditionen des Girokontos „Standard“ waren hingegen keine eindeutigen Ergebnisse ersichtlich.

35. Mit dem Sparkassenverband Rheinland-Pfalz schien die Schnittmenge vergleichsweise gering zu sein. Anhand der Testergebnisse konnten zumindest in der Verteilung Anzeichen für eine Kongruenz vorgelegen haben.

Im Hinblick auf die Monatspreise des Girokontos „Standard“ wiesen ausschließlich die Verteilungstests – der Levene-Test, der Wilcoxon-Mann-Whitney-Test und der Kolmogorov-Smirnov-Test – Signifikanzwerte über zehn Prozent auf. Bei allen anderen Kontokonditionen sind keine eindeutig statistisch signifikanten Ergebnisse ersichtlich gewesen.

36. Keine Anzeichen für eine Kongruenz in den Kontokonditionen ließen sich mit dem Sparkassenverband Bayern feststellen. Die ausgewiesenen Signifikanzwerte deuteten sowohl im Hinblick auf das Niveau wie auch auf die Verteilung auf Inkongruenz hin.

Der Student's-T-Test, mit dem auf Homogenität im arithmetischen Mittel getestet wird und der damit Informationen über etwaige Niveauunterschiede liefern kann, wies für alle vier Kontokonditionen Signifikanzwerte auf, die unterhalb der vorgegebenen Fehlerwahrscheinlichkeit lagen. Demzufolge konnte die Nullhypothese, dass die Kontokonditionen des Regionalverbandes Hessen-Thüringen und Bayerns im Niveau identisch sind, anhand der Stichproben verworfen werden. Ein nicht eindeutiges Bild vermittelte zudem der Levene-Test, der Wilcoxon-Mann-Whitney-Test und der Kolmogorov-Smirnov-Test, welche eine Prüfung auf Verteilungs-Homogenität erlauben.

Tabelle VI.5A: Ergebnisse statistischer Testverfahren für Sparkassen- und Giroverband Hessen-Thüringen und jeweils angrenzender Sparkassenverband – unverbundene Stichproben

			Standard-Girokonto: Monatspreis	Standard-Girokonto: Dispozinsen	Komfort-Girokonto: Monatspreis	Komfort-Girokonto: Dispozinsen
Testverfahren	Zu testendes Moment/ Eigenschaft	Vergleich mit Sparkassenverband	Nullhypothese	Nullhypothese	Nullhypothese	Nullhypothese
Student's-T-Test	Arithmetisches Mittel	Bay	Identisch*	Identisch**	Identisch	Identisch**
		Ost	Identisch***	Identisch*	Identisch*	Identisch**
		Nied	Identisch***	Identisch***	Identisch***	Identisch***
		WL	Identisch***	Identisch***	Identisch***	Identisch***
		RP	Identisch*	Identisch*	Identisch*	Identisch*
		BW	Identisch**	Identisch**	Identisch***	Identisch***
Levene-Test W_{50}	Varianz	Bay	Identisch***	Identisch***	Identisch***	Identisch***
		Ost	Identisch***	Identisch**	Identisch***	Identisch***
		Nied	Identisch***	Identisch***	Identisch***	Identisch***
		WL	Identisch***	Identisch***	Identisch**	Identisch***
		RP	Identisch***	Identisch***	Identisch***	Identisch***
		BW	Identisch***	Identisch***	Identisch***	Identisch***
Wilcoxon-Mann-Whitney-Test	Empirische Verteilungsfunktion	Bay	Identisch*	Identisch*	Identisch*	Identisch*
		Ost	Identisch***	Identisch*	Identisch*	Identisch*
		Nied	Identisch***	Identisch***	Identisch**	Identisch***
		WL	Identisch***	Identisch***	Identisch***	Identisch***
		RP	Identisch***	Identisch*	Identisch*	Identisch*
		BW	Identisch*	Identisch*	Identisch***	Identisch***
Kolmogorov-Smirnov-Test	Empirische Verteilungsfunktion	Bay	Identisch***	Identisch*	Identisch**	Identisch*
		Ost	Identisch***	Identisch*	Identisch**	Identisch***
		Nied	Identisch***	Identisch***	Identisch**	Identisch***
		WL	Identisch***	Identisch***	Identisch***	Identisch***
		RP	Identisch***	Identisch**	Identisch*	Identisch**
		BW	Identisch***	Identisch*	Identisch***	Identisch***

Anmerkungen: Testergebnisse mit einem Signifikanzwert, sogenannter p-Wert von mindestens einem 1%, 5% und 10% werden mit *, **, *** markiert. Bei den angeführten Testverfahren wird die Nullhypothese geprüft, ob die Kontokonditionen statistisch übereinstimmende bzw. „identische“ Eigenschaften aufweisen. Die Anzahl an Geschäftsbezirken der Sparkassen variiert je Kontotypus zwischen 33 und 46 Geschäftsbezirken, die der jeweils angrenzenden Regionalverbände zwischen 20 und 60. Bay=Sparkassenverband Bayern, Ost=Ostdeutscher Sparkassenverband, Nied=Sparkassenverband Niedersachsen, WL= Sparkassenverband Westfalen-Lippe, RP=Sparkassenverband Rheinland-Pfalz, BW=Sparkassenverband Baden-Württemberg

Quelle: Eigene Darstellung auf Basis eigener Berechnungen

4. Zusammenfassung

37. Die Monopolkommission hat aufgrund der starken Marktstellung der Sparkassen der Sparkassen-Finanzgruppe bei den Privatkundeneinlagen die Kontoführungskonditionen der Sparkassen eingehender untersucht. Dafür hat sie auf Basis einer eigens zwischen dem Zeitraum vom 1. Juni 2013 bis zum 16. August durchgeführten Datenerhebung der Monatspreise und Zinsen auf Dispositionskredite für das Basis-Girokonto („Standard“) und für das Exklusiv-Girokonto („Komfort“) und der Anwendung diverser statistischer Testmethoden die Kontoführungskonditionen der Sparkassen mit denen der VR-Banken und mit denen ausgewählter privater Großbanken verglichen. Mit Blick auf die Organisations- und Verbandsstruktur der Sparkassen-Finanzgruppe hat die Monopolkommission anschließend die Kontoführungskonditionen der Sparkassen innerhalb der Sparkassen-Finanzgruppe miteinander verglichen. Hierfür analysierte sie beispielhaft die Kontokonditionen der Sparkassen des Sparkassen- und Giroverbandes Hessen-Thüringen und die der geographisch unmittelbar angrenzenden Regionalverbände der Sparkassen-Finanzgruppe. Der Sparkassen- und Giroverband Hessen-Thüringen erschien für einen derartigen Vergleich besonders geeignet, da er die größte Anzahl an unmittelbar angrenzenden Regionalverbänden aufweist.

38. Demnach konnte die Monopolkommission insbesondere folgende Ergebnisse in Bezug auf die Kontokonditionen der Girokonten „Standard“ und „Komfort“ zwischen den Sparkassen und den VR-Banken ermitteln:

- Anzeichen für eine Kongruenz bei den Monatspreisen, sofern eine bundesweite Analyse vorgenommen wird;
- Anzeichen für eine Kongruenz bei den Monatspreisen betreffend die Geschäftsbezirke des Rheinischen Sparkassen- und Giroverbandes, des Sparkassenverbandes Niedersachsen und des Sparkassenverbandes Baden-Württemberg

39. Ein Vergleich der Kontokonditionen der Sparkassen mit denen ausgewählter privater Großbanken ergab sowohl bei einer bundesweiten Analyse wie auch bei einer ausschließlich auf die Großstädte mit mehr als 100.000 Einwohnern abzielenden Analyse keine Anzeichen für eine Kongruenz.

40. Im Hinblick auf einen Vergleich der Kontokonditionen des Sparkassen- und Giroverbandes Hessen-Thüringen mit den Sparkassen der geographisch unmittelbar angrenzenden Regionalverbände konnten folgende Ergebnisse ermittelt werden:

- Anzeichen für eine Kongruenz bei den Monatspreisen des Girokontos „Standard“ zwischen den Sparkassen des Sparkassen- und Giroverbandes Hessen-Thüringen und denen des Ostdeutschen Sparkassenverbandes;
- Anzeichen für eine Kongruenz bei den Monatspreisen und Zinsen auf Dispositionskredite der Girokonten „Standard“ sowie bei den Monatspreisen der Girokonten „Komfort“ zwischen den Sparkassen des Sparkassen- und Giroverbandes Hessen-Thüringen und denen des Sparkassenverbandes Niedersachsen;
- Anzeichen für eine Kongruenz bei den Monatspreisen und Zinsen auf Dispositionskredite der Girokonten „Standard“ sowie bei den Zinsen auf Dispositionskredite der Girokonten „Komfort“ zwischen den Sparkassen des Sparkassen- und Giroverbandes Hessen-Thüringen und denen des Sparkassenverbandes Westfalen-Lippe;
- Anzeichen für eine Kongruenz bei den Monatspreisen und Zinsen auf Dispositionskredite der Girokonten „Komfort“ zwischen den Sparkassen des Sparkassen- und Giroverbandes Hessen-Thüringen und denen des Sparkassenverbandes Baden-Württemberg.

41. Für eine objektive und profunde Evaluierung der vorgenommenen empirischen Analyse ist ebenso auf die potenziell neuralgischen Punkte hinzuweisen. Hierbei ist zunächst zu konstatieren, dass es sich bei den Berechnungsmethoden um statistische Verfahren handelte. Statistische Verfahren basieren auf Gesetzmäßigkeiten der Wahrscheinlichkeitstheorie. Aus diesem Grund sind etwaige Ergebnisse – generell unabhängig von dem verwendeten statistischen Verfahren – stets als Anzeichen und keinesfalls als Belege oder gar Beweise zu interpretieren. Die ermittelten Ergebnisse, welche auf Basis der erhobenen Daten des Zeitraumes von Juni bis August 2013 beruhten, könnten – sofern vorliegend – anhand von Daten aus anderen Erhebungszeiträumen verifiziert werden.²⁶ Mit den zur Verfügung stehenden Testverfahren der deskriptiven Statistik war es jedoch darüber hinaus nicht möglich, Rückschlüsse auf vermeintlich relevante Einflussfaktoren zu ziehen. Eine derartige weitergehende Prüfung käme einer Ursachenanalyse der auf Basis von Anzeichen ermittelten kongruenten Beziehung einerseits und der Bestimmungsfaktoren der Kontokonditionen andererseits gleich. Hierzu wären zusätzliche regionalspezifische Daten desselben Zeitraumes notwendig, die bspw. mittels geeigneter ökonometrischer Methoden analysiert werden könnten.²⁷

42. Hinsichtlich des dargestellten weitergehenden Analysepotenzials lagen Anzeichen dafür vor, dass die Kontokonditionen der Sparkassen im Untersuchungszeitraum regional mit denen der VR-Banken übereinstimmen. Inwieweit die starke Marktposition der Sparkassen für eine etwaige Kongruenz in den Kontokonditionen mit den VR-Banken ursächlich war, konnte jedoch in den vorliegenden empirischen Analysen nicht beantwortet werden. Des Weiteren wurden Anzeichen dafür festgestellt, dass sich die Kontokonditionen innerhalb der Sparkassen-Finanzgruppe auf regionaler Ebene in Teilen durchaus geähnelt haben. Am Beispiel des Vergleichs der Kontokonditionen der Sparkassen des Sparkassen- und Giroverbandes Hessen-Thüringen mit denen der Sparkassen der geographisch unmittelbar angrenzenden Sparkassenverbände konnten erste Anzeichen für eine Kongruenz vornehmlich bei Girokonten, welche einen vergleichsweise niedrigen Monatspreis und eine einzelne Berechnung individueller Finanzdienstleistungen offerierten, mit vier Sparkassenverbänden identifiziert werden. Da der Sparkassen- und Giroverband Hessen-Thüringen an Sparkassenverbände angrenzt, die jeweils sozioökonomisch unterschiedliche Strukturen aufweisen, erscheinen weiterreichende Analysen zu etwaigen verbandsübergreifenden Kongruenzen der Kontokonditionen bei den wirtschaftlich und rechtlich unabhängigen Sparkassen notwendig. Inwieweit innerhalb der einzelnen Regionalverbände, zwischen den einzelnen Geschäftsbezirken, Kongruenzen eventuell bestanden haben und noch bestehen, konnte anhand des Datensatzes nicht analysiert werden.²⁸ Eine derartige Untersuchung ist aber wegen der engmaschigen Organisationsstruktur der Sparkassen-Finanzgruppe ebenso von eminenter Bedeutung und würde zusätzlich zu den verbandsübergreifenden Analysen die sachverhaltsgerechte Prüfung komplettieren. Die Monopolkommission sieht daher Bedarf an weiterreichenden regionalen Marktanalysen betreffend die Spareinlagen von Privatkunden.

26 In der zugrunde liegenden Datenanalyse wurden sogenannte Querschnittsdaten verwendet, welche Kontokonditionen für die Sparkassen, VR-Banken und die ausgewählten privaten Großbanken für den Zeitraum Juni bis August 2013 umfassen. Eine Verifizierung der Testergebnisse könnte durch eine sogenannte Paneldatenanalyse erfolgen. Hierzu müssten Paneldaten, d. h. Daten zu denselben Kontokonditionen für dieselben Sparkassen, VR-Banken und ausgewählten privaten Großbanken für mehrere Zeiträume, erhoben werden. Paneldaten konnten jedoch zum jetzigen Zeitpunkt nicht erhoben werden, da keine offizielle Datenbank zur Verfügung stand und die Kontokonditionen auf den Internetseiten der Banken stets aktualisiert wurden bzw. noch werden. Demnach erscheint eine Paneldatenanalyse auf Basis historischer Daten nicht möglich zu sein. Für zukünftige Paneldatenanalysen müsste daher eine stetige Datenerfassung vorgenommen werden.

27 Vermeintlich relevante Einflussfaktoren wie z. B. das Haushaltseinkommen oder die Anzahl an Verbraucherinsolvenzen liegen noch nicht für das Jahr 2013 vor; vgl. Regionaldatenbank Deutschland, Statistische Ämter des Bundes und der Länder, 2013. Eine Analyse von Kontokonditionen aus dem Jahr 2013 anhand von vermeintlich relevanten Einflussfaktoren aus vorangegangenen Jahren erscheint jedoch fragwürdig, da davon auszugehen ist, dass die Sparkassen, die VR-Banken und die privaten Großbanken die Konditionen der Kontoführung vor allem auf Basis der gegenwärtigen (über-)regional- und sozioökonomischen Gegebenheiten festlegen.

28 Sogenannter Einstichproben-Tests anhand der verwendeten Testverfahren lassen nur Untersuchungen zu, bei denen die stochastischen Parameter, Mittelwert, Varianz, Median und empirische Verteilungsfunktion, jeweils mit einem vorgegebenen, hypothetischen Sollwert verglichen werden können.

D. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Auszug: §§ 44 bis 47)

in der Bekanntmachung der Neufassung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245)

ACHTER ABSCHNITT**Monopolkommission****§ 44****Aufgaben**

(1) ¹Die Monopolkommission erstellt alle zwei Jahre ein Gutachten, in dem sie den Stand und die absehbare Entwicklung der Unternehmenskonzentration in der Bundesrepublik Deutschland beurteilt, die Anwendung der Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle würdigt sowie zu sonstigen aktuellen wettbewerbspolitischen Fragen Stellung nimmt. ²Das Gutachten soll die Verhältnisse in den letzten beiden abgeschlossenen Kalenderjahren einbeziehen und bis zum 30. Juni des darauffolgenden Jahres abgeschlossen sein. ³Die Bundesregierung kann die Monopolkommission mit der Erstattung zusätzlicher Gutachten beauftragen. ⁴Darüber hinaus kann die Monopolkommission nach ihrem Ermessen Gutachten erstellen.

(2) ¹Die Monopolkommission ist nur an den durch dieses Gesetz begründeten Auftrag gebunden und in ihrer Tätigkeit unabhängig. ²Vertritt eine Minderheit bei der Abfassung der Gutachten eine abweichende Auffassung, so kann sie diese in dem Gutachten zum Ausdruck bringen.

(3) ¹Die Monopolkommission leitet ihre Gutachten der Bundesregierung zu. ²Die Bundesregierung legt Gutachten nach Absatz 1 Satz 1 den gesetzgebenden Körperschaften unverzüglich vor und nimmt zu ihnen in angemessener Frist Stellung. ³Die Gutachten werden von der Monopolkommission veröffentlicht. ⁴Bei Gutachten nach Absatz 1 Satz 1 erfolgt dies zu dem Zeitpunkt, zu dem sie von der Bundesregierung der gesetzgebenden Körperschaft vorgelegt werden.

§ 45**Mitglieder**

(1) ¹Die Monopolkommission besteht aus fünf Mitgliedern, die über besondere volkswirtschaftliche, betriebswirtschaftliche, sozialpolitische, technologische oder wirtschaftsrechtliche Kenntnisse und Erfahrungen verfügen müssen. ²Die Monopolkommission wählt aus ihrer Mitte einen Vorsitzenden.

(2) ¹Die Mitglieder der Monopolkommission werden auf Vorschlag der Bundesregierung durch den Bundespräsidenten für die Dauer von vier Jahren berufen. ²Wiederberufungen sind zulässig. ³Die Bundesregierung hört die Mitglieder der Kommission an, bevor sie neue Mitglieder vorschlägt. ⁴Die Mitglieder sind berechtigt, ihr Amt durch Erklärung gegenüber dem Bundespräsidenten niederzulegen. ⁵Scheidet ein Mitglied vorzeitig aus, so wird ein neues Mitglied für die Dauer der Amtszeit des ausgeschiedenen Mitglieds berufen.

(3) ¹Die Mitglieder der Monopolkommission dürfen weder der Regierung oder einer gesetzgebenden Körperschaft des Bundes oder eines Landes noch dem öffentlichen Dienst des Bundes, eines Landes oder einer sonstigen juristischen Person des öffentlichen Rechts, es sei denn als Hochschullehrer oder als Mitarbeiter eines wissenschaftlichen Instituts, angehören. ²Ferner dürfen sie weder einen Wirtschaftsverband noch eine Arbeitgeber- oder Arbeitnehmerorganisation repräsentieren oder zu diesen in einem ständigen Dienst- oder Geschäftsbesorgungsverhältnis stehen. ³Sie dürfen auch nicht während des letzten Jahres vor der Berufung zum Mitglied der Monopolkommission eine derartige Stellung innegehabt haben.

§ 46

Beschlüsse, Organisation, Rechte und Pflichten der Mitglieder

- (1) Die Beschlüsse der Monopolkommission bedürfen der Zustimmung von mindestens drei Mitgliedern.
- (2) ¹Die Monopolkommission hat eine Geschäftsordnung und verfügt über eine Geschäftsstelle. ²Diese hat die Aufgabe, die Monopolkommission wissenschaftlich, administrativ und technisch zu unterstützen.
- (2a) Die Monopolkommission kann Einsicht in die von der Kartellbehörde geführten Akten, einschließlich Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse und personenbezogener Daten nehmen, soweit dies zur ordnungsgemäßen Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich ist.
- (3) ¹Die Mitglieder der Monopolkommission und die Angehörigen der Geschäftsstelle sind zur Verschwiegenheit über die Beratungen und die von der Monopolkommission als vertraulich bezeichneten Beratungsunterlagen verpflichtet. ²Die Pflicht zur Verschwiegenheit bezieht sich auch auf Informationen, die der Monopolkommission gegeben und als vertraulich bezeichnet werden oder die gemäß Absatz 2a erlangt worden sind.
- (4) ¹Die Mitglieder der Monopolkommission erhalten eine pauschale Entschädigung sowie Ersatz ihrer Reisekosten. ²Diese werden vom Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie im Einvernehmen mit dem Bundesministerium des Innern festgesetzt. Die Kosten der Monopolkommission trägt der Bund.

§ 47

Übermittlung statistischer Daten

- (1) ¹Für die Begutachtung der Entwicklung der Unternehmenskonzentration werden der Monopolkommission vom Statistischen Bundesamt aus Wirtschaftsstatistiken (Statistik im produzierenden Gewerbe, Handwerksstatistik, Außenhandelsstatistik, Steuerstatistik, Verkehrsstatistik, Statistik im Handel und Gastgewerbe, Dienstleistungsstatistik) und dem Statistikregister zusammengefasste Einzelangaben über die Vmhundertanteile der größten Unternehmen, Betriebe oder fachlichen Teile von Unternehmen des jeweiligen Wirtschaftsbereichs
- a) am Wert der zum Absatz bestimmten Güterproduktion,
 - b) am Umsatz,
 - c) an der Zahl der tätigen Personen,
 - d) an den Lohn- und Gehaltsummen,
 - e) an den Investitionen,
 - f) am Wert der gemieteten und gepachteten Sachanlagen,
 - g) an der Wertschöpfung oder dem Rohertrag,
 - h) an der Zahl der jeweiligen Einheiten
- übermittelt. ²Satz 1 gilt entsprechend für die Übermittlung von Angaben über die Vmhundertanteile der größten Unternehmensgruppen. ³Für die Zuordnung der Angaben der Unternehmensgruppen übermittelt die Monopolkommission dem Statistischen Bundesamt Namen und Anschriften der Unternehmen, deren Zugehörigkeit zu einer Unternehmensgruppe sowie Kennzeichen zur Identifikation. ⁴Die zusammengefassten Einzelangaben dürfen nicht weniger als drei Unternehmensgruppen, Unternehmen, Betriebe oder fachliche Teile von Unternehmen betreffen. ⁵Durch Kombination oder zeitliche Nähe mit anderen übermittelten oder allgemein zugänglichen Angaben darf kein Rückschluss auf zusammengefasste Angaben von weniger als drei Unternehmensgruppen, Unternehmen, Betrieben oder fachlichen Teile von Unternehmen möglich sein. ⁶Für die Berechnung von summarischen Konzentrationsmaßen, insbesondere Herfindahl-Indizes und Gini-Koeffizienten, gilt dies entsprechend. ⁷Die statistischen Ämter der Länder stellen die hierfür erforderlichen Einzelangaben dem Statistischen Bundesamt zur Verfügung.
- (2) ¹Personen, die zusammengefasste Einzelangaben nach Absatz 1 erhalten sollen, sind vor der Übermittlung zur Geheimhaltung besonders zu verpflichten, soweit sie nicht Amtsträger oder für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichtete sind. ²§ 1 Abs. 2, 3 und 4 Nr. 2 des Verpflichtungsgesetzes gilt entsprechend. ³Personen, die nach Satz 1 besonders verpflichtet worden sind, stehen für die Anwendung der Vorschriften des Strafgesetzbuches über die Verletzung von Privatgeheimnissen (§ 203 Abs. 2, 4, 5; §§ 204, 205) und des Dienstgeheimnisses (§ 353b Abs. 1) den für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten gleich.
- (3) ¹Die zusammengefassten Einzelangaben dürfen nur für die Zwecke verwendet werden, für die sie übermittelt wurden. ²Sie sind zu löschen, sobald der in Absatz 1 genannte Zweck erfüllt ist.

- (4) Bei der Monopolkommission muss durch organisatorische und technische Maßnahmen sichergestellt sein, dass nur Amtsträger, für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichtete oder Verpflichtete nach Absatz 2 Satz 1 Empfänger von zusammengefassten Einzelangaben sind.
- (5) ¹Die Übermittlungen sind nach Maßgabe des § 16 Abs. 9 des Bundesstatistikgesetzes aufzuzeichnen.
²Die Aufzeichnungen sind mindestens fünf Jahre aufzubewahren.
- (6) Bei der Durchführung der Wirtschaftsstatistiken nach Absatz 1 sind die befragten Unternehmen schriftlich zu unterrichten, dass die zusammengefassten Einzelangaben nach Absatz 1 der Monopolkommission übermittelt werden dürfen.

E. Untersagungen durch das Bundeskartellamt

Seit Beginn der Fusionskontrolle (Anfang 1974) bis Ende 2013 wurden 187 Untersagungen vom Bundeskartellamt ausgesprochen. Die weitere Verfahrensentwicklung dieser Fälle wurde bis Ende Juni 2014 erfasst:

126 Untersagungen sind rechtskräftig oder übereinstimmend für erledigt erklärt

1. Haindl/Holtzmann
Beschluss des BKartA vom 4. Februar 1974, B6-46/73, WuW/E BKartA 1475
2. Kaiser/Preussag Aluminium
(nach Ablehnung des Antrags auf Ministererlaubnis)
Beschluss des BKartA vom 23. Dezember 1974, B8-251/74, WuW/E BKartA 1571
Verfügung des BMWi vom 26. Juni 1975, WuW/E BMW 149
3. Lech-Elektrizitätswerke AG/Erdgas Schwaben¹
(Erledigungserklärung nach Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 9. März 1976, B8-119/75, WuW/E BKartA 1647
Beschluss des KG vom 23. März 1977, Kart 11/76, WuW/E OLG 1895
Beschluss des BGH vom 12. Dezember 1978, KVR 6/77, WuW/E BGH 1533
4. GKN/Sachs
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof und Rücknahme des Antrags auf Ministererlaubnis)
Beschluss des BKartA vom 12. Mai 1976, B7-67/75, WuW/E BKartA 1625
Beschluss des KG vom 1. Dezember 1976, Kart 51/76, WuW/E OLG 1745
Beschluss des BGH vom 21. Februar 1978, KVR 4/77, WuW/E BGH 1501
5. Alsen-Breitenburg/Zementwerk Klöckner-Werke AG
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 22. Dezember 1976, B7-24/76, WuW/E BKartA 1667
Beschluss des KG vom 15. März 1978, Kart 1/77, WuW/E OLG 1989
Beschluss des BGH vom 23. Oktober 1979, KVR 3/78, WuW/E BGH 1655
6. RWE/Gesellschaft für Energiebeteiligung
(nach Beschwerde beim Kammergericht)
Beschluss des BKartA vom 16. September 1977, B8-37/77, AG 1978, S. 109
Beschluss des KG vom 15. März 1979, Kart 23/77, WuW/E OLG 2113
7. Bergedorfer Buchdruckerei (Springer)/Elbe-Wochenblatt
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 18. Januar 1978, B6-62/77, WuW/E BKartA 1700
Beschluss des KG vom 1. November 1978, Kart 4/78, WuW/E OLG 2109
Beschluss des BGH vom 18. Dezember 1979, KVR 2/79, WuW/E BGH 1685
Entflechtung: WuW/E BKartA 1888, WuW/E OLG 2753, WuW/E BGH 2031
8. Bertelsmann/Deutscher Verkehrsverlag
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 22. Februar 1978, B6-75/77, WuW/E BKartA 1709
9. Andreae-Noris Zahn/R. Holdermann
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 31. März 1978, B8-170/77, WuW/E BKartA 1747

¹ Die Statistik wurde der Zählweise des Bundeskartellamtes angepasst. Bis zum Achten Hauptgutachten wurde dieser Fall unter der Rubrik "vom Kartellamt zurückgenommen oder in sonstiger Weise erledigt" geführt.

10. AVEBE/KSH-Emslandstärke
(durch einstweilige Anordnung)
Beschluss des BKartA vom 3. Mai 1978, B6-187/77, WuW/E BKartA 1716
11. Springer Verlag/Münchener Zeitungsverlag
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 6. Juli 1978, B6-88/76, WuW/E BKartA 1733
Beschluss des KG vom 24. Oktober 1979, Kart 19/78, WuW/E OLG 2228
Beschluss des BGH vom 29. September 1981, KVR 2/80, WuW/E BGH 1854
12. Münchener Wochenblatt Verlags- und Werbegesellschaft mbH/3 Münchener Anzeigenblätter
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 22. November 1979, B6-12/79, AG 1980, S. 283
Beschluss des KG vom 7. November 1980, Kart 2/80, WuW/E OLG 2457
Beschluss des BGH vom 16. Februar 1982, KVR 1/81, WuW/E BGH 1905
13. Bayer AG/Röhm GmbH²
(Erledigung in der Hauptsache)
Beschluss des BKartA vom 28. Januar 1980, B8-117/79, AG 1980, S. 196
14. Deutsche Uhrglasfabrik/Eurotech Mirrors International Ltd.
Beschluss des BKartA vom 27. Mai 1980, B7-163/79, WuW/E BKartA 1875
15. Springer Verlag (Ullstein GmbH)/Verlag Haupt & Koska GmbH & Co. KG
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 23. Oktober 1980, B6-125/79, AG 1981, S. 260
Beschluss des KG vom 3. Juli 1981, Kart 22/80, WuW/E OLG 2527
Beschluss des BGH vom 28. September 1982, KVR 8/81, WuW/E BGH 1954
16. Süddeutsche Zucker AG/KWS Kleinwanzlebener Saatzucht AG
Beschluss des BKartA vom 6. November 1980, B6-116/79, AG 1981, S. 288
17. Gruner & Jahr AG & Co./Zeitverlag Bucerius AG
(Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 9. Januar 1981, B6-95/80, WuW/E BKartA 1863
Beschluss des KG vom 24. November 1982, Kart 11/81, AG 1983, S. 285
Beschluss des BGH vom 2. Oktober 1984, KVR 5/83, WuW/E BGH 2112
Beschluss des KG vom 7. Februar 1986, Kart 17/84, WuW/E OLG 3807
Beschluss des BGH vom 22. September 1987, KVR 5/86, WuW/E BGH 2433
18. Rewe-Zentral-Handelsgesellschaft mbH/Florimex Verwaltungsgesellschaft mbH
(nach Beschwerde beim Kammergericht)
Beschluss des BKartA vom 30. Januar 1981, B6-44/80, WuW/E BKartA 1876
Beschluss des KG vom 22. März 1983, Kart 17/81, WuW/E OLG 2862
19. VPM Rheinmetall Plastikmaschinen GmbH/Württembergische Metallwarenfabrik
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof und Rücknahme des Antrags auf Ministererlaubnis)
Beschluss des BKartA vom 4. März 1981, B7-35/80, WuW/E BKartA 1867
Beschluss des KG vom 9. September 1983, Kart 19/81, WuW/E OLG 3137
Beschluss des BGH vom 25. Juni 1985, KVR 3/84, WuW/E BGH 2150
20. Deutsche Lufthansa AG/f.i.r.s.t.-Reisebüro GmbH
(nach Rücknahme der Rechtsbeschwerde)
Beschluss des BKartA vom 14. August 1981, B6-162/80, WuW/E BKartA 1908
Beschluss des KG vom 8. Dezember 1982, Kart 42/81, WuW/E OLG 2849

2 Vgl. vorherige Fn.

21. Northwest-Zeitung Druck- und Pressehaus GmbH/Ammerland-Echo Verlags GmbH & Co. KG
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 1. September 1981, B6-8/81, WuW/E BKartA 1931
22. Burda GmbH/Axel Springer Gesellschaft für Publizistik KG
(nach Rücknahme der Beschwerde und des Antrags auf Ministererlaubnis)
Beschluss des BKartA vom 23. Oktober 1981, B6-47/81, WuW/E BKartA 1921
23. Co op AG/Supermagazin GmbH
(nach Rücknahme der Beschwerde der Beigeladenen vom Bundesgerichtshof zurückgewiesen)
Beschluss des BKartA vom 23. März 1982, B9-2002/82, WuW/E BKartA 1970
Beschluss des KG vom 19. Januar 1983, Kart 18/82, WuW/E OLG 2970
Beschluss des BGH vom 10. April 1984, KVR 8/83, WuW/E BGH 2077
24. Schaper Zentralverwaltung/Discounthaus zum "bösen Wolf", Theodor Wolf GmbH & Co. KG
(nach Beschwerde beim Kammergericht)
Beschluss des BKartA vom 17. Februar 1983, B9-2054/82, WuW/E BKartA 2022
Beschluss des KG vom 7. Dezember 1983, Kart 7/83, WuW/E OLG 3213
25. Deutag-Mischwerke GmbH & Co. KG/Oberbergische Asphaltmischwerke GmbH & Co. KG
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 21. Februar 1983, B1-34/82, WuW/E BKartA 2077
Beschluss des KG vom 28. Februar 1984, Kart 5/83, WuW/E OLG 3417
Beschluss des BGH vom 1. Oktober 1985, KVR 6/84, WuW/E BGH 2169
26. Stadtwerke Bremen AG + Gasversorgung Wesermünde GmbH/Gasversorgung Schwanewede GmbH
Beschluss des BKartA vom 28. Februar 1983, B8-183/82, WuW/E BKartA 2107
27. Süddeutscher Verlag GmbH/Donau-Kurier Verlagsgesellschaft A. Ganghofer'sche Buchhandlung, Courier Druckhaus KG
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 24. Oktober 1983, B6-7/83, WuW/E BKartA 2103
Beschluss des KG vom 11. Juli 1984, Kart 28/83, WuW/E OLG 3303
Beschluss des BGH vom 27. Mai 1986, KVR 7/84, WuW/E BGH 2276
28. Panorama Anzeigenblatt GmbH + Rhein-Erft GmbH/Anzeigenblätter
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 22. Dezember 1983, B6-96/82, AG 1984, S. 164
Beschluss des KG vom 4. März 1986 Kart 1/84, WuW/E OLG 3767
Beschluss des BGH vom 26. Mai 1987, KVR 3/86, WuW/E BGH 2425
29. Südkurier GmbH/Singener Wochenblatt GmbH & Co. KG
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 3. Mai 1984, B6-32/82, WuW/E BKartA 2140
Beschluss des KG vom 23. April 1986, Kart 8/84, WuW/E OLG 3875
Beschluss des BGH vom 10. November 1987, KVR 7/86, WuW/E BGH 2443
30. Siemens, Philips, AEG, SEL, kabelmetal/GfL Gesellschaft für Lichtwellenleiter GmbH & Co. KG
Beschluss des BKartA vom 8. Juni 1984, B7-18/82, WuW/E BKartA 2143
31. Touristik Union International GmbH & Co. KG/Air-Conti Flugreisen GmbH & Co. KG
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 19. Juli 1984, B6-89/83, WuW/E BKartA 2169

32. Pillsbury Company/Sonnen-Bassermann-Werke Sieburg & Pfortner GmbH & Co. KG
(nach Beschwerde beim Kammergericht)
Beschluss des BKartA vom 26. März 1985, B2-146/84, AG 1985, S. 281
Beschluss des KG vom 7. November 1985, Kart 6/85, WuW/E OLG 3759
33. Karstadt AG + Kaufhof AG/NUR-Touristik GmbH + ITS International Tourist Services
Länderreisedienste GmbH
Beschluss des BKartA vom 23. September 1985, B6-26/85, AG 1986, S. 377
34. Kampffmeyer Mühlen GmbH/Georg Plange GmbH & Co. KG
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 8. November 1985, B2-10/85, WuW/E BKartA 2223
Beschluss des KG vom 16. Dezember 1987, Kart 73/85, WuW/E OLG 4167
Beschluss des BGH vom 7. März 1989, KVR 3/88, WuW/E BGH 2575
35. Linde AG/Agfeko Kohlensäure-Industrie GmbH
Beschluss des BKartA vom 13. Dezember 1985, B3-54/85, WuW/E BKartA 2213
36. Weiss-Druck + Verlag GmbH & Co. KG/S-W Verlag GmbH & Co. für Lokal-
informationen
(nach Beschwerde beim Kammergericht)
Beschluss des BKartA vom 16. Dezember 1985, B6-71/84, AG 1986, S. 371
Beschluss des KG vom 15. Januar 1988, Kart 1/86 WuW/E OLG 4095
37. Darmstädter Echo Verlag und Druckerei GmbH/Südhessische Post GmbH
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 12. Mai 1986, B6-16/85, AG 1986, S. 370
38. Hüls AG/Condea Chemie GmbH
Beschluss des BKartA vom 8. Dezember 1986, B3-58/86, WUW/E BKartA 2247
39. Hamburger Wochenblatt Verlag GmbH/Schlei-Verlag GmbH
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 14. Januar 1987, B6-108/86, WuW/E BKartA 2251
40. Lübecker Nachrichten GmbH/Stormarner Tageblatt Verlag und Druckerei GmbH & Co.
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 18. Februar 1988, B6-24/87, WuW/E BKartA 2290
Beschluss des KG vom 12. Juli 1990, Kart 4/88, WuW/E OLG 4547
Beschluss des BGH vom 15. Oktober 1991, KVR 3/90, WuW/E BGH 2743
41. Heidelberger Zement AG/Malik Baustoffe GmbH & Co.KG
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 27. Juli 1988, B1-107/87, WuW/E BKartA 2297
42. Wieland-Werke AG/Langenberg Kupfer- und Messingwerke KG
(nach Beschwerde beim Kammergericht)
Beschluss des BKartA vom 18. August 1988, B5-92/88, WuW/E BKartA 2304
43. Melitta Werke Bentz & Sohn/Kraft GmbH
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 14. April 1989, B3-137/88, WuW/E BKartA 2370
Beschluss des KG vom 23. Mai 1991, Kart 13/89, WuW/E OLG 4771
Beschluss des BGH vom 7. Juli 1992, KVR 14/91, WuW/E BGH 2783
44. DLT Deutsche Luftverkehrsgesellschaft mbH/Südavia Fluggesellschaft mbH
Beschluss des BKartA vom 23. Mai 1989, B5-256/88, WuW/E BKartA 2391

45. Westdeutscher Rundfunk Köln/Radio NRW GmbH
(Erledigungserklärung im Rechtsbeschwerdeverfahren)
Beschluss des BKartA vom 18. Juli 1989, B6-71/88, WuW/E BKartA 2396
Beschluss des KG vom 26. Juni 1991, Kart 23/89, WuW/E OLG 4811
46. MAN B & W Diesel AG/Gebr. Sulzer AG
(nach Ablehnung des Antrags auf Ministererlaubnis)
Beschluss des BKartA vom 23. August 1989, B4-64/89, WuW/E BKartA 2405
Verfügung des BMWi vom 24. Januar 1990, WuW/E BWL 207
47. WMF Württembergische Metallwarenfabrik AG/Kistra Beteiligungsgesellschaft mbH
(nach Beschwerde beim Kammergericht)
Beschluss des BKartA vom 25. August 1989, B1-28/89, WuW/E BKartA 2414
Beschluss des KG vom 28. Juni 1991, Kart 25/89, WuW/E OLG 4865
48. Meistermarken-Werke GmbH/Martin Braun Backmittel und Essenzen KG
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 19. Oktober 1989, B2-62/89, WuW/E BKartA 2421
49. Tengelmann Handelsgesellschaft/Gottlieb Handelsgesellschaft mbH
Beschluss des BKartA vom 20. November 1989, B9-2056/89, WuW/E BKartA 2441
50. Axel Springer Verlag AG/A. Beig Druckerei und Verlag GmbH & Co.
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 25. April 1990, B6-59/86, WuW/E BKartA 2477
Beschluss des KG vom 13. Februar 1991, Kart 12/90, WuW/E OLG 4737
Beschluss des BGH vom 6. Oktober 1992, KVR 24/91, WuW/E BGH 2795
51. Mainpresse Richter Druck und Verlag GmbH/Bote vom Grabfeld GmbH
(nach Beschwerde beim Kammergericht)
Beschluss des BKartA vom 29. Mai 1990, B6-22/90
Beschluss des KG vom 14. November 1990, Kart 14/90, WuW/E OLG 4637
52. MAN AG + Daimler Benz AG/ENASA
(nach Rücknahme des Antrags auf Ministererlaubnis)
Beschluss des BKartA vom 13. Juli 1990, B5-271/89, WuW/E BKartA 2445
53. GfB Gesellschaft für Beteiligungsbesitz mbH & Co.KG/Zeitungsverlag Iserlohner Kreisanzeiger und Zeitung (IKZ) Wichelhoven Verlags-GmbH & Co.KG
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 9. August 1990, B6-116/89, WuW/E BKartA 2471
Beschluss des KG vom 12. Juni 1991, Kart 16/90, WuW/E OLG 4835
Beschluss des BGH vom 19. Januar 1993, KVR 32/91, WuW/E BGH 2882
54. BayWa AG/WLZ Raiffeisen AG
(nach Ablehnung des Antrags auf Ministererlaubnis)
Beschluss des BKartA vom 27. Dezember 1991, B2-42/91, AG 1992, S. 130
Verfügung des BMWi vom 16. Juni 1992, WuW/E BWL 213
55. Wandsbek Kurier Verlag GmbH/Stadt-Anzeiger Werbe- und Verlagsgesellschaft mbH, Leipzig
Beschluss des BKartA vom 26. Februar 1992, B6-157/91, WuW/E BKartA 2515
56. Werner & Pfleiderer GmbH/Franz Daub und Söhne (GmbH & Co.)
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 13. Mai 1992, B4-173/91, AG 1992, S. 406
Beschluss des KG vom 15. Dezember 1993, Kart 15/92, WuW/E OLG 5271
Beschluss des BGH vom 24. Oktober 1995, KVR 17/94, WuW/E BGH 3026
57. Gillette Company/Wilkinson Sword Europe
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 23. Juli 1992, B5-42/90, AG 1992, S. 363

58. Zahnradfabrik Friedrichshafen AG/Allison Transmission Division
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 15. April 1993, B5-117/92, WuW/E BKartA 2521
59. Fresenius/Schiwa
(nach Rücknahme der Rechtsbeschwerde)
Beschluss des BKartA vom 23. August 1993, B3-52/92, WuW/E BKartA 2591
Beschluss des KG vom 18. Oktober 1995, Kart 18/93, AG 1996, S. 268
60. Raiffeisen Hauptgenossenschaft Nord AG/Raiffeisen Haupt-Genossenschaft eG, Hannover
(Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof – beiderseitige Erledigungserklärung)
Beschluss des BKartA vom 20. September 1993, B2-35/93, AG 1993, S. 571
Beschluss des KG vom 9. November 1994, Kart 20/93, WuW/E OLG 5364
Beschluss des BGH vom 19. Dezember 1995, KVR 6/95, WuW/E BGH 3037
61. ATG Automobiltransportlogistik GmbH, Eschborn/Menke Holding GmbH & Co.KG/
Silcock & Colling Ltd.
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 20. Juni 1994, B9-2013/94, WuW/E BKartA 2659
62. Narva Speziallampen GmbH (Philips GmbH)/Lindner Licht GmbH
(Beschwerde vom Kammergericht zurückgewiesen, da kein Feststellungsinteresse
nach Aufgabe des Vorhabens)
Beschluss des BKartA vom 11. August 1994, B7-56/94, WuW/E BKartA 2669
Beschluss des KG vom 6. September 1995, Kart 17/94, WuW/E OLG 5497
63. Hannover Braunschweigische Stromversorgungs-AG/Stadtwerke Garbsen GmbH
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 30. September 1994, B8-111/94, WuW/E BKartA 2701
Beschluss des KG vom 10. Januar 1996, Kart 23/94, WuW/E OLG 5621
Beschluss des BGH vom 15. Juli 1997, KVR 21/96, WuW/E DE-R 32
64. Hochtief AG/Philipp Holzmann AG
(Erledigung in der Hauptsache)
Beschluss des BKartA vom 24. Januar 1995, B1-252/94, WuW/E BKartA 2729
Beschluss des KG vom 18. März 1998, Kart 3/95, WuW/E DE-R 94
65. RWE Energie AG/Stromversorgung Aggertal GmbH
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 22. Februar 1995, B8-178/94, WuW/E BKartA 2713
Beschluss des KG vom 20. März 1996, Kart 4/95, WuW/E OLG 5601
Beschluss des BGH vom 15. Juli 1997, KVR 33/96, WuW/E DE-R 24
66. T & N plc/Kolbenschmidt AG
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 6. Juli 1995, B5-25/95, WuW/E BKartA 2829
67. Société d'Application, Routières S.A./Limburger Lackfabrik GmbH
Beschluss des BKartA vom 12. Dezember 1995, B3-50/95, WuW/E BKartA 2820
68. WMF Württembergische Metallwarenfabrik AG/Auerhahn Besteckfabrik GmbH³
(Erledigungserklärung im Rechtsbeschwerdeverfahren)
Beschluss des BKartA vom 9. Februar 1996, B5-33/95, AG 1996, S. 282
Beschluss des KG vom 16. April 1997, Kart 2/96, WuW/E OLG 5879

³ Das Verfahren wurde von beiden Parteien übereinstimmend für erledigt erklärt, weil der Zusammenschluss nach neuer Rechtslage nicht mehr kontrollpflichtig ist.

69. Tukan Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG/Adolf Deil GmbH & Co. KG
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 23. Februar 1996, B6-51/95, AG 1996, S. 477
Beschluss des KG vom 12. März 1997, Kart 5/96, WuW/E OLG 5907
Beschluss des BGH vom 8. Dezember 1998, KVR 31/97, WuW/E DE-R 243
70. Veba Energiebeteiligungs-GmbH/Stadtwerke Bremen AG
Beschluss des BKartA vom 29. Mai 1996, B8-148/95, AG 1996, S. 378
71. Axel Springer Verlag/PSG Postdienst Service GmbH
Beschluss des BKartA vom 3. Januar 1997, B6-108/96, WuW/E BKartA 2909
72. Merck/KMF Laborchemie Handels GmbH
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 3. Juni 1997, B3-132/96, WuW/E BKartA 2905
73. Herlitz AG/Landré GmbH⁴
Beschluss des BKartA vom 6. Februar 1997, B10-54/96
Beschluss des KG vom 20. Oktober 1999, Kart 8/97
74. Potash Corporation of Saskatchewan (PCS)/Kali + Salz
(nach Ablehnung des Antrags auf Ministererlaubnis)
Beschluss des BKartA vom 27. Februar 1997, B3-103/96, WuW/E BKartA 2885
Verfügung des BMWi vom 22. Juli 1997, WuW/E BMW 225
75. Moksel/Südfleisch/Ost-Fleisch GmbH
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 21. August 1997, B2-13/97, WuW/E DE-V 9
Beschluss des KG vom 29. September 1999, Kart 23/97, WuW/E DE-R 439
Beschluss des BGH vom 8. Mai 2001, KVR 12/99, WuW/E DE-R 711
76. Axel Springer Verlag AG/Stilke Buch- und Zeitschriftenhandels-gesellschaft mH
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 6. November 1997, B6-136/96, WuW/E DE-V 1
Beschluss des KG vom 28. Oktober 1998, Kart 26/97, WuW/E DE-R 270
Beschluss des BGH vom 21. November 2000, KVR 16/99, WuW/E DE-R 607
77. Verlag Dierichs GmbH & Co. KG/Werra Verlag Kluthe KG
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 27. Januar 1998, B6-152/96, WuW/E DE-V 19
Beschluss des KG vom 23. Dezember 1998, Kart 13/98, WuW/E DE-R 317, 369
Beschluss des BGH vom 6. März 2001, KVR 18/99, WuW/E DE-R 668
- 78./79. Westdeutsche Allgemeine Zeitungsverlag GmbH & Co. Zeitschriften- und Beteiligungs KG/
Zeitungsverlag Iserlohn Iserlohner Kreisanzeiger und Zeitung (IKZ) Wichelhoven Verlags-GmbH &
Co. KG⁵
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 27. Februar 1998, B6-154/96, WuW/E DE-V 40
Beschluss des KG vom 16. Dezember 1998, Kart 14/98, WuW/E DE-R 336
Beschluss des BGH vom 21. November 2000, KVR 21/99, WuW/E DE-R 613
80. Bertelsmann AG/Premiere Medien GmbH & Co. KG
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 1. Oktober 1998, B6-72/98, WuW/E DE-V 53

4 Nachdem das Rechtsbeschwerdeverfahren von den Verfahrensbeteiligten sechs Monate lang nicht weiter betrieben wurde, hat der Bundesgerichtshof die Weglegung der Akten nach § 7 Aktenordnung verfügt. Beim Bundeskartellamt wurde das Verfahren auf dieser Basis 2005 zu den Akten gelegt.

5 Im vorliegenden Fall geht es formal um zwei Untersagungen. Mit Wirkung zum 1. Oktober 1992 und zum 1. Juli 1994 hatte die WAZ Anteilserwerbe an der IKZ durch eine dritte natürliche Person finanziert.

81. PTB Pay-TV Beteiligungs GmbH (Kirch-Gruppe)/Premiere Medien GmbH & Co. KG⁶
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 1. Oktober 1998, B6-78/98, WuW/E DE-V 53
82. Thüringische Landeszeitung Verlag/R&B Werbe- und Verlagsgesellschaft mbH
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 23. November 1998, B6-35/98
83. Betonschwellenwerk Coswig GmbH & Co. KG/Pfleiderer AG/Waiss & Freitag AG
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 21. April 1999, B1-275/98, WuW/E DE-V 145
84. Henkel KGaA/Luhns GmbH
Beschluss des BKartA vom 20. September 1999, B3-20/99
85. Westdeutsche Allgemeine Zeitungsverlag GmbH & Co. Zeitschriften und Beteiligungs KG/OTZ
Ostthüringer Zeitung Verlag GmbH & Co. KG
(nach Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf und Ablehnung der Nichtzulassungsbeschwerde)
Beschluss des BKartA vom 12. Januar 2000, B6-118/98
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 31. Januar 2001, Kart 5/00, WuW/E DE-R 647
(Auflösungs-)Beschluss des BKartA vom 27. November 2003, B6-51/02
WuW/E DE-V 885
86. Melitta Bentz KG/Airflo Europe N.V./Schultink
(Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 21. Juni 2000, B1-280/99, WuW/E DE-R 275
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 30. April 2003, Kart 9/00 (V),
WuW/E DE-R 1112
Beschluss des BGH vom 5. Oktober 2004, KVR 14/03, WuW/E DE-R 1355
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 14. Juni 2006, VI-Kart 9/00 (V)
87. Sanacorp/Andreae-Noris Zahn/DG-Bank
(Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 18. September 2001, B3-59/01
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 30. Oktober 2002, Kart 40/01 (V),
WuW/E DE-R 1033
Beschluss des BGH vom 13. Juli 2004, KVR 2/03, WuW/E DE-R 1301
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 29. September 2006, Kart 40/01 (V),
WuW/E DE-R 1987
88. Deutsche Post AG/trans-o-flex Schnell-Lieferdienst GmbH
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 21. November 2001, B9-100/01, WuW/E DE-V 501
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 13. August 2003, Kart 52/01 (V),
WuW/E DE-R 1149
Beschluss des BGH vom 21. Dezember 2004, KVR 26/03, WuW/E DE R 1419
89. Liberty/KDG
Beschluss des BKartA vom 22. Februar 2002, B7-168/01, WuW/E DE-V 558
90. Brunata/Viterra
Beschluss des BKartA vom 3. Juli 2002, B10-177/01, WuW/E DE-V 618
91. Holtzbrinck/Berliner Verlag
(nach Rücknahme des Antrags auf Ministererlaubnis)
Beschluss des BKartA vom 10. Dezember 2002, B6-98/02, WuW/E DE-V 695

6 Das Verfahren wurde als einheitlicher Vorgang mit Bertelsmann/Premiere (Nr. 76) behandelt.

92. K. Nehlsen, Rethmann Entsorgung,swb/Bremerhavener Entsorgungsgesellschaft
Beschluss des BKartA vom 17. Dezember 2002, B10-104/02, WuW/E DE-V 759
93. E.ON Energie AG/Stadtwerke Eschwege
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 12. September 2003, B8-21/03, WuW/E DE-V 823
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 6. Juni 2007, VI-2 Kart 7/04 (V),
WuW/E DE-R 2093
Beschluss des BGH vom 11. November 2008, KVR 18/08, WuW/E DE-R 2451
94. E.ON Hanse/Stadtwerke Lübeck
Beschluss des BKartA vom 20. November 2003, B8-84/03, WuW/E DE-V 837
95. Holtzbrinck/Berliner Verlag II
(nach Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf)
Beschluss des BKartA vom 2. Februar 2004, B6-120/03, WuW/E DE-V 871
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 10. April 2004, VI-Kart 7/04 (V),
WuW/E DE-R 1361
96. Synthes-Stratec/Mathys
(nach beidseitigen Erledigungserklärungen vom 26. Oktober 2004)
Beschluss des BKartA vom 24. März 2004, B4-167/03, WuW/E DE-V 931
97. Lausitzer Rundschau/Wochenkurier Verlagsgesellschaft
(nach Zurückweisung der Beschwerde durch das Oberlandesgericht Düsseldorf)
Beschluss des BKartA vom 2. April 2004, B6-81/03, WuW/E DE-V 977
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 24. November 2004, VI-2 Kart 10/04 (V),
WuW/E DE-R 1390
98. Agrana/Atys
(Erledigung in der Hauptsache)
Beschluss des BKartA vom 21. April 2004, B2-160/03; WuW/E DE-V 923
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 17. November 2004, VI-Kart 13/04 (V),
WuW/E DE-R 1435
99. Deutsche Bahn/KVS Saarlouis
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 9. Juni 2004, B9-16/04, WuW/E DE-V 937
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 4. Mai 2005, VI-Kart 19/04 (V),
WuW/E DE-R 1495
Beschluss des BGH vom 11. Juli 2006, KVR 28/05, WuW/E DE-R 1797
100. Mainova AG/Aschaffenburgger Versorgungs AG
(nach Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf)
Beschluss des BKartA vom 22. Juli 2004, B8-27/04, WuW/E DE-V 983
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 23. November 2005, Kart 14/04 (V),
WuW/E DE-R 1639
101. G+J/RBA
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 3. August 2004, B6-45/04, WuW/E DE-V 955
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 15. Juni 2005, VI-Kart 25/04 (V),
WuW/E DE-R 1501
Beschluss des BGH vom 16. Januar 2007, KVR 12/06, WuW/E DE-R 1925
102. DuMont Schauberg/Bonner Zeitungsdruckerei
(nach Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf)
Beschluss des BKartA vom 8. September 2004, B6-27/04, WuW/E DE-V 968
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 6. Juli 2005, VI-Kart 26/04 (V),
WuW/E DE-R 1581

- 103.** Leggett & Platt/AGRO
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 29. September 2004, B5-170/03, WuW/E DE-V 1048
- 104.** Rethmann/Tönsmeier
(nach Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf und Ablehnung der Nichtzulassungsbeschwerde)
Beschluss des BKartA vom 16. November 2004, B10-74/04, WuW/E DE-V 995
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 2. November 2005, VI-Kart 30/04 (V),
WuW/E DE-R 1625
- 105.** Rhön-Klinikum AG/Kreiskrankenhäuser Bad Neustadt, Mellrichstadt
(nach Ablehnung des Antrags auf Ministererlaubnis und Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 10. März 2005, B10-123/04, WuW/E DE-V 1987
Verfügung des BMWi vom 22. Mai 2006

Beschluss des OLG Düsseldorf vom 11. April 2007, VI-Kart 6/05 (V),
WuW/E DE-R 1958
Beschluss des BGH vom 16. Januar 2008, KVR 26/07
- 106.** S-W Verlag/Wochenspiegel (Mayen/Cochem/Zell)
Beschluss des BKartA vom 1. März 2005, B6-103/04, WuW/E DE-V 1135
- 107.** Rhön-Klinikum/Krankenhaus Eisenhüttenstadt
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 23. März 2005, B10-109/04
- 108.** Volksfreund-Druckerei/TW Wochenspiegel
Beschluss des BKartA vom 31. Mai 2005, B6-106/04, WuW/E DE-V 1072
- 109.** RUAG Deutschland GmbH/MEN Metallwerk Eisenhütte GmbH
(nach Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf)
Beschluss des BKartA vom 30. Juni 2005, B4-50/05, WuW/E DE-V 1081
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 3. Januar 2006, VI-Kart 14/05 (V),
WuW/E DE-R 1654
- 110.** Axel Springer/ProSiebenSat 1 Media
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 19. Januar 2006, B6-103/05, WuW/E DE-V 1163
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 29. September 2006, VI-Kart 7/06 (V),
WuW/E DE-R 1839
Beschluss des BGH vom 25. September 2007, KVR 30/06, WuW/E DE-R 2221
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 3. Dezember 2008, VI-Kart 7/06 (V),
WuW/E DE-R 2593
Beschluss des BGH vom 8. Juni 2010, KVR 4/09, WuW/E DE-R 3067
- 111.** Süddeutscher Verlag/„Südost-Kurier“
(nach Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf)
Beschluss des BKartA vom 26. Januar 2006, B6-138/05, WuW/E DE-V 1191
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 14. März 2007, VI-Kart 8/06 (V),
WuW/E DE-R 1973
- 112.** Coherent/Excel Technology
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 25. Oktober 2006, B7-97/06, WuW/DE-V 1325
- 113.** RWE Energy/Saar Ferngas
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 12. März 2007, B8-62/06, WuW/E DE-V 1357

- 114.** LBK/Mariahilf
(nach Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf und Rücknahme des Antrags auf Ministererlaubnis)
Beschluss des Bundeskartellamtes vom 6. Juni 2007, B3-6/07, WuW/E DE-V 1407
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 8. Oktober 2008, VI-Kart 10/07 (V)
- 115.** Cargotec/CVS Ferrari
(nach Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde)
Beschluss des BKartA vom 24. August 2007, B5-51/07, WuW/E DE-V 1442
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 7. Mai 2008, VI Kart 13/07 (V)
- 116.** A-TEC Industries AG/Norddeutsche Affinerie AG
(nach Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf)
Beschluss des BKartA vom 27. Februar 2008, B5-198/07, WuW/E DE-V 1553
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 12. November 2008, VI-Kart 5/08 (V),
WuW/E DE-R 2462
- 117.** Loose/Poelmeyer u.a.
(nach Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf)
Beschluss des BKartA vom 2. Juli 2008, B2-359/07, WuW/E DE-V 1591
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 27. Mai 2009, VI-Kart 10/08
- 118.** Intermedia/Health & Beauty
Beschluss des BKartA vom 29. August 2008, B6-52/08, WuW/E DE-V 1643
- 119.** Assa Abloy AB/SimonsVoss AG
(nach Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf)
Beschluss des BKartA vom 5. November 2008, B5-25/08, WuW/E DE-V 1652
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 21. Oktober 2009, VI-Kart 14/08,
WuW/E DE-R 2885
- 120.** Gesundheit Nordhessen/Gesundheitsholding Werra-Meißner-Kreis
Beschluss des BKartA vom 18. Juni 2009, B3-215/08, WuW/E DE-V 1734
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 15. Oktober 2010, VI-Kart 6/09 (V)
Beschluss des BGH vom 8. November 2011, KVVZ 14/11
- 121.** Magna Car Top Systems GmbH/Karmann GmbH
(Erledigung in der Hauptsache)
Beschluss des BKartA vom 21. Mai 2010, B9-13/10
- 122.** ProSiebenSat1 Media AG/RTL Interactive GmbH
Beschluss des BKartA vom 17. März 2011, B6-94/10
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 8. August 2012, VI-Kart 4/11 (V)
- 123.** GU Haspa Finanzholding/Kreissparkasse Herzogtum Lauenburg/Kreis Herzogtum Lauenburg
Beschluss des BKartA vom 28. Februar 2012, B4-51/11
- 124.** Klinikum Worms GmbH/HDV gemeinnützige GmbH
Beschluss des BKartA vom 5. September 2012, B3-43/12
- 125.** Lenzing AG / Kelheim Hygiene Fibres GmbH
Beschluss des BKartA vom 22. November 2012, B3-64/12
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 15. Mai 2013, VI-Kart 10/12 (V), NZKart 2013, 299-300 =
WuW/E DE-R 3943-3946
Beschluss des BGH vom 21. Januar 2014, KVR 38/13, NZKart 2014, 149-151 = WuW/E DE-R
4135-4138
- 126.** Kabel Deutschland Holding AG/Tele Columbus GmbH
Beschluss des BKartA vom 22. Februar 2013, B7-70/12

17 Beschlüsse wurden vom Bundeskartellamt zurückgenommen

1. Bitumenverkaufsgesellschaft
(nach Änderung, im Beschwerdeverfahren)
Beschluss des BKartA vom 29. Mai 1974, B8-95/73, WuW/E BKartA 1517
2. Mannesmann AG/Brüninghaus Hydraulik GmbH
(Erledigungserklärung nach Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 18. Mai 1977, B7-86/76, WuW/E BKartA 1685
Beschluss des KG vom 18. Mai 1979, Kart 13/77, WuW/E OLG 2120
Beschluss des BGH vom 24. Juni 1980, KVR 5/79, WuW/E BGH 1711
3. Klöckner-Werke AG/Becorit Grubenausbau GmbH
(Erledigungserklärung nach Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 15. Dezember 1978, B7-20/78, WuW/E BKartA 1831
Beschluss des KG vom 28. August 1979, Kart 4/79, WuW/E OLG 2182
Beschluss des BGH vom 2. Dezember 1980, KVR 1/80, WuW/E BGH 1749
4. Mobil Oil AG/Wilh. Mertl
Beschluss des BKartA vom 8. Dezember 1980, B8-128/80, AG 1981, S. 290
5. Deutsche Total GmbH/Mineralölhandel Speier
Beschluss des BKartA vom 17. August 1981, B8-66/81, TB BKartA 1981/82, S. 41
6. Philip Morris Inc./Rothmans Tobacco Holding Ltd.
(nach Änderung des Zusammenschlusses erneute Untersagung)
Beschluss des BKartA vom 24. Februar 1982, B6-49/81, WuW/E BKartA 1943
Beschluss des KG vom 1. Juli 1983, Kart 16/82, WuW/E OLG 3051
Beschluss des BKartA vom 9. Juli 1985, B6-71/85, WuW/E BKartA 2204
Beschluss des BGH vom 29. Oktober 1985, KVR 1/84, WuW/E BGH 2211
7. Metro Vermögensverwaltung GmbH & Co. KG/Kaufhof AG
(Erledigungserklärung nach Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 20. Juni 1983, B9-2056/82, WuW/E BKartA 2060
Beschluss des KG vom 16. Oktober 1984, Kart 14/83, WuW/E OLG 3367
Beschluss des BGH vom 11. März 1986, KVR 2/85, WuW/E BGH 2231
8. Klöckner-Werke AG/Seitz Enzinger Noll Maschinenbau AG
(nach Rücknahme des Antrags auf Ministererlaubnis; Beschwerde eingelegt, aber zurückgenommen nach Erklärung des Bundeskartellamtes, aus dem Untersagungs-beschluss keine Rechte mehr geltend zu machen)
Beschluss des BKartA vom 10. Oktober 1984, B7-106/83, WuW/E BKartA 2178
9. Badenwerk AG/Energie- und Wasserwerke Rhein-Neckar AG – Gasversorgung
Beschluss des BKartA vom 13. Mai 1985, B8-236/84, AG 1985, S. 337
10. Vereinigte Elektrizitätswerke Westfalen AG – BGE Beteiligungsges. für Energieunternehmen/Ruhrkohle AG
(nach Ablehnung des Antrags auf Ministererlaubnis wegen Formfehlers; Beschwerde eingelegt; Untersagung zurückgenommen)
Beschluss des BKartA vom 19. Juni 1985, B8-31/85, AG 1986, S. 335
Verfügung des BMWi vom 20. Februar 1986, WuW/E BWM 185
11. Westdeutsche Allgemeine Zeitungsverlagsges. mbH & Co./Borbecker Nachrichten + Werdener Nachrichten Wilhelm Wimmer GmbH & Co.KG⁷
(nach Erledigungserklärung im Beschwerdeverfahren)
Beschluss des BKartA vom 19. Mai 1987, B6-88/86, AG 1987, S. 354

⁷ Das ursprüngliche Vorhaben wurde umstrukturiert. Vgl. Monopolkommission, VII. Hauptgutachten 1986/1987, Die Wettbewerbsordnung erweitern, Baden-Baden 1988, Tz. 372.

12. Messer Griesheim GmbH/Buse Gase GmbH
(nach Änderung, im Beschwerdeverfahren)
Beschluss des BKartA vom 2. August 1988, B3-35/88, WuW/E BKartA 2319
13. Nordfleisch e.G. Raiffeisen Vieh- und Fleischzentrale Schleswig-Holstein/Centralgenossenschaft
Vieh und Fleisch e.G.
(nach Änderung, im Beschwerdeverfahren)
Beschluss des BKartA vom 30. November 1989, B2-75/89, WuW/E BKartA 2428
14. Axel Springer Verlag AG/Erich Lezinsky Verlag und Buchdruckerei GmbH
(nach Erledigungserklärung im Beschwerdeverfahren)
Beschluss des BKartA vom 14. Mai 1990, B6-56/89, WuW/E BKartA 2497
15. Bayerische Asphalt-Mischwerke GmbH & Co. Kommanditgesellschaft für Straßenbaustoffe/H + W
Asphalt-Mischwerke GmbH
(nach Erledigungserklärung im Beschwerdeverfahren)
Beschluss des BKartA vom 1. Oktober 1990, B1-104/88, WuW/E BKartA 2488
16. Westdeutsche Allgemeine Zeitungsverlag GmbH & Co. Zeitschriften und
Beteiligungs KG/Ostthüringer Nachrichten Verlag GmbH & Co.KG
(Erledigung in der Hauptsache)
Beschluss des BKartA vom 25. Oktober 1990, B6-103/90, WuW/E BKartA 2483
17. Gebr. Gerstenberg GmbH & Co./Druckerei und Verlag E. Jungfer GmbH & Co. KG - Sarstedter
Kurier-Kreisanzeiger
(Rücknahme der Beschwerde, Erledigungserklärung durch das Bundeskartellamt)
Beschluss des BKartA vom 17. Januar 1994, B6-153/92, WuW/E BKartA 2641

31 Verfügungen wurden rechtskräftig aufgehoben

1. Johnson/Hahn
Beschluss des BKartA vom 18. November 1974, B8-259/74, WuW/E BKartA 1561
Beschluss des KG vom 16. Februar 1976, Kart 4/75, WuW/E OLG 1712
2. Teerbau/Makadam
(nach Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof vom Kammergericht aufgehoben)
Beschluss des BKartA vom 24. Mai 1978, B6-108/77, WuW/E BKartA 1753
Beschluss des KG vom 10. Januar 1979, Kart 17/78, WuW/E OLG 2093
Beschluss des BGH vom 12. Februar 1980, KVR 4/79, WuW/E BGH 1763
Beschluss des KG vom 9. Dezember 1981, Kart 13/80, WuW/E OLG 2633
3. RWE/Stadt Leverkusen
Beschluss des BKartA vom 30. Juni 1978, B8-78/77, WuW/E BKartA 1727
Beschluss des KG vom 19. September 1979, Kart 20/78, WuW/E OLG 2202
4. Deutscher TransportbetonVertrieb GmbH, Ratingen/Transportbeton-Vertrieb Sauerland GmbH
(nach Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof vom Kammergericht aufgehoben)
Beschluss des BKartA vom 21. September 1978, B6-184/77, WuW/E BKartA 1771
Beschluss des KG vom 24. Oktober 1979, Kart 25/78, WuW/E OLG 2265
Beschluss des BGH vom 22. Juni 1981, KVR 7/80, WuW/E BGH 1810
Beschluss des KG vom 12. März 1982, Kart 33/81, WuW/E OLG 2655
5. Deutscher TransportbetonVertrieb GmbH, Ratingen/Verkaufsbüro Siegerländer Transportbeton
GmbH & Co. KG
(nach Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof vom Kammergericht aufgehoben)
Beschluss des BKartA vom 21. September 1978, B6-172/77, WuW/E BKartA 1779
Beschluss des KG vom 24. Oktober 1979, Kart 24/78, WuW/E OLG 2259
Beschluss des BGH vom 22. Juni 1981, KVR 7/80, WuW/E BGH 1810
Beschluss des KG vom 12. März 1982, Kart 33/81, WuW/E OLG 2655

6. Tonolli International B.V./Blei- und Silberhütte Braubach GmbH
Beschluss des BKartA vom 30. März 1979, B8-137/78, WuW/E BKartA 1799
Beschluss des KG vom 16. Januar 1980, Kart 14/79, WuW/E OLG 2234
Beschluss des BGH vom 22. Juni 1981, KVR 5/80, WuW/E BGH 1824
7. Braun Melsungen AG/Almo-Erzeugnisse Erwin Busch GmbH
Beschluss des BKartA vom 24. Juni 1980, B8-45/79, WuW/E BKartA 1853
Beschluss des KG vom 26. Mai 1981, Kart 14/80, WuW/E OLG 2539
Beschluss des BGH vom 29. Juni 1982, KVR 7/81, WuW/E BGH 1949
8. Hastra Hannover-Braunschweigische Stromversorgungs-AG (Veba)/ Stadt Wolfenbüttel GmbH
Beschluss des BKartA vom 29. Juli 1980, B8-132/79, WuW/E BKartA 1857
Beschluss des KG vom 16. Juni 1981, Kart 15/80, WuW/E OLG 2507
9. Bayer AG/Firestone France S.A.
Beschluss des BKartA vom 23. September 1980, B8-45/80, WuW/E BKartA 1837
Beschluss des KG vom 26. November 1980, Kart 17/80, WuW/E OLG 2411
10. Deutsche Texaco AG/Zerssen & Co.
Beschluss des BKartA vom 28. Oktober 1980, B8-50/80, WuW/E BKartA 1840
Beschluss des KG vom 2. Juli 1982, Kart 21/80, WuW/E OLG 2663
Beschluss des BGH vom 4. Oktober 1983, KVR 3/82, WuW/E BGH 2025
11. Vereinigte Elektrizitätswerke Westfalen AG/Gelsenwasser AG
Beschluss des BKartA vom 5. Dezember 1980, B8-136/80, AG 1981, S. 314
Beschluss des KG vom 14. April 1982, Kart 23/80, WuW/E OLG 2677
Beschluss des BGH vom 19. April 1983, KVR 1/82, WuW/E BGH 2013
12. Maschinenfabrik Buckau R. Wolf AG (Krupp)/Total-Kidde Gaslöschanlagen
Beschluss des BKartA vom 31. März 1981, B7-92/80, WuW/E BKartA 1882
Beschluss des KG vom 30. März 1983, Kart 25/81, WuW/E OLG 2887
13. Hüssel Holding AG/Mara Kosmetik Parfümerie- und Drogerie GmbH
Beschluss des BKartA vom 29. Juni 1981, B8-159/80, WuW/E BKartA 1897
Beschluss des KG vom 24. April 1985, Kart 34/81, WuW/E OLG 3577
Beschluss des BGH vom 18. November 1986, KVR 9/85, WuW/E BGH 2337
14. Verlagsgruppe Georg v. Holtzbrinck GmbH/Rowohlt Verlag GmbH
Beschluss des BKartA vom 19. Oktober 1981, B6-76/81, AG 1982, S. 79
Beschluss des KG vom 13. Oktober 1982, Kart 51/81, WuW/E OLG 2825
15. Co op Schleswig-Holstein e.G./Deutscher Supermarkt Handels-GmbH
Beschluss des BKartA vom 23. August 1983, B9-2037/82, WuW/E BKartA 2114
Beschluss des KG vom 22. Mai 1985, Kart 21/83, WuW/E OLG 3591
Beschluss des BGH vom 24. März 1987, KVR 10/85, WuW/E BGH 2389
16. Thüringer Gas AG/Stadtwerke Westerland
Beschluss des BKartA vom 9. September 1983, B8-79/83, WuW/E BKartA 2110
Beschluss des KG vom 18. Februar 1985, Kart 24/83, WuW/E OLG 3469
17. Energie-Versorgung Schwaben AG/Technische Werke der Stadt Stuttgart AG
Beschluss des BKartA vom 23. März 1984, B8-91/83, WuW/E BKartA 2157
Beschluss des KG vom 28. Dezember 1984, Kart 6/84, WuW/E OLG 3443
18. Co op AG/H. Wandmaker GmbH
Beschluss des BKartA vom 14. August 1984, B9-2006/84, WuW/E BKartA 2161
Beschluss des KG vom 5. November 1986, Kart 15/84, WuW/E OLG 3917

19. Axel Springer Verlag + Axel Springer Gesellschaft für Publizistik GmbH & Co. KG/ Kieler Zeitung, Verlags- und Druckerei KG GmbH & Co
Beschluss des BKartA vom 29. April 1987, B6-111/86, WuW/E BKartA 2259
Beschluss des KG vom 4. Dezember 1987, Kart 32/87, WuW/E OLG 4075
Beschluss des BGH vom 19. Dezember 1989, KVR 2/88, WuW/E BGH 2620
20. Flensburger Zeitungsverlag GmbH/Schleswig-Holsteinische Landeszeitung Heinz Müller KG
Beschluss des BKartA vom 20. Mai 1988, B6-30/87, WuW/E BKartA 2292
Beschluss des KG vom 1. März 1989, Kart 14/88, WuW/E OLG 4379
21. Linde AG/Lansing GmbH
Beschluss des BKartA vom 3. März 1989, B4-123/88, WuW/E BKartA 2363
Beschluss des KG vom 22. März 1990, Kart 6/89, WuW/E OLG 4537
Beschluss des BGH vom 10. Dezember 1991, KVR 2/90, WuW/E BGH 2731
22. Kaufhof AG/Saturn Elektro-Handelsgesellschaft mbH - Hansa-Foto Handelsgesellschaft
Beschluss des BKartA vom 23. Oktober 1989, B9-2050/88, WuW/E BKartA 2437
Beschluss des KG vom 26. Oktober 1990, Kart 29/89, WuW/E OLG 4657
Beschluss des BGH vom 28. April 1992, KVR 9/91, WuW/E BGH 2771
23. Radio Ton-Regional/Lokalradio Services
(nach Rückverweisung durch den BGH erneut vom OLG Düsseldorf aufgehoben)
Beschluss des BKartA vom 23. April 2004, B6-56/03, WuW/E DE-V 1011
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 6. Oktober 2004, VI-Kart 14/04 (V),
WuW/E DE-R 1413
Beschluss des BGH vom 7. November 2006, KVR 39/05, WuW/E DE-R 1890
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 30. April 2008, VI Kart 14/04 (V)
24. G+J/Lizenz für National Geographic
Beschluss des BKartA vom 2. August 2004, B6-26/04, WuW/E DE-V 947
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 15. Juni 2005, VI-Kart 24/04 (V),
WuW/E DE-R 1504
Beschluss des BGH vom 10. Oktober 2006, KVR 32/05, WuW/E DE-R 1979
25. MSV Medien Spezial Vertrieb GmbH & Co. KG/Presse Vertrieb Nord KG
Beschluss des BKartA vom 27. Oktober 2005, B6-86/05, WuW/E DE-V 1135
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 28. Juni 2006, VI-Kart 18/05 (V),
WuW/E DE-R 1805
26. DuPont/Pedex
Beschluss des BKartA vom 15. März 2006, B3-136/05, WuW/E DE-V 1247
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 22. Dezember 2006, VI-Kart 10/06 (V),
WuW/E DE-R 1881
27. Sulzer/Kelmix
Beschluss des BKartA vom 14. Februar 2007, B5-10/07, WuW/E DE-V 1163
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 5. März 2007, VI-Kart 3/07 (V),
WuW/E DE-R 1931
Beschluss des BGH vom 25. September 2007, KVR 19/07, WuW/E DE-R 2133
28. Phonak/GN ReSound
(nach Verfahren zum einstweiligen Rechtsschutz und (Fortsetzungsfeststellungs-) Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf, Aufhebung des Untersagungsbeschlusses durch den Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 11. April 2007, B3-578/06, WuW/DE-V 1365
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 8. August 2007, VI-Kart 8/07 (V),
WuW/E DE-R 2069
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 26. November 2008, VI-Kart 8/07 (V),
WuW/E DE-R 2477
Beschluss des BGH vom 20. April 2010, KVR 1/09, WuW/E DE-R 2905

29. Faber/BAG/AML
(nach Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof vom Oberlandesgericht Düsseldorf aufgehoben)
Beschluss des BKartA vom 15. November 2007, B1-190/07, WuW/E DE-V 1507
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 26. Februar 2008, VI-Kart 18-07
Beschluss des BGH vom 14. Oktober 2008, KVR 60/07, WuW/E DE-R 2507
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 29. April 2009, VI-Kart 18/07 (V),
WuW/E DE-R 2622
30. LRP/Lotto Rheinland-Pfalz
Beschluss des BKartA vom 29. November 2007, B6-158/07, WuW/E DE-V 1517
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 17. September 2008, VI-Kart 19/07 (V),
WuW/E DE-R 2304
31. Neue Pressegesellschaft/Zeitungsverlag Schwäbisch Hall
Beschluss des BKartA vom 21. April 2009, B6-150/08, WuW/E DE-V 1071
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 22. Dezember 2010, VI Kart 4/09 (V),
WuW/E DE-R 3173

Acht⁸ Untersagungsfälle wurden vom Bundesminister für Wirtschaft vollständig oder unter Auflagen genehmigt

1. Veba/Gelsenberg
Beschluss des BKartA vom 7. Januar 1974, B8-33/73, WuW/E BKartA 1457
Verfügung des BMWi vom 1. Februar 1974, WuW/E BMW 147
2. Babcock/Artos
Beschluss des BKartA vom 25. März 1976, B7-127/75, WuW/E BKartA 1653
Verfügung des BMWi vom 17. Oktober 1976, WuW/E BMW 155 (Erlaubnis mit Auflagen)
3. Rheinstahl (Thyssen)/Hüller
Beschluss des BKartA vom 17. Dezember 1976, B7-36/76, WuW/E BKartA 1657
Verfügung des BMWi vom 1. August 1977, WuW/E BMW 159 (Teilerlaubnis)
Beschluss des KG vom 7. Februar 1978, Kart 2/77, WuW/E OLG 1921
Beschluss des KG vom 7. Februar 1978, Kart 15/77, WuW/E OLG 1937
4. BP/Veba
Beschluss des BKartA vom 27. September 1978, B8-92/78, WuW/E BKartA 1719
Verfügung des BMWi vom 5. März 1979, WuW/E BMW 165 (Erlaubnis mit Auflagen)
5. IBH Holding/Wibau Maschinenfabrik Hartmann AG
Beschluss des BKartA vom 3. Juli 1981, B7-44/80, WuW/E BKartA 1892
Verfügung des BMWi vom 9. Dezember 1981, WuW/E BMW 177
6. Daimler-Benz AG/Messerschmitt-Bölkow-Blohm GmbH
Beschluss des BKartA vom 17. April 1989, B7-137/88, WuW/E BKartA 2335
Verfügung des BMWi vom 6. September 1989, WuW/E BMW 191 (Erlaubnis mit Auflagen)

⁸ Vgl. nächste Fn.

7. E.ON/Ruhrgas⁹
Beschluss des BKartA vom 17. Januar 2002, B8-109/01 (E.ON/Gelsenberg),
WuW/E DE-V 511
Beschluss des BKartA vom 26. Februar 2002, B8-149/01 (E.ON/Bergemann),
WuW/E DE-V 533
Verfügung des BMWi vom 5. Juli 2002, WuW/E DE-V 573
Verfügung des BMWi vom 18. September 2002 (modifiziert), WuW/E DE-V 643 (Erlaubnis mit Auflagen)
8. Universitätsklinikum Greifswald/Kreiskrankenhaus Wolgast¹⁰
Beschluss des BKartA vom 11. Dezember 2006, B3-1002/06
Verfügung des BMWi vom 17. April 2008, WuW/E DE-V 1691
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 7. Mai 2008, VI Kart 1/07 (V)

In sechs Fällen wurde die Ministererlaubnis versagt

(Diese Fälle werden unter den rechtskräftigen bzw. zurückgenommenen Untersagungen des Bundeskartellamtes aufgeführt.)

1. Kaiser/Preussag Aluminium
Beschluss des BKartA vom 23. Dezember 1974, B8-251/74, WuW/E BKartA 1571
Verfügung des BMWi vom 26. Juni 1975, WuW/E BMW 149)
2. Vereinigte Elektrizitätswerke Westfalen AG - BGE Beteiligungsges. für
Energieunternehmen/Ruhrkohle AG
Beschluss des BKartA vom 19. Juni 1985, B8-31/85, AG 1986, S. 335
Verfügung des BMWi vom 20. Februar 1986, WuW/E BMW 185
3. MAN B&W Diesel AG/Gebr. Sulzer AG
Beschluss des BKartA vom 23. August 1989, B4-64/89, WuW/E BKartA 2405
Verfügung des BMWi vom 24. Januar 1990, WuW/E BMW 207
4. BayWa AG/WLZ Raiffeisen AG
Beschluss des BKartA vom 27. Dezember 1991, B2-42/91, AG 1992, S. 130
Verfügung des BMWi vom 16. Juni 1992, WuW/E BMW 213
5. Potash Corporation of Saskatchewan (PCS)/Kali + Salz
Beschluss des BKartA vom 27. Februar 1997, B3-103/96, WuW/E BKartA 2885
Verfügung des BMWi vom 22. Juli 1997, WuW/E BMW 225
6. Rhön-Klinikum AG/Kreiskrankenhäuser Bad Neustadt, Mellrichstadt¹¹
Beschluss des BKartA vom 10. März 2005, B10-123/04, WuW/E DE-V 1987
Verfügung des BMWi vom 22. Mai 2006

9 Die beiden Fälle E.ON/Gelsenberg und E.ON/Bergemann wurden zu einem Ministererlaubnisverfahren (E.ON/Ruhrgas) zusammengefasst. In der Gesamtzahl der bisher untersagten Zusammenschlüsse von 181 sind sie jedoch weiterhin als zwei Untersagungen enthalten.

10 Obgleich der Zusammenschluss durch die Erteilung der Ministererlaubnis freigegeben wurde, hat das Bundeskartellamt Rechtsbeschwerde gegen die Aufhebung der Untersagungsverfügung durch das Oberlandesgericht Düsseldorf eingereicht, da in diesem Fall in einzelnen Rechtsfragen grundsätzlicher Klärungsbedarf bestand. Die Ministererlaubnis ist im Laufe des Rechtsbeschwerdeverfahrens bestandskräftig geworden. Daraufhin haben die Beschwerdeführerin und das Bundeskartellamt die Beschwerde übereinstimmend für erledigt erklärt.

11 Die Ministererlaubnis war vom Landkreis Rhön-Grabfeld beantragt worden; unabhängig davon hat die Rhön-Klinikum AG Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf eingelegt, die zurückgewiesen wurde. Die anschließende Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof hatte ebenfalls keinen Erfolg. Der Fall wird daher bei den rechtskräftigen Untersagungen unter der Nr. 105 aufgeführt.

In sieben Fällen wurden die Anträge auf Ministererlaubnis zurückgenommen

(Diese Fälle werden unter den rechtskräftigen bzw. zurückgenommenen Untersagungen des Bundeskartellamtes aufgeführt.)

1. GKN/Sachs
Beschluss des BKartA vom 12. Mai 1976, B7-67/75, WuW/E BKartA 1625
Beschluss des KG vom 1. Dezember 1976, Kart 51/76, WuW/E OLG 1745
Beschluss des BGH vom 21. Februar 1978, KVR 4/77, WuW/E BGH 1501
2. VPM Rheinmetall Plastikmaschinen GmbH/Württembergische Metallwarenfabrik
Beschluss des BKartA vom 4. März 1981, B7-35/80, WuW/E BKartA 1867
Beschluss des KG vom 9. September 1983, Kart 19/81, WuW/E OLG 3137
Beschluss des BGH vom 25. Juni 1985, KVR 3/84, WuW/E BGH 2150
3. Burda GmbH/Axel Springer Gesellschaft für Publizistik KG
Beschluss des BKartA vom 23. Oktober 1981, B6-47/81, WuW/E BKartA 1921
4. Klöckner-Werke AG/Seitz Enzinger Noll Maschinenbau AG
Beschluss des BKartA vom 10. Oktober 1984, B7-106/83, WuW/E BKartA 2178
5. MAN AG + Daimler Benz AG/ENASA
Beschluss des BKartA vom 13. Juli 1990, B5-271/89, WuW/E BKartA 2445
6. Holtzbrinck/Berliner Verlag
Beschluss des BKartA vom 10. Dezember 2002, B6-98/02, WuW/E DE-V 695
7. LBK Hamburg/Mariahilf
Beschluss des Bundeskartellamtes vom 6. Juni 2007, B3-6/07, WuW/E DE-V 1407

Gegen eine Untersagung läuft ein Beschwerdeverfahren beim Kammergericht/Bundesgerichtshof

1. Tönnies Holding GmbH & Co. KG/Heinz Tummel GmbH & Co. KG
Beschluss des BKartA vom 16. November 2011, B2-36/11

In zwei Fällen ist Nichtzulassungsbeschwerde/Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof anhängig

1. Xella International Holdings S.a.r.l./H+H International A/S
Beschluss des BKartA vom 9. März 2011, B1-30/11
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 25. November 2013, VI-Kart 4/12 (V); Gegen den Beschluss des OLG Düsseldorf ist Nichtzulassungsbeschwerde beim BGH eingelegt worden, KVZ 82/13 (abrufbar bei Juris)
2. Liberty Global Europe Holding B.V./Kabel Baden-Württemberg GmbH
Beschluss des BKartA vom 15. Dezember 2011, B7-66/11
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 14. August 2013, VI-Kart 1/12 (V), NZKart 2013, 465-472 = WuW DE-R 4050-4062, hiergegen Nichtzulassungsbeschwerde der Zusammenschlussbeteiligten anhängig

F. Veröffentlichungen von im Auftrag der Monopolkommission erstellten Gutachten

BAUM, Clemens/MÖLLER, Hans-Hermann:

Die Messung der Unternehmenskonzentration und ihre statistischen Voraussetzungen in der Bundesrepublik Deutschland.

Meisenheim a. Glan: Hain 1976.

(Wirtschaftswissenschaftliche Schriften. H. 11.)

MARFELS, Christian:

Erfassung und Darstellung industrieller Konzentration.

Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1977.

(Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik. Bd. 52.)

MÖNIG, Walter u.a.:

Konzentration und Wettbewerb in der Energiewirtschaft.

München: Oldenbourg 1977.

(Aktuelle Fragen der Energiewirtschaft. Bd. 10.)

MÖSCHEL, Wernhard:

Das Trennsystem in der U.S.-amerikanischen Bankwirtschaft.

Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1978.

(Studien zum Bank- und Börsenrecht. Bd. 3.)

OBERHAUSER, Alois:

Unternehmenskonzentration und Wirksamkeit der Stabilitätspolitik.

Tübingen: Mohr 1979.

(Wirtschaft und Gesellschaft. 13.)

PISCHNER, Rainer:

Möglichkeiten und Grenzen der Messung von Einflüssen der Unternehmenskonzentration auf industrielle Kennziffern.

Berlin: Duncker & Humblot 1979.

(DIW-Beiträge zur Strukturforschung. H. 56.)

MÖSCHEL, Wernhard:

Konglomerate Zusammenschlüsse im Antitrustrecht der Vereinigten Staaten von Amerika.

In: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Jg. 44, 1980,

S. 203-256.

ALBACH, HORST:

Finanzkraft und Marktbeherrschung.

Tübingen: Mohr 1981.

DIRRHEIMER, Manfred/WAGNER, Karin/HÜBNER, Thomas:

Vertikale Integration in der Mineralöl- und Chemischen Industrie.

Meisenheim a. Glan: Hain 1981.

(Sozialwissenschaft und Praxis. Bd. 28.)

KNIEPS, Günter/MÜLLER, Jürgen/WEIZSÄCKER, Carl Christian von:

Die Rolle des Wettbewerbs im Fernmeldebereich.

Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1981.

(Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik. Bd. 69.)

SCHOLZ, Rupert:

Entflechtung und Verfassung.

Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1981.

(Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik. Bd. 68.)

PIETZKE, Rudolf:

Patentschutz, Wettbewerbsbeschränkungen und Konzentration im Recht der Vereinigten Staaten von Amerika.

Köln u.a.: Heymanns 1983.

(Schriftenreihe zum gewerblichen Rechtsschutz. Bd. 58.)

MÖSCHEL, Wernhard:

Konglomerate Zusammenschlüsse in den Vereinigten Staaten seit 1979.

In: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Jg. 48, 1984,

S. 552-577.

SANDROCK, Otto:

Vertikale Konzentrationen im USamerikanischen Antitrustrecht unter besonderer Berücksichtigung der Reagan-Administration.

Heidelberg: Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft 1984.

(Schriftenreihe Recht der Internationalen Wirtschaft. Bd. 25.)

DONGES, Juergen B./SCHATZ, Klaus-Werner:

Staatliche Interventionen in der Bundesrepublik Deutschland.

Kiel: Institut für Weltwirtschaft 1986.

(Kieler Diskussionsbeiträge. 119/120.)

PFAB, Reinhard/TONNEMACHER, Jan/SEETZEN, Jürgen:

Technische Entwicklung und der Strukturwandel der Massenmedien.

Berlin: Heinrich-Hertz-Institut für Nachrichtentechnik 1986.

(Wirtschafts- und sozialwissenschaftliche Arbeitsberichte des Heinrich-Hertz-Instituts für Nachrichtentechnik. 1986/8.)

RÖPER, Horst:

Stand der Verflechtung von privatem Rundfunk und Presse 1986.

In: Media Perspektiven 5/1986, S. 281-303.

FINSINGER, Jörg:

Verbraucherschutz auf Versicherungsmärkten.

München: Florentz 1988.

(Law and Economics. Bd. 9.)

HÜBNER, Ulrich:

Rechtliche Rahmenbedingungen des Wettbewerbs in der Versicherungswirtschaft.

Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1988.

(Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik. Bd. 96.)

KÜBLER, Friedrich/SCHMIDT, Reinhard H.:

Gesellschaftsrecht und Konzentration.

Berlin: Duncker & Humblot 1988.

(Schriften zur wirtschaftswissenschaftlichen Analyse des Rechts. Bd. 3.)

ULLRICH, Hanns:

Kooperative Forschung und Kartellrecht.

Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft 1988.

(Abhandlungen aus dem gesamten Bürgerlichen Recht, Handelsrecht und Wirtschaftsrecht. H. 61.)

BASEDOW, Jürgen:

Wettbewerb auf den Verkehrsmärkten.

Heidelberg: Müller 1989.

(Augsburger Rechtsstudien. Bd. 5.)

BÜHNER, Rolf:

Die fusionskontrollrechtliche Bedeutung der Finanzkraft.

In: Wirtschaft und Wettbewerb, Jg. 39, 1989, S. 277-284.

FWU Forschungsgesellschaft für Wettbewerb und Unternehmensorganisation M.b.H. (Hrsg.):
Versicherungsmärkte im Wettbewerb.
Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1989.

HAMM, Walter:
Deregulierung im Verkehr als Aufgabe.
München: Minerva Publ. 1989.
(Studien des Forschungsinstituts für Wirtschaftspolitik an der Universität Mainz. 36.)

MESTMÄCKER, Ernst-Joachim u.a.:
Der Einfluß des europäischen Gemeinschaftsrechts auf die deutsche Rundfunkordnung.
Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1990.
(Law and Economics of International Telecommunications. Vol. 15.)

ESCH, Bastiaan van der:
Die Artikel 5, 3f, 85/86 und 90 EWGV als Grundlage der wettbewerbsrechtlichen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten.
In: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, Bd. 155, 1991, S. 274-299.

BACH, Albrecht:
Wettbewerbsrechtliche Schranken für staatliche Maßnahmen nach europäischem Gemeinschaftsrecht.
Tübingen: Mohr 1992.
(Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen. Bd. 72.)

BLETSCHACHER, Georg/KLODT, Henning:
Strategische Handelspolitik und Industriepolitik.
Tübingen: Mohr 1992.
(Kieler Studien. 244.)

BURKERT, Thomas O.J.:
Die Zulässigkeit von Koppelungsgeschäften aus wettbewerbsrechtlicher Sicht.
Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1992.
(Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik. Bd. 122.)

SEUFERT, Wolfgang:
Die Entwicklung des Wettbewerbs auf den Hörfunk- und Fernsehmärkten der Bundesrepublik Deutschland.
Berlin: Duncker & Humblot 1992.
(Beiträge zur Strukturforschung. H. 133.)

TÄGER, UWE CHRISTIAN U.A.:
Entwicklungsstand und -perspektiven des Handels mit Konsumgütern.
Berlin/München: Duncker & Humblot 1994.
(Struktur und Wachstums. Reihe Absatzwirtschaft. H. 14.)

REUTER, Dieter:
Möglichkeiten und Grenzen einer Auflösung des Tarifikartells.
In: Zeitschrift für Arbeitsrecht, Jg. 26, 1995, S. 1-94.

ENGEL, Christoph:
Medienordnungsrecht.
Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1996.
(Law and Economics of International Telecommunications. Bd. 28.)

KÖHLER, Helmut:
Zur Reform des GWB.
In: Wettbewerb in Recht und Praxis, Jg. 42, 1996, S. 835-848.

BASEDOW, Jürgen:
Weltkartellrecht.
Tübingen: Mohr 1998.
(Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht. Bd. 63.)

FREDEBEUL-KREIN, Markus/SCHÜRFELD, Angela:

Marktzutrittsregulierungen im Handwerk und bei technischen Dienstleistungen.

Köln: Institut für Wirtschaftspolitik 1998.

(Untersuchungen zur Wirtschaftspolitik. 112.)

MEYER, Dirk:

Wettbewerbliche Neuorientierung der Freien Wohlfahrtspflege.

Berlin: Duncker & Humblot 1999.

(Volkswirtschaftliche Schriften. H. 486.)

STUMPF, Ulrich/SCHWARZ-SCHILLING, Cara (unter Mitarb. von Wolfgang Kieseewetter):

Wettbewerb auf Telekommunikationsmärkten.

Bad Honnef: wik 1999.

(Diskussionsbeiträge des Wirtschaftswissenschaftlichen Instituts für Kommunikationsdienste. Nr. 197.)

KLEINERT, Jörn/KLODT, Henning:

Megafusionen.

Tübingen: Mohr 2000.

(Kieler Studien. 302.)

STREIT, Manfred E./KIWITT, Daniel:

Zur Theorie des Systemwettbewerbs.

In: Manfred Streit/Michael Wohlgemuth (Hrsg.): Systemwettbewerb als Herausforderung an Politik und Theorie, Contributiones Jenenses. Bd. 7, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1999, S. 13-48.

WOLL, Artur:

Reform der Hochschulausbildung durch Wettbewerb.

Berlin: Duncker & Humblot 2001.

(Abhandlungen zu Bildungsforschung und Bildungsrecht. Bd. 10.)

ABERLE, Gerd/EISENKOPF, Alexander:

Schienenverkehr und Netzzugang.

Hamburg: Deutscher Verkehrs-Verlag 2002.

(Giessener Studien für Transportwirtschaft und Kommunikation. Bd. 18.)

ENGEL, Christoph:

Verhandelter Netzzugang.

Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2002.

(Common Goods: Law, Politics and Economics. Vol. 7.)

VEELKEN, Winfried:

Die Abgrenzung zwischen Strukturaufgabe und laufender Verhaltenskontrolle in den Freigabeentscheidungen des Bundeskartellamts und bei der Ministererlaubnis.

In: Wettbewerb in Recht und Praxis, Jg. 49, 2003, S. 692-724.

GERKE, Wolfgang/SCHWINTOWSKI, Hans-Peter:

Alterssicherung aus rechtlicher und ökonomischer Sicht.

Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2004.

(Versicherungswissenschaftliche Studien. Bd. 27.)

VOGELSANG, Ingo:

Resale und konsistente Entgeltregulierung.

Bad Honnef: wik Wissenschaftliches Institut für Infrastruktur und Kommunikationsdienste 2005.

(wik Diskussionsbeiträge. Nr. 269.)

EHRICKE, Ulrich:

Die EG-rechtliche Beurteilung der Rundfunkfinanzierung.

Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2006.

ENGEL, Christoph:

Paketvermittelte Telefonie.

Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2006.

(Law and Economics of International Telecommunications. Bd. 55.)

EISENKOPF, Alexander/KNORR, Andreas (Hrsg.):

Neue Entwicklungen in der Eisenbahnpolitik.

Berlin: Duncker & Humblot 2008.

(Schriftenreihe der Hochschule Speyer. Bd. 189.)

HÖFFLER, Felix:

Engpassmanagement und Anreize zum Netzausbau im leitungsgebundenen Energiesektor.

Baden-Baden 2009.

(Common Goods: Law, Politics, and Economics. Vol. 20.)

LADEMANN, Rainer P.:

Marktstrategien und Wettbewerb im Lebensmittelhandel.

Göttingen 2012.

(Göttinger Handelswissenschaftliche Schriften e.V. Bd. 78)

KOETTER, Michael:

Market structure and competition in German banking.

Frankfurt am Main 2014.

Die hier aufgeführten Veröffentlichungen stimmen größtenteils nicht mit der im Auftrag der Monopolkommission erstellten Fassung überein. Es handelt sich überwiegend um überarbeitete, gekürzte bzw. erweiterte oder zusammenfassende Darstellungen. In Einzelfällen sind Teile der für die Monopolkommission erstellten Untersuchungen in umfangreichere Veröffentlichungen eingeflossen.

G. Gutachten der Monopolkommission

Hauptgutachten I:	(1973/1975):	Mehr Wettbewerb ist möglich. 1976, 2. Aufl. 1977.
Hauptgutachten II:	(1976/1977):	Fortschreitende Konzentration bei Großunternehmen. 1978.
Hauptgutachten III:	(1978/1979):	Fusionskontrolle bleibt vorrangig. 1980.
Hauptgutachten IV:	(1980/1981):	Fortschritte bei der Konzentrationserfassung. 1982.
Hauptgutachten V:	(1982/1983):	Ökonomische Kriterien für die Rechtsanwendung. 1984.
Hauptgutachten VI:	(1984/1985):	Gesamtwirtschaftliche Chancen und Risiken wachsender Unternehmensgrößen. 1986.
Hauptgutachten VII:	(1986/1987):	Die Wettbewerbsordnung erweitern. 1988.
Hauptgutachten VIII:	(1988/1989):	Wettbewerbspolitik vor neuen Herausforderungen. 1990.
Hauptgutachten IX:	(1990/1991):	Wettbewerbspolitik oder Industriepolitik. 1992.
Hauptgutachten X:	(1992/1993):	Mehr Wettbewerb auf allen Märkten. 1994.
Hauptgutachten XI:	(1994/1995):	Wettbewerbspolitik in Zeiten des Umbruchs. 1996.
Hauptgutachten XII:	(1996/1997):	Markttöffnung umfassend verwirklichen. 1998.
Hauptgutachten XIII:	(1998/1999):	Wettbewerbspolitik in Netzstrukturen. 2000.
Hauptgutachten XIV:	(2000/2001):	Netzwettbewerb durch Regulierung. 2003.
Hauptgutachten XV:	(2002/2003):	Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“. 2005.
Hauptgutachten XVI:	(2004/2005):	Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungssektor! 2006.
Hauptgutachten XVII:	(2006/2007):	Weniger Staat, mehr Wettbewerb. 2008.
Hauptgutachten XVIII:	(2008/2009):	Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen. 2010.
Hauptgutachten XIX:	(2010/2011):	Stärkung des Wettbewerbs bei Handel und Dienstleistungen. 2012.
<hr/>		
Sondergutachten 1:	Anwendung und Möglichkeiten der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen seit Inkrafttreten der Kartellgesetznovelle. 1975, 2. Aufl. 1977.	
Sondergutachten 2:	Wettbewerbliche und strukturelle Aspekte einer Zusammenfassung von Unternehmen im Energiebereich (VEBA/Gelsenberg). 1975.	
Sondergutachten 3:	Zusammenschlußvorhaben der Kaiser Aluminium & Chemical Corporation, der Preussag AG und der Vereinigte Industrie-Unternehmungen AG. 1975.	
Sondergutachten 4:	Zusammenschluß der Deutsche Babcock AG mit der Artos-Gruppe. 1977.	
Sondergutachten 5:	Zur Entwicklung der Fusionskontrolle. 1977.	
Sondergutachten 6:	Zusammenschluß der Thyssen Industrie AG mit der Hüller Hille GmbH. 1977.	
Sondergutachten 7:	Mißbräuche der Nachfragemacht und Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. 1977.	

- Sondergutachten 8: Zusammenschlußvorhaben der Deutschen BP AG und der VEBA AG. 1979.
- Sondergutachten 9: Die Rolle der Deutschen Bundespost im Fernmeldewesen. 1981.
- Sondergutachten 10: Zusammenschluß der IBH Holding AG mit der WIBAU AG. 1982.
- Sondergutachten 11: Wettbewerbsprobleme bei der Einführung von privatem Hörfunk und Fernsehen. 1981.
- Sondergutachten 12: Zusammenschluß der Burda Verwaltungs KG mit der Axel Springer GmbH/Axel Springer Gesellschaft für Publizistik GmbH & Co. 1982.
- Sondergutachten 13: Zur Neuordnung der Stahlindustrie. 1983.
- Sondergutachten 14: Die Konzentration im Lebensmittelhandel. 1985.
- Sondergutachten 15: Zusammenschluß der Klöckner-Werke AG mit der Seitz Enzinger Noll Maschinenbau AG. 1986.
- Sondergutachten 16: Zusammenschlußvorhaben der Vereinigte Elektrizitätswerke Westfalen AG mit der Société Sidéchar S.A. (Ruhrkohle AG). 1986.
- Sondergutachten 17: Konzeption einer europäischen Fusionskontrolle. 1989.
- Sondergutachten 18: Zusammenschlußvorhaben der Daimler-Benz AG mit der Messerschmitt-Bölkow-Blohm GmbH. 1989.
- Sondergutachten 19: Zusammenschlußvorhaben der MAN Aktiengesellschaft und der Gebrüder Sulzer Aktiengesellschaft. 1990.
- Sondergutachten 20: Zur Neuordnung der Telekommunikation. 1991.
- Sondergutachten 21: Die Mißbrauchsaufsicht über Gas- und Fernwärmeunternehmen. 1991.
- Sondergutachten 22: Zusammenschlußvorhaben der BayWa Aktiengesellschaft und der WLZ Raiffeisen Aktiengesellschaft. 1992.
- Sondergutachten 23: Marktstruktur und Wettbewerb im Handel. 1994.
- Sondergutachten 24: Die Telekommunikation im Wettbewerb. 1996.
- Sondergutachten 25: Zusammenschlußvorhaben der Potash Corporation of Saskatchewan Inc. und der Kali und Salz Beteiligungs Aktiengesellschaft. 1997.
- Sondergutachten 26: Ordnungspolitische Leitlinien für ein funktionsfähiges Finanzsystem. 1998.
- Sondergutachten 27: Systemwettbewerb. 1998.
- Sondergutachten 28: Kartellpolitische Wende in der Europäischen Union? 1999.
- Sondergutachten 29: Wettbewerb auf Telekommunikations- und Postmärkten? 2000.
- Sondergutachten 30: Wettbewerb als Leitbild für die Hochschulpolitik. 2000.
- Sondergutachten 31: Reform der Handwerksordnung. 2002.
- Sondergutachten 32: Folgeprobleme der europäischen Kartellverfahrensreform. 2002.
- Sondergutachten 33: Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand. 2002
- Sondergutachten 34: Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann GmbH. 2002.

- Sondergutachten 35: Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann GmbH. Ergänzendes Sondergutachten. 2002.
- Sondergutachten 36: Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG. 2003.
- Sondergutachten 37: Wettbewerbsfragen der Kreislauf- und Abfallwirtschaft. 2003.
- Sondergutachten 38: Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG. Ergänzendes Sondergutachten. 2003.
- Sondergutachten 39: Telekommunikation und Post 2003: Wettbewerbsintensivierung in der Telekommunikation – Zementierung des Postmonopols. 2004.
- Sondergutachten 40: Zur Reform des Telekommunikationsgesetzes. 2004.
- Sondergutachten 41: Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle. 2004.
- Sondergutachten 42: Die Pressefusionskontrolle in der Siebten GWB-Novelle. 2004.
- Sondergutachten 43: Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2005: Dynamik unter neuen Rahmenbedingungen. 2006.
- Sondergutachten 44: Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2005: Beharren auf alten Privilegien. 2006.
- Sondergutachten 45: Zusammenschlussvorhaben der Rhön-Klinikum AG mit den Kreiskrankenhäusern des Landkreises Rhön-Grabfeld (Kreiskrankenhaus Bad Neustadt/Saale sowie Kreiskrankenhaus Mellrichstadt). 2006.
- Sondergutachten 46: Die Privatisierung der Deutschen Bahn AG. 2007.
- Sondergutachten 47: Preiskontrollen in Energiewirtschaft und Handel? Zur Novellierung des GWB. 2007.
- Sondergutachten 48: Wettbewerbs- und Regulierungsversuche im Eisenbahnverkehr. 2007.
- Sondergutachten 49: Strom und Gas 2007: Wettbewerbsdefizite und zögerliche Regulierung. 2008.
- Sondergutachten 50: Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2007: Wendepunkt der Regulierung. 2008.
- Sondergutachten 51: Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2007: Monopolkampf mit allen Mitteln. 2008.
- Sondergutachten 52: Zusammenschlussvorhaben der Asklepios Kliniken Hamburg GmbH mit der Krankenhaus Mariahilf gGmbH. 2008.
- Sondergutachten 53: Zusammenschlussvorhaben des Universitätsklinikums Greifswald mit der Kreiskrankenhaus Wolgast gGmbH. 2008.
- Sondergutachten 54: Strom und Gas 2009: Energiemärkte im Spannungsfeld von Politik und Wettbewerb. 2009.
- Sondergutachten 55: Bahn 2009: Wettbewerb erfordert Weichenstellung. 2010.
- Sondergutachten 56: Telekommunikation 2009: Klaren Wettbewerbskurs halten. 2010.
- Sondergutachten 57: Post 2009: Auf Wettbewerbskurs gehen. 2010.
- Sondergutachten 58: Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung. 2010.

- Sondergutachten 59: Energie 2011: Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten. 2012.
- Sondergutachten 60: Bahn 2011: Wettbewerbspolitik unter Zugzwang. 2011.
- Sondergutachten 61: Telekommunikation 2011: Investitionsanreize stärken, Wettbewerb sichern. 2012.
- Sondergutachten 62: Post 2011: Dem Wettbewerb Chancen eröffnen. 2012.
- Sondergutachten 63: Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht. 2012.
- Sondergutachten 64: Bahn 2013: Reform zügig umsetzen. 2013.
- Sondergutachten 65: Energie 2013: Wettbewerb in Zeiten der Energiewende. 2014.
- Sondergutachten 66: Telekommunikation 2013: Vielfalt auf den Märkten erhalten. 2014.
- Sondergutachten 67: Post 2013: Wettbewerbsschutz effektivieren! 2014.

Alle Veröffentlichungen sind im Nomos-Verlag, Baden-Baden, erschienen.

Die Sondergutachten 4 bis 6, 10 und 12, 15 und 16, 41 und 42, 46 und 48 sowie 52 und 53 wurden jeweils in einem Band zusammengefasst. Das Sondergutachten 17 liegt auch in einer englischen und in einer französischen Fassung vor, die Sondergutachten 28 und 32 zusätzlich in einer englischen Fassung.

Summary

A competition system for the financial markets

The Twentieth Biennial Report 2012/2013

by the Monopolies Commission (Monopolkommission)

in accordance with Section 44 Paragraph (1) Sentence 1 of the Act Against Restraints on Competition (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB)*

I. Current issues in competition policy

Google, Facebook & Co – a challenge for competition policy

1.* In an initial, preliminary analysis, the Monopolies Commission is studying the competitive effects on Internet service-providers that are caused by the increasing collection, availability and utilisation of data. Prominent examples of relevant companies here include Amazon, Apple, eBay, Facebook, Google, Microsoft and Yahoo!.

2.* The Internet services on which the debate focuses are intermediaries providing intermediary services between a variety of groups of users on bilateral or multilateral markets (platform markets). These markets are characterised by network effects. Network effects come about when the benefit of a platform for a group of customers increases if another group of customers grows in size. This makes it possible to offer a service for a group of customers free of charge in order to make the platform more attractive for another group of (paying) users through the resultant increase in the size of the user base. The service-providers in question also enjoy benefits of scale.

3.* The utilisation of personal data takes on a central role in the business model of many Internet services with regard to all user sites. By taking advantage of network effects and of personal data, service-providers can obtain advantages in competition with competing providers. Additionally, tendencies towards concentration are likely to be influenced by further factors; conglomerate and portfolio effects are also relevant in this regard.

4.* When it comes to the assessment of the market power of Internet services, particular importance attaches to the interdependences between different sides of the market of the platforms in question. The “free” services which these facilitate are difficult to depict in market definitions of competition law. Such platforms do not as a rule constitute an “essential facility” for users with regard to search services. This however does not preclude them having a special economic significance for their users with regard to other platform services (e.g. for content providers and advertisers).

5.* Previous sets of proceedings of the competition authorities focused on the suspicion that Google had abused its market power by impairing search neutrality and preventing competitors from obtaining economies of scale. The Monopolies Commission does not consider the criticism of the results of the competition authorities to be entirely justified. It is however noticeable that the competition authorities concentrate on addressing competition-related problems to the disadvantage of (commercial) content providers and advertisers (primary market level), on the basis of current law. Any problems related to access to user data (secondary market level) have so far only been addressed very indirectly.

* The Monopolies Commission would like to thank Mr. Neil Mussett for translating the original German text into English.

6.* The problem of constraining excessively comprehensive data access needs to be examined in greater detail in terms of competition policy. First of all, a better understanding is needed at all levels (with regard to competition, to data protection, etc.) of the problems related to data access before comprehensive competition action (particularly amending the adjustment of the merger control regulations, expanding the possibilities regarding structural measures) can be approved. By contrast, the possibilities open to users for self-determined use of their data (data ownership) should be enhanced. It is for this reason that the speedy adoption of the European General Data Protection Regulation is also to be favoured from a competition policy perspective.

Recent developments in the energy sector

7.* On 8 April 2014, the Federal Cabinet adopted the draft of an Act to Fundamentally Reform the Renewable Energies Act and Amend other Provisions of Energy Law (Gesetz zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts), which is to come into force as per 1 August 2014. Cabinet adopted an additional Act on 7 May 2014 (draft Act to Reform the Special compensation Scheme for Electricity-cost Intensive and Trade Intensive Companies [Gesetz zur Reform der Besonderen Ausgleichsregelung für stromkosten- und handelsintensive Unternehmen]). The new regulations in particular tie in with the requirements from the Guidelines on state aid for environmental protection and energy adopted by the European Commission on 9 April 2014. The Act was adopted by the German Federal Parliament on 27 June 2014.

8.* The reform of the Renewable Energies Act (EEG) is intended to continually increase the percentage of renewable energies in electricity supply in Germany (at least 80 percent of German gross electricity consumption is to be catered for by renewable energies by 2050), to considerably dampen further cost increases and manage the expansion of renewable energies according to a plan and push forward the market integration of renewable energies. Major new developments consist in annual paths for expansion for wind power, solar and bioenergy, as well as the gradual introduction of obligatory direct marketing for some of the new plants. It is furthermore intended to introduce technology-specific invitations to tender by 2017 at the latest, adjusting the promotion of large photovoltaic green-field plants as a pilot model making it possible to collect experience with the “invitation to tender” model. Furthermore, the costs are to be spread appropriately by including on-site generation and on-site electricity consumption, and changes are planned to the special compensation scheme for electricity-cost intensive and trade intensive companies in order to bring the arrangement in line with European law.

9.* In macroeconomic terms, the Monopolies Commission welcomes the reform of the Renewable Energy Sources Act (EEG) as a step in the right direction, and calls for the promotional mechanism of the invitation to tender model, which is only announced in the draft Act, to be adopted soon. The Monopolies Commission regrets that the Federal Government has rejected the quota scheme which it favours, given that competition for the cheapest and most efficient green technologies is needed in order to make the transformation of the energy system (the so-called Energy Turnaround, or *Energiewende*) affordable, and hence possibly a model project for other countries. The planned capping of the capacity increase of onshore wind energy, a cost effective source of energy, is also deserving criticism, as is the restriction of the future direct marketing obligation to large plants. The Monopolies Commission already pointed out in its most recent Special Energy Report that marketing is also possible for small plants, for instance with the aid of specialised electricity traders. As a matter of principle, it is positive that the Federal Government is steering a course towards an energy policy which will be more strongly entrenched in the European context. The Monopolies Commission considers it to be important in this context to link national emissions savings with the European Emission Trading System. In the view of the Monopolies Commission, the invitation to tender model envisioned by the

Federal Government is nonetheless an appreciable improvement in comparison to the currently dominant promotion system of fixed feed-in tariffs.

10.* The exemption schemes for electricity-cost intensive and trade intensive companies constitute a redistribution of the costs of the Energy Turnaround; an efficient subsidy regime is basically always the best way to reduce the burden of high electricity costs on companies and consumers equally. As a matter of principle, it appears to be empirically worthwhile examining the degree to which the exemption arrangements lead to distortions of competition. Exemptions for electricity-cost intensive companies from the high costs of the Energy Turnaround, which are not lastly the consequence of the subsidy regime, also reveal the problems caused by nations going it alone also in state aid legislation.

11.* In December 2013, the European Commission initiated state aid proceedings ex officio against Germany. The subject-matter is the Renewable Energies Act surcharge scheme (EEG surcharge) provided for by the Act of the same name. The European Commission has considered promotion of the generators of electricity from renewable energy sources (RES-E) and of mine gas via the feed-in tariff to constitute state aid. This state aid is however said not to meet with any reservations with regard to its compatibility with the Single Market. Several other elements of the subsidy and funding mechanism in accordance with the Renewable Energy Sources Act are also compatible with the Single Market according to the preliminary assessment of the European Commission.

12.* By contrast, it was necessary to examine in greater detail the restriction of the EEG surcharge for energy-intensive companies. Contrary to the view held by the Federal Republic, these are said to be an advantage ensuing from state funds which is relevant in terms of the law on state aid. It was said to be decisive in this regard that the Act obliges electricity consumers to pay a price surcharge and that the State had commissioned the transmission system operators to administer state aid. This was said to constitute state aid in two respects. The advantage gained by the restriction on the EEG surcharge was said to be supplemented by a further advantage ensuing from the increase in the EEG surcharge for the other companies.

13.* The justification of state aid related to the restriction of the EEG surcharge for energy-intensive companies is questionable according to the preliminary estimation of the European Commission. Such a justification cannot be ruled out in the sense that the effect of additional electricity costs may be that companies which are in international competition relocate out of the EU. Where the Federal Government however submits in this respect that the restriction of the EEG surcharge was necessary to safeguard German competitiveness within the EU, this was not a common interest objective.

14.* The European Commission has now revised its Guidelines on state aid for environmental protection and energy such that it has become possible to restructure the Renewable Energy Sources Act in conformity with the law on state aid. According to the Guidelines, companies from 68 industries which are in international competition may be exempted from making a contribution towards promoting renewable energies such as the EEG surcharge. This is however contingent on the companies continuing as a matter of principle to pay at least 15 percent of the surcharge in question. Energy-intensive companies should however have to pay a maximum of 0.5 percent of their gross value added (turnover minus intermediate consumption) for their energy consumption. These principles are also to be taken into consideration in the state aid proceedings with regard to the German Renewable Energies Act.

15.* In an assessment along the lines of competition policy, it can be presumed that the Energy Turnaround starts as a project of political design. In such a design project, policy-makers must however respect boundaries which emerge from the predefined legal framework and fundamental economic contexts.

16.* The view held by the Federal Government, namely that the Renewable Energy Sources Act does not contain any state aid because it does not provide for an advantage from state funds, is likely to be based on an outdated understanding of the state aid rules. The rules concerning the EEG surcharge, which so far related exclusively to national interests, are furthermore not easily compatible with the state aid rules. A justification under the law on state aid is likely to be considered when the distortion of competition entailed by a promotion system is based solely on the fact that it is a national system. In the case of the Renewable Energy Sources Act, it cannot however be ruled out that the promotional mechanism is linked to further distortions of competition because it does not have a market economy-type structure. Against this background, the Monopolies Commission remains in favour of further developing the Renewable Energy Sources Act towards the quota scheme which it has proposed.

17.* Finally, the Monopolies Commission points to risks posed under the law on state aid for German companies that may ensue by virtue of the fact that the Federal Republic had not registered the amendments to the 2012 Renewable Energy Sources Act for investigation under the law on state aid.

Criminalising breaches of competition law in Germany?

18.* The suitable structure of the public and private enforcement of competition law is currently being spotlighted in the debate within competition law and competition policy in Germany and Europe. Part of the discussion of an effective system of sanctions in recent years has increasingly also focused on the question of whether it is recommended in the interest of improving the enforcement of competition law to criminalise other major breaches of competition law over and above submission fraud. Criminalisation can concern particularly serious breaches of competition law, “hardcore cartels”, that is price-fixing, quota and regional cartels. There is unanimity that such cartels are highly damaging. What is more, there is sufficient clarity with regard to their prerequisites and to the fact that they are not permissible, so that there is no risk of decision-makers in the companies also being deterred from engaging in legitimate conduct because of the threat of criminal prosecution.

19.* Expanding the existing system of sanctions should be considered in particular where it can be ascertained that the tools that are currently available to enforce competition law do not effectively deter current and potential cartel members from establishing and maintaining cartels. A factor militating against an adequate preventive effect might be promoted by the fact that extensive new cartel cases repeatedly come to light despite the drastic increases in fines that have been imposed on companies engaging in cartels in recent years.

20.* It should however be taken into account that there have been major developments in the public and private enforcement of competition law in recent years, and that these are also continuing. These relate both to the legal framework and to the application practice of the competition authorities. For instance, the large number of cartel cases that have been detected and prosecuted is largely due to the introduction of leniency programmes by the European Commission and the German Federal Cartel Office. These programmes have also caused measures to counter cartels to form a focus of official action for some time, for which increasing resources are being provided. Additionally, turnover-related fines were not introduced in Germany until the Seventh Reform of the Act Against Restraints on Competition (ARC respectively Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB) of 2005. This helps to bring about a major increase in the fines, as well as changing the utilisation by the competition authorities of fines as a means of deterrent in terms of conduct that is in infringement of competition law. Over and above this, the improved cooperation and shared information in the network of the European competition authorities is likely to make it easier to successfully combat cartels.

21.* The legal framework for the private enforcement of competition law in Germany was improved in the Seventh Reform of the ARC, particularly by virtue of the fact that the official detection of an infringement of competition law has a binding effect on subsequent compensation proceedings. Furthermore, the European Commission's proposal for a directive on private compensation actions in case of breaches of competition law should be mentioned, which the European Parliament has already approved. Sentencing offenders to pay compensation remains the exception in practice, but it has been possible to obtain considerable financial compensation in individual cases by means of a settlement.

22.* These developments – which are very recent in some cases – make it difficult to conclusively assess the deterrent effect exerted by the existing system of sanctions. It can furthermore not be ruled out that this system has not yet developed its full preventive effect because a number of cartels which have been detected and prosecuted in recent years go back as far as the 1990s. The central question of suitable deterrent therefore requires further study in the medium term.

23.* Having said that, there are a number of indications that the deterrent effect of the system of sanctions under competition law should be increased. Theoretical considerations regarding the amount of effective sanctions suggest that the fines currently being imposed on companies which are involved in cartels are much too low to achieve sufficient prevention if one takes into account the limited likelihood of detection. A further increase in the fines could however have a negative social impact, and is hence to be regarded critically. Furthermore, the leniency programmes may lead companies to hope to yet escape fines or to only have to pay a reduced fine; this reduces the deterrent effect of public sanctions. Also fines imposed on the directly-acting employees of companies involved in cartels probably do not have a sufficient deterrent effect. It should be taken into consideration in this regard that the European Commission is unable to impose fines on natural entities, and that the German competition authorities only impose fines as sanctions on some of those who are personally responsible. Furthermore, it cannot be ruled out that companies' employees on whom a fine is imposed receive financial compensation from their employers. Considerations that companies demand compensation from employees who are responsible for cartels or impose consequences under personnel law are, in contrast, frequently still in their infancy. The same applies to the enforcement of cartel-related compensation claims under private law. Only a small number of cases have so far come to light in which compensation has been paid by companies that were involved in cartels.

24.* Should future analyses confirm that the existing system of sanctions does not act as a deterrent, in the view of the Monopolies Commission, primary consideration should be given to introducing measures with which conduct incentives directly target those who act personally. This can solve the problem that, in a company, it is always natural persons who are responsible for involvement in a cartel, but sanctions in the shape of large fines affect the companies which they represent (principal-agent problem). A criminal sanction directly affects the company employee in question, and has an increased deterrent effect because this entails a much more serious condemnation than a mere fine. A criminal fine has a certain stigmatic effect which will be particularly tangible for offenders in the field of economic crime, who are upstanding and socially-integrated in other respects. It should be taken into account here that even a suspended sentence is counted as a criminal record. A prison sentence certainly makes financial compensation much more difficult than does the imposition of a fine. The preventive effect would also be increased by criminal prosecution of hardcore cartels because this entails the threat of dismissal from the profession.

25.* Supplementary measures would have to be taken in order to ensure the effectiveness of any criminal sanctions and to avoid these backfiring on the enforcement of competition law by the authorities. It appears to be necessary above all to create a criminal law leniency programme for cartel members. Additionally, the

status of the competition authorities in criminal proceedings should be reinforced, for instance by permitting them to carry out the investigations in place of the public prosecution office.

26.* Another tool to increase the prevention of sanctions under competition law which also directly targets the persons acting would be the power of the competition authorities to impose dismissal from the profession. Dismissal from the profession, which could be combined with a fine, would have a strong preventive effect. Firstly, employers would find it difficult to provide financial compensation since the employee is no longer allowed to fulfill his or her official tasks. Secondly, it would constitute a considerable personal disadvantage particularly for persons who were previously working in (senior) management were they not able to engage in a suitable activity for a prolonged period.

27.* It should be additionally considered to increase the likelihood of cartels being detected by legally providing rewards for whistle-blowers. This kind of whistle-blowing system could provide that at least whistle-blowers who were not involved in an infringement of competition law receive a reward. By contrast, a whistle-blower who is the head of a cartel or who has forced others to commit an infringement of competition law should be precluded from receiving a reward.

28.* The Monopolies Commission however does not consider it to be expedient to introduce criminal law for companies, by contrast, at least within competition law. Problems are caused by the fact that the concomitant conduct incentives do not target the natural entities which act directly. From the point of view of a company, or of its owners, it could be of lesser importance whether it is punished with a criminal or with an administrative fine. In this regard, it appears to be more important for the conduct in infringement of competition law to become known in public because this will entail a loss of reputation. No shortcomings can however be observed in this regard, particularly in competition law, since the European Commission and the Federal Cartel Office report on cartel proceedings and sanctions against companies as a rule. Finally, no shortcomings are evident on the part of the European Commission and the German competition authorities when it comes to prosecuting illegal cartels.

Shortcomings as regards competition on taxi markets

29.* Transport by taxi in Germany is subject to a licence obligation and is strictly regulated under the Passenger Transport Act (Personenbeförderungsgesetz – PBefG). The issuance of a concession is conditional on satisfying subjective (qualitative) and objective (quantitative) licensing criteria. A licence may not be issued if the applicant does not meet the personal prerequisites for operating a taxi firm, or if the functioning of the local taxi trade would be threatened by issuing additional concessions, thereby impairing the public interests in transport. The licence is largely restricted to the area of the authority responsible for issuing licences. Taxi drivers may as a rule not collect passengers from the side of the road or from taxi ranks outside this mandatory coverage area.

30.* Over and above this, price competition in transport by taxi is largely precluded through the application of an mandatory tariff. The transport fees set by the licensing authority may not be deviated from in either direction within the mandatory coverage area, but prices may be set freely once a taxi leaves its mandatory coverage area. The mandatory tariff is combined with an obligation to operate and an obligation to carry.

31.* A distinction should be made in an economic analysis of transport by taxi between three market segments which may be affected by market failure to differing degrees. These are radio taxis which are ordered in advance, taxis which are hailed at the side of the road, and taxi ranks. As a matter of principle, there is virtually no need to regulate the radio taxi market, whilst taxis which are hailed and taxi ranks need to be judged in a somewhat more differentiated manner.

32.* The quantitative restriction of market entry (Sec. 13(4) of the Passenger Transport Act) constitutes a serious interference with the right to freely choose an occupation in accordance with Article 12 of the Basic Law (Grundgesetz) which cannot be justified and should be abolished. No risk to the functioning of the taxi sector ensues as a result of excess capacities because there are only slight barriers to leaving the market and there is a well-functioning used car market. There is, by contrast, a need for qualitative regulation of market entry because of information asymmetries with regard to the non-observable quality of the taxi transport service (e.g. safety of the passenger vehicle).

33.* The previous ban on picking up passengers from taxi ranks and from the side of the road, outside of the personal mandatory coverage area, should be abolished. Such a ban leads to unnecessary empty journeys and longer waiting periods for passengers, and is to be rejected for both ecological and economic reasons.

34.* A mandatory tariff which prevents price competition (Sec. 51 in conjunction with Sec. 39(3) of the Passenger Transport Act) constitutes a particularly serious interference with pricing freedom, and is not necessary in the taxi trade to protect passengers against being placed at a disadvantage. Liberalising the fares could invigorate competition in the taxi trade and allow for a differentiation of price-quality combinations. The Monopolies Commission recommends familiarising passengers with liberalisation by initially introducing maximum prices to be set by the authorities for a transitional period of three years and oriented on current tariffs. Once this transitional period has run out, there should be free price competition on the radio taxi market since there is a particularly high level of price transparency here due to good opportunities to compare prices. Similar price liberalisation should be achieved in the other market segments, provided sufficient market transparency is assured.

35.* The Monopolies Commission furthermore looked at the competition relationship between taxis and car hire. It recommends abolishing the return obligation for rental cars, as well as the regulation that the transport order must be received at the place of operation of the car hire firm (Sec. 49(4)(2 and 3) of the Passenger Transport Act). Additionally, the turnover tax rates for taxis and hire cars should be harmonised. Further adjustments would be necessary in case of a liberalisation of the taxi markets. There are various possibilities here which ultimately would depend on the actual details of the liberalisation of the taxi trade.

36.* Finally, the Monopolies Commission observed the market for taxi intermediation services. It welcomes the positive competition development connected with the entry of alternative intermediation services which sell taxi rides using taxi applications. At the same time, it shares the view held by the German judiciary that the exclusivity clauses (“Doppelfunk-Verbote”, preventing drivers accepting calls from more than one control centre), and that bans on third-party advertisements that are applied by some taxi control centres constitute non-permissible restraints on competition.

Competition in German child and youth welfare

37.* Child and youth welfare includes both the promotion of children in day-care centres and in child day-care, including extensive advisory services, tasks of child protection and protection of juveniles (e.g. by taking children and juveniles into care in the case of violent parents), youth welfare services (e.g. by promoting youth centres), as well as educational and family assistance, e.g. in the shape of supervised accommodation groups.

38.* The foundation for child and youth welfare in federal law is Book Eight of the Social Code (Achtes Buch Sozialgesetzbuch – SGB VIII), which is fleshed out in implementation statutes under Land law. There are also further provisions, particular importance attaching in this regard to for instance the Kindergartens Acts and Childcare Funding Acts at Land level.

A distinction is made in child and youth welfare between public and independent social welfare, Sec. 3(2) of Book Eight of the Social Code. The “independent” entities include all non-public institutions, that is for instance company kindergartens, parents’ initiatives and facilities of the so-called independent entities of social welfare such as the National Society for Worker Welfare (Arbeiterwohlfahrt [AWO]), the Paritätische (voluntary welfare service umbrella organisation), the German Red Cross, the Diakonie Deutschland social welfare network, the German Caritas Society (Deutscher Caritasverband) as well as the Central Welfare Office for Jews in Germany (Zentralwohlfahrtsstelle der Juden in Deutschland – ZWST).

39.* In accordance with Sec. 3(2)(2) and Sec. 79(1 and (2) of Book Eight of the Social Code, the public child and youth welfare entities are responsible for guaranteeing the child and youth welfare services which are provided for by law. A distinction is made here between local and central public child and youth welfare entities. These functions are allocated by *Land* law; the local authorities in the broader sense of the term, that is rural districts, towns and municipalities constituting a district in their own right as well as in some cases towns and municipalities covered by district administration, as local public entities, and the *Land* are typically responsible as a central public entity. Sec. 4(2) of Book Eight of the Social Code provides for a special subsidiarity principle according to which the public youth welfare entities are to refrain from engaging in their own activities where recognised independent child and youth welfare entities can take on the tasks. The share of public entities in terms of institutions, care places and employees has been falling since 1990, which also enhances the effective exercise of beneficiaries’ options, Sec. 5 of Book Eight of the Social Code. Competition is hence explicitly integrated into Book Eight of the Social Code.

40.* Benefits in the field of child and youth welfare are largely administrated within the “triangular arrangement under youth welfare law” between beneficiaries, the obligated party and service-providers. This relationship between the various levels of the public authorities, the other entities providing benefits in kind (social insurance funds) and independent social welfare are characterised by a close-knit network of cooperation and exchanges which may give rise to reservations in terms of competition in isolated cases.

41.* The particularities of social services (it is thus a matter of credence products in the main) require particular market systems. Information shortfalls for clients can moreover be overcome successfully, in addition to regulatory solutions such as factual and geographic prerequisites for the operation of a facility (Sec. 45 of Book Eight of the Social Code), with market-based solutions such as (voluntary) proof of qualification on the part of the service-providers, reputation and transparency. It appears to be a matter of urgency to increase transparency with regard to economically relevant, disaggregated data (e.g. concrete promotion amounts provided by public authorities) in child and youth welfare.

42.* When it comes to services in child and youth welfare, there are a number of positive externalities, that is society as a whole benefits from a specific scheme. It was not lastly such reasons that were also decisive for the expansion of day-care options for children in Germany. For instance, the assessment has now become established that institutionalised childcare plays a major role when it comes to the integration, socialisation and foundation for the education of children. What is more, parents can work or avoid leaving gainful employment; this hence also benefits companies, which from time to time additionally attempt to tie their staff to the company with (loss-making) company kindergartens.

43.* In addition to the fundamental freedoms, particularly cartel, state aid and competition law are significant in the field of social services. Even if there has so far been little antitrust enforcement by the German and European competition authorities in this field, the Monopolies Commission would like to point the market players in question to the possibility of implementation via private initiative.

44.* German and European competition law, as well as European state aid legislation, are also applicable in the field of child and youth welfare, depending on the constellation, specific field and precise design of the individual relationships. This is only ruled out if non-economic activities are concerned, in particular where the benefits are determined as a part of the educational system by the State in the provision of its benefits. Where the benefit providers are however free to determine, in competition, the scope and quality of the services which they provide, as a rule this constitutes a commercial activity which is subject to legislation on competition and state aid.

45.* It has yet to be entirely clarified whether the law on public procurement applies to child and youth welfare. The decisive issue here is always the precise structure of the benefit provision relationship. The Monopolies Commission is not unaware of the difficulties encountered here when local authorities apply the law on public procurement. Building on model procedures and documents, best practices, etc., as well as on supra-institutional experience and learning effects, can however considerably minimise these transaction costs. The conversion to e-procurement in accordance with the new set of directives appears to be promising in this context since electronic means of information and communication are able to make it easier to publicise jobs and increase the efficiency and transparency of the procurement procedures.

European law on public procurement is currently undergoing a reform process. The Monopolies Commission welcomes the new set of European directives on procurement, given that it addresses past reservations against the application of the law on public procurement to child and youth welfare in the shape of a new “social procurement law”. Over and above the simplification of procurement provided for in the new directives on procurement, which is urgently required, the possibilities to establish a central knowledge base on procedures and to simplify the exchange of experience between institutions should be exhausted. It furthermore appears to the Monopolies Commission to be vital to use the potential to also enhance transparency in the social domain. Not lastly, the e-procurement that is prescribed by the new directives on procurement, and both public platforms and platforms within the administration that build on this, offer a wide variety of connecting factors here. It is to be expected that child and youth welfare benefits will be put out to tender more often in future, and in particular when the new social procurement law, which is to be enacted, comes to apply. Thus, from roughly 2016 onwards, service concessions will also be regarded as being relevant in terms of the law on procurement.

46.* Until the introduction of business elements in form of individual case-related performance, remuneration and quality development agreements, the financing of independent entities was largely carried out through grant funding. Market players report from practice that the implementation of the remuneration reform had stalled half-way. Cost- and quality-related aspects were said to be somewhat secondary, whilst players of local authorities were said to rely more on “blanket trust and the local rumour market” than on objectively-comprehensible content from performance agreements. The Monopolies Commission would like to encourage local authorities to push further the implementation of the remuneration reform. The Monopolies Commission is aware of the particular difficulties encountered here in the assessment of the quality of services. In the view of the Monopolies Commission, it appears to be helpful in this regard for local authorities to obtain an overview of the benefits provided by child and youth welfare in the shape of regional data bases at *Land* level, and possibly also national ones, enabling them to derive assessment rules and criteria for the future, improve cost transparency and hence better compare providers. In this context, the Monopolies Commission also considers the possibility for parents and children to assess performance, as well as standardised performance checks, to be helpful in measuring performance and quality.

47.* In view of increasing expenditure on the expansion of child day-care facilities and limited financial resources of public budgets, the question arises as to the provision of care services in a manner that does

justice to demand and is efficient. Voucher systems for granting care places, as have been successfully used in some cases in cities such as Hamburg and Berlin, can be an efficient tool of a targeted educational and social policy as an alternative to traditional supply-side subsidies. They enhance parents' options, and permit them to exert a greater influence on the quantitative and qualitative design of the care services. At the same time, competition between various providers is enhanced if, more than is the case in a system with supply-side subsidies, they have to orientate their services in line with parents' wishes, and if state promotion benefits not the entities behind the facilities, but is enjoyed by parents directly. Here, the positive effects of a voucher system are likely to be further enhanced the greater is the range of care places on offer. That said, it has yet to become clear whether similar successes as in Hamburg are also possible in rural areas, which tend to be under-supplied.

48.* The decades-old cooperation as partners between public agencies and independent social welfare entities has frequently made it difficult for third parties to offer services on the market for child and youth welfare, and this continues to be the case. Book Eight of the Social Code from 1990 led to at least a partial improvement for private entities which are not members of the six national associations. There are nonetheless still many privileges, which are closely related to the charitable status of the service-providers.

49.* Unlike providers working in the private economy, charitable organisations benefit from a large number of tax privileges, such as exemption from corporation tax, the donation privilege and the instructors' privilege. The Monopolies Commission is fundamentally critical with regard to this kind of privilege being offered to individual institutions. In economic terms, tax subsidies may be justified for instance in the field of charity if a benefit would not be offered by private providers, or only to a lesser extent than would be desirable from a macroeconomic point of view. Such under-supply may occur if the benefit which specific goods or services constitute for third parties is not sufficiently taken into account (internalised) in the provision of benefits. With many for-a-fee services in child and youth welfare for the receipt of which a legal right exists as a rule, however, one may presume that a tax incentive in the sense of charitable status is not only not necessary, but in many ways can be regarded as problematic. This is all the more the case where it causes distortions of competition.

50.* The Monopolies Commission criticises the fact that, at *Land* level, the promotion of kindergartens precludes private economic providers in some cases. In the view of the Monopolies Commission, necessary promotional measures are to be granted regardless of the type of entity, particularly with regard to the massive need for expansion in kindergartens. A diverse landscape of entities is provided for by the law in accordance with Sec. 3(1) of Book Eight of the Social Code, and has the advantage that a variety of needs can be catered for more quickly and more differentiatedly, and that the increase in competition between the providers increases the chances that innovative ideas and new specialist work concepts and forms of organisation are developed.

51.* The youth welfare committee takes on major significance as the central management body of the youth welfare office. It has a right to decide in matters related to youth welfare within the framework of the funds provided by the representative body, the articles of association which it has handed down and the resolutions which it has taken, Sec. 71(3)(1) of Book Eight of the Social Code. In the youth welfare committee, in addition to the public entities, the recognised independent ones have a major right of consultation with regard to youth welfare planning and the funding and the selection of the measures that are to be promoted. The Monopolies Commission considers a conflict of interests and a reduction in the quality of decision-making to exist if representatives of recognised independent youth welfare are involved in decisions which may affect them to a considerable degree. The Monopolies Commission is therefore calling for a voting right to be given exclusively to the members of the representative body of the entity of public youth welfare who are oblig-

ated to the public interest and politically legitimated or elected by the representative body who have experience in youth welfare. Other players should have an advisory role and contribute their experience and proposals by these means.

Access to data for the Monopolies Commission

52.* A problem which continuously impairs the Monopolies Commission's ability to operate follows from the refusal of the Federal Cartel Office to permit the Monopolies Commission, in accordance with its right to inspect the files under Sec. 46(2a) ARC, comprehensive access to the data which the Federal Cartel Office has at its disposal, for instance on costs, prices and sales volumes. The Federal Cartel Office conducts empirical analyses with the data, and includes the results in its considerations regarding competition law procedures and in sectoral studies.

53.* The provision contained in Sec. 46(2a) ARC entitles the Monopolies Commission to inspect the files kept by the cartel authority, including operational and business secrets and personal data, where this is necessary to properly carry out its tasks. The range of the right to inspect the files is only subject to a single restriction – it must be necessary for the Monopolies Commission to fulfil its tasks properly. In this context, the right to inspect the files, which is intended to enable the Monopolies Commission to carry out its tasks, which are set out by law, is comprehensive. The necessary protection of third parties is guaranteed by the confidentiality obligation pursuant to Sec. 46(3) ARC, which is incumbent on the members and of the employees of the Monopolies Commission. The secrecy obligation hence goes just as far as the corresponding obligations of the employees of the Federal Cartel Office.

54.* The right to inspect the files also includes unrestricted access to the data collected by the cartel authority or submitted by third parties. The increasing use of modern empirical methods is the most important development in the cartel authorities' recent enforcement practice. The Monopolies Commission is only able to continue to perform its statutory obligations – such as the well-founded assessment of the practice of the Federal Cartel Office – if it can also evaluate the methods and the results of the empirical analyses of the competition authority. Such an evaluation is contingent on access to the individual data, and hence on the possibility to carry out comparative calculations and do robustness tests. Merely “inspecting” the data and the methods used by the Federal Cartel Office is therefore just as inadequate as simple “recalculation”.

55.* The inspection of the files and access to the data which this involves is not a matter of serving “private” interests of the Monopolies Commission. The Monopolies Commission submits its reports and the included opinions on the practice of the Federal Cartel Office and on other topical issues of competition policy and law to the Federal Government, which submits them without delay to the legislative bodies. The Monopolies Commission consequently informs and advises constitutional bodies. It cannot be in the interest of the Federal Government and of the legislative bodies that the abilities of the Monopolies Commission are restricted to such a degree that it is severely constrained in fulfilling its essential tasks.

56.* The Monopolies Commission holds to its view, which it already expressed two years ago, that full access to individual data from competition law cases and sectoral studies, including their utilisation for the proper implementation of the tasks of the Monopolies Commission, is covered by the existing right to inspection of the files under Sec. 46(2a) ARC. It does not appear to be necessary that this be explicitly clarified in the ARC. As the highest federal authority, the Federal Ministry for Economic Affairs and Energy could quickly clarify the matter on the basis of its own competency. Should it nonetheless be considered preferable to clarify the Monopolies Commission's right to inspect by law, the Monopolies Commission proposes adding the following sentence to Sec. 46(2a) ARC:

“The right to inspect the files includes that the Monopolies Commission has full access to the data available at the cartel authority.”

II. The state and development of concentration and of interlocking among large companies

57.* With its investigations of the state and development of the largest companies in the Federal Republic of Germany in terms of their significance to the economy as a whole and of the degree of ties between them, the Monopolies Commission is performing its statutory mandate to regularly monitor the development of concentration of undertakings in the Federal Republic of Germany (Sec. 44(1)(1) of the ARC). The analyses aim to identify the economic significance of the largest companies in Germany and to show internal and external growth events, as well as to evaluate interlocks between individual players.

58.* The Monopolies Commission's collections are based on the identification of the 100 largest companies of all sectors by domestic value added for the current year reviewed, namely 2012. In addition to value added, the characteristics of the number of workers, property, plant and equipment, as well as cash flow and the legal form, are also analysed. The analysis of the domestic corporate divisions is added to by the portrayal of the worldwide value added of the companies observed. Ties between the companies being studied in the form of shareholdings and personnel links are also evaluated. The significance of large companies is analysed in individual sectors on the basis of the turnover of the largest industrial, trade and service companies, the balance sheet total of the largest financial institutes and the gross income from policies of insurance companies. The report concludes with an analysis of the holdings of the 100 largest companies in the corporate mergers reported to the Federal Cartel Office and the number of clearance decisions.

59.* The 100 largest companies increased their domestic value added by 5.9 percent as against the comparison year 2010, reaching around 289 billion EUR in the year reviewed, 2012. The contribution made by all the companies to total value added increased by 6.8 percent to reach 1,803 billion EUR from 2010 to 2012. The contribution made by the 100 largest companies to the value added by all companies thus fell only slightly, by 0.2 percentage points, to 16.0 %. The share however continues to be significantly lower than the long-term average of 18.1 %.

60.* A comparison of the domestic and worldwide value added of 54 companies which were identified as operating primarily in the manufacturing, trade, transport and services sectors that had their corporate headquarters in Germany and were among the 100 largest companies during both 2010 and 2012 shows that the domestic share fell only slightly, from an average of 55.5 percent to 54.1 percent. Ultimately, therefore, there is no indication of considerable parts of the value added chain being relocated abroad.

61.* In addition to the 100 largest companies by value added, the Monopolies Commission studies the 100 largest companies measured against the number of domestic workers. The 100 largest employers in Germany employed roughly 3.57 million persons as per the end of 2012. This corresponds to an increase of 3.6 percent vis-à-vis the previous period. The number of employees of the whole groups increased by 4.2 percent in the same period. The share of domestic employees among group employees stagnated at 34.4 percent in 2012 (2010: 34.6 percent).

62.* As an alternative to the analysis by domestic value added as a criterion in terms of size, the Monopolies Commission observes sector-specific characteristics to evaluate the size of the company in order to illustrate the significance of large companies in individual sectors. In comparison to 2010, the domestic turnover of the 50 largest industrial companies increased by 22.2 percent in nominal terms, the business volume of all companies in manufacturing increasing by 11.8 percent in the same period. The share of the "50 largest" among the aggregate benchmark subsequently increased by three percentage points to 34.8 percent. The share of the ten largest trade companies fell slightly to 9.5 in 2012 as a result of the relatively strong growth in turnover of all trade companies in Germany. For the same reason, the share accounted for by the ten largest insurance groups among nominal unconsolidated gross income from policies of all insurance groups

fell slightly to 59.11 percent. By contrast, the ten largest transport and service companies slightly increased their share among the turnover of all companies in the sector, reaching 13.7 percent. By contrast, the 12.2 percent increase in the domestic unconsolidated balance sheet total of the ten largest financial institutes between 2010 and 2012 is compared to a two percent fall in the balance sheet total of all financial institutes. The domestic share increased to 56.3 percent in 2012.

63.* When analysing the shareholder structure, the companies observed are analysed firstly according to various groups of equity providers, and secondly with regard to the cross-shareholdings via minority holdings among the 100 largest companies. The majority was held by a single individual, families or family foundations in 26 companies in the current reporting year 2012. The majority of shareholdings were widely dispersed in 23 companies, and the majority was held by a single foreign owner in 21 companies. The public sector had a majority of voting rights in 15 cases. The highest average value added was made by companies where more than 50 percent of the shareholdings were widely dispersed, at almost five billion EUR.

64.* The number of shareholdings between the companies among the companies observed increased vis-à-vis the previous period, albeit comparability between the two observation periods 2010 and 2012 is restricted because of a change in the data basis. The total number of shareholdings increased from 37 to 58. The number of identified shareholders increased from 15 to 18, whilst the number of companies with shareholdings rose from 22 to 35. The results of the study however also show that the level of interdependency as a measure of the share of the value added controlled by equity shareholdings as a share of the total value added among the total value added of all 100 companies fell by another 0.5 points to its current level of 4.6 percent by 2012, after falling by three percentage points between 2008 and 2010. It should however also be taken into account in the interpretation of the results that a falling degree of integration as a result of company take-overs and mergers may at least partly reflect a concentration-enhancing event.

65.* The analysis of personnel links takes into consideration those cases in which one or several individuals belong to the management or controlling bodies of at least two of the companies in the group of companies analysed. In the reporting year 2012, 42 ties (2010: 62 ties) were established through management members in the controlling bodies of third companies. The total number of ties via other joint holders of control mandates fell from 176 to 155 cases between 2010 and 2012. Consequently, the share of existing contacts among the share of possible ties as an indicator of the degree of integration also fell from 3.6 percent to 3.1 percent. All in all, the constant process of the dissolution of connections between companies at personnel level, which has been observed since 1996, continued in 2012.

66.* Of the total of 1,520 members of the controlling bodies in 2012, 840 mandates (55.3 percent) were occupied by shareholder representatives. 5.8 percent of these 840 mandates were exercised by management members. 11.8 percent of the mandates can be attributed to the category representatives of the public sector, which exercised control mandates to supervise public shareholdings in the majority of cases. Almost one-third of the chairmen of the respective controlling body hold at least one other managing director's or controlling mandate in third companies. The results furthermore reveal that the presiding chairman of the controlling body had previously held a managing director's mandate in the same company in 33 percent of cases. 12 out of 32 of the companies in question are listed in the DAX 30. Major differences can be seen when it comes to the presence of women in the management and controlling bodies.

67.* The chapter on the aggregate concentration of large companies concludes with an analysis of the share of the 100 largest companies among the mergers which, in accordance with Sec. 39 ARC, must be notified to the Federal Cartel Office before being completed, and among the number of mergers cleared. The 100 largest companies were involved in 299 notified mergers in the period 2012/13 (2010/11: 341) and in 296 clearances (2010/11: 282). The concomitant shares in all notified mergers and in all clearances were 13.5 and 14.4 percent, respectively (2010/11: 16.3 and 14.9 percent, respectively).

III. European interlocking network

68.* Against the background of advancing internationalisation and the growing together of the markets, the Monopolies Commission is expanding in its Twentieth Biennial Report the empirical analysis of the state and development of company networks in and between selected EU Member States. The analysis supplements the investigation of the aggregate concentration and ties of large German companies provided in Chapter II to include an international perspective.

69.* For the current Biennial Report, the Monopolies Commission has systematically prepared an extensive dataset on 5,370 listed companies in the EU-15 Member States plus Norway and Switzerland for the period 2005 to 2011 in order to illustrate the national and international significance of interlocking directorates over time. 67,995 different persons in the management and controlling bodies were considered in order to show personnel ties. Additionally, the companies were given additional information on the ownership structure, balance sheet data as well as patenting activities. The available dataset hence permits both the analysis of personnel ties and company ties via capital holdings and initial analyses to be made of the connection between different types of interlock and benchmarks that are relevant to competition.

70.* Roughly 60 percent of all the companies included in the sample are large companies. It should however be taken into account that no conclusions can be drawn as to the overall corporate landscape on the basis of the dataset. The companies are headquartered in the United Kingdom in roughly one-third of cases, followed by Germany at 12.9 percent, France (12.2 percent) and Sweden (8.6 percent). Companies in the financial and insurance services sectors were removed from the dataset for the analyses. The largest number of companies in the sample, at 36.6 percent, can be attributed to manufacturing, followed by companies in the sectors “other services” (15.1 percent) and “trade and the hotel and restaurant industry” with a share of 10.6 percent.

71.* An average of 57.4 percent of all companies in the dataset in 2011 were tied via personnel with at least one other company via management and supervisory bodies. German companies are far below the international average, with a share of 43.4 percent. The results furthermore show that national contacts, at 53.3 percent, are the dominant pattern for ties. 19 percent of all companies show ties over national borders. International personnel company ties frequently exist between companies in neighbouring countries. In addition to the geographic vicinity, also the density of companies, a common language and only minor cultural differences are likely to favour personnel ties between two or more companies.

72.* The personnel ties which had been identified at sectoral level were evaluated in a further step in order to illustrate their significance in and between a variety of sectors. In doing so, in order to qualify the ties, not only the focus of activity, but indeed all sectors were taken into account in which a company achieves sizeable turnover. 53.3 percent of the companies show inter-sectoral ties in the vertical relationship. 17.7 percent of the companies are interlocked with other companies of the same sector. The greatest intensity of interlocking, with a share of 67.1 percent each, was found to exist for companies in the sectors “manufacture of chemical and pharmaceutical products” and “manufacture of metal and metal products”. The results of the analysis indicate that personnel ties are frequently used as a tool to coordinate supplier and client relationships between individual industries.

73.* The portrayal of capital interlocks via minority holdings for 2011 shows that 17 percent of the companies were interlocked via corresponding shareholdings (Germany: 12.1 percent). 5.3 percent of companies are tied in the interlocks network as shareholders and 12.9 percent as shareholdings. Companies in the sectors “gas, steam and air conditioning supply and environmental services”, “manufacture of wood, paper and printed goods and manufacture of petroleum”, as well as “construction and infrastructure” show the largest shares of interlocks via shareholdings. A comparison of personnel and capital interlocks shows that 66 out of

708 personnel ties through management members are accompanied by a parallel shareholding (total of 508 minority holdings).

74.* The connection between ties and financial performance factors is analysed in a further analysis. It is revealed that the median of the Lerner indices, as an indicator of the market power of companies interlocked through personnel, exceeds the median of non-interlocked companies. The results furthermore illustrate that companies which are horizontally interlocked have a statistically-significant higher return on sales and have a stronger market position than companies which are vertically interlocked. Qualitatively comparable findings are also revealed in the case of company ties through minority holdings. The highest returns on sales are observed among those companies which are interlocked on the same market level through minority holdings. Unlike personnel ties, however, no statistically significant difference can be demonstrated. All in all, the descriptive results point to a positive connection between interlocks and the performance of the companies. Since the sample analysed is not a representative selection, the results cannot be transferred to whole sectors. It can be furthermore anticipated that a number of further factors influence a company's competition position. For this reason, the descriptive comparisons carried out here can only be interpreted restrictedly, namely as an indication of the competition-reducing impacts of company ties.

75.* Finally, the connection between personnel ties and the innovativeness of companies is analysed in an empirical analysis in Chapter III. No statistically-significant connection can be found between the two characteristics for the entire sample. In sectors with below-average competition intensity, a growing share of non-commercial multiple mandate-holders in the controlling body reduces the number of patent applications. This result could indicate a restrictive supervisory activity on the part of the non-commercial directors. Comparatively greater competition pressure could, by contrast, force the management to expand the innovation activities. The explanation that sending companies used their potential to exert an influence via the personnel tie on markets on which competition is less intense to weaken the innovative activities of the target company would also fit the result.

76.* The method selected, particularly the relative aggregate portrayal, does not permit the question as to the impact of interlocking directorates to be conclusively resolved. The findings do however justify opining that the personnel and capital interlocks analysed should be taken into account from a competition-theory point of view, and should be the subject of more profound research in the context of further analyses on the basis of the available dataset. Further analyses should tackle a variety of areas in order to analyse in greater detail the potential connections which have been outlined. Firstly, a more precise qualification of the ties should be carried out in order to do justice in the empirical analyses to sending and receiving companies. As well as the direction of the tie, the institutional structure of the relationships (horizontal or vertical, upstream or downstream) and in particular also (parallel) personnel and capital ties through minority holdings, should additionally be taken into account. On the basis of corresponding refined dimensions of the interlocks, it would also be possible to carry out a differentiated analysis of the influence of specific interlock patterns on the competitive position and on the success of the companies involved with regard to innovation. Secondly, in order to assess the expertise of multiple mandate-holders in terms of supervision and advice, it appears to be expedient to systematically evaluate information on specific characteristics of the mandate-holders. These empirical studies make it clear that various groups of mandate-holders in the controlling body differ as to their competences and incentives.

Future studies will be required in order to implement some of these points and thus make it possible to gather further information. Accordingly, analyses of the motives for the establishment of company networks and their impact in terms of competition should be more intensively incorporated in the economic policy discussion and in theory-based empirical research work.

IV. Cartel case-law

German Merger Control

77.* The most important new development for merger control in the period under review by the Monopolies Commission was the introduction of the SIEC test (SIEC = Significant Impediment of Effective Competition), which was introduced into German law in the course of the 8th reform of the ARC. Since 30 June 2013, the SIEC test has replaced the previously-applicable market dominance test, which for a long time had constituted the substantive criterion for prohibition in German merger control.

78.* In accordance with the reformed Sec. 36(1) ARC, market dominance remains the (standard) example that is explicitly named in the Act for the legal presumption of a significant impediment of effective competition. The underlying relationship between rule and exception however poses questions. Both the legislative materials for the Act, and the Federal Cartel Office and Düsseldorf Higher Regional Court, presume that the establishment or strengthening of a market dominant position “always” constitutes a significant impediment of effective competition. Such an interpretation cannot be agreed with in this degree of absoluteness. If the conditions of a standard example are fulfilled, as a rule it is possible to infer a specific exception that is provided for by the law, but this is not imperative. The use of standard examples is to make it easier to apply the law, but it does not release legal practitioners from examining the presence of any unusual constellations in which an exception to the statutory rule is required.

79.* The new prohibition criterion becomes particularly important if a merger does not give rise to or reinforce a market dominant position, but may be expected to cause a significant impediment of effective competition. This in fact applies to oligopoly situations where unilateral modes of conduct on the part of individual companies beyond collective market dominance can now be better taken into account. Additionally, the new prohibition criterion makes it easier to assess vertical or conglomerate mergers where the focus is less on the deterioration of the market structure, and more on the enhanced possibilities and greater incentives to engage in conduct that is damaging to competition.

80.* The Federal Cartel Office only examined a comparatively small number of cases in accordance with the new law in the period under review. There has not yet been a merger which the Federal Cartel Office would have prohibited had the SIEC test continued to apply because of significant impediment of effective competition despite a lack of anticipated market dominance. When examining competition impact, the Federal Cartel Office has so far largely limited itself to examining a market dominant position without additionally analysing the significant impediment of effective competition. It is also adhering to its practice of initially defining relevant markets in factual and geographic terms. The latter is questioned since, as a result of the transition to the SIEC test as a criterion for intervention by merger control, the emphasis is placed more firmly on the competition impact than on the consequences for the market structures. The Monopolies Commission shares the view that a direct measurement of competition pressure or closeness of the parties to the merger in terms of competition using econometric procedures can be a good indicator of the presence of unilateral effects in specific cases, such as with horizontal mergers. This can however only replace the classical market definition in exceptional cases.

81.* The number of merger projects registered with the Federal Cartel Office for examination rose slightly in the period under review 2012/2013 vis-à-vis the period under review 2010/2011. After 2,095 registrations in the period under review 2010/11, 2,218 registrations were recorded in the years 2012/13.

82.* In April 2012, the Federal Cartel Office cleared the merger project of two metal packaging coating manufacturers Akzo Nobel (Netherlands) and Metlac Holding (Italy) in the second phase. The merger was furthermore examined in a number of other jurisdictions. Whilst the merger was cleared in Germany, Austria,

Cyprus, Turkey, Russia, Brazil, Pakistan and Columbia, the UK Competition Commission (CC) prohibited the merger in December 2012. The diverging rulings show two groups of topics as being relevant. Firstly, the problem is shown here of parallel international competences of different competition authorities for some merger projects. Secondly, the question arises of whether the different substantive evaluations of the same transaction can be justified by circumstances inherent to the procedure.

83.* The Monopolies Commission does not consider diverging rulings by different competition authorities on identical merger control projects to constitute a fundamental problem, even with identically-defined markets. These are, rather, an indication of competition between opinions and methods which guarantee the evolutory openness and further development of merger control. Furthermore, the parties are enabled to work towards creating a (central) competence of the European Commission within the EU by means of referrals. Additionally, they can make a major contribution towards bringing about uniform rulings by means of appropriate registration dates, agreeing to deadline extensions and an exchange of information between the competition authorities involved.

84.* In the view of the Monopolies Commission, the differences in the market definition and in the competition assessment were vital to the divergence in the rulings in the specific case of Akzo/Metlac. The criterion for intervention under UK law on competition is the “substantial lessening of competition” (SLC). The Federal Cartel Office ruled on the case under the old law on the basis of a traditional market dominance test. The clearance by the Federal Cartel Office depends heavily on it not being ruled out that the remaining competition would prevent market dominance on the part of the merged unit. Equally, it could not be reliably predicted that the merger would lead to coordinated conduct, and hence joint market dominance. According to an analysis carried out by the Office, Akzo and Metlac are not particularly close competitors since they are largely active on different markets. By contrast, in applying the SLC test, which is orientated more closely towards the economic impact, the CC took into account that a much closer competition relationship existed between Akzo and Metlac in a specific market segment than shown by an analysis of the market as a whole. All in all, the intuition is confirmed that the market dominance that is required under the market dominance test is more difficult to prove than a substantial lessening of competition (SLC). The presumption can be made that, at least fundamentally, significant impediment of effective competition (SIEC), in particular on complex markets, is also easier to prove than market dominance.

85.* There were major structural adjustments and rulings under competition law in the German cable network sector. The Federal Cartel Office cleared the take-over of Kabel Baden-Württemberg by Liberty Global in November 2011, subject to ancillary conditions. The Düsseldorf Higher Regional Court rescinded the clearance decision in August 2013 because of inadequate ancillary conditions. The Federal Cartel Office prohibited another merger project of cable network operators, the take-over of Tele-Columbus by Kabel Germany, as early as in February 2013.

86.* Beginning with its decision in the case of Liberty/Kabel BW, the Federal Cartel Office has been applying a definition in merger proceedings of cable network operators of the end customer markets for supplying programme signals that is factually differentiated by groups of customers – single user versus multiple user. When it comes to single-user contracts, it is the geographic area of the cable network operator which is geographically relevant, and with multiple user contracts it is the national territory. The reason given for this market definition was that the supply of single users was subject to different conditions than that of housing associations in the framework of licence agreements, and that there were significant differences in terms of how competition operated on the markets. The Düsseldorf Higher Regional Court did not concur with this view, neither with regard to the factual nor to the geographic market definition. Accordingly, both

market segments continue to belong to the same factually-relevant market, which is to be geographically defined in regions according to the geographic area of the respective cable network.

87.* The definition of the relevant markets for the supply of radio and TV signals to end customers is difficult because these markets are in a state of flux. The changing technical possibilities are changing the range of services offered by the network operators, and this must be taken into account in the market definition. In order to define geographically-relevant markets, holding onto a definition of regional markets is an expression of a more static view of end customer markets, and is orientated in line with current circumstances for the supply of radio and TV signals. In the view of the Monopolies Commission, it would be better to derive the market definition from a dynamic and more future-orientated perspective, which suggests a national market definition. The definition of separate relevant product markets is favoured by the fact that single users and housing associations are different groups of clients who are also targeted with different market strategies from the point of view of the providers.

88.* The Monopolies Commission considers that any evaluation of the competition impact of cable network mergers should take account of the fact that competitive pressure on the end customer markets for the supply of programme signals to housing associations and single users is also increasingly exerted by telecom companies. This is due above all to the fact that there is increasing demand for triple play products on the single-user market in particular. The prospect of network level 3 cable network operators actively competing in the footprint of another cable network operator is greater on the licensing market than on the market for single-user contracts. Similar to the Federal Cartel Office in the case of Liberty/Kabel BW, the Monopolies Commission considers the negative competitive effects of cable network mergers on the same network level as being less grievous. Unlike the Federal Cartel Office, the Monopolies Commission however considers that there is a considerable likelihood that such mergers would enliven competition on other markets, in particular on the telecoms markets.

89.* In February 2012, the Federal Cartel Office prohibited Haspa Finanzholding (Haspa), to which the Hamburg Sparkasse in particular belongs, from taking up a minority holding in the Herzogtum Lauenburg Kreissparkasse (KSK), and banned the holding and cooperation contract which this would have involved. According to the information available to the Office, the project would have led to reinforcing or at least establishing a market dominant position of Haspa on the factually relevant markets for private current accounts and for loans to business customers in the territory of the Lauenburg Kreissparkasse. The finding of the establishment or enforcement of a market dominant position in the case of mergers of Sparkassen is contingent on the institutes being in competition with one another, which is frequently not the case with Sparkassen that are owned by the local authorities because of statutory provisions contained in the Sparkassen Acts of the *Länder* and because of the “regional principle”. This was the case here because Haspa, which is organised as an “independent Sparkasse”, is not publicly-owned and is a public limited company under private law, claims a special role for itself in the metropolitan region of Hamburg. It has been pursuing a policy of expansion there for several years, including establishing branches in the neighbouring Federal *Länder*. It was however right to prohibit the planned merger because it would have led to a concentration of power in the markets in question.

90.* The *Abwägungsklausel*, or “balancing-test clause”, was analysed in two cases in the period under review. Accordingly, a merger which is expected to create or strengthen a market dominant position or significantly impede effective competition should not be prohibited if the merger will also lead to improvements of the conditions of competition and these improvements will outweigh the deterioration of competition. The companies must show this to be the case. The Federal Cartel Office rightly as a rule only recognises improvements in competition under the *Abwägungsklausel* if these occur on markets other than the relevant

markets in question. Improvements on the same market already relate to the comparison of the market structure before and after a merger. Were this to facilitate improvements in competition, no market dominant position would be created or reinforced.

91.* In practice, rescue mergers are an exception from the causality between a merger and the creation or reinforcement of market power in accordance with Sec. 36 ARC. The Federal Cartel Office makes the acceptance of a rescue merger contingent on three preconditions which must be satisfied cumulatively. Firstly, the target company may not be able to survive without the merger. Secondly, there may not be any alternatives to the registered merger which are less harmful in terms of competition, and thirdly the market position of the target company must also largely accrue to the acquiring company, in the case of insolvency, without the merger. The burden of proof for satisfying these prerequisites lies with the companies. The 8th reform of the ARC makes press mergers easier by virtue of the inclusion of a specific press rescue clause in the new Sec. 36(1)(2) No. 3 ARC. The concept behind this is that a merger is frequently the better solution, in order to maintain the diversity of the press and of the range of products offered, in comparison with newspaper titles – or indeed entire newspaper publishing houses – leaving the market. The scope of the new press rescue clause is however restricted to the take-over of small or medium-sized newspaper publishing houses. The Federal Cartel Office examined compliance with the prerequisites for a rescue merger in two cases in the period under review. The prerequisites were rightly considered to have been complied with in the case of the take-over of the Frankfurter Rundschau (FR) by Frankfurter Allgemeine Zeitung GmbH (FAZ). It is questionable whether the wording of the new Sec. 36(1)(2) No. 3 ARC would have made it easier to approve the case of FAZ/FR as a rescue merger. The Monopolies Commission does not presume this to be so.

92.* The clearance of a merger may be contingent on conditions and obligations if there are competitive concerns. Clearance with ancillary conditions is only permissible if this is able to effectively prevent a worsening of the market structure. The Düsseldorf Higher Regional Court considered market-opening undertakings received by the Federal Cartel Office to be inadequate in the case of Liberty/Kabel BW, in particular the granting of special rights of termination. Since the control of concentrations targeted the structural deterioration of competition conditions, in the view of the court, therefore, only ancillary conditions could be considered that constituted structural measures. The Monopolies Commission tends to share the view put forward by the Federal Cartel Office that it is not a question of whether special opportunities of termination are actually exercised, but that it is decisive that these exist. If ex-post negotiations take place on this basis in order to defend against the exercise of the special right of termination, or if the previous licensee is successful when the licence agreement is re-contracted, this is an expression of competition and not of a structurally ineffective ancillary condition.

European merger control

93.* 560 merger projects were notified with the European Commission in Brussels in the period under review, 2012/2013. 283 notifications were accounted for in 2012 and 277 in 2013. The number of registered transactions fell slightly once more in comparison with the previous two periods under review. The European Commission ended the proceedings in the first phase in 506 cases (254 in 2012 and 252 in 2013) without raising any serious doubts as to compatibility of the merger projects with the common market. The European Commission expressed serious doubts in 20 cases and only approved the projects subject to conditions and instructions in the first phase of the proceedings. The European Commission initiated the second phase of the proceedings in accordance with Art. 6 para. (1) (c) of the Merger Regulation in 16 cases. It approved three projects in the formal investigation procedure without imposing conditions and obligations in accordance with Art. 8 para. (1) of the Merger Regulation. In eight cases, clearance was only given subject to conditions and obligations in accordance with Art. 8 para. (2) of the Merger Regulation.

94.* Whilst only one project had been prohibited in accordance with Art. 8 para. (3) of the Merger Regulation in the last period under review, the European Commission handed down three prohibitions in 2012 and 2013. This is as many prohibition rulings as in the past ten years prior to that. The Deutsche Börse/NYSE Euronext project was prohibited by ruling of 1 December 2012; the prohibition orders in the cases UPS/TNT Express and Ryanair/Aer Lingus III were handed down on 30 January 2013 and on 27 February 2013, respectively. This brought the total number of prohibitions since the creation of European merger control up to 24.

95.* By far the largest share of projects giving rise to reservations in terms of competition in the period under review and leading to rulings in accordance with Art. 6 para. (1) (b) in conjunction with para. (2) or Art. 8 of the Merger Regulation related to horizontal mergers. Both horizontal and vertical effects occurred in a number of cases. Only in individual cases, such as in the proceedings of GE/Avio, did the examination in terms of competition focus on the vertical effects of the merger project. As far as can be deduced, the European Commission only rarely examined conglomerate impacts and only in the interest of completeness, such as in the proceedings of Universal Music Group/EMI Music. Non-coordinated impacts were mainly analysed during the period under review; the European Commission also briefly explored the matter of co-ordinated effects in a small number of cases.

96.* European merger control practice was not characterised by fundamental new developments in the period under review, 2012/2013. For instance, the relevant product and geographic market definitions, as well as the market shares and further structural characteristics, continued to define the assessment of merger projects. This qualitative analysis took place on the basis of the European Commission's Horizontal Merger Guidelines, and took account amongst other things of the closeness between the parties to the merger and other market players, dynamics in competition between the parties, the alternatives open to clients, as well as the existing barriers to market entry.

97.* In the context of the qualitative analysis, the European Commission addressed the aspect of countervailing buying power in several cases. In none of these cases did the argumentation – put forward by the parties as a rule – of countervailing buying power lead to the reservations made as to competition being remedied. Two main reasons determined this: Firstly, the European Commission found in several cases that at best individual clients or groups of clients are able to exercise a certain buying power after the merger had been implemented. In the view of the European Commission, however, it must always be guaranteed that impairments of competition are ruled out for all clients. Secondly, the European Commission argued that current buying power had to exist not only prior to the merger, but also subsequently. It did not consider this precondition to be met in the above cases.

98.* A major development in the period under review 2012/2013 relates to the greater inclusion of theoretical and empirical analyses on the basis of economic models – “quantitative analyses” – in decisions on merger control. The European Commission carried out analyses of data from invitations to tender in several sets of proceedings in the first phase. Additionally, it primarily carried out quantitative analyses in sets of proceedings in the second phase. Particular mention is deserved by the Hutchison 3G Austria/Orange Austria proceedings, in which the European Commission used the GUPPI approach for the first time to analyse any possible price pressure that might be triggered by the merger. An alternative to this is the simulation of any price changes, which was carried out in the case of Outokumpu/Inoxum. In the case of Universal Music Group/EMI Music, an econometric analysis was carried out of the stronger negotiating position that might result from the merger. The case of Ryanair/Aer Lingus III showed that econometric methods can be used both for a market definition and for an evaluation in terms of competition – in this case of a relationship of closeness in terms of competition. Particular interest furthermore attaches to the case of Deutsche

Börse/NYSE Euronext, in which the European Commission for the first time carried out a quantification of efficiencies that were submitted.

99.* To what degree empirical analyses, above all using econometric methods, are used in examining mergers depends on the facts, on the availability of data and on the willingness of the European Commission and the companies involved to carry out such analyses. The Monopolies Commission has made fundamentally positive comments in previous expert reports with regard to greater involvement of quantitative analyses in merger control case-law. In particular where the qualitative analysis does not reach unambivalent results, quantitative analyses may provide additional indications and improve decision-making. The Monopolies Commission however also recognises the in some cases considerable costs caused by additional quantitative analyses; these are primarily drawn up through the necessary, and in some cases massive, use of resources by competition authorities, merging firms and other market players, as well as by frequently indispensable delays in the progress of the proceedings. The European Commission must therefore as a matter of principle weigh up, in each individual case, the benefit and costs of any quantitative analysis that it carries out. In the view of the Monopolies Commission, the competition authority is by no means obliged to carry out a quantitative analysis in each merger case that is being investigated. In several cases, the Monopolies Commission analysed in detail the quantitative analyses that had been carried out and found some potential for improvement on the basis of the information that was placed at its disposal.

100.* A further development that was worthy of note in the period under review relates to the increasing submission of efficiency claims by the parties to the merger, for instance in the cases of Deutsche Börse/NYSE Euronext, Ryanair/Aer Lingus III and UPS/TNT Express. In accordance with recital 29 of Regulation 139/2004, the European Commission should take account of substantiated and likely efficiencies when evaluating merger projects. The European Commission explains in greater detail in the Horizontal Merger Guidelines subject to what preconditions such advantages are to be taken into account in the assessment of a merger. The burden of proof for the existence of efficiencies is incumbent on the parties to the merger.

101.* In the result, the efficiency claim has not led to serious doubts that were initially raised as to competition being completely eliminated in any case. As a rule, at least one of the prerequisites set out in the Horizontal Merger Guidelines was not met. The efficiency claim was however successful in two cases, albeit also only partially. In the case of Deutsche Börse/NYSE Euronext, the European Commission partly affirmed the existence of the asserted efficiencies, but did not consider them to be adequate to eliminate the negative competitive effects that were forecast. In the – as yet unpublished – case of UPS/TNT Express, the efficiency objection evidently led to reservations as to competition ceasing to apply on some of the geographic markets in question. The parties to the merger were nonetheless not able to prevent the prohibition of their project.

102.* The Monopolies Commission explicitly welcomes the fact that the European Commission is holding as a matter of principle to the two-tier analysis of the potential negative and positive effects of a merger in the examination of possible efficiency gains. This approach guarantees optimum transparency of the reasoning for the rulings, and hence makes them more understandable for those involved and for third parties. Additionally, the application of the arrangement for the burden of proof that is set out in the Horizontal Merger Guidelines is ensured. The Monopolies Commission is not unaware of the fact that a two-tier approach is not always possible or practicable for methodical reasons in the context of quantitative analyses. This is acceptable, provided that the burden of proof for efficiencies also rests with the parties to the merger in this regard.

103.* The parties to the merger put forward the failing firm defence in a number of cases. The European Commission accepted the failing firm defence in the cases of Nynas/Shell/Harburg Refinery and Aegean Air-

lines/Olympic Air II, which it went on to permit unconditionally. In the proceedings IAG/BMI, by contrast, it denied the existence of a rescue merger and issued clearance subject to conditions and instructions.

104.* The European Commission concluded remarkably frequently during the period under review that a project would lead to a monopoly or monopoly-like position. This applies for instance to the prohibition of Ryanair/Aer Lingus III and Deutsche Börse/NYSE Euronext, but also to mergers which were permitted under Art. 8 para. (2) of the Merger Regulation subject to conditions and obligations, such as Munksjö/Ahlstrom, UTC/Goodrich, Syniverse/MACH and J&J/Synthes. Even in the first-phase procedure of US Airways/American Airlines, the European Commission ascertained a monopoly position of the parties after the merger. In a number of cases, the European Commission explicitly found both in the first and in the second phase of the procedure that there was market dominance on the part of the companies involved after the merger, for instance in the proceedings on Kinnevik/Billerud/Korsnäs and DS Smith/SCA Packaging. By contrast, as far as can be ascertained, there was only one gap case in the second phase of the procedure. This is the Hutchison 3G Austria/Orange Austria project, in which the parties also did not attain market leadership on the Austrian mobile communications market after the merger.

105.* A number of merger cases were cleared subject to conditions and obligations during the period under review. It is a positive indication that the European Commission as a very general rule has accepted sales of-fers with horizontal mergers. These structural remedies have already proved to be the most effective means in previous rulings to permanently remedy reservations as to competition. Unlike mere agreements regarding conduct, the sales undertakings, in line with the function of merger control in general, serve to maintain competitive market structures. The scope can vary widely with sales undertakings, and is always dependent on the competition situation on the market in question. The European Commission assigned particular significance during the period under review to the viability of the division to be sold. In order to ensure viability, it considered additional measures to be necessary in some cases, such as supply obligations, the provision of know-how or granting licences to the purchaser. In the context of sale offers, the European Commission also accepted alternative remedies. This approach is correct in the view of the Monopolies Commission where, should each of the alternatives be implemented, the reservations that have arisen as to competition are remedied. Subject to this prerequisite, it is to be evaluated positively that an alternative remedy conserves the commercial decision-making freedom of the companies in question to the greatest possible degree.

106.* The case of SCA/Georgia-Pacific Europe shows that the European Commission also accepts complex bundles of remedies consisting of structural and conduct-orientated undertakings in the first procedural phase, and in some cases indeed going beyond the competition-related problems that have arisen. The submission of such package solutions at such short notice is an indication that the informal preliminary proceedings take on a much more significant role than the designation would lead one to presume. The Monopolies Commission recognises a certain need among the parties to establish initial informal contacts. It however therefore regards further relocating of the proceedings into the pre-notification phase as problematic, amongst other things because this considerably restricts the rights of participation of the Member States, which are set out in the law.

107.* In the period under review, the European Commission only accepted remedies offered in some cases, such as in the case of Hutchison 3G Orange/Austria Orange, on condition that a binding agreement with a buyer was already submitted (upfront buyer solution). This method is fundamentally welcome since it makes it more likely that a remedy that has been imposed will actually be implemented. According to press reports, however, the competition situation on the market in question has worsened after the merger despite the upfront buyer agreement. A relevant reason for this is likely to be the fact that the purchaser has still not yet entered the market. In the view of the Monopolies Commission, the European Commission will need to pay

greater attention in future to ensuring that the success pursued with the upfront buyer solution does indeed occur and quickly, such as by the purchaser being set a deadline in the agreement under the law of obligations for its market entry and the utilisation of the capacities acquired on the market in question.

108.* Several rulings were handed down by the Court of Justice of the European Union in the field of merger control during the period under review. Particular importance attaches to the Court's judgments on *Agrofert Holding/European Commission* and *Édition Odile Jacob SAS/European Commission*, in which questions of access to the files in merger control procedures were ruled on. In conclusion, the Court of Justice held it to be decisive that fundamental access to the documents of merger proceedings would upset the balance established in the Merger Regulation between the obligation incumbent on the parties to disclose commercial secrets, on the one hand, and the guaranteed confidentiality of sensitive information on the other. The Court of Justice derived from this a general presumption according to which the disclosure of the documents exchanged with the applicants and third parties in the context of merger control proceedings as a matter of principle places at risk the protection of the commercial interests of the companies in question. By contrast, the Court of Justice considered that there was a danger that the purpose of the investigation activity might not be achieved, including where the application was made after conclusion of the merger control proceedings. In the view of the Monopolies Commission, this would further considerably restrain the possibility of third parties to successfully challenge merger control rulings, which already faces considerable hurdles because of the scope for discretion afforded by the Court to the European Commission where complex economic facts pertain.

109.* The European Commission pursued two major legislative projects in the period under review. Firstly, in December 2013 it accepted a bundle to simplify merger control proceedings. By these means, it extended the scope of the simplified procedure for unproblematic merger cases. Furthermore, the extent of the information to be submitted for an application was reduced.

110.* The new regulations are justifiable in the view of the Monopolies Commission. The European Commission shows on the one hand efforts to expand its area of competence (in particular in the field of minority holdings without acquisition of control), whilst it already dealt with approx. 60 percent of the cases in the simplified procedure prior to 2014; with the modification of the announcement, it is likely that roughly 70 percent of cases will fall within the scope of the simplified procedure. Having said that, experience with official practice shows that the European Commission has also expressed virtually no reservations as to competition since the SIEC tests became applicable in cases in which the now modified, higher market share thresholds of the simplified procedure have been achieved. The Monopolies Commission is more critical when it comes to the newly-introduced element of the lower HHI differential because this builds up a kind of *de minimis* threshold in the European control of concentrations which is somewhat alien to German merger control law. The newly-included threshold for the simplified procedure in European merger control however appears acceptable in light of the fact that the European Commission can return to the normal procedure at any time if the examination of a merger in fact proves to be more complex than was initially anticipated.

111.* It should therefore be primarily guaranteed in the view of the Monopolies Commission that the competition authority has all the information it needs on the respective merger project. This also appears to be the case after the slimming down of the registration forms. The information requirements in the European merger control procedure are generally considered to be highly demanding in comparison to national needs. Particularly the example of German competition law however shows that it is also possible to properly evaluate merger projects on the basis of less stringent information requirements.

112.* Secondly, the European Commission is implementing a comprehensive examination of the Merger Control Regulation and its application. This initiative focuses partly on the question of whether and to what

degree the competence of the European Commission for minority holdings without acquisition of control is to be expanded. Additionally, considerations are being made on a possible reform of the referral regime. The European Commission has refined its considerations on conclusion of the consultation process, and is planning to submit a white paper as early as in the summer of 2014.

113.* In the view of the European Commission, there is a need for legislative action to simplify and accelerate the procedure as to referrals to it. For instance, the parties to the merger should in future no longer address their applications (with the referral application) to the national competition authorities which have original competence, but directly to the European Commission. Furthermore, it is proposed to shorten the deadline for the exercise of the Member States' veto from 15 to 10 working days.

114.* The Monopolies Commission favours the planned simplification of the referral procedure. Directly submitting the registration and the application for referral to the European Commission, to which the referral is to be made, reduces the bureaucratic effort for the parties to the merger and the competition authorities concerned. These reasons may equally apply to applications to a referral to a Member State. However, it should be taken into account in this regard that the European Commission must be informed about such referral applications from the beginning since it is best able to establish whether the registered merger in fact only has an effect in this Member State. In the view of the Monopolies Commission, at least a simplification of the substantive prerequisites for submitting proceedings to the Member State in question is recommended. It suggests itself that the companies involved in the merger are to be prevented from filing applications in accordance with Art. 4 para. (4) of the Merger Regulation by having to explain as a prerequisite for a referral that their project will "significantly affect competition" in a Member State, thereby more or less incriminating themselves. The current manifestation of the prerequisites for referral is hence likely to be detrimental to an optimum spread of competence.

115.* Criticism of the European Commission's scope for discretion in referral decisions, which is based on the fear that the Commission might permit itself to be too much led in its decision by industrial policy aspects, and hence leave major principles of national regulatory policy disregarded in favour of European integration, certainly at least appears not to be justified after taking a look at the practice in referrals. Moreover, it should be recalled that individual Member States repeatedly make efforts with mergers to promote national solutions, through to forming "national champions". In the view of the Monopolies Commission, the European Commission can constitute a necessary counterweight to such efforts where it has competence as a competition authority. The Monopolies Commission hence sees no need to move the structure of the provisions contained in the Merger Regulation as to the distribution of competences and the possibility of referral as a matter of principle in favour of increased competence on the part of the Member States.

116.* In the view of the Monopolies Commission, a regulation which expands the competence of the European Commission to minority holdings without acquisition of control should be designed taking account of benefit and cost. It is important here for agreement to exist in research and practice that minority holdings without acquisition of control can also trigger negative competitive effects. Having said that, negative impacts are not to be expected to ensue from such minority holdings in every case; furthermore, such holdings can also give rise to efficiency gains. Such an arrangement should hence ensure, firstly, that all cases which give rise to reservations in terms of competition can be tackled. Secondly, it should be designed such that the additional bureaucratic burden for companies and competition authorities remains as light as possible, that there is no overregulation, and that a high degree of legal certainty continues to pertain. It should furthermore be considered that control of minority holdings is already taking place at present without acquisition of control in some Member States – including Germany. An expansion of the competences of the European Commission should not lead to the existing level of protection in these Member States being reduced.

117.* In the view of the Monopolies Commission, an arrangement in the Merger Regulation should hence contain both a relatively high-level quantitative condition for action and a qualitative condition for action which already operates when there is a low level of participation, on proviso of adherence to further influencing factors. The quantitative facts ensure rapid recognisability and legal security on the part of the companies and competition authorities. Using the qualitative action criterion prevents circumvention attempts and facilitates the monitoring of all problematic case constellations.

118.* In the view of the Monopolies Commission, the goal pursued here of creating as few additional bureaucratic burdens as possible for the companies involved with the expansion of the Commission's competence can be achieved by two means. Firstly, one should consider entrenching "safe harbours" in the law, that is constellations which do not fall within the scope of the Merger Regulation from the outset. One could for instance exempt conglomerate holdings from control by competition authorities. Secondly, it would be possible to limit the additional bureaucratic burden on the companies involved and the European Commission through suitable procedural rules. In the view of the Monopolies Commission, it would be possible to structure the procedure in such a way that the companies involved initially only have a limited obligation to report. This report could be subjected to a relatively tight deadline (e.g. ten working days), during which, firstly, the suspensory obligation applies and, secondly, the competence between the European Commission and the Member States' competition authorities is clarified. The procedural rules of the respective Member State or of the Merger Regulation would apply immediately subsequent to this clarification, that is, where appropriate, also the obligation to register and the suspensory obligation.

119.* In the view of the Monopolies Commission, the SIEC test stipulated in Art. 2 of the Merger Regulation should also apply as a substantive test to minority holdings without acquisition of control. The potential competition-related problems related to such minority holdings do not differ fundamentally from competition-related problems with minority holdings with acquisition of control or majority holdings. Hence, there is no factual reason to apply any other substantive yardstick in the first mentioned cases. Furthermore, the division of the yardstick is countered by the legal uncertainty which this would entail for the companies involved.

District heating

120.* District heating is understood as a form of supplying centrally-generated heat to industry and the population. District heating suppliers typically produce the heat in dedicated heating plants or as a by-product of electricity generation in combined heat-and-power plants and transport it through a large system of pipes in order to sell it primarily as heating energy for buildings. The providers of district heating are vertically-integrated companies and, as operators of district heating networks, are active in sales and frequently also as producers of heat. Customers are not able to change between different district heating suppliers.

121.* The Federal Cartel Office published a sectoral study of the district heating sector in 2012, in which it put forward the opinion that district heating also does not compete with other forms of heating sufficiently effectively. The Federal Cartel Office hence presumes that district heating suppliers have a market dominant position. In the view of the Monopolies Commission, the blend of many different institutional effects however makes it difficult to reliably assess the competitive pressure which emanates from alternative forms of heating. In order to further analyse the market definition, above all additional empirical analyses are needed in the view of the Monopolies Commission. The Commission is currently examining the possibility of carrying out an analysis of its own, and points in this context to the problem of access to the data of the Federal Cartel Office.

122.* Several sets of price abuse proceedings are ongoing against individual district heating suppliers which were initiated most recently in particular by the Federal Cartel Office as a result of the sectoral study. The Monopolies Commission takes the view that primarily the market definition in the district heating sector should be further strengthened in order to underpin the need for intervention. Having said that, proof of price abuse is difficult to provide, particularly because of potential structural cost differences between the supply areas. The problems also appear to occur locally and to be permanent. This suggests that a potentially market dominant position on the part of the district heating suppliers could require a sector-specific, permanent solution, in particular, price regulation.

Cartel prosecution

123.* In order to identify agreements that are in infringement of competition law in accordance with Sec. 1 ARC and Art. 101 TFEU, the Federal Cartel Office has at its disposal as a matter of principle sets of tools for reactive cartel prosecution and sets of tools for proactive cartel prosecution. With sets of tools for reactive cartel prosecution, the authority does not commence the investigation process until it has received reliable information from the market participants giving rise to well-founded suspicion of agreements that are in infringement of competition law (e.g. bonus applications, complaints). The investigation costs are hence incurred during the period when reliable information are provided. The effectiveness of reactive cartel prosecution depends heavily on the willingness of the market participants to participate. When it comes to sets of tools for proactive cartel prosecution, the authority initiates the investigation process. The tools primarily include empirical-based economic analyses. Investigation costs are also incurred with open-ended investigations. What is more, empirical analyses can initially only provide indications, but not proof. However, it is possible to recognise unlawful agreements early, which can reduce the damage to welfare speedily and heighten the deterrent effect of existing sanction measures.

124.* To date, the Federal Cartel Office has exclusively relied on reactive prosecution tools in cartel proceedings. Foreign competition authorities, in particular in the USA and sporadically in Europe, have already collected experience with proactive cartel prosecution. Although it has not yet been possible to ascertain that proactive cartel prosecution is of any considerable significance for the outcome of the proceedings, the increased use of such tools has been noted for quite some time.

125.* The Monopolies Commission considers that proactive cartel prosecution using economic analysis methods certainly has the potential to influence competition supervision more extensively, in particular as a complement to reactive cartel prosecution. However, at the present time it recommends observing developments in detail so far, above all in the European countries in which measures for proactive cartel prosecution are applied or are currently being implemented, and intensifying the exchange of experience with the authorities in question.

126.* The Federal Cartel Office continued its investigations in the consumer goods sector in the period under review, and implemented proceedings on branded consumer goods (beer, potatoes, chocolate goods, instant coffee and specialities, animal feed, frozen pizzas, detergents and cleaning and cosmetic materials). Further sets of cartel proceedings related to chemical wholesale, porcelain, wallpaper, railway lines and similar products for railways, as well as building materials. The Monopolies Commission particularly appraises the Office's practice with regard to cleaning and cosmetic materials, railway lines and other products for railways, as well as building materials, in order to demonstrate important current developments in German cartel prosecution practice.

127.* The proceedings on the cartel case regarding cleaning and cosmetic materials were conducted in the period 2007-2013. The cartel case was a separate case, but its matter was related to a number of sets of cartel

proceedings concerned with luxury cosmetics products and consumable chemicals which had been conducted in Germany and in other European Member States in recent years. The Federal Cartel Office furthermore initiated proceedings as long ago as 2008 against manufacturers of branded consumer goods on suspicion of exchanging information in several product areas (including confectionery, detergents and animal feed), and in one case on suspicion of coordinated price increases, in which fines have now also been imposed. These sets of proceedings overlap in some respects with regard to those involved in the proceedings.

128.* The Monopolies Commission welcomes cartel prosecution in the consumer goods sector, in particular in the case of cleaning and cosmetic materials taken as an example here. The coverage of such cases is highly important, not only to prosecute hardcore restraints pure and simple, but also in order to increase the preventive impact of the cartel regulations. The fines that have been imposed take account of the circumstance that the damage that is done to competition is all the greater as a rule the more intensively competitors coordinate their market conduct by exchanging strategic information.

129.* An extraordinarily serious, comprehensive breach of competition related to the cartel case concerned with the “friends of the rails” (*Schienenfreunde*). This was the name adopted by those involved in a cartel the origins of which might be fifteen to twenty years in the past, and in the context of which prices and/or volumes for rails, points and railway sleepers were agreed. The Federal Cartel Office analysed several groups of offences in two sets of proceedings covering a period of commission from at least 2001 to 2008 and in some instances up to 2011.

130.* The case relating to the rail cartel clearly indicates the risks and disadvantages of cartels for the offenders, the victims and other parties involved – also regardless of the imposition of fines on the cartel members. In this regard, it is interesting for the reporting of the Monopolies Commission for several reasons:

- Firstly, it makes clear the high degree of relevance now assumed by strategically-planned action in the context of the rules on official cartel prosecution for the companies that are involved in cartel proceedings.
- Secondly, it shows the potentially grievous risks taken by those in responsible positions within the companies in financial terms and with regard to the companies’ reputations if they underestimate the significance of breaches of competition and fail to enact compliance measures.
- Thirdly, this case indicates potential risks taken by those who are not involved in the cartel (clients, employees) if they themselves do not pay sufficient attention to possible breaches of competition law which are subsequently detected by the competent authorities.

131.* The prosecution of cartels in the building materials industry has for years constituted a focus of the activities of the Federal Cartel Office. This is due to the market structure and here in particular to many interlocks between the building material companies and in existing surplus capacities. The prosecution practice of recent decades shows that breaches of competition in the building materials sector are frequently very comprehensive and serious despite the fragmented market structure.

132.* The Federal Cartel Office also initiated or implemented several sets of cartel proceedings in the building materials sector in this period under review, namely in the sectors concrete paving stones and other concrete building components. Additionally, the Federal Cartel Office completed the sectoral study in the field of rolled asphalt which it had initiated in mid-2010. Following on from the sectoral study, sets of administrative proceedings were initiated and many joint ventures were unravelled nationwide. Furthermore, the Office initiated a sectoral study of the ready-mixed concrete sector at the end of 2013, and reserves the right to also carry out further sectoral studies and sets of individual proceedings in other fields of the building materials sector (e.g. sand and gravel, rising back-up masonry).

133.* The Monopolies Commission welcomes the systematic analysis of the market structures by the Federal Cartel Office and the associated continuation of cartel prosecution in the building materials sector. It recognises the willingness of the market players to examine established structures in the event of competition law concerns. Additionally, it is in favour of the public sector paying greater attention to competition risks in the building materials sector within public procurement procedures.

Limited distribution (in particular Internet sales)

134.* The control of the sales chain by manufacturers (or importers) is ambivalent if one takes an economic view. On the one hand, this limits the freedom of contracting partners in competition. On the other hand, such agreements facilitate efficiencies of vertical integration. It is recognised that some types of vertical restraint are particularly damaging as a rule. Such contractual conditions are however not simply in infringement of competition law; rather, considering the precise constellation, an individual exemption can be considered. Having said that, in this case the contracting parties or the users carry the burden of producing evidence and proof with regard to compliance with the prerequisites for the exemption.

135.* The Federal Cartel Office continued its prosecution of restraints of competition in distribution relationships in the period under review, and in doing so paid particular attention to the prosecution of breaches of competition in Internet sales. The proceedings of the Office can be allocated to a variety of groups of cases.

136.* The Federal Cartel Office in particular continued the prosecution of vertical price maintenance in several sets of proceedings (Festool, Dr. Hauschka). In these cases, the manufacturers exerted pressure on traders in the sales chain to enforce a price level fixed in advance.

137.* The Federal Cartel Office analysed the terms of business of Amazon with regard to ‘best price’ clauses. The company operates an Internet platform on which goods are sold firstly by Amazon itself, and secondly are offered by third-party traders. These traders have been obliged by Amazon to comply with a price parity clause. The Federal Cartel Office considered the price parity clause primarily as a horizontal restraint of competition since the platform operator (Amazon) and the third-party traders are direct competitors on the trade markets in question. It was possible to discontinue the proceedings at the end of 2013. The Monopolies Commission considers the evaluation of the case by the Federal Cartel Office in terms of competition to be correct on the basis of the outcome of the investigation.

138.* In further sets of proceedings, the Office took up the practice of several platform operators of obliging hotels which offer rooms on their platform to comply with a ‘best price’ clause. This ‘best price’ clause is exclusively to be examined as a vertical restraint of competition since the platform operators concerned do not maintain their own range of rooms. The requirement of the ‘best price’ clause limits competition between the providers of hotel rooms by taking away their freedom to offer hotel rooms outside the platform at a price that can be chosen freely.

139.* When evaluating the practice of the Office, it is necessary to take account of the development of Internet sales. ‘Best price’ clauses facilitate effective advertising vis-à-vis consumers who can be pointed to guaranteed best prices. Such clauses were hence an effective means of establishing hotel booking portals as a new service to make it easier to search for hotel rooms. At the same time, they protect the booking portal from hotels using them but room bookings nonetheless being made directly with the hotel (free-riding problem). It however remains unclear to what degree there is a free-riding problem here, and whether ‘best price’ clauses may be necessary in order to prevent hotels using the advantages connected with the platform (easier to find, etc.) without paying for them. The platform operators concerned by the proceedings have so far not been able to substantiate their submission in this regard. Having said that, proof appears to be difficult to provide here, so that the allocation of the burden of proof is likely to be decisive here as a rule.

140.* Competition has evidently increasingly shifted to the relationship between the booking platforms inter se. A free-riding problem is also unlikely to occur in this competition relationship. The Monopolies Commission considers the approach taken by the Federal Cartel Office to be correct from a legal point of view, but points out that many questions remain unresolved in economic terms.

141.* A further group of cases within the practice of the Office relates to cases in which a brand manufacturer attempts to exert an influence on the sales channels via which its products are (re)sold, namely to the disadvantage of online traders. It is able to do so particularly by charging different prices for supplying high-street retailers and online traders (dual price system; cases on domestic appliances and garden tools), or by establishing a selective distribution system with quality requirements which can be satisfied above all via retail sales (cases on sports articles). The establishment of a dual price system pursues the same goal, but unlike requirements for selective distribution does not link directly to the distribution of the product by the distributors, but to the prices for the products distributed (considerations).

142.* These cases relate to a grey area between brand and competition protection. There is contention in particular as to the degree to which manufacturers may restrict Internet sales in order to ensure a specific price signal (high price) towards consumers as an element of their brand strategy, which is orientated towards prestige and exclusivity. The Federal Cartel Office does not recognise sales criteria which are to protect the “aura of exclusiveness” or the prestige of the manufacturer’s brand. It refers in this regard to European case-law critically judging restraints of competition to protect any brand image and hence also questioning the statements in the Guidelines on Vertical Restraints.

143.* The Monopolies Commission does not necessarily share the Office’s view that the European case-law questions the Commission’s Guidelines. It stresses that the guidelines constitute a compromise as to the line, which is difficult to draw, between aspects of brand and competition protection, and that they are therefore as yet also regarded as a yardstick for commercial trade for the market players. Where the Guidelines do not do justice to the individual case as a general yardstick, the Monopolies Commission considers that it should be taken into account that the Internet in particular still constitutes a relatively new distribution channel which manufacturers integrate into their business models to constitute a part of a commercial strategy – as a matter of principle to be developed unilaterally by the manufacturer in question. It should furthermore be taken into account that distribution requirements as a matter of principle do not give rise to reservations in terms of competition where they strike a suitable balance between trademark protection and the interests of competition. Finally, an individual exemption for measures to protect a brand should be particularly considered when traders act as free-riders by obtaining and distributing branded products via grey channels in order to benefit from the good reputation of a branded product without however contributing to the investment made in creating the brand.

144.* In the view of the Monopolies Commission, the actions of the Federal Cartel Office in the concrete case practice so far are not objectionable. It is crucial here that these were typically cases in which manufacturers with a strong market position were able to exploit their latitude for conduct relating to requirements for Internet sales, or in which several manufacturers established the same form of selective distribution networks across the entire market. It should be ensured in such cases that brand manufacturers do not bring the sales channels under their control to such a degree that the independent development of Internet trade is tangibly prevented in the long term. The practice of the Office is orientated towards ruling out such a hindrance. Having said that, such regulation of the distribution channels may be favourable to vertical integration.

Sanctions and compensation

145.* The German courts had to rule in several cases on constitutional issues regarding the sanctions in cartel-related cases in the period under review. The Monopolies Commission presents its statement on this case-law from a competition policy perspective.

146.* In the “grey cement case” the Federal Court of Justice affirmed the constitutionality of individual provisions contained in the ARC on the level of fines, but without clarifying all the unresolved contentious issues. The Federal Cartel Office has revised its guidelines on fines in response to the case-law of the Federal Court of Justice in order to facilitate an adjustment of the procedural practice in line with that case-law. The Monopolies Commission nonetheless considers it to be necessary that the German law on cartel fines be revised. Problems are caused by the fact that the many contentious issues which have been open for a prolonged period prevent in the long term the development of a uniform, predictable fines practice and its acceptance by the parties subject to the law.

147.* The Federal Cartel Office brought proceedings to a conclusion in several cases in the period under review by agreeing on the discontinuation of the proceedings (“settlements”). Such settlement proceedings are an important tool for the Federal Cartel Office in order to ensure that resources are used efficiently, and have now taken on considerable practical significance. The Office recently set out the procedural principles which are applicable to the settlement procedure in an information sheet. In this sheet, it stresses that the prerequisites for agreeing on the discontinuation of the proceedings are not regulated by non-constitutional law, and in particular that the provision contained in the Code of Criminal Procedure (*StPO*) on negotiated agreements within criminal procedure does not apply within the competition authority’s settlement proceedings. With regard to the procedure for negotiated agreements under criminal law, the Federal Constitutional Court however found in the period under review that there were shortcomings in terms of the rule of law. A number of the risks which the Federal Constitutional Court considers to exist cannot be dismissed in an at least similar form also in the competition authority’s settlement procedure. The Monopolies Commission regards settlements as a tool that is necessary under competition policy, and calls for a reform of the provisions on the competition authority’s regulatory offences procedure to be carried out soon.

148.* The Federal Constitutional Court has, finally, confirmed the constitutionality of the obligation to apply interest to the competition authority’s fines in accordance with the provisions of the ARC. The Monopolies Commission welcomes the decision of the Federal Constitutional Court since it ensures legal security with regard to the obligation to apply interest to fines.

Private cartel prosecution

149.* The enforcement of compensation claims on this basis of breaches of competition continues to encounter considerable difficulties for private plaintiffs in practice. The European Commission has therefore put forward a new proposal for a directive on private compensation actions. The proposal takes account of decisions of the European and national courts handed down in the period under review on the relationship between public (= competition authority) and private cartel prosecution. It was possible to complete the legislative procedure in April 2014 in terms of its content, just before the end of the legislative period.

150.* The directive is to be regarded as a reform of civil cartel procedures showing the way forward and governing a number of questions which have been disputed for all Member States for some time (e.g. the passing on of charges and the rights of indirect victims, presumption of damage). It would nonetheless have been desirable with regard to some individual questions if more time had remained after the publication of

the proposal for working out the final wording of the directive. For instance, in particular the statutory restrictions raise questions when it comes to disclosing specific categories of evidence (Art. 6).

151.* A question that was a subject of particular contention in the legislative procedure related to the legal position of direct and indirect victims *inter se*. The question needs to be asked as to why the directive carries out full harmonisation in this respect and does not leave any latitude to the Member States.

152.* According to the final version of the directive, deliberate overcompensation caused by multiple compensation (such as in the shape of punitive damages) only remains possible under national law on the basis of an explicit statutory order. The Monopolies Commission previously favoured such a provision. The directive selects a different approach in legal policy terms by enabling the competition authorities to allow a voluntary compensation arrangement on the part of cartel members towards any cartel fines. It remains to be seen what the impact of this regulation would be.

153.* Some questions also remain open after the directive has been accepted which, whilst they have become relevant in compensation proceedings, also play a role outside them. This particularly relates to the liability of parts of companies to which a breach of competition is attributable without their being the addressees of a fining decision. According to the quoted European case-law, this question is a matter of substantive law (on the factual side) and not merely a question of the addressee of the liability in terms of fines (in terms of the legal consequences). There is an urgent need for a statutory clarification that German law is not opposed to liability being attributed in accordance with European law.

154.* With regard to the legal position of compensation plaintiffs in the context of the sets of cartel proceedings, the Monopolies Commission considers the decision of the parliament adopting the directive for an exemption from liability to be justifiable. The practicability of the liability privilege for small and medium-sized enterprises with a small market share, by contrast, appears questionable.

155.* The directive is accompanied by a recommendation from the European Commission on injunctive and compensatory collective redress mechanisms. Depending on the implementation of the recommendation in other Member States, the Monopolies Commission is in favour of examining the applicable procedural rules for damages actions with a view to the Commission's recommendation on collective injunction and compensation proceedings.

The significance of compliance

156.* The prosecution practice of the Federal Cartel Office is likely to encourage the development of a compliance culture among the market players. Largely refraining from dealing with the topic of compliance in the Office's public relations work however leaves unused an effective means to additionally encourage companies to engage in conduct which is lawful under competition law. The Monopolies Commission gives several limited recommendations in this regard.

Specific sectors – intellectual property in competition

157.* Protective rights lend to the owner a right of exclusivity regarding intellectual creations, and are hence also subsumed as Intellectual Property (IP). Competition law can counter a closing of markets through intellectual property rights being exercised in an anti-competitive manner. Here, competition law as a rule leaves these rights as such unaffected in their existence, and merely restricts their exercise, by for instance, merely permitting to claim non-discriminatory licence fees instead of allowing the prevention of market entries.

158.* Several special features are however to be taken into consideration when applying competition law here. These emerge above all from the fact that the law on intellectual property is mainly focussed on a spe-

cific facet of innovation efficiency and on legal certainty, whilst competition law pursues a much broader list of goals and strongly distinguishes in relation to the facts of the concrete individual case.

159.* Access to standard-essential patents (SEP), facilitated by competition law, places the market position of the owners of these rights into perspective, since such position was not acquired on the market, but by means of the standardisation agreement. Particular importance attaches in this regard to the possibility for users of an SEP to counter its owner by means of a “competition law compulsory licence objection”. The possibility basically provided by patent law, namely for the patent owner to exclude third parties, arbitrarily and unconditionally, from the utilisation of the patent's subject matter, can appreciably hinder competitors, preclude all competition and thus enable the patent owner to obtain unjustified monopoly gains.

160.* The Monopolies Commission acknowledges the internationally-recognised pioneering role played by the Federal Court of Justice in the development of this objection in the “Orange Book” judgment. It however shows that the requirements called for by the Federal Court of Justice, and particularly by the lower courts that were subsequently called on to address it, do not lend adequate significance to the protective purposes of competition law.

161.* The ECJ is currently called on to clarify in preliminary ruling proceedings originating in Düsseldorf Regional Court whether and under what conditions the owner of an SEP which has undertaken to licence it to third parties at fair, reasonable and non-discriminatory (= FRAND) rates must be called on to accept the compulsory licence objection.

162.* Parallel to the development that has been described, the European Commission discontinued proceedings against Google/Motorola and Samsung, primarily in return for commitments that no further bans on use would be enforced for SEPs (that are subject to the FRAND principle). In accordance with this decisional practice, it suffices if the licence-seeker has in principle declared their willingness to conclude a licensing agreement subject to “FRAND” conditions.

163.* The Monopolies Commission welcomes the establishment of the compulsory licence objection, and emphasizes the platform character of SEPs. It also appears to be decisive in this regard that the patent owner, by bringing this patent into the standard, particularly declares (conclusively) that he/she wishes it to be used. As long as patent law does not have any (effective) tools for the inclusion of such particularities, the courts, as well as the competition authorities, must take this into account on the basis of competition law. At least with SEPs that are subject to the FRAND principle, hence, it appears to be dispensable as a rule to pay or deposit the licence fee prior to using the patent if the licence-seeker is concretely willing to negotiate.

164.* Several potential solutions are analysed in the outlook beyond competition law for SEP-specific problems. In addition to the widespread introduction of FRAND obligations in the framework of inclusion of IP in standards, in particular improved transparency in connection with standardisation processes and standards appears to be desirable. Not lastly in an international comparison, it also appears that intensification of the cooperation already existing in some cases between standardisation organisations, patent and competition authorities could counter shortcomings in information and realise considerable steering potential.

165.* The revised rules for technology transfer (TT) agreements were adopted at European level in March 2014, encompassing a block exemption regulation and guidelines. The significance of these rules also emerges from the fact that contracts that have been concluded by the companies for the competition authorities are at best transparent with regard to certain aspects, and that disputes in this regard only rarely come before the courts. The TT reform constitutes a careful modernisation which treats individual, previously-approved agreements much more critically in some respects, but for instance also establishes a kind of “safe harbour” for specific technology pools.

166.* The Monopolies Commission welcomes both the proceedings and the outcome of the TT reform. A fundamental criticism of the Monopolies Commission, which does not only relate to the TT regulations, however targets the competition authorities' general lack of an overview over contractual structures actually prevalent on individual markets. In the view of the Monopolies Commission, it appears to be problematic that the generally-provided withdrawal of the advantages of block exemption regulations in relation to specific market structures has taken on virtually no practical significance as yet, primarily for this reason as well as because of the lack of precedences.

167.* A recurring, increasingly significant problem can be caused by the fact that data definitions created by companies and protected as intellectual property come to apply as market standards. If it is impossible or virtually impossible to participate in (derived) markets without using such data standards, the refusal of a licence may constitute abuse of a market dominant position.

168.* The most recent development of one of the best-known European cases in this field, namely *IMS Health*, serves to illustrate the problems that are related to such proprietary data standards. The legal dispute has been going on since 2000; the case is currently before the Federal Court of Justice for a (first) ruling. The underlying legal problem derives from copyright protection for a database structure which had divided the territory of the Federal Republic Germany into 1860 individual regional segments. The subject matter of the dispute is the market introduction of information compatible with these data definitions by a competitor. The ECJ handed down a landmark ruling in the case as early as in 2004 which recalled that refusal to grant a licence only constitutes abusive conduct within the meaning of competition law under unusual circumstances. Three criteria were derived from the case-law the fulfilment of which the national courts had to answer themselves. The Frankfurt Regional Court and the Higher Regional Court as a matter of principle presumed copyright protection of the underlying data definitions and denied the creation of a new product as well as the application of an objection of a compulsory licence.

169.* The Monopolies Commission points out in this context that the criteria repeatedly referred to in the previous case-law of the ECJ, unlike as widely assumed, likely only constitute examples of the requirements of competition law abuse. The decisive aspect in this respect is damage to consumer interests. The high degree of similarity between standard-essential patents and data standards also appears to be of particular significance here. Accordingly, in relation to database rights, it may already be possible under certain circumstances to rule out a copyright prohibition of use from the point of view of competition law abuse of market power if this would unjustifiably harm consumer interests.

170.* Comparable cases were related to the licensing of securities codes, which have caught on as market standards in some instances on the basis of standard setting processes, and partly through path dependencies, while being protected by copyright. The European Commission achieved a partial waiver of the exercise of partly disputed exclusivity rights here by means of undertakings, as well as the partial opening of a data standard for competition. Thus, in addition to facilitating competition, in particular the pricing power of the right holders is restricted.

171.* The Monopolies Commission fundamentally welcomes the application of competition law to open up proprietary data standards. It points out that the holder of a market dominant position has an increased duty of care for the competition (remaining) on the markets concerned. If the owner of the right however abuses its market dominant position counter to this special responsibility, it can be considered in particular to push forward interoperability through competition law. The application of the prohibition of cartels can also be considered regardless of an instance of concrete abuse where a market-closing exercise of rights is based on competition-restricting agreements.

172.* The opening of a large number of markets that are currently closed off appears to be made possible by means of a general rule based on the Federal Court of Justice's Orange Book standard, which draws the legal consequence from the factual comparability of essentially commercial rights concerning data definitions to patents. Such a rule appears to be justified in macroeconomic terms, at least if the monopoly-like market positions provided by rights to data definitions are based not on special innovativeness or special investments, but above all on time priority and on network effects. In such cases, it may appear necessary not only on the basis of competition law, but also of the Constitution, to constrain the as yet largely unrestricted exercise of copyright by application of competition law. Appropriate licence fees and recognition of authorship can certainly do justice to the legitimate interests of the authors in such exceptional cases.

173.* In particular in the medium and long term, it appears preferable to include interoperability aspects and competitive openness at the planning, establishment, introduction and refining stages of data and interface standards as against a subsequent restriction of the exercise of individual rights in individual cases. This is favoured not solely by the concomitant legal certainty *ex ante* and the considerable savings in transaction and uncertainty costs. In particular the positive dynamic effects of designing data and interface standards as a platform that is open to competition can exceed the static advantages several times.

174.* The ECJ's Premier League judgment has revealed the boundaries imposed on the right of the licensor of audiovisual intellectual property rights on the basis of the fundamental freedoms and competition rules of the European Treaties to make requirements of licensees over and above the protected area of the intellectual property right. This judgment was wrongly partly interpreted as the prelude to the Europeanisation of audiovisual intellectual property rights based on competition law. Right owners may continue to restrict licences in factual and geographic terms within the (national) basis of the intellectual property rights. However, such restrictions, where they relate to fundamental freedoms and/or competition, must be suitable and necessary to protect the right in question.

175.* The ECJ listed and confirmed these principles in detail in a number of further judgments. Particular importance appears to attach here to the fact that restrictions imposed by collecting societies may also be justified by virtue of the fact that they ensure effective control of the utilisation of protected works in the context of the licence and the proper payment of the fees that are owed. Despite the enforcement of fundamental freedoms and competition rules, this European case-law can however also entail new market distortions and disadvantages for consumers. Against this background, the Monopolies Commission welcomes the consultation of the European Commission to examine the regulations on EU copyright law.

Specific sectors – The media

176.* It is very widely felt that the media provide services of general interest by transmitting opinions and content. The exercise of freedom of opinion, information, the press and broadcasting is particularly protected in terms of fundamental rights. If the State permits competition between media providers in broadcasting, it must however prevent concentration developments leading to a constitutionally-problematic restriction of the channels to transmit content and opinions.

177.* The Federal Cartel Office continued its procedural practice on the establishment of online video portals within joint ventures in the period under review. In this context, it raised concerns against a joint video platform of ARD and ZDF ("Germany's Gold"). The two groups of broadcasters have now given up the project. In a further case, Düsseldorf Higher Regional Court confirmed an earlier order of the Federal Cartel Office in which the stations RTL and ProSiebenSat.1 were prohibited from establishing and running a joint video platform ("Amazonas").

178.* The case-law on video platforms has provoked severe criticism among the market players. Whilst the Monopolies Commission considers this criticism to be understandable, it does not appear to be justified. The platform project of the private groups of broadcasters RTL and ProSiebenSat1 was not exemptible, not lastly because of the cross-media effects on the television advertising market which were exerted against those concerned in this case. The Federal Cartel Office also took into account impacts across markets in the case of the video platform of ARD and ZDF, in this case by including the state aid-related competitive advantage which accrues to the state broadcasting companies because of their contribution-based financing. The central problem in both cases with regard to competition was the fact that the agreements were to go far beyond the degree that was necessary for the operation of the platforms and standardise the market presentation of those concerned. In view of the dynamic in this field, the Monopolies Commission reserves the right to undertake a more detailed survey of the competition situation on the media markets.

179.* A court ruling in the period under review also related to the question of whether the central negotiation monopoly of the Federal Press Distribution Association (Bundesverband Presse-Grosso) violates European competition law. The Düsseldorf Higher Regional Court confirmed a ruling of the Cologne Regional Court in terms of its outcome according to which the restraint of competition on price and terms provided for in the press distribution system is incompatible with European competition law. The Monopolies Commission considers the rulings of both courts to be correct in terms of their outcome, and is calling on the legislature once more to remove the special arrangement for wholesale press distribution, which has been inserted into the ARC by means of the Eighth Reform.

Special sectors - health insurance

180.* The German competition rules in the field of health insurance are also not satisfactory after the 8th reform of the ARC. Particular criticism attaches to the ongoing splintering of the legal channels in procedural law on competition. The reform has brought about improvements in substantive law, but it is a matter for criticism that the scope of general competition law has not yet been extended to cover the relationship between the health insurance funds inter se and in the relationship with the insured parties.

181.* With regard to European law, the legal view of the legislative bodies on the basis of European case-law in the period under review and the relevant Commission's Guidelines is incorrect. As a partly commercial activity, statutory health insurance is designed as a commercial activity within the meaning of European law, and in this respect is already subject to European competition regulations.

182.* Indications of structural competition problems have however also arisen in private health insurance in the period under review since changing insurers continues to cause considerable difficulties in practice there. The Monopolies Commission hence reserves the right to analyse the health insurance markets again in the foreseeable future.

The procedural relevance of quantitative methods

183.* There is a procedural requirement for the Federal Cartel Office to collect reliable information within the deadlines set for a ruling that does justice to the facts. Multifaceted quantitative methods were applied in individual cases in the current period under review within data analysis in proceedings of the Federal Cartel Office. The quantitative methods were selected by individual cases in all sets of proceedings, and largely focused on descriptive statistics; relatively complex methods of inductive statistics, such as econometric methods in the form of regression analyses, were the exception in this regard. Descriptive statistics already plays a major role, for instance when it comes to the market definition and in sectoral studies for the practice of the Federal Cartel Office. What is more, the Federal Cartel Office is examining the analyses in accordance with

the standards for economic expert reports, increasing numbers of which are being submitted. The fact that the Federal Cartel Office appears to attach greater significance to empirical analyses and to the application of quantitative methods, and that it regards them as constituting an integral component of the exercise of its official activities, is demonstrated by the creation of a new G 3A “Data collection and econometrics” division in January 2014.

184.* The Monopolies Commission welcomes the willingness of the Federal Cartel Office to involve quantitative methods more intensively. The quantitative analyses carried out so far helped supporting the decisions of the Federal Cartel Office. The Monopolies Commission emphasizes that, in order to establish novel, complex methods, they absolutely must be applied in a manner that is continuously precise and consistent. In particular, the consistent application of methods should be favourable to efficiency increases and increased transparency in the practice of the Federal Cartel Office. For instance, in the context of merger rulings to assess the degree of closeness between of the companies in question in terms of competition on markets with heterogeneous products, “diversion ratios” could be calculated for which there is no need of any a priori specified market definition. The validity of empirical analyses is largely contingent on the quality and quantity of the available data. In the view of the Monopolies Commission, and taking budgets into account, it might also be possible for private data sources, such as scanning data in food retail, to be a high-quality alternative here to the data specifically collected and to those transmitted by the companies.

Ex-post evaluation of the practice of the Federal Cartel Office

185.* An ex-post evaluation of the practice of the Federal Cartel Office offers the possibility to measure the de facto impact of an act of the Federal Cartel Office after a period of time has passed. According to the OECD, the goals pursued in ex-post evaluations vary between reporting on the (overall) activity of the authority to be accordingly evaluated, detailed ex-post analyses on specific procedural decisions and their impact on the markets concerned, as well as of an investigation of the influence exerted by competition policy on the economy as a whole. By conducting ex-post evaluations, the authorities in question can inform the legislative bodies, consumers and companies of the past practice of the Federal Cartel Office, document the macroeconomic benefit of effective competition supervision, obtain information on making the decisional practice more effective and parse impulses on macroeconomic factors emanating from the Federal Cartel Office’s decisions.

186.* The advantages of ex-post evaluations in opposition to costs – in particular to the resources needed. The Monopolies Commission nonetheless considers as a matter of principle a stronger ex-post evaluation of the procedural decisions of the Federal Cartel Office – for instance with regard to merger control proceedings on oligopolistic markets, but also cartel and abuse proceedings – to be desirable. Possible loss of reputation, or actions for damages based on negative ex-post evaluations, by contrast, do not constitute convincing counterarguments from the point of view of the Monopolies Commission. Rather, the long-term benefit of optimised decisional practice and of increased credibility that is due to objective and also critical evaluations is supposed to eliminate any reservations and more than compensate for any costs incurred. One might consider an evaluation by the Federal Cartel Office, albeit it cannot be denied that such action entails the risk of bias on the part of the institution, which would be evaluating itself. This objection would not apply if another institution than the Federal Cartel Office were to be entrusted with the evaluation. Here, one could consider firstly commissioning the Monopolies Commission; secondly another institution could be considered. The fact that the Monopolies Commission already carries out a form of evaluation by evaluating the practice of the Federal Cartel Office principally favours its being commissioned.

The Market Transparency Unit for Fuels

187.* The Federal Cartel Office's Market Transparency Unit for Fuels (MTS-K) went into operation on 31 August 2013. In accordance with Sec. 47k (2) ARC, operators of public petrol stations, as well as companies which are entitled to set prices at public petrol stations, are obliged in Germany to report the sales prices for the fuel types Super E5, Super E10 and Diesel to the MTS-K by electronic means within five minutes of making a change. The fuel prices that are collected by these means are then passed on to providers of private consumer information services that are registered with the MTS-K, which make them available to consumers on request via an electronic information platform. A complaint unit is always attached to the respective information services at the same time to which consumers can complain about incorrect fuel prices. In general, there is growing demand so far for the information provided by the MTS-K from the consumer information services and from consumers.

188.* The Monopolies Commission in principle acknowledges the efforts made by the legislature to enhance consumers' market position by disseminating price information. The dissemination of information could enable consumers to exert pressure on providers and hence promote competition. It remains questionable, however, whether it can be the job of state entities to support consumers' position by collecting and disseminating price data on a specific market. Against this background, the Monopolies Commission welcomes the fact that Sec. 47l(3) ARC provides for the MTS-K to be evaluated three years after commencement of the duty to report.

189.* With regard to the oligopolistic market structures, which are currently characterised by vertical integration, the Monopolies Commission recommends expanding the duty to report to include the fuel quantities sold and the corresponding refinery, transfer and wholesale prices. In order to maintain the oil companies' operational and commercial secrets, and because of the lack of direct significance for consumers, it should however not be possible to forward the sales volumes collected to the consumer information services. For the purposes of analysis and in the interest of practicability, it should be sufficient for the data on the volumes sold not to be reported in real time as with price data, but bundled and with a time lag, for instance, once per week. The Monopolies Commission furthermore welcomes the initiation of a sectoral study on refineries and oil wholesale by the Federal Cartel Office in September 2012. This sectoral study is to analyse competition conditions in the oil industry's production and wholesale levels that are upstream from the petrol station markets. In this context, the Monopolies Commission once more points to the significance of an analysis of the sales prices of oil suppliers and wholesalers, as well as of the vertical and volume exchange contracts.

V. Economic activity on the part of local authorities and the trend towards remunicipalisation

190.* Efforts have been observed for several years in a large number of local authorities and in many sectors to expand own economic activities. The share of the revenue of local authority companies as part of nominal gross domestic product rose by nearly 60 percent in the period from 2000 to 2011. The expansion of the economic activities on the part of local authorities in recent years is however not limited to local authorities "remunicipalise" the activities which they had previously privatised. Additionally, local authorities are acting by also expanding their activities in fields which were previously organised on a private economic basis. Local authorities are active in virtually all sectors here, but their economic activity is not growing to the same degree in all sectors. The Monopolies Commission places the focus of this analysis on the expansion of economic activities on the part of local authorities in the sectors energy and water supply, telecommunication and refuse disposal. In general, it is possible to observe three central motives for the expansion of economic activities on the part of local authorities: the desire to provide a better service, fiscal interests and the pursuance of local policy goals, especially as regards industrial, social and environmental policy.

191.* The law imposes boundaries on the activities of local authorities when it comes to establishing, managing and remunicipalisation economically-active companies. These legal boundaries are to do justice in particular to regulatory and competition policy motives. Important requirements for the activity of the public sector lie in the regulations on competition, public procurement and state aid legislation. As a matter of principle, restrictions furthermore arise for commercial activity on the part of local authorities in terms of the scope of the right of local self-government in accordance with Article 28 of the Basic Law, for which for instance the Federal *Länder* have enacted special regulations contained in the local government regulations. Here, a central restriction on each economic activity on the part of local authorities lies in the requirement that such activity must be carried out on the basis of a public purpose.

192.* In principle, the requirement that the economic activity of local authorities must be necessary is to be understood such that a public institution can better take on the task than a private one. Scientific studies show very clearly that – if no special conditions apply – the performance of public companies is less efficient in general than that of private companies. It must therefore be considered in the individual case whether there is a major disturbance of the market function necessitating activity on the part of local authorities in order to improve welfare. Against this background, local authorities' economic activities should above all focus on fields of natural monopolies, such as operating networks, where quality criteria difficult to establish in contracts play a major role and a failure of competition is not countered by regulation. By contrast, the pursuance of other local political goals does not constitute a public purpose requiring economic activity on the part of the local authorities. The enforcement of municipal goals such as safeguarding jobs or of a local value added frequently means inefficiently deploying resources which could be put to better use elsewhere. What is more, considerable shortcomings arise in terms of transparency and hence control.

193.* The Monopolies Commission has analysed the general situation and competitive interaction of economic activity on the part of local authorities. A core aspect here relates to the transparency of municipal action. In order to reduce information-related problems, and so that both citizens and policy-makers can evaluate the risks arising from economic activity on the part of local authorities, action on the part of local authorities in particular should be as transparent as possible, and should be steered by an efficient regulatory framework. As a matter of principle, a large number of transparency regulations apply to public budgeting. The relatively complex regulations however do not always facilitate sufficient transparency regarding the risks shouldered by the local authority, particularly with regard to company holdings. With the exception of state-run enterprises, the income and expenditure of local authority companies are not recorded in the core budget and its annual financial report.

194.* An overview of local authority holdings is provided above all by the “municipal consolidated financial accounts”. This is an approach recently adopted by public budget management in order to improve the transparency of public holdings. The consolidated financial accounts is based on the concept that a local authority – comparable to a group holding – maintains both the core administration and various holdings the individual financial statements of which are combined in the consolidated financial accounts of the holding company. Although the local authority consolidated financial accounts tends to considerably improve the transparency of the local authorities' holdings, it is only being gradually introduced by the Federal *Länder* as being obligatory.

195.* As long as not all local authorities are yet obliged to submit a local authority consolidated financial accounts, transparency of economic activity on the part of local authorities is created above all by the “holdings report”. This report, which is customarily to be prepared on an annual basis, primarily serves to provide a compressed, structured overview of the economic situation of all those companies in which the reporting public municipal administration has taken a direct or indirect holding. The drafting and publication of a hold-

ings report is in principle provided for in almost all local government regulations of the Federal *Länder*, but is not regulated with the same degree of comprehensiveness in all places.

196.* Where no corresponding regulations yet exist, the Monopolies Commission recommends the Federal *Länder* to standardise in their respective local government regulations that local authority consolidated financial accounts, including all individual financial statements, are to be drawn up and that the holdings reports of the local authorities must contain information on all local authority holdings, regardless of the legal form or the amount of the holding. Furthermore, the holdings reports are to disclose all measures of success, the assets situation and all financial relationships of local authority companies with the local authorities and between the holdings. In the reports, the local authorities should be obliged to describe the public purpose of the holdings and to evaluate the public value added of these companies in the current year. Finally, local authority consolidated financial accounts and holdings reports are to be published on the Internet in a transparent manner for all citizens.

197.* Another aspect related to the transparency and verifiability of local authority activity concerns the fees charged by local authority companies. A problem with regard to many services provided by local authority companies lies in the fact that they frequently are not exposed to sufficient or indeed any effective price or quality competition. If, however, competition is not applied as a control instrument for the fees, the question arises of whether there are other tools protecting citizens against excessive fees. Account is taken of a variety of problems related to the general democratic legitimation of fees for public services by not subjecting the pricing of local authority companies solely to indirect decision-making by citizens. Rather, the legal system has a variety of protective and supervisory mechanisms in the shape of competition law fee supervision, price regulation and fee supervision under local by-laws. They are however not equally effective, but in some cases this also depends on the conditions for control and the possibilities to calculate a fictitious competition fee as a yardstick for such fees.

198.* In particular the supervision of fees appears to the Monopolies Commission to be inadequate in this context. In the same way as taxes and contributions, fees are a typical source of income of the public sector. Particularly many utilisation fees constitute a service in return for a service provided by local authority companies and are comparable with private commercial pricing. The exercise of control tasks is two-fold within fee supervision: On the one hand, local government regulations provide for *Land*-specific corresponding tasks of the supervisory authorities, whilst on the other hand the administrative courts also exercise fee supervision in response to actions filed by citizens. The Monopolies Commission considers a particularly serious hurdle for their effectiveness to lie in the lack of centrality of the review of the charges. The competent institutions must examine the fee amount on the basis of an undetermined cost standard which is difficult to operationalise, such as the local authority fees acts. The effective application of a cost standard however requires special economic expertise and specialised staff resources, which it is frequently not possible to properly establish and maintain in many individual, local institutions.

199.* Against this background, the Monopolies Commission recommends improving transparency with regard to the amount of fees for local politicians, informed citizens, the municipal supervisory authority and the administrative courts. What is more, the yardsticks for examination stipulated by the administrative courts as to the fees for use, the particularities of public tasks, and possible efficiency potentials in particular, should be more specifically taken into account. The efficiency of fees can be best made examinable under the extant conditions by taking a comparative market approach, which however requires the fee revenue to be standardised. This is why the Federal *Länder* should standardise an obligation to publish the revenue per volume unit of the service with use fees. This should create a relatively strong impact, whilst the effort for the local authorities would remain relatively slight since the necessary data should already be available. Such a requirement in the local authority fee laws of the *Länder* could read as follows:

“The local authorities shall be obliged to publish, within the following year, the revenue accounted for with-in a year by a unit of the relevant fee yardstick of a use fee. Details of the fees yardstick to be applied in the revenue calculation for specific services shall be governed by an ordinance.”

200.* Specific competition-related problems in various sectors are to be pointed out in connection with local authority activities. With regard to drinking water supply, the Monopolies Commission first of all points to the analysis that it made in its eighteenth Biennial Report. In this, it had particularly recommended the introduction in the medium term of a sector-specific (incentive) regulation orientated towards the efficient provision of drinking water by German drinking water suppliers. It should however be noted that the Federal and *Land* Governments have not so far made any recognisable efforts to further explore the above requirements as to investigation. In the meantime, competition law price abuse proceedings have been a major starting point in recent years for encountering the market power problem in the water sector. As a result of the new provisions contained in the 8th reform of the ARC and of the explicit removal of fee details from the competence to investigate abuse, the effectiveness of the proceedings now however appears to be impaired. Rather, the above amendment of the ARC now provides a certain degree of legal certainty that a (bogus) remunicipalisation facilitates the “circumvention” of fee supervision under competition law. The Monopolies Commission fundamentally welcomes further initiatives, such as the resistance of citizens’ initiatives against excessive water fees or various benchmarking projects of the water suppliers. Having said that, these approaches cannot be regarded as being sufficiently effective for a variety of reasons. This is why there is an urgent need to publish the fees in accordance with the fee standard that has been described above so that the fee supervisory bodies can monitor efficiency in the long term. Over and above this, the Monopolies Commission holds to its statement that price regulation of German drinking water suppliers is necessary in the medium term.

201.* Local authority companies have taken on an active role on telecommunications markets since the beginning of liberalisation as wholesale operators, as network operators and in recent years also increasingly as integrated providers of a broad spectrum of telecommunication services. Focussing on the expansion of fibreglass infrastructures, they are a major player when it comes to achieving the broadband objectives of the Federal Government and the European Commission. It should nonetheless be ensured that distortions of competition as a consequence of an increasing local commitment should be avoided. It is largely unproblematic when local authority companies restrict themselves to building and running passive network infrastructures. Should they operate as integrated network operators and service-providers, anti-competitive cross-subsidies must be ruled out within local authority companies or groups. To this end, there is an urgent need for utilities to organise their activities in a separate company or division. In the interest of subsidiarity, local authority commitment should be limited where these services can be provided by private companies.

202.* Considerable growth in local authority activities has been observed in the energy industry for several years. Its share of revenue among nominal gross domestic product more than doubled between 2000 and

2011. Since possibilities to affect conditions for local authorities on the markets for grid-based energy are much smaller than is frequently presumed, there are no particular circumstances here able to justify commercial activities on the part of the public sector, especially in competition with private companies. Hence, the Monopolies Commission does not consider any convincing reasons to exist to expand local authorities' energy-industry commitment. The remunicipalisation trend that can be observed is currently being enhanced by the fact that many network operation concessions are expiring and need to be re-assigned. Concession contracts are not subject to the provisions of the ARC on public procurement, so that a competition-based procurement procedure is not always guaranteed. This causes particular problems when the right of access is transferred to a local authority-owned company. Therefore, the legislature should examine including concessions to operate energy supply networks in the field of application of the formal procurement procedure. A major competition parameter should be the amount of a deduction offered from the network utilisation fee or the annual revenue ceiling.

203.* There is currently discussion in the waste management sector of distributing roles among local authority and private companies in a variety of areas. When it comes to waste from private households, first of all as a matter of principle the local authorities, as public-law waste management service-providers, are responsible for disposal, with the justification of this constituting a general interest service. The Packaging Ordinance (*Verpackungsverordnung*) enhanced the role of private industry in the nineties since it was obliged to take back packaging that was in circulation after its use, and to see to it that it was disposed of. The intention here was for much greater consideration to be given to environmental aspects when designing products. A third major area of the disposal landscape is constituted by the "commercial collections" whose purpose is to generate revenue, and which therefore primarily focus on profitable substances such as recovered paper, electrical scrap or used clothes. Private disposal firms traditionally operate in this field. The collection and recovery of municipal waste, the dual system for disposing of packaging and commercial collections form the three core areas of the waste management sector, each with its own competition conditions and different roles played by the local authorities and private industry.

204.* In the field of the disposal of municipal waste, and of domestic waste in particular, a considerable increase has been observed for several years when it comes to the activity of local authority companies. Local authority companies are concentrated here in densely-populated areas, whilst almost exclusively private companies operate in rural districts. All in all, the situation as regards competition is currently not satisfactory when it comes to domestic waste disposal. Here, the local authorities have de facto monopoly rights, which can be transferred to the local authority waste management service-providers via the possibilities of in-house procurement. The Monopolies Commission rejects the uncompetitive basic system to which this leads. There is a need for competition "for the market" to be stepped up by local authorities which are currently still carrying out disposal on their own striving for a transition towards putting out domestic waste disposal to tender. Invitations to tender, which have been highly successful for a long time, particularly in rural areas, show that private companies can provide the necessary services at least as well as local authority waste management service-providers. An invitation to tender would also have the advantage of better control of ecological standards since it would facilitate a clear separation between the waste management service-providers that were commissioned and the entity executing the local authorities' responsibility for disposal. In general terms, the Monopolies Commission considers the waste management sector to have a highly suitable framework for establishing quality criteria in contracts in a transparent and verifiable manner. That said, no convincing reasons can be found why tasks must be exclusively carried out by local authority companies. In any case, transparency of the amount of local authority use fees should be increased by local authorities having to report the revenue per item according to the revenue standard set out below.

205.* With regard to alternative models of competition between competing domestic waste disposal companies, one possibility worth examining would be to permit each household to select freely whether to take part in the fundamentally local authority-organised disposal system or instead to regulate waste disposal itself with the help of licensed disposal providers. In such a competitive system, a company commissioned by the public-law waste management service-providers, as the “basic disposal firm”, would provide the disposal services, but citizens could themselves elect to change to another disposal firm.

206.* Unlike domestic waste disposal, the dual system for packaging disposal is under private industry responsibility. Counter to some portrayals and complaints, the transfer of the responsibility of the disposal of packaging to the manufacturers and the opening of the dual system to competition has fundamentally proven to be successful. In the view of the Monopolies Commission, opening to competition and the subsequent market entry also halved the disposal costs whilst at the same time raising the quality of packaging disposal. Having said that, considerable problems have arisen recently. Current developments indicate that companies have in some cases used exceptions provided in order to circumvent their obligation to take part in a dual system and thereby save costs. This leads to considerable distortions between the individual dual systems, and can even endanger the stability of the universal collection service as a whole. The Federal Government has already reacted to the developments and decided to amend the Packaging Ordinance. The planned reform will considerably restrict the existing possibilities to remove volumes of packaging from the licence obligation. The Monopolies Commission trusts that the intended amendments to the Packaging Ordinance will cause the system to become stable once more.

207.* Also indicating these recently occurring problems in the dual system, local authority waste management service-providers and parts of private industry are calling to do away with competition. Whilst the private waste management sector would like to see a partial transfer of responsibility to a central body, and hence a kind of return to the system with only one operator, local authorities are endeavouring to ensure that they themselves are responsible for disposal. The Monopolies Commission is unambiguously opposed to all efforts that would primarily lead to a restraint of competition and to an enhancement of market positions. The procurement of disposal services by the public-law waste management service-providers would create considerable risks, and even incentives for less efficient service-provision. This system is hence particularly disadvantageous, and should be emphatically rejected.

208.* The Monopolies Commission regards as problematic the current development of competition in commercial collections. Local authority waste management service-providers have been considerably expanding their activities here recently. This is particularly caused by court rulings and legal reforms favouring the public-law disposal of waste from private households. Particularly caused by the more extensive duty to report as a result of the amendment of the Closed Cycle Management Act (*Kreislaufwirtschaftsgesetz*), the activities of the private collectors have been made much more difficult. Whilst the Monopolies Commission welcomes the intention of the legislature to have this report prepared by an authority that is independent of the public-law waste management service-providers, this independence is however not sufficiently guaranteed by the decision taken by some Federal *Länder* to transfer responsibility for this to the lower waste authorities. It cannot hence be ruled out that conflicts of interest will occur at local authority level. In the view of the Monopolies Commission, it is therefore essential to ensure the independence of the authority which can prohibit commercial collections. In line with the original version of the amendment, this task is therefore to be transferred to a central agency in all Federal *Länder*.

209.* In the view of the Monopolies Commission, the regulatory framework for commercial collections should as a matter of principle be re-structured in the long term in order to facilitate fair, effective competition, and at the same time to permit local authorities to fulfil their guarantee responsibility. In such a system,

the local authorities should only operate in the commercial collection sector in clearly defined cases since a public activity is not generally required here.

210.* In the result of the detailed analysis, the Monopolies Commission tends to be sceptical as to excessive public economic activity and tendencies towards increasing remunicipalisation. Against this background, it considers it to be primarily important to enable decision-makers and supervisory bodies to carry out an evaluation in individual cases by virtue of greater transparency and the tools that have been shown to carry out an evaluation in the individual case.

VI. Competition in the financial markets

211.* The financial and economic crisis, as well as the ensuing regulatory initiatives, have caused the Monopolies Commission to analyse competition on the financial markets, and in particular on the banking markets. In this context, it studies the impact of regulation on implicit state guarantees, the structure of the German three-pillar model when it comes to the associated groups, as well as selected competition-related issues related to financial products and transactions.

212.* Germany largely has a bank-based financial system, that is, banks play a much more important role when it comes to capital allocation than the capital markets do. The German banking system is characterised by the three pillars of private, state and cooperative banks. The particularities of this system include the development banks and the savings and cooperative associated groups. The associated groups are characterised by a considerable degree of division of tasks. What is more, because of their regional orientation, the institutions belonging to the respective associated groups only compete with one another to a limited degree.

213.* An unambiguous consolidation process has taken place in the German banking sector in the last two decades. Due to the strict separation between the three pillars, this primarily took place within the pillars, and not between the pillars. The falling number of institutions has led to an increase in the average size of German banks, as well as to greater market concentration. Nonetheless, the German banking system remains highly fragmented in an international comparison. This does not however necessarily permit one to conclude that the German banking system is per se more intensive in terms of competition than are systems in other states. International comparative studies have at most established a slightly above-average competition intensity for the German banking sector in the past. It should furthermore be taken into account that competition in the banking sector is product specific and frequently regionally flavoured, and can vary greatly within an economy. Studies for Germany show an intensity of competition which increases from the North East to the South West.

Implicit guarantees

214.* During the financial crisis, in particular the development banks and the savings banks (Sparkassen) and cooperative banks ensured at the local level that it was possible to successfully maintain the supply of credit. The associated groups however have a division of tasks which is similar to that of corporate groups in some regards. The balance is particularly less advantageous with the savings bank group if one takes into account the fact that the Landesbanken also belong to this group. Apart from individual private banks, in particular most Landesbanken have had massive problems during the financial crisis which necessitated extensive state aid.

215.* The financial crisis showed that so-called “implicit state guarantees” constitute an unacceptable systemic distortion of competition. This distortion results from banks not being able to leave the market as other market players can because they are too big to fail, because they are too connected to fail or because they have a large number of similar business models (“too many to fail”), and because their business hence entails

such risks that uncontrolled domino effects might be triggered should they leave the market. Banks and other financial market players who other market players consider to be systemically relevant benefit from an implicit state guarantee. This implicit guarantee directly acts as a guarantee of survival. What is more, it entails indirect advantages (in particular refinancing advantages) since it is continuously taken account of by the other market players. This state guarantee is implicit because, unlike state aid, it is not based on explicit state action.

216.* It is difficult to measure implicit guarantees. One possibility is the empirical investigation of market players' expectations with regard to rescuing possibly systemically relevant financial market players. The Monopolies Commission commissioned an expert report with this aim in mind, which concluded that a higher-than-average expectation of a rescue significantly increases both the willingness to take risks of the individuals responsible and the market power of the banks which have already got into dire straits. The study furthermore provided indications that the comprehensive rescue actions by the FMSA in comparison to those of the bank-specific security systems had an additional amplifying effect on the tendency to take risks and the market power of the banks in question. Studies by the OECD using credit ratings furthermore show that the refinancing advantage increased markedly as a result of the implicit guarantees over the financial crisis, but that it has been falling since mid-2011. For the ten German institutions observed, a value of the implicit guarantee of EUR 10 billion was recorded as per mid-2013. The scope of existing rescue expectations can moreover be derived from the ratings which investors use as a basis when investing in products to refinance the systemically relevant companies. The publications of systemically relevant banks themselves also indicate the existence of implicit guarantees at times.

217.* The rescue expectations, which are based on an implicit state guarantee, may have a variety of causes. A major reason however lies in a regulation which is not sufficiently orientated in line with the commercial risks and which enables financial market players to establish systemic risks and to pass them on to the State, and hence ultimately to the general public. A central lesson that is taught by the financial crisis is that regulation absolutely must aim to remove the implicit guarantees from the companies that benefit from them and to eliminate them. As a matter of principle, competition or supervisory measures can be considered to eliminate implicit guarantees.

218.* The competitive advantage associated with an implicit guarantee cannot however be directly defined via the existing competition law. Competition law relates to advantages which companies have because, alone or together, they create scope for conduct or exploit such scope which cannot be questioned by other market players. In the case of implicit guarantees, financial market players can by contrast make the State (and thus other market players) liable for their losses.

219.* Implicit guarantees were also not regarded as a supervisory problem prior to the financial crisis because the dangers posed to the stability of the system by the collection of systemic risks were neglected for a long time. The financial crisis however made it clear that financial market players who have an implicit guarantee can thus make the State liable for their losses in a way that may place individual states under extreme stress or even exceed their capacities.

220.* The European Commission attempted to do justice to the problem of implicit guarantees in the financial crisis within its state aid proceedings. State aid legislation is at least indirectly suited to counter the competitive advantage resulting from the implicit guarantee. As a matter of principle, state aid legislation does not pursue any direct compensation for the implicit guarantee of survival which the individual financial market players have. In the case of making use of an implicit guarantee, however, it requires compensation for the state aid that is provided. Moreover, in these cases the European Commission also demanded compensa-

tion for distortions of competition which resulted from banks with an implicit guarantee suffering from endogenous problems and only being able to survive in the crisis by claiming on this guarantee.

221.* The legislation that was introduced as a result of the financial crisis is to reduce the risk of the State being claimed against by neutralising existing implicit guarantees or preventing new ones from being created. The primary goal of regulation here is to make it indispensable for the State to act to safeguard financial stability. Absorbing the competitive advantage and the related market distortion is not yet in the foreground of this regulation.

222.* There is agreement that, within regulation, a combined approach has the best prospects of remedying the problem of implicit guarantees. The following regulation is relevant here with regard to implicit state guarantees:

- Regulation to neutralise such guarantees, in particular rules on resolution and divestiture (including regulations on the separation of banks), as well as regulation regarding security systems (e.g. statutory deposit protection):
- Regulation to avoid the creation of implicit guarantees by collecting systemic risks, in particular equity and liquidity rules, accompanying regulations on monetary and capital market-based leverage (e.g. via securities lending and derivative transactions), bonus limits and sanction rules, the introduction of an (anticyclical) financial transaction tax, possibly absolute transaction ceilings and the introduction of financial merger control with a view to establishing or strengthening a systemically relevant position; and finally
- Regulation to increase transparency when it comes to the accumulation of systemic risks, both for authorities and for professional and non-professional market players (including regulation on rating agencies and their ratings).

A further relevant field is the expansion of regulation to cover “shadow banks” and shadow bank transactions. Most of these regulatory fields have been the subject of fundamental reforms since the financial crisis.

223.* The Monopolies Commission has analysed the legislation with regard to the degree to which it can reduce distortions of competition that were revealed in the crisis through implicit guarantees. As the probably most effective means of neutralising implicit guarantees, the Monopolies Commission favours the establishment of a resolution mechanism. In this regard, an important first step has now been taken both at EU level and at national level. The close connection with the rules on EU state aid proceedings appears noteworthy as a positive feature. The resolution mechanism will however only be effective if, when the next crisis breaks out, sufficient sources of finance capitalised by the market players are available (security systems, resolution fund) and if the State’s discretion as to exemption from liability for individual market participants is reduced to a minimum. In the view of the Monopolies Commission, ongoing monitoring and refining of the existing resolution and restructuring mechanisms is needed to this end.

224.* In contrast, the legislation on the separation of banks favoured by policy-makers appears to be symbolic and of dubious benefit. The refinement of statutory deposit protection as an element of the existing private security systems, by contrast, is capable of making an effective contribution towards reducing implicit state guarantees.

225.* The capital rules are at the core of the regulation to make it difficult to build up risks which can lead to an implicit state guarantee. Since January 2014, new legislation has been in force at EU level in this regard which largely implements the recommendations of the Basel Committee (Basel III) and leads to a quantitative increase in the risk-weighted minimum capital ratio. The Monopolies Commission essentially welcomes

these measures to strengthen banks' capital base. It is regrettable that Germany has favoured "maximum harmonisation" in the reform of the capital requirements, and has been opposed to individual Member States introducing more stringent rules. The equity rules now in force are a step in the right direction, but they are still too low in the view of the Monopolies Commission.

226.* The risk-weighted capital requirements are to be supplemented by the introduction of a (maximum) leverage ratio in order to limit absolute indebtedness in the banking sector and to prevent destabilising debt-reduction processes resulting from this. As a simple, non-risk-based benchmark, the leverage ratio places the core capital in a ratio with the unweighted total assets. The leverage ratio is not to be introduced bindingly in the EU until 2018, when experience has been gathered with this tool. The Monopolies Commission essentially welcomes the introduction of a leverage ratio, but considers the contemplated amount of three percent as too low.

227.* The financial crisis has revealed that risks for financial stability may ensue not only from inadequate capital backing, but also from liquidity bottlenecks. Liquidity requirements are therefore to be introduced in the EU within the implementation of Basel III. In the case of crisis-enhancing (procyclical) modes of conduct, they have a preventive effect against the market drying out and implicit guarantees being taken up. The introduction of a liquidity coverage ratio is to strengthen the short-term resistance of banks' liquidity risk profile, and to ensure that they can meet their short-term payment obligations. It is to be gradually introduced in the EU between 2015 and 2019. The introduction of a liquidity coverage ratio in the EU is fundamentally welcome, but its manifestation is not without its problems in terms of competition policy. The planned net stable funding ratio, which is to make banks more resilient by improving medium- to long-term financing, currently still causes a number of questions. With regard to the two liquidity benchmarks, at least from today's point of view, a manifestation that is in harmony with the proposals of the Basel Committee appears to be required in order to avoid international distortions of competition.

228.* The existing capital and liquidity rules must be supplemented by special rules for leverage financing on the monetary and capital markets. Leverage encompasses transactions such as securities lending transactions and repurchase agreements and derivative transactions. In this respect, the Monopolies Commission is in favour of the consistent implementation of the recommendation which the Liikanen Commission had put forward as an alternative to its proposal on the separation of banks. This recommendation provides for a general risk restriction via non-risk-weighted capital requirements for assets held for trading. Additionally, the supervisory authorities should have the power to demand that high-risk commercial transactions be separated off in individual cases. Moreover, a mix of risk-limiting or transparency-enhancing provisions and conduct on the part of the authorities would make sense in individual cases, as is recommended by the Financial Stability Board, amongst others.

229.* It is necessary to await the impact of the regulation of bonuses as an accompanying measure. The planned financial transaction tax is the object of criticism, particularly if the tax were not to be designed anti-cyclically. As an alternative to this, the introduction of a financial stability levy should be considered as has been brought into the debate by the International Monetary Fund. Punitive sanctions should address the actual problem, namely the exploitation of implicit guarantees, and not only – as at present – violations of administrative requirements.

230.* As a further tool to limit the expansion of systemic risks, the Monopolies Commission suggests, similar to competition law, the introduction of financial merger control for take-overs which establish or strengthen a systemically relevant position.

231.* In the view of the Monopolies Commission, there is an urgent need for transparency to be increased on the financial markets in a coherent manner in order to enable the authorities and the market players to evaluate risks better. One-sidedly attributing ever more individual competences to the authorities is however to be seen critically.

232.* The development of the regulation of shadow banks remains to be awaited. The Monopolies Commission is positive about the approaches taken to date.

233.* The regulatory structure examined here can help to reduce the systemic distortions of competition connected with implicit guarantees. When shaping the regulatory structure, policy-makers should use the available latitude in order to counter a one-sided regulatory preference of capital-market-based company financing, where this is accompanied by unjustified regulatory competitive disadvantages, particularly for small institutions. International regulatory convergence should be enhanced in order to promote the competitiveness of the European financial markets and to counter any further fragmentation of the financial markets. National measures which go further should remain possible in an international comparison.

The three-pillar system

234.* Following on from the systemic competition-related questions, the Monopolies Commission has taken a closer look at the structure of the German banking system from a competition law and economics perspective.

235.* The German three-pillar system is characterised by a juxtaposition of private, state and cooperative banks. Regardless of their public mandate, the state banks are fundamentally subject to competition rules where they act on a commercial basis. This public mandate is however defined in such a vague manner that the concrete content of this mandate has been unrecognisable for quite some time. The Monopolies Commission recommends a clearer definition of the concrete mandate of the state banks in order to prevent unjustified distortions of competition in view of only allegedly public tasks. The guideline should be whether the tasks have demonstrable advantages for consumers which go beyond the market outcomes that can be generated in competition.

236.* The savings bank group and the cooperative FinanzGruppe have refined their combined structures since the turn of the millennium in a manner which comes relatively close in certain respects to the formation of an economic unit. The Monopolies Commission acknowledges the efficiencies that can be generated by engaging in cooperation within associated groups as a positive element of such cooperation. In view of the so far strongly regional market position of the associated groups, cooperation within the associated groups is however not without problems (risk of closing off of markets). It is therefore all the more important that competition rules be adhered to in cooperation within the associated groups. In this regard, a major problem consists in the lack of external transparency of cooperation within the associated groups. The Monopolies Commission urgently recommends increasing this transparency. At the same time, it is in favour of the competition authorities attentively observing the further developments of the cooperation within the associated groups.

237.* The Monopolies Commission has fundamental reservations with regard to the regional principle under savings bank law. These reservations only relate to the statutory provisions, and not to the autonomous decision of each savings bank for or against a regionally-limited business activity. The statutory regional principle was originally justified by virtue of the fact that the savings banks were to carry out public tasks in the region of their controlling entities for which the latter therefore took on a statutory liability guarantee. The liability of the entities had to be abolished for reasons of state aid law. Simply to ensure the public mandate, the regional principle is however as little necessary among the savings banks as with other municipal com-

panies for which there are no such special provisions. The equally regionally-active cooperative banks are also not subject to a statutory regional principle.

238.* The connection of the state banks to the public sector continues to cause problems, at least in view of the only vaguely-defined public mandate of these banks. The Monopolies Commission presumes that the advantage entailed by the institutional liability and liability of the guarantor for the institutions of the savings bank group probably no longer exists. The provisions contained in the savings bank acts on surplus appropriation and tax exemptions are however likely to entail advantages that are relevant in terms of state aid the justification of which is questionable. As to the Landesbanken, the Monopolies Commission calls for consistent adherence to state aid law. The same applies as to the development banks where these are not only active in cases of market failure (in particular the KfW development bank).

239.* The Monopolies Commission finally favours – irrespective of the prevailing trend – greater facilitation of the participation of private individuals in the savings bank group. The previous initiatives to open up the savings bank group for private investors make it possible to strengthen the savings bank group in line with the market, and are fundamentally welcome. The reservations expressed by policy-makers against a continuation of the opening of the savings bank group can be understood, but appear to be unjustified or exaggerated. Such an opening can take place so that compliance with the public mandate is permanently assured to the institutions of the savings bank group. The previous situation in which they were public entities pure and simple appears unsatisfactory both with regard to economic efficiency and to the implementation of the public mandate. An obstacle to better supervision of the financial institutions belonging to the savings bank group is finally likely to emanate from the close interlocks between the group and the political arena. The definition of the public mandate of the savings banks by policy-makers, and the exercise of supervisory responsibility in the administrative council of the savings banks, should be separated from one another in personnel terms.

Financial products and transactions

240.* Competition with financial products is very much characterised by the structural framework on the financial markets, namely by intensive regulation, and in Germany by the three-pillar structure of the German banking system. The market is admittedly in a state of flux. Both demand for and supply of financial services are becoming increasingly highly differentiated. This should be taken into account when assessing the competition situation with regard to financial products and transactions. The Monopolies Commission restricts itself here to addressing current market developments in which structural problems reveal themselves.

241.* The supervisory and competition authorities have already concluded investigations, partly worldwide. In several cases, against major international banks and other financial market enterprises for manipulations of interest benchmarks have come to light (e.g. Libor, ISDAfix) and reference rates (for currency). The Monopolies Commission has reservations that there could be a structurally founded cartel tendency on some markets of international financial business. The cases of manipulation that have come to light are being investigated at present, whilst in addition to sanctions, measures are also being taken in order to resolve the structural causes of the manipulations that have been revealed. It is nonetheless questionable whether the action that has been taken so far is sufficient. The Monopolies Commission favours the permanent introduction of stronger supervisory and competition authority control of the setting of reference values by the market players. Additionally, the Monopolies Commission recommends examining the spectrum of sanctions for cartel breaches since the fines that have been imposed so far evidently do not constitute an adequate deterrent.

242.* Competition-related problems in trading on the capital markets have been the subject of increasing international observation for some time, be they submission cartels in take-over cases, coordinated “creeping” take-overs, coordination of stock exchange flotations or of trade transactions (e.g. by circular trading) or abuse of market power (cornering). The Monopolies Commission considers a need for clarification to exist in this regard.

243.* The European and German competition authorities have been dealing with competition problems in connection with payment transaction services for quite some time. Both the European Commission and the Federal Cartel Office have carried out a number of sets of proceedings in recent years against the operators of card systems (e.g. credit card companies) and other payment infrastructures. The various payment systems are platforms and are characterised by network effects. Problems are caused in particular by “interchange fees” with card payments and restrictive agreements in the sets of clauses of the payment systems. Experience with the countermeasures that have been adopted so far has been mixed. The Monopolies Commission is observing the developments on the market.

244.* A structural problem which is directly tangible for consumers, but which is difficult to solve with the tools available under competition law, exists with regard to fees for cash machine withdrawals. The Federal Cartel Office is aware of this problem, and it is being investigated. Irrespective of that, it is vital in the view of the Monopolies Commission to further improve cost and fee transparency for consumers.

245.* Questions of investor and consumer protection vis-à-vis financial service-providers have a competition policy component if any problems are caused by distortions of competition against individual consumers or consumers as the “opposite side of the market”. The Monopolies Commission welcomes the statutory measures implemented by the EU to make it easier to change accounts and to compare account fees, as well as to increase the cost transparency of financial investments. Furthermore, it is suggesting examining in detail the actions taken to date for consumer protection in financial advice against the backdrop of the Regulation on key information documents for investment products.

246.* Finally, the Monopolies Commission sees indications that implicit state guarantees exist not only for banks and other market players, but also for financial products. This applies in particular with regard to Pfandbriefe and similar “covered bonds” and sovereign bonds and other bonds to finance public spending. The Monopolies Commission favours where possible abolishing regulatory privileges associated with such implicit guarantees and eliminating disadvantages to competing financial products (in particular ABS), unless they are objectively justified.