

Auszug aus Hauptgutachten XVII (2006/2007)

# **Einleitung**

## **Aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik**

---

### **1. Wettbewerbspolitische Aspekte der Bahnprivatisierung**

---

# Inhaltsverzeichnis

|  |    |
|--|----|
| 1. Wettbewerbspolitische Aspekte der Bahnprivatisierung..... | 47 |
|--|----|

## Einleitung

### Aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik

#### 1. Wettbewerbspolitische Aspekte der Bahnprivatisierung

1. Die Bundesregierung hat im April 2008 beschlossen, noch in diesem Jahr die Beteiligung privaten Kapitals an der Deutschen Bahn AG (DB AG) zu ermöglichen. Damit werden verschiedene Ziele verfolgt: die Stärkung der Eigenkapitalbasis und damit der Investitionskraft der DB AG im Hinblick auf die Herausforderungen des europäischen Schienenverkehrsmarktes, die Gewinnung zusätzlichen Kapitals zur Ertüchtigung des Schienennetzes, die Steigerung der Attraktivität des Schienenverkehrs durch innovative Investitionen und ein Beitrag für den Bundeshaushalt. Umgesetzt werden soll die Teilprivatisierung in einer veränderten Konzernstruktur. An deren Spitze wird – zu 100 Prozent im Bundeseigentum – die DB AG als Holding-Gesellschaft stehen. Die DB AG wird einerseits zu 100 Prozent Eigentümerin aller Infrastrukturunternehmen sein, so dass das Gleisnetz und die Bahnhöfe weiterhin vollständig im Eigentum des Bundes verbleiben. Andererseits werden die gegenwärtigen Gesellschaften für den Güterverkehr, den Personenfernverkehr und den Regionalverkehr sowie die dazugehörigen Dienstleistungen in einer neuen Gesellschaft für die Bereiche Verkehr und Logistik zusammengefasst, an der sich mit maximal 24,9 Prozent privates Kapital beteiligen soll. Private Investoren sollen jedoch keinen unternehmensbestimmenden Einfluss auf den Kernbereich der Unternehmenspolitik der DB AG erhalten. Für die Umsetzung dieses Konzepts ist der Abschluss eines Beteiligungsvertrages des Bundes mit der DB AG geplant; einer gesetzlichen Grundlage bedürfe es nach Artikel 87e GG nicht.

2. Aus der dargestellten Struktur ergibt sich, dass der Konzernverbund von Netz- und Betriebsgesellschaften nicht aufgelöst wird. In dem Kompromisspapier des Koalitionsausschusses heißt es ausdrücklich, dass der integrierte Konzern der DB AG erhalten bleibe und gesichert werde. Andererseits werde aber aus wettbewerbs- wie aus europarechtlichen Gründen sichergestellt, dass der Bereich Verkehr und Logistik keine diskriminierenden Einflüsse auf die Infrastrukturunternehmen ausüben könne.

3. Die Monopolkommission sieht in dem Teilprivatisierungskonzept einen deutlichen Fortschritt gegenüber früheren Plänen zur integralen Privatisierung der Deutschen Bahn AG unter Einschluss von Netz und Betrieb. Sie hat sich schon bei früherer Gelegenheit für eine eigentumsmäßige Separierung des Netzes und die Ausgliederung aus dem Konzernverbund der Deutschen Bahn AG ausgesprochen, die am besten das Diskriminierungspotenzial des Unternehmens gegenüber Wettbewerbern im Netz und eine tatsächliche Gleichbehandlung aller Eisenbahn-

verkehrsunternehmen erreichen könne.<sup>1</sup> Der Beschluss der Bundesregierung verwirklicht diese Zielvorstellung zwar nicht, weil die künftige teilprivatisierte Gesellschaft für Verkehr und Logistik und die Infrastrukturgesellschaft Teil desselben Konzerns sein werden. Möglich bleibt aber eine spätere Aufspaltung des Konzerns in ein Eisenbahnverkehrsunternehmen, das dann vielleicht auch in größerem Umfang privatisiert wird, und ein Infrastrukturunternehmen, das den konkurrierenden Eisenbahnverkehrsunternehmen neutral gegenübersteht. Eine integrale Privatisierung hätte diese Option für die Zukunft praktisch ausgeschlossen. Sie hätte damit einen Weg verbaut, der nach Auffassung der Monopolkommission auf Dauer am ehesten geeignet ist, die Leistungsfähigkeit des Bahnsektors innerhalb des gesamten Verkehrssystems zu erhöhen und den Anteil der Eisenbahn an der gesamten Verkehrsleistung zu steigern. Dies läge im Interesse von Verladern und Fahrgästen und würde die Umweltbelastungen durch den Verkehr insgesamt reduzieren. Es wäre im Übrigen auch die einzige Lösung, die eine Trennung der privatwirtschaftlichen und öffentlichen Interessen ermöglicht.<sup>2</sup>

4. Der Kabinettsbeschluss hält freilich auch für die Zukunft an einem integralen Bahnkonzern fest. Damit werden für die Konzernleitung erhebliche Anreize dafür geschaffen, die Unternehmenspolitik der Tochtergesellschaften so auszurichten, dass die kumulierten Geschäftsergebnisse optimiert werden. Implizit werden damit der Netzgesellschaft auch weiterhin Anreize vermittelt, konkurrierende Eisenbahnverkehrsunternehmen zugunsten der konzerneigenen Gesellschaft für Verkehr und Logistik zu diskriminieren. Dass das Netzunternehmen weiterhin zu 100 Prozent im Staatseigentum steht, verringert diese Anreize nicht. Die Erfahrungen mit anderen teilprivatisierten Staatsunternehmen im Bereich der Telekommunikation und der Post belegen vielmehr, dass der staatliche Eigentümer seinen Einfluss im Interesse einer Ergebnisverbesserung ebenso geltend macht wie ein privater Eigentümer und vielfach zusätzlich seine Regulierungskompetenzen in diesem Sinne nutzt. Nichts spricht dafür, dass dies bei der Deutschen Bahn AG anders sein wird. Umso wichtiger ist der Hinweis in dem Kabinettsbeschluss auf wettbewerbs- und europarechtliche Regelungen, die diskriminierenden Einflüssen der Gesellschaft für Verkehr und Logistik auf die Infrastrukturunternehmen entgegenstehen. Die Monopolkommission verweist auf ihre Analyse der geltenden Eisenbahn-Richtlinien der Europäischen Union, nach denen eine tatsächliche

<sup>1</sup> Vgl. Monopolkommission, Die Privatisierung der Deutschen Bahn AG, Sondergutachten 46, Baden-Baden 2006, Tz. 41.

<sup>2</sup> Vgl. ebenda, Tz. 26 und 29.

Unabhängigkeit des Bereichs Verkehr und Logistik vom Netzbereich gefordert wird.<sup>3</sup> Diese tatsächliche Unabhängigkeit kann auf vielfältige Weise beeinträchtigt werden, insbesondere auch durch personelle Verflechtungen. Die geplante Konzernstruktur impliziert, dass die Holding-Gesellschaft Einfluss auf die Gesellschaft für Verkehr und Logistik einerseits und die Infrastrukturunternehmen andererseits nehmen kann. Diese institutionelle Verflechtung darf aber nach Auffassung der Monopolkommission nicht noch zusätzlich durch personelle Verflechtungen verstärkt werden. Es ist daher darauf zu achten, dass Vorstandsmitglieder der Gesellschaft für Verkehr und Logistik nicht zugleich dem Vorstand der Holding und/oder dem Vorstand der Infrastrukturgesellschaften angehören und umgekehrt.

**5.** Für die Ausgestaltung der Beziehungen zwischen einer Holding-Gesellschaft und ihren Beteiligungsgesellschaften gibt es vielfältige Möglichkeiten. Vor allem lässt sich der Einfluss der Holding auf das operative Geschäft der Beteiligungsgesellschaften sehr unterschiedlich regeln. Diese Fragen werden Gegenstand des Beteiligungsvertrages zwischen der Bundesrepublik und der DB AG sein. Nach Auffassung der Monopolkommission kommt es wettbewerbspolitisch darauf an, die Gesellschaft für Verkehr und Logistik in ihren operativen Entscheidungen in größtmöglichem Umfang von den Einflüssen der Holding zu befreien. Gleiches gilt auch für die künftigen Infrastrukturunternehmen. Zwar wächst mit dieser operativen Unabhängigkeit auch das Bedürfnis für anderweitige Koordinationsmechanismen, doch ist eine Koordinierung unter Gleichgestellten zwischen den Netzgesellschaften einerseits und den Unternehmen für Verkehr und Logistik andererseits sehr viel eher dazu geeignet, das Eigeninteresse der jeweiligen operativen Gesellschaften zum Tragen zu bringen, als dies bei einer zentralen Koordinierung durch die Holding der Fall wäre.

**6.** Im Anschluss an die Einigung über das skizzierte Teilprivatisierungsmodell sind im politischen Raum Forderungen laut geworden, nach denen die Höchstgrenze von 24,9 Prozent für die Beteiligung von Privatkapital an der Gesellschaft für Verkehr und Logistik auf Dauer festgeschrieben werden müsse. Als rechtliche Instrumente, die zur Verankerung einer solchen Veränderungssperre in Betracht kommen, werden einfachgesetzliche Regelungen, eine Grundgesetzänderung und auch Tarifverträge genannt.

**7.** Die Monopolkommission lehnt solche Bestrebungen ab und betrachtet die Wirkungen solcher Regelungen mit großer Skepsis. Wie und von wem sich ein Unternehmen sein Eigenkapital beschafft, muss in erster Linie im Hinblick auf die zu dem jeweiligen Zeitpunkt bestehenden Verhältnisse und insbesondere die jeweiligen Gegebenheiten des Kapitalmarkts beurteilt werden. Angenommen, die Gesellschaft für Verkehr und Logistik benötige, um mit einem technologischen Entwicklungsschub Schritt halten zu können, in größerem Umfang neues Kapital; sie

wird dieses Bedürfnis entweder durch die – im Allgemeinen teurere – Aufnahme von Fremdkapital befriedigen können oder durch die Beschaffung von Eigenkapital. Wenn der staatliche Eigentümer unter den finanzwirtschaftlichen Gegebenheiten des jeweiligen Zeitpunkts das gewünschte zusätzliche Kapital nicht gewähren kann, würde die angestrebte Veränderungssperre bewirken, dass das Unternehmen das teurere Fremdkapital aufnehmen muss, statt sich über eine zusätzliche Privatisierungsstranche billigeres Eigenkapital zu verschaffen. Dies würde die DB-Gesellschaft für Verkehr und Logistik in ihren Wettbewerbschancen gegenüber anderen Eisenbahnverkehrsunternehmen sowie gegenüber konkurrierenden Verkehrsträgern nachhaltig beeinträchtigen.

**8.** Von einer solchen Veränderungssperre ist aber auch aus rechtspolitischen Gründen abzuraten. Als der Verfassungsgesetzgeber im Jahre 1994 den Artikel 87e GG schuf, hat er mit Bedacht nur für die Privatisierung der Infrastruktur eine gesetzliche Grundlage gefordert (Artikel 87e Abs. 3 Satz 3 und 4 GG). Für die Privatisierung von Eisenbahnverkehrsunternehmen besteht gerade kein Gesetzesvorbehalt und dies macht sich die Bundesregierung zum gegenwärtigen Zeitpunkt auch zunutze, wie sich aus dem Beschluss des Kabinettsausschusses ausdrücklich ergibt. Hinter dieser unterschiedlichen Regelung des Artikel 87e GG für Eisenbahninfrastruktur einerseits und Betriebsunternehmen andererseits stehen die oben angedeuteten wirtschaftlichen Erwägungen: Die Betriebsunternehmen sollen in ihrer Kapitalbeschaffung nicht durch ein gesetzliches Korsett behindert werden. Es wäre widersprüchlich und würde dem Zweck der verfassungsrechtlichen Regelung zuwiderlaufen, wenn der Gesetzgeber die gewollte Flexibilität der Eigenkapitalbeschaffung der Betriebsunternehmen im Jahre 2008 wieder beseitigen würde. Zwar ließe sich auch dies ohne weiteres durch ein Verfassungsgesetz, also eine Änderung des Artikel 87e GG, erreichen. Die Festschreibung von Kapitalstrukturen eines Unternehmens ist indessen prinzipiell kein Gegenstand von Verfassungsrang, der mit anderen Regelungen der Verfassung wie etwa der Verbürgung der Grundrechte oder den Grundprinzipien der staatlichen Ordnung gleichwertig wäre.

**9.** Nach Auffassung der Monopolkommission sind auch Überlegungen zu einer tarifvertraglichen Festschreibung der Privatisierungsobergrenze verfehlt. Zunächst ist zu bedenken, dass eine solche Festschreibung in einem befristeten Tarifvertrag nur während der Laufzeit des Tarifvertrages wirksam wäre. Eine dauerhafte Veränderungssperre könnte also allenfalls durch einen unbefristeten Tarifvertrag vereinbart werden, der das Kündigungsrecht für immer ausschließt; selbst dann ist die Kündigung aus wichtigem Grund freilich vorbehalten (§ 314 BGB).

**10.** Im Übrigen bestehen erhebliche Zweifel, ob ein Tarifvertrag überhaupt Regelungen enthalten kann, die das Eigentum am Unternehmen des Arbeitgebers betreffen, und welche Wirkungen ein solcher Tarifvertrag haben könnte. Gemäß § 1 des Tarifvertragsgesetzes (TVG) regelt der Tarifvertrag „die Rechte und Pflichten der Tarifvertragsparteien und enthält Rechtsnormen, die den

<sup>3</sup> Vgl. ebenda, Tz. 67 f.

Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen ordnen können“. Die vier hier angesprochenen Themenkreise betreffen allesamt andere Fragen als das Eigentum am Unternehmen des Arbeitgebers. Was zunächst die „Rechte und Pflichten der Tarifvertragsparteien“ betrifft, so wäre Tarifvertragspartei weder die Holding noch die Bundesrepublik Deutschland als deren Eigentümer, sondern die DB AG; gemäß § 2 Abs. 1 TVG können Tarifvertragsparteien auch nur Gewerkschaften, einzelne Arbeitgeber sowie Vereinigungen von Arbeitgebern sein, womit andere Personen, insbesondere die Eigentümer der Arbeitgeber-Unternehmen ausgeschlossen sind. Ersichtlich handelt es sich bei der Privatisierungssperre auch nicht um eine Rechtsnorm, „die den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen“ oder „betriebsverfassungsrechtliche Fragen“ ordnen würde. Allenfalls könnte man die Eigentumsfrage den betrieblichen Fragen im Sinne von § 1 Abs. 1 TVG zuordnen; im Hinblick auf die strikte arbeitsrechtliche Trennung zwischen Betrieb und Unternehmen geht es jedoch bei den betrieblichen Fragen um einen engeren Themenkreis. Ein Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Gewerkschaften der Eisenbahner, in dem eine Privatisierungsobergrenze festgelegt würde, wäre folglich kein Tarifvertrag im Sinne des Tarifvertragsgesetzes und könnte auch nicht dessen Wirkungen beanspruchen. Seine Wirkungen würden sich ausschließlich nach Zivilrecht beurteilen und wären insofern auf den Kreis der unmittelbaren Vertragsparteien beschränkt; die tarifgebundenen Arbeitnehmer würden also nicht durch einen solchen Vertrag berechtigt.

**11.** Neben den strukturellen Anreizwirkungen des Teilprivatisierungsbeschlusses macht die Monopolkommission auch auf die wettbewerblichen Wirkungen aufmerksam, die sich aus der Verwendung des zu erzielenden Veräußerungserlöses ergeben können, wenn dieser in Form einer Beihilfe an die Bahn zurückfließt. Der Privatisierungserlös steht aus rechtlicher Sicht allein dem Veräußerer zu, hier also der Holding DB AG. Die öffentliche Diskussion um die Teilprivatisierung wurde jedoch auch von Argumenten geleitet, die darauf hindeuteten, dass der Rückfluss dieser Mittel zur Schulterung notwendiger Investitionen im Bahnsektor ein wesentlicher Bestandteil des Privatisierungsplanes sei. Im Kompromisspapier des Koalitionsausschusses heißt es zur Verwendung des Privatisierungserlöses, dass dieser „zu etwa gleichen Teilen für ein Innovations- und Investitionsprogramm für den Schienenverkehr, die Aufstockung des Eigenkapitals der Deutschen Bahn AG und für den Bundeshaushalt“ verwendet werden soll. Diese Aufstellung könnte bedeuten, dass ein Teil des Privatisierungserlöses von der Holding-Gesellschaft an die operativen Unternehmen ausgekehrt wird. Da die Holding zu 100 Prozent in staatlichem Eigentum steht, würde es sich bei solchen Mittelzuweisungen um Zuwendungen aus staatlichen Mitteln handeln, die den Beihilfentatbestand im Sinne des Artikel 87 EGV erfüllen. Bei der Verwendung als Beihilfe sind mögliche wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen zu beachten, die sich als solche im In- und Ausland entfalten können.

**12.** Die Vergabe einer Beihilfe an das Unternehmen Deutsche Bahn führt auf der einen Seite zu zusätzlichen Verzerrungen im Wettbewerb der Verkehrsträger. Solche Verzerrungen bestimmen allerdings aus sozialen, regionalen oder umweltpolitischen Erwägungen die ordnungsrechtliche Struktur aller Verkehrsbereiche. Sie sind daher auch europarechtlich durch die Regelung in Artikel 73 EGV teilweise von dem allgemeinen Beihilfeverbot ausgenommen. Allerdings erwirkt dieses Plazet keine generelle Sonderbehandlung von Beihilfen im Bahnsektor, sondern erstreckt sich vor allem auf nichtdiskriminierende Beihilfen, die sich insbesondere auf Verkehrsinfrastrukturen beziehen. Es muss daher zwischen den Wirkungen unterschieden werden, die Beihilfen im Netz- und im Betriebsbereich der Deutschen Bahn auf den Wettbewerb entfalten. Da bei einer Beihilfe in die Bahninfrastruktur in der Regel kein Unternehmen begünstigt wird, das mit anderen Bahnunternehmen im Wettbewerb steht, kann diese Beihilfe in vielen Fällen als unschädlich angesehen werden. Anders sind Beihilfen zu beurteilen, die der zukünftig teilprivatisierten Betriebsebene zukommen. Die neue Gesellschaft für die Bereiche Verkehr und Logistik sieht sich bereits jetzt dem Wettbewerb mit nationaler und internationaler Konkurrenz ausgesetzt. Eine Beihilfe in diesen Bereich, beispielsweise zum Erwerb neuen Fahrzeugmaterials, wie es das Kompromisspapier des Koalitionsausschusses in den formulierten Zielen der Bahnprivatisierung andeutet, stellt daher eine Wettbewerbsverzerrung des intramodalen Wettbewerbs der Bahnverkehrsunternehmen dar. Sie ist aus wettbewerbspolitischen Gesichtspunkten unbedingt abzulehnen.

**13.** Die Monopolkommission empfiehlt daher, auch bei der Verwendung des Privatisierungserlöses als Beihilfe die wettbewerbspolitisch gebotene Trennung zwischen staatlicher Infrastrukturgesellschaft und den Verkehrsbetriebsgesellschaften zu beachten. Sollen die Veräußerungserlöse eine juristisch und ökonomisch unbedenkliche Verwendung finden, so müssen diese daher alleine der DB Netz zum Ausbau von Bahnhöfen und Schieneninfrastruktur zugute kommen, die auf der Betriebsebene von allen Wettbewerbern genutzt werden. Vor diesem Hintergrund ist auch die Teilprivatisierung der Betriebsebene insgesamt zu sehen, die aus Sicht der Monopolkommission ein Einstieg ist, einen wettbewerbsfähigen Wirtschaftsbereich, zugunsten der Verbraucher, zukünftig stärker dem Anreiz- und Kontrollsystem der Kapitalmärkte auszusetzen. Dabei ist dem Schutz des Wettbewerbs dadurch Rechnung zu tragen, dass mögliche wettbewerbsverzerrende Wirkungen durch eine sorgfältige Abtrennung des zukünftig teilprivatisierten Betriebsbereiches von finanziellen und strukturellen Einflussmöglichkeiten aus dem staatlich gestützten Infrastrukturbereich vermieden werden.

**14.** Insgesamt begrüßt die Monopolkommission die sich abzeichnende Teilprivatisierung des Bereichs Verkehr und Logistik der Deutschen Bahn AG. Sie empfiehlt der Bundesregierung, bei der Besetzung der Vorstände der Infrastrukturunternehmen, der Holding-Gesellschaft und des Unternehmens für den Bereich Verkehr und Logistik auf eine strikte Ämtertrennung zu achten, um die Unab-

hängigkeit des Netzunternehmens von dem Betriebsunternehmen zu gewährleisten. Von allen Versuchen, die gegenwärtig vereinbarte Teilprivatisierung rechtlich zu verewigen, ist dringend abzuraten.

## 2. Entflechtungsvorschläge der EU-Kommission für die Energiewirtschaft

15. Die Monopolkommission hat in ihrem im November 2007 veröffentlichten Sondergutachten zum deutschen Energiemarkt<sup>4</sup> festgestellt, dass auch nach mehr als zwei Jahren nach Inkrafttreten des EnWG 2005 noch nicht von einem funktionsfähigen Wettbewerb auf den leistungsgebundenen Energiemärkten für Elektrizität und Gas gesprochen werden kann. Dabei sind die Ursachen primär struktureller Art, was sich am natürlichen Monopol beim Netz- und Leitungsbetrieb, den zahlreichen horizontalen und vertikalen Verflechtungen der marktbeherrschenden Verbundunternehmen<sup>5</sup> untereinander und mit den nachgelagerten Stadtwerken sowie der hohen Anbieterkonzentration bei der Stromerzeugung und beim Gasangebot zeigt. Darüber hinaus ist kurz- und mittelfristig nicht davon auszugehen, dass ein grenzüberschreitender europäischer Strom- bzw. Gashandel den Wettbewerb beleben kann, da an nahezu allen deutschen Außengrenzen erhebliche Netzengpässe auftreten. Zu diesen strukturellen Problemen kommen Markteintrittsbarrieren institutioneller Art wie politische Widerstände beim Netz- und Kraftwerksbau, lange Genehmigungsverfahren und die Unsicherheit über die Verteilung der CO<sub>2</sub>-Emissionsrechte hinzu. Diese strukturellen und institutionellen Voraussetzungen eröffnen den Verbundunternehmen zahlreiche Möglichkeiten, den Wettbewerb durch ihr Verhalten weiter zu beschränken. Deshalb geht die Monopolkommission nicht davon aus, dass die Energiepreise Wettbewerbspreisen entsprechen.

16. Die skizzierten Probleme wurden über weite Strecken ebenfalls von der EU-Kommission in ihrer Energiesektoruntersuchung (Sector Inquiry) vom Januar 2007 und in ihrer Folgenabschätzung (Impact Assessment) vom September 2007 identifiziert.<sup>6</sup> Auch wenn die Vorgehensweise bei diesen Untersuchungen aus Sicht der Monopolkommission nicht zu unrecht kritisiert wurde, so verdichtet sich doch insgesamt das Bild, dass signifikante Wettbewerbsdefizite die leistungsgebundene Energiebranche in vielen EU-Ländern kennzeichnen. Die EU-Kommission reagierte auf die vorliegenden strukturellen und

verhaltensbedingten Wettbewerbsbeschränkungen mit der Eröffnung von drei Missbrauchsverfahren gegen vier große europäische Energieversorger, unter ihnen die beiden größten deutschen Verbundunternehmen RWE und E.ON. Gegen RWE wurde ein Verfahren wegen des Verdachts der Marktabschottung mithilfe diverser netzbezogener Geschäftspraktiken eingeleitet, durch die der Markteintritt neuer Anbieter erschwert werde. Gegen E.ON und Gaz de France wurde das eingeleitete Verfahren mit dem Verdacht auf Marktaufteilung begründet. Die beiden Unternehmen sollen eine Abmachung getroffen haben, Gas nicht im Heimatmarkt des jeweils anderen zu verkaufen. Darüber hinaus laufen seitens der EU-Kommission Untersuchungen auf dem Elektrizitätsgroßhandelsmarkt. Die Kommission hegt den Verdacht, dass durch die Zurückhaltung von Kraftwerkskapazitäten das Angebot künstlich verknappt worden sei, um eine deutliche Preissteigerung herbeizuführen. Im Februar 2008 leitete die EU-Kommission zudem eine Untersuchung auf dem deutschen Regelenergiemarkt ein.<sup>7</sup>

17. Am 19. September 2007 wurde von der EU-Kommission das 3. Legislativpaket zur Förderung des europäischen Energiebinnenmarktes verabschiedet. Dieses Paket beinhaltet eine Verordnung zur Gründung einer EU-Agentur für die Zusammenarbeit der einzelstaatlichen Energie-regulierungsbehörden, Richtlinien zur Änderung und Ergänzung der bestehenden Richtlinien 2003/54 zum Elektrizitätsbinnenmarkt und 2003/55 zum Erdgasbinnenmarkt, eine Verordnung zur Änderung und Ergänzung der bestehenden Verordnung 1228/2003 zum grenzüberschreitenden Stromhandel und eine Verordnung zur Änderung und Ergänzung der bestehenden Verordnung 1775/2005 über Erdgasfernleitungsnetze. Aus Sicht der Monopolkommission bilden die Vorschläge der EU-Kommission zur Entflechtungsfrage einen zentralen Aspekt des 3. Legislativpakets, weshalb sie nachfolgend einer kritischen Würdigung unterzogen werden.

<sup>4</sup> Monopolkommission, Strom und Gas 2007: Wettbewerbsdefizite und zögerliche Regulierung, Sondergutachten 49, Baden-Baden 2008.

<sup>5</sup> Mit dem Begriff Verbundunternehmen bezeichnet die Monopolkommission vertikal integrierte Unternehmen mit Eigentum an Übertragungs- und/oder Fernleitungsnetzen. Insofern sind Unternehmen aus dem Gassektor eingeschlossen.

<sup>6</sup> Vgl. Mitteilung der Kommission an den Europäischen Rat und das Europäische Parlament, Eine Energiepolitik für Europa. KOM(2007) 1 endg. vom 10. Januar 2007 sowie das parallel zum Legislativpaket erschienene Arbeitsdokument der EU-Kommission, Commission Staff Working Document, Accompanying the legislative package on the internal market for electricity and gas, Impact Assessment, SEC(2007) 1179 vom 19. September 2007. Hierin nimmt die EU-Kommission eine Folgenabschätzung vor, um verschiedene Politikoptionen zu bewerten.

<sup>7</sup> Auch die Bundesnetzagentur hat ein Missbrauchsverfahren nach § 31 EnWG auf dem Regelenergiemarkt eröffnet. Dieses Verfahren wurde auf Antrag von Lichtblick und des Bundesverbandes Neuer Energieanbieter eingeleitet. Im Zuge des Verfahrens wird der Vorwurf untersucht, dass E.ON, RWE, Vattenfall und EnBW Möglichkeiten des vorgeschriebenen Austauschs von Regelenergie nicht ausreichend genutzt und somit viel mehr Regelenergie als nötig bezogen hätten. Vgl. Stern – Das Magazin, Missbrauchsverfahren gegen vier Stromriesen vom 6. April 2008, <http://www.stern.de/wirtschaft/immobilien/verbraucher/:Bundesnetzagentur-Missbrauchsverfahren-Stromriesen/616441.html?nv=rss> [Stand: 24.04.2008]. Die Monopolkommission hat bereits in ihrem im November 2007 veröffentlichten Sondergutachten zum Energiemarkt hervorgehoben, dass der Regelenergiemarkt besondere strukturelle Probleme aufweist. Vor allem auf den Märkten für Primär- und Sekundärreserve findet aufgrund der sehr hohen Präqualifizierungsanforderungen für die technische Eignung der Anbieter und der hierdurch hervorgerufenen geringen Anbieterzahl faktisch kein Wettbewerb statt. Die wenigen Anbieter für diese Form der Regelenergie sind zumeist Konzernschwestern der jeweiligen Übertragungsnetzbetreiber, so dass letztlich ein und derselbe Konzern über Angebot und Nachfrage entscheidet. Deshalb sind momentan die strukturellen Voraussetzungen für einen funktionsfähigen Wettbewerb nicht gegeben. Vor diesem Hintergrund hat sich die Monopolkommission für eine temporäre Ex-ante-Regulierung dieser Teilbereiche des Regelenergiemarktes ausgesprochen. Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 49, a. a. O., Tz. 339 ff.

## **Bisherige Gutachten der Monopolkommission**

---

---

Alle Veröffentlichungen sind im Nomos-Verlag, Baden-Baden, erschienen.

### **Hauptgutachten**

- |                       |              |  |
|-----------------------|--------------|--|
| 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): | Marktöffnung 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.                |

## Sondergutachten

- 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 (Kreis Krankenhaus Bad Neustadt/Saale sowie Kreis Krankenhaus 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.