

Unterrichtung

durch die Bundesregierung

Sechzehntes Hauptgutachten der Monopolkommission 2004/2005

– Drucksachen 16/2460 und 16/2461 –

Stellungnahme der Bundesregierung

Inhaltsverzeichnis

	Seite
I. Auftrag der Monopolkommission und kartellrechtliche Schwerpunkte des Sechzehnten Hauptgutachtens	2
II. Aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik (Energie, Voice over IP, Flugsicherung, Fusionskontrolle Medienaufsicht, Meisterzwang)	3
III. Wettbewerbsrecht (Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen und Zusammenschlusskontrolle)	7
IV. Regulierungen der Freien Berufe (Rechtsanwälte, Apotheker, freiberufliche Dienstleistungen im Baubereich)	11
V. Stand und Entwicklung der Unternehmenskonzentration (Neuregelung für Unternehmensgruppen, Stand der Konzentration)	17
VI. Ordnungspolitische Probleme im Rundfunkbereich	19

I. Auftrag der Monopolkommission und kartellrechtliche Schwerpunkte des Sechzehnten Hauptgutachtens

1. Die Monopolkommission hat nach § 44 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) den Auftrag, alle zwei Jahre den Stand und die Entwicklung der Unternehmenskonzentration sowie die Praxis der Fusionskontrolle und der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen zu begutachten und zu aktuellen wettbewerbspolitischen Fragen Stellung zu nehmen. Die Bundesregierung hat das Sechzehnte Hauptgutachten der Monopolkommission vom 30. Juni 2006 dem Deutschen Bundestag (Bundestagsdrucksachen 16/2460 und 16/2461) und dem Bundesrat (Bundesratsdrucksache 606/06 nebst Anlagenband) unverzüglich zugeleitet. Sie legt nunmehr ihre Stellungnahme dazu vor.

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie hat am 20. November 2006 die betroffenen Wirtschaftsverbände sowie Arbeitgeber und Gewerkschaften angehört und ihre Stellungnahmen zum Sechzehnten Hauptgutachten eingeholt. Schwerpunkte im Rahmen der Anhörung waren die Fragen der Notwendigkeit des Meisterzwangs, mögliche Lösungsansätze für die Probleme im Energiesektor und im Handel, die ordnungspolitischen Empfehlungen für den Rundfunkbereich sowie die Regulierungen der freien Berufe.

2. Ebenso wie in den letzten Gutachten setzt sich die Monopolkommission in ihrem Sechzehnten Hauptgutachten mit aktuellen Fragen der Europäischen Fusionskontrolle und dem „more economic approach“ auseinander. Im Bereich der Europäischen Fusionskontrolle spricht sie sich für eine Änderung der Zwei-Drittel-Regelung aus, plädiert für eine sorgfältige Prüfung von Verweisungsanträgen nach Artikel 4 Abs. 5 der Fusionskontrollverordnung (FKVO) und fordert eine Begrenzung des rechtlich zulässigen Umfangs von Abhilfemaßnahmen.

Eine Änderung oder Aufweichung der Zwei-Drittel-Regelung lehnt die Bundesregierung entschieden ab. Die Ausführungen zum „more economic approach“ teilt die Bundesregierung im Grundsatz und sieht die stärkere Nutzung ökonomischer Erkenntnisse und Methoden als sinnvolle Ergänzung der Rechtsanwendungspraxis in kartellrechtlichen Grenzfällen an. Die wesentliche Bedeutung struktureller Aspekte im Rahmen der wettbewerblichen Beurteilung wird dadurch nicht infrage gestellt. Den Anmerkungen der Monopolkommission zur Verweisung nationaler Fusionskontrollfälle an die Kommission nach Artikel 4 Abs. 5 FKVO wird nach Auffassung der Bundesregierung bereits durch die Praxis der Bundeskartellamtes Rechnung getragen. (s. im Einzelnen hierzu Tz. 27 bis 36 dieser Stellungnahme).

3. Einen weiteren Schwerpunkt des Gutachtens stellt die Regulierung der Freien Berufe dar. Nach einer allgemeinen Darstellung und kritischen Bewertung der geltenden Regulierungen widmet sich die Monopolkommission detailliert den Regelungen für Rechtsanwälte, Apotheker, selbständige Architekten und Ingenieure. Sie kritisiert

den Regulierungsgrad bei den genannten Berufen sowie den reglementierten Freien Berufen insgesamt und fordert eine über bisherige gesetzgeberische Schritte hinausgehende Deregulierung.

Die Bundesregierung befürwortet eine Überprüfung bestehender Regulierungen, insbesondere vor dem Hintergrund geänderter rechtlicher und gesellschaftlicher Rahmenbedingungen. Die Bundesregierung hat jedoch bei dieser Überprüfung weitere Regulierungsziele, die Hintergrund für deren Einführung waren und weiterhin Bedeutung beanspruchen, im Auge zu behalten. Dazu zählen sozial- und gesundheitspolitische Erwägungen, Verbraucherschutz und der Schutz öffentlicher Güter, beispielsweise einer geordneten Rechtspflege. Ziel der Bundesregierung ist es, im Ergebnis eine Regulierung zu gestalten, die unnötige Bürokratie abbaut und ein ausgeglichenes Verhältnis zwischen den Schutzzwecken einerseits und den Chancen für Wachstum und Beschäftigung andererseits wahrt (s. ausführlich Tz. 37 bis 58 dieser Stellungnahme).

4. Die Monopolkommission beklagt, wie bereits in früheren Gutachten, anhaltende Defizite bei der Erfassung von Unternehmensgruppen aufgrund konzeptioneller Defizite der amtlichen deutschen Wirtschaftsstatistik. Sie fordert (Tz. 167) eine bessere Zusammenarbeit mit dem Statistischen Bundesamt und wiederholt (Tz. 169) ihre Forderung aus dem Fünfzehnten Hauptgutachten nach einer Ergänzung des § 47 GWB, um zukünftig besser in der Lage zu sein, auf einer empirischen Datenbasis eindeutige Schlussfolgerungen und konkrete wettbewerbspolitische Empfehlungen abzuleiten.

Die Bundesregierung hält die Kritik der Monopolkommission am Statistischen Bundesamt für sachlich nicht gerechtfertigt. Durch verschiedene Maßnahmen konnte und wird die konstruktive Zusammenarbeit zwischen der Monopolkommission und dem Statistischen Bundesamt im Hinblick auf das Siebzehnte Hauptgutachten weiter verbessert werden. Außerdem erwartet die Bundesregierung von der Änderung der EG-Registerverordnung weitere Erleichterungen für die zukünftige Arbeit der Monopolkommission. Aus diesen Gründen sieht die Bundesregierung weiterhin keinen Anlass, den Vorschlag der Monopolkommission zur Änderung des § 47 GWB aufzugreifen (s. Tz. 59 bis 68 dieser Stellungnahme).

5. In einem eigenen Kapitel behandelt die Monopolkommission die ordnungspolitischen Probleme im Rundfunkbereich. Darin fordert sie für den Bereich der Programmproduktion eine für alle Produzenten offene Vergabe von Produktionsaufträgen durch die öffentlich-rechtlichen Programmanbieter und kritisiert die einschränkenden Werberegeln im Rundfunkrecht. Die Monopolkommission tritt im System der dualen Rundfunkordnung für ein Modell der Marktoffenhaltung an Stelle der bisherigen Ausgewogenheitspflege ein, sieht die Entwicklung einer international wettbewerbsfähigen privaten Medienindustrie durch die Sonderstellung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und seiner erweiterten Aktivitäten beeinträchtigt und kritisiert dessen Gebührenfinanzie-

rung. Außerdem warnt sie davor, die aus der Digitalisierung des Rundfunks folgenden Anpassungsprozesse durch institutionelle Regelungen zu bremsen.

Die Bundesregierung weist zunächst darauf hin, dass die Gesetzgebungszuständigkeit für den Rundfunkbereich den Ländern zusteht. Die Länder werden – in der Folge der Einigung Deutschlands mit der Europäischen Kommission im Beihilfeprüfverfahren zur Rundfunkgebührenfinanzierung in Deutschland – innerhalb der nächsten zwei Jahre den Auftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten konkretisieren. Zudem werden sie ein Verfahren gesetzlich regeln, das die Anstalten vor der Einführung von neuen digitalen Angeboten durchführen müssen. Die Länder werden festlegen, dass die Anstalten kommerzielle Tätigkeiten nur unter Marktbedingungen und grundsätzlich durch rechtlich selbständige Töchter erbringen müssen, um eine gesonderte Rechnungslegung sicherzustellen und Quersubventionierungen auszuschließen. Die Prüfrechte der Rechnungshöfe sollen verbessert werden. Es soll zudem sichergestellt werden, dass die Anstalten nicht mehr Gebühren erhalten als zur Sicherstellung des öffentlichen Auftrags erforderlich (Verbot der Überkompensation).

Bei der Revision der EU-Fernsehrichtlinie hin zu einer „Richtlinie für audiovisuelle Mediendienste“ wurden die quantitativen Werberegulungen auf ein Mindestmaß begrenzt und flexibler gestaltet: Die tägliche Werbezeitbegrenzung wurde aufgehoben und die stündliche vereinfacht. Das von der Monopolkommission geforderte Modell der Marktoffenhaltung lehnt die Bundesregierung ab. Hierfür sprechen verfassungsrechtliche Gründe und die seit Einführung des privaten Rundfunks gesammelten Erfahrungen, wonach eine Vielzahl von Anbietern nicht immer und zwangsläufig der beste Garant für eine Vielfalt von Meinungen ist. Die Bundesregierung weist darauf hin, dass die zuständigen Länder die Rundfunkkommission beauftragt haben, alternative Finanzierungsmodelle für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk zu erarbeiten. Die Bundesregierung wird daran festhalten, sektorspezifische Regulierung zur Förderung des Wettbewerbs auf das notwendige Maß zu begrenzen, um bei den durch die Digitalisierung angestoßenen Veränderungen keine Wettbewerbsverzerrungen herbeizuführen oder Investitionsanreize zu begrenzen. Dabei ist der Meinungsvielfalt und dem Medienpluralismus Rechnung zu tragen (s. im Einzelnen Tz. 69 bis 83 dieser Stellungnahme).

II. Aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik

A. Energie

6. Die Monopolkommission befasst sich in ihren Ausführungen zur Energiewirtschaft im Wesentlichen mit der Ausgestaltung des im Jahr 2005 geschaffenen neuen Regulierungsrahmens für Strom- und Gasnetze sowie mit der Wettbewerbsaufsicht über Stromgroßhandels- und Regelenenergiemärkte (Tz. 7 bis 38). Nach ihrer Ansicht werfen die gesetzlichen Maßstäbe des Energiewirtschaftsgesetzes und seiner Verordnungen für die Kalkulation der Netzentgelte eine Reihe schwieriger Auslegungs-

fragen auf. Die Regelung zum Verhältnis zwischen sektorspezifischer Netzregulierung im Energiewirtschaftsgesetz und allgemeinem Wettbewerbsrecht im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen wird für nicht vereinbar mit vorrangigem europäischem Wettbewerbsrecht bezeichnet. Mangelnde Transparenz über Preisbildungsprozesse kann nach Auffassung der Monopolkommission Missbräuche auf den Großhandels- und Regelenenergiemärkten begünstigen. Um die Transparenz zu erhöhen, erachtet die Monopolkommission es für notwendig, dass neben den Regulierungsbehörden auch die Marktteilnehmer Zugang zu preisrelevanten Informationen haben. Für den Gasbereich wird bezweifelt, ob die gesetzlichen Vorgaben geeignet sind, in kurzer Frist ein wettbewerbs- und massengeschäftstaugliches Netzzugangsmodell zu etablieren. Die Ausnahme der Gasfernleitungsnetze von der kostenorientierten Entgeltregulierung lässt sich nach Auffassung der Monopolkommission nicht rechtfertigen und wird als wettbewerbspolitischer Fehler bewertet. Um Anreize für eine diskriminierende Behandlung von Wettbewerbern beim Netzzugang wirksam zu beseitigen, hält die Monopolkommission eine über die gesellschaftsrechtliche Entflechtung hinausgehende eigentumsrechtliche Entflechtung für notwendig.

Der Monopolkommission lagen bei ihrer auf den Prüfzeitraum 2004/2005 beschränkten Analyse des Rechtsrahmens noch keine aussagekräftigen Erfahrungen mit der Anwendung des neuen, im Juli 2005 in Kraft getretenen, Rechtsrahmens in der Praxis vor, da der im Energiewirtschaftsgesetz vorgesehene Startzeitpunkt für die Verfahren zur Genehmigung von Stromnetzentgelten im Oktober 2005 und für Gasnetzentgelte im Januar 2006 lag. Mittlerweile liegen insbesondere aus der Tätigkeit der Bundesnetzagentur zahlreiche Erfahrungen mit dem neuen Rechtsrahmen vor. Für den Bereich der Netzentgelte betrachtet die Bundesregierung nach den bisher erfolgreich durchgeführten Netzentgeltgenehmigungsverfahren in den Bereichen Strom und Gas die Bedenken der Monopolkommission im Wesentlichen als ausgeräumt. Die Regulierungsbehörden haben vielfach die beantragten Entgelte nur mit erheblichen Abschlägen genehmigt. Im Gassektor hat die Bundesnetzagentur ein Netzzugangsmodell angeordnet, das die gesetzlichen Bestimmungen im Sinne eines stark vereinfachten Zwei-Vertragsmodells konkretisiert und fortentwickelt hat. Ihren Vorgaben entsprechend hat die Gaswirtschaft eine neue Kooperationsvereinbarung abgeschlossen, die am 1. Juni 2007 in Kraft treten wird.

Die Bundesregierung wird entsprechend dem in § 112 des Gesetzes über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (EnWG) vorgesehenen gesetzlichen Auftrag bis zum 1. Juli 2007 einen umfassenden Evaluierungsbericht über die Erfahrungen und Ergebnisse mit der Anwendung des neuen Regulierungsrahmens vorlegen. Dieser Evaluierung soll hier nicht vorgegriffen werden. Der Bericht wird auch auf die von der Monopolkommission angesprochenen Themen, insbesondere zur mangelnden Transparenz, zur Funktionsfähigkeit der Regelenenergiemärkte, zum Netzzugang und zur Netzentgeltbildung im Gasbereich eingehen.

7. Die Bundesregierung teilt die Auffassung der Monopolkommission, dass rechtliche Rahmenbedingungen, die für die wettbewerbliche Organisation der Energiemärkte essentiell sind, weiter verbessert und ausgebaut werden müssen. Bereits im November 2006 sind neue Rechtsverordnungen in Kraft getreten, die insbesondere für Haushaltskunden die veralteten allgemeinen Versorgungsbedingungen der Verordnungen über Allgemeine Bedingungen für die Elektrizitätsversorgung von Tarifkunden (AVBEltV) und für die Gasversorgung von Tarifkunden (AVBGasV) ersetzen. Die neuen Regelungen tragen dem Gedanken der Entflechtung des Netzbetriebs Rechnung und haben die Voraussetzungen für einen zügigen und reibungslosen Lieferantenwechsel weiter vereinfacht.

8. Nicht unterstützt wird der Vorschlag der Monopolkommission, die Regulierungsbehörden mit zusätzlichen Kompetenzen auszustatten, um die Wettbewerbsaufsicht über die Großhandelsmärkte zu intensivieren. Die Arbeitsteilung zwischen Regulierungs- und Wettbewerbsbehörde entlang der Trennungslinie Aufsicht über regulierte Märkte und Aufsicht über marktbeherrschende Energieunternehmen auf den vor- bzw. nachgelagerten nicht regulierten Wettbewerbsmärkten hat sich bewährt und wird aufrechterhalten.

9. Die Forderung der Monopolkommission (Tz. 34) nach zusätzlichen gesetzlichen Eingriffsnormen jenseits der Netzregulierung bestärkt jedoch die Bundesregierung in ihrer Einschätzung, dass akuter Handlungsbedarf für eine schärfere Wettbewerbsaufsicht besteht. Um die wettbewerbliche Funktionsfähigkeit der Energiemärkte weiter zu stärken, hat die Bundesregierung daher am 25. April 2007 ein Paket rechtlicher Maßnahmen beschlossen, das längerfristig auf eine Verbreiterung des Energieangebots zielt und damit die strukturellen Voraussetzungen für mehr Wettbewerb auf der Angebotsseite schaffen und verbleibende Marktzutritts Hindernisse beseitigen soll. Dazu zählen eine neue Netzanschlussverordnung für Kraftwerke und die Ablösung der kostenbasierten Entgeltregulierung durch eine Wettbewerb simulierende Anreizregulierung. Flankierend soll kurzfristig für einen Übergangszeitraum die Preismissbrauchsaufsicht in den Energiemärkten intensiviert werden. Damit wird dem Anliegen der Monopolkommission, die Wettbewerbsaufsicht über die dem Netz vor- und nachgelagerten Energiemärkte im Stromsektor zu verschärfen, Rechnung getragen. Die Bundesregierung teilt in diesem Zusammenhang die Einschätzung der Monopolkommission, dass die von den Verbundunternehmen verfolgte Strategie der vertikalen Vorwärtsintegration mit beträchtlichen negativen Rückwirkungen auf die Endkundenmärkte für Strom und Gas und ggf. auch im Bereich der Erzeugung verbunden ist. Sie begrüßt deshalb die konsequente Anwendung der Fusionskontrolle durch das Bundeskartellamt in diesem Bereich.

10. Die Bundesregierung nutzte ihre EU-Ratspräsidentschaft um die Zusammenarbeit der Regulierungsbehörden zu verbessern und Maßnahmen für weitere Fortschritte bei der Integration eines europäischen Binnenmarktes für

Energie, der durch ungehinderten Wettbewerb geprägt ist, zu identifizieren. Dies betrifft unter anderem die Prüfung von Maßnahmen für eine wirksame Entflechtung. Am 29./30. März 2007 wurde im Rahmen eines von Deutschland veranstalteten internationalen Workshops die europäische Dimension der Energiemärkte und ihre Wettbewerbsfähigkeit untersucht. Zentrale Fragen sind aus Sicht der Bundesregierung, welche zusätzlichen Schritte unternommen werden müssen, um eine Neutralität der Netze bei gleichzeitigen Anreizen in den Erhalt der Qualität und grenzüberschreitenden Ausbau zu gewährleisten sowie die Anbietervielfalt in allen Regionen Europas zu steigern.

B. Voice over IP

11. Die Monopolkommission zählt die Regulierung von Voice over Internet Protocol (VoIP) zu den aktuellen Problemen der Wettbewerbspolitik (Tz. 39 bis 66). Sie empfiehlt in Übereinstimmung mit Europäischer Kommission und Bundesnetzagentur regulatorische Zurückhaltung.

Dieser Ansatz entspricht dem Leitbild der Bundesregierung, sektorspezifische Regulierungen auf das nötigste Maß zu beschränken.

12. Die Monopolkommission zieht eine Regulierung auf Ebene des Marktzutritts inklusive Vorleistungen, der Zusammenschaltung und des Endkundenangebots in Erwägung. In Bezug auf Marktzutritt und notwendige Vorleistungen (Tz. 46 ff.) konzentriert sie sich in ihrer Darstellung auf Breitbandanschlüsse im Festnetz.

Auch nach Meinung der Bundesregierung wird VoIP in diesem Bereich zunächst zur Anwendung kommen.

13. Die Monopolkommission (Tz. 49 f.) ist wie die Bundesnetzagentur der Auffassung, dass der Erfolg von VoIP maßgeblich davon abhängt, dass der Nutzer einen DSL-Breitbandanschluss entgegen der bisherigen Praxis entbündelt, d. h. nicht nur zusätzlich, sondern anstelle des Telefonteilnehmeranschlusses nachfragen kann. Sie hält eine zwangsweise Entbündelung aber nur dann für möglich, falls die bisherige Kopplung als missbräuchlich nach Telekommunikationsgesetz (§ 42 TKG) oder allgemeinem Wettbewerbsrecht (§ 19 GWB, Artikel 82 EG-Vertrag) zu qualifizieren ist, da die Produktbündelung nur die Endkundenmärkte und nicht die regulierten Vorleistungsmärkte betrafte. Diesen Nachweis stuft die Monopolkommission als schwierig ein.

Auch nach Ansicht der Bundesregierung betrifft die Bündelung von Telefonanschluss und DSL-Anschluss direkt zwar nur die Endkundenmärkte, berührt indirekt aber auch die Vorleistungsmärkte. Sofern bereitgestellte Vorleistungsprodukte es erlauben, einen DSL-Anschluss ohne Bündelung mit dem Telefonanschluss anzubieten (wie z. B. TAL, oder stand alone Bitstrom-Zugang), können Wettbewerber ihren Endkunden „naked DSL“ anbieten. Der Bundesnetzagentur zufolge ermöglichen dies bereits erste Anbieter aus dem klassischen Telekommunikations-Festnetzbereich (z. B. Hansenet, QSC, TISCALI). Entsprechend sieht die Regulierungsverfügung der Bundesnetzagentur zum IP-Bitstrom-Zugang vor, die Einfüh-

zung eines Stand-Alone-Bitstromangebots im Gleichschritt mit der europäisch harmonisierten Entwicklung zu verfolgen.

14. Die Monopolkommission (Tz. 52 f.) begrüßt die Absicht der Bundesnetzagentur, die Deutsche Telekom AG (DT AG) zu verpflichten, diskriminierungsfreien IP-basierten Bitstrom-Zugang zu gewähren, und die Zugangsentgelte einer Genehmigungspflicht zu unterwerfen. Dies sei eine für das Angebot von VoIP-Diensten wichtige Vorleistung als Alternative zu DSL-Anschlüssen. Bei der Entgelthöhe sollten ihrer Auffassung nach die Kosten für das Zugangsnetz berücksichtigungsfähig sein, um Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten der infrastrukturbasierten Anbieter herkömmlicher Festnetztelefonie zu vermeiden.

Die Bundesregierung merkt hierzu an, dass trotz der Anordnung eines IP-Bitstrom-Zugangsprodukts durch die Bundesnetzagentur, ein vom Markt akzeptiertes Bitstrom-Zugangsprodukt der DT AG bislang nicht verfügbar ist. Inwiefern das mittlerweile vorgelegte Standardangebot den Vorgaben der Regulierungsverfügung und der allgemeinen Nachfrage entspricht, wird derzeit von der Bundesnetzagentur geprüft. Ein IP-Bitstrom-Zugangsprodukt wird laut BNetzA allenfalls im Laufe des Jahres verfügbar sein, da nach der Einigung über das Standardangebot noch das Entgelt reguliert werden müsse.

15. Die Monopolkommission (Tz. 54) befürwortet, dass die Bundesnetzagentur durch geänderte Zuteilungsregeln VoIP-Anbietern Zugang zu Ortsnetznummern mit geographischem Bezug verschafft hat.

Die Bundesregierung ist ebenfalls der Ansicht, dass Ortsnetzzahlen bei der Vermarktung von Sprachtelefondiensten aufgrund bestehender Tarifstrukturen und Nutzungsgewohnheiten der Bevölkerung von zentraler Bedeutung sind. Sie begrüßt daher, dass seit dem Frühsommer 2006 VoIP-Anbieter ihren Kunden Ortsnetzzahlen auch dann zuteilen können, wenn ihr Kunde von ihnen Netzzugang aber nicht gleichzeitig einen physikalischen Teilnehmeranschluss erhält. Der Ortsnetzbezug wird dabei nicht über das Kriterium „Ort des Anschlusses“, sondern über das des „Wohnsitzes bzw. Betriebssitzes“ gewährleistet.

16. Die Monopolkommission (Tz. 55 ff.) spricht sich auf Ebene der Zusammenschaltung hinsichtlich der Frage, ob VoIP-Anbieter Anspruch auf Zusammenschaltung mit dem leitungsvermittelten Netz haben, für eine Strategie der Reziprozität aus. Wer Zusammenschaltung in Anspruch nehmen, müsse selbst dazu bereit sein. Bei der Entgeltterminierung von Gesprächen aus dem Netz ins Internet hält sie es für gerechtfertigt, dass VoIP-Anbietern Zusammenschaltungsentgelte bezahlt würden, auch wenn solche bei der Terminierung aus dem leitungsvermittelten Netz eigentlich nicht anfielen. Anderenfalls müssten diese einseitig für die Zusammenschaltung mit dem leitungsvermittelten Netz Entgelte zahlen (Tz. 57 letzter Absatz).

Die Bundesregierung schließt sich diesen Ausführungen im Ergebnis an. Allerdings haben die gegenwärtig von

VoIP-Anbietern verlangten Zusammenschaltungsentgelte ihre Berechtigung nicht als Nachteilsausgleich. Sie fallen vielmehr tatsächlich an. Da VoIP-Anbieter sogenannte E.164-Rufnummern (E.164 = Adressierungsstandard für öffentliche Kommunikationsnetze) verwenden, ist es für den abgebenden Netzbetreiber in der Regel nicht erkennbar, dass die Verbindung zu einem VoIP-Dienst geführt wird. Daher erfolgt eine PSTN-Zusammenschaltung (PSTN = Public Switched Telephone Network) mit anschließender Umwandlung in IP-Verkehr am Media Gateway, für die Terminierungsentgelte zu entrichten sind.

17. Die Monopolkommission teilt für den Bereich der Endkundenebene (Tz. 58 ff.) die Auffassung der Bundesnetzagentur, dass VoIP-Dienste, die Zugang zum leitungsvermittelten Telefonnetz zulassen, ein Substitut für herkömmliche Festnetztelefonie sind und der Endkundendienst daher ein regulierungsbedürftiger Markt sei. Eine ex-ante Regulierung lehnt auch sie als unverhältnismäßig ab. VoIP-Dienste sollten wie Entgelte für Inlandsfestverbindungen von der BNetzA nur noch der nachträglichen Regulierung unterstellt werden.

Die Bundesregierung schließt sich diesen Ausführungen an.

18. Die Monopolkommission (Tz. 62 bis 66) schlägt zur Lösung der technisch bedingten Probleme bei der Gewährleistung der Notruffunktion durch Anbieter von Internettelefonie, insbesondere infolge der nomadischen Nutzung, vor, auf Informationen zum Standort des Anrufers zu verzichten, soweit deren Übermittlung technisch noch nicht möglich sei.

Die Bundesregierung teilt die Auffassung, dass die Möglichkeit, unentgeltlich Notrufe über die einheitliche europäische Notrufnummer abzusetzen, für den Bereich des öffentlichen Telefondienstes unverzichtbar sind, unabhängig davon, wie dieser Dienst technisch realisiert wird. Sie verweist insoweit auf die in Kraft getretene Änderung des § 108 TKG i. V. m. der zugehörigen Übergangsvorschrift des § 150 Abs. 9 a TKG. Mit ihr wird die Verfügbarkeit des Notrufes für alle öffentlichen Telefondienste eingefordert, zugleich aber ein vertretbarer Übergangszeitraum für die Realisierung bei neuartigen Telefondiensten eingeräumt. Die Bundesregierung ist ferner bestrebt, auf europäischer Ebene für die dem von der Monopolkommission in Tz. 62 aufgezeigte in Bezug auf die Notrufverpflichtung zirkelschlussartig formulierte Begriffsbestimmung „öffentlicher Telefondienst“ eine Lösung zu finden.

C. Flugsicherung

19. Die Monopolkommission (Tz. 67 ff.) übt Kritik an dem von der Bundesregierung eingebrachten und vom Bundestag am 7. April 2006 nahezu einstimmig beschlossenen Gesetz zur Neuregelung der Flugsicherung (Bundestagsdrucksachen 16/240, 16/1161, Bundesratsdrucksache 274/06). Nach Auffassung der Monopolkommission stellt die in dem Gesetz vorgesehene Absenkung der Bundesbeteiligung an der DFS Deutsche Flugsicherung GmbH auf 25,1 Prozent keine hinreichende Einfluss-

nahme auf die Geschäftsführung der Gesellschaft sicher. Sie entspreche insbesondere nicht den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Artikel 87 d des Grundgesetzes (GG).

Das Gesetz zur Neuregelung der Flugsicherung ist im Oktober 2006, d. h. nach Vorlage des Hauptgutachtens, vom Bundespräsidenten wegen ebensolcher Bedenken nicht ausgefertigt worden (Bundestagsdrucksache 16/3262). Das vom Bundestag beschlossene Gesetz zur Neuregelung der Flugsicherung hat sich damit erledigt. Die von der Monopolkommission vorgebrachte Kritik wurde jedoch vom Bundespräsidenten in der Begründung seiner Ablehnungsentscheidung im Wesentlichen bestätigt.

Die Bundesregierung prüft zurzeit, ob und in welcher Weise an dem Ziel einer Privatisierung der Flugsicherung festgehalten werden kann. Dabei gilt es, den Bedenken des Bundespräsidenten Rechnung zu tragen. Wegen der Komplexität der Fragestellungen wird sich allerdings diese Prüfung noch bis in die zweite Jahreshälfte 2007 hinziehen.

D. Fusionskontrolle Medienaufsicht

20. Die Monopolkommission befasst sich anhand des untersagten Zusammenschlussvorhabens Axel Springer AG/ProSieben Sat.1 Media AG ausführlich mit der medienrechtlichen Konzentrationskontrolle (Tz. 104 bis 125). Sie kritisiert die von der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) zur Ermittlung des Vorliegens vorherrschender Meinungsmacht angewandte Berechnungsmethode, die zur Verneinung der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses geführt hat. Ihrer Ansicht nach ist der Versuch, einen über verschiedene Medien ausgeübten Einfluss auf die Meinungsbildung quantitativ zu messen, gescheitert. Vorrang gebühre dem Verbot der abstrakten Gefährdung der Meinungsvielfalt durch Erreichen des Zuschaueranteils von mehr als 30 Prozent in § 26 Abs. 2 Satz 1 des Rundfunkstaatsvertrages (RStV). Bei geringerem Zuschaueranteil sollten zusätzlich Marktbeherrschungsvermutungen des GWB zur Anwendung kommen. Auch der Zuschaueranteil der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten müsse in die Beurteilung der vorherrschenden Meinungsmacht einbezogen werden.

Die Bundesregierung verweist darauf, dass die Beurteilung von Meinungsmacht und deren gesetzliche Ausgestaltung, einschließlich der Kompetenzen der KEK, in der ausschließlichen Zuständigkeit der Länder liegt.

E. Meisterzwang

21. Die Monopolkommission (Tz. 126 ff.) spricht sich für eine vollständige Abschaffung des Meisterzwangs als Voraussetzung für den Marktzugang im Handwerk aus. Nach ihrer Auffassung rechtfertigen die Verhältnisse im Handwerksgewerbe keine wirtschaftliche Sonderstellung und damit auch keine rechtlichen Ausnahmen innerhalb der Gewerbeordnung. Auch die Gefahrengeneigtheit in einzelnen Handwerken sowie die Ausbildungssicherung liefern aus Sicht der Monopolkommission keine hinreichende Begründung für eine Regulierung des Marktzugangs.

Keine Einwände hätte die Monopolkommission, die Meisterprüfung auf freiwilliger Basis als Qualitätssignal für die Öffentlichkeit und den handwerklichen Wettbewerb zuzulassen.

Die Bundesregierung teilt nicht die Auffassung der Monopolkommission, den Großen Befähigungsnachweis als Voraussetzung für den Marktzugang im zulassungspflichtigen Handwerk vollständig abzuschaffen (Tz. 146). Sie ist vielmehr der Meinung, dass Gefahrengeneigtheit und Ausbildungssicherung den Großen Befähigungsnachweis in zulassungspflichtigen Handwerken weiterhin erforderlich machen. Die Bundesregierung ist nicht der Ansicht, dass die Frage der Verfassungsmäßigkeit des Großen Befähigungsnachweises im Handwerk seit dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 5. Dezember 2005 erneut im Raum steht. In seinem Beschluss von 1961 hatte das BVerfG den Großen Befähigungsnachweis im Handwerk als mit der Berufsfreiheit nach Artikel 12 GG vereinbar angesehen. Als wichtige Gemeinschaftsgüter sollten damit Leistungsstand und Leistungsfähigkeit des Handwerks gewahrt werden. Einschränkend ging das BVerfG allerdings davon aus, dass von möglichen Ausnahmebestimmungen der Handwerksordnung (HWO) großzügig Gebrauch gemacht wird. Die Monopolkommission stellt zutreffend dar, dass die Novellen der HWO von 1994 und 1998 keine Liberalisierung bei Anwendung der Ausnahmewilligungen nach § 8 HWO bezweckten und bewirkten. Seit der HWO-Novelle 2003 ist die Wahrung des Leistungsstandes kein maßgebliches Kriterium für den Großen Befähigungsnachweis mehr. Als Kriterien für die Einstufung einzelner Handwerke als zulassungspflichtig werden seitdem die Ausbildungssicherung und die Gefahrengeneigtheit herangezogen.

22. Die Schlussfolgerung der Monopolkommission (Tz. 144), mit dem Beschluss vom 5. Dezember 2005 mache das BVerfG deutlich, dass es den Großen Befähigungsnachweis eigentlich für verfassungswidrig hält, teilt die Bundesregierung nicht. Dies bezieht sich nur auf die Rechtspraxis vor der letzten HWO-Novelle. Die Gefahrengeneigtheit als Begründung für Berufszulassungsbeschränkungen war nicht Gegenstand des aktuellen BVerfG-Urteils. Sie dürfte als Kriterium für die grundsätzliche Meisterpflicht akzeptiert werden. Die Ausbildungssicherung würde als Kriterium nach Einschätzung der BVerfG hingegen nur Sinn haben, wenn nur Betriebe der zulassungspflichtigen Handwerke ausbilden dürften. Es bleibt abzuwarten, ob das BVerfG in weiteren Urteilen dem Gesetzgeber weitergehende Schritte auferlegt. Denkbar wären in diesem Zusammenhang eine Überarbeitung der Einstufung zulassungspflichtiger Handwerke ohne das Kriterium der Ausbildungsleistung oder eine Konkretisierung der Gefahrengeneigtheit im Einzelfall. Mit der Ausübungsberechtigung nach § 7b HWO wurde dem Anliegen des BVerfG nach großzügigeren Ausnahmetatbeständen jedenfalls Rechnung getragen.

23. Die Einschätzung der Monopolkommission, das Kriterium der Gefahrengeneigtheit könne den Großen Befähigungsnachweis nicht hinreichend begründen (Tz. 134, 135), teilt die Bundesregierung nicht. Die Wahr-

scheinlichkeit, dass unsachgemäße und damit potenziell gefährdende Handwerksleistungen erbracht werden, wird durch die Meisterprüfung verringert. Die Handwerksorganisationen zeichnen sich zudem durch ein umfangreiches Angebot an Fortbildungsprüfungen aus, an denen Handwerksmeister in hohem Maße teilnehmen. Die Affinität zur lebenslang fortlaufenden Weiterbildung ist bei höher Qualifizierten größer als bei geringer Qualifizierten. Der Forderung der Monopolkommission nach fortlaufender Weiterbildung ist Genüge getan.

24. Anders als die Monopolkommission hält die Bundesregierung das Kriterium der Ausbildungssicherung für die Zulassungspflichtigkeit von Handwerken nicht für korporatistisch (Tz. 137). Zwischen der Ausbildungsqualität und der Qualifikation der Ausbilder besteht durchaus ein positiver Zusammenhang. Der Vorschlag der Monopolkommission, die Meisterpflicht auf die Ausbildung zu beschränken, ist aus Sicht der Bundesregierung nicht zielführend. Der Anreiz, die Meisterprüfung nur für die Ausbildungsberechtigung abzulegen, wäre zu gering. Sukzessive würden immer weniger Betriebe ausbilden und eine ausreichende Berufsausbildung langfristig nicht zu sichern. In der Vergangenheit war in den 41 zulassungspflichtigen Handwerken stets eine besonders hohe Ausbildungsintensität zu verzeichnen. Sie haben bei der Ausbildungsleistung ein wesentlich höheres Gewicht als die jetzt zulassungsfreien Handwerke. Politisches Ziel ist es, diese bewährten Ausbildungsstrukturen nicht zu gefährden. Dies wird nicht mit einer Abschottung der Märkte als Gegenleistung erkaufte. Auf den Handwerksmärkten herrscht intensiver Wettbewerb mit der in- und ausländischer Industrie und dem Handel. Die zu beobachtenden Phänomene, wie sinkende Preise für Handwerksleistungen, sinkende Umsätze und geringe Gewinnmargen indizieren dies. Zudem existiert eine potenzielle Konkurrenz durch eine große Anzahl bislang nicht selbständiger Handwerksmeister. Auch die von der Monopolkommission vermutete Steuerung des Marktzutritts durch etablierte Handwerker über die Meisterprüfungen bleibt ohne Nachweis. Die Durchfallquoten bei den Meisterprüfungen sind im Allgemeinen derartig gering, dass die Prüfung nicht als prohibitiv angesehen werden kann. Die Darstellung der Monopolkommission, mit der HWO-Novelle 2003 seien auch u. U. erfahrene Altgesellen zur Ausbildung berechtigt, ist inhaltlich nicht zutreffend. In den zulassungspflichtigen Handwerken kann nur ausbilden, wer die Voraussetzung zur Eintragung in die Handwerksrolle erfüllt und die Ausbildereignung nachweist. Insoweit hat sich zum vorher bestehenden rechtlichen Status Quo nichts geändert.

III. Wettbewerbsrecht

A. Missbrauchsaufsicht

25. Die Monopolkommission wendet sich dagegen, wie im Koalitionsvertrag vorgesehen, den Verkauf von Lebensmitteln unter Einstandspreis grundsätzlich zu untersagen. Stattdessen plädiert sie dafür, das Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis insgesamt abzuschaffen (Tz. 424). Anhand zweier Verfahren, in denen das Bun-

deskartellamt gegen Verkäufe unter Einstandspreis bei Drogeriewaren vorgegangen ist, erläutert die Monopolkommission die aus ihrer Sicht mangelnde Praktikabilität der bestehenden gesetzlichen Regelung. Denn es sei in vielen Fällen unmöglich, den Einstandspreis einer Ware zweifelsfrei zu ermitteln. Überdies kritisiert die Monopolkommission, dass die Missbrauchsaufsicht des § 20 Abs. 4 Satz 2 GWB nach geltendem Recht (lat. de lege lata) bereits bei relativer Marktmacht anzuwenden sei. Dies führe teilweise dazu, dass unter Umständen weniger den kleinen Unternehmen in dem betreffenden Markt geholfen würde als vielmehr Unternehmen, die über eine relativ noch höhere Marktmacht als das handelnde marktmächtige Unternehmen verfügen.

Die Bundesregierung teilt die Auffassung der Monopolkommission nicht. Durch die geltende Regelung des § 20 Abs. 4 Satz 2 GWB in Verbindung mit den Entscheidungen des Bundesgerichtshofes und dem vom Bundeskartellamt im August 2003 aktualisierten Auslegungsgrundsätzen ist es gelungen, die Rechtsposition mittelständischer Einzelhandelsunternehmen im Preiswettbewerb zu stärken. Das Verbot des nicht nur gelegentlichen Verkaufs unter Einstandspreis ist von wettbewerbspolitischer, daneben aber auch von mittelstandspolitischer Bedeutung. Das jüngste, im Februar 2007 durch das Bundeskartellamt abgeschlossene, Verfahren gegen Verkäufe von Drogerieartikeln unter Einstandspreis durch die Rossmann GmbH sowie die einschlägige Rechtsprechung der Vergangenheit sind ein Beweis dafür, dass die bestehende gesetzliche Regelung des § 20 Abs. 4 Satz 2 GWB sich auch in der Praxis der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht bewährt hat. Hierbei darf auch die Signalwirkung der Norm nicht unberücksichtigt bleiben. Dementsprechend hat die Bundesregierung am 25. April 2007 den Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels, der auch das im Koalitionsvertrag vorgesehene grundsätzliche Verbot von Untereinstandspreisverkäufen im Lebensmittelhandel enthält (Bundratsdrucksache 278/07), beschlossen.

26. Die Monopolkommission (Tz. 413 ff.) begrüßt das vom Bundeskartellamt gegenüber der E.ON Ruhrgas AG verfügte Verbot des Abschlusses langfristiger Gaslieferverträge zwischen Ferngasunternehmen und Weiterverteilern. Sie teilt grundsätzlich die vom Bundeskartellamt vertretene Auffassung, dass die langfristigen Bezugsbindungen der Weiterverteiler eine erhebliche Abschottungswirkung entfalten und die mit der Liberalisierung der Gaswirtschaft verbundene Wettbewerbszielsetzung konterkarieren. Allerdings weist die Monopolkommission darauf hin, dass sich unter Umständen das Verbot langfristiger Absatzverträge mit Weiterverteilern vor dem Hintergrund der von den deutschen importierenden Ferngasunternehmen mit Produzenten abgeschlossenen Take-or-Pay-Verträgen negativ auf die zukünftige Bereitschaft der Ferngasunternehmen zum Abschluss solcher Importverträge auswirken könnte.

Die Bundesregierung begrüßt die konsequente Anwendung der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht auch in

diesem Bereich. Sie weist darauf hin, dass sich das Bundeskartellamt in seiner Verfügung mit der von der Monopolkommission angesprochenen Problematik auseinandergesetzt und in der gebotenen Interessenabwägung zwischen Unternehmensinteressen und dem Ziel der Offenhaltung der Märkte ausdrücklich berücksichtigt hat. Die Verfügung des Bundeskartellamtes ist mittlerweile im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes bestätigt worden. Eine Entscheidung in der Hauptsache steht aus. Seit Jahresbeginn 2007 hat eine Reihe weiterer Ferngasunternehmen, gegen die aus gleichen Gründen Missbrauchsverfahren anhängig waren, im Wege von Verpflichtungszusagen nach § 32b GWB ihre Bereitschaft erklärt, laufende und zukünftige Verträge mit Weiterverteilern entsprechend den vom Bundeskartellamt im Verfahren E.ON RG gezogenen Grenzen kartellrechtskonform zu gestalten.

B. Zusammenschlusskontrolle

1. Nationale Zusammenschlusskontrolle

a) Marktabgrenzung

aa) Bagatellmarktklausel

27. Die Monopolkommission (Tz. 456 ff.) begrüßt die Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH) vom Oktober 2004 (sogenanntes Staubsaugerbeutel-Urteil), nach der der räumliche Markt weiter als der Geltungsbereich des GWB sein könne, sowie die im Zuge dieser Entscheidung erfolgte gesetzgeberische Klarstellung in § 19 Abs. 2 Satz 3 GWB. Sie wirft die Frage auf, ob der ökonomische Marktbegriff auch im Rahmen der Bagatellmarktklausel gelte. Ihrer Ansicht nach spricht der Wortlaut des Gesetzes zwar für eine derartige Auslegung. Sinn und Zweck der Bagatellmarktklausel, wirtschaftlich unbedeutende Märkte aus Gründen der Verhältnismäßigkeit von der Fusionskontrolle auszunehmen, würden jedoch gebieten, lediglich auf Inlandsumsätze abzustellen.

Die Frage, wie die Bagatellmarktklausel auszulegen ist, ist beim BGH anhängig. Nachdem das Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf Ende 2006 eine Entscheidung des Bundeskartellamts aufgehoben hat, in der dieses die Anwendung der Bagatellmarktklausel wegen höherer Auslandsumsätze abgelehnt hatte, hat das Bundeskartellamt Rechtsbeschwerde eingelegt. Nach Auffassung der Bundesregierung hat der Gesetzgeber die Frage, ob das Konzept des ökonomischen Marktes auch auf die Bagatellmarktklausel anwendbar ist, im Rahmen der 7. GWB-Novelle nicht ausdrücklich geregelt. Es gibt ihres Erachtens jedoch keine Anhaltspunkte, dass das GWB von zwei unterschiedlichen Marktbegriffen ausgeht. Sie begrüßt es daher, dass diese Frage nunmehr höchstrichterlich geklärt wird.

Unabhängig vom Ausgang dieses Verfahrens spricht nach Ansicht der Bundesregierung vieles dafür, dass die geltenden Fusionskontrollvorschriften insgesamt auch Fälle mit nur geringen Inlandsauswirkungen erfassen. Dieser Gesichtspunkt wird mittelfristig bei einer Überarbeitung der deutschen Fusionskontrollvorschriften auch unter dem Gesichtspunkt einer Entbürokratisierung eine Rolle

spielen. Es wird zu prüfen sein, ob die Fusionskontrolle mittels geänderter oder erweiterter Aufgriffsschwellen noch stärker auf für den deutschen Markt wirtschaftlich bedeutende Sachverhalte fokussiert werden kann.

bb) Marktabgrenzung

28. Die Monopolkommission kritisiert mit Hinblick auf die Entscheidung des Bundeskartellamts in dem Zusammenschlussverfahren Springer/ProSiebenSat1, dass das Bundeskartellamt bei der sachlichen Marktabgrenzung ohne weitere Diskussion nach den verschiedenen betroffenen Werbeträgern unterschieden hat. Sie regt an, bei der Marktabgrenzung stärker auf die Marktgegenseite abzustellen und insofern die medienübergreifenden Austauschmöglichkeiten in größerem Maße zu berücksichtigen. Im konkreten Fall (Tz. 535) hätte dies nach Ansicht der Monopolkommission bedeutet, nicht auf das Werbemedium, sondern auf die Reichweite der Werbekampagne abzustellen.

Die Bundesregierung unterstützt den Appell der Monopolkommission, Fragen der sachlichen Marktabgrenzung im Rahmen der Rechtsanwendung stetig weiterzuentwickeln. Wie sie bereits in ihrer Stellungnahme zum Fünfzehnten Hauptgutachten deutlich gemacht hat (Tz. 88), ist es vor dem Hintergrund schneller Marktentwicklungen und sich verändernden Konsumentenverhaltens wichtig, die Marktabgrenzung soweit als möglich anhand aktueller Daten und Prognosen vorzunehmen. Aus diesem Grund verbieten sich starre Festlegungen; auch Gerichtsentscheidungen zur Marktabgrenzung haben nur zeitlich begrenzte Bindungswirkung. Sowohl die Wettbewerbsbehörden als auch die Gerichte stehen insofern in der Pflicht, ihre Marktabgrenzung ständig anhand der aktuellen Gegebenheiten zu überprüfen. Dies gilt in besonderem Maße für den Medienbereich (hier insbesondere im Hinblick auf die immer noch weiter wachsende Bedeutung des Internets und die daraus folgende Ergänzung bzw. Austauschbarkeit klassischer Medien durch Onlineangebote). Die Bundesregierung ist jedoch überzeugt, dass das Bundeskartellamt die Marktentwicklungen in diesem Bereich aufmerksam verfolgt (vgl. bereits den Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamts 1999/2000, Bundestagsdrucksache 14/6300, S. 17).

b) Marktbeherrschung

29. Die Monopolkommission wirft im Zusammenhang mit der Entscheidung „Springer/ProSiebenSat1“ die Frage auf, in welchem Rahmen Effizienzvorteile bei der Fusionskontrolle zu berücksichtigen sind (Tz. 537 ff.). Ihrer Ansicht nach sollen positive Effizienzen im Rahmen der nationalen Fusionskontrolle nicht explizit berücksichtigt werden, da sie bereits pauschalisiert durch die Festlegung einer Marktbeherrschungsgrenze Beachtung finden. Die Monopolkommission warnt aber auch davor, aus Effizienzbestrebungen und -verbesserungen von Unternehmen grundsätzlich die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung herzuleiten. Die Effizienzbetrachtungen des Bundeskartellamts lassen nach Ansicht der Monopolkommission teilweise diese Tendenz

befürchten. Eine solche „efficiency offense“ schade aber dem Wettbewerb statt ihn zu schützen. Effizienzsteigernde Verhaltensweisen sollten nach Ansicht der Monopolkommission (Tz. 539) nur zu einer Ablehnung führen, wenn sie mit strukturell wirkenden Verdrängungseffekten verbunden sind.

Die Bundesregierung hält diesen Hinweis für zutreffend. Das erfolgreiche Bestreben auch marktmächtiger Unternehmen, effizienter als ihre Wettbewerber zu werden, sollte ihrer Ansicht nach nicht pauschal als negativer Faktor bei der Beurteilung von Zusammenschlüssen zum Tragen kommen. Eine solche Konsequenz ist nach Auffassung der Bundesregierung auch im Rahmen einer eher marktstrukturorientierten Fusionskontrolle nicht zwingend. Zwar sind Effizienzvorteile im Rahmen der nationalen Fusionskontrolle keine umfassend zu prüfenden Rechtfertigungsgründe. Das hindert es nach Auffassung der Bundesregierung jedoch nicht, insbesondere bei wettbewerblich problematischen Grenzfällen die konkreten Marktauswirkungen von Effizienzvorteilen zu untersuchen und bei der Entscheidung über eine Untersagung oder Freigabe des Zusammenschlussvorhabens zu berücksichtigen.

2. Europäische Zusammenschlusskontrolle

a) Änderung der Zwei-Drittel-Regelung

30. Die Monopolkommission unterstützt in der Tendenz Überlegungen der Europäischen Kommission, die sogenannte Zwei-Drittel-Regelung als Kriterium der Zuständigkeitsverteilung aufzugeben bzw. zu ändern und solche Zusammenschlussvorhaben, die beträchtliche grenzüberschreitende Effekte aufweisen, an sich zu ziehen. Sie hält die Zwei-Drittel-Regelung zwar für grundsätzlich geeignet, nationale und Gemeinschaftskompetenzen sachgerecht abzugrenzen. Ihrer Auffassung nach trägt die Regelung aber der Tatsache, dass bestimmte nationale Zusammenschlüsse Gemeinschaftsdimension haben können, nicht ausreichend Rechnung. Als Belege dafür zieht sie besonders netzgebundene Märkte heran. Hierbei handelt es sich um Märkte, die traditionell national oder regional geprägt seien und Monopole aufwiesen. Sie plädiert daher für eine gesetzgeberische Ergänzung der Zwei-Drittel-Regelung, die der Europäischen Kommission das Recht verleiht, Fusionsfälle an sich zu ziehen, sofern entsprechende Märkte betroffen sind. Sie empfiehlt der Bundesregierung, ein entsprechendes Gesetzgebungsvorhaben der Europäische Kommission zu unterstützen (Tz. 601 ff.).

Die Bundesregierung teilt diese Position nicht. Sie hat sich gegenüber der Europäischen Kommission entschieden gegen eine Abschaffung oder Aufweichung der Zwei-Drittel-Regelung ausgesprochen. Die Zwei-Drittel-Regelung hat sich nach Auffassung der Bundesregierung und auch aller anderen größeren Mitgliedstaaten, für die diese Zuständigkeitsregelung bedeutsam ist, bewährt. Sie ist Ausdruck des Subsidiaritätsprinzips, welches das maßgebliche Kriterium bei der Abgrenzung nationaler und europäischer Fusionskontrolle ist. Während die Zuständigkeit der Europäische Kommission seit 1989 fortlau-

fend erweitert wurde (u. a. durch die reale Absenkung der seit 1989 nominal unveränderten Schwellenwerte, die Einführung abgesenkter Schwellenwerte für die Fälle sogenannter Mehrfachanmeldungen, durch die Novellierung der Fusionskontrollverordnung im Jahre 1998 und das schnellere Erreichen der Gesamtumsatzschwellen durch die fortlaufende Erweiterung der EU), wurden dem keine erweiterten nationalen Kompetenzen entgegengesetzt. Eine weitere Zuständigkeitsverlagerung würde die Balance zwischen europäischer und nationaler Fusionskontrolle gefährden und der nationalen Fusionskontrolle wesentliche Teile ihrer Substanz nehmen. Im Übrigen darf nach Ansicht der Bundesregierung nicht der Eindruck entstehen, nur die Europäische Kommission könne Fälle mit grenzüberschreitendem Bezug sachgerecht entscheiden. Nicht zuletzt der im Rahmen der VO 1/2003 erfolgreich verfolgte Ansatz zeigt, dass auch nationale Behörden grenzüberschreitende Sachverhalte zufrieden stellend beurteilen können. Einzelne Fehlentscheidungen aus Sicht der Europäischen Kommission oder der Monopolkommission können bei jeder Behörde auftreten und dürfen kein Anlass sein, von einem insgesamt bewährten System abzurücken. Falls im Einzelfall ein Zusammenschluss trotz Eingreifens der Zwei-Drittel-Regelung eine solche europäische Dimension hat, dass seine Beurteilung durch die Europäische Kommission gerechtfertigt ist, ist eine Verweisung nach Artikel 22 FKVO der flexiblere und vorzugswürdige Weg.

Der Vorschlag der Monopolkommission, ein Zugriffsrecht der Europäischen Kommission für einzelne Märkte zu schaffen, hätte außerdem zur Folge, dass sektorspezifische Sonderregeln in die Fusionskontrolle eingeführt würden. Dies ist sowohl dem deutschen als auch dem europäischen Fusionskontrollregime fremd. Eine Aufweichung des Grundsatzes, dass die fusionskontrollrechtlichen Regelungen für alle Branchen einheitlich gelten, ist aus Sicht der Bundesregierung nicht sinnvoll.

b) Verweisungen auf Antrag der betroffenen Unternehmen

31. Die Monopolkommission weist darauf hin, dass die Zahl der Verweisungen an die Europäische Kommission aufgrund von Anträgen der Unternehmen nach Artikel 4 Abs. 5 FKVO stark angestiegen ist. Solche Anträge gründen sich nach Ansicht der Monopolkommission häufig zumindest auch auf die Erwartung einer weniger stringenter Untersagungspraxis der Europäischen Kommission (bzw. im umgekehrten Fall einer Verweisung nach Artikel 4 Abs. 4 FKVO auf die Hoffnung, Entscheidungen einer nationalen Behörde würden durch industriepolitische Erwägungen beeinflusst). Die Mitgliedstaaten bzw. die Europäische Kommission müssten dieses „forum shopping“ durch ihr Veto verhindern. Die Monopolkommission empfiehlt den zuständigen deutschen Behörden, im Fall eines Antrags nach Artikel 4 Abs. 5 FKVO genau zu prüfen, ob eine Verfahrensabgabe nach Brüssel sachdienlich ist (Tz. 611 ff.).

Die Bundesregierung kann die Befürchtung der Monopolkommission, Verweisungsanträge würden auch gestellt,

um auf die materielle Entscheidung Einfluss zu nehmen, nicht teilen. Maßgeblicher Beweggrund für einen Verweisungsantrag ist aus ihrer Sicht in den allermeisten Fällen das Interesse der Unternehmen, Fusionen, die (unter hohem Aufwand) bei mehreren Wettbewerbsbehörden anmeldepflichtig wären, von einer einzigen Behörde prüfen zu lassen und auf diese Weise Zeit und Kosten zu sparen („one stop shop“-Prinzip).

Die Bundesregierung stimmt der Monopolkommission zu, dass die Anzahl der Verweisungsanträge stärker als erwartet zugenommen hat. Allerdings darf hieraus nicht gefolgert werden, Verweisungsanträgen würde ohne nähere Prüfung entsprochen. Das Bundeskartellamt prüft regelmäßig ausführlich, ob der zu beurteilende Sachverhalt seinen Schwerpunkt in Deutschland hat, und trägt dem Anliegen der Monopolkommission daher bereits durch seine ständige Praxis Rechnung. Die bisherigen Verfahren zeichneten sich allerdings dadurch aus, dass die Märkte grenzüberschreitend waren und einen unmittelbaren Bezug gerade zum deutschen Markt vermissen ließen.

c) „More economic approach“

32. Die Monopolkommission setzt sich in ihrer Analyse von Einzelfallentscheidungen der Europäischen Kommission ausführlich mit deren „more economic approach“ auseinander. Sie zeichnet dabei ein deutlich positiveres Bild von der ökonomischen Herangehensweise der Europäischen Kommission als in früheren Hauptgutachten (vgl. z. B. Vierzehntes Hauptgutachten, Bundestagsdrucksache 15/1265 Rz. 608).

Die Bundesregierung teilt im Grundsatz diese Sichtweise. Ihrer Auffassung nach umfasst das Schlagwort „more economic approach“ zwei Bereiche. Soweit damit die Änderungen der europäischen Fusionskontrollvorschriften angesprochen sind, gilt folgendes: Die Einführung des neuen Untersagungskriteriums der „erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs“ (sogenannter SIEC-Test) hat nicht zu der befürchteten Rechtsunsicherheit geführt. Die Bundesregierung stimmt der Monopolkommission zu, dass sich der Wechsel des Untersagungskriteriums in den bisherigen Entscheidungen der Kommission zumindest auf die Entscheidungsergebnisse nicht so stark auswirkt wie zunächst erwartet (Tz. 640). Jedenfalls bei hohen Marktanteilen spielt das Kriterium der Marktherrschaft nach wie vor eine große Rolle. Die Bundesregierung verfolgt die Entwicklungen in der europäischen Rechtsanwendungspraxis und Rechtsprechung mit Interesse. Sie ist der Ansicht, dass es angesichts der erst kurzen praktischen Erprobung des neuen Kriteriums noch zu früh ist, um über eine Angleichung des deutschen an das europäische Recht nachzudenken. Mittelfristig wird diese Frage aber erneut zu prüfen sein.

Zum anderen zielt der „more economic approach“ – unabhängig von den jeweiligen rechtlichen Regelungen – auf einen verstärkten Einsatz ökonomischer Instrumente. Eine solche ökonomische Herangehensweise kann nach Ansicht der Bundesregierung eine Verbesserung von Analysen und Prognosen bei der Kartellrechtsanwendung bewirken. Dies gilt allerdings nur unter der Vorausset-

zung, dass die Verfahren handhabbar bleiben. Wie die Monopolkommission (Tz. 694) befürwortet die Bundesregierung deshalb die Anwendung quantitativer Analysen in problematischen Einzelfällen. Dort wo strukturelle Elemente allein zu keinen hinreichend belastbaren Ergebnissen führen, können quantitative Methoden der Absicherung und Feinabstimmung des Ergebnisses dienen.

Gleichzeitig sieht die Bundesregierung ebenso wie die Monopolkommission (Tz. 695 ff.) mögliche Nachteile des „more economic approach“. Der mit dem tatsächlichen Nachweis konkreter wettbewerbsschädlicher Auswirkungen auf den Verbraucher verbundene Aufwand kann zu einer längeren Verfahrensdauer und stärkeren bürokratischen Belastung der betroffenen Unternehmen führen. Zudem leidet u. U. die Rechtssicherheit, da Entscheidungen weniger prognostizierbar werden und das Verfahren der Datenauswahl und -analyse selbst zum Gegenstand rechtlicher Auseinandersetzung werden kann. Diese Nachteile sprechen nach Auffassung der Bundesregierung aber nicht gegen den „more economic approach“, sondern geben das Maß für dessen Anwendung vor: Der „more economic approach“ ist sinnvoll, wenn er mit Augenmaß eingesetzt wird. Es geht nicht um flächendeckende Abstützung der Beweisführung durch ökonomisch fundierte Analysen, sondern um die Feinjustierung in Grenzfällen. Strukturelle Elemente spielen daneben weiterhin eine große Rolle und sind Ausgangspunkt der wettbewerblichen Bewertung. Auch die jüngste Rechtsprechung der europäischen Gerichte im Rahmen der Missbrauchsaufsicht nach Artikel 82 des EG-Vertrages macht im übrigen deutlich, dass für die Frage einer Wettbewerbsbeschränkung neben den konkreten Auswirkungen auf die Verbraucher auch die Marktstrukturen berücksichtigt werden müssen (vgl. EuG, *Entsch. v. 30. Januar 2007 – Wanadoo*, Rs. T-340/03, Rz. 266; EuGH, *Entsch. v. 15. März 2007 – British Airways*, Rs. C-95/04, Rz. 106).

d) Abhilfemaßnahmen

33. Wie in früheren Hauptgutachten übt die Monopolkommission Kritik an der Zusagepraxis der Europäischen Kommission. Unter Hinweis auf die Ergebnisse einer von der Europäischen Kommission im Oktober 2005 vorgelegte Studie über die Effizienz von Zusagen spricht sie sich dafür aus, den rechtlich zulässigen Umfang von Abhilfemaßnahmen zu begrenzen. Wenn ein Zusammenschluss so schwere wettbewerbliche Bedenken hervorruft, dass eine Freigabe nur unter der Bedingung umfangreicher Verpflichtungsmaßnahmen erfolgen könne, spräche mehr dafür, den Zusammenschluss zu verbieten (Tz. 698 ff.).

Die Bundesregierung ist trotz dieser Bedenken der Auffassung, dass Zusagen ein flexibles und praktikables Instrument im Rahmen der Fusionskontrolle sind und einen weniger starken Eingriff in Marktstrukturen bedeuten als eine Untersagung. Von den Parteien vorgeschlagene Verpflichtungszusagen sollten daher Vorrang vor einer Untersagung haben.

34. Die Monopolkommission wiederholt ihre Bedenken gegenüber Verhaltenszusagen, insbesondere Zusagen

hinsichtlich des diskriminierungsfreien Zugangs zu Infrastruktureinrichtungen (Tz. 707 ff.).

Die Bundesregierung kann diese Bedenken im Grundsatz zwar nachvollziehen. Sie ist in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichts erster Instanz ungeachtet dessen jedoch der Auffassung, dass es bei der Anwendung der europäischen Fusionskontrollvorschriften weniger auf die Einordnung einer Zusage als verhaltens- oder strukturbezogen als auf ihre Auswirkungen ankommt. Der Zweck von Zusagen ist es, wettbewerbsfähige Marktstrukturen zu gewährleisten und strukturelle Probleme, die infolge eines Zusammenschlusses entstehen können, effektiv und dauerhaft zu lösen. Es liegt auf der Hand, dass Zusagen struktureller Art wie z. B. Veräußerungsverpflichtungen dieses Ziel am besten verwirklichen können. Allerdings lässt sich auch nicht a priori ausschließen, dass auf den ersten Blick verhaltensbezogene Zusagen nicht ebenfalls geeignet sein können, die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zu verhindern (vgl. EuG, Entsch. v. 25. März 1999 – Gencor, Rs. T-102/96, Rz. 319; EuG, Entsch. v. 30. September 2003 – ARD, Rs. T-158/00, Rz. 193). Vor diesem Hintergrund stellt sich nach Auffassung der Bundesregierung die Frage, ob auch in diesem Punkt mittelfristig eine Anpassung der Fusionskontrollvorschriften des GWB an das europäische Recht erfolgen sollte.

35. Zuzustimmen ist der Monopolkommission in ihrer Kritik an der Vorgehensweise der Europäische Kommission in den Entscheidungen Siemens/VA Tech und Continental/Phoenix. Die Europäische Kommission hat in diesen Fällen im Hinblick auf die abgegebenen Verpflichtungszusagen das Vorliegen einer Wettbewerbsbeeinträchtigung offen gelassen. Die Bundesregierung hofft, dass diese Beispiele nicht Schule machen werden. Auch wenn verfahrensökonomische Erwägungen eine Rolle spielen können, ist es auch aus Gründen der Rechtssicherheit und Prognostizierbarkeit künftiger Entscheidungen erforderlich, dass das Vorliegen einer Wettbewerbsbeeinträchtigung bei Freigabeentscheidungen unter Auflagen eindeutig festgestellt wird.

e) Abwägungsklausel

36. In ihren Ausführungen zu den Entscheidungen der europäischen Gerichte setzt sich die Monopolkommission u. a. mit einer Entscheidung des Gerichts erster Instanz in dem Verfahren EDP/KOM auseinander. Das Gericht stellte in seinem Urteil fest, dass die Kommission den Zusammenschluss nicht wegen seiner positiven Auswirkungen im Gasbereich erlauben durfte, ohne die negativen Auswirkungen im Strombereich zu beachten. Die Monopolkommission weist darauf hin, dass diese Beurteilung möglicherweise anders ausgefallen wäre, wenn es im europäischen Recht eine Abwägungsklausel entsprechend § 36 Abs. 1 GWB gäbe. Sie äußert sich positiv über die deutsche Abwägungsklausel, da sie den Gesamtauswirkungen eines Zusammenschlusses auf den Wettbewerb Rechnung trägt (Tz. 735 ff.).

Die Bundesregierung begrüßt dieses Votum der Monopolkommission. Sie ist der Auffassung, dass die Abwä-

gungsklausel ein sinnvolles Instrument ist, das Raum zur pragmatischen und flexiblen Rechtsanwendung bietet.

IV. Regulierungen der Freien Berufe

37. Die Monopolkommission untersucht und bewertet die bestehenden Regulierungen generell für Freie Berufe und speziell für Rechtsanwälte, Apotheker, Architekten und Ingenieure unter wettbewerbspolitischen Gesichtspunkten. Zu den wettbewerblich relevanten Regelungen bei diesen Berufen zählt die Monopolkommission vor allem Regelungen über den Zugang zur Berufstätigkeit, Gebührenregelungen und Werbebeschränkungen sowie Vorgaben zur interprofessionellen Zusammenarbeit. Sie bewertet einen großen Teil der bestehenden Regelungen in ihrem Umfang und ihrer Tiefe unter Wettbewerbsaspekten kritisch und empfiehlt deren Aufhebung oder Lockerung. Besonders kritisch betrachtet die Monopolkommission Gebührenregelungen, die sie zur Erreichung der mit ihnen verfolgten Ziele für nicht geeignet und damit nicht gerechtfertigt hält.

Die Bundesregierung befürwortet eine Überprüfung bestehender Regulierungen, insbesondere vor dem Hintergrund von Änderungen der rechtlichen und gesellschaftlichen Rahmenbedingungen. Die Bundesregierung hat jedoch bei dieser Überprüfung weitere Regulierungsziele, die Hintergrund für deren Einführung waren und weiterhin Bedeutung beanspruchen, im Auge zu behalten. Dazu zählen sozial- und gesundheitspolitische Erwägungen, Verbraucherschutz und der Schutz öffentlicher Güter, beispielsweise einer geordneten Rechtspflege.

Im Rahmen eines kontinuierlichen Überprüfungsprozesses, zu dem auch der Bericht der EU-Kommission über den Wettbewerb bei freiberuflichen Dienstleistungen vom Februar 2004 aufruft, werden die als sinnvoll und notwendig erachteten gesetzgeberischen Veränderungen umgesetzt. Die Bundesregierung lässt sich dabei von dem Ziel einer Regulierung leiten, die unnötige Bürokratie abbaut und ein ausgeglichenes Verhältnis wahrt zwischen den Schutzzwecken einerseits und den Chancen für Wachstum und Beschäftigung andererseits. Die Grundstruktur der Freien Berufe wird dabei nicht in Frage gestellt. Eine auf Erhaltung offener und Öffnung verschlossener Märkte ausgerichtete Wirtschaftspolitik beinhaltet auch eine sektorspezifische Regulierung mit Augenmaß.

In Bezug auf Mindestpreisregelungen z. B. für Architekten, Ingenieure und Rechtsanwälte sieht sich die Bundesregierung durch die aktuelle EuGH-Rechtsprechung (Cipolla) in ihrer Auffassung bestätigt, dass die damit verbundene Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit unter bestimmten Voraussetzungen gerechtfertigt sein kann, wobei das Vorliegen dieser Voraussetzungen von den nationalen Gerichten zu prüfen ist. Ein Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht ist mit der gesetzlichen Festlegung von Mindestpreisen nicht verbunden.

1. Rechtsdienstleistungen

38. Die Monopolkommission befasst sich innerhalb des Kapitels „Freie Berufe“ eingehend mit dem Markt für

Rechtsdienstleistungen (Tz. 1002 bis 1127). Sie bewertet die Regelungen für den Marktzugang, das anwaltliche Honorarrecht, die Werbung und den gesellschaftsrechtlichen Rahmen.

39. Die Monopolkommission hält die im Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts vorgesehenen Öffnungen des Rechtsberatungsmarktes zwar für richtig, aber nicht für ausreichend. Sie fordert im Kern, alle Personen mit einer relevanten Qualifikation auf juristischem Gebiet, z. B. Diplom-Wirtschaftsjuristen, aber auch alle Hochschulabsolventen mit erster juristischer Prüfung, uneingeschränkt zur außergerichtlichen Rechtsberatung und -vertretung zuzulassen (Tz. 1023 bis 1028). Auch die gerichtliche Vertretung soll diesen Personen, außer in Verfahren mit ausdrücklichem Anwaltszwang, erlaubt werden (Tz. 1033). Das Regelungskonzept des Gesetzentwurfs zur Eingrenzung des Begriffs „Rechtsdienstleistung“ und zu den als Nebenleistung zulässigen Rechtsdienstleistungen durch Nichtjuristen hat nach Ansicht der Monopolkommission „im Grundsatz einiges für sich“ (Tz. 1021). Bemängelt wird, dass die Abgrenzung in der Praxis zu großen Schwierigkeiten und daraus resultierenden Rechtsunsicherheiten führen werde. Die Monopolkommission schlägt vor, die Regelungen durch ein weiteres Abgrenzungskriterium zu ergänzen. Danach soll ausschlaggebend sein, ob eine Beratung nach der Verkehrsanschauung oder der erkennbaren Erwartung des Auftraggebers vor allem unter betriebswirtschaftlichen, technischen oder sonstigen nichtjuristischen Gesichtspunkten erfolgen soll. Außerdem will die Monopolkommission den Katalog der ausdrücklich freigestellten Tätigkeiten ergänzen, insbesondere um die betriebswirtschaftlich ausgerichtete Krisen- und Sanierungsberatung (Tz. 1022).

Die Bundesregierung hält an der im Entwurf des Rechtsdienstleistungsgesetzes (RDG) getroffenen Grundsatzentscheidung, nicht alle Personen mit einer juristischen (Fach-) Hochschulausbildung zur außergerichtlichen Rechtsberatung zuzulassen, fest. Umfassende Rechtsberatung erfordert – auch im außergerichtlichen Bereich – grundsätzlich die volle juristische Ausbildung mit Universitätsstudium und anschließendem Vorbereitungsdienst, zumal dieser zuletzt verstärkt auch auf die außergerichtliche Anwaltstätigkeit (Vertragsgestaltung, Mandantenberatung) ausgerichtet wurde. Die nur knapp dreijährige Ausbildung an einer Fachhochschule kann nicht annähernd so gründliche theoretische und praktische Rechtskenntnisse vermitteln wie die mehr als doppelt so lange juristische Hochschulausbildung mit anschließendem juristischem Vorbereitungsdienst.

Die Zulassung aller Hochschulabsolventen eines (teil-)juristischen Studiengangs führt notwendig zu einem Nebeneinander zahlreicher teilweise erheblich geringer qualifizierter juristischer Berufe vom sogenannten Bachelor mit FH-Abschluss (z. B. im Wirtschafts-, Medien- oder Sozialrecht) über den Universitätsjuristen bis hin zum Volljuristen ohne oder mit Anwaltszulassung. Der Gesetzgeber wäre nicht in der Lage, die Rechtsdienstleistungsbefugnisse all dieser Hochschulabsolventen in Relation zu den

jeweiligen Studieninhalten und -schwerpunkten trennscharf einzugrenzen, sodass allen Juristen sehr weit gehende oder sogar umfassende Befugnisse eingeräumt werden müssten. Die Rechtsuchenden könnten dann nur anhand der Berufsbezeichnungen oder anhand gesetzlicher Informationspflichten über das Maß der juristischen Qualifikation unterrichtet werden. Der Gesetzentwurf hält dies nicht für ausreichend, um die Rechtsuchenden vor unqualifiziertem Rechtsrat zu schützen. Der Schutz einzelner Berufsbezeichnungen bietet, wie auch die Monopolkommission einräumt (Tz. 1016), lediglich einen „gewissen Schutz“.

Das Fehlen anwaltlicher Berufsrechte und -pflichten (Verschwiegenheit, Unabhängigkeit, Verbot widerstreitender Interessen) würde zu einer erheblichen Gefährdung der Rechtsuchenden führen. Dies erkennt auch die Monopolkommission an und befürwortet die Statuierung von Berufspflichten auch für nichtanwaltliche Rechtsberater. Eine solche anwaltsähnliche Ausgestaltung des nichtanwaltlichen Rechtsberaterberufs wäre aber geeignet, die Unterschiede zwischen Anwälten und Nichtanwälen noch weiter zu verwischen mit der Folge, dass letztlich zwei in ihren Befugnissen, Rechten und Pflichten völlig gleichartige Berufsbilder nebeneinander bestünden, die sich einzig durch eine unterschiedliche Berufsqualifikation unterscheiden. Hinzu kommt, dass Berufspflichten nur dann sinnvoll sind, wenn ihre Einhaltung auch überwacht wird. Fehlt es an einer wirksamen Kontrolle, die im Bereich der Anwaltschaft durch die Anwaltskammern wahrgenommen wird, so besteht die Gefahr, dass solche Pflichten letztlich nur noch auf dem Papier bestehen. Wie die Monopolkommission, die diese Gefahr der Erosion von Berufspflichten nicht anerkennt (Tz. 1031), sicherstellen will, dass nichtanwaltliche Rechtsdienstleister ihre Berufspflichten einhalten, bleibt offen.

40. Entgegen der Ansicht der Monopolkommission (Tz. 1029) bieten die Regelungen des Gesetzentwurfs über die als Nebenleistung zulässigen Rechtsdienstleistungen und über die berufliche Zusammenarbeit mit Anwälten den Absolventen teiljuristischer Studiengänge ausreichende Möglichkeiten zu einer – auch selbständigen – beruflichen Betätigung. Dabei kann der Anteil der Rechtsdienstleistungen an der Gesamttätigkeit – wie das von der Monopolkommission genannte Beispiel der betriebswirtschaftlichen Sanierungsberatung zeigt – durchaus erheblich sein, wenn bereits die berufliche Haupttätigkeit erhebliche Rechtskenntnisse erfordert (z. B. Steuerberater, Betriebswirt, Diplomkaufmann). Die beruflichen Betätigungsmöglichkeiten entsprechen daher in diesen Fällen sehr wohl der juristischen Qualifikation.

41. Den Vorschlag der Monopolkommission, allen Absolventen juristischer Studiengänge außerhalb des sogenannten Anwaltszwangs auch die gerichtliche Vertretung zu erlauben, lehnt die Bundesregierung ab. Das Argument der Monopolkommission, wer sich vor Gericht selbst vertreten könne, müsse sich auch durch jede andere Person, erst recht also durch nichtanwaltliche Juristen vertreten lassen können, überzeugt nicht:

Die Prozessvertretung ist wesentlicher Teil des Rechtsanwaltsberufs. Dass Personen, die nicht über die für diesen Beruf erforderliche Berufsqualifikation verfügen, von der Ausübung dieser Tätigkeit ausgeschlossen sind, ist, wie das Bundesverfassungsgericht schon früh entschieden hat, nur ein Reflex der subjektiven Zulassungsvoraussetzungen für den Rechtsanwaltsberuf.

Im Übrigen dient die Entscheidung des Gesetzgebers, den Parteien in bestimmten Gerichtsverfahren den Zugang zum Gericht in eigener Person und ohne Einschaltung eines Rechtsanwalts zu ermöglichen, allein dem Zweck, Streitigkeiten im unteren Streitwertbereich einfach und ohne großes Kostenrisiko für die Parteien beizulegen. Nur aus diesem Grund wird der Naturalpartei in diesen Verfahren um der Einfachheit und Billigkeit des Verfahrens willen die Befugnis eingeräumt, in eigener Sache vor Gericht auftreten zu können. Dabei wird in Kauf genommen, dass die prozessrechtlich unerfahrene Naturalpartei sich durch eine unsachgemäße Prozessführung selbst schädigt. Vor einer Schädigung infolge der unsachgemäßen Prozessvertretung durch einen – entgeltlich handelnden – Dritten ist die Prozesspartei demgegenüber zu schützen. Deshalb besteht kein Anlass, die Anforderungen an die Berufsqualifikation des berufsmäßigen Prozessvertreters und an seine berufsrechtlichen Pflichten im Fall einer gewillkürten Prozessvertretung geringer zu definieren als im Verfahren mit Anwaltszwang.

42. Die Monopolkommission befürwortet die Regelungen des Gesetzentwurfs zur Legaldefinition des Begriffs „Rechtsdienstleistung“ und zur Zulässigkeit rechtsdienstleistender Nebenleistungen im Grundsatz, hält aber die Definition und die Abgrenzung zwischen Neben- und Hauptleistung nicht für hinreichend trennscharf (Tz. 1021). Sie schlägt eine zusätzliche, negative Abgrenzung vor, wonach keine Rechtsdienstleistung vorliegt, wenn nach der Verkehrsanschauung oder der erkennbaren Erwartung des Auftraggebers eine Beratung vor allem unter betriebswirtschaftlichen, technischen oder sonstigen nichtjuristischen Gesichtspunkten erfolgen soll.

Eine solche Ergänzung der gesetzlichen Regelungen wäre aus Sicht der Bundesregierung nicht geeignet, Unklarheiten zu beseitigen und Grenzfälle zu vermeiden. Die entscheidende Frage, ob eine Rechtsdienstleistung vorliegt oder die Grenze von der Nebenleistung zur Hauptleistung überschritten ist, kann auch durch diese Formulierung nicht geklärt werden. Wenn vor allem nichtjuristische Gesichtspunkte Gegenstand einer Beratungs- oder Vertretungstätigkeit sind, handelt es sich bei den juristischen Tätigkeiten auch nach der von der Bundesregierung vorgeschlagenen Definition um Nebenleistungen. Entscheidend ist allein, anhand welcher Kriterien der Schwerpunkt der Gesamttätigkeit – das vor allem – festzulegen ist, und ob eine Nebenleistung den erforderlichen sachlichen Zusammenhang zu der Hauptleistung aufweist. Zu beiden Fragen kann die von der Monopolkommission vorgeschlagene Regelung nichts beitragen.

43. Die Monopolkommission schlägt außerdem vor, den Ausnahmekatalog im Rechtsdienstleistungsgesetz (Testamentsvollstreckung, Fördermittelberatung, Wohnungsver-

waltung) auszuweiten und insbesondere um betriebswirtschaftlich ausgerichtete Krisen- und Sanierungsberatung zu ergänzen (Tz. 1022).

Eine Erweiterung des Ausnahmekatalogs ist aus Sicht der Bundesregierung abzulehnen. Die Ausnahmeregelung trägt im Wesentlichen der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes Rechnung, hinter die das Gesetz nicht zurückgehen will. Deshalb soll etwa auch künftig der gesamte Bereich der Testamentsvollstreckung erlaubnisfrei zulässig sein. Im Übrigen müsste bei Übernahme des Vorschlags der Monopolkommission stets doch wieder geprüft werden, ob eine Sanierungsberatung im Einzelfall betriebswirtschaftlich oder juristisch ausgerichtet ist. Der Ausnahmekatalog verfolgt aber gerade den Zweck, einzelne Tätigkeiten insgesamt dem Streit darüber zu entziehen, ob Rechtsdienstleistungen zulässig sind oder nicht.

44. In Bezug auf das anwaltliche Honorarrecht hält die Monopolkommission die sich aus der Bundesrechtsanwaltsordnung ergebende Mindestpreisregelung in gerichtlichen Verfahren wettbewerbspolitisch nicht für gerechtfertigt. Eine Gebührenordnung für Tätigkeiten im gerichtlichen Verfahren hält sie gleichwohl für sinnvoll. Sie sollte jedoch nicht als Mindestpreisregelung dienen, sondern eine Höchstgrenze für die Kostenerstattung im Prozess bilden und eine Vergütung für die Fallgruppen festlegen, in denen der Anwalt zur Annahme des Mandats verpflichtet ist. Die Monopolkommission erwartet durch den Wegfall des Unterschreitungsverbots eine wettbewerbsinduzierte Senkung der Preise (Tz. 1039).

Das anwaltliche Vergütungsrecht ist ein wichtiger Bestandteil der Justizgesetze und sichert den Zugang zum Recht. Durch eine einheitliche Gebührenberechnung, die sich in der Regel am Gegenstandswert orientiert, soll im Zusammenspiel mit dem System der Beratungs- und Prozesskostenhilfe der gleiche Zugang zum Recht für alle garantiert werden. Das Vergütungsrecht soll auch dazu beitragen, dass die Rechtsanwälte in die Lage versetzt werden, qualitativ hochwertige Rechtsdienstleistung anzubieten. Die Bundesregierung ist der Auffassung, dass der Gesetzgeber mit Regelungen, die den gleichen Zugang zum Recht für jedermann sichern sollen, schon wegen seines verfassungsrechtlich hohen Ranges sehr sorgsam umgehen sollte.

45. Die Erwartung der Monopolkommission, der Wegfall des Unterschreitungsverbots führe zu einer Senkung der Preise, ist nicht belegt. Vergleichende Untersuchungen über das Vergütungsniveau in anderen Ländern sind der Bundesregierung nicht bekannt. Würde die von der Monopolkommission erwartete Preissenkung eintreten, dürfte dies Einfluss auf die Qualität anwaltlicher Dienstleistung haben. Niedrigere Gebühren dürften tendenziell zu einer Qualitätseinschränkung führen.

Der Europäische Gerichtshof hält in seiner jüngsten Entscheidung (v. 5. Dezember 2006 – Cipolla, Rs. C-94/04) das Unterschreitungsverbot in gerichtlichen Verfahren als Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs für zulässig, wenn eine solche Regelung angesichts ihrer

konkreten Anwendungsmodalitäten tatsächlich den Zielen des Verbraucherschutzes und der geordneten Rechtspflege Rechnung trägt und die mit ihr auferlegten Beschränkungen nicht außer Verhältnis zu diesen Zielen stehen. Ob die Voraussetzungen zutreffen, sollen die nationalen Gerichte entscheiden. Der Gerichtshof lässt es auch ausdrücklich offen, ob es eine Wechselbeziehung zwischen Honorarhöhe und der Qualität der von den Rechtsanwälten erbrachten Dienstleistungen gibt.

Die Bundesregierung wird die weitere Diskussion dieses Themas sorgfältig verfolgen. Dabei ist auch der Zusammenhang mit dem Verbot der Vereinbarung eines Erfolgshonorars zu beachten. Nachdem in Folge des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichtes (Beschl. v. 12. Dezember 2006 – 1 BvR 2576/04) die Vereinbarung von Erfolgshonoraren in bestimmten Fällen zugelassen werden muss, wird zu prüfen sein, welche Auswirkungen dies auf das Unterschreitungsverbot hat.

46. Die Monopolkommission spricht sich dafür aus, die Vereinbarung von Erfolgshonoraren durch Anwälte mit ihren Mandanten zuzulassen. Zum einen könnten Erfolgshonorare Ansporn für den Anwalt sein. Zum anderen bewirkten sie eine Verlagerung ökonomischer Risiken auf den Anwalt, der diese möglicherweise besser tragen könne. Eine nachträgliche gerichtliche Kontrolle der Honorarhöhe sollte jedoch möglich sein (Tz. 1073, 1095). Nach Auffassung der Monopolkommission sollte grundsätzlich untersucht werden, ob das Postulat einer vollkommenen wirtschaftlichen Unabhängigkeit des Anwalts vom Mandanten, auf dem das Verbot der Vereinbarung von Erfolgshonoraren fußt, rechtspolitisch zu rechtfertigen ist (Tz. 1085). In ihrem Gutachten weist die Monopolkommission auf Konstellationen hin, in denen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte bereits nach geltendem Recht ein wirtschaftliches Interesse am Ausgang der Sache haben bzw. ein Erfolgshonorar sogar gesetzlich vorgesehen sei (Tz. 1078 ff.). Ohnehin habe jede Honorarform Anreize auf die Art der Mandatsbearbeitung. Das Erfolgshonorar habe den Vorteil, dass mit seiner Vereinbarung ein Gleichklang der Interessen von Anwalt und Mandant entstehe, der der Rolle des Anwalts als Interessenvertreter des Mandanten entspreche (Tz. 1088).

Das Bundesverfassungsgericht hat mit Beschluss (v. 12. Dezember 2006 – 1 BvR 2576/04) festgestellt, dass das ausnahmslos geltende gesetzliche Verbot von Erfolgshonoraren mit dem Grundrecht auf freie Berufsausübung des Anwalts nicht vereinbar ist. Das Verfassungsrecht gebiete eine Ausnahme für den Fall, dass der Rechtsanwalt mit der Vereinbarung einer erfolgsbasierten Vergütung besonderen Umständen in der Person des Auftraggebers Rechnung trägt, die diesen sonst davon abhielten, seine Rechte zu verfolgen. Das Bundesverfassungsgericht hat dem Gesetzgeber aufgegeben, bis zum 30. Juni 2008 eine Neuregelung zu treffen. Die Bundesregierung wird prüfen, wie sie diesem Beschluss nachkommt und eine gesetzliche Neuregelung erarbeiten.

47. Die Monopolkommission hält die Fortsetzung der Liberalisierung des anwaltlichen Werberechts für wünschenswert. Sie spricht sich dafür aus, im anwaltlichen Berufsrecht keine besonderen Regelungen über die an-

waltliche Werbung mehr zu treffen. Das werberechtliche Sachlichkeitsgebot und die Satzungsermächtigung für Werberegulungen sollten aufgehoben werden. Künftig sollten allein die allgemeinen Regelungen des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb gelten. Anwaltliche Werbeverstöße würden dann regelmäßig nur noch im wettbewerbsrechtlichen Verfahren und nicht mehr im anwaltsgerichtlichen Verfahren verfolgt werden (Tz. 1106).

Nach Auffassung der Bundesregierung sind die Regelungen in der Bundesrechtsanwaltsordnung zur Anwaltswerbung sachgerecht. Überzogene Werbebeschränkungen im Einzelfall werden durch die Rechtsprechung korrigiert. Die Anforderungen an die anwaltliche Werbung, die diejenigen des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb nur maßvoll übersteigen, entsprechen der Stellung des Rechtsanwalts als einem unabhängigen Organ der Rechtspflege. Sie korrespondieren mit dem allgemeinen anwaltlichen Sachlichkeitsgebot. Die besondere Stellung der Rechtsanwaltschaft würde beeinträchtigt, wenn bei einer Freigabe der Werbung Anwälte, auch wenn dies nur in relativ wenigen Fällen geschähe, marktschreierisch am Markt aufträten. Die Bundesregierung teilt zwar die Auffassung der Monopolkommission, dass auch der Wettbewerb den Anreiz zu marktschreierischem Verhalten in Grenzen halten würde (Tz. 1103). Sie hält jedoch eine Regelung über den Markt für weniger geeignet, die Sicherung des anwaltlichen Berufsbildes als Organ der Rechtspflege sicherzustellen. Die Bundesregierung wird gleichwohl prüfen, ob die geltenden besonderen berufsrechtlichen Werbevorschriften für Rechtsanwälte beibehalten werden sollen. Sie hat zur Kenntnis genommen, dass der Deutsche Anwaltverein sich jüngst für eine Aufhebung der gesetzlichen Regelungen zur Anwaltswerbung in der Bundesrechtsanwaltsordnung ausgesprochen hat.

48. Die Monopolkommission ist der Ansicht, die berufsrechtlichen Regelungen für eine Zusammenarbeit der sozietätsfähigen Berufe (Rechts- und Patentanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer) in Form einer Kapitalgesellschaft sollten vereinheitlicht bzw. harmonisiert werden (Tz. 1115). Die bestehenden – teilweise unterschiedlichen – Mehrheitserfordernisse für Gesellschaften und Geschäftsführer sollten abgeschafft werden. Auch Personen, die keinen sozietätsfähigen Beruf ausüben, sollten als Geschäftsführer einer Rechtsanwalts-GmbH zugelassen werden. Auch der Fremdbesitz an Rechtsanwalts-Kapitalgesellschaften solle zugelassen werden, um ein Hindernis für den Zugang von Kapital zum Rechtsberatungsmarkt zu beseitigen. Allerdings sollten zum Schutz der Mandanten Vorkehrungen getroffen werden, um Interessenkollisionen zu vermeiden. Dazu gehörten Regelungen, um eine Transparenz der Eigentümerstruktur zu gewährleisten, und evtl. eine prozentuale Beschränkung von Kapitalbeteiligungen (Tz. 1124, 1126 f.).

Die Bundesregierung wird im Rahmen der weiteren Reformüberlegungen zum anwaltlichen Berufsrecht prüfen, ob und wie das gesellschaftsrechtliche Berufsrecht der Rechtsanwälte mit demjenigen der sozietätsfähigen Berufe harmonisiert werden kann. Sie teilt die Einschätzung der Monopolkommission, dass die bestehenden Mehr-

heitserfordernisse für Gesellschafter und Geschäftsführer die interprofessionelle Zusammenarbeit behindern können (vgl. Tz. 1116). Sie hält die Mehrheitserfordernisse auch deshalb für überprüfungsbedürftig, weil im anwaltlichen Berufsrecht für die interprofessionelle Zusammenarbeit von Rechtsanwälten mit Angehörigen anderer Berufe in einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder in einer Partnerschaftsgesellschaft keine solches Mehrheitserfordernisse bestehen. Die Bundesregierung weist angesichts des Zusammenhangs des anwaltlichen Berufsrechts mit den entsprechenden gesetzlichen Regelungen bei den sozietätsfähigen Berufen aber darauf hin, dass gemäß Richtlinie 2006/43/EG vom 17. Mai 2006 über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen Prüfungsgesellschaften, die für die Durchführung von Abschlussprüfungen zuständig sind, nur zugelassen werden dürfen, wenn eine Mehrheit der Stimmrechte von Wirtschaftsprüfern gehalten wird und das Verwaltungs- und Leitungsorgan der Prüfungsgesellschaft sich mehrheitlich aus Wirtschaftsprüfern zusammensetzt. Der Vorschlag der Monopolkommission, für Kapitalgesellschaften, deren Unternehmensgegenstand die Wirtschaftsprüfung ist, vorzusehen, dass nur noch mindestens ein Gesellschafter Wirtschaftsprüfer sein muss (Tz. 1116), ist mit diesen europarechtlichen Vorgaben nicht vereinbar. Der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Berufsaufsicht und zur Reform berufsrechtlicher Regelungen in der Wirtschaftsprüferordnung (Berufsaufsichtsreformgesetz – BARefG) sieht daher auch vor, bei anerkannten Wirtschaftsprüfungsgesellschaften, zu denen auch Partnerschaftsgesellschaften zählen, an Mehrheitserfordernissen für Gesellschafter und Geschäftsführer festzuhalten.

49. Der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts schlägt vor, als Geschäftsführer einer Rechtsanwaltsgesellschaft (Anwalts-GmbH) auch Angehörige vereinbarter Berufe zuzulassen. Nach der Rechtsprechung gälte diese Regelung auch für die Anwalts-AG. Vereinbar sind alle Berufe, die ein Rechtsanwalt gemäß Bundesrechtsanwaltsordnung selbst als Zweitberuf ausüben darf, worunter auch die von der Monopolkommission genannten Managementtätigkeiten (Tz. 1118) fielen. Dem Anliegen der Monopolkommission, Nichtrechtsanwälte als Geschäftsführer einer Rechtsanwaltsgesellschaft zuzulassen, wird damit entsprochen. Gemäß Gesetzesentwurf soll es durch eine Änderung der Bundesrechtsanwaltsordnung Angehörigen vereinbarter Berufe auch ermöglicht werden, als Gesellschafter einer Rechtsanwaltsgesellschaft ihren Beruf gemeinschaftlich mit Rechtsanwälten auszuüben. Soweit die Monopolkommission darüber hinaus vorschlägt, reine Kapitalbeteiligungen Dritter an Rechtsanwaltsgesellschaften zuzulassen, wird die Bundesregierung dieses Anliegen, das ihr durch Eingaben aus der Rechtsanwaltschaft bekannt ist, im Auge behalten.

2. Apotheker und Einzelhandel mit Arzneimitteln

50. Die Monopolkommission nimmt im Kapitel Regulierung der Freien Berufe auch zum Bereich Apotheker und Einzelhandel mit Arzneimitteln Stellung (Tz. 1128

bis 1181). Dabei orientiert sie sich an dem Leitgedanken „Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungssektor“ und stellt somit als Bewertungsmaßstab die wettbewerblichen Aspekte des Marktes in den Vordergrund ihrer Vorschläge.

Die Bundesregierung verschließt sich nicht Reformüberlegungen für mehr Wirtschaftlichkeit bei den Gesundheitsausgaben. Insbesondere hat sie das Ziel, die Lohnzusatzkosten zu senken und in diesem Zusammenhang die Beiträge für die Gesetzliche Krankenversicherung (GKV) zu begrenzen. Neben den wirtschaftlichen Aspekten und der Frage der Finanzierbarkeit der Gesetzlichen Krankenversicherung hat sie aber auch die im öffentlichen Interesse gebotene Sicherstellung und Sicherheit der Arzneimittelversorgung zu beachten und deshalb bei allen Reformmaßnahmen auch zu überlegen, inwieweit diese durch Änderung der bisherigen Regulierungen gewährleistet bleiben. Die Bundesregierung bedauert, dass die Monopolkommission ihre Vorschläge nicht in einen sozial- und gesundheitspolitischen Kontext eingebunden hat und diese Aspekte berücksichtigt.

51. Die Monopolkommission geht davon aus, dass es sich bei der Tätigkeit der öffentlichen Apotheken im Wesentlichen um eine Tätigkeit des Einzelhandels handelt (Tz. 1131). Dabei würdigt sie zwar, dass im Bereich der Arzneimittelabgabe gewisse Besonderheiten herrschen, hält aber die derzeitigen Regulierungsmaßnahmen für zu restriktiv (Tz. 1147).

Die Bundesregierung teilt diese Auffassung nicht. Die dargestellten wettbewerblichen und ökonomischen Aspekte können nicht gegen die Anforderungen der Arzneimittelsicherheit und der ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung aufgewogen werden. Insoweit wird der Arzneimittel- und Apothekenmarkt auch in Zukunft gewissen Regulierungen unterliegen.

52. Die Monopolkommission kritisiert, dass in Deutschland im Vergleich zu anderen Staaten die Zahl der apothekenpflichtigen Arzneimittel besonders umfangreich sei (Tz. 1159). Sie räumt ein, dass bei der Abgabe von apothekenpflichtigen Arzneimitteln ein Beratungsbedarf besteht, vermag aber nicht zu erkennen, dass dieser Beratungsbedarf so groß ist und dass er sich auf eine so große Zahl von Arzneimitteln bezieht. Die Monopolkommission verspricht sich von einer Ausweitung des Arzneimittelsortiments, das auch außerhalb von Apotheken abgegeben werden kann, eine größere Wettbewerbsintensität, niedrigere Preise und weitere Vorteile für die Verbraucher (Tz. 1162).

Den Empfehlungen zu einer teilweisen Lockerung bei den apothekenpflichtigen Arzneimitteln kann die Bundesregierung nicht folgen. Es obliegt den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, die Modalitäten zur Vertriebsweinstufung für Arzneimittel in eigener Kompetenz festzulegen. Das Arzneimittelgesetz und andere Rechtsvorschriften stützen die Apothekenpflicht von Arzneimitteln auf das Anliegen, bei der Arzneimittelanwendung eine Gefährdung von Mensch und Tier so weit wie möglich auszuschließen. Durch die Apothekenpflicht werden

insbesondere die Voraussetzungen für eine qualifizierte Prüfung und Lagerung der Arzneimittel sowie eine angemessene Beratung bei ihrer Abgabe gewährleistet.

Die grundsätzliche Entscheidung über die Apothekenpflicht von Arzneimitteln hat der Gesetzgeber getroffen. Die konkrete Entscheidung über die Apothekenpflicht eines Wirkstoffes erfolgt durch den Ordnungsgeber, der dazu Sachverständige anzuhören hat. Maßgeblich für die Entscheidung sind ausschließlich Aspekte der Arzneimittelsicherheit unter den Bedingungen in Deutschland. Wirtschaftliche Erwägungen spielen dabei keine Rolle; sie können nicht gegen die Anforderungen der Arzneimittelsicherheit aufgewogen werden. Selbst wenn man unterstellt, dass bei der Abgabe von Arzneimitteln in den Apotheken nicht in allen Fällen eine angemessene Beratung stattfindet, wäre dies kein ausreichendes Argument dafür, mit Anwendungsrisiken verbundene Arzneimittel aus der Apothekenpflicht zu entlassen. Vielmehr müssen die Anstrengungen in einem solchen Fall darauf gerichtet werden, die Beratungstätigkeit der Apotheken zu verbessern. Hier steht zu erwarten, dass sich auch mit Einführung der elektronischen Gesundheitskarte und den künftig darauf gespeicherten Arzneimitteldaten die Voraussetzungen verbessern.

53. Beim Zugang zum Apothekerberuf schlägt die Monopolkommission vor, die bisherige Zugangsvoraussetzung der Approbation mit Universitätsstudium der Pharmazie und einjähriger praktischer Ausbildung zu überprüfen, um den Beruf des Apothekers auch für Fachhochschulabsolventen zu öffnen. Sie verbindet ihre Forderung mit dem allgemeinen Ziel der Hochschulpolitik, den Bereich der Fachhochschulen auszubauen, ohne auf die besondere Situation des Pharmaziestudiums einzugehen (Tz. 1165). Darüber hinaus wird von der Monopolkommission in keiner Weise die Berufsanerkennungsregelung der Europäischen Union berücksichtigt.

Die Bundesregierung kann diesem Vorschlag nicht folgen. Das derzeitige Pharmaziestudium ermöglicht ein breites Berufsspektrum und enthält zudem bereits ein praktisches Jahr.

54. Die Monopolkommission schlägt vor, die derzeitige Eigenbeteiligung der Versicherten im Arzneimittelbereich abzuschaffen und an deren Stelle eine Vertriebspauschale mit gesetzlicher Ober- und Untergrenze einzuführen, die der Versicherte direkt an den Apotheker zu zahlen hätte. Damit wäre aus Sicht der Monopolkommission ein Preiswettbewerb bei den Apothekern möglich, weil Versicherte nach der kostengünstigsten Apotheke suchen und dabei mit einer höheren Vertriebspauschale auch besonders gute Beratungsleistungen des Apothekers honorieren könnten (Tz. 1171).

Nach Auffassung der Bundesregierung berücksichtigt dieser Vorschlag nicht den Kontext der Sozialgesetzgebung. Mit dem Gesundheitsmodernisierungsgesetz 2003 wurden Zuzahlungsregelungen für Leistungen, die zu Lasten der GKV erbracht werden, in einer Norm zusammengefasst. Damit wurde die Eigenbeteiligung der Versicherten, die einer verantwortungsbewussten Inanspruch-

nahme von GKV-Leistungen dienen und zur finanziellen Entlastung der Krankenkassen beitragen soll, übersichtlich und rechtsklar geregelt. Eine Herausnahme der Arzneimittel aus dieser Regelung würde diese Systematik durchbrechen, ohne dass dies mit der sachlichen Abgrenzung zu den anderen Leistungsbereichen begründet werden könnte. Zudem fehlen zuverlässige Berechnungen möglicher finanzieller Auswirkungen auf die Gesetzliche Krankenversicherung sowie Einschätzungen der Effekte auf die Steuerungsfunktion der Zuzahlung sowie mögliche Auswirkungen einer veränderten Inanspruchnahme pharmazeutischer Beratungsdienstleistungen.

Vor dem Hintergrund des Anstiegs der Arzneimittelkosten in der GKV hat auch die Bundesregierung nach Möglichkeiten für mehr Wettbewerb in diesem Versorgungsbereich gesucht. Diesem Ziel sollte u. a. die mit dem Entwurf des Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs in der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-WSG) konzipierte Umstellung der Apothekerpauschalen von Fest- auf Höchstzuschläge dienen. Allerdings wurde diese Absicht im Rahmen des zur Verabschiedung des GKV-WSG erreichten Kompromisses wieder aufgegeben und ein von den Apothekern zu erbringender Einsparbeitrag anderweitig geregelt.

55. Hinsichtlich der nicht-verschreibungspflichtigen Arzneimittel, die nicht zu Lasten der GKV abgegeben werden und seit 2004 aus der gesetzlichen Preisbindung ausgenommen sind, stellt die Monopolkommission fest, dass im öffentlichen Bewusstsein noch kein Preiswettbewerb verankert sei. Sie führt dies u. a. auf das Selbstbedienungsverbot für apothekenpflichtige Medikamente zurück (Tz. 1150).

Der Bundesregierung sind keine empirischen Analysen der Preisentwicklung und des Kaufverhaltens bekannt, die diese Feststellung belegen würden.

56. Die Monopolkommission spricht sich für eine völlige Aufhebung des Mehr- und Fremdbesitzverbotes aus (Tz. 1174). Sie sieht in der Bildung von Apothekenketten Effizienzvorteile und erwartet eine Belebung des Wettbewerbs auf dem Apothekensektor. Zur Vermeidung regionaler oder lokaler Monopolstellungen könnten nach ihrer Auffassung für eine Übergangszeit fusionskontrollrechtliche Sonderregelungen eingeführt werden (Tz. 1176). Neben den bestehenden Unternehmensformen zur selbstständigen Berufsausübung als Apotheker schlägt die Monopolkommission vor, auch die Form einer GmbH zuzulassen (Tz. 1177). Die Monopolkommission spricht sich zudem dafür aus, dass neben der räumlich selbstständigen öffentlichen Apotheke auch eine räumliche Integration von Apotheken in andere Geschäfte ermöglicht werden soll (Tz. 1178).

Die von der Monopolkommission unterbreiteten Vorschläge sind größtenteils Gegenstand von Rechtsstreitigkeiten. Der Fremd- und Mehrbesitz ist Gegenstand laufender Vertragsverletzungsverfahren der Europäischen Kommission gegen Italien, Frankreich, Österreich und Spanien. Gegen Italien hat die Europäische Kommission mittlerweile Klage vor dem Europäischen Gerichtshof

(EuGH) erhoben. Auch die deutschen Regelungen stehen wegen Vorabentscheidungsersuchen des Verwaltungsgerichts Saarlouis derzeit vor dem EuGH auf dem Prüfstand. Ausgangspunkt war die Eröffnung einer Apothekenfiliale der niederländischen Kapitalgesellschaft DocMorris in Saarbrücken.

Die Bundesregierung wird nach Ausgang der anhängigen Rechtsstreitigkeiten entscheiden, ob sie weitere Schritte zur Liberalisierung des herkömmlichen Apothekenbetriebs und der zugelassenen Rechtsformen unternimmt. Soweit die Tätigkeit der Apotheken im Übrigen betroffen ist, werden die Empfehlungen der Monopolkommission im Rahmen der für das Jahr 2007 anstehenden Novellierung der Apothekenbetriebsordnung geprüft und erforderlichenfalls umgesetzt.

57. Die Monopolkommission erkennt an, dass die in den Berufsordnungen aktuell enthaltenen Werbebeschränkungen nicht über das hinaus gehen, was auch nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) verboten ist und somit wettbewerbspolitisch wenig bedenklich sind. Sie schlägt aber dennoch vor, den Apothekerkammern die Möglichkeit zu versperren, in Zukunft wettbewerbs-schädliche Werbebeschränkungen zu erlassen (Tz. 1181).

Die Bundesregierung teilt die Auffassung der Monopolkommission, dass die Werbung der Apotheker sich allein nach der allgemeinen Rechtsordnung, also insbesondere nach dem UWG und dem Heilmittelwerbe-gesetz richten sollte. Jedoch liegt die Zuständigkeit für die Ermächtigung der Apothekerkammern zu berufsrechtlichen Regelungen bei den Ländern.

3. Freiberufliche Architekten und Ingenieure

58. Im Bereich der freiberuflichen Architekten und Ingenieure beschränkt sich die Monopolkommission auf die Problematik der Mindestgebührenregelung durch die Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) (Tz. 1182 bis 1220). Die Monopolkommission ist generell nicht davon überzeugt, dass verbindliche Mindestpreise unter dem Gesichtspunkt der Qualitätssicherung gerechtfertigt sind. Auch im Baubereich sieht sie keine Besonderheiten, die zu einer anderen Schlussfolgerung führen könnten (Tz. 1210). Sie spricht sich dafür aus, die HOAI nur noch als nicht bindenden Referenztarif zu erhalten (Tz. 1219).

Die Bundesregierung sieht die Notwendigkeit, die HOAI, die eine Preisregulierung aus den 70er Jahren ist, den seit-her eingetretenen Veränderungen anzupassen, um den Unternehmen die nötige Flexibilität zu marktgerechter Vertragsgestaltung zu geben. Im Interesse der internationalen Wettbewerbsfähigkeit plant die Bundesregierung, die HOAI grundlegend zu vereinfachen und auf die Planung als Kern der Tätigkeiten von Architekten und Ingenieuren zu beschränken. Damit soll die Verordnung zugleich an die Anforderungen des deutschen Verfas-sungsrechts und des Europarechts angepasst werden. Durch größere Verhandlungsspielräume und mehr Kalkulationsfreiheit sollen die Büros für die aktuellen wirt-schaftlichen Herausforderungen – auch auf den Auslands-

märkten – gestärkt werden. Die HOAI soll für kleinere Aufträge aber weiter gesetzliche Bandbreiten vorgeben, um vor allem für kleine und mittlere Büros und für Bauherren mit geringerem Bauvolumen Sicherheit bei den entscheidenden (Planungs-)Leistungen zu erhalten. Große erfolgreiche Büros und große Bauherren können sich dagegen in Vertragsverhandlungen selbst behaupten; dies entspricht nicht zuletzt den ordnungspolitischen Grundsätzen von Marktwirtschaft und Wettbewerb. Die Einzelheiten des künftigen Anwendungsbereichs der HOAI sind innerhalb der Bundesregierung noch nicht endgültig abgestimmt.

V. Stand und Entwicklung der Unternehmenskonzentration (Kapitel I bis III)

A. Erfassung und Bedeutung von Unternehmensgruppen

59. Die Monopolkommission weist auf die große Bedeutung einer fundierten empirischen Datenbasis über die zunehmenden Verflechtungen der Unternehmen und Märkte für wirtschafts- und wettbewerbspolitische Analysen und Entscheidungen hin. Aufgrund bestehender Unsicherheiten bei der empirischen Datenbasis sieht sich die Monopolkommission zur Zeit noch nicht in der Lage, hieraus eindeutige Schlussfolgerungen und konkrete wettbewerbspolitische Empfehlungen abzuleiten (Tz. 163).

Die Bundesregierung hält die in diesem Zusammenhang erneut geäußerte Kritik am Statistischen Bundesamt für sachlich nicht gerechtfertigt und unangemessen. Durch die sowohl von der Monopolkommission als auch vom Statistischen Bundesamt angestrebte konstruktive Zusammenarbeit konnten wesentliche Fortschritte erzielt werden. So hat das Statistische Bundesamt für die Monopolkommission eine externe Datenquelle zur Unternehmensverflechtung erworben und die Konzentrationsauswertungen für Unternehmensgruppen im Bereich des Produzierenden Gewerbes um das Baugewerbe erweitert. Ferner wurde der Monopolkommission Zugang zur Nutzung des Forschungsdatenzentrums des Statistischen Bundesamtes gewährt (Tz. 176). Eine weitere Ausweitung der betrachteten Wirtschaftsbereiche im Hinblick auf das Siebzehnte Hauptgutachten soll durch die Nutzung von Daten aus dem Unternehmensregister möglich werden. Die Bundesregierung unterstützt insoweit die von der amtlichen Statistik im Vorgriff auf die Änderung der EG-Registerverordnung durchgeführten Maßnahmen zur statistischen Erfassung von Unternehmensgruppen. Die entsprechende konzeptionelle und inhaltliche Weiterentwicklung des Unternehmensregisters, an der die statistischen Ämter mit Nachdruck arbeiten, bietet nach ihrer Ansicht die Möglichkeit einer umfassenden Konzentrationsberichterstattung.

60. Vor dem Hintergrund der erzielten Fortschritte bei der Zusammenarbeit zwischen Statistischem Bundesamt und Monopolkommission hält die Bundesregierung die erneut vorgeschlagene Ergänzung des § 47 GWB um einen zusätzlichen Absatz 1a (Tz. 174) derzeit für nicht erforderlich. Dieser soll die Art und Weise der Zusammenarbeit zwischen Monopolkommission, Statistischem

Bundesamt und den statistischen Ämtern der Länder verbindlich festlegen. Aus den gleichen Gründen lehnt die Bundesregierung den alternativen Vorschlag der Monopolkommission ab, eine gesetzliche Verordnungsermächtigung zur Konkretisierung der Zusammenarbeit im Rahmen des § 47 Abs. 1 GWB einzuführen. Das geltende Bundesstatistikgesetz (BStatG), insbesondere § 3, bildet eine ausreichende Grundlage für die Tätigkeit des Bundesamtes und seine Zusammenarbeit mit anderen Stellen. Bundesregierung und Parlament erwarten weiterhin, dass die Beteiligten auf der Basis der bestehenden Regelungen und unter Einbeziehung der neuen europäischen Regelungen die empirische Datenbasis schrittweise verbessern.

Die Bundesregierung geht dabei davon aus, dass die neue EG-Registerverordnung neben einem besseren Erkenntnisgewinn in Bezug auf Unternehmensgruppen auch die Erstellung einer Konzentrationsstatistik und deren wettbewerbliche Bewertung durch die Monopolkommission erleichtern wird. Nach der Verordnung aufgebaute Unternehmensregister werden Informationen über Kontrollbeziehungen zwischen rechtlichen Einheiten liefern, um Unternehmensgruppen zu definieren. Am 14. November 2006 hat der Rat betreffend die Verordnung zur Schaffung eines gemeinsamen Rahmens für Unternehmensregister für statistische Zwecke und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 2186/93 einen Gemeinsamen Standpunkt beschlossen.

61. Die Monopolkommission präsentiert mit dem vorliegenden Hauptgutachten erstmals eine Datenbasis zur Kapitalverflechtung deutscher Unternehmen. Obgleich die Datenbasis teilweise noch lückenhaft und widersprüchlich ist, erlaubt sie es, diejenigen Unternehmen zu einer Gruppe zusammenzufassen, die von einem ultimativen, d. h. obersten Eigner kontrolliert werden (Tz. 188). Die Auswertung der Datenbasis hat unter anderem ergeben, dass die überwiegende Mehrheit der Tochtergesellschaften (70,2 Prozent) mehrheitlich kontrolliert werden. Das spricht dafür, dass die Kapitalbeteiligungen an Unternehmen überwiegend strukturelle Bedeutung haben (Tz. 197). Ausländische ultimative Eigner kontrollieren 5,65 Prozent der gruppenzugehörigen deutschen Unternehmen. Höhe und Entwicklung des Anteils indizieren den internationalen Wirtschaftsstandort Deutschlands. Der Anteil der aus dem Ausland kontrollierten Unternehmen konzentriert sich etwa zur Hälfte (48,6 Prozent) auf die USA, die Niederlande und die Schweiz (Tz. 197).

62. Für ausgewählte Bereiche des Produzierenden Gewerbes im Jahr 2003 hat die Monopolkommission eine nähere Untersuchung unter Berücksichtigung des Umsatzes und der Anzahl der Beschäftigten vorgenommen (Tz. 198 ff.). Hierzu gehören der Bergbau, die Gewinnung von Steinen und Erden sowie das Verarbeitende Gewerbe mit 37 714 Unternehmen, die 20 und mehr Beschäftigte besitzen. Von diesen Unternehmen gehören mit 51,1 Prozent über die Hälfte jeweils einer Unternehmensgruppe an. Der Anteil der gruppenzugehörigen Unternehmen am Umsatz beträgt 84,9 Prozent und an der Anzahl der Beschäftigten 77,8 Prozent (Tz. 213). Den ermittelten über 19 000 gruppenzugehörigen Unternehmen in diesem

Bereich des Produzierenden Gewerbes gehören rund 15 000 Unternehmensgruppen mit zwei und mehr Unternehmen an. Diese haben ihren wirtschaftlichen Schwerpunkt jedoch nicht ausschließlich in diesem Bereich des Produzierenden Gewerbes, sondern diversifizieren in alle Bereiche der Wirtschaft. Die Mehrzahl der Unternehmensgruppen (65,7 Prozent, Datenquelle VVC) wird direkt mehrheitlich kontrolliert, rund 30 Prozent durch indirekte Mehrheitsbeteiligungen (Tz. 224). Die ultimativen Eigner von Unternehmen mit Sitz in den neuen Bundesländern haben dabei – nach wie vor – überwiegend ihren Sitz in den alten Bundesländern (Tz. 240).

B. Die „100 Größten“

63. Die Berichterstattung der Monopolkommission zur Beurteilung von Stand und Entwicklung der aggregierten Konzentration basiert auf der Ermittlung der hundert größten Unternehmen aus allen Wirtschaftsbereichen nach dem Kriterium der inländischen Wertschöpfung. Zusätzlich werden im vorliegenden Hauptgutachten die weltweite Wertschöpfung der Großunternehmen, die anteilmäßigen Verflechtungen zwischen den Großunternehmen, die Zusammenarbeit über Gemeinschaftsunternehmen und personelle Verbindungen analysiert.

Die Wertschöpfung der hundert größten Unternehmen belief sich insgesamt auf rund 284 Mrd. Euro. Sie stieg gegenüber 2002 um 3,2 Prozent. Die Gesamtwertschöpfung aller Unternehmen erhöhte sich im Berichtszeitraum dagegen um 4,2 Prozent. Der Anteil der 100 größten Unternehmen an der Gesamtwertschöpfung aller Unternehmen sank somit auf 16,6 Prozent und wies den niedrigsten Stand seit der erstmaligen Erstellung dieser Statistik auf (Tz. 301). Eine Betrachtung der „100 Größten“ nach Zehner-Ranggruppen macht deutlich, dass das Absinken hauptsächlich auf die zurückgehende Wertschöpfung in der Gruppe der zehn größten Unternehmen zurückzuführen ist. Das Absinken der inländischen Wertschöpfung kann zum Teil allerdings durch Geschäftsverlagerungen ins Ausland erklärt werden, mit der Folge, dass die Großunternehmen einen immer geringeren Teil ihrer Wertschöpfung im Inland erwirtschaftet haben.

64. Bei den Beschäftigtenzahlen konnten 81 Unternehmen einbezogen werden, die in beiden Berichtsjahren unter den hundert Größten waren. Die Anzahl der Beschäftigten sank um ca. 120 350. Ihr Anteil an der Anzahl der Beschäftigten aller Unternehmen betrug 2004 nur noch 12,72 Prozent gegenüber 13,29 Prozent in 2002. Die Bedeutung der Großunternehmen als Arbeitgeber hat sich somit erneut verringert, was auf interne Restrukturierungen sowie wiederum auf die Ausgliederung zahlreicher Betriebsstätten ins Ausland zurückgeführt werden kann (Tz. 305).

65. Die Monopolkommission hat ergänzend zu den Erhebungen der nach Wertschöpfung hundert größten Unternehmen auch die nach Geschäftsvolumen größten Unternehmen mit dem Ziel untersucht, die Bedeutung von Großunternehmen in den einzelnen Wirtschaftszweigen näher zu beleuchten (Tz. 312 ff.). Gegenüber dem vorausgegangen Berichtszeitraum hat sich das Umsatzwachstum

der jeweils größten Unternehmen im Produzierenden Gewerbe und im Handel in 2004 erhöht und die allgemeine Marktentwicklung deutlich übertroffen. Während die fünfzig größten Industrieunternehmen mit einem gemeinsamen Umsatz von 617 Mrd. Euro ein Wachstum von 4,4 Prozent gegenüber 2002 erzielten, erreichte die Gesamtheit der Unternehmen des Produzierenden Gewerbes gemäß Umsatzsteuerstatistik nur eine Umsatzsteigerung gegenüber 2002 von 0,2 Prozent. Dies unterstützt die These, dass die Ausgliederung des Unternehmensgeschäftes ins Ausland für die Wertschöpfungsminde rung sein kann. Auch das Wachstum der zehn größten Handelsunternehmen übertraf mit 20,6 Prozent die allgemeine Marktentwicklung von 5,2 Prozent bei weitem. Dagegen blieb die Entwicklung des Geschäftsvolumens der jeweils größten Unternehmen im Verkehrs- und Dienstleistungsgewerbe, im Kreditgewerbe sowie in der Versicherungsbranche hinter der allgemeinen Marktentwicklung zurück.

66. Bei der Anteilsstruktur haben sich besonders die Kapitalverflechtungen zwischen den hundert Größten stark verändert (Tz. 336 ff.). Die öffentliche Hand reduzierte ihren Anteilsbesitz an einigen Großunternehmen (Deutsche Telekom AG, Deutsche Post AG, Energie Baden-Württemberg AG, RWE AG) erheblich. Viele Anteilseigner aus dem Kreis der „100 Größten“ – wie die Allianz AG, die Deutsche Bank AG, die Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG – haben ihre Beteiligungen an Großunternehmen reduziert. Das auch als „Deutschland AG“ bezeichnete Netzwerk aus Beteiligungen geht zurück. Die Beteiligungsverkäufe setzen die seit 1996 beobachtbare Tendenz zur Kapitalentflechtung fort. Dies kann durch die fortschreitende Globalisierung, aber auch durch die institutionellen Veränderungen im Inland erklärt werden. Hierunter fällt auch die im Jahr 2001 in Kraft getretene Steuerfreiheit für die aus Beteiligungsverkäufen entstehenden Gewinne. Dies ermöglichte den Unternehmen erworbene Beteiligungen gewinnbringend und steuerfrei zu veräußern.

67. Die Beteiligung der „100 Größten“ an den beim Bundeskartellamt angezeigten Unternehmenszusammenschlüssen zeigt eine im Vergleich zur Gesamtheit aller Unternehmen geringere Zusammenschlussaktivität der betrachteten Großunternehmen (Tz. 403 ff.). Die hundert größten Unternehmen waren an 30 Prozent aller Zusammenschlüsse beteiligt, während es in dem vorherigen Berichtszeitraum noch 39 Prozent waren. Unter den 25 größten Unternehmen befanden sich mit der Vodafone-Gruppe Deutschland und der ZF Friedrichshafen AG allerdings nur zwei Unternehmen, die keinen Zusammenschluss verzeichneten. Erneut wiesen die RWE AG mit einer Beteiligung an 30 Zusammenschlussfällen und die E.ON AG mit einer Beteiligung an 27 Zusammenschlussfällen die höchste Fusionsaktivität unter den Großunternehmen auf. Die wettbewerblich problematische sogenannte vertikale Vorwärtsintegration im Bereich der Energiewirtschaft dauert somit weiter an, wenn auch mit erneut verlangsamtem Tempo. Überdurchschnittlich waren auch die Fusionsaktivitäten der Bankgesellschaft Berlin

AG (77 Zusammenschlussfälle) und der Norddeutschen Landesbank Girozentrale (67 Zusammenschlussfälle).

68. In der Gesamtschau ergibt sich im Berichtszeitraum hinsichtlich der verschiedenen untersuchten Größenmerkmale und Wirtschaftszweige der Eindruck einer geringfügig sinkenden Konzentration. Der Anteil der Großunternehmen an der Gesamtwertschöpfung hat sich wie bereits im vorherigen Hauptgutachten reduziert. Auch verringerte sich die Bedeutung der Großunternehmen als Arbeitgeber. Stark rückläufig waren 2004 die Beteiligungsverflechtungen unter den „100 Größten“. Die Bundesregierung sieht angesichts der dargestellten Konzentrationsentwicklung – abgesehen von der Notwendigkeit einer Verschärfung der Missbrauchsaufsicht insbesondere für den Bereich der Energiewirtschaft (s. o. Tz. 9) – derzeit keinen wettbewerbspolitischen Handlungsbedarf.

VI. Ordnungspolitische Probleme im Rundfunkbereich

69. In Kapitel V „Ordnungspolitische Probleme im Rundfunkbereich“ setzt sich die Monopolkommission ausführlich mit dem Bereich Medien auseinander (Tz. 742 bis 871).

Die Bundesregierung begrüßt diese Schwerpunktsetzung. Sie weist darauf hin, dass für den Rundfunkbereich die Gesetzgebungskompetenz den Ländern zusteht. Die Bundesregierung teilt im Wesentlichen die von der Monopolkommission vorgenommene Analyse des Rundfunk-Marktes, insbesondere soweit auch die Monopolkommission darstellt (Tz. 761 ff.), dass im Bereich der elektronischen Medien und gerade beim Rundfunk neben wettbewerbspolitischen und wirtschaftlichen Faktoren immer auch medienpolitische Aspekte zu berücksichtigen sind, um den hohen Standard bei Informationsfreiheit, Meinungspluralismus und kultureller Vielfalt dauerhaft zu gewährleisten. Gleichwohl kann sich die Bundesregierung den Schlussfolgerungen und Empfehlungen der Monopolkommission nicht in allen Punkten in vollem Umfang anschließen.

70. Die Monopolkommission fordert für den Bereich der Programmproduktion die Sicherstellung einer neutralen, für alle Produzenten offenen Vergabe von Produktionsaufträgen durch die öffentlich-rechtlichen Programmanbieter, um eine Auftragsvergabe an Tochtergesellschaften zu Lasten der von den gebührenfinanzierten öffentlich-rechtlichen Sendeanstalten unabhängigen Produzenten zu vermeiden. Um mehr Transparenz als bisher zu schaffen, plädiert die Monopolkommission für eine klarere Trennung zwischen dem öffentlich-rechtlichen Auftrag und kommerzieller Geschäftstätigkeit der Sendeanstalten sowie für eine Ausweitung der Prüfrechte der Rundfunkgremien und Rechnungshöfe (Tz. 748 bis 751).

Die Bundesregierung weist im Hinblick auf diese Vorschläge auf die Einigung zwischen der Europäischen Kommission und Deutschland im Beihilfeprüfverfahren zur Rundfunkgebührenfinanzierung in Deutschland und die entsprechende Einstellungsentscheidung der Kommission hin. Infolgedessen werden die Länder innerhalb

der nächsten zwei Jahre den Auftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten insbesondere für Angebote im Digitalfernsehen, von Telemedien und mobilen Diensten konkretisieren. Zudem werden sie ein Verfahren gesetzlich regeln, das die Anstalten vor der Einführung von neuen digitalen Angeboten durchführen müssen. Die Angebote müssen insbesondere in qualitativer Hinsicht zum publizistischen Wettbewerb beitragen. Im Rahmen des Verfahrens sollen Dritte zu marktlichen Auswirkungen des Angebots Stellung nehmen können. Die Länder werden gesetzlich regeln, dass die Anstalten kommerzielle Tätigkeiten nur unter Marktbedingungen und grundsätzlich durch rechtlich selbständige Töchter erbringen müssen, um eine gesonderte Rechnungslegung sicher zu stellen und Quersubventionierungen auszuschließen. Die Prüfungsrechte der Rechnungshöfe sollen auf alle Tochterunternehmen und auch auf deren kommerzielle Aktivitäten ausgeweitet werden. Es soll zudem sichergestellt werden, dass die Anstalten nicht mehr Gebühren erhalten als zur Sicherstellung des öffentlichen Auftrags erforderlich (Verbot der Überkompensation).

71. Die Monopolkommission (Tz. 751 bis 755, 823) kritisiert die einschränkenden Werberegeln im Rundfunkrecht, die eine flexible Finanzierung neuer audiovisueller Inhalte durch neue Werbeformen weitgehend ausschließen und Wachstumsimpulse für Medienunternehmen verhinderten. Sie begrüßt deshalb den Vorschlag der Europäischen Kommission zur Änderung der „Fernsehrichtlinie“, mit dem eine geringere Regulierungsdichte im Medienmarkt erreicht werden soll. Sie befürwortet die Liberalisierung der bestehenden Werberegeln, etwa die Zulassung neuer Werbeformate wie Produktplatzierungen, um die Einnahmemöglichkeiten und Wettbewerbssituation der werbefinanzierten Sender im Vergleich zu anderen Rundfunkveranstaltern zu verbessern.

Auch die Bundesregierung begrüßt, dass bei der Revision der EU-Fernsehrichtlinie hin zu einer „Richtlinie für audiovisuelle Mediendienste“ die quantitativen Werberegungen auf ein Mindestmaß begrenzt und flexibler gestaltet wurden: Die tägliche Werbezeitbegrenzung wurde aufgehoben und die stündliche vereinfacht. Dies bietet den privaten Fernsehanbietern eine sicherere Basis für ihre weiteren kommerziellen Aktivitäten und damit den Zuschauern ein breites werbefinanziertes Informations- und Unterhaltungsangebot. Produktplatzierungen werden – entgegen der ursprünglichen deutschen Position, aber entsprechend einer großen Mehrheit der Mitgliedstaaten – in einigen Programmbereichen erlaubt, wenn sie gekennzeichnet werden und die redaktionelle Unabhängigkeit gewährleistet bleibt. Die Mitgliedstaaten haben aber weiterhin die Möglichkeit, Produktplatzierungen insgesamt zu verbieten. Themenplatzierungen bleiben verboten.

72. Nach Auffassung der Monopolkommission (Tz. 769 bis 776) kann in weiten Bereichen an die Stelle der bisherigen Ausgewogenheitspflege ein Modell der Marktoffenhaltung im System der dualen Rundfunkordnung treten. Die technischen Voraussetzungen für eine marktliche Bereitstellung und funktionsfähigen Wettbewerb hätten sich maßgeblich verbessert, so dass eine Abkehr von markt-

lichen Steuerungsprinzipien in der gegenwärtigen Form nicht mehr durch eine vermeintliche Sondersituation des Rundfunks begründbar sei. Nach ihrer Ansicht besteht positiver Gestaltungsbedarf allenfalls in meritorischen Programmbereichen, in denen mit einer privaten Bereitstellung derartiger Programme nicht zu rechnen sei (Tz. 776).

Die Bundesregierung teilt diese Feststellungen und Schlussfolgerungen nicht. Nach ihrer Auffassung sind sie mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht vereinbar. Artikel 5 Abs. 1 Satz 2 GG und dessen Ausgestaltung durch das Bundesverfassungsgericht bestimmen die Rahmenbedingungen für die Gesamtveranstaltung „Rundfunk“ und damit auch für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk. Die Bundesregierung betont, dass die Existenz des öffentlich-rechtlichen Rundfunks gerade nicht durch ein Marktversagen oder gravierende Funktionsstörungen im Rundfunkmarkt begründbar ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts steht vielmehr fest, dass Grundversorgung keine Mindestversorgung bedeutet, auf die der öffentlich-rechtliche Bereich begrenzt werden könnte. Das Bundesverfassungsgericht hat deutlich gemacht, wie auch die Monopolkommission wiedergibt (Tz. 774), dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk nicht auf eine Nischenfunktion beschränkt werden darf, die es ihm unmöglich mache, die demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse der Gesellschaft zu befriedigen und die Meinungsvielfalt der Medien sicherzustellen.

Die Bundesregierung ist im Gegensatz zur Monopolkommission zudem der Ansicht, dass eine Vielzahl von Anbietern nicht immer und zwangsläufig der beste Garant für eine Vielfalt an Meinungen ist. Dies zeigt das digitale Fernsehen. Es bietet unbestritten ein Mehr an Programmen und Kanälen und damit eine Diversifizierung, aber keineswegs eine entsprechende inhaltliche Vielfalt. Die unterschiedlichen Bedürfnisse und Ansprüche verschiedener Altersgruppen wie auch der vielen Minderheiten in der Bevölkerung werden auch im digitalisierten Fernsehen bislang nicht ausreichend im Sinne der Grundversorgung erfüllt.

73. Nach Auffassung der Monopolkommission (Tz. 776) haben die Sonderstellung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und die erweiterten Aktivitäten der öffentlich-rechtlichen Sender durch Spartensender und Online-Angebote Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten der Entwicklung einer international wettbewerbsfähigen privaten Medienindustrie herbeigeführt. Kritisch sieht sie die Finanzierung von Internetangeboten durch Gebühreneinnahmen (Tz. 805). Sie zieht u. a. auch das Angebot von Sportübertragungen als vom öffentlich-rechtlichen Auftrag gedeckt in Zweifel (Tz. 807 ff.). Sie beanstandet ferner, dass die Rundfunkanstalten selbst bestimmen können, wie hoch ihr finanzieller Bedarf für die Erfüllung ihrer Aufgaben sei (Tz. 755).

Die Bundesregierung weist darauf hin, dass die Europäische Kommission in ihrer Einstellungsentscheidung zum Beihilfeprüfverfahren der Rundfunkgebührenfinanzierung in Deutschland das Engagement der Anstalten im In-

net und digitalen Fernsehen für zulässig erklärt hat. Die Kommission stellt klar, dass es auf den öffentlichen Auftrag dieser Dienste ankomme, soweit sie mit Gebühren finanziert werden. Die Form der Verbreitung – klassischer Rundfunk, Internet, Digitalfernsehen – spielt ausdrücklich keine Rolle. Die Bundesregierung weist darauf hin, dass die für Rundfunk national zuständigen Länder in Folge der Kommissionsentscheidung innerhalb von zwei Jahren den Auftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten konkretisieren werden – wie auch die Monopolkommission anregt. Dabei werden die Länder ein Prüfverfahren mit transparenter Begründung für neue digitale Angebote der öffentlich-rechtlichen Anstalten gesetzlich regeln. Zur Konkretisierung sollen Kriterien benannt werden, denen neue digitale und Online-Angebote entsprechen müssen. Im Rahmen dieses Verfahrens werden Dritte die Möglichkeit zur Stellungnahme haben.

Die Bundesregierung betont, dass nicht nur Kultur und Bildung, sondern auch Unterhaltung und somit auch Sportübertragungen Teil des Auftrags der öffentlich-rechtlichen Anstalten sind. Es ist daher nicht richtig, vom eigentlichen Aufgabenbereich der Anstalten im Unterschied zu Sportprogrammen zu sprechen. Auch die Europäische Kommission erklärt in ihrer Einstellungsentscheidung zum Beihilfeprüfverfahren zur Rundfunkgebührenfinanzierung, dass die Anstalten grundsätzlich zum Erwerb von Sportrechten berechtigt sind. Die zuständigen Länder müssen jedoch sicherstellen, dass die Anstalten Sportrechte, die sie selbst nicht nutzen, in einem transparenten Verfahren Dritten zur Sublizenzierung anbieten. Die Definition ungenutzter Rechte muss dabei die Beurteilung ermöglichen, inwieweit die Nichtnutzung – z. B. aufgrund von Exklusivinteressen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten – gerechtfertigt ist.

Die Bundesregierung stellt zudem klar, dass die Rundfunkanstalten ihren finanziellen Bedarf nicht selbst bestimmen können. Die Höhe der Rundfunkgebühr wird von den Ländern im Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag bestimmt. Sie wird festgelegt auf der Grundlage des von der unabhängigen Kommission zur Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten (KEF) festgestellten Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten. Nach § 3 Abs. 1 des Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrages bezieht sich der Prüfungsauftrag der KEF auch darauf, ob sich die Programmentscheidungen im Rahmen des rechtlich umgrenzten Rundfunkauftrags halten.

74. Die Monopolkommission äußert sich unter ordnungspolitischen Aspekten kritisch zur Gebührenfinanzierung (Tz. 814 ff.). Sie spricht sich dafür aus, dass im Zeitalter der Konvergenz die Gebührenpflicht nicht an die Bereithaltung von Empfangsgeräten anknüpfen, sondern die Einführung einer allgemeinen nutzungsunabhängigen Abgabe in Erwägung gezogen werden solle.

Die Bundesregierung weist darauf hin, dass die Ministerpräsidentenkonferenz der Länder am 18. bis 20. Oktober 2006 die Rundfunkkommission beauftragt hat, alternative Lösungen zur Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks innerhalb eines Jahres zu erarbeiten.

75. Die Monopolkommission qualifiziert die Rundfunkgebühren als Beihilfe nach Artikel 87 des EG-Vertrages (EGV) (Tz. 788 f.). Sie sieht jedoch die Gebührenfinanzierung zur Unterstützung nationaler Rundfunkversorgung und aus kulturpolitischen Gründen als zweifelsfrei nach Artikel 87 Abs. 3 EGV gerechtfertigt an. Probleme könnte es nur für Tätigkeiten in Randbereichen geben, für die keine kulturpolitische Begründung mehr bestehe. Zur Milderung damit verbundener Rechts- und Investitionsunsicherheiten rät sie zur Übernahme der Empfehlungen der Europäischen Kommission für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in nationales Recht.

Die Bundesregierung widerspricht der Auffassung, dass die deutsche Rundfunkgebühr eine Beihilfe im Sinne des Artikel 87 Abs. 1 EGV ist. Sie ist ferner der Ansicht, dass im Hinblick auf die Konvergenz der Medien und die Änderung der Nutzungsgewohnheiten der Zuschauer der Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks auch Aktivitäten im Bereich der neuen Medien und auf verschiedenen Plattformen erfordert. Diese Auffassung hat die Europäische Kommission in ihrer Einstellungsentscheidung zum Beihilfeprüfverfahren zur Rundfunkgebührenfinanzierung in Deutschland ausdrücklich bestätigt. Hinsichtlich der von der Monopolkommission geforderten Umsetzung der Vorgaben der Transparenzrichtlinie weist die Bundesregierung darauf hin, dass die Länder beabsichtigen, eine getrennte Rechnungslegung dadurch sicherzustellen, dass kommerzielle Tätigkeiten der öffentlich-rechtlichen Anstalten grundsätzlich durch Tochterunternehmen marktkonform erbracht werden (vgl. Tz. 70).

76. Die Monopolkommission bekräftigt ihre kritische Einstellung zur medienrechtlichen Konzentrationskontrolle, insbesondere im Hinblick auf die Loslösung vom allgemeinen Wettbewerbsrecht und des ungeklärten Zusammenhangs zwischen Zuschauermarktanteil und dem Einfluss auf die Meinungsbildung. Sie regt an, die Aufgaben und Kompetenzen der KEK und Landesmedienanstalten neu zu strukturieren (Tz. 793).

Die Bundesregierung hält eine parallele Anwendung des Wettbewerbsrechts und der medienrechtlichen Konzentrationskontrolle auf Zusammenschlüsse im Medienbereich für sachgerecht. Sie weist ferner darauf hin, dass die für den Rundfunk national zuständigen Länder im 9. Rundfunkänderungsstaatsvertrag einen Anreiz zum Zusammenschluss von Landesmedienanstalten gesetzt haben und eine weitere Strukturreform der Landesmedienanstalten betreiben.

77. Die Monopolkommission spricht mit Blick auf die Digitalisierung des Fernsehens und die Entstehung von Wettbewerb zwischen den Übertragungsmedien als mögliche wettbewerbspolitische Probleme Machtmissbräuche durch sogenannte gatekeeper, die Entstehung vertikaler Konzentration, die Förderung einzelner Übertragungswege und den Ausbau des Breitbandkabelnetzes an (Tz. 846 bis 864). Sie warnt davor, den Anpassungsprozess an die neuen Marktgegebenheiten als Folge der Digitalisierung durch institutionelle Regelungen zu bremsen oder durch ordnungspolitische Defizite zu erschweren. Um die Marktdynamik nicht zu bremsen, sollten regula-

torische Eingriffe nur zurückhaltend vorgenommen werden. Auf dynamischen Märkten bestehe stets die Gefahr, dass dirigistische Markteingriffe zu Wettbewerbsverzerrungen führen und Investitionsanreize sowie unternehmerisches Engagement begrenzen. Sie ruft deshalb dazu auf, dem Infrastrukturwettbewerb zwischen verschiedenen Übertragungswegen zu vertrauen und nicht durch zu starke Regulierung Investitionsanreize der Infrastrukturanbieter zu limitieren. Gegen mögliche wettbewerbspolitische Fehlentwicklungen sollte ausschließlich das Kartellamt mit Hilfe der flexiblen Regeln des GWB vorgehen. Dabei ist der Meinungsvielfalt und dem Medienpluralismus Rechnung zu tragen.

Die Bundesregierung sieht sich durch diese Einschätzung in ihrem Leitbild bestätigt, sektorspezifische Regulierungen zur Förderung des Wettbewerbs auf das notwendige Maß zu begrenzen, um die Wettbewerbsdynamik zu erhalten und nicht durch dirigistische Markteingriffe auf dynamischen Märkten – wie insbesondere im Medienbereich – Wettbewerbsverzerrungen herbeizuführen oder Investitionsanreize sowie unternehmerisches Engagement zu begrenzen.

78. Die Monopolkommission sieht Bedarf für wettbewerbspolitische Korrekturen, um im digitalen Rundfunk Machtmissbräuchen sogenannter gatekeeper entgegenzuwirken (Tz. 847 ff.).

Die Bundesregierung beabsichtigt in Abstimmung mit den Ländern, im Rahmen der anstehenden Revision des TK-Richtlinienpakets auf EU-Ebene, die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit mitgliedstaatlicher Maßnahmen zur Sicherung eines offenen, chancengleichen und diskriminierungsfreien Zugangs zum Markt zu verankern.

79. Die Monopolkommission (Tz. 850 ff.) sieht zur Erhaltung der Meinungsvielfalt im deutschen Rundfunkwesen trotz vermehrter Zusammenschlüsse in Form der vertikalen Integration von Netzbetreibern und Programm-Anbietern, die auf allen Wertschöpfungsstufen tätig sind, keinen gesetzgeberischen Handlungsbedarf.

Die Bundesregierung stimmt der Monopolkommission darin zu, dass die vorhandenen Regelungen der sektorspezifischen und kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht sowie die rundfunkrechtlichen Bestimmungen derzeit ausreichenden Schutz vor Gefahren vertikaler Integration gewähren. Die weitere Entwicklung der Märkte ist jedoch auf Grund ihrer außerordentlichen Dynamik nur schwer vorhersehbar. Deshalb wird die Bundesregierung sie sorgfältig beobachten, um möglichen neuen Gefahren für die Meinungsvielfalt im Rahmen der ihr zu Gebote stehenden Möglichkeiten frühzeitig begegnen zu können.

80. Die Monopolkommission (Tz. 855 ff.) begrüßt die fortschreitende Konkurrenz zwischen Telefon- und Kabelnetzen. Die technische Entwicklung führe dazu, dass sich die Telefon- und Kabelnetze langfristig zu digitalen Universalnetzen entwickelten. Wegen der damit verbundenen Disziplinierungswirkung eines intensiven Wettbewerbs zwischen den Übertragungsmedien reduziere sich die Notwendigkeit staatlicher Regulierung einzelner

Netze wie des Telekommunikationsnetzes auf ein Minimum. Den nötigen weiteren Ausbau und die Digitalisierung des Breitbandkabelnetzes sieht sie durch den bestehenden Ordnungsrahmen erschwert. Zusammenschlüsse zwischen Betreibern der in Deutschland historisch bedingten Trennung der sogenannten Netzebenen 3 und 4 hält sie für unproblematisch.

Die Bundesregierung misst ebenfalls dem Ausbau des Breitbandnetzes eine hohe Bedeutung bei. Sie steht grundsätzlich einer Marktkonsolidierung mit Blick auf die derzeit noch existierende Zersplitterung nicht ablehnend gegenüber. In vielen Fällen wird sie nur auf geringe wettbewerbspolitische Bedenken stoßen. Darüber wird das zuständige Bundeskartellamt wie bisher im Einzelfall zu entscheiden haben.

81. Für zukünftige Kabelnetzbetreiber stellt der Monopolkommission zufolge die Unsicherheit des regulatorischen Umfeldes ein Hindernis dar, denn das Breitbandkabelnetz unterliege sowohl medien- als auch telekommunikationsrechtlichen Regulierungen. Die Must-Carry-Verpflichtungen des Medienrechts zugunsten der öffentlich-rechtlichen Sender belasteten die Kabelnetzbetreiber, da sie die Nutzung der Kapazitäten für andere Zwecke einschränke und den Anreiz zum Ausbau der Netze reduziere.

Demgegenüber vertritt die Bundesregierung ebenso wie die Länder die Auffassung, dass mitgliedstaatliche Regelungen und Maßnahmen zur Vielfaltsicherung nach wie vor notwendig sind. Dies schließt Regelungen zur Belegung von Netzen und Plattformen (Must-Carry) ebenso ein wie Regelungen zur Sicherung des diskriminierungsfreien Zugangs. Die Bundesregierung weist darauf hin, dass die Bevorzugung öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten aus der Feststellung des Bundesverfassungsgerichts resultiert, dass die verfassungsrechtlichen Vorgaben nur erfüllt seien, wenn der öffentlich-rechtliche Rundfunk die sogenannte Grundversorgung sichere. Bei den Kabelbelegungsregelungen für den digitalen Bereich ist zudem zu beachten, dass der Rundfunkstaatsvertrag (Artikel 52 Abs. 2 bis 5 RStV) die vergrößerten Kapazitäten berücksichtigt und damit den Kabelbetreibern weiten Spielraum zur Verwirklichung unterschiedlicher Geschäftsmodelle lässt. Die Bundesregierung weist darauf hin, dass die Landesmediengesetze nicht bestimmen, dass alle dritten Programme der ARD übertragen werden müssen. Zum Must-Carry-Bereich gehört in der Regel das jeweilige lokale Programm und häufig ein oder zwei weitere dritte Programme der ARD Anstalten.

82. Die Monopolkommission (Tz. 860 ff.) spricht sich gegen eine telekommunikationsrechtliche Entgeltregulierung des Breitbandkabels aus, weil dies den Anreiz zum Ausbau der Infrastruktur reduziere. Da Anknüpfungspunkt für eine solche Regulierung Marktbeherrschung sei, sei ein Verzicht auf Vorab-Regulierung bei einer von der Praxis des Bundeskartellamtes und der Bundesnetzagentur abweichenden weiten Marktabgrenzung möglich, die Übertragungswege für Kabelfernsehen, Satelliten-

und terrestrisches sowie Internetfernsehen in einen gemeinsamen Markt einbeziehe.

Die Bundesregierung ist der Auffassung, dass die zuständigen Behörden unter Berücksichtigung der im Einzelfall bestehenden Substitutionsmöglichkeiten zwischen den Übertragungswegen und dynamischen Marktentwicklungen auch zukünftig eine zutreffende Marktabgrenzung vornehmen werden.

83. Die Monopolkommission sieht keinen Grund, eine Grundverschlüsselung von Programmen, soweit sie nicht im allgemeinen Interesse sind, durch werbefinanzierte Sender zu kritisieren. Ihre Notwendigkeit ergäbe sich schon daraus, dass es infolge der Digitalisierung zu erheblichen Rückgängen der Werbeeinnahmen kommen werde, da zukünftig die Konsumenten Werbung durch Einsatz digitaler Videorecorder blockieren könnten (Tz. 866).

Die Bundesregierung stimmt der Auffassung der Monopolkommission zu, dass es keinen generellen Anspruch auf kostenloses Fernsehen gibt. Da aus Nutzersicht etwa die Entwicklung von Spezialangeboten die Angebotsvielfalt vergrößern kann und daher zu begrüßen ist, lehnt die Bundesregierung im Grundsatz weder eine gesonderte Zahlungspflicht noch den vorangehenden Schritt einer Verschlüsselung zwecks Adressierung des Nutzers von vornherein ab. Die Durchsetzung eines Entgeltes durch die Sender muss jedoch im Wettbewerb erfolgen. Die Verschlüsselung darf nicht genutzt werden, um andere Anbieter auszuschließen. Sie muss zugangsoffen und diskriminierungsfrei sein. Zudem darf es keinen Zwang zur Grundverschlüsselung geben. Dem Zuschauer soll die Möglichkeit bleiben, ohne Zusatzkosten frei empfangbare/unverschlüsselte Programme auch im digitalen Zeitalter nutzen zu können.

