

Auszug aus Hauptgutachten XVII (2006/2007)

Einleitung

Aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik

4. Zusammenarbeit mit dem Statistischen Bundesamt und Gesetzesvorschlag für § 47 GWB

Inhaltsverzeichnis

4.	Zusammenarbeit mit dem Statistischen Bundesamt und Gesetzesvorschlag für § 47 GWB.....	66
4.1	Datenlieferung des Statistischen Bundesamtes.....	66
4.2	Datenzugang für die Monopolkommission.....	66
4.3	Beteiligung Deutschlands am Aufbau einer europäischen Datenbank zu Unternehmensgruppen.....	66
4.4	Unterschiedliche Auslegung des § 47 GWB.....	67
4.5	Abgestimmte Inhalte und Ziele einer Änderung des § 47 GWB.....	67
4.6	Vorschlag der Monopolkommission für eine Neufassung des § 47 GWB.....	67
4.7	Erläuterung und Begründung der vorgeschlagenen Änderungen des § 47 GWB.....	69

4 Zusammenarbeit mit dem Statistischen Bundesamt und Gesetzesvorschlag für § 47 GWB

76. Das Statistische Bundesamt liefert der Monopolkommission Daten zur Konzentration von Wirtschaftsbereichen in Deutschland. Die Zusammenarbeit war in den vergangenen zwei Jahren vorwiegend kooperativ. Insbesondere die vorbereitenden Arbeiten zum vorliegenden Hauptgutachten verliefen in produktiver, partnerschaftlicher Atmosphäre. Im November 2007 wurde eine Verwaltungsvereinbarung mit Details zu den zu verwendenden Datenbasen, den Verfahren und Lieferinhalten, dem Arbeits- und Zeitplan sowie einer Kostenkalkulation abgeschlossen. Die darin festgelegten Inhalte und Arbeitsschritte wurden planmäßig eingehalten. Unterschiedliche Standpunkte gibt es zu den von der Monopolkommission vorgeschlagenen Anpassungen an neue Verfahrensmöglichkeiten in der mittel- bis langfristigen Zusammenarbeit.

4.1 Datenlieferung des Statistischen Bundesamtes

77. Erstmals lieferte das Statistische Bundesamt Konzentrationsmaße auf der Basis des amtlichen Unternehmensregisters anstelle der Investitionserhebung. Dadurch wird die Datenbasis für die Berichterstattung der Monopolkommission im Vergleich zu den bisher geführten Statistiken insbesondere quantitativ erheblich verbessert. So konnte der bisherige Berichtskreis von rd. 51 000 Unternehmen für das vorliegende Hauptgutachten auf rd. 3,1 Mio. Unternehmen ausgeweitet werden. Das Statistische Bundesamt pflegt zudem seit dem Berichtsjahr 2005 repräsentative Daten zur Gruppenzugehörigkeit von Unternehmen vollständig in das statistische Unternehmensregister ein. Nachdem die Monopolkommission in ihren Hauptgutachten mehrfach ausgeführt hat, dass die Konzentrationsergebnisse für Unternehmen (ohne Berücksichtigung von Unternehmensgruppen) nicht aussagekräftig sind, ist nun eine Datenbasis geschaffen worden, die erstmals Einblicke in die realen Strukturen eines Großteils der deutschen Branchen zulässt.

78. Ein für die Konzentrationsstatistik gravierendes methodisches Problem im amtlichen Unternehmensregister besteht noch in der Zusammenführung der Unternehmensgruppen. Die Ausweitung der Konzentrationsberechnungen um mehrere Wirtschaftsabschnitte hat gezeigt, dass große Unternehmensgruppen teilweise aufgrund ihrer Organisationsform als mehrere kleine Gruppen mit verschiedenen Gruppenoberhäuptern geführt werden. Besonders betroffen sind die Bereiche Energie, Einzelhandel, Kreditinstitute und Versicherungen, zu denen die Monopolkommission die zu diesem Hauptgutachten gelieferten Konzentrationskennzahlen nicht bzw. nur eingeschränkt interpretieren kann. Diese Qualitätsmängel liegen nicht in der Verantwortung des Statistischen Bundesamtes. Dennoch sollten sie im Zuge der Qualitätsverbesserungen des

Unternehmensregisters möglichst zeitnah behoben werden.

79. Der späte Zeitpunkt der Datenlieferung – zwei Monate vor der Übergabe des Hauptgutachtens – lässt sich bei Verwendung des Unternehmensregisters nicht verbessern. Somit ist eine tiefer gehende Analyse der Daten durch die Monopolkommission weiterhin nur eingeschränkt möglich.

4.2 Datenzugang für die Monopolkommission

80. Ein für die Monopolkommission besonders wichtiger Fortschritt ist die seit dem Sechzehnten Hauptgutachten mögliche Nutzung des Forschungsdatenzentrums des Statistischen Bundesamtes zur eigenständigen Untersuchung von Einzeldaten. Bei dem sog. Fernrechnen werden Auswertungsprogramme der Monopolkommission auf die geheimzuhaltenden Daten im Forschungsdatenzentrum angewendet. Die Ergebnisse werden nach der gesetzlich vorgeschriebenen Geheimhaltungsprüfung an die Monopolkommission übermittelt. So werden auf effiziente Weise sowohl die Methodenautonomie der Monopolkommission als auch die Wahrung der statistischen Geheimhaltung bei amtlichen Einzeldaten gesichert. Aufgrund dieser Vorzüge plant die Monopolkommission eine Ausweitung eigenständiger Analysen, soweit der gesetzliche Rahmen dies zulässt.

4.3 Beteiligung Deutschlands am Aufbau einer europäischen Datenbank zu Unternehmensgruppen

81. Eine sehr zurückhaltende Position vertritt das Statistische Bundesamt noch bei der Implementierung internationaler Unternehmensverbindungen. Die Erfassung grenzübergreifender Kapitalverflechtungen wird mit fortschreitender Globalisierung, der Liberalisierung der Wirtschaft und dem Zusammenwachsen Europas zunehmend wichtiger. Für den größten Teil der Wirtschaftszweige ist der geografisch relevante Markt mittlerweile nicht mehr auf nationaler Ebene abzugrenzen. Nur eine internationale Datenbank zu Unternehmensverflechtungen ermöglicht die realistische Darstellung der Strukturen und der Konzentration der Wirtschaftsbereiche. Deshalb entwickelt das Statistische Amt der Europäischen Gemeinschaft (Eurostat) im Rahmen eines EU-Projektes ein Register multinationaler Unternehmensgruppen (Euro-Groups Register), an dem sich die Monopolkommission und das Statistische Bundesamt in den ersten Phasen beteiligt haben. Dieses Register wird aus Daten von privaten Anbietern, den Mitgliedstaaten, den Bundesbanken und der Europäischen Zentralbank aufgebaut. Die Daten werden von Eurostat zusammengeführt und zentral verwaltet. Das Statistische Bundesamt hat sich mit der Begründung, dass es keine gesetzliche Grundlage für den Austausch von Daten zur Gruppenzugehörigkeit von Unternehmen zwischen den beteiligten Institutionen gibt, aus dem Projekt zurückgezogen. Mittlerweile hat die

Europäische Kommission mit der EG-Verordnung Nr. 177⁸⁸ die erste notwendige Rechtsgrundlage geschaffen. An ergänzenden Regulierungen zum Datenaustausch, welche die Inhalte und den Ablauf des Datenaustausches konkretisieren, wird derzeit noch gearbeitet.

82. Die Monopolkommission hält es für unerlässlich, dass Deutschland durch das Statistische Bundesamt aktiv an der Gestaltung des Registers beteiligt ist, um als der größte Mitgliedstaat in der Mitte Europas eine weitgehend repräsentative Datenbank aufbauen und eigene Interessen durchsetzen zu können. Aus Sicht der Monopolkommission ist diese Wirtschaftsdatenbank insbesondere für Deutschland von größtem Interesse. Sie würde erstmals einen Einblick in die Bedeutung deutscher Unternehmen auf europäischer Ebene ermöglichen. Nur mit dieser Kenntnis kann die Wettbewerbssituation international aktiver Unternehmen in Deutschland beurteilt werden.

4.4 Unterschiedliche Auslegung des § 47 GWB

83. Unterschiedliche Auffassungen haben das Statistische Bundesamt und die Monopolkommission bezüglich der Auslegung des § 47 GWB. Die Monopolkommission möchte zukünftig eigene Auswertungen nach § 16 Abs. 6 Bundesstatistikgesetz (BStatG) vornehmen. Diese Vorschrift ermöglicht die Übermittlung von anonymisierten Einzelangaben für die Durchführung wissenschaftlicher Vorhaben und würde die Analysemöglichkeiten der Monopolkommission erheblich verbessern. Darüber hinaus könnte das Verfahren einzelne Arbeitsschritte im Statistischen Bundesamt einsparen und somit die Kosten für die Monopolkommission reduzieren.

84. Die „Unterarbeitsgruppe Recht“ der Forschungsdatenzentren der statistischen Ämter schließt eine Anwendung von § 16 Abs. 6 BStatG für die Monopolkommission dagegen aus. Sie vertritt dabei die bereits zum Dreizehnten Hauptgutachten im Jahr 2000 formulierte Auffassung, dass § 47 GWB bei systematischer Betrachtung des Gesetzes als „lex specialis“ auszulegen sei. Diese Rechtsauffassung ist jedoch nicht zwingend. Insbesondere die Gesetzesbegründung und die Frage nach dem Sinn und Zweck des § 47 GWB sprechen gegen die Interpretation des Statistischen Bundesamtes.

⁸⁸ Verordnung (EG) Nr. 177 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Februar 2008 zur Schaffung eines gemeinsamen Rahmens für Unternehmensregister für statistische Zwecke und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 2186/93 des Rates, ABl. EU Nr. L 61 vom 5. März 2008, S. 6.

85. In einem Gespräch am 18. Januar 2008 zwischen Mitarbeitern der Monopolkommission und des Statistischen Bundesamtes einschließlich eines Vertreters der „Unterarbeitsgruppe Recht“ der Forschungsdatenzentren wurde festgestellt, dass es auf der Basis der derzeitigen Rechtsgrundlage keine einheitliche Rechtsauffassung bezüglich der Anwendbarkeit von § 16 Abs. 6 BStatG gibt. Im Ergebnis herrscht Einigkeit darüber, dass die bestehenden unterschiedlichen Auslegungen nur durch eine Gesetzesänderung aufgehoben werden können.

86. Darüber hinaus herrscht Einvernehmen, dass die derzeitige Formulierung des § 47 GWB dem aktuellen Verfahren nicht gerecht wird. Durch die unklare Formulierung bezüglich der Lieferinhalte ist für jeden Berichtszyklus die Neuverhandlung und der Abschluss einer umfassenden Verwaltungsvereinbarung unverzichtbar. Diese Verhandlungen erfordern hohe Ressourcen auf beiden Seiten und könnten durch eine Konkretisierung des Gesetzestextes erheblich reduziert werden.

4.5 Abgestimmte Inhalte und Ziele einer Änderung des § 47 GWB

87. Deshalb halten das Statistische Bundesamt und die Monopolkommission eine Änderung des § 47 GWB für notwendig. Über die wichtigsten Inhalte und Ziele der Neufassung konnten sich die Teilnehmer des Gesprächs am 18. Januar 2008 einigen:

- Beschreibung eines klar festgelegten Standardprogramms für konzentrationsstatistische Auswertungen, die in jeder Berichtsperiode geliefert werden (Anpassung der Einheiten, Inhalte und Merkmale),
- Verzicht auf die Zulieferung von Angaben zur Gruppenzugehörigkeit der Unternehmen durch die Monopolkommission an das Statistische Bundesamt, soweit diese Angaben im Statistikregister vorhanden sind,
- Aufnahme der Anwendungsmöglichkeit des § 16 Abs. 6 BStatG für die Monopolkommission.

4.6 Vorschlag der Monopolkommission für eine Neufassung des § 47 GWB

88. Auf der Basis dieser fachlich mit dem Statistischen Bundesamt abgestimmten Inhalte und Ziele formuliert die Monopolkommission einen eigenen Vorschlag für eine modifizierte Fassung des § 47 GWB:⁸⁹

⁸⁹ Die Änderungen betreffen die Absätze 1 und 7 und werden im Anschluss begründet und erläutert.

(1) Für die Begutachtung der Entwicklung der wirtschaftlichen Konzentration werden der Monopolkommission vom Statistischen Bundesamt aus Wirtschaftsstatistiken (Statistik im Produzierenden Gewerbe, Handwerkstatistik, Außenhandelsstatistik, Steuerstatistik, Verkehrsstatistik, Statistik im Handel und Gastgewerbe, Dienstleistungsstatistik) und dem Statistikregister, soweit diese vorliegen, zusammengefasste Einzelangaben über die Prozentanteile der größten Wirtschaftlichen Einheiten (nichtgruppenzugehörige Unternehmen und zusammengefasste gruppenzugehörige Unternehmen) oder deren fachlichen Teile des jeweiligen Wirtschaftsbereichs

- a) am Wert der zum Absatz bestimmten Güterproduktion,
- b) am Umsatz,
- c) an der Zahl der tätigen Personen,
- d) an den Lohn- und Gehaltssummen,
- e) an den Investitionen,
- f) am Wert der gemieteten und gepachteten Sachanlagen,
- g) an der Wertschöpfung oder dem Rohertrag,
- h) an der Zahl der jeweiligen Einheiten,
- i) an den Außenhandelsaktivitäten

übermittelt. Satz 1 gilt entsprechend für die Übermittlung von Angaben über die Prozentanteile der fachlichen Teile von Unternehmensgruppen und Wirtschaftlichen Einheiten insgesamt nach jeweiligen Wirtschaftsbereichen. Für die Zuordnung der Angaben der Unternehmensgruppen kann die Monopolkommission dem Statistischen Bundesamt Namen und Anschriften der Unternehmen, deren Zugehörigkeit zu einer Unternehmensgruppe sowie Kennzeichen zur Identifikation übermitteln, soweit das Statistische Bundesamt diese Angaben nicht aufgrund von Rechtsvorschriften im Statistikregister führt.

Die zusammengefassten Einzelangaben dürfen nicht weniger als drei Unternehmensgruppen, Wirtschaftliche Einheiten oder deren fachliche Teile betreffen. Durch Kombination oder zeitliche Nähe mit anderen übermittelten oder allgemein zugänglichen Angaben darf kein Rückschluss auf zusammengefasste Angaben von weniger als drei Unternehmensgruppen, Wirtschaftlichen Einheiten oder deren fachlichen Teilen möglich sein. Für die Berechnung von summarischen Konzentrationsmaßen, insbesondere Herfindahl-Indizes und Gini-Koeffizienten, gilt dies entsprechend. Die statistischen Ämter der Länder stellen die hierfür erforderlichen Einzelangaben dem Statistischen Bundesamt zur Verfügung.

(2) Personen, die zusammengefasste Einzelangaben nach Absatz 1 erhalten sollen, sind vor der Übermittlung zur Geheimhaltung besonders zu verpflichten, soweit sie nicht Amtsträger oder für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichtete sind. § 1 Abs. 2, 3 und 4 Nr. 2 des Verpflichtungsgesetzes gilt entsprechend. Personen, die nach Satz 1 besonders verpflichtet worden sind, stehen für die Anwendung der Vorschriften des Strafgesetzbuches über die Verletzung von Privatgeheimnissen (§ 203 Abs. 2, 4, 5; §§ 204, 205) und des Dienstgeheimnisses (§ 353b Abs. 1) den für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten gleich.

(3) Die zusammengefassten Einzelangaben dürfen nur für die Zwecke verwendet werden, für die sie übermittelt wurden. Sie sind zu löschen, sobald der in Absatz 1 genannte Zweck erfüllt ist.

(4) Bei der Monopolkommission muss durch organisatorische und technische Maßnahmen sichergestellt sein, dass nur Amtsträger, für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichtete oder Verpflichtete nach Absatz 2 Satz 1 Empfänger von zusammengefassten Einzelangaben sind.

(5) Die Übermittlungen sind nach Maßgabe des § 16 Abs. 9 des Bundesstatistikgesetzes aufzuzeichnen. Die Aufzeichnungen sind mindestens fünf Jahre aufzubewahren.

(6) Bei der Durchführung der Wirtschaftsstatistiken nach Absatz 1 sind die befragten Unternehmen schriftlich zu unterrichten, dass die zusammengefassten Einzelangaben nach Absatz 1 der Monopolkommission übermittelt werden dürfen.

(7) Übermittlungen nach Absatz 1 schließen nach anderen Vorschriften zulässige Übermittlungen nicht aus. Das Statistische Bundesamt darf der Monopolkommission nach Maßgabe des § 16 Abs. 6 des Bundesstatistikgesetzes Daten übermitteln.

4.7 Erläuterung und Begründung der vorgeschlagenen Änderungen des § 47 GWB

89. Mit der Einführung der Unternehmensgruppen hat sich die den Konzentrationsstatistiken zugrunde liegende Einheit geändert. Die nach Absatz 1 Satz 1 des § 47 GWB zu liefernden Daten beziehen sich nicht mehr nur auf Unternehmen, sondern auf eine Kombination von Unternehmen und Unternehmensgruppen.⁹⁰ Deshalb ist die bedeutendste Änderung in Absatz 1 Satz 1 des § 47 GWB die Anpassung der Einheiten. Anstelle der „Unternehmen“ werden „Wirtschaftliche Einheiten“ eingeführt. Diese umfassen sowohl nichtgruppenzugehörige Unternehmen als auch zu Unternehmensgruppen zusammengefasste Unternehmen, soweit unter diesen eine Kontrollbeziehung in Anlehnung an das Kontrollkonzept der Europäischen Kommission besteht.

Die fachlichen Teile von Wirtschaftlichen Einheiten sind die nach wirtschaftlichen Aktivitäten zugeordneten Teile der Unternehmen und Unternehmensgruppen zu den jeweiligen Wirtschaftszweigen.⁹¹ Der Wirtschaftszweig der Unternehmensgruppe entspricht dem Wirtschaftszweig des Gruppenoberhauptes im Unternehmensregister nach dem Schwerpunktprinzip. Die fachlichen Teile der gruppenabhängigen Unternehmen werden somit zwei Wirtschaftszweigen zugeordnet: dem jeweils eigenen und dem der Unternehmensgruppe.⁹²

Durch die Aufnahme der „Wirtschaftlichen Einheit“ in Satz 1 erübrigt sich der Satz 2 in der aktuellen Fassung des § 47 GWB, welcher die Unternehmensgruppen ergänzt.

90. Neben der Anpassung der Einheiten werden in Absatz 1 Satz 1 des § 47 GWB einige kleinere Änderungen vorgenommen:

- Der Begriff der „Unternehmenskonzentration“ ist durch die Änderung der Einheiten nicht mehr zutreffend und wird durch „wirtschaftliche Konzentration“ ersetzt.
- Die Ergänzung „soweit diese vorliegen“ zu den zu liefernden Wirtschaftsstatistiken erfolgt auf Wunsch des

Statistischen Bundesamtes, da nur Angaben aus vorliegenden Statistiken geliefert werden können. Diese Ergänzung stellt keine Änderung der bisherigen Lieferpraxis dar. Sie verhindert jedoch weitere Auseinandersetzungen über nicht verfügbare Lieferinhalte, zu denen das Statistische Bundesamt laut Gesetz verpflichtet ist.

- Der Begriff „Vomhundertanteile“ wird ersetzt durch die aktuellere Bezeichnung „Prozentanteile“.
- In der Aufzählung der Begleitmerkmale werden die Außenhandelsaktivitäten ergänzt.

91. Satz 2 in der Neufassung des § 47 GWB soll ermöglichen, dass nicht nur die Anteile der größten Einheiten geliefert werden können, sondern auch die Anteile aller gruppenzugehörigen Unternehmen an der Gesamtmenge von Unternehmen. Inhaltlich begründet sich diese Notwendigkeit aus der Tatsache, dass die Konzentrationsmaße nicht mehr auf der Basis einer Einheit (Unternehmen) berechnet werden, sondern auf der Basis verschiedener Einheiten (Unternehmen und Unternehmensgruppen als Wirtschaftliche Einheiten). Wie das Verhältnis dieser Einheiten zueinander ist, kann aus den Zahlen nicht mehr abgelesen werden. So lassen sich weder die wirtschafts- und wettbewerbspolitische Bedeutung von Unternehmensgruppen noch deren Diversifizierung und damit die Verbundenheit einzelner Wirtschaftsbereiche, welche wirtschaftliche Machtverhältnisse anzeigen kann, ableiten.

Deshalb wird in Absatz 1 Satz 2 die Möglichkeit aufgenommen, Anteile von Unternehmensgruppen an der Gesamtmenge der Einheiten nach jeweiligen Wirtschaftszweigen zu liefern. Ziel der Monopolkommission ist dabei, die Bedeutung von Unternehmensgruppen in einzelnen Wirtschaftszweigen beurteilen zu können.

92. Darüber hinaus benötigt die Monopolkommission zur Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse in einzelnen Wirtschaftszweigen Informationen über deren Verflechtungen mit anderen Wirtschaftszweigen. Zu diesem Zweck wird eine Tabelle erstellt, die die Anteile von den nach Wirtschaftszweigen zusammengefassten fachlichen Teilen der gruppenabhängigen Unternehmen den Wirtschaftszweigen der Gruppenoberhäupter zuordnet. Diese Verflechtungstabelle sollte um die nichtgruppenzugehörigen Unternehmen erweitert werden, sobald Informationen über die fachlichen Teile von Unternehmen in den Datenbanken zur Verfügung stehen.

93. In Abs. 1 Satz 3 sieht der derzeitige Gesetzestext eine Zulieferung von Daten über die Gruppenzugehörigkeit von Unternehmen durch die Monopolkommission an das Statistische Bundesamt vor. Diese bisher vorgesehene Zulieferung entfällt, da die EU-Registerverordnung Nr. 177 dem Statistischen Bundesamt die Führung dieser Daten mittlerweile vorschreibt. Solange das Statistische Bundesamt die Daten zur Gruppenzugehörigkeit von Unternehmen aufgrund einer Rechtsverordnung führt, besteht keine Notwendigkeit zur Zulieferung. Sollten die Daten dem Statistischen Bundesamt durch die Nichteingehaltung oder eine Änderung der Rechtsvorschrift nicht

⁹⁰ Eine Unternehmensgruppe besteht immer aus mindestens zwei gruppenzugehörigen Unternehmen. Sie hat genau ein Gruppenoberhaupt, welches direkt oder indirekt Kontrolle über das oder die gruppenabhängige/n Unternehmen ausübt und selbst nicht kontrolliert wird.

⁹¹ Ist beispielsweise ein Unternehmen in zwei Wirtschaftszweigen tätig, so hat es zwei fachliche Teile. Bei Unternehmensgruppen werden die fachlichen Teile der gruppenzugehörigen Unternehmen bestimmt. Haben mehrere Unternehmen einer Gruppe fachliche Teile in ein und demselben Wirtschaftszweig, so werden diese zusammengefasst.

⁹² Falls es nicht möglich ist, die fachlichen Teile von Unternehmen zu bestimmen, so werden als fachliche Teile die im Unternehmensregister geführten Wirtschaftszweige der Unternehmen nach dem Schwerpunktprinzip verwendet. In diesem Fall haben nichtgruppenzugehörige Unternehmen einen einzigen fachlichen Teil, der dem Wirtschaftszweig des Unternehmens zugeordnet wird. Die fachlichen Teile der Unternehmensgruppe werden über die Wirtschaftszweige der gruppenzugehörigen Unternehmen bestimmt. Die Definition des Wirtschaftszweigs der Unternehmensgruppe erfolgt, wie oben beschrieben, über den Wirtschaftszweig der Gruppenoberhäupter.

vorliegen, so kann die Monopolkommission die Daten selbst liefern. Diese Möglichkeit der Zulieferung muss der Monopolkommission zur Erfüllung ihres gesetzlichen Auftrags erhalten werden.

94. Der neue Absatz 7 hebt die Einstufung des Gesetzes als „lex specialis“ durch das Statistische Bundesamt auf. Darüber hinaus wird der Monopolkommission die Möglichkeit eines Datenzugangs über § 16 Abs. 6 BStatG zugesichert.

95. Wichtig ist der Monopolkommission die Wahrung ihrer Unabhängigkeit bei der Bestimmung der methodischen Vorgaben und des Erkenntnisinteresses für die vom Statistischen Bundesamt zu erstellenden Daten und Konzentrationsstatistischen Aufbereitungen. Auch die derzeit in der Gesetzesbegründung enthaltene Möglichkeit zu Verhandlungen in Zweifelsfällen soll in dem Sinne beibehalten werden, dass gemeinsam nach alternativen Handlungsmöglichkeiten gesucht wird.

5. Akteneinsichtsrecht bei der Bundesnetzagentur

96. Der gesetzliche Auftrag der Monopolkommission war bei Einrichtung der Kommission im Jahre 1974 abschließend im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in § 24b a. F. konkretisiert. Als eine der Hauptaufgaben war vorgesehen, die Anwendung der Vorschriften zur Missbrauchsaufsicht und zur Fusionskontrolle zu würdigen. Das GWB ist inzwischen mehrfach novelliert worden; mit der Sechsten GWB-Novelle von 1998⁹³ wurde das Gesetz grundlegend überarbeitet und völlig neu gefasst. Im Zuge der bisher sieben Novellierungen haben sich auch (geringfügige) Änderungen und Ergänzungen in den Formulierungen der Aufgabenzuweisungen an die Monopolkommission ergeben. Die Würdigung der Anwendung der Fusionskontrolle (in der neuen Systematik des GWB in § 44 Abs. 1 aufgenommen) zählt dabei durchgängig als fester Bestandteil zu den Kernaufgaben der Monopolkommission bei der Vorbereitung ihrer Hauptgutachten (Zweijahresgutachten).

97. In der Kommentarliteratur war von Beginn an unstrittig, dass die Monopolkommission ihren gesetzlichen Auftrag nur sachgerecht erfüllen kann, wenn sie zur Würdigung der Entscheidungspraxis des Bundeskartellamts Einsicht in die Verfahrensakte der zu begutachtenden Fälle nehmen kann.⁹⁴ Andernfalls würde man den Berichtsumfang der Monopolkommission auf lediglich die allgemein zugänglichen Veröffentlichungen zu den Entscheidungen begrenzen. Im Zuge der Siebten GWB-Novelle wurde mit § 46 Abs. 2a eine Vorschrift neu aufgenommen, die den Zugang der Monopolkommission zu

den Akten der Kartellbehörde regelt. Demnach darf sie Akten einsehen, die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sowie personenbezogene Daten enthalten, soweit dies zur ordnungsgemäßen Erfüllung ihres gesetzlichen Auftrags erforderlich ist. Die neue Vorschrift beschreibt die Grundlagen der bis dahin gängigen Praxis und enthält insoweit „eine ausdrückliche Klarstellung des derzeitigen Rechtszustands“.⁹⁵

98. Inzwischen wurde der gesetzliche Auftrag der Monopolkommission in erheblichem Umfang über die im GWB niedergelegten Vorschriften hinaus erweitert. Die zusätzlichen Aufgaben sind in mehreren Wirtschaftsgesetzen aufgeführt, die für einzelne staatlich regulierte Sektoren erlassen wurden. Es handelt sich um das Telekommunikationsgesetz (TKG) von 1996 (im Jahre 2004 novelliert), das Postgesetz (PostG) von 1997, sowie das Allgemeine Eisenbahngesetz (AEG) und das Energiewirtschaftsgesetz (EnWG), beide von 2005. Allen Gesetzen gemeinsam – wenngleich mit nicht übereinstimmenden Formulierungen – ist der Auftrag an die Monopolkommission, die Marktverhältnisse in den regulierten Sektoren sowie die Regulierungspraxis der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen in (jeweils) einem Sondergutachten zu würdigen, das alle zwei Jahre fortzuschreiben ist und in dem Jahr abgeschlossen werden soll, in dem kein Zweijahresgutachten nach § 44 GWB vorgelegt wird.

99. Die vier Gesetze, welche die staatliche Regulierung von Netzsektoren begründen, übertragen der Monopolkommission mit der Würdigung der Regulierungspraxis eine Aufgabe, die der Analyse der kartellamtlichen Entscheidungspraxis entsprechend § 44 GWB vergleichbar ist. In der Begründung zum AEG wird bei der Auftragserteilung an die Monopolkommission ausdrücklich auf die Parallele zum GWB (und zum TKG) verwiesen.⁹⁶ Allerdings war in allen vier Gesetzen – anders als im GWB – kein Akteneinsichtsrecht der Monopolkommission vorgesehen; auf diesen Mangel hat die Monopolkommission zunächst im Hinblick auf das TKG hingewiesen.⁹⁷ Die Bundesnetzagentur sah sich nicht in der Lage, der Monopolkommission vertrauliche Informationen zur behördlichen Regulierungspraxis zu überlassen, wie dies etwa in Verbindung mit § 46 Abs. 3 GWB (Verschwiegenheitspflicht) möglich wäre. Nach Auffassung des Amtes wäre dazu eine eigene Vorschrift erforderlich, welche die Monopolkommission ermächtigt, im Zusammenhang mit der konkreten Aufgabenzuweisung des jeweiligen Gesetzes Akteneinsicht bei der Bundesnetzagentur zu nehmen.

⁹³ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. August 1998 (BGBl. I 2546).

⁹⁴ So z. B. Mestmäcker/Veelken in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd 2: GWB, Kommentar zu deutschen Kartellrecht, 4. Aufl., München 2007, § 44 GWB Rn. 9: „Soweit sich die Gutachten auf Sachverhalte beziehen, die Gegenstand kartellbehördlicher Verfahren waren, ist eine umfassende Information [Anm.: der Monopolkommission] auf Grund der Verfahrensakte ohnehin gewährleistet.“

⁹⁵ Vgl. Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Bundestagsdrucksache 15/3640 vom 12. August 2004, S. 60.

⁹⁶ Vgl. Ausschuss für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen (14. Ausschuss), Beschlussempfehlung und Bericht zu den Gesetzentwürfen der Bundesregierung – Drucksache 15/3280 – und der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – Drucksache 15/2743 –, Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung eisenbahnrechtlicher Vorschriften, Bundestagsdrucksache 15/4419 vom 1. Dezember 2004, S. 14 (re. Sp.) f.

⁹⁷ Vgl. Monopolkommission Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2005: Dynamik unter neuen Rahmenbedingungen, Sondergutachten 43, Baden-Baden 2006, Tz. 8.

Bisherige Gutachten der Monopolkommission

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

Hauptgutachten

- | | | |
|-----------------------|--------------|--|
| Hauptgutachten I: | (1973/1975): | Mehr Wettbewerb ist möglich. 1976, 2. Aufl. 1977. |
| Hauptgutachten II: | (1976/1977): | Fortschreitende Konzentration bei Großunternehmen. 1978. |
| Hauptgutachten III: | (1978/1979): | Fusionskontrolle bleibt vorrangig. 1980. |
| Hauptgutachten IV: | (1980/1981): | Fortschritte bei der Konzentrationserfassung. 1982. |
| Hauptgutachten V: | (1982/1983): | Ökonomische Kriterien für die Rechtsanwendung. 1984. |
| Hauptgutachten VI: | (1984/1985): | Gesamtwirtschaftliche Chancen und Risiken wachsender Unternehmensgrößen. 1986. |
| Hauptgutachten VII: | (1986/1987): | Die Wettbewerbsordnung erweitern. 1988. |
| Hauptgutachten VIII: | (1988/1989): | Wettbewerbspolitik vor neuen Herausforderungen. 1990. |
| Hauptgutachten IX: | (1990/1991): | Wettbewerbspolitik oder Industriepolitik. 1992. |
| Hauptgutachten X: | (1992/1993): | Mehr Wettbewerb auf allen Märkten. 1994. |
| Hauptgutachten XI: | (1994/1995): | Wettbewerbspolitik in Zeiten des Umbruchs. 1996. |
| Hauptgutachten XII: | (1996/1997): | Marktöffnung umfassend verwirklichen. 1998. |
| Hauptgutachten XIII: | (1998/1999): | Wettbewerbspolitik in Netzstrukturen. 2000. |
| Hauptgutachten XIV: | (2000/2001): | Netzwettbewerb durch Regulierung. 2003. |
| Hauptgutachten XV: | (2002/2003): | Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“. 2005. |
| Hauptgutachten XVI: | (2004/2005): | Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungssektor! 2006. |
| Hauptgutachten XVII: | (2006/2007): | Weniger Staat, mehr Wettbewerb. 2008. |
| Hauptgutachten XVIII: | (2008/2009): | Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen. 2010. |
| Hauptgutachten XIX: | (2010/2011): | Stärkung des Wettbewerbs bei Handel und Dienstleistungen. 2012. |

Sondergutachten

- Sondergutachten 1: Anwendung und Möglichkeiten der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen seit Inkrafttreten der Kartellgesetznovelle. 1975, 2. Aufl. 1977.
- Sondergutachten 2: Wettbewerbliche und strukturelle Aspekte einer Zusammenfassung von Unternehmen im Energiebereich (VEBA/Gelsenberg). 1975.
- Sondergutachten 3: Zusammenschlußvorhaben der Kaiser Aluminium & Chemical Corporation, der Preussag AG und der Vereinigte Industrie-Unternehmungen AG. 1975.
- Sondergutachten 4: Zusammenschluß der Deutsche Babcock AG mit der Artos-Gruppe. 1977.
- Sondergutachten 5: Zur Entwicklung der Fusionskontrolle. 1977.
- Sondergutachten 6: Zusammenschluß der Thyssen Industrie AG mit der Hüller Hille GmbH. 1977.
- Sondergutachten 7: Mißbräuche der Nachfragemacht und Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. 1977.
- Sondergutachten 8: Zusammenschlußvorhaben der Deutschen BP AG und der VEBA AG. 1979.
- Sondergutachten 9: Die Rolle der Deutschen Bundespost im Fernmeldewesen. 1981.
- Sondergutachten 10: Zusammenschluß der IBH Holding AG mit der WIBAU AG. 1982.
- Sondergutachten 11: Wettbewerbsprobleme bei der Einführung von privatem Hörfunk und Fernsehen. 1981.
- Sondergutachten 12: Zusammenschluß der Burda Verwaltungs KG mit der Axel Springer GmbH/Axel Springer Gesellschaft für Publizistik GmbH & Co. 1982.
- Sondergutachten 13: Zur Neuordnung der Stahlindustrie. 1983.
- Sondergutachten 14: Die Konzentration im Lebensmittelhandel. 1985.
- Sondergutachten 15: Zusammenschluß der Klöckner-Werke AG mit der Seitz Enzinger Noll Maschinenbau AG. 1986.
- Sondergutachten 16: Zusammenschlußvorhaben der Vereinigte Elektrizitätswerke Westfalen AG mit der Société Sidéchar S.A. (Ruhrkohle AG). 1986.
- Sondergutachten 17: Konzeption einer europäischen Fusionskontrolle. 1989.
- Sondergutachten 18: Zusammenschlußvorhaben der Daimler-Benz AG mit der Messerschmitt-Bölkow-Blohm GmbH. 1989.
- Sondergutachten 19: Zusammenschlußvorhaben der MAN Aktiengesellschaft und der Gebrüder Sulzer Aktiengesellschaft. 1990.
- Sondergutachten 20: Zur Neuordnung der Telekommunikation. 1991.
- Sondergutachten 21: Die Mißbrauchsaufsicht über Gas- und Fernwärmeunternehmen. 1991.

- Sondergutachten 22: Zusammenschlußvorhaben der BayWa Aktiengesellschaft und der WLZ Raiffeisen Aktiengesellschaft. 1992.
- Sondergutachten 23: Marktstruktur und Wettbewerb im Handel. 1994.
- Sondergutachten 24: Die Telekommunikation im Wettbewerb. 1996.
- Sondergutachten 25: Zusammenschlußvorhaben der Potash Corporation of Saskatchewan Inc. und der Kali und Salz Beteiligungs Aktiengesellschaft. 1997.
- Sondergutachten 26: Ordnungspolitische Leitlinien für ein funktionsfähiges Finanzsystem. 1998.
- Sondergutachten 27: Systemwettbewerb. 1998.
- Sondergutachten 28: Kartellpolitische Wende in der Europäischen Union? 1999.
- Sondergutachten 29: Wettbewerb auf Telekommunikations- und Postmärkten? 2000.
- Sondergutachten 30: Wettbewerb als Leitbild für die Hochschulpolitik. 2000.
- Sondergutachten 31: Reform der Handwerksordnung. 2002.
- Sondergutachten 32: Folgeprobleme der europäischen Kartellverfahrensreform. 2002.
- Sondergutachten 33: Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand. 2002
- Sondergutachten 34: Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann GmbH. 2002.
- Sondergutachten 35: Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann GmbH. Ergänzendes Sondergutachten. 2002.
- Sondergutachten 36: Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG. 2003.
- Sondergutachten 37: Wettbewerbsfragen der Kreislauf- und Abfallwirtschaft. 2003.
- Sondergutachten 38: Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG. Ergänzendes Sondergutachten. 2003.
- Sondergutachten 39: Telekommunikation und Post 2003: Wettbewerbsintensivierung in der Telekommunikation – Zementierung des Postmonopols. 2004.
- Sondergutachten 40: Zur Reform des Telekommunikationsgesetzes. 2004.
- Sondergutachten 41: Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle. 2004.
- Sondergutachten 42: Die Pressefusionskontrolle in der Siebten GWB-Novelle. 2004.
- Sondergutachten 43: Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2005: Dynamik unter neuen Rahmenbedingungen. 2006.
- Sondergutachten 44: Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2005: Beharren auf alten Privilegien. 2006.
- Sondergutachten 45: Zusammenschlussvorhaben der Rhön-Klinikum AG mit den Kreiskrankenhäusern des Landkreises Rhön-Grabfeld (Kreis Krankenhaus Bad Neustadt/Saale sowie Kreis Krankenhaus Mellrichstadt). 2006.

- Sondergutachten 46: Die Privatisierung der Deutschen Bahn AG. 2007.
- Sondergutachten 47: Preiskontrollen in Energiewirtschaft und Handel? Zur Novellierung des GWB. 2007.
- Sondergutachten 48: Wettbewerbs- und Regulierungsversuche im Eisenbahnverkehr. 2007.
- Sondergutachten 49: Strom und Gas 2007: Wettbewerbsdefizite und zögerliche Regulierung. 2008.
- Sondergutachten 50: Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2007: Wendepunkt der Regulierung. 2008.
- Sondergutachten 51: Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2007: Monopolkampf mit allen Mitteln. 2008.
- Sondergutachten 52: Zusammenschlussvorhaben der Asklepios Kliniken Hamburg GmbH mit der Krankenhaus Mariahilf gGmbH. 2008.
- Sondergutachten 53: Zusammenschlussvorhaben des Universitätsklinikums Greifswald mit der Kreiskrankenhaus Wolgast gGmbH. 2008.
- Sondergutachten 54: Strom und Gas 2009: Energiemärkte im Spannungsfeld von Politik und Wettbewerb. 2009.
- Sondergutachten 55: Bahn 2009: Wettbewerb erfordert Weichenstellung. 2010.
- Sondergutachten 56: Telekommunikation 2009: Klaren Wettbewerbskurs halten. 2010.
- Sondergutachten 57: Post 2009: Auf Wettbewerbskurs gehen. 2010.
- Sondergutachten 58: Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung. 2010.
- Sondergutachten 59: Energie 2011: Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten. 2012.
- Sondergutachten 60: Bahn 2011: Wettbewerbspolitik unter Zugzwang. 2011.
- Sondergutachten 61: Telekommunikation 2011: Investitionsanreize stärken, Wettbewerb sichern. 2012.
- Sondergutachten 62: Post 2011: Dem Wettbewerb Chancen eröffnen. 2012.
- Sondergutachten 63: Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht. 2012.
- Sondergutachten 64: Bahn 2013: Reform zügig umsetzen. 2013.
- Sondergutachten 65: Energie 2013: Wettbewerb in Zeiten der Energiewende. 2014.
- Sondergutachten 66: Telekommunikation 2013: Vielfalt auf den Märkten erhalten. 2014.
- Sondergutachten 67: Post 2013: Wettbewerbsschutz effektivieren. 2014.