

Auszug aus Hauptgutachten XVII (2006/2007)

# **Einleitung**

## **Aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik**

---

### **5. Akteneinsichtsrecht bei der Bundesnetzagentur**

---

# Inhaltsverzeichnis

5. Akteneinsichtsrecht bei der Bundesnetzagentur.....	70
---	----

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 1998<sup>93</sup> 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.<sup>94</sup> 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“.<sup>95</sup>

**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.<sup>96</sup> 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.<sup>97</sup> 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.

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

<sup>94</sup> 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.“

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

<sup>96</sup> 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.

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

**100.** Inzwischen hat der Gesetzgeber auf die Empfehlung der Kommission reagiert: Die Würdigung der Anwendung der Vorschriften des TKG über die Regulierung und Wettbewerbsaufsicht durch die Bundesnetzagentur kann nunmehr auf der Grundlage eines gesetzlich verankerten Akteneinsichtsrechts erfolgen. Mit dem Gesetz zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Vorschriften vom 18. Februar 2007<sup>98</sup> wurde § 121 Abs. 2 TKG um eine Vorschrift ergänzt, die in ihrem Wortlaut der Formulierung in § 46 Abs. 2a GWB entspricht.

**101.** Eine Gesetzeslücke besteht diesbezüglich jedoch weiterhin im AEG, im EnWG und im PostG, worauf die Monopolkommission in ihren jüngsten Pflicht-Sondergutachten zu den betreffenden Netzsektoren hingewiesen hat.<sup>99</sup> Ein Akteneinsichtsrecht auch für diese Bereiche würde es der Monopolkommission ermöglichen, die Entscheidungspraxis der Bundesnetzagentur auf der Grundlage aller relevanten Informationen zu beurteilen. Ein hilfsweise anstelle der Akteneinsicht einzurichtender Auskunftsanspruch der Kommission gegenüber der Bundesnetzagentur für einzelne Regulierungsentscheidungen würde die Erkenntnisdefizite nicht beseitigen, da die rele-

vanten (kritischen) Sachverhalte zunächst einmal durch die mit der Akteneinsicht zu gewinnenden Erkenntnisse identifiziert werden müssen. Erst im Anschluss daran kann dann – gegebenenfalls im Dialog mit der Behörde – die besondere Problematik einzelner Fälle und deren Bedeutung für die gesetzlichen Grundlagen der Rechtsanwendung erörtert werden.

**102.** Ein Akteneinsichtsrecht für die Monopolkommission lässt sich aber nicht nur aus dem Rückschluss von der gesetzlichen Aufgabenstellung ableiten. Eine Abwägung der betroffenen Interessen führt zum gleichen Ergebnis: Das öffentliche Interesse an einer (sachgerechten) Erfüllung des gesetzlichen Auftrags dürfte das schutzwürdige Interesse der betroffenen Unternehmen unstreitig überwiegen, insbesondere im Lichte der Vorschrift des § 46 Abs. 3 GWB, nach welcher die Monopolkommission zur Verschwiegenheit im Hinblick auf Informationen, die ihr gegeben und als vertraulich bezeichnet werden, verpflichtet ist.

**103.** Die Einrichtung eines in den genannten Gesetzen zu regelnden Akteneinsichtsrechts der Monopolkommission liegt auch im Interesse der Bundesnetzagentur. Eine solche Vorschrift liefert eine klare Ermächtigungsgrundlage für die Befugnisse der Monopolkommission im Zusammenhang mit der Beurteilung der Regulierungspraxis und verschafft der Behörde – anders als im Falle informeller Verfahren – Rechtssicherheit im Hinblick auf die Zulässigkeit einer Informationsweitergabe an die Kommission.

<sup>98</sup> BGBl. I S. 106, 114.

<sup>99</sup> Vgl. Monopolkommission, Wettbewerbs- und Regulierungsversuche im Eisenbahnverkehr, Sondergutachten 48, Baden-Baden 2007, Tz. 245; dies., Sondergutachten 49, a. a. O., Tz. 11 sowie dies., Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2007: Monopolkampf mit allen Mitteln, Sondergutachten 51, Baden-Baden 2008, Tz. 144.

## **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.