

Auszug aus Hauptgutachten XX (2012/2013)

Kapitel I

Aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik

Datenzugang der Monopolkommission

Inhaltsverzeichnis

Datenzugang der Monopolkommission.....	158
1 Weiterhin unzureichender Datenzugang der Monopolkommission.....	158
2 Umfassendes Akteneinsichtsrecht der Monopolkommission	159
3 Keine ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung der Monopolkommission ohne umfassenden Datenzugang.....	160
4 Zweckbindung der Ermittlungen des Bundeskartellamtes.....	162
5 Effektive Aufgabenwahrnehmung durch das Bundeskartellamt weiterhin möglich.....	163
6 Folgerungen.....	164

Datenzugang der Monopolkommission

1 Weiterhin unzureichender Datenzugang der Monopolkommission

364. Ein Problem, das die Arbeitsfähigkeit der Monopolkommission anhaltend beeinträchtigt, resultiert aus der Weigerung des Bundeskartellamtes, der Monopolkommission im Rahmen ihres Akteneinsichtsrechts gemäß § 46 Abs. 2a GWB umfassenden Zugang zu den dem Amt vorliegenden Daten zu gewähren.

365. Hintergrund ist die jüngere Entwicklung in der Praxis des Bundeskartellamtes, im Rahmen von Sektoruntersuchungen sowie in kartellrechtlichen Entscheidungen neben der qualitativen (verbalen) Argumentation zunehmend auch auf quantitative (empirische) Analysen zurückzugreifen. Hierzu erhebt das Amt bei Unternehmen Einzeldaten z. B. zu Kosten, Preisen und Absatzmengen, führt mit den erhobenen Daten ökonomische Schätzungen durch und bezieht die Ergebnisse bei seinen Überlegungen zu Kartellrechtsverfahren sowie bei Sektoruntersuchungen ein. Diese stärkere Fundierung eigener Untersuchungen und Entscheidungen durch die Anwendung moderner ökonomischer Methoden steht in inhaltlicher Übereinstimmung mit der internationalen Entwicklung der Kartellrechtsanwendung und wird von der Monopolkommission ausdrücklich begrüßt.

366. Eine zunehmende Ökonomisierung auf der Ebene der Kartellrechtsanwendung durch das Bundeskartellamt macht es notwendig, dass der Monopolkommission für ihre eigene Arbeit die beim Amt vorliegenden Daten zur Verfügung gestellt werden. Nur so kann die Kommission die ökonomische Argumentation des Amtes mittels eigener Analysen evaluieren. Daneben ist der Datenzugang erforderlich, damit die Monopolkommission eigene empirische Untersuchungen zu weitergehenden (aktuellen) wettbewerblichen Fragestellungen auf Basis ihres gesetzlichen Auftrags durchführen kann. Der Datenzugang ist vom gesetzlichen Akteneinsichtsrecht der Monopolkommission abgedeckt (§ 46 Abs. 2a GWB).

367. Das Bundeskartellamt hatte der Monopolkommission einen umfassenden Datenzugang bereits bei der Vorbereitung des XIX. Hauptgutachtens verweigert.⁴²⁵ Diese Praxis setzte sich trotz intensiver Diskussionen zwischen der Monopolkommission und dem Bundeskartellamt sowie dem Bundesministerium für Wirtschaft und Energie im Berichtszeitraum fort. Trotz vielfältiger Bemühungen auf der Arbeitsebene beider Institutionen bleibt die Akteneinsicht der Monopolkommission bis heute unvollständig. Das Bundeskartellamt verweigert der Monopolkommission weiterhin:

- die Überlassung von Daten aus Sektoruntersuchungen und Kartellrechtsverfahren;
- das Nutzen der Daten mit anderen Programmen oder Methoden sowie für andere Analysen als sie das Bundeskartellamt verwendet bzw. untersucht hat;
- die Verknüpfung der vom Bundeskartellamt erhobenen Daten mit anderen Daten, etwa für die Durchführung von Robustheitsprüfungen.

Gewährt wird der Monopolkommission bei Kartellrechtsverfahren und Sektoruntersuchungen die „Einsicht“ in die Daten in den Räumen des Bundeskartellamtes. Konkret heißt das, dass das Bundeskartellamt für die Mitarbeiter der Monopolkommission einen Datenraum einrichtet, in dem die erhobenen Daten angesehen (d. h. in Augenschein genommen) und die empirischen Analysen des Bundeskartellamtes nachvollzogen werden können. Nachvollziehen bedeutet, dass die Monopolkommission die Daten jeweils nur mit denselben Programmen (Excel, STATA, usw.), denselben Methoden und für dieselbe Schätzung wie das Bundeskartellamt nutzen darf. Zur Verfügung gestellt werden Rechner mit den erhobenen Daten und den verwendeten Programmen sowie schriftliche Dokumentationen der vorgenommenen Analysen und der Datenbestände. Die mit dem konkreten Fall befassten Mitarbeiter des Bundeskartellamtes stehen für Erläuterungen zu den Daten und den verwendeten empirischen Methoden zur Verfügung.

⁴²⁵ Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 150 ff.

Die Arbeit in einem derart gestalteten Datenraum des Bundeskartellamtes ist mit erheblichen Einschränkungen verbunden. Schon erste Erfahrungen zeigen, dass die Mitarbeiter der Monopolkommission während der Dateneinsicht z. B. nicht über die Möglichkeit verfügen, Daten zu speichern. Sie dürfen keine Daten, Berechnungen oder Ergebnisse ihrer Analysen „mitnehmen“. Es gibt keine Möglichkeit, externe Daten zuzuspielen, etwa um Robustheitsprüfungen oder weitergehende Analysen vorzunehmen. Die mit den Daten des Bundeskartellamtes durchgeführten Berechnungen werden erst nach einer Überprüfung durch die Grundsatz- und die zuständige Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes an die Monopolkommission weitergegeben. Während der Arbeit in den Räumen des Bundeskartellamtes ist kein Zugang zum Internet verfügbar.

368. Daneben hat das Bundeskartellamt vorgeschlagen, die Monopolkommission könne nach der Einsicht in die Daten und in die Dokumentation zur Datenanalyse weitergehende methodische Analysen abstrakt vorschlagen. Diese Vorschläge sollten mit dem ökonomischen Grundsatzreferat abgestimmt werden, das daraufhin anstelle der Monopolkommission die Analysen umsetzen würde, soweit der Arbeitseinsatz nach Einschätzung des Bundeskartellamtes in einem vertretbaren Rahmen bliebe.

369. Ausdrücklich nicht im Rahmen der Akteneinsicht, sondern im Wege der „Amtshilfe“ hat das Bundeskartellamt der Monopolkommission indexierte Daten zur Verfügung gestellt, die aus den vom Bundeskartellamt im Rahmen der Sektoruntersuchung Fernwärme erhobenen Daten generiert wurden. Das Bundeskartellamt will diese Art der Datenaufbereitung und -weitergabe allerdings nur im Einzelfall und nach Prüfung des konkreten Untersuchungsanliegens der Monopolkommission ermöglichen.

370. Die dargestellten Vorgehensweisen und Vorschläge werden dem umfassenden Akteneinsichtsrecht und der gesetzlich verankerten Unabhängigkeit der Monopolkommission nicht gerecht.

2 Umfassendes Akteneinsichtsrecht der Monopolkommission

371. Bei der Akteneinsicht und dem zugehörigen Datenzugang geht es nicht darum, „private“ Interessen der Monopolkommission zu bedienen. Die Monopolkommission handelt nicht im Eigeninteresse, sondern leitet ihre Gutachten mit der darin enthaltenen Würdigung der kartellrechtlichen Amtspraxis und den Stellungnahmen zu anderen wettbewerbsspolitischen und -rechtlichen Fragestellungen gemäß § 44 Abs. 3 S. 1 GWB der Bundesregierung zu, die diese gemäß § 44 Abs. 3 S. 2 GWB unverzüglich den gesetzgebenden Körperschaften vorlegt.⁴²⁶ Hieran wird deutlich, dass die Monopolkommission Verfassungsorgane informiert und berät. Es kann nicht im Interesse der Bundesregierung und der gesetzgebenden Körperschaften liegen, dass die Möglichkeiten der Monopolkommission soweit beschnitten werden, dass sie einen wesentlichen Teil ihrer Aufgaben nur noch eingeschränkt erfüllen kann.

372. Zweck des in § 46 Abs. 2a GWB verankerten Akteneinsichtsrechts ist es, die Monopolkommission in die Lage zu versetzen, ihren gesetzlich festgelegten Aufgaben nachzukommen. Das Akteneinsichtsrecht umfasst daher auch den Zugang der Monopolkommission zu den im Rahmen von kartellrechtlichen Verfahren und Sektoruntersuchungen vom Bundeskartellamt erhobenen oder von Dritten eingebrachten Daten mit der Möglichkeit, diese zu eigenen Rechnungen zu nutzen. Die Bestimmung des § 46 Abs. 2a GWB gibt der Monopolkommission die Befugnis, Einsicht in die von der Kartellbehörde geführten Akten – und zwar einschließlich Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse und personenbezogener Daten – zu nehmen, soweit dies zur ordnungsgemäßen Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich ist. Die Reichweite des Akteneinsichtsrechts unterliegt nach dem Wortlaut des § 46 Abs. 2a GWB lediglich einer einzigen Einschränkung – sie muss für die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung seitens der Monopolkommission erforderlich sein. In diesem Rahmen ist das Akteneinsichtsrecht umfassend.

⁴²⁶ § 44 Abs. 3 S. 2 GWB nimmt Bezug auf die Hauptgutachten der Monopolkommission.

373. Der notwendige Schutz Dritter wird durch die in § 46 Abs. 3 GWB verankerte Verpflichtung zur Verschwiegenheit der Mitglieder der Monopolkommission und der Angehörigen der Geschäftsstelle gewährleistet. Die Bestimmung des § 46 Abs. 3 S. 2 erstreckt die Pflicht zur Verschwiegenheit ausdrücklich auf die Informationen, welche die Monopolkommission gemäß § 46 Abs. 2a GWB erlangt hat. Die Verschwiegenheitspflicht reicht damit ebenso weit wie die entsprechenden Pflichten der Mitarbeiter des Bundeskartellamtes.

3 Keine ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung der Monopolkommission ohne umfassenden Datenzugang

374. Die Aufgaben der Monopolkommission, auf deren ordnungsgemäße Erfüllung das Akteneinsichtsrecht des § 46 Abs. 2a GWB Bezug nimmt, folgen insbesondere aus § 44 Abs. 1 GWB und § 42 Abs. 4 GWB. Nach § 44 Abs. 1 GWB beurteilt die Monopolkommission in ihren Hauptgutachten den Stand und die absehbare Entwicklung der Unternehmenskonzentration in Deutschland, würdigt die Anwendung der Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle und nimmt zu sonstigen aktuellen wettbewerbspolitischen Fragen Stellung. Daneben kann die Bundesregierung die Monopolkommission mit der Erstattung zusätzlicher Gutachten beauftragen. Ferner kann die Monopolkommission nach ihrem Ermessen Gutachten erstellen. Gemäß § 42 Abs. 4 GWB hat die Monopolkommission in Ministererlaubnisverfahren eine Stellungnahme abzugeben. Aus dieser gesetzlichen Aufgabenzuweisung ergibt sich, dass die Monopolkommission ohne Einschränkung die gesamte Amtspraxis würdigen und zu allen wettbewerbspolitischen und -rechtlichen Themen Stellung nehmen kann, soweit sie dies für sinnvoll erachtet. Sie kann dies in Form von Haupt- und Sondergutachten tun.

375. Das Akteneinsichtsrecht nach § 46 Abs. 2a GWB gilt in dem Umfang, wie es zur „ordnungsgemäßen“ Aufgabenerfüllung seitens der Monopolkommission notwendig ist. Festzuhalten ist, dass die zunehmend empirisch gestützte Ökonomisierung in den letzten Jahren die wesentliche Entwicklung der Kartellrechtsanwendung darstellt. Diese Entwicklung wird sich in Zukunft aller Voraussicht nach noch verstärken. Die Monopolkommission ist daher nur imstande, die Kartellamtspraxis auch künftig fundiert zu würdigen, wenn sie auch insoweit das methodische Vorgehen und die Ergebnisse der empirischen Analysen der Kartellbehörde überprüfen kann. Eine solche Überprüfung setzt den Zugang zu den Einzeldaten einschließlich der Möglichkeit, Vergleichsrechnungen anzustellen und Robustheitsprüfungen durchzuführen, voraus. Dass die vom Bundeskartellamt vorgenommenen Berechnungen nur auf rechnerischem Wege fundiert gewürdigt werden können, ist unmittelbar ersichtlich, wenn man die Menge der Daten berücksichtigt, die erhoben werden. So liegen z. B. den Schlussfolgerungen des Bundeskartellamtes in der Sektoruntersuchung Kraftstoffe ca. 1,8 Mio. Angaben von Unternehmen zugrunde. Außerdem kommt es gerade bei ökonomischen Fragestellungen entscheidend auf die vom Bearbeiter getroffenen Annahmen und die angewendeten Methoden an. Daher ist stets zu prüfen, zu welchen Ergebnissen die Anwendung anderer Berechnungsmethoden oder Korrekturverfahren geführt hätte.

376. Der unbeschränkte Zugang zu den dem Bundeskartellamt vorliegenden Daten ist auch notwendig und durch das Akteneinsichtsrecht der Monopolkommission gedeckt, um im Rahmen ihrer Aufgabenstellung gemäß § 44 Abs. 1 GWB z. B. zu sonstigen aktuellen wettbewerbspolitischen Fragen Stellung nehmen zu können. Aktuell erscheint etwa eine empirische Überprüfung der gängigen sachlichen Marktabgrenzung im Bereich der Fernwärme dringlich. Das Bundeskartellamt hat diese Prüfung nicht vorgenommen, hat aber im Rahmen seiner Sektoruntersuchung Fernwärme umfangreich Daten erhoben, die für eine solche empirische Überprüfung nutzbar gemacht werden könnten.

377. Dass ein reiner „Einblick“ in die Daten nicht ausreicht, sondern das Zurverfügungstellen von Daten und Programmcodes notwendige Voraussetzung für eine Würdigung von empirischen Analysen ist, stellt das Bundeskartellamt in vergleichbarem Zusammenhang selbst fest. In seinem Merkblatt über die Standards für ökonomische Gutachten, die Dritte in kartellbehördlichen Verfahren einreichen, macht das Bundeskartellamt

unter anderem die Voraussetzungen deutlich, unter denen eine Bewertung und entsprechende Berücksichtigung der Analysen in Verfahren erfolgen kann.⁴²⁷ Dabei stellt das Bundeskartellamt über die Bewertung von Drittgutachten ganz ähnliche Überlegungen an wie die Monopolkommission über die Beurteilung der Analysen des Bundeskartellamtes. Es hebt unter anderem die Wichtigkeit der Frage hervor, ob alternative Methoden zur Analyse der untersuchten Fragestellung zur Verfügung gestanden hätten bzw. ob die Ergebnisse des verwendeten Modells auf ihre Robustheit überprüft wurden.⁴²⁸ Folgerichtig verlangt das Amt in seinem Merkblatt ausdrücklich, dass als Anhang zu einem Gutachten die Originaldaten, die bereinigten Daten sowie die zur Bereinigung gegebenenfalls verwendeten Programmcodes zur Verfügung zu stellen sind.⁴²⁹

378. Dagegen, dass das Akteneinsichtsrecht des § 46 Abs. 2a GWB auf den bloßen „Einblick“ der Monopolkommission in Akten des Bundeskartellamtes beschränkt ist, spricht des Weiteren die bisherige langjährige, einvernehmliche Praxis. Die Akteneinsicht der Monopolkommission beim Bundeskartellamt war in der Vergangenheit zu keiner Zeit auf die bloße Ansicht von Akten begrenzt, sondern stets mit der Überlassung von Kopien oder elektronischen Fassungen der von der Monopolkommission als relevant angesehenen Dokumente verbunden, welche diese dann in den Räumen ihrer Geschäftsstelle ausgewertet hat. Der offensichtliche Grund hierfür ist, dass die Erfassung und Würdigung des häufig sehr umfangreichen kartellbehördlichen Akteninhalts in der begrenzten Zeit des Aufenthalts von Mitarbeitern der Monopolkommission in den Räumen des Bundeskartellamtes nicht möglich ist. Es bestand zwischen Monopolkommission und Bundeskartellamt zu jeder Zeit Übereinstimmung darüber, dass das praktizierte Vorgehen sachgerecht und zielführend ist. Beanstandungen vonseiten des Bundeskartellamtes hat es in der Vergangenheit zu keiner Zeit gegeben.

379. Sofern das Bundeskartellamt schon während früherer Berichtszeiträume in Verfahren, z. B. bei der Erhebung von Patientendaten für die Marktabgrenzung,⁴³⁰ Einzeldaten erhoben hat, wurden diese auf entsprechende Bitte uneingeschränkt an die Monopolkommission übermittelt. Es ist kein Grund erkennbar, warum eine Änderung bzw. Erweiterung in der Methodenwahl des Bundeskartellamtes – die verstärkte empirische Fundierung von Entscheidungen und Sektoruntersuchungen – zu Rückschritten beim gesetzlich verankerten Akteneinsichtsrecht der Monopolkommission führen sollte. Mit anderen Worten ist nicht nachvollziehbar, dass das Bundeskartellamt einerseits neue quantitative Methoden anwendet, andererseits die Monopolkommission auf den alten Methodenstand verweist. Angesichts der Entwicklung der jüngeren Kartellrechtsanwendung wäre ein solcher Rückschritt gleichzeitig mit erheblichen Einschnitten bei der – im öffentlichen Interesse erfolgenden – Aufgabenerfüllung durch die Monopolkommission verbunden.

380. In diesem Zusammenhang ist auch die besondere Ausgestaltung der Monopolkommission als unabhängiges Expertengremium zu beachten. Die Unabhängigkeit der Institution gemäß § 44 Abs. 2 GWB wird durch die persönliche Unabhängigkeit der Kommissionsmitglieder noch ergänzt, § 45 Abs. 3 GWB. Kern dieser gesetzlich garantierten Unabhängigkeit ist nicht nur die eigenständige Auswahl der in Hauptgutachten und Sondergutachten nach eigenem Ermessen behandelten Themen, sondern auch die Methodenhoheit, also die Frage, wie die Monopolkommission ihre Aufgaben erfüllt. Ein Eingriff in die Methodenhoheit der Monopolkommission würde einen Eingriff in ihre gesetzlich verankerte Unabhängigkeit darstellen.

381. Ferner ist daran zu erinnern, dass der Gesetzgeber darauf verzichtet hat, der Monopolkommission eigene Ermittlungsbefugnisse einzuräumen. Derartige Befugnisse, die zu zusätzlichen Belastungen für die betroffenen Unternehmen führen würden, sind unter der Voraussetzung des der Monopolkommission eingeräumten Akteneinsichtsrechts auch entbehrlich. Allerdings gilt dies nur bei einer Ausgestaltung des Akteneinsichtsrechts, die eine ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung gewährleistet.

⁴²⁷ Vgl. BKartA, Standards für ökonomische Gutachten, 20. Oktober 2010.

⁴²⁸ Vgl. ebenda, S. 3.

⁴²⁹ Vgl. ebenda, S. 8, 11.

⁴³⁰ Vgl. BKartA, Beschluss vom 11. Dezember 2006, B3-1002/06.

4 Zweckbindung der Ermittlungen des Bundeskartellamtes

382. Das Bundeskartellamt geht davon aus, dass die von ihr im Rahmen eines kartellrechtlichen Verfahrens oder einer Sektoruntersuchung gesammelten Daten für bestimmte, festgelegte Zwecke erhoben worden seien und auch nur dafür genutzt werden dürften. Dies ergebe sich bereits aus der gerichtlich überprüfbaren Zweckbindung der Ermittlungsbefugnisse des Bundeskartellamtes. Eine Weitergabe der Daten an die Monopolkommission und die Nutzung für andere Zwecke sei daher ausgeschlossen.

383. Die Monopolkommission sieht für diese Position in Anbetracht der klaren gesetzlichen Regelung ihrer Befugnisse keine Grundlage. Maßgeblich für den Umfang ihres Akteneinsichtsrechts ist keineswegs der vom Bundeskartellamt im Rahmen seiner Ermittlungen verfolgte Zweck, etwa die Durchführung eines Kartell- oder Missbrauchsverfahrens oder einer Sektoruntersuchung. Entscheidend ist vielmehr, dass der Monopolkommission vom Gesetzgeber eigene – und vom Bundeskartellamt nicht einseitig beschränkbare – gesetzliche Aufgaben übertragen wurden, die unter anderem in §§ 44 Abs. 1, 42 Abs. 4 GWB definiert sind. Dementsprechend räumt die Bestimmung des § 46 Abs. 2a GWB ein umfassendes Akteneinsichtsrecht ein, soweit dieses der ordnungsgemäßen Erfüllung der Aufgaben der Monopolkommission dient.

384. Die Prüfung, in welchem Umfang eine Akteneinsicht erforderlich ist, liegt allein bei der Monopolkommission. Diese Auffassung entspricht der übereinstimmenden Meinung zu der mit § 46 Abs. 2a GWB vergleichbaren Bestimmung des § 474 Abs. 1 StPO, wonach Gerichte, Staatsanwaltschaften und andere Justizbehörden Akteneinsicht erhalten, wenn dies für Zwecke der Rechtspflege erforderlich ist.⁴³¹ Die Prüfung der Erforderlichkeit der übermittelten Informationen obliegt nur dem Empfänger, nicht dem Übermittler, § 19 Abs. 2 EGGVG; dasselbe gilt bei Übermittlung an andere öffentliche Stellen, § 477 Abs. 4 StPO. Im Gegenzug liegt es allein in der Verantwortung des Empfängers, auf die Verwendung der empfangenen Informationen zu legitimen Zwecken zu achten.

385. Unabhängig von diesen rechtlichen Erwägungen geht die vom Bundeskartellamt vorgetragene Argumentation jedenfalls im Hinblick auf Daten ins Leere, die im Rahmen einer Sektoruntersuchung erhoben worden sind. Die hier erlangten Informationen und Einzeldaten werden dabei – zumindest zunächst – nicht für konkrete Verfahren gegen einzelne Unternehmen, sondern für die Untersuchung der Wettbewerbssituation auf einem bestimmten Markt oder in einem Wirtschaftszweig genutzt. Der Zweck dieser Ermittlungen ist demnach breit angelegt. Es ist nicht ersichtlich, wie eine Nutzung der ermittelten Informationen und Daten seitens der Monopolkommission im Rahmen ihrer Aufgabenerfüllung einer solch breiten Zweckbindung widersprechen könnte.

386. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass das Bundeskartellamt der Monopolkommission bis vor Kurzem stets auch in Kartell-, Missbrauchs- und Fusionskontrollverfahren umfassende Akteneinsicht gewährt hat, und zwar unabhängig davon, für welche ihrer Aufgaben – z. B. die Konzentrationsberichterstattung, die Stellungnahme zu aktuellen Wettbewerbsthemen oder die Analyse einer bestimmten Branche – die Monopolkommission die Informationen aus den Akten verwendet hat. Dies entspricht auch der Gesetzeslage. § 46 Abs. 2a GWB begrenzt das Akteneinsichtsrecht der Monopolkommission nicht auf die Aufgabe der Würdigung der Amtspraxis, sondern stellt es mit dem Ziel der Erfüllung der Gesamtheit ihrer Aufgaben bereit. Dies hat sich nicht dadurch geändert, dass das Bundeskartellamt nunmehr vermehrt Einzeldaten erhebt.

⁴³¹ Bei einer gerichtlichen Überprüfung einer auf einem Drittgutachten aufbauenden Entscheidung des Bundeskartellamtes steht es ebenfalls außer Frage, dass dem Gericht die für die juristische Würdigung des Falles erforderlichen Daten ohne Einschränkungen zur Verfügung gestellt werden. Dies umfasst, sofern es darauf ankommt, selbstverständlich auch alle Daten, die zur Bewertung des Drittgutachtens erforderlich sind (vgl. § 73 Nr. 2 GWB i. V. m. §§ 284, 355 ff. ZPO; § 77 Abs. 1 OWiG).

5 Effektive Aufgabenwahrnehmung durch das Bundeskartellamt weiterhin möglich

387. Das Bundeskartellamt trägt ferner vor, dass die Weitergabe von Daten an die Monopolkommission die Bereitschaft der Unternehmen mindern könnte, Daten an das Bundeskartellamt herauszugeben. Insofern ist vorab hervorzuheben, dass das Bundeskartellamt zwar ein solches Risiko behauptet, es aber bislang keinerlei Hinweise darauf gibt, dass Unternehmen eine Herausgabe mit Blick auf die Verwendung von Daten durch die Monopolkommission ablehnen oder verzögern.

388. Soweit hier etwaige Bedenken der betroffenen Unternehmen unterstellt werden, die von ihnen vorgelegten Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse sowie personenbezogenen Daten seien durch eine Weitergabe an die Monopolkommission gefährdet, ist außerdem daran zu erinnern, dass der Gesetzgeber in § 46 Abs. 2a GWB ausdrücklich bestimmt hat, dass das Akteneinsichtsrecht der Monopolkommission auch Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sowie personenbezogene Daten umfasst. Dem notwendigen Geheimnisschutz trägt der Gesetzgeber mit der Bestimmung des § 46 Abs. 3 GWB Rechnung, welche die Verschwiegenheitspflichten der Monopolkommissionsmitglieder und der Angehörigen der Geschäftsstelle regelt. Die Vorschrift sieht explizit vor, dass Informationen, welche die Monopolkommission durch die Akteneinsicht bei den Kartellbehörden erhalten hat, der Verschwiegenheitspflicht unterliegen. Die Verschwiegenheitspflicht der Mitglieder der Monopolkommission und der Angehörigen der Geschäftsstelle reicht damit ebenso weit wie die entsprechende Pflicht der Mitarbeiter des Bundeskartellamtes. Darüber hinaus ist festzustellen, dass die Monopolkommission die Unternehmensdaten auch ohne eigene Rechenmöglichkeit zur Kenntnis nehmen und verwenden könnte, sodass Bedenken aus Geheimhaltungsgründen schon deshalb nicht durchschlagen.

389. Soweit das Bundeskartellamt sich darauf beruft, eine „Einigung“ mit betroffenen Unternehmen über die Vorlage von Informationen und Daten möglicherweise nur unter der Voraussetzung erreichen zu können, dass diese nicht an die Monopolkommission weitergegeben werden, ist dies nicht nachvollziehbar. „Vertraulichkeitsabsprachen“ des Bundeskartellamtes mit privaten Unternehmen zulasten der Monopolkommission sind gesetzlich nicht vorgesehen und unzulässig. Solche Absprachen sind zur Sicherung der Vertraulichkeit für die Unternehmen auch nicht erforderlich, da die Mitglieder und Mitarbeiter der Monopolkommission in gleichem Maße zur Vertraulichkeit verpflichtet sind wie die Mitarbeiter des Bundeskartellamtes. Dementsprechend ist der Monopolkommission seit Aufnahme ihrer Tätigkeit kein einziger Fall bekannt geworden, in dem ihr Akteneinsichtsrecht zu Bedenken oder einer verringerten Kooperationsbereitschaft betroffener Unternehmen geführt hätte.

390. Darüber hinaus darf die Monopolkommission – anders als z. B. Verfahrensbeteiligte oder Vertreter der Wissenschaft – durch ausdrückliche gesetzliche Anordnung Einsicht auch in Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse und personenbezogene Daten nehmen. Während die zuständige Kartellbehörde derartige Informationen vor der Akteneinsicht durch Verfahrensbeteiligte und Vertreter der Wissenschaft schwärzen muss, um sicherzustellen, dass sie nicht an den Einsichtnehmenden gelangen, handelt es sich bei der Monopolkommission um eine Institution, die vom Gesetzgeber eigens zur Würdigung der Amtspraxis und sonstiger wettbewerbspolitischer und -rechtlicher Fragestellungen eingesetzt wurde. Sie verfügt dementsprechend notwendigerweise über ein lückenloses Akteneinsichtsrecht, das gerade auch Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse sowie personenbezogene Daten umfasst. Eine Unterscheidung zwischen „sensiblen“ Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen und personenbezogenen Daten, welche der Monopolkommission zur Erfüllung ihrer Aufgaben laut Gesetz einschränkungslos zugänglich sind, und „besonders sensiblen“ Daten, von denen die Monopolkommission ausgeschlossen werden dürfte, entbehrt jeder gesetzlichen Grundlage.

391. Schließlich stehen den Kartellbehörden zur Erfüllung der ihnen übertragenen Aufgaben gemäß §§ 57 ff. GWB umfassende Ermittlungsbefugnisse zu; die betroffenen Unternehmen sind bei Anwendung dieser Befugnisse zur Mitwirkung verpflichtet. Insbesondere § 59 GWB, der für Sektoruntersuchungen entsprechend gilt (§ 32e Abs. 4 GWB), verpflichtet Unternehmen und Unternehmensvereinigungen zur Auskunft und zur Duldung der Einsicht in geschäftliche Unterlagen. Eine Verletzung der Auskunftspflichten kann im Wege

des Ordnungswidrigkeitenrechts geahndet werden. Vor diesem Hintergrund ist kein Raum für Verhandlungen zwischen Kartellbehörde und betroffenen Unternehmen, mit denen nicht nur Rechte der Monopolkommission beschnitten werden, sondern auch die ordnungsgemäße Erfüllung ihrer im öffentlichen Interesse liegenden Aufgaben infrage gestellt wird.

6 Folgerungen

392. Die Monopolkommission bleibt bei ihrer schon vor zwei Jahren geäußerten Auffassung, dass der umfassende Zugang zu Einzeldaten aus kartellrechtlichen Fällen und Sektoruntersuchungen einschließlich deren Nutzung für die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung der Monopolkommission durch das geltende Recht zur Akteneinsicht gemäß § 46 Abs. 2a GWB gedeckt ist.⁴³² Eine ausdrückliche Klarstellung im GWB erscheint nicht erforderlich. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie könnte als oberste Bundesbehörde in dieser Hinsicht für eine rasche Klärung sorgen.

393. Wird gleichwohl eine gesetzliche Klarstellung im Hinblick auf den Datenzugang der Monopolkommission im Rahmen ihres Akteneinsichtsrechts gemäß § 46 Abs. 2a GWB für vorzugswürdig gehalten, schlägt die Monopolkommission vor, die Vorschrift durch einen zweiten Satz zu ergänzen:

*„Die Monopolkommission kann Einsicht in die von der Kartellbehörde geführten Akten einschließlich Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse und personenbezogener Daten nehmen, soweit dies zur ordnungsgemäßen Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich ist. **Das Recht auf Akteneinsicht schließt ein, dass der Monopolkommission die bei der Kartellbehörde vorliegenden Daten zur Verfügung gestellt werden.**“*

⁴³² Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 162 ff.

Bisherige Gutachten der Monopolkommission

Alle Veröffentlichungen erscheinen im Nomos-Verlag, Baden-Baden.

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.
Hauptgutachten XX:	(2012/2013):	Eine Wettbewerbsordnung für die Finanzmärkte. 2014.

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 Verwaltungen KG mit der Axel Springer GmbH/Axel Springer Gesellschaft für Publizistik GmbH & Co. 1982.
- Sondergutachten 13: Zur Neuordnung der Stahlindustrie. 1983.
- Sondergutachten 14: Die Konzentration im Lebensmittelhandel. 1985.
- Sondergutachten 15: Zusammenschluß der Klöckner-Werke AG mit der Seitz Enzinger Noll Maschinenbau AG. 1986.
- Sondergutachten 16: Zusammenschlußvorhaben der Vereinigte Elektrizitätswerke Westfalen AG mit der Société Sidéchar S.A. (Ruhrkohle AG). 1986.
- Sondergutachten 17: Konzeption einer europäischen Fusionskontrolle. 1989.
- Sondergutachten 18: Zusammenschlußvorhaben der Daimler-Benz AG mit der Messerschmitt-Bölkow-Blohm GmbH. 1989.
- Sondergutachten 19: Zusammenschlußvorhaben der MAN Aktiengesellschaft und der Gebrüder Sulzer Aktiengesellschaft. 1990.
- Sondergutachten 20: Zur Neuordnung der Telekommunikation. 1991.
- Sondergutachten 21: Die Mißbrauchsaufsicht über Gas- und Fernwärmeunternehmen. 1991.
- Sondergutachten 22: Zusammenschlußvorhaben der BayWa Aktiengesellschaft und der WLZ Raiffeisen Aktiengesellschaft. 1992.
- Sondergutachten 23: Marktstruktur und Wettbewerb im Handel. 1994.
- Sondergutachten 24: Die Telekommunikation im Wettbewerb. 1996.

- Sondergutachten 25: Zusammenschlußvorhaben der Potash Corporation of Saskatchewan Inc. und der Kali und Salz Beteiligungs Aktiengesellschaft. 1997.
- Sondergutachten 26: Ordnungspolitische Leitlinien für ein funktionsfähiges Finanzsystem. 1998.
- Sondergutachten 27: Systemwettbewerb. 1998.
- Sondergutachten 28: Kartellpolitische Wende in der Europäischen Union? 1999.
- Sondergutachten 29: Wettbewerb auf Telekommunikations- und Postmärkten? 2000.
- Sondergutachten 30: Wettbewerb als Leitbild für die Hochschulpolitik. 2000.
- Sondergutachten 31: Reform der Handwerksordnung. 2002.
- Sondergutachten 32: Folgeprobleme der europäischen Kartellverfahrensreform. 2002.
- Sondergutachten 33: Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand. 2002.
- Sondergutachten 34: Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann GmbH. 2002.
- Sondergutachten 35: Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann GmbH. Ergänzendes Sondergutachten. 2002.
- Sondergutachten 36: Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG. 2003.
- Sondergutachten 37: Wettbewerbsfragen der Kreislauf- und Abfallwirtschaft. 2003.
- Sondergutachten 38: Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG. Ergänzendes Sondergutachten. 2003.
- Sondergutachten 39: Telekommunikation und Post 2003: Wettbewerbsintensivierung in der Telekommunikation – Zementierung des Postmonopols. 2004.
- Sondergutachten 40: Zur Reform des Telekommunikationsgesetzes. 2004.
- Sondergutachten 41: Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle. 2004.
- Sondergutachten 42: Die Pressefusionskontrolle in der Siebten GWB-Novelle. 2004.
- Sondergutachten 43: Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2005: Dynamik unter neuen Rahmenbedingungen. 2006.
- Sondergutachten 44: Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2005: Beharren auf alten Privilegien. 2006.
- Sondergutachten 45: Zusammenschlussvorhaben der Rhön-Klinikum AG mit den Kreiskrankenhäusern des Landkreises Rhön-Grabfeld (Kreiskrankenhaus Bad Neustadt/Saale sowie Kreiskrankenhaus Mellrichstadt). 2006.
- Sondergutachten 46: Die Privatisierung der Deutschen Bahn AG. 2007.
- Sondergutachten 47: Preiskontrollen in Energiewirtschaft und Handel? Zur Novellierung des GWB. 2007.
- Sondergutachten 48: Wettbewerbs- und Regulierungsversuche im Eisenbahnverkehr. 2007.
- Sondergutachten 49: Strom und Gas 2007: Wettbewerbsdefizite und zögerliche Regulierung. 2008.

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