

# **WETTBEWERBSPOLITIK IM SCHATTEN "NATIONALER CHAMPIONS"**

Fünfzehntes Hauptgutachten  
der Monopolkommission  
gemäß § 44 Abs. 1 Satz 1 GWB

– 2002/2003 –

**Kurzfassung**

**Sperrfrist: Frei ab Freitag, 9. Juli 2004, 12.30 Uhr**

## Inhaltsverzeichnis

Aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik.....	1*
• Wettbewerbspolitik und Industriepolitik.....	1*
• Regulierung der Telekommunikationsmärkte.....	13*
• Regulierung der Postmärkte.....	15*
• Wettbewerb in der Kreislauf- und Abfallwirtschaft.....	16*
• Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen.....	16*
• Aktuelle Fragen des Ministererlaubnisverfahrens.....	20*
• Novellierung der Handwerksordnung.....	23*
• Neues Untersagungskriterium in der Fusionskontrolle?.....	25*
• Fortschritte bei der Entwicklung der Konzentrationsstatistik.....	27*
I. Wettbewerbspolitische Bedeutung der Beteiligungsnetze und der Gruppenbildung der Unternehmen.....	30*
II. Stand der wirtschaftlichen Konzentration in den Wirtschaftsbereichen und in der Güterproduktion unter Berücksichtigung von Unternehmens- und Anbietergruppen.....	31*
III. Stand und Entwicklung von Großunternehmen (aggregierte Konzentration).....	46*
IV. Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen und Zusammenschlusskontrolle.....	51*
V. Wettbewerbskonforme Ausgestaltung der kapitalgedeckten Altersvorsorge.....	69*
VI. Entwicklung und Perspektiven des Wettbewerbs in der Elektrizitätsversorgung.....	75*

## ***Aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik***

### **◆ Wettbewerbspolitik und Industriepolitik**

1.\* Die Bundesregierung bekennt sich seit einiger Zeit vermehrt zu einer Industriepolitik, die durch aktive Förderung einzelner Unternehmen oder Wirtschaftszweige Einfluss nimmt auf die Entwicklung der Wirtschaft. Besonderes Gewicht hat die Förderung sog. "nationaler Champions", deutscher Großunternehmen, von denen man hofft, dass sie bei hinreichender "Stärke" in der Lage sein sollten, in der "Weltliga" der "Global Players" ganz vorne mitzuspielen. Die Ministererlaubnis für die Fusion E.ON/Ruhrgas, die fortdauernde Privilegierung der Deutschen Post AG durch das bis 2007 verlängerte Monopol im Briefbereich, der Ruf nach einer Fusion zur Schaffung einer "starken" deutschen Bank sind Beispiele dieser Politik.

2.\* Die Belange der Wettbewerbspolitik werden dabei gegenüber industriepolitischen Anliegen hintan gestellt. Mit der 2003 trotz Warnungen der Monopolkommission vorgenommenen Verrechtlichung der Verbändevereinbarungen für die Durchleitung in der Energiewirtschaft haben Bundesregierung und Gesetzgeber die Missbrauchsaufsicht des Bundeskartellamts untergraben, dies zu einem Zeitpunkt, da die Energiewirtschaft mit überhöhten Durchleitungsgebühren den nach der Liberalisierung 1998 entstandenen Wettbewerb in der Stromwirtschaft wieder erstickte. Die "Stärkung" der Unternehmen der Energiewirtschaft hatte für die Bundesregierung ein größeres Gewicht als die Förderung des Wettbewerbs bei Stromerzeugung und Vertrieb.

3.\* Im Frühjahr dieses Jahres hat der Bundeskanzler zusammen mit dem Präsidenten der französischen Republik und dem englischen Premierminister verlangt, die Europäische Kommission solle alle Zuständigkeiten für wirtschaftspolitische Fragen bei einem Kommissionsmitglied vereinigen, um sicherzustellen, dass Wettbewerbspolitik, Binnenmarktpolitik und Industriepolitik einer einheitlichen Linie folgten. Hier werden die institutionellen Rahmenbedingungen der Wettbewerbspolitik in Frage gestellt. Als Teil eines Gesamtressorts Wirtschaftspolitik ständen wettbewerbspolitische Belange in einer Gesamtverhandlungsmasse je nach Tageskonvenienz zur Disposition. Die bisher geltende Verfassung der Wettbewerbspolitik als Anwendung von Regeln unter einer "rule of law" würde aufgehoben. Ähnliche Ansätze finden sich auch in Deutschland selbst, so bei der Einführung eines Einzelweisungsrechts des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit gegenüber der Regulierungsbehörde und bei der geplanten Beschränkung der Einspruchsrechte Dritter im Zuge der Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

4.\* Die Monopolkommission lehnt diesen Entwicklungen ab. Sie hält die zugrunde liegenden wirtschaftstheoretischen und wirtschaftspolitischen Vorstellungen teils für falsch, teils für unpraktikabel. Sie hält ferner die sich abzeichnenden Änderungen der Governance-Strukturen der Wettbewerbspolitik für fragwürdig.

### *Die "Wettbewerbsfähigkeit einer Volkswirtschaft" – eine Chimäre*

5.\* Die staatliche Förderung "nationaler Champions" wird als Mittel zur Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Volkswirtschaft begründet. Das Bild von der Volkswirtschaft, die wie ein Unternehmen in einem Wettbewerb in den Märkten steht, ist sprachlich einprägsam, aber sachlich irreführend. Die Volkswirtschaft als Ganzes ist weder eine Person, noch ein Unternehmen noch auch ein Team, das im Wettbewerb steht. Im Wettbewerb stehen Unternehmen und Personen und zwar in den heimischen Inputmärkten ebenso wie in seinen Out-

putmärkten. Der Wettbewerbserfolg der Unternehmen hängt davon ab, welche Absatzpreise es im Wettbewerb national und international durchsetzen kann und wie diese Absatzpreise sich zu den Lohnkosten verhalten, die im heimischen Arbeitsmarkt verlangt werden. Der Niedergang der deutschen Textilindustrie und der deutschen Stahlindustrie in den vergangenen Jahrzehnten beruht nicht nur auf dem Auftreten neuer Wettbewerber in den Outputmärkten, sondern auch auf dem Zurückbleiben der Produktivitätsentwicklung hinter der Entwicklung der Lohnkosten in Deutschland. Die Orientierung der Lohnentwicklung an der allgemeinen Produktivitätsentwicklung steuert den Wettbewerb der Unternehmen um Arbeitskräfte. Unternehmen und Sektoren mit überdurchschnittlicher Produktivitätsentwicklung sind dabei erfolgreicher als Unternehmen und Sektoren mit unterdurchschnittlicher Produktivitätsentwicklung. Das Bild von der Volkswirtschaft als einem Wettbewerber verstellt den Blick dafür, dass in diesen Inputmärkten der Wettbewerbserfolg des einen und der Wettbewerbsmisserfolg des anderen nur zwei Seiten ein und derselben Medaille sind.

**6.\*** Das Bild von der Volkswirtschaft als einem Wettbewerber verstellt auch den Blick dafür, dass der internationale Tausch von Gütern und Dienstleistungen auf einem Quid-pro-Quo beruht. Man verkauft gewisse Güter und Dienstleistungen, um wieder andere Güter und Dienstleistungen zu kaufen. In diesem Quid-pro-Quo entspricht der Wettbewerbserfolg heimischer Anbieter bei dem, was im Ausland verkauft wird, notwendigerweise einem Wettbewerbsmisserfolg anderer heimischer Anbieter bezüglich dessen, was im Ausland gekauft wird. Der Niedergang der deutschen Textilindustrie und der deutschen Stahlindustrie in der Vergangenheit spiegelt den Umstand, dass es für die Leute, die in Deutschland wohnen und die dem Unternehmenssektor ihre Arbeitskräfte und ihre Ersparnisse zur Verfügung stellen, günstiger ist, wenn diese Ressourcen zur Produktion von Automobilen und Produkten der Chemischen Industrie verwandt werden, die dann unter anderem im Tausch gegen Textilprodukte und Massenstahl in andere Länder verkauft werden, als wenn Textilprodukte und Massenstahl im Land selbst hergestellt werden. Dieses Quid-pro-Quo ist dem Einzelnen nicht bewusst, ergibt sich aber aus dem Zusammenspiel der verschiedenen nationalen und internationalen Input- und Outputmärkte. Es schließt einen simultanen Wettbewerbserfolg aller Sektoren einer Volkswirtschaft ex definitione aus. Insofern ist das Reden von der Wettbewerbsfähigkeit einer Volkswirtschaft sinnlos.

**7.\*** Die Vorstellung von einem Quid-pro-Quo im internationalen Tausch von Gütern und Dienstleistungen behält auch dann ihre Gültigkeit, wenn man berücksichtigt, dass die Leistungsbilanz eines Landes nicht fortwährend ausgeglichen sein muss. Werden die Exporte von Leistungen in andere Länder nicht in jeder Periode durch Importe von Leistungen aus anderen Ländern aufgewogen, so schlägt sich die verbleibende Differenz in der Kapitalbilanz des Landes nieder. Man erwirbt Forderungen gegenüber anderen Ländern, die man zu einem späteren Zeitpunkt wieder einfordern kann. Führt man später den Saldo der Forderungen und Verbindlichkeiten gegenüber dem Rest der Welt zurück, so ergibt sich ein Leistungsbilanzdefizit, entsprechend einem Wettbewerbsmisserfolg von Unternehmen in den Sektoren, in denen man nunmehr mehr Waren aus dem Ausland bezieht, als man dorthin liefert. Werden die Forderungen an das Ausland zu einem späteren Zeitpunkt nicht aufgelöst, sondern nur die Zinsen konsumiert, so ergibt sich immer noch ein Defizit bei dem Teil der Leistungsbilanz, der nicht auf Kapitalerträgen beruht, sondern auf laufenden Lieferungen von Gütern und neu erbrachten Dienstleistungen. Das Quid-pro-Quo des internationalen Tauschs von Gütern und Dienstleistungen betrifft in diesen Fällen nicht mehr nur die Güter und Dienstleistungen einer Periode, sondern auch den intertemporalen Tausch von Gütern und Dienstleistungen verschiedener Perioden.

**8.\*** Das Bild von der Volkswirtschaft als Wettbewerber entstammt einer militaristischen Politiktradition. Danach sind Länder Rivalen, das "stärkste" besiegt die anderen, annektiert ihr Land und vertreibt oder unterwirft ihre Bürger. Mit Wirtschaft hat dieses Bild nichts zu tun. Im internationalen Wirtschaftsverkehr geht es nicht darum, andere Länder zu unterjochen oder ein Unterjochen des eigenen Landes zu verhindern, sondern darum, die allseitigen Vorteile des Tauschs zu benutzen. Wachstum und Dynamik anderer Volkswirtschaften gehen nicht zulasten der deutschen Volkswirtschaft. Zwar müssen einzelne Unternehmen und Sektoren sich anpassen, doch dient die Vertiefung der internationalen Arbeitsteilung letztlich zur Hebung des Lebensstandards in allen Ländern. Auch der Niedergang der deutschen Textilindustrie und der deutschen Stahlindustrie als Folge der wirtschaftlichen Entwicklung in anderen Ländern hat Deutschland nicht verarmen lassen, sondern eine Gelegenheit gegeben, sich auf die Produktion höherwertiger Güter und Dienstleistungen zu spezialisieren. Dadurch ist der Wohlstand in Deutschland wie in den anderen Ländern gestiegen.

**9.\*** Der Wohlstand des einzelnen Landes hängt davon ab, dass es die verfügbaren Ressourcen an Arbeit und Kapital, Kenntnissen und Fähigkeiten möglichst produktiv einsetzt und seinen Bewohnern einen hohen Lebensstandard ermöglicht. In dieser Beziehung liegt Deutschland immer noch sehr deutlich vor den meisten asiatischen und lateinamerikanischen Ländern. Der Lebensstandard ist in Deutschland allerdings auch spürbar niedriger als in gewissen europäischen Nachbarländern wie Schweden, Dänemark oder der Schweiz. Diese werden in Diskussionen um die internationale Wettbewerbsfähigkeit im Zeitalter der Globalisierung so gut wie nie genannt, sind sie doch zu klein, um mit dem Gruseffekt der Angst vor Größe und Übermacht zu faszinieren. Schweden, Dänemark oder die Schweiz eignen sich nicht als moderne Versionen des "roten Kolosses" oder der "gelben Gefahr". Der von ihnen erzielte Lebensstandard stellt aber die eigentliche Herausforderung für die deutsche Wirtschaftspolitik dar. Ihr Beispiel zeigt, dass es – abseits von militärischen Auseinandersetzungen – für ein selbständiges Überleben in wirtschaftlichem Wohlstand nicht auf Größe und Bevölkerungsreichtum ankommt, sondern darauf, dass man die eigenen Ressourcen effektiv nutzt, dass man durch Innovationen die Produktivität steigert und dass man im Quid-pro-Quo des internationalen Tauschs von Gütern und Dienstleistungen entsprechend den eigenen Stärken geeignete Angebote einbringt, auch ohne "nationale Champions".

#### *Implikationen für die Beurteilung "nationaler Champions"*

**10.\*** Die staatliche Förderung von "nationalen Champions" in einigen Bereichen, z.B. der Aufbau der Deutschen Post AG zu einem weltweit führenden Logistikkonzern, bewirkt eine Belastung der Wettbewerbsfähigkeit deutscher Unternehmen in anderen Bereichen, z.B. der Automobilwirtschaft. Die Belastung erfolgt auf indirektem Wege, über Preisanpassungen in Input-, Output- und Währungsmärkten. Für die Betroffenen ist die Ursache daher nicht unmittelbar ersichtlich. Der Zusammenhang zwischen der Förderung der Wettbewerbsfähigkeit des "nationalen Champions" und der Belastung der Wettbewerbsfähigkeit ist gleichwohl gegeben und muss von der Politik berücksichtigt werden, will sie sich nicht der Verantwortungslosigkeit zeihen lassen. Der Vertreter einer Politik der Förderung "nationaler Champions" muss daher erklären, warum er es für angebracht hält, dass in der Zusammensetzung deutscher Exporte das Gewicht von Logistikdienstleistungen erhöht und das Gewicht von z.B. Autos vermindert wird. Woher weiß die Bundesregierung, dass es für Deutschland, bzw. seine Bewohner, besser ist, wenn im internationalen Tausch von Gütern und Dienstleistungen relativ mehr Postdienstleistungen und relativ weniger Autos geliefert werden? Diese Überlegung gilt auch für das in diesem Zusammenhang regelmäßig genannte Anliegen der Schaffung oder des Er-

halts von Arbeitsplätzen. Die staatliche Förderung der Wettbewerbsposition eines Unternehmens oder eines Sektors mag der Schaffung oder dem Erhalt von Arbeitsplätzen bei diesem Unternehmen oder Sektor dienen. Gleichzeitig aber werden die Arbeitsplätze bei den anderen Unternehmen und Sektoren gefährdet, deren Wettbewerbsfähigkeit durch die Privilegierung des "nationalen Champions" belastet wird. Der Umstand, dass der Wirkungszusammenhang für die Betroffenen im Allgemeinen nicht transparent ist, enthebt die Regierung nicht der Verantwortung für diese negativen Folgen ihrer Politik.

**11.\*** Die zugrunde liegenden Wirkungsmechanismen lassen sich am Beispiel der im Frühjahr 2004 zwischen dem Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit und dem Bundesminister für Umwelt geführten Diskussion um die Auswirkungen der Emissionsregulierung auf der Grundlage handelbarer Zertifikate in der Energiewirtschaft veranschaulichen. Der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit vertrat in dieser Diskussion die Auffassung, die Kosten der Emissionszertifikate würden die internationale Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Wirtschaft über Gebühr belasten. An dieser Auffassung ist richtig, dass die Kosten der Emissionszertifikate in die Energiekosten eingehen und tendenziell die Kosten aller Unternehmen steigen lassen. Im weiteren Verlauf ergeben sich allerdings Preisanpassungen auf Input- und Outputmärkten, welche die Auffassung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit als problematisch erscheinen lassen: Outputpreise steigen, Reallöhne sinken bzw. steigen weniger stark, als sie es ohne die Einführung des Emissionshandels täten. Dabei verschieben sich die relativen Preise der Güter und Dienstleistungen derart, dass energieintensive Güter und Dienstleistungen relativ zu anderen verteuert und wenig energieintensive Güter und Dienstleistungen relativ zu anderen verbilligt werden. Die Unternehmen und Wirtschaftszweige, die Letztere produzieren, sehen ihre Wettbewerbsfähigkeit am Ende gestärkt, auch international. Die Emissionsregulierung auf der Grundlage handelbarer Zertifikate belastet vor allem die Anbieter von Inputs, deren Preise im Zuge der unvermeidlichen Anpassungen sinken bzw. weniger stark steigen als ohne Emissionsregulierung. Dies betrifft vor allem die Reallöhne, zu deren Lasten die Einführung der Emissionsregulierung auf der Grundlage handelbarer Zertifikate letztlich geht, auch wenn die Politik das nicht so ausspricht.

**12.\*** Die Volkswirtschaftslehre ist sich weitgehend darin einig, dass staatliche Versuche zur Lenkung der Produktionsstrukturen der Volkswirtschaft zu vermeiden sind, es sei denn, es gebe besondere Gründe für ein "Marktversagen". Dieses Prinzip gilt auch für den Zusammenhang von Produktion und Handel im internationalen Tausch von Gütern und Dienstleistungen. So wenig Politik und Bürokratie in der Lage sind zu beurteilen, welche Güter und Dienstleistungen erstellt werden sollen, so wenig sind sie in der Lage zu beurteilen, bei welchen Gütern und Dienstleistungen es günstiger ist, wenn sie im Ausland gekauft werden, als wenn sie im Land erstellt werden. Auch diese Entscheidungen sind im Normalfall besser den Millionen Unternehmen und Verbrauchern zu überlassen, die unmittelbar davon betroffen sind, und den Märkten, welche die Aktivitäten der Millionen Unternehmen und Verbraucher koordinieren. Eine Politik der staatlichen Förderung "nationaler Champions", die in diese Strukturen eingreift, die einen Unternehmen bevorzugt und die anderen belastet, läuft diesem Prinzip zuwider und bedarf der besonderen Begründung.

**13.\*** Bei der Beurteilung "nationaler Champions" ist vor Verzerrungen der Wahrnehmung zu warnen, die dadurch entstehen, dass die Nutznießer sich der Auswirkungen staatlicher Intervention stärker bewusst sind und sich im politischen Prozess entsprechend stärker artikulieren als die Geschädigten. Ansonsten dient staatliche Industriepolitik nicht zur Hebung des allgemeinen Lebensstandards, sondern nur zur Förderung bestimmter Interessen. Wenn staatliche Industriepolitik heute die Unternehmen der Energiewirtschaft oder die Deutsche Post AG vor

Wettbewerb schützt, so dient dies den speziellen Interessen dieser Unternehmen, ihrer Arbeitnehmer und Anteilseigner; die Lasten jedoch werden von den Abnehmern getragen. Eine Industriepolitik nur zum Schutz einzelner Unternehmen und Bereiche vor Wettbewerb steht in der Tradition des Bismarck'schen Protektionismus nach 1879, als Schutzzölle auf Agrarprodukte und Eisen und die im Schatten der Schutzzölle entstandenen Kartelle den speziellen Interessen von ostelbischen Junkern und Ruhrindustriellen dienten und Verbraucher und Arbeitnehmer durch überhöhte Preise belasteten.

**14.\*** Man kann die beschriebenen Wirkungen einer einseitigen Förderung von "nationalen Champions" in bestimmten Bereichen auch nicht dadurch vermeiden, dass man die Förderung auf alle Bereiche ausdehnt. Auch in diesem Punkt führt die Verallgemeinerung partiellen Denkens über einzelne Unternehmen und Sektoren auf die Gesamtwirtschaft zu Fehlschlüssen. Soweit die Förderung der einzelnen Wirtschaftsbereiche durch Einsatz staatlicher Finanzmittel erfolgt, bleibt unter dem Strich immer die Belastung durch die zur Finanzierung benötigten Steuern. Soweit die Förderung der einzelnen Wirtschaftsbereiche durch Schutz vor Wettbewerb und entsprechende Monopol- oder Oligopolgewinne erfolgt, belasten Monopol- oder Oligopolpreise ebenfalls die Abnehmer über Gebühr. In beiden Fällen wird die Wirtschaftstätigkeit insgesamt belastet. So trugen die allgegenwärtigen Monopole und Kartelle in der Weimarer Republik maßgeblich dazu bei, dass Deutschland auch in den "goldenen" zwanziger Jahren weit von der Vollbeschäftigung entfernt war.

*Förderung "nationaler Champions" als strategische Außenhandelspolitik?*

**15.\*** Die Relevanz der vorstehenden Überlegungen wird hin und wieder mit dem Einwand beiseite geschoben, die klassische Theorie des internationalen Handels unterstelle funktionsfähige Wettbewerbsmärkte. Bei Vorliegen erheblicher Skalen- und Verbundeffekte jedoch zeige die Theorie der sog. "strategischen Außenhandelspolitik", dass ein Land durchaus von einer aktiven Industriepolitik profitieren könne. Durch aktive Politik Sorge der Staat dafür, dass die betreffenden Monopolisten oder Oligopolisten im eigenen Land beheimatet seien, mithin die weltweit anfallenden Monopol- oder Oligopolgewinne dem eigenen Land zugute kämen.

**16.\*** Der Einwand, die klassische Theorie des internationalen Handels schenke der Rolle von Skalen- und Verbundeffekten sowie von Monopolen und Oligopolen zu wenig Aufmerksamkeit, ist grundsätzlich berechtigt. Die in den achtziger Jahren erfolgte Integration von Monopol- und Oligopoleffekten in die Theorie des internationalen Handels hat allerdings entgegen dem vorstehend skizzierten Argumentationsmuster nicht zu einem wissenschaftlichen Konsens über die Nützlichkeit einer strategischen Außenhandelspolitik geführt. Maßgebliche Untersuchungen kommen zu dem Schluss, dass das Verfolgen einer solchen Politik sich in der Praxis überwiegend als schädlich erwiesen hat.

**17.\*** Schon innerhalb des begrenzten Rahmens der theoretischen Modelle ist das Argument für eine strategische Außenhandelspolitik wenig robust. Damit eine strategische Außenhandelspolitik innerhalb der Modellanalysen als sinnvoll erscheint, muss unterstellt werden, dass die im Ausland zu erzielenden Monopol- oder Oligopolgewinne die Kosten der Vermachtung der Märkte für das Inland übersteigen; diese Annahme ist insbesondere dann problematisch, wenn der Inlandsabsatz des betreffenden Unternehmen einen wesentlichen Teil seines Gesamtabsatzes ausmacht. Es muss ferner unterstellt werden, dass der oligopolistische Wettbewerb den betreffenden Unternehmen erhebliche Gewinne belässt. Schon für ein Dyopol mit intensivem Preiswettbewerb ergeben sich andere Politikempfehlungen. Schließlich ist zu un-

terstellen, dass die Gewinne der Unternehmen inländischen Anteilseignern zugute kommen. Insofern die Aktien der Unternehmen von ausländischen Anteilseignern gehalten werden, ist diese Bedingung nicht erfüllt.

Geht man über den begrenzten Argumentationsrahmen der theoretischen Modelle hinaus, so ergeben sich weitere Bedenken. Woher weiß der Wirtschaftspolitiker, welche Sektoren und Unternehmen sich als Gegenstand strategischer Außenhandelspolitik eignen? Woher weiß er, welche Technologien zu entwickeln sind und wer sich dafür am besten eignet? Wie stellt er sicher, dass die finanzielle Förderung oder der Schutz vor Wettbewerb, die er den Unternehmen angedeihen lässt, von diesen nicht zum Anlass genommen wird, sich auf die faule Haut zu legen und in der Entwicklung neuer Produktionstechniken und neuer Produkte nachzulassen?

**18.\*** Die vorstehend skizzierten Einwände werden durch praktische Erfahrung bestätigt. Paradigmatisch für das Problem der Identifizierung von Sektoren, Unternehmen und Technologien, die sich für eine staatliche Förderpolitik eignen, ist das Versagen der Deutschen Bundespost (Telekom) – und anderer PTT-Administrationen in Europa – bei der Entwicklung der Internet-Technologie zur elektronischen Datenkommunikation. Dass Deutschland im Bereich der Internet-Technologie hinter den USA hinterher hinkt, beruht ganz wesentlich darauf, dass die Bundespost während mehrerer Jahren mit Hilfe ihres Monopols für die leitungsgebundene Kommunikation die Entwicklung bzw. Weiterentwicklung von Datenaustauschnetzen auf der Grundlage des TCP/IP-Protokolls aktiv verhinderte, um den von den europäischen Post- und Telekommunikationsmonopolen favorisierten OSI-Standard durchzusetzen. Die Entwicklung des OSI-Standards selbst wurde dadurch verzögert, dass die Deutsche Bundespost es versäumte, die Nutzer, etwa im Rahmen des deutschen Wissenschaftsnetzes, aktiv in die Entwicklung des Systems einzubeziehen, wie dies beim Internet geschah.

**19.\*** Auch das Beispiel Frankreichs widerlegt die hier geäußerte kritische Einschätzung nicht. Der Ankündigungsaktivismus französischer Industriepolitik und die mediale Bewunderung für Engagement und Machertum der verantwortlichen Minister stehen in keinem Verhältnis zur Erfolgsbilanz dieser Politik. Kohle und Stahl, die "Kriegsindustrien", auf die sich die französische Politik in den fünfziger Jahren konzentrierte, erwiesen sich bald als die Industrien der Vergangenheit. Die Milliarden, die der französische Staat in den sechziger und siebziger Jahren zur Entwicklung der Concorde aufwandte, sind weitgehend verschwendet worden, desgleichen die Milliarden, die dem Aufbau einer eigenen Computer-Industrie dienen sollten.

**20.\*** Auch der Airbus ist nicht als ein uneingeschränkter Erfolg zu betrachten. Zwar steht heute allein die Existenz von EADS einem Monopol von Boeing bei der Produktion gewisser Klassen von Flugzeugen der zivilen Luftfahrt entgegen. Jedoch hätten wir es ohne EADS nicht mit einem Monopol von Boeing, sondern mit einem Dyopol von Boeing und McDonnell-Douglas zu tun. Nach dem heutigen Stand der empirischen Forschung war der Marktzutritt von Airbus Industries maßgeblich mit verantwortlich für den Marktaustritt von McDonnell-Douglas. Als Vergleichsmaßstab für die Beurteilung der Erfolgs der staatlichen Förderung des Airbus wäre somit nicht das Monopol von Boeing, sondern ein Dyopol von Boeing und McDonnell-Douglas heranzuziehen. Der Industriepolitiker mag sich daran stören, dass beide Dyopolisten in diesem Fall aus den USA kämen, für die Abnehmer wäre dies jedoch kaum von Belang, sofern nicht die Intensität des Wettbewerbs darunter litte. In Anbetracht des Ausmaßes der relevanten Größenvorteile erscheint Letzteres eher als unwahrscheinlich, es sei denn man unterstellt eine Situation politischen Konflikts, in der die US-amerikanische Administration den Export von Flugzeugen der zivilen Luftfahrt erschwert oder unterbindet.



Im Übrigen ist die Verzinsung der über Jahrzehnte laufenden Subventionen zu berücksichtigen. Ein derzeit erwirtschafteter Gewinn des Unternehmens ist für sich genommen noch kein Beleg für wirtschaftlichen Erfolg im Sinne der Theorie der strategischen Außenhandelspolitik. Von einem Erfolgsfall wäre erst dann zu reden, wenn die Gewinne die Subventionen nachträglich als rentable Investition erscheinen ließen.

**21.\*** Japan gilt als Beispiel eines Landes, das über die Jahrzehnte erfolgreich Industriepolitik betrieben hat. Die Steuerung des Wettbewerbsverhaltens japanischer Unternehmen durch das japanische Ministerium für Außenhandel und Industrie (MITI) ist legendär. Nach dem heutigen Stand der empirischen Forschung allerdings weist die japanische Wirtschaft einen dualen Charakter auf mit einerseits international sehr wettbewerbsfähigen, produktiven und innovativen Sektoren wie der Automobilindustrie, andererseits international wenig wettbewerbsfähigen, wenig produktiven und wenig innovativen Sektoren wie der Chemischen Industrie oder bestimmten Verbrauchsgüterindustrien. Die national und international erfolgreichen Sektoren zeichnen sich aus durch weitgehendes Fehlen, teilweise auch bewusste Ablehnung staatlicher Intervention und intensiven Wettbewerb auch in den heimischen Märkten. Die von MITI geförderten Marktzutrittsbeschränkungen und Kartelle finden sich vorwiegend in den rückständigen Sektoren.

**22.\*** Eine auf strategische Außenhandelspolitik abzielende Industriepolitik erscheint daher als theoretische Denkmöglichkeit, nicht aber als robuste Grundlage einer erfolgreichen Wirtschaftspolitik. Das theoretische Konstrukt abstrahiert allzu sehr von den Problemen der Identifikation geeigneter Technologien, Unternehmen und Sektoren wie auch von den Anreizwirkungen staatlicher Privilegierung. Wettbewerb als Innovationsanreiz und Wettbewerb als Entdeckungsverfahren für neue Technologien kommt in diesem Konstrukt nicht vor. Das klassische Dictum, eine aktive Wettbewerbspolitik sei die beste Form der Industriepolitik, wird durch die Erfahrung voll bestätigt. Daher ist der Bundesregierung zu empfehlen, dem französischen Beispiel mit derselben Unbeirrtheit des Beharrens auf aktiver Wettbewerbspolitik zu begegnen wie der Bundeswirtschaftsminister Erhard in den fünfziger Jahren, auch wenn dies angesichts der Mediennachfrage nach wirtschaftspolitischem Aktivismus nicht immer leicht fallen mag.

**23.\*** Besonders bedenklich ist das Engagement der Bundesregierung zugunsten eines "nationalen Champions" im Bankwesen. Hier geht es neben dem Ausmaß der aktiven und bewussten Förderung eines solchen "Champions" auch um das Ausmaß einer möglichen Staatsgarantie für Zeiten der Krise und um die Anreizwirkungen, die eine solche Garantie auf die Betroffenen haben kann. Seit den siebziger Jahren ist es im Zuge des weltweiten Strukturwandels in Finanzsektoren vielfach zu Banken Krisen gekommen. Ob diese Krisen als Übergangsphänomen des Strukturwandels oder aber dauerhaft als Element einer neuen Struktur mit stärker ausgeprägten Zins-, Währungs- und Konjunkturrisiken zu betrachten sind, ist noch nicht abzusehen. In der empirischen Forschung besteht aber Übereinstimmung darüber, dass diese Krisen umso eher auftreten und ein umso größeres Ausmaß annehmen, je mehr sich die Banken darauf verlassen, dass sie "too big to fail" sind und dass der Staat sie im Zweifel nicht fallen lassen wird. In einigen Fällen erwies sich diese Politik als ein allzu großer Brocken für den Staat selbst.

**24.\*** Für Deutschland ist hier daran zu erinnern, dass das Wechselspiel von Bankenkrise und Währungskrise im Sommer 1931 maßgeblich mit bestimmt wurde durch die Politik der Großbanken mit Zweigstellennetzen (Deutsche Bank, Danatbank, Dresdner Bank, Commerzbank), die sich in hohem Maße kurzfristig im Ausland refinanziert hatten und eine – im Vergleich zu anderen Instituten – relativ unvorsichtige Liquiditätspolitik verfolgten im Vertrauen darauf,

dass die Reichsbank sie wie auch schon in der Vergangenheit bei der Liquiditätsversorgung bevorzugen würde. Im Run der ausländischen Anleger auf Währung und Banken war die Reichsbank nicht mehr in der Lage, diese Erwartung zu erfüllen; die danach ausbrechende Bankenkrise zog eine katastrophale Vertiefung der Wirtschaftskrise nach sich. Die Identifikation von Größe der Banken und Stärke der Banken erwies sich als Illusion, die Privilegierung der Großbanken mit Zweigstellennetzen durch die staatliche Geldpolitik als Aufforderung zu einem Verhalten, das das ganze Land in Mitleidenschaft zog. Nach solchen Erfahrungen ist dringend vor einem staatlichen Engagement zur Schaffung eines "nationalen Champions" im Finanzsektor zu warnen.

#### *Zur Governance von Wettbewerbspolitik und Industriepolitik*

**25.\*** Aller Erfahrung nach kümmert sich strategische Außenhandelspolitik oftmals weniger um die Entwicklung von Zukunftsindustrien als um den Erhalt von Industriesektoren der Vergangenheit, beispielsweise bei Kohle und Stahl. Zwischen Rhetorik und Wirklichkeit der Industriepolitik besteht ein deutlicher Unterschied. Für eine Industriepolitik, die lediglich versucht, die Industriesektoren der Vergangenheit dauerhaft zu schützen und die Anpassung der Volkswirtschaft an technische Entwicklungen und an die Entwicklung der komparativen Vorteile anderer Länder zu verhindern, gibt es allerdings keine Rechtfertigung.

**26.\*** Die Beobachtung, dass Industriepolitik sich öfter dem Erhalt überlebter Strukturen als der Entwicklung neuer Strukturen widmet, kann allerdings nicht überraschen. Diese Beobachtung entspricht dem Umstand, dass verschiedene Interessen sich im politischen Prozess unterschiedlich stark artikulieren. Bestehende Industrien als Nutznießer staatlichen Schutzes haben eine ungleich stärkere Lobby als Unternehmen, die es praktisch noch gar nicht gibt, die erst mit dem Versprechen aufwarten, aufgrund von Innovationen zum wirtschaftlichen Wachstum beizutragen. Die Wirkungen der Asymmetrie zwischen dem Auftreten der Nutznießer und der Geschädigten einer aktiven Industriepolitik im öffentlichen Diskurs werden dadurch noch verstärkt, dass es sich bei den Nutznießern häufig nur um Besitzstandswahrer handelt.

**27.\*** Der Gesetzgeber hat die Implementierung der Wettbewerbspolitik weitgehend aus dem politischen Prozess herausgenommen und zum Gegenstand des Wettbewerbsrechts und seiner Anwendung durch das Bundeskartellamt bzw. die Europäische Kommission und die Gerichte gemacht. Diese Unterstellung der Wettbewerbspolitik unter eine "rule of law" beugt der Gefahr vor, dass im Einzelfall Partikularinteressen und Partikularargument gegenüber den allgemeinen Wettbewerbsregeln die Oberhand gewinnen. Die Unabhängigkeit von Wettbewerbsbehörden und Gerichten beugt ferner der Gefahr vor, dass Ermessensspielräume in der Anwendung der allgemeinen Wettbewerbsregeln überwiegend nach Gesichtspunkten der Konvenienz im politischen Tagesgeschäft genutzt werden. Mit beidem hat der Gesetzgeber die Politik vor sich selbst geschützt, genauer: vor der Versuchung, in der Einzelfallentscheidung nur den Teil der Wirtschaft wahrzunehmen, der unmittelbar Zugang zu ihr sucht und erhält und seine Interessen entsprechend artikulieren kann. Ein stärker den Konvenienzen der Tagespolitik verpflichtetes System geriete alsbald in den Ruch des Byzantinismus, bei dem es darauf ankommt, wer sich bei wem Zugang erwirkt, und die Betroffenen keine Rechtssicherheit erwarten können.

**28.\*** Die Verfassung der Wettbewerbspolitik als ein der "rule of law" unterworfenen System gründet sich darauf, dass Wettbewerbspolitik mit Verboten arbeitet und nicht mit Geboten. Das Gesetz oder die Wettbewerbsbehörde verbieten bestimmte Maßnahmen oder Tätigkeiten und überlässt es den Betroffenen zu entscheiden, was sie stattdessen tun.

Aktive Industriepolitik dagegen ist ihrer Natur nach interventionistisch ausgerichtet und erfordert die Bewertung alternativer Strategien durch die staatliche Instanz. Diese Bewertung kann nicht im Rahmen der Rechtsanwendung erfolgen, sondern erfordert jeweils eine Ermessensentscheidung im Einzelfall. Daher ist eine aktive Industriepolitik in der Praxis auch so viel anfälliger gegenüber einer Vereinnahmung durch die Betroffenen.

**29.\*** Der Vorschlag des deutschen Bundeskanzlers, des französischen Staatspräsidenten und des englischen Premierministers, die Europäische Kommission möge alle wirtschaftspolitischen Kompetenzen, darunter auch Industriepolitik und Wettbewerbspolitik, in einer Hand vereinigen, birgt das Risiko, dass die Verfassung der Wettbewerbspolitik als ein der "rule of law" unterworfenen System aufgehoben wird. Wenn wettbewerbspolitische und industriepolitische Belange in einer Hand liegen, ist zu erwarten, dass sie auch in einem behandelt werden. Dann entfällt aber die Möglichkeit, Wettbewerbspolitik als Rechtsanwendung zu implementieren.

Aus der Perspektive der Initiatoren mag die Vereinigung wirtschaftspolitischer Kompetenzen in einer Hand ein Mehr an Gestaltungs- und Einflussmöglichkeiten mit sich bringen. Die damit verbundene Politisierung der Wettbewerbspolitik birgt aber das Risiko einer deutlichen Änderung der Wirtschaftsordnung, weg von einer Wettbewerbsordnung, die der Staat nur mit gewissen, eng umgrenzten Verboten steuert, hin zu einer staatlichen Lenkung der Entwicklungen. Die praktische Erfahrung mit staatlichen Lenkungsversuchen lässt von einer solchen Änderung wenig Gutes erhoffen.

#### *Standortwettbewerb und der Markt für Unternehmenskontrolle*

**30.\*** Eine letzte Gruppe von Argumenten betrifft die Stellung von Deutschland im Wettbewerb um den Standort von Unternehmenssitzen. Die Fusion von Höchst und Rhône-Poulenc zu Aventis hat dazu geführt, dass eine unternehmerische Entscheidungszentrale von Frankfurt nach Straßburg verlegt wurde. Die Übernahme von Mannesmann durch Vodafone hat dazu geführt, dass eine Entscheidungszentrale von Düsseldorf nach London verlegt wurde. Für die betroffenen Gebietskörperschaften erweisen sich solche Verlagerungen von Entscheidungszentralen als Problem. Zum einen werden unternehmerische Entscheidungen in Zukunft weniger Rücksicht auf die Belange des betreffenden Ortes nehmen. Zum anderen kommt es zu einer Verlagerung qualifizierter Arbeitsplätze. Für die betroffenen Kommunen, Länder, Staaten birgt diese Entwicklung das Risiko einer gewissen Provinzialisierung.

**31.\*** In dem hier zur Diskussion stehenden Zusammenhang hat die Formulierung vom Gemeinwesen als Wettbewerber einen konkreten und wichtigen Sinn. Allerdings bezieht sich der Wettbewerb der Gemeinwesen nicht auf die Stellung der dort angesiedelten Unternehmen in ihren Märkten, sondern auf ihre eigene Stellung im Wettbewerb um Standorte von unternehmerischen Entscheidungszentralen. Die "Angebote" der Gemeinwesen an die Unternehmen betreffen die Gesamtheit der Bedingungen, welche die Beziehungen der Unternehmen zu ihren Standorten bestimmen, von der Rechtsordnung über die Verlässlichkeit der Beziehungen zu den Behörden bis zur Besteuerung, von den öffentlichen Gütern, welche die Unternehmen in Anspruch nehmen, bis zur Attraktivität von Wohnmöglichkeiten und kulturellen Angeboten, die es dem Unternehmen wiederum erleichtern, geeignetes Führungspersonal zu rekrutieren.

**32.\*** Die hier angesprochene Form des Standortwettbewerbs um Unternehmenssitze scheint an Intensität zugenommen zu haben. Insofern obliegt es den zuständigen Instanzen in Bund, Ländern und Gemeinden, die eigene Wettbewerbsfähigkeit zu überprüfen. Sowohl bei

Höchst/Rhône-Poulenc als auch bei Mannesmann/Vodafone soll die Erwägung eine Rolle gespielt haben, dass ein Unternehmen am Standort Frankfurt-Höchst oder Düsseldorf der paritätischen Mitbestimmung unterliegt. Bei Mannesmann/Vodafone kann man sich allerdings vorstellen, dass die ausländischen Anteilseigner mit insgesamt mehr als 60 % der Aktien von Mannesmann sich auch von der Erwägung leiten ließen, dass London als Unternehmensstandort ihnen sowohl hinsichtlich der Sprache als auch hinsichtlich der allgemeinen Rechtsordnung vertrauter war. Die Bundesregierung sollte jedenfalls die deutsche Position in diesem Wettbewerb um Unternehmensstandorte überprüfen.

**33.\*** Das Problem der deutschen Position im Wettbewerb um Unternehmenssitze ist nicht zu verwechseln mit der Frage nach der Regulierung des Marktes für Unternehmenskontrolle. Die Beispiele Mannesmann/Vodafone oder neuerdings Aventis/Sanofi lassen vermuten, beim Wettbewerb um Unternehmenssitze gehe es vor allem um feindliche Übernahmen von Unternehmen. Diese Vermutung trifft nicht zu. Die Fusion von Höchst und Rhône-Poulenc und die mit dieser Fusion verbundene Verlagerung des Unternehmenssitzes ins Ausland geschah ohne feindliche Übernahme. Auch das vor einigen Jahren verfolgte Projekt einer Fusion von Deutscher Börse AG und London Stock Exchange entsprang dem Willen der beteiligten Manager. Wäre dieses Projekt durchgeführt worden, gäbe es heute keine nennenswerte Börse mehr in Deutschland. Derzeit in der Presse diskutierte ähnliche Projekte anderer Gesellschaften sind ebenfalls als Initiativen der jeweiligen Vorstände einzustufen und haben mit feindlichen Übernahmen nichts zu tun.

**34.\*** Das in der vergangenen Legislaturperiode verabschiedete Gesetz zur Regulierung von Unternehmensübernahmen räumt den jeweiligen Unternehmensvorständen bedeutende Verteidigungsmöglichkeiten gegenüber feindlichen Übernahmeversuchen ein. Die ursprünglich von der Expertenkommission empfohlene Neutralitätspflicht des Vorstands ist entfallen; stattdessen ist dem Vorstand die Möglichkeit gegeben worden, mit Zustimmung des Aufsichtsrats auch ohne Einberufung einer Hauptversammlung Verteidigungsmaßnahmen gegen eine Übernahme durchzuführen. Insofern hat man US-amerikanische Verhältnisse, allerdings ohne das Korrektiv der "fiduciary duty", d.h. der treuhänderischen Verpflichtung des Unternehmensvorstands gegenüber den als Eigentümern angesehenen Aktionären, die gegebenenfalls auch einen Schadensersatzanspruch begründet.

**35.\*** Die US-amerikanische Erfahrung der neunziger Jahre lässt allerdings vermuten, dass die Stärkung der Management-Position bei Übernahmeverfahren weniger dazu dient, Übernahmen und Fusionen zu verhindern, als vielmehr die Aufteilung der von solchen Operationen erhofften Gewinne zu verändern. In der ersten Hälfte der neunziger Jahre ist die Position der US-amerikanischen Manager bei Übernahmeverfahren durch Rechtsprechung und Gesetzgebung deutlich gestärkt worden. Im weiteren Verlauf der neunziger Jahre kam es deshalb nicht zu weniger Fusionen und Übernahmen von Unternehmen, sondern nur zu weniger feindlichen Übernahmen; Bonuszahlungen, Aktien und Aktienoptionen dienten dazu, die Manager der übernommenen Unternehmen zu "entschädigen". Auch der deutsche Gesetzgeber muss davon ausgehen, dass das von ihm verabschiedete Übernahmegesetz das Problem des Wettbewerbs um Unternehmenssitze nicht beseitigt, sondern lediglich die Unternehmensvorstände an die Stelle der Börsen und Investmentfondsmanager als maßgebliche Entscheidungspersonen setzt.

**36.\*** In der Finanzpresse findet sich gelegentlich die Einschätzung, die Börsenkapitalisierung deutscher Aktiengesellschaften, z.B. deutscher Banken, sei zu klein, deshalb sei ihre Selbständigkeit als besonders gefährdet anzusehen. Man brauche Fusionen, damit diese Gesellschaften im internationalen Wettbewerb bestehen könnten. Der zitierten Einschätzung ist in dem Punkt zuzustimmen, dass die Börsenkapitalisierung deutscher Aktiengesellschaften im internationa-

len Vergleich relativ klein ist. Diese Einschätzung betrifft sowohl die Kapitalisierung einzelner Gesellschaften als auch die Kapitalisierung der deutschen Aktiengesellschaften insgesamt. Die wissenschaftliche Literatur zum Vergleich von Finanzsystemen sieht die Ursache für diesen Befund darin, dass das deutsche Aktienrecht – im Unterschied zum Gesellschaftsrecht der USA oder des Vereinigten Königreichs – dem einzelnen Aktionär nur wenig Schutz vor einer Übervorteilung durch die Unternehmensleitung bietet. Wenn Aktionäre davon ausgehen müssen, dass ihre Interessen für den Unternehmensvorstand und -aufsichtsrat bei der Festlegung der Geschäftspolitik, der Ausschüttungspolitik oder auch der Wahl von Verteidigungsmaßnahmen in einem Übernahmekampf nur eine untergeordnete Rolle spielen, so werden sie nicht bereit sein, einen hohen Preis für Aktien zu bezahlen. Die Folge ist, dass Aktiengesellschaften in der deutschen Wirtschaft eine relative kleinere Rolle spielen als in anderen Volkswirtschaften; die Folge ist auch, dass deutsche Unternehmen weniger Möglichkeiten haben als z.B. US-amerikanische, über die Börse in neue Dimensionen zu wachsen.

**37.\*** Unzutreffend ist die Einschätzung, die vergleichsweise kleine Börsenkapitalisierung deutscher Unternehmen begründe für sich schon eine Bedrohung ihrer Selbständigkeit. Insofern die geringe Börsenbewertung eines Unternehmens darauf zurückzuführen ist, dass das Unternehmen als wenig attraktive Anlagemöglichkeit gilt, so ist nicht zu erwarten, dass die geringe Börsenbewertung allein schon einen Interessenten anlockt. Für den etwaigen Interessenten kommt es darauf an, ob die Börsenbewertung des Unternehmens niedrig ist in Relation zu seinem Wert, genauer: in Relation zu dem, was er bei geltendem Recht nach einer Übernahme aus dem Unternehmen herausholen kann. Dabei ist zu berücksichtigen, dass er im Zweifel nicht nur für die einzelnen Aktien entsprechend ihrer Börsenbewertung, sondern auch für den Goodwill des Managements und die zusätzlichen Kontrollmöglichkeiten der Großaktionäre mit Sperrminorität bezahlen muss. Auch die Einschätzung, das Problem könne durch Fusionen behoben werden, trifft nicht zu. Größe ist nach Auffassung der Monopolkommission kein Garant für Stärke. Der Übernahmeveruch von Vodafone gegenüber Mannesmann war erfolgreich, obwohl Mannesmann durch verschiedene Fusionen, zuletzt die Übernahme von Orange, deutlich gewachsen war und obwohl der Wert der Transaktion einen dreistelligen Milliardenbetrag ausmachte. Da die Übernahme durch Aktientausch erfolgte, spielte die absolute Größe des übernommenen Unternehmens bzw. seiner Börsenkapitalisierung nur eine untergeordnete Rolle.

**38.\*** Hätte der Gesetzgeber im Übernahmegesetz die Übernahme durch Aktientausch ausgeschlossen und darauf bestanden, dass ein Barangebot gemacht wird, wie dies im Gefolge der Übernahme von Mannesmann zunächst diskutiert worden war, so würde die absolute Unternehmensgröße ein größeres Hemmnis für Unternehmensübernahmen darstellen. Im Falle eines Barangebots lägen die Finanzierungskosten deutlich höher, auch käme man nicht umhin, die Banken als Kreditgeber stärker mitreden zu lassen. Aus der Sicht der an dieser Diskussion beteiligten Unternehmensvorstände überwog dieser Nachteil eines Ausschlusses von Aktientauschangeboten im Fall von eigenen Übernahmeveruchen allerdings die Vorteile des größeren Schutzes gegenüber den Übernahmeveruchen anderer.

**39.\*** Die vergleichsweise geringe Börsenbewertung deutscher Unternehmen stellt dann eine Bedrohung der Selbständigkeit dar, wenn ein Zusammenschluss dazu dient, das Unternehmen aus einem Rechtssystem in ein anderes, aktionärsfreundlicheres zu überführen und von der dabei zu erwartenden Wertsteigerung zu profitieren. Die Einräumung von Verteidigungsmöglichkeiten gegen feindliche Übernahmeveruche für Vorstand und Aufsichtsrat schließt diese Möglichkeit nicht aus. Sie sorgt nur dafür, dass etwaige Gewinne einer solchen Überführung eines Unternehmens in ein anderes Rechtssystem wenigstens teilweise mit denen geteilt wer-

den müssen, die faktisch die Kontrollkompetenz über das Unternehmen haben. Insofern hat man es hier mit einem Teilaspekt des Problems der Standortattraktivität aus der Sicht der betroffenen Unternehmensmanager zu tun.

**40.\*** Das Problem der deutschen Position im Wettbewerb um Unternehmensstandorte ist sehr ernst zu nehmen. Dieses Problem hat allerdings wenig zu tun mit dem Themenkomplex der Förderung "nationaler Champions" durch eine interventionistisch ausgerichtete Industriepolitik. Die Größe der Unternehmen und ihrer Börsenkapitalisierung ist kein Garant für die Wahrung der Selbständigkeit der Unternehmen am Standort Deutschland, auch nicht ein Unternehmensrecht, das feindliche Übernahmen praktisch ausschließt, indem es die Kontrollkompetenzen weitgehend in die Hände von Vorständen und Aufsichtsräten legt. Maßgeblich ist allein, ob die Personen und Instanzen, welche die Macht haben, aufgrund der rechtlichen und politischen Rahmenbedingungen einen Standortwechsel mittels einer Fusion für vorteilhaft halten.

**41.\*** Aus wettbewerbspolitischer Sicht ist anzumerken, dass ein aktionärsfreundlicheres Unternehmensrecht den Spielraum für Innovationen und Marktzutritt durch neue Unternehmen deutlich vergrößern würde. Ein Aktienrecht, das die Verfügungsgewalt über Vermögenswerte der Unternehmen und die Verwendung von Gewinnen de facto weitgehend den Unternehmensinsidern überlässt, ist mit dafür verantwortlich, dass die Märkte für Beteiligungskapital in Deutschland unterentwickelt sind, vom Venture Capital bis zur Eigenkapitalausstattung des deutschen Mittelstands.

**42.\*** Ende der neunziger Jahre konnte man erwarten, dass der deutsche Rückstand bei Venture-Capital-Finanzierungen, Börsenzugang und Marktzutritt innovativer Unternehmen durch den Erfolg des Neuen Marktes behoben würde. Die seitherige Entwicklung lässt befürchten, dass es sich nur um Strohfeuer handelte, angefacht durch allgemeinen Börsenenthusiasmus im Zeichen der spekulativen Blase. Die Implosion des Neuen Marktes hat die Funktionsfähigkeit von Beteiligungsfinanzierungen in Deutschland wieder in Frage gestellt. Für Unternehmen, die neu in den Markt kommen, ist diese Entwicklung um so problematischer, als gleichzeitig der Banksektor unter dem Einfluss der mit den Stichwort "Basel II" verbundenen Reform der Eigenkapitalregulierung bei der Vergabe von Krediten noch vorsichtiger geworden ist, als er schon vorher war.

**43.\*** Ein Aktienrecht, das die Verfügungsgewalt über Vermögenswerte der Unternehmen und die Verwendung von Gewinnen de facto weitgehend den Unternehmensinsidern überlässt, hat zur Folge, dass bestehende Unternehmen im Wettbewerb um Mittel zur Finanzierung von Investitionen immer einen Vorsprung vor neuen Unternehmen haben. Insofern die erwirtschafteten Gewinne der bestehenden Unternehmen als Leistungsausweis und als Indiz für besondere Kompetenz auch bei neuen Investitionen anzusehen sind, mag man einen solchen Wettbewerbsvorteil für gerechtfertigt halten. Problematisch ist es allerdings, wenn die betreffenden Gewinne nicht auf unternehmerischer Leistung, sondern auf Monopolmacht und auf staatlicher Privilegierung beruhen. Im Übrigen steht eine Volkswirtschaft, die sich bei der Auswahl ihrer Investitionsstrategien nur auf bestehende Unternehmen verlässt, in der Gefahr, dass grundlegend neue Entwicklungen verpasst werden, weil die Verantwortlichen in den bestehenden Unternehmen keine Antenne für deren Potential haben oder auch weil sie befürchten, dass das Management dieser Entwicklungen Personen mit anderen Fähigkeiten erfordert, als sie selbst sie haben, und dass diese Entwicklungen ihre eigenen Machtpositionen in Frage stellen.

**44.\*** Eine Wirtschaftspolitik, die über den Tag hinaus sieht, muss dafür sorgen, dass das System der Unternehmensfinanzierung und Unternehmenskontrolle genügend Raum für neue Un-

ternehmen lässt. Dabei ist dem Gesamtzusammenhang von Aktienrecht und Börsenwesen einerseits und der Verfügbarkeit von Anteilsfinanzierungen für neue Unternehmen andererseits Rechnung zu tragen. Erfolgsträchtige neue Investitionen werden nicht nur dadurch ermöglicht, dass bestehende Großkonzerne ihre Gewinne im Unternehmen halten und reinvestieren, sondern auch dadurch, dass Bargeld aus den Großkonzernen herausfließt, und dass die Kapitalmärkte im Vertrauen auf Aktionärsfreundlichkeit und Verlässlichkeit der Rahmenbedingungen die Mittel in neue Unternehmen investieren.

#### ◆ Regulierung der Telekommunikationsmärkte

**45.\*** In ihrer dritten Stellungnahme zur Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten gemäß § 81 Abs. 3 TKG kommt die Monopolkommission zu dem Ergebnis, dass die Wettbewerbsentwicklung bei den Festnetzgesprächen positiv verlaufen ist. Für den Bereich der Fern- und Auslandsgespräche hat sie die Aufhebung der gesetzlichen Ex-ante-Entgeltregulierung empfohlen. Bei den Ortsgesprächen hat der Wettbewerb nach der Einführung der Betreibervorauswahl zwar zugenommen, aber bisher nicht die Intensität erreicht, dass auf eine präventive Regulierung der Endkundenentgelte verzichtet werden könnte. Weiterhin keinen nennenswerten Wettbewerb gibt es bei den Teilnehmeranschlüssen. Bei dem entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung, bei lokalen und regionalen Zusammenschaltungsleistungen sowie bei Fakturierungs- und Inkassoleistungen sind die Wettbewerber weiterhin in großem Umfang auf die Vorleistungen der Deutschen Telekom AG angewiesen.

**46.\*** Die Novellierung des Telekommunikationsgesetzes (TKG) wurde Mitte Mai 2004 mit der Verabschiedung in Bundestag und Bundesrat abgeschlossen. Im Ergebnis sieht das Gesetz erhebliche materielle Änderungen des bisherigen Ordnungsrahmens vor, die nach Auffassung der Monopolkommission weit über das hinausgehen, was europarechtlich geboten ist. Die Vielzahl neuer Regelungen und die Unbestimmtheit vieler Rechtsbegriffe geht ebenso zulasten der Verlässlichkeit des Ordnungsrahmens wie die Ausweitung der Entscheidungskompetenzen und Ermessensspielräume der Regulierungsbehörde. Das neue TKG wird den Telekommunikationssektor mit erheblichen Anpassungskosten belasten.

**47.\*** Ein grundlegendes Problem betrifft die Bestimmung der zu regulierenden Märkte sowohl hinsichtlich der sachlichen Kriterien als auch im Hinblick auf die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Kommission und der Regulierungsbehörde bei der Marktdefinition. Das TKG schließt zu Recht die Möglichkeit ein, dass die RegTP bei der Marktdefinition aufgrund von Besonderheiten bei der Wettbewerbsentwicklung im nationalen Markt von der Empfehlung der Kommission abweicht. Sie begrüßt, dass die Prüfung der zu regulierenden Märkte nunmehr nach denselben Kriterien erfolgt, die die Europäische Kommission zugrunde legt. Konflikte mit der Kommission werden auch dadurch vermieden, dass der Gesetzgeber mit dem Diskriminierungsverbot und der Möglichkeit der Auferlegung von Transparenzpflichtungen der RegTP zusätzliche Regulierungsinstrumente zur Verfügung stellt, die europarechtlich vorgesehen sind.

**48.\*** Erhebliche Risiken für den Wettbewerb birgt die Zugangsregulierung. Problematisch sind erstens die Ermessensspielräume der RegTP bei der Frage, ob überhaupt Zugangsverpflichtungen aufzuerlegen sind, und zweitens die Bindung von regulatorischen Entscheidungen über Zugangsverpflichtungen an Kriterien, die wettbewerbspolitische Wertungen erfordern und einer gerichtlichen Überprüfung nicht oder lediglich eingeschränkt zugänglich sind. Das TKG verschiebt die Einführung des Wiederverkaufs von Teilnehmeranschlüssen ohne

Verbindungsleistungen (entbündeltes Anschluss-Resale) um vier Jahre auf den 1. Juli 2008. Die Monopolkommission bedauert dies und erwartet, dass dadurch die Intensivierung des Wettbewerbs bei den Teilnehmeranschlüssen weiterhin verzögert wird.

**49.\*** Die präventive Regulierung der Entgelte für wesentliche Zugangsleistungen bleibt grundsätzlich erhalten. Ausgenommen von der Ex-ante-Regulierung bleiben die Entgelte für Vorleistungen, unter anderem wenn der Betreiber nicht gleichzeitig auch auf dem Markt für Endkundenleistungen über beträchtliche Marktmacht verfügt. Damit will der Gesetzgeber die Terminierungsentgelte der Mobilfunknetzbetreiber und der alternativen Teilnehmernetzbetreiber der Ex-ante-Regulierung entziehen und stattdessen der Missbrauchsaufsicht unterstellen. Die Monopolkommission lehnt dies ab, da die Teilnehmernetzbetreiber a priori Monopolisten beim Angebot von Terminierung im eigenen Netz sind. Die Vereinbarkeit dieser Regelung mit dem Europarecht ist fraglich. Die Monopolkommission begrüßt, dass das TKG die Möglichkeit der präventiven Regulierung der Entgelte für Endkundenleistungen offen hält. Problematisch ist, dass der Regulierer die Genehmigungspflicht für Endkundenentgelte auf Märkte beschränken soll, auf denen in absehbarer Zeit nicht mit dem Entstehen eines "nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes" zu rechnen ist. Auch hier gilt, dass dieses Kriterium für die Auferlegung von Verpflichtungen ungeeignet ist, da es einer gerichtlichen Überprüfung nicht oder nur eingeschränkt zugänglich ist.

Zu begrüßen sind die Klarstellungen im Hinblick die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung als Maßstab der Entgeltregulierung und die Verwendung von Kostenmodellen im Rahmen des Genehmigungsverfahrens. Problematisch hingegen ist, dass die RegTP die Genehmigungsfähigkeit eines Entgelts in begründeten Einzelfällen auch nach dem Vergleichsmarktprinzip ermitteln kann. Die Kriterien, die die RegTP bei der Festlegung der "angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals" zu berücksichtigen hat, sind vage. Ihre Bedeutung für die Festlegung der angemessenen Kapitalverzinsung wird nicht präzisiert. Dadurch entstehen Rechtsunsicherheiten, die die Funktionsfähigkeit der Zugangsregulierung insgesamt schwächen können.

**50.\*** Die Monopolkommission kritisiert auch, dass das Price-Cap-Verfahren auf jede Form der Kostenprüfung sowohl im Hinblick auf den Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung als auch im Hinblick auf die Maßgaben der Missbrauchsaufsicht verzichtet. Geradezu grotesk ist das Vorgehen des Gesetzgebers, wenn die Vorschriften zur Entgeltregulierung in § 25 Abs. 2 TKG ein Konsistenzgebot aussprechen, in § 26 Abs. 1 missbräuchliche Entgelte verbieten, dabei in § 26 Abs. 2 eine Kosten-Preis-Schere als Vermutungstatbestand für einen Verdrängungsmisbrauch angeben und schließlich in § 33 Abs. 2 Satz 2 die Bedingungen des § 26 "als erfüllt gelten" lassen, wenn ein Entgelt entsprechend den Regeln für das Price-Cap-Verfahren festgesetzt wird. Die Kosten-Preis-Schere zwischen Endkundenentgelten für Analoganschlüsse und Miete der Teilnehmeranschlussleitung für Wettbewerber, die in den vergangenen Jahren den Wettbewerb bei Teilnehmeranschlüssen so drastisch aufgehalten hat, wäre durch § 33 des neuen Gesetzes voll gedeckt. Dass das Price-Cap-Verfahren grundsätzlich nur Obergrenzen für Preise vorsieht und sich daher grundsätzlich nur als Mittel gegen überhöhte Preise und nicht als Mittel gegen Kampfpreise eignet, wurde vom Gesetzgeber missachtet.

**51.\*** Die Monopolkommission wendet sich gegen die Tendenzen des Gesetzes, den politischen Einfluss auf die Regulierungsbehörde und grundlegende Regulierungsentscheidungen zu verstärken. Dies betrifft die Möglichkeit von Einzelweisungen gegenüber der Regulierungsbehörde ebenso wie die Übertragung von Kompetenzen auf die sog. Präsidentenkammer. Die Monopolkommission empfiehlt, die persönliche Unabhängigkeit des Präsidenten



und der Vizepräsidenten durch eine Änderung ihres personalrechtlichen Status und der Verlängerung ihrer Amtszeit zu verbessern. Zusätzlicher politischer Einfluss droht durch die Ausweitung der Beteiligungsrechte des Beirates. Nach neuem Recht berät er die RegTP insbesondere auch bei den "grundsätzlichen marktrelevanten Entscheidungen". Es steht zu vermuten, dass insbesondere die Länder mit den zusätzlichen Beteiligungsrechten versuchen, ein Gegengewicht zu den Weisungsrechten der Bundesregierung gegenüber der RegTP herzustellen. Die Monopolkommission lehnt dies ab. Rechtlich ist auch hier fraglich, ob ein solches Mitwirkungsrecht mit dem europarechtlichen Erfordernis der Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde vereinbar ist.

**52.\*** Bundestag und Bundesrat haben sich mit gleich lautenden Entschlüssen dafür ausgesprochen, die Änderung des Rechtsweges um fünf Jahre zu verschieben. Nach Auffassung der Monopolkommission ist ein solch langer Übergangszeitraum nur dann akzeptabel, wenn als Revisionsinstanz unmittelbar der Kartellsenat des Bundesgerichtshofes vorgesehen wird. Es ist offensichtlich, dass den Gerichten in Anbetracht der Vielzahl neuer, oftmals unbestimmter Regelungen und Rechtsbegriffe in den kommenden Jahren eine Schlüsselrolle bei der Interpretation und Auslegung des Gesetzes zukommt. Dies sollte wenigstens bei der Revisionsinstanz nicht einem Gericht überlassen bleiben, dessen Zuständigkeit in absehbarer Zeit ausläuft und für das sich die Entwicklung des erforderlichen besonderen richterlichen Sachverständnisses kaum auszahlen wird. Alleinige Tatsacheninstanz wird während der Übergangszeit das Verwaltungsgericht Köln sein. Da das VG Köln über erhebliches Spezialwissen in der besonders komplexen Materie des Telekommunikationsrechts verfügt, wäre nach Auffassung der Monopolkommission sinnvoll, wenn Richter des VG Köln mit einschlägigen Erfahrungen im Telekommunikationsrecht beim Wechsel des Rechtswegs an das OLG Düsseldorf dorthin versetzt oder abgeordnet würden. Die Bundesregierung sollte zudem in Erwägung ziehen, die von Bundestag und Bundesrat genannte Übergangsfrist von fünf Jahren deutlich zu reduzieren.

#### ◆ Regulierung der Postmärkte

**53.\*** Die ausgedehnte Exklusivlizenz der Deutschen Post AG beschränkt das Volumen der liberalisierten Märkte weitgehend. Wettbewerber der Deutschen Post AG spielen nur eine untergeordnete Rolle. Dabei ist das Monopol aus Sicht der Monopolkommission nicht hinreichend reguliert. Dies belegen unvermindert hohe Gewinne des Briefdienstes. Weiterhin sind Rechtsunsicherheiten durch die Klagepraxis der Deutschen Post AG zu verzeichnen. Diese Situation wurde durch eine aktuelle Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts Münster verbessert. Demnach sollen die Overnight-Zustellung und die termingenaue Zustellung höherwertige Dienstleistungen darstellen. Bei den postvorbereitenden Dienstleistungen steht das Postgesetz im Widerspruch zu den europäischen Rechtsgrundlagen. Dieser Bereich ist zu liberalisieren. Diese Auffassung wird auch von der Europäischen Kommission vertreten, die die Bundesregierung zu einer dementsprechenden Änderung des Postgesetzes aufgefordert hat. Auf dieses Schreiben hat das Bundeswirtschaftsministerium inzwischen reagiert und der Kommission zugesagt, die postvorbereitenden Dienstleistungen bei einer Novellierung des Postgesetzes zu liberalisieren. Ferner ist festzustellen, dass die Deutsche Post AG in zwei markenrechtlichen Verfahren versucht, den Wettbewerb zu behindern. Im ersten Fall, der Eintragung des Tagesstempels als Marke, ist der Eintrag inzwischen als sittenwidrig gelöscht worden. Im zweiten Fall geht es um die Wortmarke "Post". Auch diese Eintragung der Deutschen Post AG ist aus Sicht der Monopolkommission nicht berechtigt und demnach zu löschen.

**◆ Wettbewerb in der Abfall- und Kreislaufwirtschaft**

**54.\*** Die Monopolkommission hat sich in den Bereichen der Kreislauf- und Abfallwirtschaft für die Einführung von mehr Wettbewerb ausgesprochen. Im Bereich der Verpackungsverordnung bedeutet dies eine Entkoppelung der Lizenzgebühren von der Nutzung des Zeichens "Der Grüne Punkt" und eine diskriminierungsfreie Vergabe der Leistungs- und Garantieverträge sowie eine Mitbenutzung von Sammel- und Sortieranlagen der von DSD beauftragten Entsorger durch die Wettbewerber von DSD. Diese Forderungen an DSD sind inzwischen weitgehend umgesetzt worden. Dies und der sich langsam entwickelnde Systemwettbewerb mit anderen dualen Systemen wird von der Monopolkommission begrüßt. Kritisch sieht die Kommission die Probleme bei der ersten Ausschreibung der Leistungsverträge, bei der es zu einer erheblichen Anzahl nicht-wirtschaftlicher Angebote gekommen ist. In diesem Jahr kommt es zu Neuausschreibungen. Die Monopolkommission spricht sich dafür aus, dass im Rahmen der Leistungsverträge keine Rekommunalisierung erfolgt. DSD soll bei den PPK-Verpackungen eigene Vertragsverhandlungen mit den Entsorgern durchführen können. Hinsichtlich einer Reform der Verpackungsverordnung ist aus Sicht der Monopolkommission in erster Linie an eine Auflockerung des Flächendeckungsgebotes zu denken. Die Monopolkommission sieht weiterhin in dem britischen Lizenzmodell eine wettbewerbspolitisch attraktive Alternative zu dem bestehenden System.

**55.\*** Im Bereich der kommunalen Entsorgung forderte die Monopolkommission eine Fortsetzung der Liberalisierung. Die Gewerbeabfälle sind in kurzer Frist vollständig in den Wettbewerb zu stellen. In einem weiteren Schritt sind die Haushaltsabfälle entweder in Form einer Ausschreibung von Gebietskonzessionen, d.h. einem Wettbewerb um den Markt, oder in Form eines Wettbewerbs im Markt zu liberalisieren. Darüber hinaus fordert die Monopolkommission eine Reform des europarechtlichen Verwertungsbegriffes. Sie schließt sich in diesem Kontext weiterhin den Vorschlägen des Umweltrates an, den Verwertungsbegriff im Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz in Anpassung an das Europarecht anspruchloser zu gestalten und zugleich neue (vorwiegend fallgruppenartige) Regelungen zu finden, die gewährleisten, dass eine Verwertung dann Vorrang findet, wenn sie tatsächlich ökologisch vorteilhaft ist. Ohne eine solche Reform, so zeigen es die aktuellen Entwicklungen, ist zu erwarten, dass Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit zunehmen werden, bei denen sich umweltpolitische Interessen und Interessen der inländischen Entsorger vermengen.

**◆ Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen**

**56.\*** Im Dezember 2003 hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit einen Referentenentwurf für die Siebte GWB-Novelle vorgelegt, am 26. Mai 2004 hat das Kabinett den Regierungsentwurf verabschiedet. Mit der Novelle sollen zum einen die deutschen Wettbewerbsregeln an das geänderte europäische Kartellverfahrensrecht angepasst werden, zum anderen plant der Gesetzgeber eine tiefgreifende Änderung der Pressefusionskontrolle.

**57.\*** Die Monopolkommission hat mit ihrem Sondergutachten 41 zu den Änderungen des allgemeinen Wettbewerbsrechts Stellung genommen, wie sie der Referentenentwurf vorgesehen hatte. Die Kommission stimmte dem Übergang zum Legalausnahmesystem unter Bedenken zu. Da das Legalausnahmesystem zu einer Abnahme der behördlichen Kontrolltätigkeit führen werde, sei es für eine effiziente Wettbewerbskontrolle künftig von entscheidender Bedeutung, dass die private Rechtsverfolgung gestärkt und die behördlichen Befugnisse angepasst und erweitert werden. Die Monopolkommission sprach sich vor diesem Hintergrund unter anderem für eine Erweiterung des Kreises der Anspruchsberechtigten und für eine umfassende

Klagebefugnis der Verbraucher und Verbraucherverbände aus. Ihrer Auffassung nach ist die Einführung von Beweiserleichterungen für den Kläger in das Gesetz unerlässlich. Zur wirksamen Abschreckung von Kartellsündern sei eine Bestimmung in das Gesetz aufzunehmen, wonach ein Anspruchsberechtigter zweifachen Schadensersatz verlangen kann. Bezüglich der behördlichen Befugnisse müssten vor allem die geltenden Bußgeldvorschriften verschärft und umfassende Amtshilfepflichten gegenüber den anderen nationalen Wettbewerbsbehörden und der Europäischen Kommission ins Gesetz aufgenommen werden.

**58.\*** Der Regierungsentwurf lässt die Grundzüge des vorangegangenen Referentenentwurfs unverändert. Insofern gelten die Empfehlungen der Monopolkommission weiter. Einzelne Modifizierungen haben sich vor allem bei den Regelungen zur privaten Rechtsverfolgung und zum Bußgeldverfahren ergeben. Der Regierungsentwurf führt das Schutzgesetzerfordernis bei Klagen Privater in § 33 wieder ein. Die Monopolkommission spricht sich hingegen weiterhin für einen Verzicht auf dieses Erfordernis aus, weil damit Unsicherheiten über die Klagebefugnis beseitigt und Klagen erleichtert werden. Die geplante Bindung der deutschen Zivilgerichte an Feststellungen der nationalen Wettbewerbsbehörden und der Europäischen Kommission stellt nach Auffassung der Monopolkommission einen richtigen Schritt dar, weil er dem Kläger den Beweis eines Kartellverstoßes erheblich einfacher macht. Die Bindungswirkung muss aber über die geplante Regelung hinaus generell im Wettbewerbsprozess eingreifen, also nicht nur bei Schadensersatz-, sondern auch bei Unterlassungs-, Bereicherungs- und vertraglichen Leistungsansprüchen. Hinsichtlich ausländischer Behörden- und Gerichtsentscheidungen ist eine Anerkennungsregel zu erarbeiten. Daneben sollte als weitere Beweiserleichterung eine Bestimmung in das Gesetz eingeführt werden, derzufolge die mutmaßlichen Kartellmitglieder bei Sachverhalten, die ihrer Unternehmenssphäre zuzurechnen sind, die Darlegungspflicht tragen. Im Sinne der Rechtssicherheit sollte bei der Schadensberechnung eine ausdrückliche Regelung zum Verbot der "passing on defense und zur Klagebefugnis von Folgevertragspartnern in das Gesetz eingeführt werden.

**59.\*** Bei der behördlichen Vorteilsabschöpfung nach § 34 RegE sollte wie im Referentenentwurf vorgesehen das Verschuldenserfordernis gestrichen werden. Die Zuständigkeit für die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten ist – ebenfalls in Anlehnung an den Referentenentwurf – bei den Wettbewerbsbehörden zu konzentrieren, weil sie wettbewerbsrechtlich spezialisiert sind und im Vergleich zur Staatsanwaltschaft eine besondere Nähe zum Sachverhalt aufweisen. Von besonderer Bedeutung für die effiziente Verfolgung grenzüberschreitender Wettbewerbsbeschränkungen ist eine ausgeprägte Zusammenarbeit der nationalen Wettbewerbsbehörden und der Kommission. Daher ist es notwendig, die deutschen Wettbewerbsbehörden zu umfassenden Amtshilfehandlungen zu verpflichten.

**60.\*** Im Bereich der allgemeinen Fusionskontrolle lehnt die Monopolkommission mit allem Nachdruck die geplante Einschränkung vorläufigen Rechtsschutzes ab, weil andernfalls faktisch der gesamte Drittrechtsschutz in der Fusionskontrolle lahm gelegt würde.

**61.\*** Im Sondergutachten 42 hat sich die Monopolkommission mit den Vorschlägen des Referentenentwurfs zur Fusionskontrolle im Pressewesen auseinander gesetzt. Im deutschen Wettbewerbsrecht gelten bisher für Fusionen, bei denen Presseunternehmen beteiligt sind, grundsätzlich die gleichen Regeln wie für sonstige Unternehmenszusammenschlüsse, insbesondere auch das gleiche materielle Untersagungskriterium (Marktbeherrschung). Jedoch ist der Geltungsbereich der Fusionskontrolle im Pressebereich weiter gezogen.

**62.\*** Im Referentenentwurf wurde eine Änderung der bisherigen Rechtslage in zwei Punkten vorgeschlagen. Zum einen sollte der erweiterte Geltungsbereich der Fusionskontrolle bei

Presseunternehmen durch eine Anhebung der Aufgreifkriterien gegenüber dem Status quo eingeschränkt werden. Zum anderen sollte für Pressezusammenschlüsse, die in den Geltungsbereich der Fusionskontrolle fallen, ein Ausnahmetatbestand zum Untersagungskriterium eingeführt werden. Danach wären auch Zusammenschlüsse freizugeben, die zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen, wenn vor dem Zusammenschluss bestimmte Vorkehrungen getroffen worden sind. Diese Vorkehrungen hätten sicherstellen müssen, dass die erworbenen Zeitungen oder Zeitschriften langfristig als selbständige publizistische Einheiten erhalten bleiben, der Erwerber nicht die Titelrechte erlangt und die inhaltliche Ausrichtung der erworbenen Zeitungen oder Zeitschriften nicht maßgeblich bestimmen kann. Das Vorliegen solcher Vorkehrungen wäre vermutet worden, wenn ein unabhängiger Dritter mit mehr als 25 % beteiligt wird, ihm aufgrund dieser Beteiligung ein Mitbestimmungsrecht für wesentliche Entscheidungen zusteht und ihm das Titelrecht gehört. Die erforderlichen Maßnahmen hätten durch Bedingungen und Auflagen abgesichert werden müssen. Das bisher geltende Verbot einer laufenden Verhaltenskontrolle wäre für diese Auflagen und Bedingungen aufgehoben worden.

**63.\*** In ihrem Sondergutachten vertrat die Monopolkommission die Auffassung, dass die im Referentenentwurf vorgesehene Anhebung der Aufgreifkriterien wettbewerbspolitisch noch vertretbar ist. Sie wendete sich aber gegen jede weitergehende Anhebung. Weiterhin sprach sich die Monopolkommission entschieden gegen die im Referentenentwurf vorgesehene Einführung eines Ausnahmetatbestands für Pressefusionen aus. Bereits dessen Grundkonzeption, konzerninterne Vielfalt an die Stelle von Vielfalt durch wirtschaftlichen Wettbewerb zu setzen, war nach Auffassung der Monopolkommission verfehlt. Ein solches Vorgehen hätte nicht zu einer Sicherung, sondern zu einer Gefährdung der publizistischen Vielfalt geführt. Die Monopolkommission hatte auch schwerwiegende Bedenken gegen das konkrete Modell der Vielfaltssicherung, das im Referentenentwurf vorgeschlagen wurde. Die privatrechtlichen "Vorkehrungen" seien nicht geeignet, eine inhaltliche Ausdünnung der erworbenen Zeitung zu verhindern, wenn sich Erwerber und Minderheitsgesellschafter einig sind. Außerdem könne die Möglichkeit einer verfassungsrechtlich unzulässige Kontrolle von Presseinhalten durch das Bundeskartellamt nicht ausgeschlossen werden. Unabhängig von den grundsätzlichen Bedenken gegen die vorgeschlagene Regelung war es für die Monopolkommission unverständlich, warum der Entwurf keinerlei Maßnahmen zum Schutz der publizistischen Selbständigkeit der bereits im Eigentum des Erwerbers befindlichen Blätter vorsah, warum der Anwendungsbereich des Ausnahmetatbestands sich nicht auf wirtschaftlich notleidende Presseobjekte beschränkte und warum der Ausnahmetatbestand sich auch auf den Zeitschriftenmarkt bezog. Die Monopolkommission kam zu dem Ergebnis, dass die Einführung des im Referentenentwurf vorgeschlagenen Ausnahmetatbestands zu erheblichen Konzentrationsprozessen im Pressewesen, einer Ausdünnung publizistischer Vielfalt und einem deutlichen Rückgang von Beschäftigungsmöglichkeiten für Journalisten geführt hätte. Zudem sah sie schwerwiegende Gefahren für die fachliche Unabhängigkeit des Bundeskartellamts. Die Monopolkommission sprach sich ferner grundsätzlich gegen Sondermaßnahmen aus, die strukturelle Umbrüche in einzelnen Branchen aufhalten sollen. Die Einführung besonderer Wettbewerbsregeln für Presseunternehmen werde letztlich die Begehrlichkeit anderer Branchen nach Ausnahmen wecken und damit die allgemeine Geltung und Akzeptanz des Wettbewerbsrechts gefährden. Die Monopolkommission regte jedoch an, die Abgrenzung der Anzeigenmärkte gegenüber dem Internet fortlaufend zu überprüfen und die Anforderungen an eine Sanierungsfusion etwas großzügiger zu interpretieren. Jedoch könne es den betroffenen Unternehmen nicht erlassen werden, die Sanierungsbedürftigkeit einer Zeitung oder Zeitschrift nachzuweisen.

**64.\*** Im inzwischen vorliegenden Regierungsentwurf zur Siebten GWB-Novelle sind die Vorschläge für den Pressebereich noch einmal überarbeitet worden. Erstens soll – unverändert gegenüber dem Referentenentwurf – der erweiterte Geltungsbereich der Fusionskontrolle bei Presseunternehmen durch eine Anhebung der Aufgreifkriterien eingeschränkt werden. Zweitens ist eine überarbeitete Version des Ausnahmetatbestands vorgesehen. Drittens sollen Kooperationen zwischen Zeitungsverlagen im Anzeigenbereich umfassend vom Kartellverbot freigestellt werden.

**65.\*** Die Monopolkommission begrüßt, dass der überarbeitete Ausnahmetatbestand auf den Bereich der Zeitungen beschränkt ist und seine Anwendung von einer Erforderlichkeitsprüfung abhängt. Kritisch ist jedoch zu sehen, dass die Erforderlichkeit vermutet wird, wenn die Anzeigen- und Beilagenerlöse pro Monatsstück in den letzten drei Jahren rückläufig waren oder erheblich unter dem Durchschnitt vergleichbarer Zeitungen lagen. Diese Vermutungskriterien sind nicht geeignet, tatsächlich notleidende Zeitungen zu identifizieren, weil sie nur auf die Anzeigen- und Beilagenerlöse und nicht auf das wirtschaftliche Ergebnis abstellen.

**66.\*** Die überarbeiteten Regelungen zum Schutz der publizistischen Vielfalt nach einer Zeitungsfusion sind nicht geeignet, die beteiligten Zeitungen vor einer inhaltlichen Ausdünnung zu bewahren. Das Mitbestimmungs- oder Vetorecht des Minderheitsgesellschafters auch bei der Einstellung der Zeitungen des Erwerbers ist eine so starke Einschränkung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit, dass der Ausnahmetatbestand nur dann zur Anwendung kommen wird, wenn sich der Erwerber darauf verlassen kann, dass der Minderheitsgesellschafter nicht wirklich unabhängig handeln wird. Im Übrigen ist die Einstellung einer der Zeitungen jederzeit möglich, solange der Minderheitsgesellschafter dem zustimmt. Zudem ist die eingeschränkte Kontrolle durch das Bundeskartellamt weiterhin eine laufende Verhaltenskontrolle, auch wenn das im Gesetzesentwurf nicht klar zum Ausdruck kommt. Im Ergebnis gibt der Regierungsentwurf das Wettbewerbsprinzip im Zeitungsbereich auf, ohne die publizistische Vielfalt dadurch sichern zu können.

**67.\*** Die vorgesehene Missbrauchsklausel, die die Anwendung des Ausnahmetatbestands ausschließt, wenn seine wiederholte, zeitlich eng aufeinander folgende Anwendung zur Begründung oder Verstärkung marktbeherrschender Stellungen derselben Unternehmen auf räumlich benachbarten Märkten führt, wird die Bildung von Regionalzeitungsketten nicht verhindern können, sondern höchstens verlangsamen. Zudem ist das Kriterium der "wiederholten, zeitlich eng auf einander folgenden Anwendung" vollkommen unbestimmt. Es ist nicht absehbar, nach welcher Frist eine neuer Zusammenschluss erlaubt ist. Gerade bei einem so sensiblen Bereich wie der Presse sind klare Regelungen erforderlich. Es wäre äußerst problematisch, wenn eine politisch genehme Verlagsgruppe eine kurze Wartezeit zugestanden bekäme, während andere Verlage länger warten müssten.

**68.\*** Gegenüber dem Referentenentwurf ist als neues Element vorgesehen, dass Vereinbarungen von Zeitungsverlagen über die Zusammenarbeit im Anzeigenbereich ohne weitere Vorbedingungen vom Kartellverbot freigestellt werden. Die Monopolkommission hält diese Bestimmung für ebenso problematisch wie die Erleichterung von Fusionen durch den Ausnahmetatbestand. Bei den vom Regierungsentwurf ins Auge gefassten Kooperationsmöglichkeiten geht es weniger um Kosteneinsparungen, sondern vor allem darum, den Preis- und Qualitätswettbewerb auf dem Anzeigenmarkt zu beschränken. Diese Anzeigenkartelle werden zu höheren Anzeigenpreisen führen, insbesondere zulasten kleiner und mittlerer Unternehmen. Dem Regierungsentwurf geht es offensichtlich darum, durch die Ermöglichung einer wirtschaftlichen Ausbeutung von Anzeigenkunden die Vielfalt und Qualität bestehender redaktioneller Angebote zu erhalten. Ein derartiges "Tauschgeschäft", bei dem die staatliche Gewährung von Mo-

nopolgewinnen mit einer politisch erhofften Gegenleistung verknüpft wird, ist ordnungspolitisch äußerst problematisch, da es die Wettbewerbsordnung als Legitimation wirtschaftlichen Geschehens grundsätzlich untergräbt. Auch ist es äußerst zweifelhaft, ob die erhöhten Gewinne tatsächlich zur Sicherung von bedrohten Zeitungen verwendet werden. Es ist davon auszugehen, dass die meisten Anzeigenkooperationen zwischen wirtschaftlich erfolgreichen Zeitungen geschlossen werden. Bei einer wirtschaftlich angeschlagenen Zeitung wird es für die Wettbewerber wesentlich interessanter sein, die Zeitung unter Ausnutzung des Ausnahmetatbestandes zu übernehmen. Im Übrigen ist zu erwarten, dass eine Kooperation auf dem Anzeigenmarkt auch die Wettbewerbsintensität auf dem Lesermarkt verringern wird. Das wird dazu führen, dass auch die Leser höhere Preise für geringere Qualität zahlen werden.

**69.\*** Zusammenfassend kommt die Monopolkommission zu der Empfehlung, dass sowohl der überarbeitete Ausnahmetatbestand als auch die Freigabe von Anzeigenkooperationen abzulehnen sind. Die Anhebung der Aufgreifschwelle ist dagegen – wie im Sondergutachten bereits dargestellt – wettbewerbspolitisch noch vertretbar.

#### ◆ Aktuelle Fragen des Ministererlaubnisverfahrens

**70.\*** Im Ministererlaubnisfall E.ON/Ruhrgas hatte sich die Monopolkommission in dem nach § 42 Abs. 4 Satz 2 GWB gebotenen Gutachten mehrheitlich gegen eine Genehmigung ausgesprochen. In seiner Verfügung vom 5. Juli 2002 genehmigte der Bundeswirtschaftsminister die Zusammenschlüsse unter Auflagen. Aufgrund einer Drittklage hat das OLG Düsseldorf Bedenken gegen die Entscheidung geäußert und den Vollzug des Zusammenschlusses ausgesetzt. Der Bundeswirtschaftsminister hat in seiner zweiten Erlaubnisentscheidung die Auflagen geringfügig modifiziert und den Zusammenschluss erneut genehmigt. Zuvor hatte die Monopolkommission in einem ergänzenden Sondergutachten die neu hinzugekommenen Aspekte gewürdigt und das Votum ihres ersten Sondergutachtens zum Ministererlaubnisfall bekräftigt, die beantragte Erlaubnis zu versagen und auch nicht unter Auflagen zu erteilen.

Im Januar 2003 einigten sich die Beschwerdeführer mit den Zusammenschlussbeteiligten in einem außergerichtlichen Vergleich, nachdem sie von E.ON als Abfindung wirtschaftliche Zugeständnisse in erheblichem Umfang erhalten hatten.

**71.\*** Die Monopolkommission erstattete ein Sondergutachten in einem weiteren Ministererlaubnisfall. Sie empfahl dem Bundeswirtschaftsminister, das Zusammenschlussvorhaben Holtzbrinck/Berliner Verlag, bei dem es um den Erwerb des Tagesspiegels ging, nicht zu genehmigen. Im Anschluss an die mündliche Verhandlung im Bundeswirtschaftsministerium wurde den Antragstellern vom Minister aufgegeben, die behauptete Unverkäuflichkeit des Tagesspiegels in einem neutralen, von einem Dritten durchzuführenden "marktüblichen" Verfahren nachzuweisen. Die Beurteilung dieses Verfahrens war in der Hauptsache Gegenstand des zweiten Sondergutachtens der Monopolkommission zu dem Ministererlaubnisfall. Die Kommission hielt ihre im vorherigen Gutachten begründete Empfehlung aufrecht, den beantragten Zusammenschluss abzulehnen und auch nicht unter Auflagen zu genehmigen.

**72.\*** Im November 2003 hat der Holtzbrinck Verlag nach der Rücknahme seines Antrags seine Anteile an dem Tagesspiegel an seinen ehemaligen Manager Pierre Gerckens veräußert. Der Zusammenschluss wurde erneut untersagt, weil nach Einschätzung des Bundeskartellamts der Tagesspiegel auch nach seiner Übernahme durch Herrn Gerckens weiterhin dem Holtzbrinck-Konzern zuzurechnen ist. Die Monopolkommission teilt diese Einschätzung. Sie misst auch dem Umstand große Bedeutung bei, dass im Falle eines Weiterverkaufs des Tagesspiegels der Holtzbrinck-Konzern zu 50 % des Überschusses des Preises über dem jetzigen Kaufpreis be-

teiligt sein soll. Aufgrund dieser Klausel hätte der Holtzbrinck-Konzern als Eigner des Berliner Verlags deutlich weniger Interesse, dem Tagesspiegel Wettbewerb in seinen angestammten Westberliner Märkten zu machen, auch ohne dass er die unmittelbare unternehmerische Kontrolle über den Tagesspiegel behielte.

**73.\*** Zwischen dem Vortrag der Antragsteller im Ministererlaubnisverfahren Holtzbrinck/Berliner Verlag und der Veräußerung des Tagesspiegels an Herrn Gerckens besteht ein Widerspruch. Ursprünglich war vorgetragen worden, der Tagesspiegel mache erhebliche Verluste und sei überhaupt nur in Kombination mit dem Berliner Verlag überlebensfähig. Im Rahmen des von Sal. Oppenheim organisierten Verkaufsverfahrens wurden Bieter abgelehnt, weil sie nicht willens oder in der Lage seien, die Verluste des Tagesspiegels über längere Zeit zu tragen und insofern keine angemessene Bestandsgarantie geben könnten. Nach der Veräußerung an Herrn Gerckens waren die Verluste des Tagesspiegels kein Thema mehr.

Die Widersprüchlichkeit des Vortrags der Antragsteller im Ministererlaubnisfall Holtzbrinck/Berliner Verlag wirft ernsthafte Fragen nach dem Stil des Umgangs mit den vom Gesetz vorgesehenen Verfahren auf. Unterstellt man die Fähigkeit von Herrn Gerckens, den Tagesspiegel trotz der dauerhaften Verluste als eigenständiges Unternehmen zu führen, dann hätten die Antragsteller mit einem sachlich falschen Vortrag neun Monate lang ein Verfahren geführt und erhebliche Ressourcen der öffentlichen Hand in Anspruch genommen, um dann von einem Tag auf den anderen die gegenteilige Erkenntnis zu gewinnen. Ein solches Verhalten ist kaum anders als "missbräuchlich" zu bezeichnen.

**74.\*** In beiden Ministererlaubnisfällen stellte sich die Frage nach der Zulässigkeit von Auflagen. Das OLG Düsseldorf war im Dezember 2002 davon ausgegangen, dass begründete Zweifel an der Rechtmäßigkeit der vom Bundeswirtschaftsminister im Falle E.ON/Ruhrgas verfügbaren Auflagen bestehen. Das OLG sah Veräußerungsauflagen als erlaubten Zweck der Auflagenerteilung an, nicht dagegen Auflagen zur Beseitigung von Marktschranken, für Vertriebsregelungen oder Organisationsauflagen sowie Investitionskontrollen bei den an dem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen.

**75.\*** In einem von der Monopolkommission in Auftrag gegebenen Gutachten wird davon ausgegangen, dass zur Beurteilung der rechtlichen Grenzen für die inhaltliche Gestaltung von Auflagen neben dem Verbot der laufenden Verhaltenskontrolle auch andere Grundsätze und Regelungen der Fusionskontrolle wie des allgemeinen Verwaltungsrechts zu berücksichtigen sind. Uno actu zu vollziehende und zu überwachende auf die Marktstruktur gerichtete Maßnahmen, wie z.B. Veräußerungsauflagen, sind demnach zulässig. Problematisch sind dagegen Auflagen zur Einflussbegrenzung und Öffnungsauflagen. Unzulässig sind jedenfalls Organisationsauflagen und Auflagen mit gesellschaftsrechtlicher Einflussnahme bei unveränderter Inhaberschaft der Kapitalbeteiligung.

**76.\*** Die Monopolkommission hatte in der Vergangenheit mehrfach Klage darüber geführt, dass das Bundeskartellamt und der Bundeswirtschaftsminister Freigabeentscheidungen mit Auflagen verfügt haben, die auf eine laufende Verhaltenskontrolle hinauslaufen. Sie schlägt die Aufnahme einer Vermutungsregelung in das GWB vor, die auf eine Abgrenzung von Verhaltensauflagen abstellt:

"Eine laufende Verhaltenskontrolle liegt im Zweifel dann vor, wenn die Bedingungen oder Auflagen Handlungen zum Gegenstand haben, die mehr als zwei Jahre nach Bestandskraft der Entscheidung des Bundeskartellamtes vorzunehmen sind."

**77.\*** Die in der geplanten GWB-Novelle für Pressefusionen vorgesehene Aufhebung des Verbots von Verhaltensauflagen ist zwar wieder gestrichen worden. Aber die in § 36 Abs. 1a GWB-E im Sinne eines Vermutungstatbestands genannten Vorkehrungen fallen unter die Kategorie der Maßnahmen zur Einflussbegrenzung, deren Einhaltung andauernd vom Bundeskartellamt zu überprüfen wären.

**78.\*** Die Rückname der Beschwerden von Verfahrensbeteiligten im Falle E.ON/Ruhrgas hat zu anhaltenden Diskussionen über den Rechtsschutz Dritter in Kartellverfahren geführt. Insbesondere das "Abkaufen" der Beschwerderechte und die Befürchtung, dass die Ausübung der Drittklagebefugnisse zu Blockadezwecken mit der Folge von Investitionshemmnissen missbraucht würde, haben zu einem Novellierungsvorschlag im Referentenentwurf zur Siebten GWB-Novelle geführt. Aufschiebende Wirkung einer Beschwerde soll nur dann angeordnet werden können, wenn der Beschwerdeführer geltend macht, dass er durch eine Erlaubnis in seinen Rechten verletzt würde.

Die Monopolkommission hat sich gegen diesen Gesetzesvorschlag ausgesprochen, weil nach ihrer Auffassung damit der gesamte Drittrechtsschutz ausgehebelt würde. Für den Fall, dass der Vorschlag dennoch Gesetz wird, sollten zusätzliche Schutzvorkehrungen für den Drittschutz getroffen werden. Dazu gehört die Einführung einer Verbandsklage, die nicht von einer Geltendmachung einer subjektiven Rechtsverletzung abhängig gemacht werden dürfte. Gegebenenfalls wäre daran zu denken, ein Recht der Verbraucherschutzorganisation auf Beiladung im Gesetz zu verankern. Mit diesem Regelungsvorschlag ließe sich zugleich das Problem des "Abkaufens" von Beschwerden Dritter lösen.

**79.\*** Insbesondere im Falle Holtzbrinck/Berliner Verlag ist deutlich geworden, dass das Bundeswirtschaftsministerium im Einzelfall nicht über die fachlichen Möglichkeiten verfügt, um vorgetragene Tatbestände vollständig und abschließend würdigen zu können. Die Monopolkommission sieht daher die Notwendigkeit, von den Antragstellern zu verlangen, dass sie ihren Darlegungspflichten genügen, ohne Nachbesserungsmöglichkeiten im Verfahren selbst, sowie die Beweisanforderungen an sie zu erhöhen; selbst geringe Zweifel würden einen ordnungspolitischen Vorrang für die Erhaltung wettbewerblicher Marktstrukturen zulasten des Zusammenschlussvorhabens begründen.

Die nachträgliche Beibringung von entscheidungserheblichen Fakten und Argumenten führt zu Problemen bei der Ministererlaubnisentscheidung. Die Monopolkommission empfiehlt, nur solche Informationen als erheblich zuzulassen, die zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung, aufgrund welcher die Entscheidung getroffen wird, bekannt sind.

**80.\*** Aus den jüngsten Ministererlaubnisfällen lassen sich grundsätzliche Fragen zum Verständnis des Instruments der Ministererlaubnis ableiten. Im Falle von E.ON/Ruhrgas ließ sich das Konzept der Versorgungssicherheit als Gemeinwohlanliegen formulieren ohne unmittelbaren Bezug zu einem der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen. Dagegen wurde im Falle Holtzbrinck/Berliner Verlag das Gemeinwohlanliegen unmittelbar an die Existenz des Tagesspiegels als eigenständiger Zeitung gebunden. Mit dem Versuch, das Abstractum Zeitungsvielfalt zur Grundlage einer Art Existenzgarantie für ein einzelnes Unternehmen zu machen, werden Privilegien in Anspruch genommen, die nicht in eine auf Leistung abstellende marktwirtschaftliche Ordnung passen. Es ist daher fraglich, ob das Instrument der Ministererlaubnis im Fall Holtzbrinck/Berliner Verlag überhaupt angemessen ist.



**◆ Novellierung der Handwerksordnung**

**81.\*** Zur Reform des Handwerksrechts wurden Ende 2003 zwei Gesetze verabschiedet. Kernstück der Neuregelung sind

- die Beschränkung des Meisterzwangs von früher 94 auf nunmehr 41 Handwerke (Anlage A der HwO)
- die Erleichterung des Marktzugangs im zulassungspflichtigen Handwerk für Altgesellen (§ 7b HwO),
- die Aufgabe des Inhaberprinzips bei der Handwerksausübung (§ 7 Abs. 1 HwO),
- ein erleichteter Marktzugang im Handwerk für Ingenieure, Hochschulabsolventen und staatlich geprüfte Techniker (§ 7 Abs. 2 HwO),
- die Vereinfachung des Qualifikationsnachweises für Bürger aus anderen EU-Staaten (§ 9 Abs. 2 HwO),
- die abgestufte Befreiung von Kammerbeiträgen für Existenzgründer (§ 113 Abs. 2 HwO),
- die Erleichterung der selbständigen Ausführung einfacher handwerklicher Tätigkeiten (§ 1 Abs. 2 HwO).

**82.\*** Als Ziel der Novelle wird in der Begründung des Gesetzentwurfs die Überwindung der Strukturkrise im Handwerk genannt. Den ursprünglichen Gesetzeszweck, das "Interesse an der Erhaltung und Förderung eines gesunden leistungsfähigen Handwerksstandes als Ganzen", hat das Bundesverfassungsgericht als besonders wichtiges Gemeinschaftsgut gesehen und die mit der Handwerksordnung verbundene Einschränkung der Berufsfreiheit in seinem Grundsatzurteil von 1961 als vereinbar mit der Verfassung angesehen. Die Gesetzesbegründung zur Novelle der Handwerksordnung stellt heute allerdings nur noch auf die "Gefahreneneigtheit" und die Ausbildungsleistung als Zulassungsschranke im Handwerk ab. Damit liegen für eine Beurteilung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Handwerksordnung nicht mehr die Grundlagen vor, die für das Grundsatzurteil des Bundesverfassungsgerichts von 1961 maßgeblich waren.

**83.\*** Die Monopolkommission sieht nach wie vor die Gefahreneneigtheit im Handwerk nicht als stichhaltige Begründung für marktregelnde Zulassungsbeschränkungen an. Für Gesellen in gefahreneneigten Handwerksberufen erscheint eine besondere Zusatzqualifikation nicht erforderlich. Wenn man das geltende Haftungsrecht nicht für ausreichend hält, so ist die Verpflichtung zu regelmäßigen gefahrenspezifischen Aus- und Fortbildungen zielführender als eine einmalig zu absolvierende Meisterprüfung. Auch für die Ausbildungsleistung sind Anforderungen in Form einer Meisterqualifikation unverhältnismäßig.

**84.\*** Die Negativ-Abgrenzung der "wesentlichen Tätigkeiten" als Kriterium für meisterfreies selbständiges Handwerk, die letztlich nur den Ergebnissen der höchstrichterlichen Rechtsprechung Rechnung trägt, schafft nach Auffassung der Monopolkommission keine rechtliche Klarheit. Die Unbestimmtheit der Rechtsbegriffe macht es dem selbständigen Handwerker im Einzelfall schwierig bis unmöglich, die Rechtmäßigkeit der von ihm im zulassungspflichtigen Handwerk ohne Meisterbrief ausgeführten Arbeiten zu beurteilen. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil vom 7. April 2003 den Anspruch eines Gewerbetreibenden auf Klärung von Zweifelsfragen zur rechtlichen Zulässigkeit seiner Tätigkeit bestätigt. Es hat in diesem Zusammenhang das Recht auf effektiven Rechtsschutz betont, da es einem Betroffenen

nicht zuzumuten sei, "die Klärung verwaltungsrechtlicher Zweifelsfragen auf der Anklagebank erheben zu müssen."

Der Bundesverband unabhängiger Handwerkerinnen und Handwerker hatte nach einer Umfrage festgestellt, dass weder die zuständigen Bundes- und Landesministerien noch die zuständigen Ordnungsbehörden Hinweise liefern konnten, die für eine Auflistung "wesentlicher Tätigkeiten", für deren selbständige Ausübung ein Meisterzwang besteht, brauchbar waren.

**85.\*** Die Monopolkommission sieht die Handwerksnovelle 2004 als wichtigen – wenn auch nicht als abschließend anzusehenden – Schritt zur weiteren Liberalisierung des Handwerks. Von der Freigabe von 53 der früher 94 zulassungspflichtigen Handwerke sind 90 % der Betriebe nicht betroffen.

Durch die Umwidmung des Gesetzeszwecks ist die Frage nach der verfassungsrechtlichen Reichweite und Zulässigkeit einer Beschränkung des Berufszugangs im Handwerk wieder offen. Weder die Gefahreneignetheit noch die Ausbildungsleistung in verschiedenen Handwerken rechtfertigt nach Auffassung der Monopolkommission eine Marktzugangsbeschränkung.

Die neuen Vorschriften zur Auflockerung des Meisterzwangs enthalten bestimmte Risiken für eine effektive Durchsetzung infolge von Interessenkollisionen. Die Abgrenzung zwischen meisterpflichtigen und zulassungsfreien Tätigkeiten werden in der Regel von den Handwerkskammern vorgenommen. Diese besitzen einerseits die erforderliche Sachkunde, verfügen aber wegen ihres gesetzlichen Auftrags, die Interessen der Kammerangehörigen zu vertreten, nicht über die für die Sache gebotene Neutralität; dies geht zulasten der potentiellen Unternehmensgründer. Die Erleichterung der selbständigen Betriebsführung für Altgesellen ist nur insoweit zu begrüßen, weil sie die Inländerdiskriminierung, für die es weiterhin keine sachliche Rechtfertigung gibt, auch in den Anlage-A-Handwerken abbaut; eine Gleichstellung mit den Voraussetzungen, unter denen sich EU-Bürger in Deutschland als Handwerker selbständig betätigen dürfen, wäre nach Auffassung der Monopolkommission für den Gesetzgeber der richtige Weg gewesen. Dies gilt umso mehr, als das Problem der Inländerdiskriminierung infolge der Osterweiterung der Europäischen Union an Brisanz zunehmen wird. Die Altgesellen-Regelung setzt den Nachweis vorheriger selbständiger Tätigkeit voraus; wenn dieser Nachweis durch eine Bestätigung des früheren Arbeitgebers geführt werden muss, dann entscheidet dieser über einen möglichen künftigen Konkurrenten in der gleichen Branche und eventuell innerhalb der gleichen Region. Nach Auffassung der Monopolkommission sollte der unbestimmte Rechtsbegriff der leitenden Tätigkeit durch objektiv nachprüfbar Kriterien konkretisiert werden, deren Anwendung nicht dem Meister und auch nicht den Handwerksorganisationen überlassen wird.

**86.\*** Die Monopolkommission spricht sich weiterhin für die gänzliche Abschaffung des Meisterzwangs als Voraussetzung für den Marktzugang im Handwerk aus. Sie hatte bereits früher darauf verwiesen, dass die Verhältnisse im Handwerksgewerbe keine wirtschaftliche Sonderstellung und damit auch keine rechtlichen Ausnahmen innerhalb der Gewerbeordnung rechtfertigen. Das gilt gleichermaßen auch im Rahmen der heutigen, veränderten gesetzlichen Begründungen in einigen – weniger gewordenen – Handwerksbereichen. Ausländische Erfahrungen, aber auch der Vergleich von Handwerken mit und ohne Meisterzwang in Deutschland lassen die Begründung für eine Fortsetzung der Regulierung als wenig stichhaltig erscheinen. Die Einführung einer Meisterprüfung auf freiwilliger Basis in den nicht zulassungspflichtigen Handwerken trägt dem Bedürfnis, in der Öffentlichkeit und im handwerklichen Wettbewerb ein Qualitätssignal zu geben, Rechnung und ist daher – übereinstimmend mit früheren Empfehlungen der Monopolkommission – eine wichtige Verbesserung der rechtlichen Rahmen-

bedingungen für das Handwerk. Die mit der gegenwärtigen Novellierung der Handwerksordnung seitens der Regierungsfraktion verbundene Erwartung, das Handwerksrecht "zukunfts-fähig, zukunftssicher und europafest zu machen", könnte um so mehr in Erfüllung gehen, würde man noch stärker auf die Liberalisierung setzen und gänzlich auf eine Regulierung in Form des Meisterzwangs verzichten.

◆ **Neues Untersagungskriterium in der Fusionskontrolle?**

**87.\*** Die novellierte europäische Fusionskontrollverordnung (FKVO), die am 1. Mai 2004 in Kraft getreten ist, enthält auch ein neues materielles Untersagungskriterium. Während es bisher auf die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung ankam, stellt das neue Kriterium auf die "erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs" ab. Allerdings wird die Marktbeherrschung als Beispiel für eine erhebliche Wettbewerbsbehinderung weiterhin erwähnt. Da die englischsprachige Version der FKVO ein "significant impediment to effective competition" verlangt, hat sich für das neue Kriterium bereits die Bezeichnung SIEC-Test eingebürgert. Eine weitere Neuerung findet sich in den Erwägungsgründen zur novellierten FKVO. Danach können Effizienzvorteile in Zukunft zur Freistellung eines Zusammenschlusses führen, wenn sie die wettbewerbsschädlichen Folgen der Fusion zumindest ausgleichen.

**88.\*** Eine angemessene Bewertung des neuen Untersagungskriteriums ist nur möglich, wenn man andere, damit zusammenhängende Reformen in die Betrachtung mit einbezieht. Diese Reformen sind Teil eines "more economic approach", mit dem die Kommission versucht, ihre Wettbewerbspolitik stärker auf explizit ökonomische Analysen zu stützen. Dazu gehören im Bereich der Fusionskontrolle insbesondere die Veröffentlichung von Leitlinien über die Beurteilung von Zusammenschlüssen sowie die Ernennung eines Chefökonom.

Hintergrund des "more economic approach" in der Fusionskontrolle ist der Vorwurf vieler Ökonomen, die bisherige Amtspraxis sei oft nicht auf fundierte ökonomische Analysen gestützt gewesen, sowie drei Entscheidungen des Gerichts erster Instanz, in denen Untersagungsentscheidungen aufgehoben und die wettbewerbliche Argumentation der Kommission teilweise harsch kritisiert wurde.

Der verstärkt ökonomische Ansatz zeigt sich besonders deutlich in den inzwischen veröffentlichten Leitlinien zur Beurteilung horizontaler Fusionen. Die Kommission rezipiert dort einige traditionelle Modelle aus der Monopol- und Oligopoltheorie. Bei den wettbewerbsschädlichen Effekten steht nicht die juristische Unterscheidung zwischen Einzelmarktbeherrschung und kollektiver Marktbeherrschung im Vordergrund; vielmehr wird zwischen unilateralen und koordinierten Effekten unterschieden.

**89.\*** Zwar war die Einführung einer stärker ökonomisch geprägten Amtspraxis nicht von der Änderung des Untersagungskriteriums abhängig. Jedoch kam die Frage auf, ob im Marktbeherrschungskriterium eine "Lücke" bestehe, weil nicht alle ökonomisch relevanten Wettbewerbschäden erfasst werden könnten. Die Diskussion bezog sich dabei hauptsächlich auf die unilateralen Effekte im Oligopol und wurde vor allem am Beispiel des Airtours-Falles geführt. Die Kommission hatte den Zusammenschluss zwischen den britischen Touristik-Unternehmen Airtours und First Choice untersagt, weil sie die Entstehung einer kollektiven beherrschenden Stellung befürchtete. Das Gericht erster Instanz hob diese Entscheidung auf, da seiner Ansicht nach die Voraussetzungen für eine kollektive Marktbeherrschung nicht nachgewiesen waren. In der Urteilsbegründung stellte das Gericht nur auf die Voraussetzungen für koordinierte Effekte ab. Einige Beobachter waren aber der Meinung, dass im Airtours-Fall

auch unilaterale Effekte im Oligopol zu prüfen gewesen wären. Nach der Entscheidung war aber unklar, ob diese Effekte mit dem Begriff der Marktbeherrschung vollständig erfasst werden können.

Jedoch war mit der Airtours-Entscheidung höchstens die Gefahr einer Lücke im Marktbeherrschungstest nachgewiesen. Trotzdem entschied man sich, das Untersagungskriterium zu ändern, um im Bereich der unilateralen Effekte für Rechtsklarheit zu sorgen.

**90.\*** Die Monopolkommission befürwortet das Vorhaben, die europäische Fusionskontrolle in stärkerem Maß auf ökonomische Analysen zu stützen. Sie begrüßt auch, dass aus Gründen der Rechtssicherheit der Begriff der Marktbeherrschung als Beispiel für eine erhebliche Wettbewerbsbehinderung erhalten bleibt. Sie weist Auslegungen zurück, die den Marktbeherrschungstest nur noch als Regelbeispiel ansehen; vielmehr liegt bei Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung stets eine erhebliche Wettbewerbsbehinderung vor. Die Entstehung von Effizienzvorteilen und ihre Weitergabe an die Verbraucher ist davon getrennt zu prüfen.

**91.\*** Die Monopolkommission hält es grundsätzlich für wünschenswert, dass auch in der deutschen Fusionskontrolle stärker auf ökonomische Analysen abgestellt wird. Dafür ist es aber nicht unbedingt notwendig, vom bisher in Deutschland geltenden Marktbeherrschungstest abzugehen. Auch wäre die Einführung eines "more economic approach" mit gewissen praktischen Problemen verbunden. Insbesondere ist zu fragen, wie die Gerichte mit ökonomischen Argumenten und Beweismitteln umgehen würden. Zudem könnte die offene und teilweise missverständliche Formulierung des SIEC-Tests zum Einfallstor für industriepolitisch motivierte Erwägungen werden.

**92.\*** Die Monopolkommission rät deshalb entschieden davon ab, den SIEC-Test bereits in der aktuellen Siebten GWB-Novelle in das deutsche Recht einzuführen. Allein der Wunsch nach Harmonisierung mit dem europäischen Recht kann eine Änderung nicht rechtfertigen. Es gibt keine rechtlichen oder praktischen Gesichtspunkte, die eine sofortige Anpassung erforderlich machen würden. Gerade weil der SIEC-Test nur im Zusammenhang mit der Einführung eines "more economic approach" sinnvoll wäre, sollte die Entscheidung darüber erst nach einer grundlegenden Diskussion erfolgen. Sollte es dann zu einer Entscheidung für das neue Untersagungskriterium kommen, bestände für die betroffenen Kreise ausreichend Zeit, sich auf die neue Amtspraxis vorzubereiten.

**93.\*** Die Monopolkommission hält es aber für wünschenswert, dass das Bundeskartellamt bereits jetzt seine ökonomische Kompetenz stärkt und institutionalisiert. Dies könnte nach Auffassung der Monopolkommission am besten durch die Einführung eines ökonomischen Grundsatzreferats erfolgen. Dazu ist möglicherweise eine Ausweitung der Personalressourcen des Amtes notwendig.

**94.\*** Kurz vor Redaktionsschluss dieses Hauptgutachtens hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit ein Diskussionspapier versandt, das sich für eine Übernahme des SIEC-Tests in die deutsche Fusionskontrolle ausspricht. Vieles deutet darauf hin, dass an eine Reform des Untersagungskriteriums bereits in der Siebten GWB-Novelle gedacht wird. Für die Monopolkommission ist unverständlich, wieso ein derartiger Vorschlag erst jetzt in die Debatte eingeführt wird; die wesentlichen Informationen über das neue europäische Untersagungskriterium waren jedenfalls seit Anfang dieses Jahres bekannt. Nach Ansicht der Monopolkommission wäre es äußerst problematisch, wenn über eine wettbewerbspolitisch zentrale Frage wie das Untersagungskriterium der Fusionskontrolle in einem „abgekürzten Verfahren“

ohne fundierte Diskussion entschieden werden sollte. Sie appelliert deshalb an den Gesetzgeber, die Beratungen über die Übernahme des SIEC-Tests in das GWB auf die Zeit nach der Verabschiedung der Siebten GWB-Novelle zu verschieben.

◆ **Fortschritte bei der Entwicklung der Konzentrationsstatistik**

**95.\*** Die Monopolkommission drängt seit Ende der achtziger Jahre darauf, dass in der amtlichen Wirtschaftsstatistik Unternehmen nicht nur im Sinne rechtlicher Einheiten, sondern als wirtschaftliche Entscheidungseinheiten erfasst werden. Die Europäische Union verfolgt zur Beobachtung des Wettbewerbs und der Konzentration im Gemeinsamen Markt seit langem das entsprechende Ziel, Unternehmen, die aus einem Komplex rechtlich verselbständigter Einheiten bestehen, und Unternehmensgruppen, insbesondere in Gestalt von Konzernen, zu erfassen. Die hierzu bereits 1993 vom Europäischen Rat erlassenen Verordnungen wurden vom Statistischen Bundesamt jedoch bisher nicht angewendet.

**96.\*** Der deutsche Gesetzgeber hat 1998 zur Anwendung des europäischen Rechts in der amtlichen Statistik vorgesehen, Kontrollbeziehungen zwischen verbundenen Unternehmen im amtlichen Unternehmensregister zu erfassen. Dies ist bislang nicht geschehen. Ende 2000 hat der Deutsche Bundestag das Statistische Bundesamt in § 47 Abs. 1 GWB zusätzlich verpflichtet, Unternehmensgruppen im Rahmen der gesetzlich vorgeschriebenen Konzentrationsberichterstattung der Monopolkommission zu berücksichtigen. Das Amt hatte auch diese gesetzliche Vorschrift bis Mitte 2002 nicht vollzogen.

**97.\*** Nachdem ein Ende des Stillstands der Bundesstatistik auf diesem Gebiet nicht absehbar war, haben die Statistischen Ämter der Länder die Initiative ergriffen und ein gemeinsames Konzept entwickelt, um Unternehmensgruppen in den amtlichen Konzentrationsstatistischen Aufbereitungen für die Monopolkommission zu berücksichtigen. Dieses Konzept ist für das Produzierende Gewerbe im Berichtsjahr 2001 erfolgreich angewendet worden und liegt den empirischen Ergebnissen in Kapitel II dieses Gutachtens zugrunde.

**98.\*** In einer Bund-Länder Arbeitsgruppe, der das Statistische Bundesamt, fünf Statistische Landesämter (stellvertretend für die übrigen Bundesländer) und die Monopolkommission angehören, wurde mit großem Engagement und Sachkunde ein methodisches Konzept entsprechend den Anforderungen für das Fünfzehnte Hauptgutachten der Monopolkommission entwickelt.

Als Ergebnis des Verfahrens wurden von der amtlichen Statistik in der 400.000 gruppenzugehörige Unternehmen umfassenden Datei der Monopolkommission für das Produzierende Gewerbe unter den dort 38.198 Unternehmen (mit 20 und mehr Beschäftigten) 17.461 Unternehmen als Mitglied einer Unternehmensgruppe identifiziert. Danach entfallen im Produzierenden Gewerbe im Jahr 2001

- 45,7 % der Unternehmen,
- 81,8 % der Umsätze und
- 73,6 % der Anzahl der Beschäftigten

auf Unternehmensgruppen. Die zuständige Fachgruppe im Statistischen Bundesamt hat das Gesamtergebnis nach verschiedenen Strukturmerkmalen gegliedert; die Ergebnisse sind Gegenstand von Kapitel II dieses Gutachtens.

**99.\*** Die Monopolkommission beabsichtigte weiterhin, die statistisch erfassten Unternehmensgruppen daraufhin zu prüfen, inwieweit sie als innerhalb der Wirtschaftszweige als

Wettbewerbsgruppen zu bewerten sind. Die von der Monopolkommission hierzu beim Statistischen Bundesamt als Zusatzaufbereitung für Bundeszwecke beantragte Analyse der Kontrollbeziehungen der Unternehmensgruppen wurde durch eine Entscheidung der Leitung des Statistischen Bundesamtes aus rechtlich und sachlich nicht nachvollziehbaren Gründen verhindert. Die Kommission konnte daher das empirisch und methodisch grundlegende Kapitel I dieses Gutachtens zur wettbewerbspolitischen Bedeutung der Struktur von Beteiligungsnetzen und der Gruppenbildung deutscher Unternehmen nicht erstellen.

Über den Antrag der Monopolkommission zur Durchführung einer Strukturanalyse hatte das Statistische Bundesamt nach mehrmonatiger Prüfung entschieden, diese Analyse für die Kommission selbst durchzuführen. Voraussetzung sei jedoch, dass die Monopolkommission dem Statistischen Bundesamt für die rund 17.000 Unternehmen betreffende Analyse lizenzrechtlich Zugang zu sämtlichen rund 400.000 Einzelangaben der privaten Datenanbieter über gruppenzugehörige deutsche Unternehmen verschaffte. Die mit dem Erfordernis der statistischen Geheimhaltung begründete Forderung ist für die Monopolkommission nicht nachvollziehbar und kann nur als sachfremd und rechtlich fehlerhaft bezeichnet werden.

Darüber hinaus hätte die Weiterleitung der Daten einen Bruch vertraglicher Vereinbarungen der Monopolkommission mit den privaten Datenanbietern bedeutet. Die vertraglichen Bindungen der Monopolkommission als unselbständiger Einrichtung des Bundes ohne eigene Rechtspersönlichkeit binden jedoch den Bund als Rechtsträger und alle nachgeordneten Stellen. Eine Aufforderung an die Monopolkommission zum Vertragsbruch durch das Statistische Bundesamt kommt insofern dem Versuch zu einem eigenen Vertragsbruch des Amtes gleich.

Das Statistische Bundesamt setzt sich zugleich in Widerspruch zu den strengen sanktionsbewehrten Anforderungen, die es – zu Recht – zum Schutz der eigenen Daten verlangt. Das Bundesamt hat mit seiner unbegründeten Blockade nicht nur das Vertrauen privater Datenanbieter beschädigt, sondern auch seine Pflicht zur Durchführung von Zusatzaufbereitungen für Bundeszwecke nach dem Bundesstatistikgesetz verletzt und die Erwartung des Gesetzgebers und der Bundesregierung, mit der Novellierung von § 47 Abs. 1 GWB wettbewerbspolitisch aussagekräftige Ergebnisse zu gewinnen, konterkariert.

**100.\*** Auch für die kommenden Gutachten der Monopolkommission hält das Statistische Bundesamt an seiner Forderung fest, dass die Monopolkommission dem Bundesamt Angaben über die Gesamtwirtschaft zur Verfügung zu stellen hat, auch wenn sich die Konzentrationsberichterstattung nach Unternehmensgruppen nur auf ausgewählte Wirtschaftsbereiche bezieht. Das bedeutet, aus den rund 3 Mio. deutschen Unternehmen die rund 400.000 gruppenzugehörigen Unternehmen zu ermitteln, auch wenn die amtliche Statistik, wie im Falle des Produzierenden Gewerbes, lediglich 4 % dieser Angaben verarbeiten konnte. Der Marktwert der vollständigen Angaben und ihrer Aufbereitung übersteigt 1 Mio. €. Die damit verbundene Verschwendung öffentlicher Mittel ist nicht vertretbar. Die Vorschrift des Gesetzes in § 47 GWB zur Berücksichtigung von Unternehmensgruppen in der amtlichen Statistik wäre zukünftig nicht vollziehbar.

**101.\*** Ebenfalls schwer wiegt, dass das Statistische Bundesamt hierzu dem Deutschen Bundestag kurz vor Ende der Legislaturperiode im September 2003 einen Bericht mit gravierenden fachlichen Mängeln vorgelegt hat. Der Bericht hätte zu falschen politischen Schlussfolgerungen verleiten können und begründet Zweifel an der Loyalität des Statistischen Bundesamtes gegenüber dem Deutschen Bundestag. Das Bundesamt vermittelt den Eindruck, der Auftrag des Gesetzgebers zur Erfassung von Unternehmensgruppen nach § 47 Abs. 1 GWB sei technisch weitgehend nicht vollziehbar und verursache unverhältnismäßig hohe Kosten.

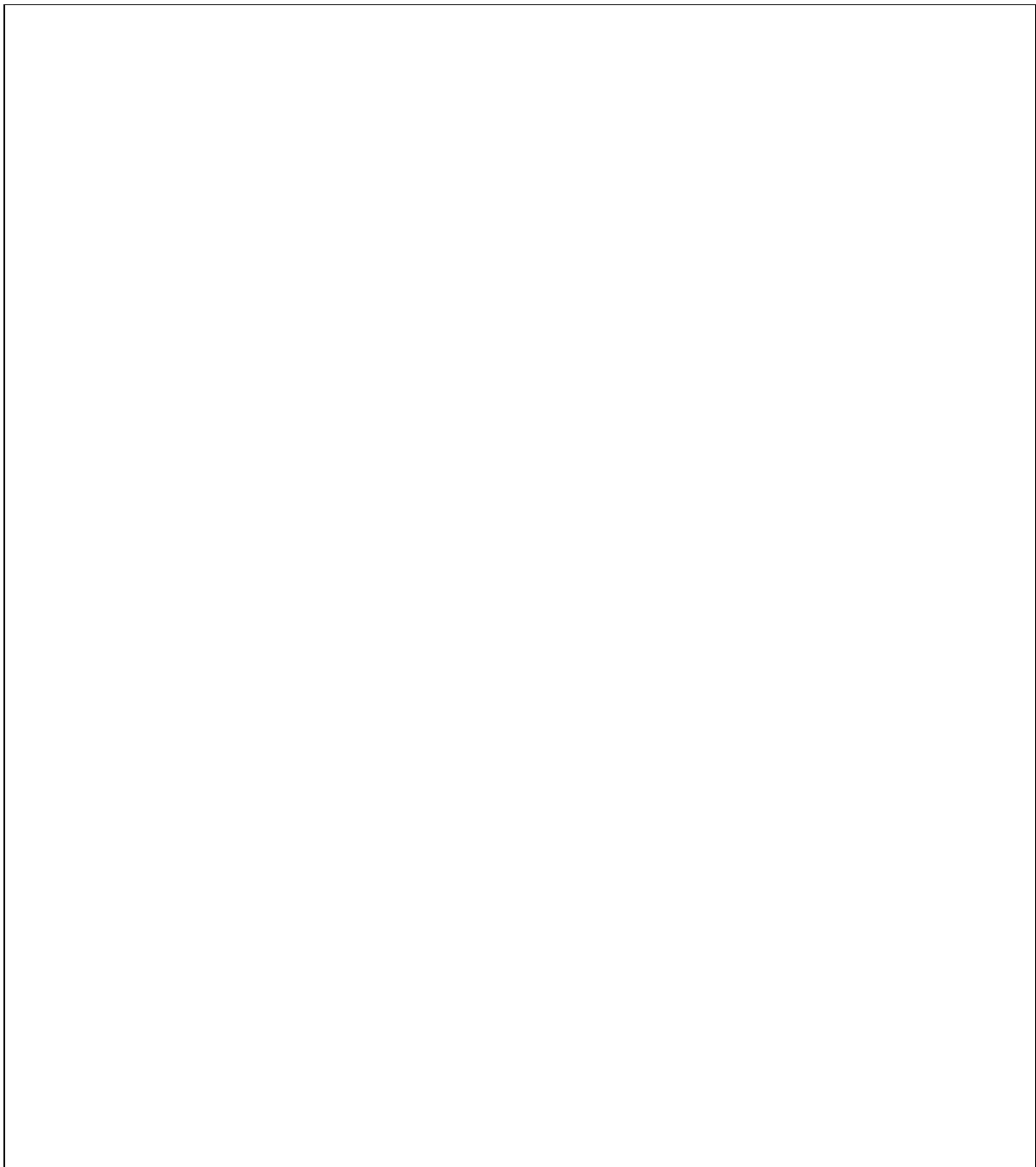
Dies ist offensichtlich unzutreffend. Das Amt war bereits vor Abschluss des Berichts aus den Statistischen Ämtern der Länder darauf hingewiesen worden, dass das von ihm angewendete Verfahren fachlich unangemessen und ineffektiv sei. Das von den Ländern entwickelte, wesentlich leistungsfähigere und kostengünstigere datentechnische Konzept ist Grundlage der vorliegenden Berichterstattung der Monopolkommission in Kapitel II.

**102.\*** Es fragt sich, ob die strittige Entscheidungspraxis des Statistischen Bundesamtes durch eine wirksame Rechts- und Fachaufsicht hätte unterbunden werden können. Zukünftig sollte sichergestellt sein, dass die nach § 47 Abs. 1 GWB vorgeschriebenen Untersuchungen der Monopolkommission nicht mit administrativen Mitteln verhindert werden. Soweit die Defizite bei der Rechtsanwendung auf statistikrechtlichen Auslegungsfragen beruhen, erscheint es für die Zukunft erforderlich, die Rechtsgrundlagen in § 47 Abs. 1 GWB nach den vorliegenden Erfahrungen zu präzisieren. Die Monopolkommission würde die Auffassung des Bundesministeriums des Inneren, dass sich die Regelung der zwischen Monopolkommission und Statistischem Bundesamt strittigen Fragen aus dem Wortlaut des Gesetzes erschließen lassen, teilen, wenn die Selbstverständlichkeit akzeptiert würde, dass die Monopolkommission entsprechend § 47 GWB gemeinsam mit dem Statistischen Bundesamt eine Statistik für Bundeszwecke (Bundesstatistik) und nicht für "eigene" Zwecke erstellt. Diese Aufgabe verlangt eine tatsächliche und rechtlich enge Kooperation unter den jeweiligen Stellen und den Austausch der erforderlichen Angaben.

**103.\*** Die Monopolkommission hat die Notwendigkeit einer Änderung von § 47 GWB zur Präzisierung der Rechtslage schon mehrfach vorgetragen. Dies ist bereits wegen der fachlich notwendigen Einbindung der Statistischen Ämter der Länder für die zukünftige Arbeit der Kommission unabweisbar. Einer entsprechenden Anregung des Deutschen Bundestages folgend schlägt die Monopolkommission daher vor, § 47 GWB durch einen neuen Absatz 2 zu ergänzen. Möglicherweise könnte die erforderliche Zusammenarbeit zwischen der Monopolkommission und den Statistischen Ämtern des Bundes und der Länder auch aufgrund einer gesetzlichen Ermächtigung für eine Verordnung geregelt werden, die vom Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit im Einvernehmen mit dem Bundesministerium des Innern zu erlassen wäre.

### ***I. Wettbewerbspolitische Bedeutung der Beteiligungsnetze und der Gruppenbildung der Unternehmen***

**104.\*** Die Monopolkommission hatte im Rahmen ihres gesetzlichen Auftrags vorgesehen, die vom Statistischen Bundesamt für die Monopolkommission berechneten konzentrationsstatistischen Ergebnisse zum Zusammenhang zwischen der Gruppenbildung der Unternehmen und den Konzentrationsgrad unter wettbewerbspolitischen Gesichtspunkten näher zu analysieren und zu bewerten. Diese Untersuchung wurde von der Leitung des Statistischen Bundesamtes blockiert. Dadurch konnte die Monopolkommission diesen Teil ihres gesetzlichen Auftrags nicht erfüllen.





## ***II. Stand der wirtschaftlichen Konzentration in den Wirtschaftsbereichen und in der Güterproduktion unter Berücksichtigung von Unternehmens- und Anbietergruppen***

**105.\*** Die Monopolkommission hat erstmals mit dem vorliegenden Hauptgutachten den Einfluss der Konzern- und Gruppenbildung von Unternehmen und Anbietern auf den Konzentrationsgrad in der Wirtschaft untersucht. Dies war möglich, nachdem der Gesetzgeber in § 47 Abs. 1 GWB das Statistische Bundesamt 2001 verpflichtet hat, die Angaben der Monopolkommission zur Verflechtung der Wirtschaft in den konzentrationsstatistischen Aufbereitungen für die Monopolkommission zu verwenden. Mit der Berücksichtigung der Konzern- und Gruppenbildung wird zugleich langjährigen Forderungen der Europäischen Union und der Bundesregierung entsprochen. Die bisherigen konzentrationsstatistischen Ergebnisse der amtlichen Statistik waren erheblich verzerrt, da diese ausgehend von einem formalen Unternehmensbegriff auf die jeweils kleinsten rechtlichen Einheiten, nicht aber auf die wirtschaftlich relevanten Entscheidungseinheiten abstellt.

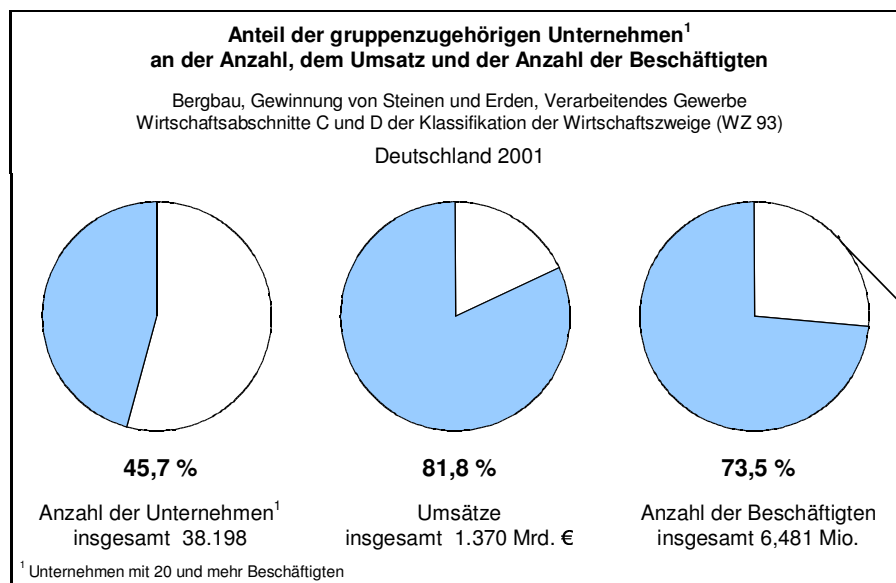
**106.\*** Zum Berichtsjahr 2001 hat die Monopolkommission unter den insgesamt rund 3,31 Mio. deutschen Unternehmen 395.409 konzern- und gruppenzugehörige Unternehmen (einschließlich Konzernen und sonstigen kontrollierte Verbünde) ermittelt, die jeweils einer von 121.360 Unternehmensgruppen angehören. Insgesamt umfassen rund 80 % der Unternehmensgruppen bis zu drei Unternehmen. Die Besetzungszahlen sind jedoch breit gestreut; 2.310 Unternehmensgruppen kontrollieren zehn bis 19 Unternehmen, 30 Unternehmensgruppen mehr als 200 Unternehmen und zehn Unternehmensgruppen kontrollieren über 500 Unternehmen.

3,31 Mio. Unternehmen mit Sitz in Deutschland

- davon 40,1 % Tochtergesellschaften
  - davon 66,7 % kontrollierte Tochtergesellschaften
- davon 28,7 % kontrollierte Tochtergesellschaften und Unternehmen als ultimative Eigner
  - davon 47,4 % gruppenzugehörige Unternehmen in Gruppen mit zwei und mehr Unternehmen

**107.\*** Das vorliegende Hauptgutachten beschränkt sich auf eine deskriptiv-statistische Analyse zum Einfluss der Gruppenbildung auf den Konzentrationsgrad im Rahmen der amtlichen Statistik. Eine Untersuchung der wettbewerbspolitisch entscheidenden Frage, inwieweit die Unternehmen und Anbieter einer Gruppe als wettbewerbliche Einheit angesehen werden können, konnte die Monopolkommission wegen fehlender Datenlieferung nicht durchführen. Dieser Vorgang ist in Abschnitt 9.2 des Einleitungskapitels näher dargelegt.

Die Untersuchung beschränkt sich empirisch ferner im Wesentlichen auf das Verarbeitende Gewerbe, da die amtliche Statistik bislang nur für diesen Bereich die erforderlichen Aufbereitungen der amtlichen Unternehmens- und Produktionsstatistik nach Unternehmens- und Anbietergruppen durchführen konnte. Auf dieser Datenbasis umfassen die ausgewählten Wirtschaftsabteilungen C und D der amtlichen Klassifikation der Wirtschaftszweige insgesamt 38.198 Unternehmen mit 20 und mehr Beschäftigten, die sich nach dem Anteil der gruppenzugehöriger Unternehmen an der Anzahl, dem Umsatz und der Anzahl der Beschäftigten wie folgt gliedern.



Bereits die Höhe der Anteilswerte belegt die Gruppenbildung der Unternehmen im Bergbau, in der Gewinnung von Steinen und Erden und im Verarbeitenden Gewerbe als ein zentrales organisatorisches Strukturprinzip der Wirtschaft. Für die im Rahmen der amtlichen Produktionsstatistik erfassten Anbieter nach Güterbereichen bestehen vergleichbare Relationen. Es ist zu vermuten, dass ähnlich signifikante Anteilswerte auch in anderen Wirtschaftsbereichen, insbesondere im Handel und im Dienstleistungsbereich bestehen. Die rund 400.000 Mitglieder der über 120.000 Unternehmensgruppen in Deutschland verteilen sich mit rund 25 % bzw. 50 % auf diese Bereiche.

#### *Methodische Grundlagen*

**108.\*** Der von der Monopolkommission verwendete Begriff der Unternehmensgruppe entspricht den definitorischen Vorgaben der Europäischen Union. Sie sind integrierender Bestandteil einer Folge von Beschlüssen des Europäischen Rates zur Schaffung der empirischen Grundlagen einer europäischen Wirtschafts- und Wettbewerbspolitik. Der Begriff der Unternehmensgruppe fußt auf dem zentralen Begriff der unternehmerischen Kontrolle, der grundsätzlich alle nachhaltigen Einflussmöglichkeiten einer Einheit auf ein rechtlich selbständiges Unternehmen einschließt. Der deutsche Gesetzgeber hatte zur Umsetzung der hierzu ergangenen europäischen Ratsverordnung von 1993 bereits im Statistikregistergesetz von 1998 vorgesehen, zur Erfassung von Unternehmensgruppen im Unternehmensregister der amtlichen Statistik das Merkmal der Kontrolle aufzunehmen. Diese Vorschrift wurde aber, obwohl unmittelbar geltendes europäisches Recht, von der deutschen amtlichen Statistik in diesem Zusammenhang bislang nicht vollzogen.

**109.\*** Ökonomisch besteht ein breites Spektrum möglicher Kontrollbeziehungen, die infolge der Dynamik der Wirtschaft einem ständigen Wandel unterliegen. Am Beginn des Spektrums steht der rechnungslegende Konzern. Neben Kapitalverflechtungen bestehen personelle Verflechtungen, besondere vertragliche Bindungen in Form von Beherrschungs- oder Gewinnabführungsverträgen u.ä., Vereinbarungen über die Leitung von Gemeinschaftsunternehmen, strategische Allianzen und Partnerschaften oder die Mitgliedschaft in Kooperationsystemen auf der Beschaffungs- (z. B. Einkaufsgenossenschaften) und Absatzseite (z.B. Franchising). Im Grenzfall wird ein Unternehmen allein aufgrund seiner faktischen wirtschaftlichen Abhän-

gigkeiten kontrolliert, wenn es z.B. als exklusiver Zulieferer oder Abnehmer Teil des Vertriebs- oder Beschaffungssystems (z.B. "just-in-time-production") eines anderen Unternehmens ist. Die in verschiedenen Formen bestehenden Kontrollbeziehungen können getrennt oder gemeinsam auftreten. So spiegelt eine nachhaltige Beteiligung am Eigenkapital eines Unternehmens in vielen Fällen auch eine entsprechende personelle Repräsentanz in dessen Kontrollorganen oder dem Management wider.

**110.\*** Die Möglichkeiten, Kontrollbeziehungen für empirische Zwecke zu erfassen und zur statistischen Anwendung operational zu definieren sind beschränkt. Das Statistische Amt der Europäischen Gemeinschaften (Eurostat) hat nach längeren gemeinsamen Vorarbeiten mit den Statistischen Ämtern der Mitgliedstaaten für statistische Zwecke ein Konzept entwickelt, das als hinreichendes Kriterium der Kontrolle auf der Mehrheit einer Beteiligung am Eigenkapital gestützt ist. Dieses Konzept verfolgt auch die Monopolkommission.

Die Monopolkommission definiert als Unternehmensgruppe eine Anzahl von zwei und mehr Unternehmen, die über eine oder mehrere Beteiligungsstufen oder -ketten aufgrund einer mehrheitlichen Beteiligung am Eigenkapital von einem ultimativen Eigner kontrolliert werde, der selbst durch keinen anderen Anteilseigner mehrheitlich kontrolliert wird. Der ultimative Eigner gehört einer nationalen Unternehmensgruppe an, wenn er selbst ein Unternehmen ist und seinen Sitz in dem betreffenden Land hat. Für europäische oder internationale Unternehmensgruppen gilt Entsprechendes. Kontrollbeziehungen aufgrund anderer Tatbestände (Beherrschungsverträge u.a.) werden einbezogen, soweit hierzu Angaben verfügbar sind. Eine eingehende Darstellung der rechtlichen Grundlagen und begrifflichen Zusammenhänge enthält das vorangehende Vierzehnte Hauptgutachten 2000/2001.

**111.\*** Der Monopolkommission ist bewusst, dass ein Kontrollkonzept, das sich auf eine mehrheitliche Kapitalbeteiligung beschränkt, nur als "stylized fact" für statistische Zwecke vertretbar ist. Neben qualitativen Merkmalen der unternehmerischen Kontrolle ist auch bei der Erfassung von Mehrheitsbeteiligungen zu berücksichtigen, dass diese nicht in allen Fällen zur Ausübung der Kontrolle ausreichen oder hierzu erforderlich sind.

Neben den Beteiligungsquoten am Eigen- bzw. Stammkapital eines Unternehmens sind die Stimmrechtsverhältnisse in den Haupt- bzw. Gesellschafterversammlungen und die tatsächliche Präsenz der Anteilseigner unter Berücksichtigung von Stimmrechtsbeauftragungen (Depotstimmrecht), Mehrfachstimmrechten, besonderen Sperrminoritäten, "goldenen Aktien" u.ä. zu berücksichtigen. Ein kontrollierender Einfluss ist aber auch mit Hilfe einer Minderheitsbeteiligung möglich. Dies ist z.B. der Fall, wenn neben einem Kapitaleigner mit einem erheblichen, aber unterhalb der Mehrheit liegenden Anteil eine latente Gruppe kleiner Anteilseigner gegenübersteht (Streubesitz). In diesen Fällen wäre die Entwicklung einer Regel erwägenswert, die auf die Struktur der Kapitalanteile an einem Unternehmen abstellt.

#### *Statistikexterne und -interne Datenquellen*

**112.\*** Die Angaben zur Gruppenbildung der Unternehmen in Deutschland hat die Monopolkommission aus allgemein zugänglichen, kommerziell angebotenen Datenquellen über Beteiligungsverhältnisse der Unternehmen gewonnen, aus den Einzelangaben die Beteiligungsnetze der Unternehmen entwickelt, diese nach kontrollierenden Beziehungen aufgrund von Mehrheitsbeteiligungen strukturiert und hieraus die bestehenden Unternehmensgruppen und deren ultimative Eigner abgeleitet. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit hat die Entwicklung des Konzepts, der Methodik und des Verfahrens im Rahmen eines Forschungsprojekts unterstützt. Eine detaillierte Aufbereitung dieser Datenbasis nach den verwendeten

Datenquellen, der Anzahl der Unternehmen in einer Gruppe und der Höhe der Anteilsquoten, nach dem Sitz der Unternehmen und ultimativen Eigner in den Bundesländern, nach Wirtschaftszweigen, Rechtsformen und dem Anteil des Staates als ultimativem Eigner enthält das vorangehende Vierzehnte Hauptgutachten 2000/2001 der Monopolkommission.

**113.\*** Die Anzahl der von einem ultimativen Eigner kontrollierten Unternehmen einer Gruppe besitzt allein wenig ökonomische Aussagekraft. Abgesehen davon, dass weitere Kapitalbeteiligungen unterhalb der absoluten Mehrheit eine Rolle spielen können, sind unter wirtschafts- und wettbewerbspolitischen Gesichtspunkten der Umsatz und die Zahl der Beschäftigten wichtige empirische Indikatoren für das ökonomische Gewicht der Unternehmen und Unternehmensgruppen. Die von der Monopolkommission ermittelten Unternehmensgruppen wurden aber von der amtlichen Statistik in den für die Monopolkommission durchgeführten Konzentrationsstatistischen Aufbereitungen nach Umsatz und Beschäftigten zunächst nicht berücksichtigt. Die hierzu erforderliche Verbindung der von der Monopolkommission ermittelten Angaben zur Gruppenzugehörigkeit der Unternehmen mit den amtlich erhobenen Einzelangaben der amtlichen Statistik scheiterte seinerzeit an administrativen Widerständen des Statistischen Bundesamtes. Die Verbindung der statistikexternen mit den -internen Angaben ist aber notwendig, da die amtlichen Angaben über den Umsatz und die Zahl der Beschäftigte der einzelnen Unternehmen und deren Zuordnung zu einem Wirtschaftszweig präziser sind, als allgemein zugänglichen Quellen zu entnehmen ist. Zum vorliegenden Gutachten haben die Statistischen Ämter der Länder jedoch eine Verbindung der statistikexternen und -internen Angaben für Unternehmen des Produzierenden Gewerbes im Berichtsjahr 2001 hergestellt.

**114.\*** Für das vorliegende Gutachten beschränken sich die Konzentrationsstatistischen Aufbereitungen der amtlichen Statistik nach Wirtschaftszweigen und nach der Güterproduktion unter Berücksichtigung von Unternehmens- bzw. Anbietergruppen im zuletzt verfügbaren Berichtsjahr 2001 auf die Wirtschaftsabteilungen C und D des Produzierenden Gewerbes d.h. die Wirtschaftsbereiche Bergbau, Gewinnung von Steinen und Erden und Verarbeitendes Gewerbe. Die sektorale Beschränkung der gegenwärtigen Konzentrationsberichterstattung ist eine Folge der gesetzlich festgelegten Berichtskreise für die den Konzentrationsberechnungen zugrunde liegenden jährlichen Strukturstatistiken. Abgesehen von den bisher nicht in die Konzentrationsberichterstattung der Monopolkommission einbezogenen Bereiche Land- und Forstwirtschaft sowie Fischerei, sind regelmäßige amtliche statistische Erhebungen nur für das Produzierende Gewerbe, den Handel, das Gastgewerbe und seit 2001 für ausgewählte Dienstleistungen vorgeschrieben.

**115.\*** Die Erhebungen im Handel, Gastgewerbe und Dienstleistungsbereich erfolgen jedoch auf Stichprobenbasis, deren Ergebnisse in Bezug auf die Gruppenzugehörigkeit der Unternehmen nicht repräsentativ sind. Empirische Anhaltspunkte für die Repräsentativität der auf das Produzierende Gewerbe beschränkten Datenbasis der amtlichen Statistik sind der Umsatzsteuerstatistik für das Jahr 2001 zu entnehmen. Danach wurden über alle Wirtschaftsbereiche rund 2.921.983 Steuerpflichtige mit einem steuerbaren Umsatz aus Lieferungen und Leistungen von 4.272,885 Mrd. € erfasst. Auf die ausgewählten Bereiche Bergbau, Gewinnung von Steinen und Erden und Verarbeitendes Gewerbe entfällt mit 292.214 Steuerpflichtigen ein Anteil von 10 % und mit rund 1.559 Mrd. € Umsatz ein Anteil von 34,5 %. Das bedeutet, dass für die überwiegende Mehrzahl der Unternehmen keine Angaben zur Unternehmenskonzentration aus primärstatistischen Erhebungen der amtlichen Statistik zur Verfügung stehen. Die Beschränkung der Datenbasis auf das Produzierende Gewerbe enthält eine zusätzliche Einschränkung in Bezug auf die Größe der Unternehmen. Im Produzierenden Gewerbe werden zwar sog. Vollerhebungen bei Unternehmen durchgeführt, deren Erfassungs- oder Abschnei-

degrenze beträgt jedoch in der Regel 20 und mehr Beschäftigte. Damit basieren die Konzentrationsstatistischen Ergebnisse lediglich auf den jeweils größeren Unternehmen. Die in den letzten Jahren zusätzlich eingeführten Stichprobenerhebungen für Unternehmen mit weniger als 20 Beschäftigten sind zur Berücksichtigung von Unternehmensgruppen – entsprechend den zum Handel, Gastgewerbe und Dienstleistungsbereich dargelegten methodischen Gründen – nicht geeignet, zumal der Stichprobenumfang keine Konzentrationsstatistischen Aussagen erlaubt.

**116.\*** Alternativrechnungen der Monopolkommission auf der Basis der Umsatzsteuerstatistik 2001 zeigen, dass im Produzierenden Gewerbe die Beschränkung auf einen relativ kleinen Berichtskreis von rund 13,1 % der Unternehmen trotz eines relativ hohen Anteils am Umsatz von 87,9 % zu einer deutlichen Überschätzung des absoluten Konzentrationsgrades und zu einer Unterschätzung des relativen Konzentrationsgrades bezogen auf alle Unternehmen des vollständigen Berichtskreises führt.

Zusammenfassend führt die Beschränkung der statistischen Datenbasis zu einem nicht unerheblichen Informationsverlust für eine umfassende oder repräsentative Untersuchung der Konzentration in der Wirtschaft.

**117.\*** Zukünftig könnte sich die Möglichkeit abzeichnen, Konzentrationsstatistische Untersuchungen über alle Bereiche der Wirtschaft und weitgehend ohne Erfassungsgrenze durchzuführen, wenn das Unternehmensregister der amtlichen Statistik nach den Vorgaben des Statistikregistergesetzes von 1998 sowohl aus Erhebungen als auch aus allgemein zugänglichen sowie aus gerichtlichen und administrativen Quellen – vor allem der Finanzbehörden und der Bundesagentur für Arbeit – vollständig und mit belastbaren Angaben gefüllt sein sollte.

Das Statistische Bundesamt hat auf Arbeitsebene damit begonnen, erste Testrechnungen zur Verwendung des Unternehmensregisters als alternative Datenquelle gegenüber primärstatistisch erhobenen Einzelangaben der Unternehmen über Umsatz und Beschäftigte u.a. durchzuführen. Daneben wurden die Verwendungsmöglichkeiten kommerziell angebotener Datenquellen zur Kapitalbeteiligung der Unternehmen für statistische Zwecke geprüft, wie sie bisher auch von der Monopolkommission verwendet werden.

**118.\*** Wenn die Konzentrationsstatistischen Aufbereitungen des Statistischen Bundesamtes für die Monopolkommission gemäß § 47 GWB zukünftig auf das von den Statistischen Ämtern der Länder dezentral geführte amtliche Unternehmensregister gestützt werden, sind die datentechnischen, methodischen und inhaltlichen Konsequenzen von großer Bedeutung. Hierzu gehören die zeitnahe und konsistente Erstellung der Bundeskopie des Registers, die Eindeutigkeit der Identifikationsmerkmale für die erfassten Unternehmen und Anbieter sowie die Kennzeichnung ihrer Gruppenzugehörigkeit, die mögliche Erweiterung des Berichtskreises und der Konzentrationsmerkmale, die Transparenz der jeweiligen Zeitstände und Aktualisierungsperioden, die Zuverlässigkeit, Konsistenz und Integrität der aus verschiedenen amtlichen Erhebungen sowie heterogenen administrativen und kommerziellen Quellen stammenden Daten, die Nachvollziehbarkeit der Aufbereitungsverfahren sowie präzise definitorische Abgrenzungen.

**119.\*** Fortschritte im Aufbau des Unternehmensregisters und der Weiterentwicklung des Unternehmensregistersystems der amtlichen Statistik sind nicht nur an deren früheren Zuständen zu messen, sondern auch an den gegenwärtig und zukünftig verfügbaren Alternativen.

Die Leistungsfähigkeit der von der amtlichen Statistik vorgehaltenen informationellen Infrastruktur steht bei der Beschaffung, Aufbereitung, Verarbeitung und Analyse von Wirtschafts-

daten zumindest potentiell im Wettbewerb mit privaten Informationsanbietern. Der aktuelle Wettbewerb kommerzieller Anbieter und der zunehmende Informationsbedarf der Fachwissenschaft, der Wirtschaft, von Regierungen und Verwaltungen auf nationaler und internationaler Ebene haben in wenigen Jahren eine erhebliche Steigerung des Datenangebots bewirkt. Die Verbreiterung der Datenquellen umfasst kleine und mittlere Unternehmen, Managementbeziehungen und transnationale Unternehmen, die zunehmende Informationstiefe ermöglicht den direkten Zugang zu Bilanzdaten. Die Differenzierung und Konsolidierung der Datenbestände führt zu einer höheren Transparenz und Konsistenz der Informationsbasis. Daneben stehen Qualitätsverbesserungen in Bezug auf Zuverlässigkeit und zeitnahe Aktualisierung der Einzelangaben. Komplementär werden Softwarelösungen und Zugangsmöglichkeiten angeboten, die eine am jeweiligen Informationsbedarf orientierte umfassende und detaillierte Aufbereitung und Analyse der Daten sowie deren externe Verknüpfung zur Weiterverarbeitung oder Referenzierung und Qualifizierung bieten.

Die informations- und datentechnische Dynamik in der Produktion und Verarbeitung von Wirtschaftsdaten verlangt von allen Beteiligten eine kontinuierliche Prüfung der sich jeweils bietenden Alternativen. Die Statistischen Ämter des Bundes und der Länder werden sich dem Wettbewerb auf diesem Gebiet auf die Dauer nicht entziehen können. Sie müssen davon ausgehen, dass die Nutzer in Zukunft die Leistungen der amtlichen Statistik vermehrt mit dem Angebot privater Datenproduzenten vergleichen und ein angemessenes Verhältnis von Leistung und Preis erwarten.

**120.\*** Wettbewerb und Benchmarking sind auch für die Prüfung und Fortentwicklung der für die Konzentrationsberichterstattung erforderlichen Datenquellen und Verfahren von Bedeutung. Die Monopolkommission hielte es jedoch für problematisch, sich hierbei ausschließlich und auf Dauer allein auf das Unternehmensregister der amtlichen Statistik zu verlassen. Die Entwicklung des amtlichen Registersystems und der Datenbestände liegt seit längerem im Zeitplan zurück, ist auch zukünftig mit zeitlichen und inhaltlichen Unsicherheiten behaftet und auf deutsche Unternehmen beschränkt. Ein Qualitäts- und Kostenvergleich amtlicher und privater Datenquellen bleibt daher notwendig.

**121.\*** Aus diesen Gründen hat die Monopolkommission den Angaben der amtlichen Statistik zum Mengengerüst der Unternehmen nach der Gruppenzugehörigkeit entsprechende Angaben des privaten Anbieters Verband der Vereine Creditreform e.V. (VVC) gegenübergestellt.

Für die einbezogenen 26 Wirtschaftsabteilungen des Produzierenden Gewerbes weist die private Datenquelle VVC mit insgesamt 61.462 Unternehmen gegenüber der amtlichen Angabe von 38.198 Unternehmen eine rund 1,6-fach höhere Anzahl der Unternehmen mit 20 Beschäftigten und mehr auf. Demgegenüber ist der Anteil derjenigen Unternehmen, die keiner bzw. einer Unternehmensgruppe angehören, mit ca. 85 % bzw. 15 % relativ gleich. Entsprechendes gilt für den Anteil der Unternehmensgruppen mit rund 5 % und der Anzahl der resultierenden Einheiten, d.h. der nicht-gruppenzugehörigen Unternehmen und Gruppen, mit rund 90 %.

Auf der Ebene der zweistelligen Wirtschaftsabteilungen setzt sich der Einfluss der höheren Gesamtzahl der Unternehmen fort. Die Anzahl der Unternehmen ist nach der privaten Datenquelle in allen Bereichen höher als nach der amtlichen Quelle. In etwa der Hälfte der Wirtschaftsabteilungen ist sie mehr als doppelt so hoch. Die Relation der Anzahl der gruppenzugehörigen Unternehmen und der hiermit zusammenhängenden Anzahl der Unternehmensgruppen folgt dem Niveau der Relation für die Gesamtzahl der Unternehmen. Da die jeweils verwendete Datenbasis die empirischen Ergebnisse unmittelbar beeinflusst, sind die Gründe für die Abweichungen beider Quellen zu prüfen.

*Empirische Ergebnisse*

**122.\*** Wesentliches empirisches Ergebnis der Berücksichtigung von Unternehmensgruppen in der Konzentrationsberichterstattung der Monopolkommission mit Hilfe der amtlichen Statistik ist die Tatsache, dass unter den 38.198 Unternehmen in den untersuchten Bereichen des Produzierenden Gewerbes 17.461 Unternehmen oder 47,71 % einer Gruppe mit zwei und mehr Unternehmen angehören. Auf diese entfallen 1.121 Mrd. oder 81,81 % der Umsätze und 4.766 Mio. oder 73,56 % der Beschäftigten.

Diese Relationen bedeuten, dass ein erheblicher Teil der wirtschaftlichen Aktivitäten im Produzierenden Gewerbe auf kontrollierte Unternehmen innerhalb einer Gruppe entfällt. Dass hierzu die relativ größten Unternehmen gehören, wird daran sichtbar, dass der Anteil der Umsätze und der Anzahl der Beschäftigten gegenüber dem Anteil der Anzahl der Unternehmen überproportional hoch ist.

**Anzahl, Umsatz und Beschäftigte von Unternehmen<sup>1</sup>  
nach der Zugehörigkeit zu einer Unternehmensgruppe<sup>2</sup>  
im Produzierenden Gewerbe<sup>3</sup>**

Wirtschaftsbereiche C und D der Klassifikation der Wirtschaftszweige (WZ 93):  
Bergbau, Gewinnung von Steinen und Erden, Verarbeitendes Gewerbe

Deutschland 2001

Gruppen- zugehörigkeit	Unternehmen		Umsatz		Beschäftigte	
	Anzahl	Anteil	Umsatz	Anteil	Anzahl	Anteil
	Anzahl	%	in Mrd. €	%	in 1000	%
(a)	(b)	(c)	(d)	(e)	(f)	(g)
Gruppenzugehörige Unternehmen	17.461	45,71 %	1.121	81,81 %	4.766	73,56 %
Nicht gruppenzugehörige Unternehmen	20.737	54,29 %	249	18,19 %	1.713	26,44 %
<b>Insgesamt</b>	<b>38.198</b>	<b>100,00 %</b>	<b>1.370</b>	<b>100,00 %</b>	<b>6.479</b>	<b>100,00 %</b>

**Anmerkungen**

<sup>1</sup> Unternehmen mit 20 und mehr Beschäftigten.

<sup>2</sup> Zugehörigkeit eines Unternehmens zu einer Unternehmensgruppe mit zwei und mehr Unternehmen.

<sup>3</sup> Abschnitte C und D der Klassifikation der Wirtschaftszweige, Ausgabe 1993.

**Quelle**

Monopolkommission nach Arbeitsunterlagen des Statistischen Bundesamtes, Gruppe IV A, Stand 18. Mai 2004

**123.\*** Eine Gliederung der insgesamt 17.461 gruppenzugehörigen Unternehmen im Produzierenden Gewerbe nach der Größe der jeweiligen Unternehmensgruppe, der sie angehören, zeigt folgendes Bild: Nahezu die Hälfte (48,15 %) der Unternehmen stammt aus Gruppen mit bis zu drei Unternehmen und drei Viertel (76,50 %) aus Gruppen mit bis zu zehn Mitgliedern. Die entsprechenden Anteile nach Umsätzen und der Anzahl der Beschäftigten sind dagegen deutlich niedriger. Das bedeutet, dass Gruppen mit nur wenigen Mitgliedern vor allem kleinere Unternehmen – gemessen am Umsatz oder der Anzahl der Beschäftigten – enthalten. Damit korrespondiert, dass sich auf die 405 größten Unternehmensgruppen mit 200 und mehr Unternehmen, die 2,3 % aller Unternehmensgruppen betreffen, 14,9 % der Umsätze und 11,9 % der Anzahl der Beschäftigten konzentrieren.

**124.\*** Gliedert man umgekehrt die 12.447 Unternehmensgruppen, die zumindest ein Mitglied im Produzierenden Gewerbe besitzen, unter Einbezug der Mitglieder, die auch in anderen Wirtschaftsbereichen aktiv sind, erhält man ein Bild über die tatsächliche Größe der auch im Produzierenden Gewerbe aktiven Gruppen.

Bei dieser Betrachtung bestehen unter den 12.447 Unternehmensgruppen, die mit 17.461 gruppenzugehörigen Unternehmen im Produzierenden Gewerbe erfasst wurden, 10.077 oder 81 % Unternehmensgruppen, die jeweils nur ein Unternehmen im Produzierenden Gewerbe besitzen und zu denen 57,7 % aller gruppenzugehörigen Unternehmen zählen. Nur 21 Gruppen oder 0,2 % enthalten mehr als 20 Unternehmen. Dass zahlenmäßig kleinere Unternehmensgruppen auch relativ kleine Unternehmen nach ihrem Anteil am Umsatz und der Anzahl der Beschäftigten enthalten, entspricht dem voranstehend erwähnten allgemeinen Zusammenhang über sämtliche gruppenzugehörige Unternehmen und Unternehmensgruppen.

Die relativ große Anzahl gruppenzugehöriger Unternehmen aus Gruppen, die innerhalb des Produzierenden Gewerbes nur mit einem Unternehmen aktiv sind, ist ein Grund, diese Kategorie besonders zu beobachten. Diese Unternehmen können gegenüber anderen Unternehmen, die keiner Gruppe angehören, über eine besondere wettbewerbliche Position verfügen.

**125.\*** Zur Interpretation der Relationen zwischen den gruppenzugehörigen und nicht -zugehörigen Unternehmen besitzen diejenigen Unternehmen einer Gruppe eine besondere Stellung, die einem Wirtschaftsbereich als einziges Mitglied ihrer Gruppe angehören. Bezogen auf diesen Wirtschaftsbereich tritt die Unternehmensgruppe als Teilgruppe auf, die nur aus einem Unternehmen besteht, wenn die übrigen Mitglieder der Unternehmensgruppe anderen Wirtschaftsbereichen angehören. Da die einzelnen Unternehmen in dem betreffenden Wirtschaftsbereich keine Gruppe mit zwei und mehr Unternehmen bilden, können sie der Menge der nicht-gruppenzugehörigen Unternehmen zugerechnet werden.

Wettbewerbspolitisch nehmen diese Unternehmen über ihren jeweiligen Marktanteil hinaus gegenüber den Unternehmen, die keiner Unternehmensgruppe angehören, eine besondere Stellung ein. Sie können aus der finanziellen Kraft der gesamten Gruppe Nutzen ziehen oder besitzen einen besonderen Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten durch diejenigen Unternehmen innerhalb ihrer Gruppe, die in vor- oder nachgelagerten Wirtschaftsbereichen tätig sind. Dies ist insoweit zu vermuten, als der eine Unternehmensgruppe konstituierende Begriff der Kontrolle von einem strategischen Ziel des ultimativen Eigners ausgeht oder eine Unternehmensgruppe nicht bereits als ein komplexes Unternehmen anzusehen ist.

Das Statistische Bundesamt hat auf der Arbeitsebene mit ersten Testrechnungen begonnen, um die horizontalen und vertikalen Beziehungen zu charakterisieren, in denen die Unternehmen einer Gruppe stehen. Hierfür wird zunächst der wirtschaftliche Schwerpunkt der Unternehmen auf einer tieferen Ebene der Wirtschaftsklassifikation ermittelt.

**126.\*** Von besonderem wettbewerbspolitischem Interesse ist auch die räumliche Konzentration der 17.461 gruppenzugehörigen Unternehmen im Produzierenden Gewerbe nach Bundesländern. Danach besitzen 10.915 der 12.447 Unternehmensgruppen im Produzierenden Gewerbe Mitglieder, die nur in einem Bundesland ihren Sitz haben. Darin sind bereits diejenigen 10.077 Unternehmen bzw. Gruppen enthalten, die ohnehin nur über ein Unternehmen im Produzierenden Gewerbe verfügen. 1.374 Gruppen sind in zwei bis drei Bundesländern aktiv, 158 in mehr als vier sowie zwölf Unternehmensgruppen in mehr als zehn Bundesländern.

Es ist zu vermuten, dass die räumliche Diversität der Unternehmensgruppen nicht nur mit der Zahl der zugehörigen Unternehmen, sondern auch mit deren Größe in Zusammenhang steht.



So entfallen auf die 0,1 % der Unternehmensgruppen, deren Unternehmen in zehn und mehr Bundesländern ihren Sitz haben, 2,4 % der Umsätze und 7 % der Anzahl der Beschäftigten.

**127.\*** Die 26 zweistelligen Wirtschaftsabteilungen im Produzierenden Gewerbe, für die Angaben vorliegen, sind gemessen an der Anzahl der Unternehmen mit 20 und mehr Beschäftigten, die dort ihren wirtschaftlichen Schwerpunkt haben, unterschiedlich groß. Die am stärksten besetzten Wirtschaftsabteilungen sind nach der absoluten Anzahl bzw. nach dem Anteil an allen 38.198 Unternehmen:

• 28 Herstellung von Metallerzeugnissen	6.181 Unternehmen	(16,18 %)
• 29 Maschinenbau	5.883 Unternehmen	(15,40 %)
• 15 Ernährungsgewerbe	4.942 Unternehmen	(12,94 %)
• 25 Herstellung von Gummi- und Kunststoffwaren	2.650 Unternehmen	(6,93 %)

**128.\*** Der gewogene durchschnittliche Anteil der Unternehmen in den Wirtschaftsabteilungen, die keiner Gruppe angehören, beträgt 54,3 %. Daneben gehören 30,7 % der Unternehmen zwar einer Gruppe an, sind aber das jeweils einzige Gruppenmitglied im Produzierenden Gewerbe. Danach bilden 85,24 % der Unternehmen innerhalb einer der Wirtschaftsabteilungen keine Gruppe. Zwischen den Wirtschaftsabteilungen des Produzierenden Gewerbes variieren die Anteilswerte gemessen an der Anzahl der Unternehmen beträchtlich. Der maximale bzw. der minimale Anteil der gruppenzugehörigen Unternehmen an der Gesamtzahl der Unternehmen beträgt:

• 23 Kokerei, Mineralölverarbeitung, Herstellung und Verarbeitung von Spalt und Brutstoffen	78,7 %
• 15 Ernährungsgewerbe	30,3 %

Der Anteil gruppenzugehöriger Unternehmen, die als einziges Mitglied ihrer Gruppe dem jeweiligen Wirtschaftsabschnitt angehören, schwankt zwischen rund 60 und 20 %:

• 23 Kokerei, Mineralölverarbeitung, Herstellung und Verarbeitung von Spalt und Brutstoffen	57,5 %
• 15 Ernährungsgewerbe	19,4 %

Insgesamt reduziert sich infolge der Gruppenbildung die Anzahl der Einheiten, d.h. die Anzahl der gruppenunabhängigen Unternehmen und der Unternehmensgruppen, um rund 10 %. Die späteren Berechnungen zeigen, dass nach der Gewichtung mit dem Umsatz vor allem die größten Unternehmen an der Gruppenbildung beteiligt sind und zu einer deutlichen Änderung der Größenverteilung der Unternehmen und damit Erhöhung des absoluten Konzentrationsgrades führen.

**129.\*** Das Bild über das Mengengerüst zur Gruppenbildung der Unternehmen, gemessen an deren Anzahl, wird durch den Einbezug ihrer Umsätze ergänzt. In absoluten und in relativen Werten gemessen am Umsatz aller Unternehmen in Höhe von 1.370.471 Mio. € ergibt sich für die umsatzstärksten Wirtschaftsabteilungen:

• 34 Herstellung von Kraftwagen und Kraftwagenteilen	258.599 Mio. €	(18,87 %)
• 29 Maschinenbau	157.671 Mio. €	(11,50 %)
• 24 Chemische Industrie	133.574 Mio. €	(9,75 %)
• 15 Ernährungsgewerbe	128.302 Mio. €	(9,36 %)

**130.\*** Die relative Struktur der Umsätze ergibt, dass durchschnittlich nur 18,2 % der Umsätze auf Unternehmen entfallen, die keiner Gruppe angehören. Daneben beträgt der Umsatz von Unternehmen, die zwar einer Gruppe angehören, aber jeweils das einzige Unternehmen im Produzierenden Gewerbe sind, 28,4 %. Zusammen entfallen 46,6 % der Umsätze auf Unter-

nehmen, die in einer der zweistelligen Wirtschaftsabteilungen keine Gruppe bilden. Diese Anteile sind erheblich geringer als die entsprechenden Anteile für die Anzahl der Unternehmen. Das besagt, dass es sich um relativ kleine Unternehmen handelt. Während der zahlenmäßige Anteil der Unternehmen, die innerhalb des Produzierenden Gewerbes eine Gruppe bilden, 14,8 % beträgt, entspricht dem ein Umsatzanteil von 53,5 %.

**131.\*** Innerhalb des Produzierenden Gewerbes unterscheidet sich das relative Mengengerüst der Unternehmen gemessen am Umsatz deutlich. Zwar ist zwischen dem Anteil gruppenzugehöriger Unternehmen, jeweils gemessen an der Anzahl und am Umsatz, ein tendenzieller Zusammenhang erkennbar, er wird jedoch von großen Abweichungen unterbrochen. Das Maximum des Umsatzanteils der gruppenzugehörigen Unternehmen einschließlich derer, die als einziges Gruppenmitglied in einem der Wirtschaftsabschnitt auftreten, beträgt:

- |   |        |
|---|--------|
| • 11 Gewinnung von Erdöl und Erdgas, Erbringung damit verbundener Dienstleistungen          | 96,5 % |
| • 16 Tabakverarbeitung  | 95,9 % |
| • 34 Herstellung von ' Kraftwagen und Kraftwagenteilen                                      | 94,9 % |
| • 23 Kokerei, Mineralölverarbeitung, Herstellung und Verarbeitung von Spalt und Brutstoffen | 94,8 % |

Die minimalen Werte betragen:

- |  |         |
|--|---------|
| • 15 Ernährungsgewerbe   | 59,4 %. |
| • 30 Herstellung von Büromaschinen, Datenverarbeitungsgeräten und -einrichtungen | 63,4 %  |

Die Wirtschaftsabteilung WZ 30 weist zudem mit 6,5 % den geringsten Anteil der Umsätze auf, der auf eine Gruppe innerhalb eines Wirtschaftsabschnitts des Produzierenden Gewerbes entfällt.

**132.\*** Die Monopolkommission legt in ihren Konzentrationsstatistischen Analysen Wert auf die begriffliche Unterscheidung von Unternehmen und Anbietern.

Unternehmen werden von der amtlichen Statistik nach Wirtschaftszweigen erfasst und diesen, nach dem jeweiligen Schwerpunkt der Wertschöpfung, mit ihrem gesamten Umsatz zugeordnet. Infolgedessen enthält der Gesamtumsatz für einen Wirtschaftszweig auch branchenfremde Umsatzteile, während branchentypische Teile von Unternehmen, die ihren Schwerpunkt außerhalb des jeweiligen Wirtschaftsbereichs haben – hier die Abschnitte C und D des Produzierenden Gewerbes –, fehlen.

Anbieter werden von der amtlichen Statistik im Rahmen der Produktionsstatistik erfasst. Es handelt sich sowohl um Unternehmen, die nur in einem Wirtschaftsbereich tätig sind, als auch um diversifizierende Unternehmen, die in dem betreffenden Bereich ebenfalls als Anbieter auftreten, ohne dort ihren wirtschaftlichen Schwerpunkt zu haben. Wird als Konzentrationsmerkmal der Umsatz verwendet, wird für diversifizierende Unternehmen nur der Teil des Umsatzes als Konzentrationsmerkmal verwendet, der in diesem Bereich erzielt wird.

Die institutionelle und die funktionale Abgrenzung der wirtschaftlichen Einheiten dient unterschiedlichen wettbewerblich relevanten Aspekten. Sie betreffen jeweils die Diversifizierung und die Gruppenbildung der Unternehmen und können in einem mehrstufigen Zusammenhang eingeordnet werden, der ausgehend von Betrieben oder fachlichen Unternehmensteilen über Unternehmen zu Unternehmensgruppen führt.

**133.\*** Die getrennt für Unternehmen und Anbieter durchgeführten Untersuchungen zum Einfluss der Gruppenbildung auf den Konzentrationsgrad bestätigen, dass es nicht nur methodisch, sondern auch empirisch auf die Abgrenzung von Anbietern und Unternehmen ankommt. Bei einem Vergleich der konzentrationsstatistischen Ergebnisse ist neben zusätzlichen erhebungstechnischen Unterschieden zu beachten, dass sich der Einfluss der stets mehrere Wirtschaftsbereiche berührenden Diversifizierung der Unternehmen auf die Anzahl und Größenstruktur der Anbieter in einem Wirtschaftsbereich sowie der Einfluss der Gruppenbildung auf die Anzahl und Struktur der Unternehmen, die dort ihren wirtschaftlichen Schwerpunkt haben, überschneiden und zu verschiedenen Konstellationen führen.

**134.\*** Betrachtet man den Einfluss der Gruppenbildung der Unternehmen und Anbieter für die untersuchten Abschnitte C und D des Produzierenden Gewerbes insgesamt, d.h. den Bergbau, die Gewinnung von Steinen und Erden und das Verarbeitende Gewerbe, so ist folgender Befund gegeben (vgl. nachstehende Übersicht).

Bereits auf der hoch aggregierten Ebene der hier einbezogenen Wirtschaftsabteilungen C und D des Produzierenden Gewerbes zeichnen sich weitreichende Zusammenhänge zwischen Größe, Diversifizierung, Gruppenzugehörigkeit und Konzentrationsgrad der Unternehmen und Anbieter ab. Dabei gehören insgesamt 3.242 oder rund 7,8 % der Anbieter zu Unternehmen, die in anderen Bereichen, z.B. Baugewerbe, Handel oder Dienstleistungen, ihren wirtschaftlichen Schwerpunkt haben. Infolge der Gruppenbildung

- ... verringert sich die Anzahl der Unternehmen von 38.198 auf 33.184 wirtschaftliche Einheiten, d.h. gruppenunabhängige Unternehmen und Unternehmensgruppen. Unter den Anbietern reduziert sich Anzahl von 41.440 auf 35.586 Einheiten;
- ... erhöht sich die Konzentrationsrate CR-100 für Unternehmen von 36,6 % auf 44,1 %, die der Anbieter von 29,7 % auf 37 %.

Angesichts der Tatsache, dass unter den 38.198 Unternehmen und den 41.440 Anbietern die jeweils 100 größten – d.h. rund 0,25 % der Einheiten – bereits rund 37 % der Summe aller Umsätze bzw. 30 % der Produktionswerte auf sich vereinigen, ist eine Zunahme der Anteilswerte um weitere über 7 Prozentpunkte – relativ um über 20 % – von großem Gewicht

**135.\*** Wird das Produzierende Gewerbe nach den sog. industriellen Hauptgruppen (ohne Energie) gegliedert, i.e.

- Vorleistungsproduzenten,
- Investitionsgüterproduzenten,
- Gebrauchsgüterproduzenten,
- Verbrauchsgüterproduzenten,

so besteht zum Verhältnis von Unternehmen und Anbietern ein differenzierteres Bild: Unter den Vorleistungsproduzenten sinkt die Anzahl der Einheiten nach Zusammenfassung der Anbieter zu Unternehmen um rund 36 % und nach der Zusammenfassung der gruppenzugehörigen Unternehmen zu Gruppen um insgesamt 46 %. Im Zuge dieses Vorgangs steigt der Anteil der jeweils 50 größten Einheiten am Produktionswert bzw. am Umsatz – d.h. die Konzentrationsrate CR-50 – von rund 22,8 % über 28,3 auf 31,4 %. Für die übrigen Hauptgruppen gilt Entsprechendes. Unter den Investitionsgüterproduzenten und den Gebrauchsgüterproduzenten geht die Zahl der Einheiten insgesamt um rund 31,7 bzw. 31 % zurück, während die Konzentrationsrate CR-50 von rund 48,7 bzw. 44,1 % auf rund 53 % steigt.

**Übersicht:**

<b>Ohne Berücksichtigung der Gruppenbildung</b>	
● <b>Unternehmen</b>	38.198
Umsatz	1.370 Mrd. €
Beschäftigte	6.481 Tsd.
Umsatz der 100 größten Unternehmen	502 Mrd. €
Konzentrationsrate CR-100	36,6 %
● <b>Anbieter</b>	41.440
Produktionswert	1.030 Mrd. €
Produktionswert der 100 größten Anbieter	306 Mrd. €
Konzentrationsrate CR-100	29,7 %
<b>Mit Berücksichtigung der Gruppenbildung</b>	
● <b>Unternehmen und Unternehmensgruppen</b>	33.184
Anzahl der Unternehmensgruppen	12.447
Umsatz	1.370 Mrd. €
Anzahl der Beschäftigten	6.478.913 €
davon in Unternehmensgruppen	
– Unternehmen	17.461
– Umsatz	1.121 Mrd. €
– Beschäftigte	4.766 Tsd.
Anteilswerte in Unternehmensgruppen	
– Unternehmen	45,7 %
– Umsätze	81,8 %
– Beschäftigte	73,6 %
Umsatz der 100 größten Einheiten	604 Mrd. €
Konzentrationsrate CR-100	44,1 %
● <b>Anbieter und Anbietergruppen</b>	35.586
Anzahl der Anbietergruppe	12.299
Produktionswert	1.030 Mrd. €
davon in Anbietergruppen	
– Anbieter	17.153
– Produktionswert	796 Mrd. €
Anteilswerte in Anbietergruppen	
– Anbieter	41,4 %
– Produktionswert	77,3 %
Produktionswert der 100 größten Einheiten	380 Mrd. €
Konzentrationsrate CR-100	37,0 %

**136.\*** Ein schrittweise marktnäheres Bild zum Einfluss der Gruppenbildung der Unternehmen und Anbieter auf den Konzentrationsgrad ergeben die Untersuchungen auf der Ebene von 26 zweistelligen Güter- und Wirtschaftsabteilungen im Produzierenden Gewerbe.

Infolge der Gruppenbildung geht in den Wirtschaftsabteilungen die Zahl der wirtschaftliche Einheiten unterschiedlich stark zurück; bei den Anbietern in einem Bereich zwischen -1 bis -761, bei den Unternehmen zwischen -2 bis -654 Einheiten, in beiden Fällen bis zu rund 20 %. Von wenigen Ausnahmen abgesehen, ist der Rückgang in absoluten Werten für Anbieter und Unternehmen stark korreliert.

Aus den Angaben zum Rückgang der Anzahl der Anbieter und Unternehmen lässt sich in einem ersten Schritt einschätzen, wie stark der jeweilige Einfluss der Gruppenbildung in den Güter- und Wirtschaftsabteilungen ist, da das Niveau des absoluten Konzentrationsgrades – neben der Größenstruktur – wesentlich von der Anzahl der Einheiten bestimmt wird.

**137.\*** Die Untersuchungen für die zweistelligen Wirtschaftsabteilungen zeigen, dass in nahezu allen Wirtschaftsabteilungen die Ungleichverteilung der Umsätze und der Produktionswerte unter den Unternehmen bzw. Anbietern nach Berücksichtigung der Gruppenbildung deutlich steigt. Der relative Anstieg der Ungleichverteilung gemessen am Variationskoeffizienten für Unternehmen ist am stärksten in den in den Wirtschaftsabteilungen

- 22 Verlagsgewerbe, Druckgewerbe, Vervielfältigung von bespielten Ton-, Bild- und Datenträgern 63,9 %
- 26 Glasgewerbe, Keramik, Verarbeitung von Steinen und Erden 55,4 %
- 27 Verlagsgewerbe, Druckgewerbe, Vervielfältigung von bespielten Ton-, Bild- und Datenträgern 46,2 %

Daran wird sichtbar, dass in diesen Abteilungen vor allem größere Unternehmen an der Gruppenbildung beteiligt sind. Theoretisch wäre auch denkbar, dass an der Gruppenbildung vor allem relativ kleinere Unternehmen beteiligt sind, so dass die Unternehmensgrößen sich angleichen. Dies ist aber in geringem Umfang nur in vier Wirtschaftsabteilungen der Fall:

- 30 Herstellung von Büromaschinen, Datenverarbeitungsgeräten und -einrichtungen -1,5 %
- 37 Recycling -3,8 %
- 16 Tabakverarbeitung -3,8 %
- 11 Gewinnung von Erdöl und Erdgas, Erbringung damit verbundener Dienstleistungen -9,4 %

**138.\*** Der absolute Konzentrationsgrad wird simultan durch die Anzahl der wirtschaftlichen Einheiten und deren Größenstruktur bestimmt. Während infolge der Gruppenbildung die Anzahl der Einheiten stets sinkt, kann die Ungleichverteilung der Größe der Einheiten sowohl zu- als auch abnehmen, je nachdem, ob relativ größere Einheiten zulasten kleinerer Einheiten zunehmen oder umgekehrt. Beide Effekte können sich verstärken oder dämpfen. Aufgrund der axiomatischen Fundierung der Konzentrationsmaße nimmt der absolute Konzentrationsgrad jedoch stets zu, wenn mehrere Einheiten zusammengefasst werden.

**139.\*** Die Monopolkommission hat den Stand und die Veränderung des absoluten Konzentrationsgrades am Herfindahl-Index gemessen, der als summarische Maßzahl die Größe aller Einheiten berücksichtigt. Ergänzend werden wegen der größeren Anschaulichkeit auch Konzentrationsraten verwendet. Mit ihrer Hilfe könnte auch festgestellt werden, ob die Unternehmens- und Anbietergruppen innerhalb oder außerhalb einer dominierenden Größenklasse – z.B. der größten 100 Einheiten – gebildet werden, eine aus kleineren Einheiten gebildete Gruppe in die Größenklasse der größten Einheiten hinwächst oder die Dominanz einer Größenklasse durch die Verbindung mit kleineren Einheiten verstärkt wird.

**140.\*** In etwa der Hälfte der Güter- und Wirtschaftsabteilungen ist der Wert des Herfindahl-Index nach Berücksichtigung der Gruppenbildung signifikant höher:

In zehn der 24 der untersuchten zweistelligen Güterabteilungen steigt der absolute Konzentrationsgrad der Anbieter um mehr als die Hälfte, in zwei Abteilungen maximal auf rund das Dreifache.

In der gleichen Größenordnung erhöht sich auch der absolute Konzentrationsgrad der Unternehmen in neun von 26 Wirtschaftsabteilungen.

Gemessen am Herfindahl-Index bestehen die stärksten relativen Differenzen zwischen dem Niveau des absoluten Konzentrationsgrades vor und nach Berücksichtigung der Gruppenbildung unter den Anbietern der zweistelligen Güterabteilungen:

- 22 Verlags- und Druckerzeugnisse, bespielte Ton-, Bild- und Datenträger 201,2 %
- 26 Glas, Keramik, bearbeitete Steine und Erden 195,8 %
- 27 Eisen- und Stahlerzeugnisse; NE-Metalle und -erzeugnisse 150,3 %

Die stärksten relativen Anstiege unter den Unternehmen betreffen die entsprechenden zweistelligen Wirtschaftsabteilungen:

- 22 Verlagsgewerbe, Druckgewerbe, Vervielfältigung von bespielten Ton-, Bild- und Datenträgern 200,8 %
- 26 Glasgewerbe, Keramik, Verarbeitung von Steinen und Erden 165,8 %
- 27 Metallerzeugung und -bearbeitung 134,0 %

In einer detaillierteren Analyse könnten die unterschiedlichen Änderungsraten mit dem Ausgangsniveau des Konzentrationsgrades und seinen Bestimmungsgründen nach Anzahl und Größenverteilung der Einheiten in Beziehung gesetzt werden. In Frage käme auch, die Verringerung des Abstandes zu messen, den der Grad der absoluten oder der relativen Konzentration gegenüber seinem Maximum besitzt. Damit könnte besser berücksichtigt werden, dass ein bereits vor Berücksichtigung der Gruppenbildung hoher Konzentrationsgrad sich auch bei stärkerer Gruppenbildung nur langsam seinem Maximum nähert.

**141.\*** Ein deutlicher Einfluss der Gruppenbildung auf den absoluten Konzentrationsgrad ist für Anbieter und Unternehmen auch auf der Ebene der vierstelligen Wirtschafts- und Güterklassen nachweisbar. Dies ist nicht zwangsläufig. Es ist nur dann der Fall, wenn sich die Mitglieder einer Gruppe nicht auf verschiedene Wirtschaftsbereiche verteilen, sondern auch dort jeweils als Gruppe oder Teil einer Gruppe auftreten. Für Anbieter liegen Angaben zu insgesamt 246 vierstelligen Güterklassen vor, für Unternehmen in 158 Wirtschaftsklassen.

In 34 von 246 vierstelligen Güterklassen ist keine Gruppenbildung zu beobachten.

Unter den übrigen 212 Güterklassen steigt in der Hälfte der Fälle der absolute Konzentrationsgrad gemessen am Herfindahl-Index nach Berücksichtigung der Gruppenbildung um mehr als 20 %.

Das Maximum liegt mit rund 180 % in der Güterklasse GP 2513 (Andere Gummiarten – ohne Bereifungen), mit 162 % in GP 2612 (Veredeltes und bearbeitetes Flachglas) und mit 143 % in GP 2222 (Druckerei, ohne Zeitungsdruckerei).

**142.\*** Für vierstellige Wirtschaftsklassen gelten entsprechende Ergebnisse:

In 27 von 158 vierstelligen Wirtschaftsklassen ist keine Gruppenbildung zu beobachten.

In 131 vierstelligen Wirtschaftsklassen liegt der Anstieg des absoluten Konzentrationsgrades in der Hälfte der Fälle, wie bei den Güterklassen, bei über 20 %. Das Maximum liegt bei nahezu 200 %, d.h. fast dem Dreifachen des ursprünglichen Werts.

Die größten Anstiege des Konzentrationsgrades treten mit 197 % in der Wirtschaftsklasse WZ 2513 (Herstellung von sonstigen Gummiwaren) auf sowie mit 104 % in WZ 2663 (Herstellung von Transportbeton) und mit 94 % in WZ 2955 (Herstellung von Maschinen für das Papiergewerbe).

Der Anstieg der absoluten Konzentration wird nicht nur dadurch bewirkt, dass die Anzahl der Anbieter und Unternehmen in einzelnen Güter- und Wirtschaftsklassen bis zu rund 30 % zurückgeht. Die Gruppenbildung ist in der Regel zugleich mit einer deutlichen Verschiebung der Größenstrukturen zugunsten der größten Anbieter und Unternehmen verbunden.

Darüber hinaus wirkt der Einfluss der Gruppenzugehörigkeit auf die Marktposition von Unternehmen nicht nur über die Bündelung von Marktanteilen innerhalb eines Wirtschaftsbereiches. Die wettbewerbliche Position eines Anbieters bzw. eines Unternehmens wird z.B. auch dadurch beeinflusst, dass es als Mitglied eines als Unternehmensgruppe organisierten Beschaffungs- oder Vertriebssystems Teil einer vertikalen Wertschöpfungskette ist, deren Mitglieder verschiedenen Wirtschaftsbereichen zugeordnet sind. Diese Zusammenhänge sind noch gesondert zu untersuchen.

**143.\*** Die Datenlage bei der amtlichen Statistik erlaubte es bisher nicht, Lieferbeziehungen und Umsätze zu berücksichtigen, die zwischen Anbietern und Unternehmen innerhalb eines Güter- bzw. Wirtschaftsbereichs bestehen. Diese auch gruppeninternen Güter- und Leistungsströme führen bei der Berechnung des Marktvolumens und von Marktanteilen zu Doppelerfassungen. Zudem bestehen durch die Verwendung von Verrechnungspreisen anstelle von Marktpreisen zusätzliche Verzerrungen.

Die Monopolkommission hat aus diesen Gründen Testrechnungen für Unternehmen unter Verwendung der Anzahl der Beschäftigten anstelle der Umsätze durchgeführt. Die Ergebnisse zum Einfluss der Gruppenbildung auf den absoluten Konzentrationsgrad sind zwar ähnlich signifikant, schließen aber nicht aus, dass nicht unerhebliche Differenzen zwischen der Höhe der tatsächlichen externen Umsätze einer Unternehmensgruppe und der unkonsolidierten Summe der statistisch erfassten Umsätze der gruppenzugehörigen Unternehmen bestehen. Damit bleibt die Aufgabe zu lösen, den Einfluss der Gruppenbildung von Anbietern und Unternehmen auf den Konzentrationsgrad sachlich adäquat und unverzerrt zu messen.

### *III. Stand und Entwicklung von Großunternehmen (aggregierte Konzentration)*

**144.\*** Ausgangspunkt der Berichterstattung der Monopolkommission zur Beurteilung von Stand und Entwicklung der aggregierten Konzentration ist die Ermittlung der hundert größten Unternehmen aus allen Wirtschaftsbereichen nach dem Kriterium der Wertschöpfung. Dabei bezieht sich die Analyse ausschließlich auf die inländischen Konzernbereiche. Die Untersuchung des derart abgegrenzten Kreises der Großunternehmen erstreckt sich auf die Verflechtungen zwischen den hundert größten Unternehmen im Hinblick auf Anteilsbesitz, die Zusammenarbeit über Gemeinschaftsunternehmen und personelle Verbindungen. Außerdem wird die Beteiligung der hundert größten Unternehmen an den dem Bundeskartellamt nach § 39 GWB angezeigten Unternehmenszusammenschlüssen untersucht. Die Betrachtung der hundert gemessen an ihrer Wertschöpfung größten Unternehmen wird ergänzt durch die Ermittlung der gemessen an branchenspezifischen Geschäftsvolumina größten Unternehmen des Produzierenden Gewerbes, des Handels- und Dienstleistungsgewerbes, des Kreditgewerbes sowie des Versicherungsgewerbes.

**145.\*** Die Ermittlung der hundert nach der Wertschöpfung der Inlandskonzerne größten Unternehmen erlaubt den direkten Vergleich zwischen Unternehmen verschiedener Branchen und Wirtschaftsbereiche hinsichtlich ihres Beitrags zum Sozialprodukt. In den Fällen, in denen die für die Berechnung der inländischen Wertschöpfung benötigten Daten dem Geschäftsbericht des betreffenden Unternehmens nicht zu entnehmen waren, wurde eine Befragung durchgeführt. Sofern weder die veröffentlichten Unternehmensdaten noch die Ergebnisse der Befragung detaillierte Daten zur Ermittlung der inländischen Wertschöpfung einzelner Unternehmen lieferten, wurde diese geschätzt. Durch eine umfassende Überprüfung der Schätzmethoden anhand der durch Befragung erhobenen Daten konnte die Monopolkommission die ausreichende Güte der Schätzverfahren verifizieren.

**146.\*** Insgesamt wiesen die hundert größten Unternehmen eine Wertschöpfung von rund 240 Mrd. € auf. Sie sank gegenüber 2000 um 12,21 %. Dagegen erhöhte sich die Wertschöpfung aller Unternehmen im Berichtszeitraum um 3,82 % (1998/2000: 3,9 %). Der Anteil der hundert Größten an der Wertschöpfung aller Unternehmen sank somit auf rund ein Sechstel (17,0 %, 2000: 20,07 %).

**147.\*** Eine Betrachtung der "100 Größten" nach Zehner-Ranggruppen macht deutlich, dass die Verringerung des Anteils der Großunternehmen an der Nettowertschöpfung aller Unternehmen hauptsächlich auf die schwache Entwicklung der Wertschöpfung in der Gruppe der vierzig größten Unternehmen zurückzuführen ist. Auch in den unteren Ranggruppen war die Minderung der durchschnittlichen Wertschöpfung erheblich, wohingegen sie auf den Rängen 41 bis 60 relativ moderat ausfiel.

Die zehn größten Unternehmen hatten an der Wertschöpfung aller untersuchten Großunternehmen einen Anteil von 43,69 %, der unter dem Wert der Vorperiode (44,79 %) lag. Der Anteil der zwanzig größten Unternehmen an der Wertschöpfung der "100 Größten" verminderte sich ebenfalls von 63,45 % im Jahr 2000 auf 61,95 % in 2002.

**148.\*** Soweit die jeweiligen Daten für beide Jahre festgestellt werden konnten, wurde die Entwicklung der Großunternehmen zwischen 2000 und 2002 auch nach den Merkmalen Anzahl der Beschäftigten, Sachanlagevermögen und Cashflow aufgezeigt.

In die Untersuchung der Beschäftigtenzahlen wurden 79 Unternehmen einbezogen, die in beiden Berichtsjahren unter den hundert Größten waren. Ihr Anteil an der Anzahl der Beschäftig-



ten aller Unternehmen betrug 2002 13,55 % gegenüber 13,67 % 2000. Die Bedeutung der Großunternehmen als Arbeitgeber hat sich somit erneut verringert.

Angaben zum Sachanlagevermögen der inländischen Konzerngesellschaften lagen bei 56 Unternehmen für beide Jahre vor. Unternehmen des Kredit-, Versicherungs- und Dienstleistungsgewerbes wurden nicht berücksichtigt. Der Bilanzwert der Sachanlagen und immateriellen Vermögensgegenstände der betrachteten Unternehmen erhöhte sich im Untersuchungszeitraum von ca. 270 Mrd. € auf ca. 282 Mrd. €.

Daten zur Ermittlung des Cashflow standen für 47 Unternehmen aus dem Berichtskreis für die Jahre 2002 und 2000 zur Verfügung. Der Cashflow der betrachteten Unternehmen verminderte sich im Untersuchungszeitraum von ca. 92 Mrd. € in 2000 auf ca. 65 Mrd. € in 2002.

**149.\*** Von den Konzernobergesellschaften der betrachteten hundert Unternehmen hatten in 2002 74 (2000: 75) die Rechtsform einer Aktiengesellschaft. Somit blieb diese Rechtsform wie bereits in der Vergangenheit im Berichtskreis vorherrschend. Die Zahl der Gesellschaften mit beschränkter Haftung erhöhte sich ebenso wie die Zahl der Kommanditgesellschaften im Sinne des § 264a HGB um jeweils eins, die Kategorie "Einzelkaufmann" ist dagegen nicht mehr besetzt. Die Zahl der Anstalten bzw. Körperschaften öffentlichen Rechts verringerte sich um zwei auf drei.

**150.\*** Neben der Wertschöpfung werden häufig weitere Merkmale zur Beurteilung der Unternehmensgröße herangezogen, welche branchenspezifisch und direkt aus dem Jahresabschluss zu ersehen sind. Dies ist im Falle von Industrie-, Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen sowie Handelsunternehmen der Umsatz. Die Größe von Kreditinstituten wird bevorzugt anhand der Bilanzsumme beurteilt und die der Versicherungsunternehmen anhand ihrer Beitragseinnahmen. Die Wertschöpfung ist jedoch als überlegenes Größenkriterium zu betrachten, da sie im Gegensatz zu den genannten, das Geschäftsvolumen kennzeichnenden alternativen Merkmalen den branchenübergreifenden Vergleich von Unternehmen erlaubt und den Grad ihrer vertikalen Integration widerspiegelt. Die Untersuchung der gemessen an ihrem Geschäftsvolumen größten Unternehmen stellt daher eine ergänzende Untersuchung mit dem Ziel dar, die Bedeutung von Großunternehmen in den einzelnen Wirtschaftszweigen näher zu beleuchten.

Übereinstimmungen zwischen den Ranglisten anhand der Wertschöpfung und anhand der branchenspezifischen Geschäftsvolumina bestehen insoweit, als die Unternehmen, welche in den einzelnen Wirtschaftszweigen das höchste Geschäftsvolumen aufweisen, stets auch zu mindestens 70 % dem Kreis der "100 Größten" Unternehmen angehören, welcher anhand der Wertschöpfung abgegrenzt wird.

Die Entwicklung des Geschäftsvolumens der jeweils größten Unternehmen übertraf lediglich im Handel und im Versicherungsgewerbe die allgemeine Marktentwicklung. Die aggregierte Konzentration nahm somit in der Mehrzahl der Branchen ab. Gemessen an dem Anteil des Geschäftsvolumens aller in einer Branche tätigen Unternehmen, der auf die jeweils zehn größten Unternehmen der Branche entfällt, weisen das Versicherungs- und das Kreditgewerbe unverändert die höchste Konzentration auf.

Die fünfzig größten Industrieunternehmen wiesen 2002 gemeinsam einen Umsatz von 591 Mrd. € gegenüber 588 Mrd. € 2000 aus. Dies entspricht einem Wachstum von 0,5 % (1998/2000: 17,3 %). Die Gesamtheit der Unternehmen des Produzierenden Gewerbes erzielte 2002 gemäß Umsatzsteuerstatistik einen Umsatz von 1.921 Mrd. € und eine Umsatzsteige-

rung gegenüber 2000 in Höhe von 0,9 %. Das Umsatzwachstum der größten Industrieunternehmen war somit nur wenig geringer als der Branchendurchschnitt.

Der Umsatz der zehn größten Handelsunternehmen nahm zwischen 2000 und 2002 um 7,5 % zu. Sein Wachstum übertraf das Wachstum der gesamten Branche (0,3 %) bei weitem. In der Summe erreichten die zehn größten Handelsunternehmen Umsätze von 126 Mrd. € im Vergleich zu den Umsätzen aller Unternehmen des Handelssektors, die bei 1.333 Mrd. € lagen. Somit entwickelten sich die Branchengrößten erneut überdurchschnittlich gut. Die Liste der größten Handelsunternehmen ist wie in den Vorjahren insofern unvollständig, als einige große Firmengruppen mangels konsolidierter Jahresabschlüsse nicht berücksichtigt werden konnten, obwohl angenommen werden muß, dass sie unter einheitlicher Leitung stehen. Dadurch wird die Konzentration im Handel unterschätzt.

Die zehn umsatzstärksten Unternehmen des Verkehrs- und Dienstleistungsgewerbes wiesen 2002 insgesamt Umsatzerlöse von 125 Mrd. € aus. Damit erzielten sie ein Umsatzwachstum gegenüber 2000 von 3,2 %, welches hinter der Umsatzentwicklung aller Unternehmen dieses Wirtschaftsbereichs (9,1 %) zurückblieb.

Die Bilanzsumme der zehn größten Kreditinstitute lag 2002 bei 3.509 Mrd. €. Sie sank gegenüber 2000 um 1,3 %. Dagegen erhöhte sich die Bilanzsumme aller Kreditinstitute um 3,4 %. Die unkonsolidierte Bilanzsumme der von den Bankkonzernen konsolidierten Kreditinstitute betrug 2002 3.666 Mrd. €. Der Anteil der zehn größten Kreditinstitute an der Bilanzsumme aller Kreditinstitute ist somit gegenüber 2000 von 52 % auf 50,38 % gesunken.

Die zehn größten Versicherungsunternehmen erzielten insgesamt Beitragseinnahmen in Höhe von 111 Mrd. €. Der Änderungsrate ihrer Beitragssumme in Höhe von 17,5 % stand ein Wachstum aller Versicherungen von 11,7 % gegenüber. Der Anteil der unkonsolidierten Brutto-Beitragseinnahmen der zehn größten Versicherungsunternehmen an den Bruttobeiträgen aller Erst- und Rückversicherungsunternehmen betrug für das Geschäftsjahr 2002 60 % (2000: 57,8 %). Die Versicherungsbranche stellte somit von den hier untersuchten Wirtschaftszweigen denjenigen dar, dessen Geschäftsvolumen im höchsten Umfang auf Großunternehmen entfällt.

**151.\*** Die Anteilseigner der Großunternehmen werden zum einen hinsichtlich der Verflechtungen der hundert Größten untereinander untersucht, zum anderen wird die gesamte Anteilseignerstruktur der Unternehmen des Berichtskreises analysiert. Bei den meisten Unternehmen aus dem Kreis der "100 Größten" veränderten sich die Besitzverhältnisse nicht wesentlich. Allerdings reduzierte die öffentliche Hand ihren Anteilsbesitz an einigen Großunternehmen (Energie Baden-Württemberg AG, Deutsche Telekom AG, Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide, Deutsche Post AG, Volkswagen AG) erheblich. Die Änderungen der Kapitalverflechtungen zwischen den hundert Größten waren zum einen eine Folge der Wechsel in der Zusammensetzung des Unternehmenskreises, zum anderen resultierten sie aus Erwerb und Veräußerung von Kapitalanteilen.

Hinsichtlich der Anteilseignergruppen, welche jeweils die Eigenkapitalmehrheit der untersuchten Großunternehmen auf sich vereinen, ergaben sich nur geringfügige Änderungen. Wie bereits in 2000 war 'Mehrheit in ausländischem Einzelbesitz' mit 25 (2000: 23) Unternehmen die am häufigsten besetzte Kategorie. Nur wenig geringer war die Anzahl der Unternehmen, deren Anteilsmehrheit in Streubesitz liegt. Eine Anteilseignerkategorie von zunehmender Bedeutung sind natürliche Personen, Familien und Familienstiftungen (19 Fälle). Die gemessen an der Anzahl der ihr angehörenden Unternehmen viertstärkste Gruppe waren in 2002 die 15

(2000: 18) Großunternehmen, deren Eigenkapital nicht mehrheitlich einem anderen Großunternehmen, ausländischem Einzelbesitz, der öffentlichen Hand, Einzelpersonen, Familien und Familienstiftungen, Streubesitz sowie sonstigen Anteilseignern zuzuordnen war. In vier Fällen summierten sich die Anteile der "100 Größten" auf über 50 %. Die Zahl der Unternehmen, deren Mehrheit im Besitz der öffentlichen Hand ist, verringerte sich gegenüber 2000 erneut um eins auf elf.

Die meisten Beteiligungen an anderen Unternehmen aus dem Kreis der "100 Größten" wies mit 22 wie in den Vorjahren die Allianz AG auf. Insgesamt waren im Jahr 2002 39 (2000: 42) Unternehmen aus dem Kreis der "100 Größten" Beteiligungsunternehmen eines weiteren Großunternehmens, 22 (2000: 27) traten als Anteilseigner auf. Bei nur noch vier (2000: fünf) der untersuchten Unternehmen summierten sich die Anteile von Unternehmen aus dem Kreis der "100 Größten" auf über 50 %. Die Zahl der wechselseitigen Beteiligungen reduzierte sich von acht in 2000 auf vier in 2002, allerdings entfielen zwei Überkreuzbeteiligungen aufgrund von Zusammenschlüssen innerhalb des Kreises der Großunternehmen.

**152.\*** Die Anzahl der Verflechtungen der zwanzig größten Unternehmen über Gemeinschaftsunternehmen hat sich 2002 mit 37 derartigen Unternehmensbeziehungen gegenüber 2000 (38 Verflechtungen) verringert. Insgesamt bestanden 76 (2000: 91) Gemeinschaftsunternehmen. In einigen Fällen erfolgte der Kontakt zwischen zwei Unternehmen über mehrere Gemeinschaftsunternehmen; in keinem Fall waren jedoch mehr als zwei Gesellschaften an einem gemeinsamen Unternehmen beteiligt. Durch besonders intensive Zusammenarbeit über Gemeinschaftsunternehmen, die in derselben Branche tätig waren wie die Obergesellschaften, zeichneten sich erneut die Unternehmen der Energiewirtschaft und der Chemischen Industrie aus.

Neben den zwanzig größten Unternehmen wurden erstmals die Finanzdienstleistungsunternehmen aus dem Kreis der "100 Größten" hinsichtlich ihrer Verflechtungen über Gemeinschaftsunternehmen untersucht. Sie wiesen 2002 bei 18 Kontakten einen geringeren Verflechtungsgrad auf als die einbezogenen Kreditinstitute mit 11 (2000: 16). Der größte Teil der Gemeinschaftsunternehmen war als Anlage- und Verwaltungsgesellschaften sowie im sonstigen Dienstleistungsbereich und in der Finanzwirtschaft tätig.

**153.\*** Bei der Untersuchung der personellen Verflechtungen werden ausschließlich diejenigen Unternehmensverbindungen berücksichtigt, bei denen eine oder mehrere Personen gleichzeitig den Geschäftsführungs- oder Kontrollorganen von mindestens zwei Unternehmen aus dem Kreis der "100 Größten" angehören. 2002 entsandten 30 Unternehmen (2000: 37) aus dem Kreis der "100 Größten" Mitglieder ihrer Geschäftsführung in die Kontrollorgane anderer Unternehmen aus diesem Kreis. Sie waren damit in den Kontrollorganen von 63 Unternehmen (2000: 59) aus dem Untersuchungskreis vertreten. Die Gesamtzahl der Verflechtungen über Geschäftsführungsmitglieder betrug 103 (2000: 139) und nahm damit zwischen 2000 und 2002 erneut ab. Auch die Anzahl der Verbindungen über Geschäftsführungsmitglieder von Banken und Versicherungen verminderte sich wie bereits in den Vorjahren: Sie betrug 30 gegenüber 64 im Jahr 2000. Unter wettbewerbsspolitischen Gesichtspunkten ist die Frage von Interesse, ob durch Mandatsträger Unternehmen gleicher Wirtschaftszweige miteinander verbunden werden. Im Berichtsjahr 2002 lagen 17 Verflechtungen (2000: 25) dieser Art vor. Die Anzahl der Fälle, in denen eine personelle Verbindung mit einer Kapitalbeteiligung einherging, verringerte sich gegenüber 2000 um zwei auf neun.

**154.\*** Mit der Untersuchung der Beteiligung der "100 Größten" an den dem Bundeskartellamt nach § 39 Abs. 6 GWB angezeigten vollzogenen Unternehmenszusammenschlüssen betont die Monopolkommission die wettbewerbsspolitische Bedeutung des externen Wachstums der

"100 Größten". An den 2002/03 insgesamt angezeigten 2.449 (2000/01: 2.570) Zusammenschlüssen waren Unternehmen aus dem Betrachtungskreis in 950 (2000/01: 1.814) Fällen beteiligt. Bereinigt um Mehrfachzählungen verminderte sich der Anteil der hundert Größten an der Gesamtzahl der Fusionen damit erneut von 49 % auf 39 % und sank somit auf das Niveau des Untersuchungszeitraums 1998/99.

**155.\*** In der Gesamtschau ergibt sich im Berichtszeitraum hinsichtlich der verschiedenen untersuchten Größenmerkmale und Wirtschaftszweige der Eindruck einer geringfügig sinkenden Konzentration. Lediglich im Handel und im Versicherungsgewerbe setzte sich der in den Vorjahren verzeichnete Prozess einer fortschreitenden Konzentration fort. Dagegen sank die Bedeutung der Großunternehmen im Produzierenden Gewerbe, dem Dienstleistungs- und Verkehrssektor sowie dem Kreditgewerbe. Auch verringerte sich der Anteil der Großunternehmen an der Gesamtwertschöpfung, ihre Bedeutung als Arbeitgeber sowie ihre Beteiligung an den dem Bundeskartellamt angezeigten vollzogenen Unternehmenszusammenschlüssen.

Tendenziell rückläufig sind ebenfalls die personellen Verflechtungen sowie die Beteiligungsverflechtungen unter den "100 Größten". Wie bereits in der Vergangenheit ist dies zum Teil auf Fusionen vormals eng verflochtener Mitglieder des Kreises der "100 Größten" sowie auf die zunehmende Bedeutung internationaler Konzerne zurückzuführen.

#### ***IV. Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen und Zusammenschlusskontrolle***

##### *Missbrauchsaufsicht*

**156.\*** Die Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen hat im Berichtszeitraum an Bedeutung gewonnen. Dies geht vor allem auf die Zunahme von Verfahren im Bereich der leitungsgebundenen Elektrizitätswirtschaft zurück. Bei diesen Verfahren hatte sich das Bundeskartellamt vor allem mit Behinderungstatbeständen aufgrund überhöhter Netznutzungsentgelte auseinanderzusetzen. Eine Reihe weiterer Verfahren zu Kopplungsgeschäften und zu überhöhten Entgelten bei der Überlassung von Teilnehmerdaten im Telekommunikationsbereich konnten bereits im Vorfeld einer Verfügung eingestellt werden. Das Bundeskartellamt hat sich im Berichtszeitraum außerdem mit Fällen zum Verkauf unter Einstandspreis beschäftigt und in diesem Zusammenhang seine Auslegungsgrundsätze zu der im Rahmen der Sechsten GWB-Novelle neu eingeführten Vorschrift aktualisiert.

**157.\*** Die Monopolkommission beurteilt den Abbau eines vorliegenden Kopplungsgeschäfts der Premiere Medien GmbH & Co KG positiv. Grund für das Bedenken war der sog. geschlossene Charakter der d-box, was bedeutet, dass Premiere World nur mit der d-box und umgekehrt mit der d-box nur in Betacrypt verschlüsselte bzw. unverschlüsselte Dienste empfangen werden konnten. Die wirtschaftliche Vertragsfreiheit auf dem Markt für Decoder wurde dadurch erreicht, dass neben der d-box weitere Anbieter von Decodern mit Betacrypt-CI-Modulen auf den Markt treten können. Auch in dem Vorgehen des Bundeskartellamtes bei einem Versuch der Deutschen Bahn AG, die Ausschreibung von Aufträgen zur Lieferung von Diesellokomotiven bzw. Wagenverbänden mit der Verkauf der Instandhaltungswerke Nürnberg bzw. Delitzsch zu koppeln, sieht die Monopolkommission die Vorfeldwirkung der Missbrauchsaufsicht. Die Deutsche Bahn AG hat daraufhin von dem Vorhaben einer gekoppelten Ausschreibung Abstand genommen. Damit ist letztlich offen geblieben, ob die Deutsche Bahn AG auf dem Beschaffungsmarkt für Diesellokomotiven und Waggons eine marktbeherrschende Stellung einnimmt. Die Monopolkommission geht davon aus, dass bei einer Fortsetzung des Verfahrens die Normadressatenschaft der Deutschen Bahn AG prioritär geklärt worden wäre.

**158.\*** Das Bundeskartellamt hat im September 2003 ein Missbrauchsverfahren gegen die Deutsche Telekom AG (DTAG) eingestellt, nachdem diese zugesagt hatte, die Kosten für die Bereitstellung von Teilnehmerdaten an die Anbieter von Auskunftsdiensten – als Grundlage für die Berechnung der dafür zu leistenden Entgelte – von knapp 90 Mio. € auf 49 Mio. € zu senken. Die Kartellbehörde hat das Missbrauchsverfahren in enger Abstimmung mit der RegTP geführt, die im Wege der Amtshilfe insbesondere bei der Prüfung der Kostenunterlagen unterstützend gewirkt hat. Gemäß § 12 Abs. 1 TKG orientieren sich die Entgelte, die ein Anbieter von Sprachtelekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit von einem anderen Anbieter für die Bereitstellung von Teilnehmerdaten verlangen kann, an den Kosten der effizienten Bereitstellung. Solche Kosten konnten wegen unzureichender Kostenunterlagen und Mängeln in der vorgelegten Kalkulation nicht zweifelsfrei bestimmt werden. Anstelle weiterer zeitaufwendiger Ermittlungen auf der Basis zusätzlicher Auskunftsbeschlüsse haben sich das Bundeskartellamt und die DTAG auf eine um neun Monate rückwirkende Reduzierung der Kosten um rund 45 % geeinigt.

**159.\*** Die Einstellung des Missbrauchsverfahrens auf der Grundlage einer Verhandlungslösung zwischen dem Bundeskartellamt und der DTAG lag im Interesse der betroffenen Unter-

nehmen und ist aus Sicht der Monopolkommission zu begrüßen. Gleichwohl zeigt die gefundene Vereinbarung auch die Schwächen der kartellbehördlichen Missbrauchsaufsicht. Einerseits kann das im Sinne des Kartellrechts ausgebeutete Unternehmen keine Rechtsmittel gegen die "Einigung" von Kartellbehörde und Marktbeherrscher einlegen, auch wenn diese Einigung zu seinen Lasten geht. Andererseits bleiben die Möglichkeiten des Kartellrechts zur Durchsetzung wettbewerbsadäquater Preise begrenzt. Nach § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB liegt ein Missbrauch vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen Entgelte fordert, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden. Diese Entgelte werden üblicherweise im Wege der Vergleichsmarktbetrachtung festgestellt, was vorliegend nach Auffassung der Kartellbehörde nicht möglich war, da die Bedingungen in den untersuchten Ländern nicht vergleichbar sind. Stattdessen hat sich das Bundeskartellamt an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nach § 12 Abs. 1 TKG orientiert und dabei erhebliche Sicherheitszuschläge berücksichtigt. Im Ergebnis führt dieser Ansatz nach Auffassung der Monopolkommission mit hoher Wahrscheinlichkeit zu Kosten, die immer noch deutlich überhöht sind. Dafür spricht der Umstand, dass die RegTP, auf deren Kostenprüfung die Einschätzung der Kartellbehörde basiert, bei der Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung deutlich überhöhte Kapitalkostensätze zugrunde legt. Dies liegt zum einen daran, dass die anlagespezifischen Risiken und damit die angemessenen Risikoprämien im regulierten Bereich, wozu der Teilnehmeranschluss und die zugehörigen Teilnehmerdaten gehören, spürbar kleiner sind als im Unternehmen insgesamt. Zum anderen liegt es daran, dass die RegTP im Umgang mit der Besteuerung von Eigen- und Fremdkapital unsachgemäße Verfahren zugrunde legt. Beide Effekte fallen quantitativ deutlich ins Gewicht. Die somit in der Tendenz überhöhten Kosten werden durch die Sicherheitszuschläge des Bundeskartellamtes noch weiter erhöht.

**160.\*** Die Analyse von Vergleichsmärkten in anderen europäischen Ländern hatte ergeben, dass die berücksichtigungsfähigen Kosten für die Bereitstellung von Teilnehmerdaten dort zum Teil erheblich niedriger liegen als in Deutschland. Für das Bundeskartellamt kam allerdings eine Kostenermittlung auf der Grundlage von Vergleichsmärkten nicht in Betracht, da die Entgelte in diesen Ländern entweder reguliert sind oder sich lediglich an den Kosten der Datenübermittlung orientieren. Nach Auffassung der Monopolkommission fällt es allerdings schwer zu glauben, dass der bemerkenswert hohe Unterschied zwischen den für Deutschland und Großbritannien bzw. Frankreich veranschlagten Kosten allein durch Fixkosten- und Gemeinkostenzuschläge zu erklären sind.

**161.\*** Im Berichtszeitraum hat das Bundeskartellamt weitere Verfahren nach § 20 Abs. 4 GWB wegen des Verbots von Angeboten unter Einstandspreisen geführt. Ein abgeschlossenes und inzwischen rechtskräftiges Verfahren richtet sich gegen einen Betreiber von Drogeriemärkten, die Dirk Rossmann GmbH und ihren Mehrheitseigentümer und Vertretungsberechtigten Dirk Rossmann. Dem Unternehmen wurde vorgeworfen, über einen längeren Zeitraum unter Ausnutzung seiner überlegenen Marktmacht kleine und mittlere Wettbewerber durch das nicht nur gelegentliche und sachlich nicht gerechtfertigte Anbieten von Fotoarbeiten unter Einstandspreisen unbillig behindert zu haben. Dabei lag der Einstandspreis von Rossmann – nach den Ermittlungen des Kartellamtes – unter Berücksichtigung der gewährten Rabatte, Skonti, dem Jahresbonus und dem sog. Werbekostenzuschuss während der gesamten in Rede stehenden Zeit von drei Monaten konstant höher als der Angebotspreis.

**162.\*** Das Anbieten unter Einstandspreis war nach Auffassung der Kartellbehörde auch nicht dadurch sachlich gerechtfertigt, dass Rossmann lediglich auf entsprechende Angebote seiner größeren Wettbewerber beim Handel mit Drogeriewaren, dem Marktführer Anton Schlecker

und der dm-drogeriemarkt GmbH & Co. KG, reagiert habe. Damit folgt das Amt dem BGH, der in seiner Entscheidung im Fall des Handelskonzerns Wal-Mart Stores hohe Anforderungen an die Annahme sachlich gerechtfertigter Untereinstandspreise gestellt hat. Die sachliche Rechtfertigung setzt danach voraus, dass einem Normadressaten durch das Verhalten seiner Wettbewerber ein so großer Schaden entsteht, dass es ihm nicht zuzumuten ist, die in § 20 Abs. 4 GWB verlangte Rücksichtnahme auf kleine und mittlere Unternehmen walten zu lassen. Darüber hinaus kommt nach Auffassung des BGH auch in einem solchen Fall eine Rechtfertigung nur dann in Betracht, wenn der Normadressat in dieser Lage nicht das Eingreifen behördlichen oder gerichtlichen Rechtsschutzes abwarten konnte. Die Monopolkommission widerspricht dem. Auch einem relativ marktstarken Unternehmen muss es erlaubt sein, seine Marktposition gegen Wettbewerber zu verteidigen. Dies gilt prinzipiell unabhängig von der Größe und Marktposition des den Preiskampf auslösenden Unternehmens, insbesondere aber, wenn es sich um einen noch marktstärkeren größeren Konkurrenten handelt. Bei der sachlichen Rechtfertigung darf es nicht darauf ankommen, ob der Schaden groß genug ist, den Normadressaten in die Insolvenz zu treiben, oder ob der Normadressat, etwa aufgrund seiner sonstigen Geschäftsaktivitäten, in seiner Existenz nicht bedroht ist und ob er gegebenenfalls eher in der Lage ist, entstehende Schäden zu tragen als kleinere Wettbewerber. Andernfalls käme man bei der Beurteilung der sachlichen Rechtfertigung weg von einer marktorientierten Betrachtung der betreffenden Maßnahmen zu einer unternehmensorientierten Betrachtung mit der möglichen Folge, dass die sachliche Rechtfertigung davon abhängt, wie das betreffende Unternehmen in anderen Märkten aufgestellt ist. Vor so einer Entwicklung ist dringend zu warnen, birgt sie doch erhebliche Risiken für die Beurteilung von sachlichen Rechtfertigungen überhaupt.

**163.\*** Auch grundsätzlich bleibt die Monopolkommission bei ihrer ablehnenden Haltung gegenüber der Verbotsregelung. Sie ist nur in Ausnahmefällen praktikabel, da die Konditionen und Verrechnungsmodalitäten zwischen Handelsunternehmen und ihren Lieferanten oftmals vielfältig und komplex sind und dies die zweifelsfreie Feststellung des Einstandspreises erschwert oder unmöglich macht. Auf Seiten der größeren Handelsunternehmen, die als Normadressaten des § 20 Abs. 4 Satz 2 GWB in Betracht kommen, führt die Regelung zu Unsicherheiten über die Rechtmäßigkeit von Preisaktionen. Im Übrigen bleibt der Schutzzweck der Norm zweifelhaft. Die Großunternehmen des Handels besitzen aufgrund ihres Einkaufsvolumens im Vergleich zu den kleinen und mittleren Wettbewerbern ohnehin bessere Einkaufskonditionen, die sie im Preiswettbewerb nutzen. Die Vorteile kleiner und mittlerer Unternehmen liegen bei anderen nichtpreislichen Wettbewerbsparametern, wie einem spezialisierten Sortiment oder der fachkundigen Beratung. Anstatt kleine und mittlere Unternehmen im Wettbewerb vor marktmächtigen Großunternehmen zu schützen, schwächt das Verbot von Verkäufen unter Einstandspreisen den Preiswettbewerb der Großunternehmen zulasten der Verbraucher.

**164.\*** Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum erstmals zwei Missbrauchsverfügungen aufgrund überhöhter Netznutzungsentgelte in der Elektrizitätswirtschaft erlassen und dabei verschiedene Konzepte zur Ermittlung angemessener Durchleitungsentgelte getestet. Im Fall der Thüringer Energie AG (TEAG) hat das Amt den Nachweis des Preismissbrauchs ausschließlich auf der Grundlage einer Kostenkontrolle geführt und dabei die im Bericht der Arbeitsgruppe Netznutzung Strom niedergelegten Kalkulationsprinzipien, die in einigen Punkten von den Preisfindungsprinzipien der Verbändevereinbarung Strom II plus abweichen, als Maßstab der Kostenkontrolle zugrunde gelegt. Im Gegensatz dazu hat sich das Amt bei der Feststellung des Preismissbrauchs im Verfahren gegen die Stadtwerke Mainz auf das Vergleichsmarktkonzept gestützt. Als Vergleichsmaßstab verwendet das Amt die Gesamterlöse je

Leitungskilometer der Stadtwerke Mainz, die es mit den entsprechenden Werten bei RWE Net AG vergleicht. In beiden Missbrauchsfällen hat die zuständige Beschlussabteilung eine Obergrenze für die zulässigen Gesamterlöse festgelegt, die von dem jeweils betroffenen Unternehmen zukünftig nicht überschritten werden dürfen. Die Monopolkommission begrüßt es, dass das Bundeskartellamt beim Nachweis missbräuchlich überhöhter Netznutzungsentgelte nicht nur auf das Vergleichsmarktprinzip zurückgreift, sondern auch auf eine Überprüfung der Kosten übergeht. Beim Vergleichsmarktprinzip stellen sich grundlegende konzeptionelle Schwierigkeiten, da sich durch einen Vergleich von Netzerlösen strukturell überhöhte Monopolpreise nicht nachweisen lassen. Allerdings geht auch die Kostenkontrolle mit grundsätzlichen Problemen einher, die die Zuordnung von Gemeinkosten auf den Netzbetrieb sowie die Frage nach den Kosten einer effizienten Betriebsführung betreffen. Um zumindest die relative Effizienz eines Netzbetreibers ermitteln zu können, schlägt die Monopolkommission vor, kostenorientierte Benchmarkingmodelle bei der Überprüfung von Netznutzungsentgelten in der Stromwirtschaft einzusetzen.

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat in beiden Fällen den vom Bundeskartellamt angeordneten Sofortvollzug der Missbrauchsverfügung aufgehoben und mittlerweile auch im Hauptsacheverfahren in beiden Fällen zugunsten des jeweils betroffenen Unternehmens entschieden. Dabei hat sich das Gericht zum einen gegen die Festlegung einer Erlösobergrenze gewandt, die seiner Auffassung zufolge auf eine kartellrechtlich nicht gedeckte präventive Preiskontrolle hinauslaufe, zum anderen dürfe sich das Bundeskartellamt beim Nachweis des Preimissbrauchs nicht auf eine Überprüfung der Gesamterlöse aus dem Netzbetrieb beschränken, sondern müsse auch eine Prüfung der Einzelpreise vornehmen, da von unverhältnismäßig hohen Gesamterlösen nicht zwingend auf eine missbräuchliche Preissetzung zu schließen sei. Schließlich hat das Bundeskartellamt nach Auffassung des Gerichts die mit der Neufassung des Energiewirtschaftsrechts eingeführte Vermutung "guter fachlicher Praxis" für die Preiskalkulationsprinzipien der Verbändevereinbarung Strom II plus, nach denen sowohl die TEAG als auch die Stadtwerke Mainz ihre Netzentgelte kalkuliert haben, nicht widerlegt. An dieser Rechtsauslegung des Oberlandesgerichts im Hinblick auf die Vermutungswirkung "guter fachlicher Praxis" für die Preisfindungsprinzipien der Verbändevereinbarung Strom II plus sind nach Auffassung der Monopolkommission erhebliche Zweifel angebracht. Eine nachrangige Anwendung der kartellrechtlichen Vorschriften ist mit dem Wortlaut des neugefassten § 6 Abs. 1 Satz 5 EnWG, wonach die Anwendung der §§ 19 Abs. 4 und 20 Abs. 1 und 2 GWB unberührt bleiben, nicht zu vereinbaren. Das Gericht lässt außerdem offen, auf welche Weise die gesetzlich vorgesehene Entkräftung der Vermutungswirkung erbracht werden kann. Nach Ansicht der Monopolkommission wird die Missbrauchsaufsicht über Netznutzungsentgelte durch diese Rechtsauffassung des Oberlandesgerichts nahezu gänzlich unmöglich gemacht. Nicht nachzuvollziehen ist von der Monopolkommission der vom Gericht angeführte fehlende Zusammenhang zwischen missbräuchlich überhöhten Gesamtnetzerlösen und missbräuchlich überhöhten Einzelentgelten. Das Gericht verkennt hierbei, dass missbräuchliche Gesamterlöse letztlich immer auf missbräuchlichen Einzelentgelten beruhen. Die Monopolkommission hält demgegenüber die Vorgehensweise des Kartellamtes, beim Nachweis missbräuchlich überhöhter Netzentgelte auf den gesamten Netzerlös abzustellen, für grundsätzlich geeignet, dem ökonomisch komplexen Problem der Zurechnung von Fix- und Gemeinkosten auf die einzelnen Nutzungsverhältnisse in angemessener Weise Rechnung zu tragen.

**165.\*** Das Bundeskartellamt hat in einem weiteren Missbrauchsverfahren festgestellt, dass die Netzgesellschaft RWE Net AG ihren Wettbewerbern missbräuchlich überhöhte Preise für Mess- und Verrechnungsdienstleistungen in Rechnung stellt. Mess- und Verrechnungsdienstleistungen umfassen die Anschaffung, Installation und Wartung von Stromzählern, das Able-



sen der Zähler sowie das Inkasso. Die Entgelte für diese Leistungen werden dritten Unternehmen, die das Netz der RWE Net für Durchleitungen nutzen, in Rechnung gestellt. Die Missbräuchlichkeit der von RWE Net erhobenen Preise ergab sich aus einem Vergleich mit den entsprechenden Entgelten der Thüringer Energie AG. Der Beschluss des Bundeskartellamtes wurde vom Oberlandesgericht Düsseldorf mit der Begründung aufgehoben, dass nicht von einem sachlich eigenständigen Markt für Mess- und Verrechnungsdienstleistungen ausgegangen werden könne, da der durchleitende Stromhändler die gegen ihn selbst gerichtete Verrechnung nebst Inkasso nicht gesondert von der Netznutzung bei einem anderen als dem Netzbetreiber nachfragen werde. Die Monopolkommission ist der Auffassung, dass die zwischen Bundeskartellamt und dem Beschwerdegericht strittige Frage der sachlichen Marktabgrenzung im vorliegenden Fall nur eine untergeordnete Rolle spielt, da eine isolierte kartellrechtliche Überprüfung von Mess- und Verrechnungspreisen auch dann möglich bleiben muss, wenn die entsprechende Dienstleistungen nur einen Teil des Marktes für Netznutzungsleistungen insgesamt darstellen. Hierfür spricht, dass die Mess- und Verrechnungspreise eine von den übrigen Bestandteilen deutlich zu trennende, mengenunabhängige Komponente der Netzentgelte darstellen, die den Netznutzern regelmäßig auch separat in Rechnung gestellt wird. Die Entscheidung des Oberlandesgerichts, die Missbrauchsverfügung des Bundeskartellamtes allein deswegen aufzuheben, weil für die in Frage stehenden Mess- und Verrechnungsdienstleistungen kein eigener sachlicher Markt bestehe, begegnet daher nach Ansicht der Monopolkommission erheblichen wettbewerbspolitischen Zweifeln.

**166.\*** Pilotcharakter für zukünftige, ähnliche Fälle hat das Missbrauchsverfahren des Bundeskartellamtes gegen die Mainova AG, die sog. Arealnetzbetreibern den Anschluss an ihr Mittelspannungsnetz verweigert. Der Betrieb von Arealnetzen umfasst die Errichtung oder Pacht und den Betrieb von Netz-, Umspann- und Schaltanlagen auf Privatgrundstücken zur Versorgung mehrerer Endkunden. Die Mainova hatte den Anschluss einer Arealnetzanlage mit Verweis auf ihre gesetzliche Versorgungspflicht von Letztverbrauchern und die in § 10 EnWG geregelte Anschluss- und Versorgungspflicht, die nur gegenüber Endverbrauchern bestünde, verweigert. Strittig zwischen dem Bundeskartellamt und dem belangten Unternehmen war darüber hinaus die Frage, ob die Errichtung und der Betrieb von Arealnetzanlagen einen sachlich eigenständigen Markt darstellen. Diese Frage wurde vom Oberlandesgericht Düsseldorf im einstweiligen Verfahren zugunsten des Bundeskartellamtes entschieden. Das Gericht hat dabei auch festgestellt, dass die Vorschriften des EnWG, auf die sich die Mainova in ihrer Beschwerdebegründung bezieht, die Anwendung des § 19 GWB nicht einschränken. Die Monopolkommission teilt diese Auffassung. Sie ist der Ansicht, dass die Herausbildung einzelner Teilmärkte entlang der Wertschöpfungskette im Zuge der Liberalisierung der Strommärkte und damit das Aufbrechen der vertikal integrierten Versorgungsstrukturen grundsätzlich möglich sein muss. Die Marktabgrenzung kann insbesondere nicht der Entscheidung des vertikal integrierten Monopolunternehmens überlassen bleiben. Mit dem Wettbewerb um Arealnetze wird der Wettbewerb um die kostengünstige Errichtung von Netzanlagen und einen effizienten Betrieb von Niederspannungsnetzen eröffnet, der auch zu einer preisgünstigen allgemeinen Versorgung führt.

#### *Zusammenschlusskontrolle*

**167.\*** Die Fusionskontrollstatistik des Bundeskartellamtes zeigt für die Jahre 2002/2003 einen Rückgang der Fallzahlen auf 2.449 auf. Dies ist eine Abnahme von knapp 5 %. Ebenso gingen die Neuanmeldungen von 3.303 im vorherigen Berichtszeitraum um 11,5 % auf 2.923 zurück. Die überwiegende Anzahl der Zusammenschlüsse war horizontaler Natur. Das Haupt-

prüfungsverfahren (Zweite-Phase-Fälle) wurde in 130 Fällen eingeleitet. In 78 Fällen wurde das Verfahren abgeschlossen, davon in 18 mit Auflagen und Bedingungen. Die Anzahl der Vorfeldfälle betrug 38. Acht Zusammenschlüsse wurden untersagt; von diesen Fällen sind fünf rechtskräftig. Wie auch schon in den vorherigen Berichtsperioden dominiert bei der Art des Zusammenschlusses der Tatbestand Anteilserwerb. Nachfolgend rangieren Vermögenserwerb sowie die Gründung von Gemeinschaftsunternehmen.

**168.\*** Das Bundeskartellamt und das OLG Düsseldorf gehen im Rahmen ihrer fusionskontrollrechtlichen Entscheidungspraxis bei grenzüberschreitenden Märkten weiterhin davon aus, dass der räumlich relevante Markt nach dem GWB nicht größer sein kann als das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland. Der im Inland wirksame Wettbewerb durch ausländische Unternehmen wird bei der Prüfung der Marktbeherrschung im Rahmen der stets anzustellenden Gesamtwürdigung aller relevanten Umstände berücksichtigt. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll dagegen sowohl bei der Marktabgrenzung als auch bei der Beurteilung der Marktbeherrschung der ökonomisch relevante Markt auch dann maßgeblich sein, wenn er größer ist als das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland. Nachdem eine entsprechende Klarstellung im Rahmen der Sechsten GWB-Novelle im Jahr 1998 ohne Wirkung auf die Entscheidungspraxis geblieben war, soll dies bei der anstehenden Siebten GWB-Novelle durch eine nochmalige Ergänzung des § 19 Abs. 2 sichergestellt werden.

**169.\*** Da die Vermutungskriterien des § 19 Abs. 3 GWB die Quantifizierung von Marktanteilen für den betroffenen sachlich und räumlich relevanten Markt erfordern, fehlt es an der Grundlage für die Beurteilung der Marktbeherrschung, wenn die nationale Kartellbehörde wegen fehlender Ermittlungs- und Durchsetzungsbefugnisse keine Möglichkeiten hat, die Marktstruktur auf dem größeren räumlich relevanten Markt zuverlässig zu ermitteln. Dies ist in der Praxis leider häufig der Fall. Im Ergebnis führt die geplante Gesetzesänderung deshalb dazu, dass die Zusammenschlusskontrolle auf grenzüberschreitenden Märkten in der Sache leer läuft. Dem sollte nach Auffassung der Monopolkommission dadurch begegnet werden, dass den inländischen Marktverhältnissen eine Indizwirkung für die Marktverhältnisse auf dem räumlich relevanten Markt zukommt. Darüber hinaus könnte daran gedacht werden, in § 39 Abs. 3 GWB die Verpflichtung aufzunehmen, dass Unternehmen bei der Anmeldung eines Zusammenschlusses, der einen grenzüberschreitenden Markt betrifft, Angaben über ihren Marktanteil und den vermuteten Marktanteil ihrer drei bis fünf größten Wettbewerber auf diesem Markt machen. Dies entspräche in etwa der Verpflichtung zur Offenlegung von Marktanteilen nach § 39 Abs. 3 Nr. 4 GWB. Danach haben Unternehmen im Rahmen der Anmeldung eines Zusammenschlusses Angaben über die Marktanteile einschließlich der Grundlagen für ihre Berechnung oder Schätzung zu machen, wenn diese im Geltungsbereich des Gesetzes oder einem wesentlichen Teil davon mindestens 20 % erreichen. Schließlich ist daran zu erinnern, dass das Problem der fehlenden Ermittlungsbefugnisse außerhalb des Geltungsbereichs des GWB, dadurch gemindert werden könnte, dass ausländische Wettbewerbsbehörden im Rahmen der Fusionskontrolle zu einer Unterstützung der deutschen Ermittlungstätigkeit verpflichtet werden. Die rechtlichen Grundlagen dafür sind überfällig. Bislang hat weder die Europäische Gemeinschaft noch haben die einzelnen Staaten hinreichende Anstrengungen zu ihrer Schaffung unternommen.

**170.\*** Die Entscheidung des Bundeskartellamts im Fall Holtzbrinck/Berliner Verlag warf die Frage nach dem Feststellen von Marktbeherrschung auf Märkten mit differenzierten Produkten auf. Die Monopolkommission teilt die Auffassung des Kartellamts, dass der Zusammenschluss von Holtzbrinck und Berliner Verlag die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung nach sich gezogen hätte und von daher zu untersagen war. Die Argumentation hierzu

hätte sich jedoch in stärkerem Maße auf eine Analyse der Strategiemöglichkeiten und der spezifischen Charakteristika der Berliner Lesermärkte, insbesondere hinsichtlich der Heterogenität der angebotenen Zeitungen und der Präferenzen ihrer Leser, stützen müssen.

**171.\*** Auf differenzierten Märkten werden Verhaltensspielräume vor allem durch diejenigen Unternehmen beschränkt, deren Produkte sich an die gleiche Zielgruppe wenden. Wenn durch einen Zusammenschluss die Konkurrenz um bestimmte Zielgruppen entfällt, ist die verstärkte Ausbeutung dieser Kunden eine naheliegende Unternehmensstrategie. Im Fall Holtzbrinck/Berliner Verlag kam die Monopolkommission zu der Einschätzung, dass als Konsequenz des Zusammenschlusses eine verstärkte Ausbeutung der Leser in Ost-Berlin zu erwarten sei. Die Berliner Zeitung würde demnach das Ziel aufgeben, ihre Stellung im Westteil der Stadt auszuweiten und dieses Terrain dem Tagesspiegel überlassen. In der Konsequenz seien höhere Preise oder auch eine niedrigere Qualität der Berliner Zeitung zu erwarten, worunter insbesondere Ost-Berliner Leser zu leiden hätten.

**172.\*** Verallgemeinernd lässt sich aus dem Fall Holtzbrinck/Berliner Verlag folgern, dass bei Märkten, die von differenzierten Produkten geprägt sind, die Analyse der Marktstruktur zu ergänzen ist um eine umfassende Würdigung der Heterogenität von Verbraucherpräferenzen und den daraus erwachsenden Strategiemöglichkeiten von Unternehmen. Deren Verständnis ist die zentrale Voraussetzung für die Beurteilung der Verhaltensspielräume, die Unternehmen aus ihrem Marktanteil erwachsen. Das geltende Recht lässt eine solche Würdigung nicht nur zu (§ 19 GWB), es gebietet sie sogar.

**173.\*** Die E.ON AG hat mit Schreiben vom 15. August 2001 den Erwerb von 51 % der Anteile an der Gelsenberg AG, Hamburg, und mit Schreiben vom 9. November 2001 den Erwerb von 99,6626 % der Anteile an der Bergemann GmbH, Essen, beim Bundeskartellamt angemeldet. Mit den beiden Zusammenschlüssen beabsichtigt E.ON die Kapital- und Stimmmehrheit bei der Ruhrgas AG, Essen, zu übernehmen. Das Bundeskartellamt hat die beiden Zusammenschlüsse mit weitgehend analoger Argumentation untersagt, da sie sowohl beim Absatz von Erdgas als auch beim Absatz von Strom die Verstärkung marktbeherrschender Stellungen erwarten ließen. Auf den Gasmärkten werde die marktbeherrschende Stellung der Ruhrgas bei der Belieferung von Weiterverteilern verstärkt, da der Gasabsatz an die Konzern- und Beteiligungsunternehmen von E.ON durch den Zusammenschluss abgesichert werde und die Ruhrgas darüber hinaus die Chance erhalte, diesen Absatz in Zukunft noch zu erhöhen. Das Bundeskartellamt geht davon aus, dass der E.ON-Konzern bei zukünftigen Entscheidungen über den Abschluss von Gasbezugsverträgen die Belange seines Beteiligungsunternehmens Ruhrgas bevorzugt berücksichtigen wird. Das Bundeskartellamt erwartet außerdem eine Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung, die E.ON auf den Märkten für die Belieferung von Gasgroßkunden und von lokalen Gasweiterverteilern habe, da die Ruhrgas als potentieller Wettbewerber bei der Belieferung dieser Kunden ausfiele. Zusätzlich geht das Bundeskartellamt davon aus, dass die marktbeherrschende Stellung des Dyopols aus E.ON und RWE bei der Belieferung von Stromgroßkunden und weiterverteilenden Stromversorgungsunternehmen verstärkt werde. Diese Verstärkungswirkung resultiere daraus, dass E.ON durch den Zusammenschluss einen wettbewerblich erheblichen Einfluss auf den bedeutendsten inländischen Erdgasimporteur und -lieferanten gewinne und damit über einen strukturell abgesicherten Zugang zu dem für die Stromerzeugung in Zukunft immer wichtiger werdenden Primärenergieträger Erdgas verfüge.

**174.\*** Die Monopolkommission hält die Einschätzung des Bundeskartellamts insgesamt für überzeugend, sowohl hinsichtlich der Gasmärkte als auch hinsichtlich der Strommärkte. Allerdings wirft der Fall E.ON/Ruhrgas auch gewisse grundlegende Fragen zum Konzept der

Marktbeherrschung und zum Umgang mit vertikaler Integration in der Fusionskontrolle auf. Ein zentrales Problem liegt darin, dass sich das Konzept der Marktbeherrschung am einzelnen Markt orientiert, dass sich aber die wettbewerblichen Wirkungen vertikaler Zusammenschlüsse überwiegend aus dem Zusammenspiel verschiedener Märkte ergeben. Im Fall E.ON/Ruhrgas könnte man sich fragen, wie sowohl die Position von Ruhrgas in den Ferngasmärkten durch günstige Absatzkonditionen als auch die Position der E.ON-Gesellschaften in den Gasweiterverteilungsmärkten durch günstige Bezugskonditionen gleichzeitig verstärkt werden kann. Methodisch wirft dies die Frage auf, wie die durch vertikale Integration bewirkte Umwandlung von Markttransaktionen in konzerninterne Transaktionen in die Analyse der Marktbeherrschung einzugehen hat. Durch die vertikale Integration wird der Markt selbst verändert, da Unternehmen, die vor dem Zusammenschluss als eigenständige Anbieter oder Nachfrager aufgetreten sind, nicht mehr eigenständig operieren. Die eigentlichen Wettbewerbswirkungen der vertikalen Integration ergeben sich weniger in den Märkten, die durch die vertikale Integration ganz oder teilweise auf das konzerninterne Geschäft verlagert werden, als vielmehr in den Zuliefermärkten "stromauf" und den Absatzmärkten "stromab" in der Wertschöpfungskette. Wettbewerber haben es schwerer, in diese Märkte einzutreten, wenn sie dazu jeweils in zwei Märkte gleichzeitig eintreten müssen. Dem damit angesprochene Effekt des Marktverschlusses durch vertikale Integration wird vom Bundeskartellamt argumentativ mit dem Wegfall potentiellen Wettbewerbs durch die Ruhrgas Rechnung getragen. Allerdings können sich aus dieser Argumentation insoweit Fehler ergeben, als die Marktverschlusswirkung sich nicht auf den Wegfall potentieller Wettbewerber "stromauf" beschränkt, sondern auch andere Unternehmen, die erwägen könnten "stromab" in den Wettbewerb zu treten, als potentielle Wettbewerber wegfallen. Zum anderen könnte eine schematische Anwendung dieser Argumentation dazu führen, dass jeglicher Kauf- bzw. Verkauf eines natürlichen Monopols unterbunden wird, da der Käufer schon durch sein Kaufinteresse dokumentiert, dass er auch als potentieller Wettbewerber in Frage käme.

**175.\*** Im Berichtszeitraum kam es zu mehreren Freigaben bei Zusammenschlüssen von Oligopolunternehmen, weil das Kartellamt es als erwiesen ansah, dass eine Verstärkung oligopolistischer Marktbeherrschung nicht zu erwarten sei. Auch hier wäre nach Auffassung der Monopolkommission eine intensivere Prüfung von Strategiemöglichkeiten erforderlich gewesen. Insbesondere wurde die Gefahr nicht ausreichend berücksichtigt, dass durch die Verengung des Oligopols zuvor noch vorhandener Restwettbewerb durch einen Zustand wettbewerbsloser kollektiver Marktbeherrschung abgelöst werden könnte.

**176.\*** Die Voraussetzung für das Entstehen kollektiver Marktbeherrschung sind als günstig zu betrachten, wenn eine hohe Markttransparenz besteht, d.h. aus Sicht der Oligopolisten der Zusammenhang zwischen der Veränderung von Marktdaten und dem Verhalten ihrer Wettbewerber leicht nachzuvollziehen ist. Kollektive Marktbeherrschung wird weiterhin erleichtert durch die Existenz von Droh- und Vergeltungspotenzialen, die der Aufrechterhaltung der Oligopoldisziplin dienen. Weiterhin ist die Existenz eines Koordinationsmechanismus nötig, der es den Oligopolisten ermöglicht, ihr Marktverhalten abzustimmen. Dieser kann etwa in informellen Beziehungen zwischen den Mitarbeitern der Unternehmen bestehen. Es ist auch möglich, dass es zu einer Aufteilung des Marktes nach Regionen oder Produktvarianten kommt und wettbewerbliche Vorstöße in "das Revier" anderer Unternehmen unterbleiben.

**177.\*** Bei den Zusammenschlüssen von BASF und der Northeast Pharmaceutical Group Corporation auf dem Markt für synthetische hergestelltes Vitamin C, von Avery Dennison und Jackstädt auf dem Markt für Selbstklebeetiketten sowie von Gyproc und Lafarge auf dem Markt für Gipskartonplatten lagen die Voraussetzungen für eine Vermutung oligopolistischer

Marktbeherrschung gemäß § 19 Abs. 3 GWB vor. Das Bundeskartellamt hat dennoch Zusammenschlüsse mit der Konsequenz einer Verengung dieser Oligopole freigegeben. Nach Auffassung der Monopolkommission bestanden bei den genannten Fällen zumindest Anhaltspunkte dafür, dass die oben genannten Voraussetzungen, die das Entstehen kollektiver Marktbeherrschung begünstigen, erfüllt sein könnten. Bei den genannten Entscheidungen des Kartellamts ist zu monieren, dass eine unzureichende Prüfung dieser Anhaltspunkte erfolgt ist. Die Wahrscheinlichkeit einer Verstärkung oligopolistischer Marktbeherrschung ist demnach unterschätzt worden.

**178.\*** In dem Berichtszeitraum 2002/2003 wurden 18 Zusammenschlüsse unter Auflagen bzw. Bedingungen freigegeben, davon elf Fälle im Jahr 2002 und sieben in 2003. Auflösende Bedingungen spielen zunehmend eine bedeutsame Rolle.

Von besonderem wettbewerbspolitischen Interesse ist die Auflagenpraxis im öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV). Das Bundeskartellamt hat in Zusammenschlussfällen des ÖPNV als Auflage bzw. auflösende Bedingung verfügt, dass die Konzessionen bzw. Verkehrsverträge in einem Wettbewerb um den Markt zu vergeben sind. Die Monopolkommission beurteilt die Auflagenpraxis im ÖPNV skeptisch. Es ist von einer erheblichen Einschränkung der Wettbewerbsintensität auszugehen, wenn sich die wesentlichen Konkurrenten um die Neuvergabe der Konzessionen zusammenschließen. Die Auflagen bzw. auflösenden Bedingungen können die Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen nicht kompensieren.

**179.\*** Die Monopolkommission hält den Umgang des Bundeskartellamts mit Bedingungen und Auflagen für problematisch, in einem Fall wie Getinge/Maquet sogar für gesetzeswidrig. Die hier verhängten Auflagen sind Verhaltensaufgaben, die über den vorgesehenen Zeitraum von zehn Jahren, der den üblichen Prognosehorizont kartellrechtlicher Erwägungen, überwacht werden müssen. Die Interpretation, es handle sich um eine einmalige, jedoch zehn Jahre andauernde Maßnahme zur Marktöffnung, würde die entsprechende Gesetzesnorm jeglichen Sinnes entleeren. Der Umstand, dass das Bundeskartellamt versucht, die unzulässigen Verhaltensaufgaben in privatrechtliche Vertragsbedingungen zu übersetzen, steht dieser Einschätzung nicht entgegen. Der Fall Getinge/Maquet belegt auch die Sinnhaftigkeit der Gesetzesnorm, da es kaum möglich sein wird, die vorgesehenen Auflagen über einen Zeitraum von zehn Jahren sicherzustellen.

**180.\*** Die Monopolkommission betrachtet die Wettbewerbssituation im Energiebereich weiterhin mit großer Sorge. Die großen Verbundunternehmen konnten im Berichtszeitraum ihren Strom- und Gasabsatz auf den Endkundenmärkten durch den Erwerb von Beteiligungen an Stadtwerken und Regionalversorgern weiter absichern. Das Bundeskartellamt geht davon aus, dass E.ON und RWE auf den bundesweit abgegrenzten Märkten für die Belieferung von Weiterverteilern und Großkunden mit Strom ein marktbeherrschendes Dyopol bilden. Zudem nehmen fast alle Stadtwerke und Regionalversorger in ihrem traditionellen Versorgungsgebiet eine monopolistische Marktstellung auf den regional abgegrenzten Märkten für die Belieferung von Haushalts- und Kleingewerbekunden mit Strom und Gas ein. Dennoch wurde nur in zwei der zahlreichen angemeldeten Zusammenschlüsse eine Untersagung ausgesprochen, von denen eine beim OLG Düsseldorf angefochten wurde; zwei weitere Fälle wurden von den Antragstellern zurückgezogen.

**181.\*** Eine Ursache für die angesichts der Marktverhältnisse überraschend geringe Zahl von Untersagungen ist in der großen Bedeutung der Bagatellmarktklausel für die Bewertung der angemeldeten Zusammenschlüsse zu suchen. Insbesondere auf den Gas-, aber auch auf den Strommärkten unterliegen die Endkundenmärkte in vielen Fällen nicht der Fusionskontrolle,

da die Umsätze auf dem betreffenden Markt unterhalb der Bagatellmarktgrenze liegen. Der wettbewerblich erhebliche Einfluss der Stadtwerksbeteiligungen ergibt sich hier jedoch nicht aus der Bedeutung eines einzelnen Marktes, sondern aus der Bündelwirkung vieler kleiner Beteiligungen, die an sich unbedeutend wären.

**182.\*** Durch die Strategie der vertikalen Vorwärtsintegration konnten die vier Verbundunternehmen ihre Marktmacht auf dem deutschen Energiemarkt weiter ausbauen. Leidtragende dieser Entwicklung waren primär die Kleinverbraucher. Da die Endnachfrage nach Strom extrem unelastisch ist, konnten die Stadtwerke bzw. Regionalverteiler ihre überhöhten Einkaufspreise an die Verbraucher überwälzen. Angebote unabhängiger Stromanbieter, die die Preise des regionalen Stromversorgers deutlich unterschreiten, sind aufgrund der nach wie vor hohen Netznutzungsentgelte auch künftig nicht zu erwarten.

**183.\*** Die Intensität des Wettbewerbs im Öffentlichen Personennahverkehr ist als äußerst gering zu betrachten. Die Möglichkeit einer Marktöffnung durch eine Vergabe von Aufträgen im Wettbewerb wird seitens der zuständigen Behörden bislang unzureichend genutzt. Ein Marktzutritt wird darüber hinaus durch die Höhe der erforderlichen Investitionen und den Zugang zu verkehrswirtschaftlichen Informationen erschwert. In der Folge ergibt sich eine Dominanz von DB Regio und kommunalen Verkehrsunternehmen im ÖPNV.

**184.\*** Die Entscheidungen des Bundeskartellamts belegen die Gefahr, dass kommunale Verkehrsunternehmen, die auf regionalen ÖPNV-Märkten über eine beherrschende Stellung verfügen, diese abzusichern suchen, indem sie sich mit den Marktbeherrschern benachbarter Verkehrsräume oder mit Tochtergesellschaften von DB Regio zusammenschließen. In den entsprechenden Fällen wurden Zusammenschlüsse nur unter der Bedingung genehmigt, dass es in den betroffenen Verkehrsräumen künftig zu europaweiten Ausschreibungen kommt.

**185.\*** Aus Sicht der Monopolkommission sind Zweifel angebracht, ob diese Bedingungen die negativen Wirkungen von Zusammenschlüssen kompensieren. Bei Zusammenschlüssen über die Grenzen benachbarter Märkte hinweg, scheinen Auflagen unzureichend, die nur einen der betroffenen Märkte betreffen. Es besteht dann die Gefahr, dass Zusammenschlüsse regionaler Marktbeherrscher letztlich zu einer Situation überregionaler Marktbeherrschung führen.

**186.\*** Ein weiteres Problem ergibt sich aus der Tatsache, dass der Wettbewerbsdruck im Schienenpersonennahverkehr bundesweit ungleich verteilt ist. Dies eröffnet DB Regio die Möglichkeit, durch eine Strategie der Quersubventionierung Marktanteile zu verteidigen. Einnahmen aus Regionen, in denen DB Regio sich keinem Wettbewerb ausgesetzt sieht können im Prinzip dazu genutzt werden, sich andernorts im Wettbewerb durchzusetzen.

**187.\*** Die derzeit geringe Wettbewerbsintensität im ÖPNV belegt, dass das wettbewerbspolitische Ziel einer Marktöffnung nur erreicht werden kann, wenn die Vergabe von Aufträgen im Wettbewerb verpflichtend vorgeschrieben wird. Es ist nicht zu erwarten, dass es ausreicht, den öffentlichen Genehmigungsbehörden dies als Möglichkeit anheim zu stellen. Die geringe Bereitschaft, kommunale Verkehrsunternehmen sowie DB Regio dem Wettbewerb auszusetzen, führt dazu, dass die erhofften Vorteile einer höheren Wettbewerbsintensität - etwa eine höhere Effizienz der Leistungserbringer, die letztlich die Notwendigkeit öffentlicher Zuschüsse reduzieren könnte - nicht realisiert werden.

**188.\*** Der Schwerpunkt der Berichterstattung der Monopolkommission zur Wettbewerbsentwicklung im Handel liegt wie in den vergangenen Jahren beim Einzelhandel mit Lebensmitteln. Trotz hoher Konzentration ist der Lebensmitteleinzelhandel weiterhin durch eine hohe Wettbewerbsintensität gekennzeichnet. Die Bedeutung des Preiswettbewerbs für die Verbrau-

cher lässt sich daran ablesen, dass vor allem die Discounter an Marktanteilen gewinnen und Unternehmen mit anderweitigen Vertriebslinien zunehmend in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten. Die Zusammenschlussaktivitäten im Berichtszeitraum geben keinen Anlass zu wettbewerblichen Bedenken. Sie stehen, wie schon im vergangenen Berichtszeitraum, im Zusammenhang mit Unternehmensumstrukturierungen oder sind die Folge von Marktaustritten. Nennenswerte Marktanteilsverschiebungen waren damit nicht verbunden.

**189.\*** Im Einzelhandel mit Drogeriewaren haben sich die seit Jahren zu beobachtenden Konzentrationsentwicklungen fortgesetzt. Im Berichtszeitraum der Monopolkommission haben insbesondere die Bemühungen von Tengelmann um eine Umstrukturierung oder Veräußerung ihrer Drogeriemarktkette *kd kaiser's drugstore GmbH* sowie die Expansionsbemühungen der *Dirk Rossmann GmbH, Burgwedel*, und von *Schlecker* zu weiteren Übernahmen geführt. Weder auf den regionalen Absatzmärkten für Drogeriewaren noch auf den Beschaffungsmärkten für einzelne Produkte oder Produktgruppen sind durch die Übernahmen marktbeherrschende Stellungen entstanden oder verstärkt wurden. Gleichwohl bedarf es im Einzelhandel mit Drogeriewaren nach Auffassung der Monopolkommission in Anbetracht des erreichten Konzentrationsgrades einer erhöhten Aufmerksamkeit bei weiteren Zusammenschlüssen zwischen den führenden Drogeriemarktketten.

**190.\*** Das Bundeskartellamt toleriert mit dem Argument einer sich in absehbarer Zeit ändernden Rechtslage und der damit verbundenen Unmöglichkeit der Durchsetzung einer Untersagungsverfügung bereits seit Ende des Jahres 2002 Einkaufskooperationen von Unternehmen des Lebensmittel- und des Drogeriewarenhandels. Mit dem In-Kraft-Treten der VO 1/2003 zum 1. Mai 2004 entfällt die materielle Kartellrechtswidrigkeit der Einkaufskooperationen. Zwar unterfallen diese grundsätzlich dem Verbot des Art. 81 Abs. 1 EGV, negative Auswirkungen auf Preise, Produktion, Innovation oder Vielfalt und Qualität sind allerdings erst dann zu erwarten, wenn die beteiligten Unternehmen einen gemeinsamen Marktanteil von mehr als 15 % auf den Beschaffungs- und Absatzmärkten halten. Die Monopolkommission stimmt mit dem Bundeskartellamt in der Einschätzung überein, dass die Einkaufskooperationen *Globus/EDEKA/AVA* (Lebensmittelhandel) und *Rossmann/Müller* (Drogeriewaren) zwar nach geltendem Recht im Jahre 2003 kartellrechtswidrig waren, dass ein Verbot jedoch wegen der sich im Jahr 2004 ändernden Rechtslage nicht durchsetzbar gewesen wäre.

#### *Europäische Fusionskontrolle*

**191.\*** Im Berichtszeitraum 2002/2003 waren zwei Entwicklungen von zentraler Bedeutung für die europäische Fusionskontrollpraxis. Zum einen stimmte der Rat der Europäischen Gemeinschaft am 20. Januar 2004 der zweiten Reform der Fusionskontrollverordnung zu. Damit fand ein mehrjähriger Reformprozess sein vorläufiges Ende. Mit der Reform wird die Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 aus dem Jahre 1989 durch die Verordnung (EG) Nr. 139/2004 ersetzt. Diese ist am 1. Mai 2004 – zeitgleich mit der VO 1/2003 – in Kraft getreten. Parallel mit der Fusionskontrollverordnung hat die Europäische Kommission Leitlinien zur Beurteilung horizontaler Zusammenschlüsse veröffentlicht.

**192.\*** Die Änderungen der Zusammenschlusskontrolle berühren sowohl materiell- als auch verfahrensrechtliche Aspekte. Aus materiellrechtlicher Sicht ist die Neuformulierung des Untersagungskriteriums in Art. 2 Abs. 3 FKVO n.F. von herausragender Bedeutung. Der Marktbeherrschungstest wird durch den sog. SIEC-Test (*significant impediment to effective competition*) ersetzt. Gegenwärtig besteht noch ein beträchtliches Maß an Unsicherheit über die künftige Auslegung des neuen Untersagungskriteriums. Es bleibt zwar zu hoffen, dass die Eu-

ropäische Kommission auch künftig in allen Fällen, in denen nach bestehender Rechtslage die Voraussetzungen von Marktbeherrschung gegeben sind, eine Untersagung aussprechen wird. Allerdings erscheint es nicht mehr ausgeschlossen, dass auf der Basis des neuen Untersagungskriteriums in derartigen Fällen Freigabeentscheidungen ergehen werden. In diesem Zusammenhang dürfte es von ausschlaggebender Bedeutung sein, welches Gewicht die Europäische Kommission in Zukunft Effizienzgesichtspunkten beimessen wird. Auch in diesem Bereich bleibt jedoch vieles undeutlich und vage. Mit der Änderung des materiellen Untersagungskriteriums und der stärkeren Berücksichtigung von Effizienzvorteilen verfügt die Kommission über einen wesentlich weiteren Entscheidungsspielraum bei der Beurteilung von Zusammenschlüssen als bisher. Außerdem ist schon jetzt abzusehen, dass die Rechtsunsicherheit beträchtlich zunehmen wird.

**193.\*** In verfahrensrechtlicher Sicht ist vor allem auf die Änderungen des Verweisungsregimes und die Flexibilisierung der Fristenregelung hinzuweisen, die grundsätzlich positiv zu bewerten sind. Es fällt allerdings auf, dass die FKVO-Reform eine erhebliche Erleichterung von Verweisungen an die Europäische Kommission mit sich bringt, während die Regelung für eine Verweisung an die Mitgliedstaaten weitgehend unverändert bleibt. Auch die neu eingeführte Möglichkeit zur Verweisung auf Betreiben der Zusammenschlussparteien sieht für eine Zuständigkeitsübertragung auf die Europäische Kommission wesentlich leichtere Voraussetzungen vor als für eine Verfahrensabgabe an die Mitgliedstaaten. Zu begrüßen ist in diesem Zusammenhang, dass eine Verweisung an die Europäische Kommission nur mit Zustimmung des betroffenen Mitgliedstaates möglich ist. Im Rahmen der Flexibilisierung des Fristenregimes bei der Vorlage von Zusagen ist zu bemängeln, dass die neue Regelung keine verlässliche Abhilfe für die in der Vergangenheit häufig aufgetretene Verletzung von Beteiligungsrechten der Mitgliedstaaten schafft.

**194.\*** Begleitet wurde die Gesetzesreform durch eine organisatorische Umstrukturierung der Merger Task Force. In der Generaldirektion Wettbewerb wurde die Stelle eines Chefökonom geschaffen, der die Arbeit der Generaldirektion Wettbewerb künftig mit einem Team von Ökonomen unterstützen soll. Die Mitarbeiter der Merger Task Force wurden auf verschiedene Direktionen verteilt. Außerdem sollen interne Panels für einen Diskussionsprozess innerhalb der Generaldirektion Wettbewerb sorgen. Diese Maßnahmen sind zu begrüßen, weil sie den Informations- und Erfahrungsaustausch zwischen den Mitarbeitern der Generaldirektion Wettbewerb fördern und dazu beitragen, etwaige Beurteilungsfehler und Beweisdefizite bereits vor Erlass der Kommissionsentscheidungen auszuräumen. Schließlich wurde ein Verbindungsbeamter für Verbraucherfragen eingesetzt.

**195.\*** Zum anderen erklärte das Gericht erster Instanz (EuG) im Jahre 2002 erstmals drei Untersagungsentscheidungen der Europäischen Kommission für nichtig. Am 6. Juni 2002 hob das Gericht die Verfügung der Europäischen Kommission in dem Fusionsverfahren Airtours/First Choice auf. Im Oktober 2002 folgten weitere Urteile, mit denen die von der Kommission erlassenen Untersagungs- und Entflechtungsentscheidungen in den Verfahren Schneider Electric/Legrand und Tetra Laval/Sidel für nichtig erklärt wurden. Bei allen drei Urteilen fällt auf, dass das Gericht sich sehr detailliert mit den Entscheidungen der Europäischen Kommission auseinandersetzte. Es bestätigte die Kommission zwar in einigen grundsätzlichen Punkten. Das Gericht zeigte aber auch an einer Vielzahl von Einzelaspekten auf, dass die Kommission die von ihr behaupteten Zusammenhänge oder Entwicklungen unzutreffend analysiert und nicht hinreichend dargelegt bzw. nachgewiesen hat. Dadurch erhöhte sich nicht nur die gerichtliche Kontrolldichte im Vergleich zu früheren Urteilen deutlich. Die vorliegende Rechtsprechung trug auch zur Änderung der Fusionskontrollverordnung und zur institutionellen Umstrukturierung der Generaldirektion Wettbewerb bei.



**196.\*** Nach den Angaben der Europäischen Kommission gingen während des Berichtszeitraums 491 Anmeldungen in Brüssel ein, fast ein Drittel weniger als in den Jahren 2000/2001. Die Europäische Kommission schloss 465 Fälle in der ersten Verfahrensphase ab, davon wurden 21 Zusammenschlüsse nur unter Zusagen genehmigt. In 16 Fällen leitete die Europäische Kommission die zweite Verfahrensphase ein und beendete 15 Fälle nach Durchführung einer vertieften Prüfung. Auch insofern ist ein signifikanter Rückgang der Fallzahlen zu verzeichnen, denn in den Jahren 2000/2001 erließ die Kommission in der zweiten Verfahrensphase noch 30 Entscheidungen. Die Zahl der Zweite-Phase-Entscheidungen ist nunmehr wieder auf das Niveau der Jahre 1998/1999 gesunken. Von den 15 Zweite-Phase-Fällen gab die Kommission vier Zusammenschlüsse ohne Bedingungen frei, die restlichen elf Fälle wurden mit Zusagen genehmigt.

**197.\*** Zum ersten Mal seit 1992 wurde im Berichtszeitraum kein Zusammenschlussvorhaben untersagt. Im vorangegangenen Zwei-Jahres-Zeitraum waren hingegen noch sieben Verbote ausgesprochen worden. Die Gesamtzahl der Untersagungen beläuft sich damit weiterhin auf 18 Entscheidungen. Derzeit ist noch nicht abzusehen, worauf dieser bemerkenswerte Rückgang von Untersagungsverfügungen beruht. Möglicherweise hängt die Entwicklung mit dem Umstand zusammen, dass die Fusionstätigkeit während des Berichtszeitraums insgesamt deutlich abgenommen hat. Eine weitere Ursache dürfte in den drei erwähnten Urteilen des Gerichts erster Instanz im Jahre 2002 zu sehen sein. Die heftige Kritik des Gerichts an der Beweisführung und der ökonomischen Fundierung der Verwaltungsentscheidungen könnte die Europäische Kommission dazu veranlasst haben, den Schwerpunkt ihrer Tätigkeit im Berichtszeitraum auf die Reorganisation der europäischen Fusionskontrolle zu legen. Schließlich lässt sich das Fehlen jeglicher Untersagungsentscheidung auch als Ausdruck einer gewissen Grundströmung auf europäischer Ebene verstehen, welche industriepolitische Erwägungen zulasten wettbewerblicher Kriterien in den Vordergrund rückt. Möglicherweise hat sich dies darin niedergeschlagen, dass problematische Fälle nicht mehr verboten, sondern mit umfangreichen und weitreichenden Bedingungen und Auflagen versehen und genehmigt wurden.

Dieser Eindruck scheint dadurch bestätigt zu werden, dass die Europäische Kommission im Berichtszeitraum eine Reihe von Zusammenschlussvorhaben genehmigt hat, die zur Entstehung von monopolistischen oder quasi-monopolistischen Strukturen mit Marktanteilen von 90-100 % führten. Auch die Zusagentexte haben in einigen Fällen einen bemerkenswerten Umfang erreicht. Sofern die Untersagung von Zusammenschlüssen aus Gründen einer generellen Reorganisation der Fusionskontrolle oder wegen industriepolitischer Tendenzen auf Seiten der Europäischen Kommission unterblieben sein sollte, wäre dies aus Sicht der Monopolkommission als äußerst bedenklich zu bewerten.

**198.\*** Die Fusionskontrollverordnung erlaubt im Rahmen der Zuständigkeitsverteilung unter bestimmten Voraussetzungen eine Verfahrensabgabe von der Europäischen Kommission an die Mitgliedstaaten und umgekehrt. Während des Berichtszeitraums gab die Kommission zehn Fälle partiell an die inländischen Wettbewerbsbehörden ab, zwölf weitere Fälle verwies sie vollständig an die Mitgliedstaaten. Zweimal lehnte sie die beantragte Verfahrensabgabe ab. Umgekehrt haben die Mitgliedstaaten drei Zusammenschlussvorhaben, die ursprünglich in ihre Zuständigkeit fielen, an die Europäische Kommission verwiesen.

**199.\*** Grundsätzlich ist die Verweisungsmöglichkeit positiv zu bewerten, weil sie eine gewisse Feinsteuerung der Zuständigkeitsverteilung erlaubt. Nationale Behörden dürften aufgrund der räumlichen und sachlichen Nähe zu den betroffenen Märkten oftmals besser geeignet sein, die notwendigen Ermittlungen durchzuführen und das Verfahren zu leiten als die Europäische Kommission. Allerdings ist die Gefahr nicht auszuschließen, dass die Mitgliedstaaten mit ei-

nem Verweisungsantrag auch industrie- oder allgemeinpolitische Interessen verfolgen. Die Europäische Kommission kann diesem Risiko begegnen, indem sie Klage gegen einen Mitgliedstaat erhebt oder ihr Ermessen bei Verweisungsanträgen restriktiv ausübt. Weitergehend könnte darüber nachgedacht werden, die nationalen Behörden gesetzlich dazu zu verpflichten, bei der fusionskontrollrechtlichen Beurteilung verwiesener Fälle nur rein wettbewerbliche Kriterien anzuwenden. Sie wären dann nicht mehr berufen, Aspekte des public interest, Gemeinwohlvorteile im Rahmen einer Ministererlaubnis oder der Sanierungsfusion zu berücksichtigen. Eine solche Verpflichtung würde außerdem bei partiellen Verweisungen dazu beitragen, widersprüchliche Entscheidungen auf europäischer und inländischer Ebene zu vermeiden.

**200.\*** Ein deutlicher Schwerpunkt der Untersuchungen durch die Europäische Kommission lag im Berichtszeitraum auf der Entstehung oder Verstärkung von Einzelmarktbeherrschung. Nach Auffassung der Europäischen Kommission führte kein einziger zweiter-Phase-Fall zu oligopolistischer Marktbeherrschung. In der Mehrzahl der Fälle waren die horizontalen Auswirkungen des Zusammenschlusses für die ernsthaften Bedenken der Europäischen Kommission ausschlaggebend. Vertikale und konglomerate Effekte spielten im Berichtszeitraum hingegen nur eine untergeordnete Rolle.

Ein wesentliches Indiz für die Entstehung oder Verstärkung von Marktbeherrschung stellte nach wie vor die Existenz hoher Marktanteile dar. Neben den absoluten und relativen Marktanteilen der Zusammenschlussparteien und ihrer aktuellen Wettbewerber zog die Kommission unter anderem die bestehenden Marktzutrittsbarrieren sowie die Preissensibilität und Stärke der Nachfragerseite, die gemeinsame Produktpalette der Parteien sowie die Verteilung von Forschungs- und Entwicklungskapazitäten als weitere Kriterien heran.

**201.\*** Eine neue Entwicklung in der Entscheidungspraxis stellt die Erfassung des "Näheverhältnisses" zwischen den Produkten der Zusammenschlussparteien aufgrund empirischer Untersuchungen dar. Die Europäische Kommission prüfte dieses Substitutionsverhältnis in einigen Fällen um zu klären, ob die errechneten Marktanteile die Position der Zusammenschlussparteien zutreffend wiedergeben oder unter- bzw. überschätzen. In zwei Fällen, Siemens/Drägerwerk und GE/Instrumentarium, führte die Kommission ausführliche statistische bzw. ökonomische Untersuchungen durch und untermauerte ihre qualitative Einschätzung mit den gefundenen Ergebnissen. Für ihre Berechnungen befragte sie Kunden und Wettbewerber und wertete Ausschreibungsunterlagen sowie interne Dokumente der Parteien aus. In dem Verfahren GE/Instrumentarium führte die Kommission neben statistischen erstmals auch ökonomische Analysen in die Entscheidung ein. Die Europäische Kommission versuchte insbesondere mit Hilfe multi-variabler linearer Regressionsrechnungen, den möglichen Preiseffekt des Zusammenschlusses zu messen.

Nach Auffassung der Monopolkommission kann die Durchführung quantitativer Analysen durchaus sinnvoll sein, um die qualitative Einschätzung eines Zusammenschlusses zu ergänzen und gegebenenfalls zu stützen. Der vorliegende Fall zeigt allerdings auch, welche Schwierigkeiten mit einer quantitativen Herangehensweise verbunden sein können. Ein wesentliches Problem besteht in der mangelnden Überprüfbarkeit der von der Kommission vorgelegten Resultate, da die zugrunde gelegten ökonomischen Modelle nicht detailliert dargestellt und die vorgenommenen Berechnungen nicht im Einzelnen erklärt werden. Ein beträchtliches Problem stellen die Verfügbarkeit und Kompatibilität der notwendigen Daten dar. Schließlich ist auch der mit qualitativen Analysen verbundene Arbeitsaufwand nicht zu vernachlässigen. Er belastete im vorliegenden Fall nicht nur die Kommission und die Zusammenschlussparteien, sondern auch sämtliche größeren Wettbewerber und eine Vielzahl von

Nachfragern. In dem Fall GE/Instrumentarium fällt schließlich auf, dass eine Diskrepanz zwischen dem Resultat der quantitativen Berechnungen und dem Ergebnis der qualitativen Beurteilung besteht, für welche die Europäische Kommission keine Erklärung lieferte.

**202.\*** In dem Verfahren Newscorp/Telepiù hat sich die Kommission mit der Kausalität zwischen Zusammenschluss und Marktbeherrschung, genauer gesagt mit dem Problem der Sanierungsfusion, befasst. Die Entscheidung der Kommission lässt keine prinzipielle Aussage darüber zu, wie sie künftig im Falle eines sanierungsbedürftigen Unternehmensteils vorzugehen beabsichtigt. Ebenso wenig gibt der Beschluss eine klare Antwort auf die Frage, ob die Kommission eine Sanierungsfusion auch dann für möglich hält, wenn das sanierungsbedürftige Unternehmen ein Teil des Erwerberunternehmens ist. Aufgrund einer gewissen Vagheit und Widersprüchlichkeit kann der vorliegenden Entscheidung nur geringe Präzedenzwirkung beigemessen werden. Die Monopolkommission spricht sich dafür aus, dass auch ein Erwerberunternehmen das Sanierungsargument für sich in Anspruch nehmen darf. Der Grund für die Zulassung von Sanierungsfusionen besteht nämlich darin, dass solche Zusammenschlüsse lediglich einen Zustand vorwegnehmen, der auch ohne die Fusion alsbald eintreten würde. Dieser rechtspolitische Grund ist unabhängig davon, ob das erworbene oder das erwerbende Unternehmen saniert werden soll.

**203.\*** Im Berichtszeitraum hat die Europäische Kommission eine Reihe von Zusammenschlüssen nur unter Zusagen genehmigt. Es fällt auf, dass die Erläuterungen zu den getroffenen Bedingungen und Auflagen, die in der Regel in einem Annex zu der Entscheidung zu finden sind, häufig einen erstaunlichen Umfang erreichen. In den Verfahren Promatech/Sulzer Textil und DaimlerChrysler/Deutsche Telekom/JV machen diese Erläuterungen in etwa die Hälfte des gesamten Entscheidungstextes aus. In anderen Fällen erreichen die Ausführungen zu den Zusagen und Treuhändermandaten immerhin noch gut ein Drittel des Gesamtumfangs der Entscheidung. Mitursächlich dafür dürften die im Mai 2003 veröffentlichten Mustertexte für Zusagen und Treuhändermandate der Europäischen Kommission sein, die äußerst detaillierte Vorgaben für die entsprechenden Teile der Freigabeentscheidungen enthalten. Positiv zu bewerten ist, dass die Zusagenpraxis auf diese Weise vereinheitlicht und dadurch das Verfahren beschleunigt wird. Außerdem tragen die Mustertexte zu einem effizienten Einsatz der Personalressourcen bei und erleichtern den Zusammenschlussparteien den Einstieg in Verhandlungen über mögliche Abhilfemaßnahmen. Soweit die umfassenden Zusagenpakete hingegen auf industriepolitischen Tendenzen der Europäischen Kommission beruhen sollten, ist diesen eine strikte Absage zu erteilen.

**204.\*** Die Europäische Kommission hat in mehreren Fällen Veräußerungszusagen entgegengenommen. Diese sind als strukturelle Maßnahmen grundsätzlich am besten geeignet, bestehende Wettbewerbsbedenken zügig und nachhaltig auszuräumen. Verstärkt wird dieser positive Effekt noch zusätzlich, wenn die Kommission den Zusammenschlussparteien auferlegt, die Zusagen bereits vor dem Vollzug des angemeldeten Zusammenschlusses zu erfüllen. Dieses sog. Up-front-buyer-Modell stellt sicher, dass die mit einer Freigabe verbundenen Bedingungen auch tatsächlich umgesetzt werden und verhindert Probleme, die bei einer nachträglichen Entflechtung auftreten können.

**205.\*** Die Kommission hat im Berichtszeitraum allerdings auch eindeutig verhaltensbezogene Zusagen akzeptiert. In dem Verfahren Newscorp/Telepiù verpflichteten sich die Zusammenschlussparteien, ihren Konkurrenten den diskriminierungsfreien Zugang zu Infrastruktureinrichtungen zu gewähren. Die Europäische Kommission dürfte sich dabei durch die Rechtsprechung des Gerichts erster Instanz in dem Verfahren ARD/Kommission bestätigt sehen. Das Gericht hat festgestellt, dass Zusagen, mit denen die Gewährung des diskriminierungsfreien

Zugangs zu Infrastruktureinrichtungen konkretisiert werden, schon deshalb einen Mehrwert gegenüber der allgemeinen Missbrauchsaufsicht nach Art. 82 EGV aufweisen, weil sie einen Übergang der Beweislast auf die Zusammenschlussparteien bewirken.

In den Fällen Siemens/Drägerwerk, GE/Instrumentarium und DaimlerChrysler/Deutsche Telekom/JV verpflichteten sich die Parteien zur Offenhaltung von technischen Schnittstellen. Nach Auffassung der Monopolkommission beinhalten die abgegebenen Zusagen ein beträchtliches Missbrauchspotential und bedürfen einer dauerhaften, möglicherweise jahrzehntelangen Kontrolle. Zudem dürfte eine effiziente Überwachung der Zusagen angesichts ihrer Komplexität in der Praxis kaum möglich sein. Derartige Zusagen sollten daher nur mit Zurückhaltung akzeptiert werden.

**206.\*** Offenbar erkennt auch die Europäische Kommission das mit den dargestellten Verpflichtungen verbundene Konfliktpotential. Eine wirksame Kontrolle ist nach ihrer Auffassung daher essentiell. Sie hält es allerdings nicht für nötig, die von ihr auferlegten Bedingungen und Auflagen in erster Linie selbst zu kontrollieren. Vielmehr lagert sie die erforderliche Überwachungstätigkeit verstärkt an Dritte aus und bezieht dabei neben Treuhändern zusätzliche Sachverständige sowie nationale Behörden und Schiedsverfahren mit ein. Ob sich dieser Rückgriff auf inländische Behörden und private Schiedsverfahren bewährt, muss erst noch abgewartet werden. Maßgebend dürfte sein, ob die vorgesehenen Verfahren eine abschließende Konfliktlösung ohne wesentliche Verzögerungen sicherstellen und damit ausreichende Abschreckungswirkung gegenüber den Zusammenschlussparteien entfalten.

**207.\*** In einigen Fällen bestehen Zweifel an der Eignung der akzeptierten Zusagen, weil sie möglicherweise nicht imstande sind, die auftretenden Wettbewerbsprobleme vollständig zu lösen. Ungeeignet erscheinen Zusagen ferner immer dann, wenn sie nicht zum Gegenstand von Bedingungen und Auflagen gemacht, sondern nur "zur Kenntnis genommen" werden. Die Europäische Kommission hat hier keine Möglichkeit, die Zusagen durchzusetzen, so dass ihre Erfüllung letztlich vom guten Willen der Zusammenschlussparteien abhängt.

**208.\*** Aus verfahrensrechtlicher Sicht ist vor allem zu bemängeln, dass die Beteiligungsrechte des Beratenden Ausschusses im Berichtszeitraum erneut massiv verletzt worden sind und deshalb ihren Sinn nicht mehr erfüllen konnten. Es drängt sich der Eindruck auf, dass der Europäischen Kommission an einem fachlichen Meinungs austausch mit den nationalen Wettbewerbsbehörden wenig gelegen ist. Kritisch ist in diesem Zusammenhang auch die sog. Revisionsklausel in den Mustertexten für Zusagen zu bewerten. Aufgrund der Revisionsklausel können die Zusammenschlussparteien nachträglich den Verzicht oder die Änderung von Auflagen oder Bedingungen im Zusagenpaket beantragen. Bedenklich erscheint dabei insbesondere, dass die Revisionsklausel völlig offen ausgestaltet ist und im Grunde jede nachträgliche Änderung von Zusagen erlaubt. Der Beratende Ausschuss ist jedoch nur zu den ursprünglichen Zusagen gehört worden und hat auch nur diesbezüglich seine Zustimmung erteilt. Die Bundesrepublik Deutschland sollte – notfalls mit einer Klage vor dem EuGH – durchsetzen, dass die Rechte ihrer Institutionen auf europäischer Ebene besser respektiert werden.

**209.\*** Das Gericht erster Instanz hat mit einer Reihe von Urteilen zu fusionskontrollrechtlichen Entscheidungen der Europäischen Kommission wichtige Impulse für die weitere Entwicklung der Entscheidungspraxis gegeben. Unter anderem stellte das Gericht erster Instanz klar, dass Drittklagen gegen Verweisungsentscheidungen grundsätzlich zulässig sind. Das Gericht räumte der Europäischen Kommission außerdem einen weiten Ermessensspielraum bei der Frage ein, ob sie das Verfahren bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen selbst weiterführen oder an die nationale Behörde abgeben will. Auf diese Weise dehnte das Gericht

den Handlungsspielraum der Europäischen Kommission ohne Not aus. Die Europäische Kommission ist nämlich in der Vergangenheit selbst davon ausgegangen, dass sie bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen die Entscheidung über Verweisung oder Nichtverweisung zusätzlich zu begründen hat. Dies hatte zu einer gewissen Selbstbindung der Kommission und einer besseren Vorhersehbarkeit ihrer Entscheidungen beigetragen.

In dem Verfahren Philips/Kommission stellte das EuG fest, dass weder die Verweisungsentcheidung noch die partielle Freigabeverfügung der Europäischen Kommission Bindungswirkung für die Sachentscheidung der nationalen Wettbewerbsbehörde entfaltet. Dies ist zwar folgerichtig, dennoch ist zu bedenken, dass die Mitgliedstaaten mit einem Verweisungsantrag möglicherweise auch industrie- oder allgemeinpolitische Interessen verfolgen. Positiv zu vermerken ist in diesem Zusammenhang, dass die Europäische Kommission über gewisse Sanktionsmittel verfügt, um ein derartiges Verhalten einzuschränken bzw. zu verhindern.

**210.\*** Von besonderer Bedeutung waren die Urteile des Gerichts, mit denen es drei Untersagungsentscheidungen der Europäischen Kommission für nichtig erklärt hat. Die Öffentlichkeit schloss sich in den drei Fällen fast ausnahmslos der zum Teil herben Kritik des Gerichts an. Daneben blieb fast unbemerkt, dass die Urteile die Entscheidungspraxis der Kommission in einigen wesentlichen Punkten bestätigen. Im Airtours-Urteil wird die grundsätzliche Anwendbarkeit der Fusionskontrollverordnung auf Fälle der oligopolistischen Marktbeherrschung bekräftigt. Daneben billigte das Gericht im Wesentlichen die Kriterien, die die Kommission bei der Prüfung oligopolistischer Marktbeherrschung anlegt. Das Verfahren Tetra Laval nutzte das Gericht, um im Anschluss an die Kommission die prinzipielle Anwendbarkeit der Fusionskontrollverordnung auf konglomerate Zusammenschlüsse festzustellen.

**211.\*** In dem Urteil Airtours/Kommission stellte das Gericht seinerseits einen Katalog von Prüfkriterien für Fälle oligopolistischer Marktbeherrschung auf. Zum einen forderte das Gericht ein gewisses Maß an Markttransparenz, zum zweiten müssten die Mitglieder des Oligopols über ausreichende Sanktionsmöglichkeiten verfügen und drittens dürften Wettbewerber und Kunden nicht in der Lage sein, das Oligopol ohne weiteres zu umgehen. In einem zweiten Schritt wies das Gericht der Europäischen Kommission eine Fülle von Beurteilungsfehlern und Beweismängeln nach. Dem Gericht ist zuzustimmen, dass eine Beweisführung, die auf Transparenz als Grundlage von Sanktionen abstellt, problematisch ist, wenn diese Transparenz nicht vorliegt. Insofern die Argumentation des Gerichts auf Transparenz als notwendige Voraussetzung für koordiniertes Verhalten abstellt, bewirkt sie jedoch eine unangemessene Einengung des Sachverhalts. Der Fall Airtours/First Choice war der Ausgangspunkt einer breit angelegten öffentlichen Diskussion darüber, wie das materielle Untersagungskriterium in der FKVO ausgestaltet sein soll, die letztlich zur Einführung des SIEC-Tests auf europäischer Ebene führte.

**212.\*** In dem Verfahren Tetra Laval/Kommission hat das EuG erstmals zu konglomeraten Zusammenschlüssen Stellung genommen. Der vorliegende Fall lässt gewisse Probleme der Marktabgrenzung und der Unterscheidung zwischen horizontalen und konglomeraten Fusionen erkennen. Bei differenzierten Produkten ist die Marktabgrenzung, d.h. die Grenzziehung zwischen Produkten, für die eine intensive Wettbewerbsbeziehung unterstellt wird, und Produkten, für die eine weniger intensive Wettbewerbsbeziehung unterstellt wird, immer mit einer gewissen Willkür verbunden. Im vorliegenden Fall war die Europäische Kommission zwar von starken horizontalen Beziehungen zwischen den Märkten für Karton- und Kunststoffverpackungen ausgegangen, hatte diese Beziehungen aber nicht als eng genug angesehen, um beides zusammen in einem Markt zu erfassen. Dementsprechend hatte sie die Untersagungsentscheidung formal mit den konglomeraten Wirkungen des Zusammenschlusses be-

gründet, die Bedeutung dieser Wirkungen allerdings materiell vor allem auf die horizontalen Beziehungen zwischen den einzelnen Märkten gestützt.

Nach Auffassung der Monopolkommission wäre es sinnvoll, auch bei der Prüfung von konglomeraten Zusammenschlüssen verstärkt auf Marktstrukturkriterien, wie sie etwa in § 19 Abs. 2 GWB genannt werden, abzustellen. Die Monopolkommission hält es allerdings für problematisch, wenn Untersagungsentscheidungen sich auch gegen solche Zusammenschlüsse richten, die nicht unmittelbar zum Entstehen oder zur Verstärkung von marktbeherrschenden Stellungen führen, sondern das Entstehen oder Verstärken einer marktbeherrschenden Stellung aufgrund bestimmter Verhaltensweisen erst ermöglichen. Stellt man sich dagegen auf den Standpunkt, dass bei konglomeraten Zusammenschlüssen die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Position nicht sofort, sondern erst nach Ablauf einer gewissen Zeit auf der Grundlage zukünftigen Verhaltens erfolgt, sind jedenfalls Verhaltenszusagen der Zusammenschlussparteien zur Vermeidung von Marktbeherrschung als genauso problematisch zu bewerten wie Verhaltenszusagen zum Nicht-Ausnutzen einer marktbeherrschenden Stellung.

Das Gericht bewegte sich bei seiner Prüfung von der Marktstrukturkontrolle weg hin zu einer verhaltensbezogenen Prüfung von Zusammenschlüssen, die erst aufgrund bestimmter Verhaltensweisen zur Marktbeherrschung führen. In diesem Zusammenhang stellte das Gericht sehr hohe Anforderungen an den Nachweis wettbewerbsbeschränkender konglomerater Effekte. Diese vorsichtige Haltung wird durch die Erfahrung bestätigt, dass konglomerate Zusammenschlüsse häufig neutral oder sogar positiv für den Wettbewerb sind. In Einzelfällen können sie allerdings durchaus negative Effekte haben. Die behördliche Verfolgung derartiger Fälle dürfte auf der Basis des vorliegenden Urteils künftig kaum erfolgversprechend sein. Die vertiefte Auseinandersetzung mit der fusionskontrollrechtlichen Behandlung von konglomeraten Zusammenschlüssen wird durch die angekündigten Leitlinien neuen Diskussionsstoff erhalten. Möglicherweise wird sich auch der Europäische Gerichtshof, bei dem die Kommission Rechtsmittel gegen das vorliegende Urteil eingelegt hat, zu der Problematik äußern.

**213.\*** In allen drei Urteilen warf das Gericht der Kommission erhebliche Fehler und Lücken in der Beweisführung vor. Aus der Rechtsprechung im Berichtszeitraum lässt sich ableiten, dass die Nachweispflichten der Europäischen Kommission gleichermaßen für die von einem Zusammenschluss betroffenen Kern- und Peripheriemärkte gelten und in Freigabefällen genauso hohe Beweisanforderungen bestehen wie bei Erlass einer Untersagungsentscheidung. Einen deutlich strengeren Maßstab scheint das Gericht zwar bei konglomeraten Zusammenschlüssen anzulegen. Dieser Eindruck dürfte aber in erster Linie darauf zurückzuführen zu sein, dass bei konglomeraten Zusammenschlüssen die Marktanteilsaddition nicht dieselbe Indizwirkung erlangt wie im horizontalem Verhältnis. Als Folge der Rechtsprechung zeichnet sich ab, dass die Europäische Kommission in Zukunft tiefer und breiter ermitteln muss und auch die ökonomische Fundierung ihrer Entscheidungen wesentlich verbessern und nachvollziehbarer zu gestalten hat.

**214.\*** Das Gericht hat in mehreren Fällen das beschleunigte Verfahren durchgeführt, das die Parteien seit 1. Februar 2001 beantragen können. Es führte zwar zu einer erheblichen Prozessbeschleunigung, eine weitere Verkürzung des Verfahrens wäre allerdings im Sinne der Zusammenschlussparteien zu begrüßen. Die Umsetzung dieses berechtigten Anliegens erfordert gerichtsinterne Maßnahmen, in erster Linie eine Aufstockung der personellen Ressourcen des Gerichts und die Einrichtung wettbewerbsrechtlich spezialisierter Kammern.

## V. *Wettbewerbskonforme Ausgestaltung der kapitalgedeckten Altersvorsorge*

**215.\*** Der Markt für freiwillige kapitalgedeckte Altersvorsorge gewinnt zunehmend an Bedeutung. Aufgrund der derzeitigen demographischen Entwicklung, die durch geringe Geburtenraten und eine steigende Lebenserwartung gekennzeichnet ist, wird die Zahl der Beitragszahler in der gesetzlichen Rentenversicherung im Verhältnis zur Zahl der Rentempfänger in den nächsten Jahrzehnten so stark sinken, dass das derzeitige Rentenniveau nicht beibehalten werden kann. Eine zusätzliche Vorsorge der heute Erwerbstätigen ist notwendig, damit sie ihren Lebensstandard im Alter halten können.

**216.\*** Im Folgenden wird angenommen, dass das Umlageverfahren trotz der schwierigen demographischen Rahmenbedingungen auch in Zukunft in der Lage sein wird, zumindest eine Grundsicherung im Alter zu leisten. Zur Frage, warum und in welchem Ausmaß eine Umstellung von einem Umlage- auf ein Kapitaldeckungsverfahren erfolgen sollte, verweist die Monopolkommission auf das Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit zum Thema einer grundlegenden Reform der gesetzlichen Rentenversicherung. Sie teilt die dort vertretene Auffassung, dass eine Rückführung der Versorgung im Rahmen des Umlageverfahrens langfristig nicht vermeidbar sein wird. Nichtsdestotrotz konzentriert sie sich in diesem Gutachten darauf, wie die Wettbewerbsbedingungen auf den Märkten für zusätzliche Absicherung, also für eine freiwillige kapitalgedeckte Altersvorsorge, verbessert werden können. Dies umfasst die betriebliche Altersvorsorge durch Entgeltumwandlung sowie die private Vorsorge, etwa durch Kapitallebensversicherungen oder ein Riesen-Produkt.

**217.\*** Die Tatsache, dass die gesetzlichen Rentenversicherungsträger jedem Versicherten seit kurzem eine jährliche Renteninformation zukommen lassen, die ihn über seine künftigen Ansprüche informiert, hat ebenso wie die öffentliche Diskussion bei der Einführung der Riester-Rente dazu beigetragen, dass die zu erwartenden Leistungen aus der gesetzlichen Rentenversicherung von vielen derzeit Erwerbstätigen inzwischen realistischer eingeschätzt werden. Umfragen zeigen dennoch, dass künftige Rentenansprüche immer noch von einem beachtlichen Teil der Bevölkerung überschätzt werden. Besorgniserregend ist zudem, dass auch diejenigen, die wissen, dass sie mehr für ihr Alter vorsorgen sollten, es oft bei dem Vorhaben, mehr zu tun, bewenden lassen. Eine Ursache dafür liegt in der Komplexität der angebotenen Produkte und ihrer Förderbedingungen. Dadurch wird es aufwendig, sich zu informieren, und schwierig, sich zu entscheiden. Die Monopolkommission setzt sich deshalb dafür ein, die Produkttransparenz durch die Einführung vergleichbarer Kennzahlen zu erhöhen sowie die Förderbedingungen für Altersvorsorgeprodukte zu vereinheitlichen und drastisch zu vereinfachen.

### *Zu komplexe Regelungen für betriebliche Altersvorsorge*

**218.\*** Zusätzliche kapitalgedeckte Altersvorsorge kann entweder in Form einer Betriebsrente über den Arbeitgeber oder privat erworben werden. In der Vergangenheit handelte es sich bei Betriebsrenten ausschließlich um freiwillige Leistungen des Arbeitgebers. Seit dem 1. Januar 2002 hat jedoch jeder Arbeitnehmer ein Recht darauf, im Rahmen von Entgeltumwandlung selbst eine betriebliche Altersvorsorge aufzubauen. Man unterscheidet zwischen fünf Durchführungswegen, der Direktzusage, der Unterstützungskasse, der Direktversicherung, der Pensionskasse und dem Pensionsfonds. Dazu kommen die Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder sowie 26 weitere kommunale und kirchliche Zusatzversorgungskassen. Eine betriebliche Altersvorsorge unterscheidet sich von privater Vorsorge unter anderem dadurch,

dass die Auszahlung im Allgemeinen in Form einer lebenslangen Rente erfolgt. Bei privaten Produkten ist dagegen meist eine Kapitalisierung oder zumindest Teilkapitalisierung zum Zeitpunkt des Eintritts in den Ruhestand vorgesehen. Eine betriebliche Altersvorsorge ist für den Arbeitnehmer mit wenig Aufwand verbunden, da die Auswahl einer sehr begrenzten Anzahl von Angeboten sowie die Abwicklung der Beitragszahlung vom Arbeitgeber übernommen wird. Der Nachteil betrieblicher Altersvorsorge ist jedoch, dass beim Wechsel des Arbeitgebers Probleme bei der Übernahme eines Vorsorgevertrages entstehen können. Besonders problematisch gestaltet sich ein Wechsel zwischen dem öffentlichen Dienst und dem privaten Sektor.

**219.\*** Die Monopolkommission begrüßt die im Alterseinkünftegesetz geplante Vereinheitlichung der steuerlichen Behandlung verschiedener Durchführungswege der betrieblichen Altersvorsorge. Dabei wurden insbesondere die Regelungen zur Direktversicherung denen von Pensionskassen und -fonds angepasst. Die Vereinheitlichung sollte allerdings auch die Zusatzversorgungskassen des öffentlichen Dienstes mit einschließen, was im Rahmen der derzeitigen Reform nicht vorgesehen ist.

**220.\*** Die Monopolkommission plädiert dafür, die Sozialabgabenbefreiung von Beiträgen zur betrieblichen Rente, die derzeit bis 2008 befristet ist, nicht zu verlängern. Aus Sicht des Arbeitnehmers ist die sog. "Befreiung" ohnehin ein zweischneidiges Schwert. Bei den Beiträgen zur Kranken- und Pflegeversicherung handelt es sich lediglich um eine Verlagerung der Sozialabgabenpflicht auf den Zeitpunkt des Rentenbezugs. Bei den Beiträgen zur Renten- und Arbeitslosenversicherung steht der Befreiung auch eine Verminderung der Ansprüche auf Sozialleistungen gegenüber. Aus Sicht des Arbeitgebers handelt es sich zwar um eine echte Befreiung; falls jedoch Arbeitgeber durch eine Senkung der Lohnnebenkosten entlastet werden sollen, sollte dies nicht auf dem Umwege der Förderung betrieblicher Altersvorsorge erfolgen.

#### *Mangelnde Nachfrage nach Riester-Verträgen*

**221.\*** Bei der privaten Altersvorsorge sind die beliebtesten Produkte nach wie vor das Eigenheim und die Kapitallebensversicherung. Die Nachfrage nach Riester-Produkten blieb dagegen weit hinter den Erwartungen des Gesetzgebers zurück. So wurden im Jahre 2003 nur 520.000 neue Riester-Verträge abgeschlossen. Dem stehen ca. 5 Mio. neue Bausparverträge und über 8 Mio. neue Lebensversicherungsverträge gegenüber. Die Hauptursache für den mangelnden Erfolg von Riester-Produkten sieht die Monopolkommission in den komplizierten Regelungen für die staatliche Förderung. Diese sind ein Nachteil sowohl für den Vermittler, der keinen Ausgleich für den deutlich höheren Beratungsbedarf erhält, als auch für den Kunden, der kaum in der Lage ist zu verstehen, worauf er sich einlässt. Auch wenn die Einführung des Dauerzulagenantrags im Rahmen des Alterseinkünftegesetzes ein erster Schritt in die richtige Richtung ist, ist das Produkt immer noch viel zu komplex und sollte weiter vereinfacht werden.

**222.\*** Aufgrund der höheren Lebenserwartung von Frauen müssen diese derzeit höhere Beiträge einzahlen, um im Alter eine gleich hohe Rente wie Männer zu erhalten. Die für 2006 vorgesehene Einführung von sog. Unisex-Tarifen wird dazu führen, dass die Konditionen eines Riester-Vertrages Männern wenig attraktiv erscheinen. Versicherungsvermittler, die nach europäischem Recht künftig zur Beratung der Kunden verpflichtet sind, werden die männlichen Versicherten auf die relativen Nachteile von Riester-Produkten hinweisen müssen, wenn sie sich nicht selbst schadensersatzpflichtig machen wollen. Dadurch sinkt der Anteil der Männer, die eine Riester-Rente abschließen. Da Versicherungen dies bei der Kalkulation ihrer



Tarife berücksichtigen, ist zu erwarten, dass sich die unabhängig vom Geschlecht berechneten Tarife denen annähern, die derzeit von Frauen gezahlt werden. Entsprechend führt der Zwang zu Unisex-Tarifen kaum zu günstigeren Tarifen für Frauen, aber zu erheblich teureren für Männer. Die Monopolkommission lehnt den Zwang zu unabhängig vom Geschlecht berechneten Tarifen aus diesem Grunde ab. Er konterkariert die mit der Riester-Rente verfolgten Ziele. Am Ende wird die Anzahl der Riester-Verträge weiter sinken.

#### *Mehr Transparenz durch bessere Vergleichbarkeit von Vorsorgeprodukten*

**223.\*** Altersvorsorgeprodukte sind auch unabhängig von der staatlichen Förderung komplizierte Produkte. Das liegt zum einen daran, dass ein Altersvorsorgeprodukt neben einer Kapitalanlage in vielen Fällen auch eine Versicherung gegen das finanzielle Risiko eines unerwartet langen Lebens enthält. Zum anderen werden Altersvorsorgeprodukte oft in Kombination mit anderen Leistungen verkauft, so dass Bündelprodukte entstehen, die auch gegen andere Risiken absichern. Eine Lebensversicherung mit Kapitalwahlrecht garantiert z.B. neben der Altersrente für den Versicherten im Falle seines vorzeitigen Ablebens den Hinterbliebenen eine finanzielle Unterstützung. In diesem Punkt hat eine solche Versicherung nichts mit einer Altersvorsorge zu tun. Im Erlebensfall kann der Versicherte wählen, ob er am Ende der Vertragslaufzeit einen festen Geldbetrag ausgezahlt bekommt oder diesen in Form einer lebenslangen Rente erhält. Im ersten Fall handelt es sich nur insofern um ein Altersvorsorgeprodukt, als eine Vermögensbildung stattgefunden hat. Nur im zweiten Fall dient das Produkt eindeutig der Altersvorsorge, weil die Vermögensbildung mit einer Rente verbunden ist, die gegen das finanzielle Risiko eines unerwartet langen Lebens versichert.

**224.\*** Diese grundsätzliche Komplexität kann nicht wegdefiniert werden. Um die Wahl eines Altersvorsorgeproduktes zu erleichtern, sollte aber die Darstellung der Produkte und ihrer einzelnen Komponenten vereinheitlicht werden. Besondere Verständnisdefizite beobachtet man bei der Beurteilung von Kapitalanlagen durch den Verbraucher. Jeder Bürger sollte in die Lage versetzt werden, grundlegende Zusammenhänge auf den Kapitalmärkten zu verstehen. Zudem sollten Kapitalanlageprodukte mit drei einheitlich zu berechnenden Kennziffern versehen werden. Die erste Kennzahl sollte die Kosten des Produktes angeben, die zweite die erwartete Rendite des Produktes, die dritte das Risiko der Kapitalanlage. Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht muss kontrollieren, dass diese Kennzahlen für alle Produkte nach den gleichen, allgemein verbindlichen Regeln berechnet werden, damit eine Manipulation von Seiten der Anbieter nicht möglich ist.

#### *Vereinfachung und Vereinheitlichung staatlicher Förderbedingungen*

**225.\*** Die Komplexität der staatlichen Fördermöglichkeiten von Altersvorsorge erschwert die Auswahl eines Produktes zusätzlich. Da verschiedene Altersvorsorgeprodukte auf sehr unterschiedliche Art bezuschusst werden, z.B. auf dem Wege der Sozialabgabenbefreiung, durch steuerliche Abzugsmöglichkeiten oder mittels staatlicher Zulagen, ist es fast unmöglich, die Höhe der staatlichen Zuwendung verschiedener Produkte zu vergleichen. Allgemein gültige Vergleiche kann es ohnehin nicht geben, da die Zuschüsse von individuellen Größen wie dem derzeitigen und künftigen Einkommen, dem Familienstand und der Kinderzahl abhängen. Durch die großen Unterschiede in den Fördermöglichkeiten verschiebt sich der Blickwinkel des Verbrauchers bei der Wahl eines Produktes leicht von den inhärenten Produkteigenschaften hin zu den Möglichkeiten einer staatlichen Förderung. So entscheidet er sich möglicherweise für ein an sich ungeeignetes Produkt, nur weil dieses mehr gefördert wird. Ein Indiz da-

für, wie groß die Schwierigkeiten der Verbraucher bei der Produktwahl sind, sind die hohen Kündigungsraten bei Riester-Produkten und Lebensversicherungen.

**226.\*** Um dies zu vermeiden, fordert die Monopolkommission eine Vereinheitlichung der Förderbedingungen für Altersvorsorgeprodukte. Dies könnte dadurch realisiert werden, dass die Förderung nicht mehr an einzelne Produkte, sondern an die Funktion der Altersvorsorge geknüpft wird. So wäre es denkbar, dass alle Produkte, die eine Kapitalbildung über einen bestimmten Mindestzeitraum hinweg und eine Kapitalauszahlung nicht vor Erreichen des gesetzlichen Renteneintrittsalters vorsehen, in gleicher Weise gefördert werden. Produkte, die diese Bedingungen nicht erfüllen, würden nicht gefördert. Zudem sollten alle Produkte, die die Funktion der Altersvorsorge erfüllen, beim Bezug von Arbeitslosengeld II und Sozialhilfe von der Pflicht zur Verwertung ausgenommen werden. Eine vollständige Verrentung des angesparten Kapitals zwingend vorzuschreiben, hält die Monopolkommission nicht für sinnvoll. Die Aussicht auf die Auszahlung einer größeren Geldsumme ist viel verlockender als die Aussicht auf einen kleinen monatlichen Betrag. Es ist deshalb zu erwarten, dass die Nachfrage nach Altersvorsorgeprodukten höher ist, wenn zumindest die Möglichkeit einer Teilkapitalisierung, eventuell noch vor Eintritt ins Rentenalter, besteht.

**227.\*** Versicherungsmakler oder -vermittler spielen im Bereich der Altersvorsorge als Intermediäre zwischen der Anlagegesellschaft und dem Kunden eine wichtige Rolle. Derzeit werden Vermittler überwiegend von der Anbieterseite bezahlt. Entsprechend sind Provisionssysteme so ausgestaltet, dass die Vermittler einen finanziellen Anreiz haben, die Interessen des Anbieters zu berücksichtigen. Aus Sicht der Monopolkommission wäre es wünschenswert, wenn es Vermittler gäbe, die vom Verbraucher und nicht vom Anbieter bezahlt würden. Die Vergütung könnte dann nach Beratungsaufwand erfolgen, statt als Prozentsatz der Beitragssumme definiert zu sein. Damit hätte der Vermittler einen finanziellen Anreiz, die Interessen des Verbrauchers zu berücksichtigen. Zumindest sollten die Kosten für die Beratung bei Altersvorsorgeprodukten getrennt ausgewiesen werden, damit dem Kunden eher bewusst wird, welches Eigeninteresse ein Vermittler an der Vermittlung bestimmter Produkte hat.

#### *Berücksichtigung systemischer Risiken*

**228.\*** Wie bei allen Kapitalanlagen gibt es auch bei Altersvorsorgeprodukten ein Renditerisiko. Dabei lassen sich zwei Arten von Risiken unterscheiden, diversifizierbare und nicht diversifizierbare. Bei diversifizierbaren Risiken handelt es sich um Risiken, die sich durch eine breit gestreute Anlagepolitik zumindest in gewissem Maße gegenseitig aufheben. So lässt sich ein Teil des Kursrisikos bei der Anlage in einzelne Aktien durch ein breit gestreutes Portfolio eliminieren. Sog. kollektive, d.h. nicht diversifizierbare Risiken können jedoch nicht durch Streuung eliminiert werden. So sind von einer konjunkturellen Krise alle Bereiche einer Volkswirtschaft betroffen und es ist dementsprechend nicht möglich, durch Investition in verschiedene Branchen das Risiko zu umgehen. Durch die Entwicklung des Handels mit Finanzderivaten gibt es heute zwar die Möglichkeit, die Verteilung kollektiver Risiken zu steuern, das Gesamtrisiko verringert sich dadurch jedoch im Prinzip nicht.

**229.\*** Das Risikomanagement von Banken hat in den letzten Jahren zunehmend dazu geführt, dass Risiken an Dritte weitergegeben werden. Als Gegenparteien dieser Geschäfte treten häufig Versicherer oder Unternehmen der Altersvorsorge auf. Soweit diese aufgrund ihrer unterschiedlichen Finanzierungsstrukturen besser in der Lage sind, die betreffenden Risiken zu tragen, ist diese Entwicklung zu begrüßen. Es können sich jedoch auch neue Probleme ergeben. So können z.B. bei wechselseitigen Abhängigkeiten verschiedener Institutionen in einem

Netzwerk von Verträgen die Schwierigkeiten einer Institution auf alle direkten und indirekten Vertragspartner ausstrahlen und die Funktionsfähigkeit des Systems insgesamt in Frage stellen. Dies bezeichnet man als systemisches Risiko. Um systemische Risiken zu kontrollieren und einzuschränken, muss die Banken- und Versicherungsaufsicht die Risikostrukturen ganzer Märkte analysieren. Eine Fokussierung auf die Risiken einzelner Unternehmen, wie sie in der Vergangenheit stattgefunden hat, ist nicht geeignet, um die Gefahren systemischen Risikos zu erfassen.

*Aufteilung nicht diversifizierbarer Risiken auf die Marktteilnehmer*

**230.\*** Kollektive Risiken dürfen nicht verheimlicht und verschwiegen werden. Es ist im Gegenteil außerordentlich wichtig, dass sich beide Marktseiten dieses Risikos bewusst sind und es auf sinnvolle Art untereinander aufteilen. Extreme Arten der Risikoaufteilung stellen rein beitragsorientierte ("defined contributions") bzw. rein leistungsorientierte Systeme ("defined benefits") dar. Bei beitragsorientierten Systemen werden die Beiträge des Versicherten festgelegt, die Rente ergibt sich aus der Summe der Beiträge und den von der anlegenden Gesellschaft am Kapitalmarkt erzielten Renditen. Das Risiko liegt ausschließlich beim Verbraucher, da er allein die Kosten einer schlechten Performance am Kapitalmarkt in Form einer geringeren Auszahlung trägt. Neben der einseitigen Risikozuweisung hat dieses System den Nachteil, dass die anlegende Gesellschaft nur wenig Anreiz hat, das ihr anvertraute Kapital besonders gut zu verwalten.

**231.\*** Bei leistungsorientierten Systemen wird die Auszahlung des Versicherten festgelegt. Die Beitragshöhe ergibt sich aus der gewünschten Auszahlung und der erwarteten Rendite am Kapitalmarkt. Das Risiko der Anlage liegt bei der Gesellschaft, die das Kapital anlegt, bzw. im Falle der Insolvenz dieser Gesellschaft beim Träger der Insolvenzversicherung. Letztlich trägt auch der Steuerzahler ein Teil des Risikos, da zu erwarten ist, dass im Falle einer Großinsolvenz die Zentralbank als Kreditgeber letzter Instanz einspringt oder der Fiskus mit billigen Krediten und Steuererleichterungen bürgt. Während also das erhöhte Risiko einer riskanteren Anlagestrategie nicht von der Anlagegesellschaft alleine getragen wird, muss sie die damit verbundenen Risikoprämien auf ihre Anlagen mit niemandem teilen. Dies führt dazu, dass die Anlagepolitik von Anlagegesellschaften bei rein beitragsorientierten Systemen aus gesamtwirtschaftlicher Sicht zu riskant ist.

**232.\*** Es ist deshalb sinnvoll, dass die meisten Systeme in Deutschland eine Mischform aus Beitrags- und Leistungsorientierung darstellen. Dennoch sind viele Konzepte nicht dazu geeignet, das kollektive Risiko einer Kapitalanlage in geeigneter Form aufzuteilen. Beim Abschluss einer Lebensversicherung wird dem Anleger von der Versicherung ein bestimmter Zinssatz – fast immer ist das der höchste von der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen zugelassene Zins – garantiert. Darüber hinaus müssen dem Anleger jährlich mindestens 90 % der Überschüsse gutgeschrieben werden. Nach Ansicht der Monopolkommission sollte der Garantie- oder Höchstrechnungszins nicht im Rahmen einer Verordnung, sondern automatisch an das aktuelle Zinsniveau angepasst werden, um zeitliche Verzögerungen bei der Anpassung auszuschließen. Zudem sollte die Anpassung des garantierten Zinses immer für alle laufenden Verträge unabhängig vom Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gelten, nicht nur für Neuverträge. Derzeit hängt die in einem Vertrag garantierte Verzinsung vom Zinsniveau bei Abschluss des Vertrages ab und kann damit zwischen 2,75 % und 4 % liegen. Eine automatische Anpassung des Zinsniveaus für alle laufenden Verträge schützt die Verbraucher in Zeiten steigender Zinsen und insbesondere bei hoher Inflation besser als die derzeitige Regelung, die gleichzeitig in Zeiten niedriger Zinsen ein hohes Risiko für Lebensversicherungsunternehmen darstellt.

**233.\*** Die Verpflichtung, den Anlegern jährlich mindestens 90 % der Überschüsse gutzuschreiben, impliziert zusammen mit den teilweise recht hohen Garantieleistungen, dass der Spielraum für die Versicherungsgesellschaften stark eingeengt ist. Wenn in Zeiten hoher Kurse Aktien verkauft werden, um Gewinne zu realisieren, werden mindestens 90 % dieser Gewinne durch die Übertragung an den Anleger faktisch zu Verbindlichkeiten. Nur die verbleibenden maximal 10 % verbleiben dem Unternehmen, um für Zeiten niedriger Kurse Rücklagen zu bilden. Diese werden jedoch benötigt, um bei Verlusten die garantierte Verzinsung zahlen zu können. Eine derartige Vorschrift, die vor der Deregulierung der Versicherungsmärkte 1994 dem Schutz der Verbraucher diente, ist in einem wettbewerblichen Regime, bei dem die Gewinne der Versicherungsgesellschaften niedriger sind, zu riskant für diese und damit schädlich für das ganze System. Die gesetzlich vorgeschriebene Mindestbeteiligung sollte deshalb gesenkt werden.

**234.\*** Die bei Riester-Verträgen gewährte Nominalwertgarantie dient zunächst ebenfalls dem Schutz der Verbraucher. Zusammen mit der Verpflichtung, Abschlusskosten auf einen Zeitraum von mindestens zehn, ab 2005 voraussichtlich fünf Jahre zu verteilen, wird damit garantiert, dass der Versicherungsnehmer mindestens sein eingezahltes Kapital zurückbekommt, auch wenn der Vertrag bereits nach kurzer Zeit beitragsfrei gestellt wird. Die Monopolkommission hält eine real definierte Garantie für sinnvoller als eine Nominalwertgarantie, die bei hohen Inflationsraten praktisch wertlos wird. Im Gegensatz zur Regelung bei Riester-Verträgen dürfen bei Lebensversicherungsverträgen die ersten Beiträge vollständig zur Zahlung der Abschlusskosten verwendet werden (Zillmerung). Dies macht für Versicherungsunternehmen und Vermittler den Verkauf einer Lebensversicherung attraktiver als den einer Riester-Rente. Um beiden Produkten die gleichen Chancen im Wettbewerb zu geben, müssten die Regelungen bezüglich der Verteilung der Abschlusskosten vereinheitlicht werden.

**235.\*** Bei der Wahl zwischen Pensionskasse und -fonds wird die Entscheidung des Arbeitgebers dadurch zugunsten der Pensionskasse verzerrt, dass er selbst lediglich höhere Kosten aufgrund des höheren Risikos eines Fonds hat. Arbeitgeber, die eine betriebliche Altersvorsorge im Rahmen eines Pensionsfonds anbieten, müssen im Falle der Insolvenz des Fonds die Verpflichtungen des Fonds erfüllen und zusätzlich Beiträge an den Pensionsversicherungsverein leisten. Bei der Pensionskasse ist dies nicht der Fall. Die mit einem Pensionsfonds verbundenen höheren Renditeerwartungen kommen jedoch nur dem Arbeitnehmer zugute. Es ist nicht zu erwarten, dass der Pensionsfonds in Deutschland Verbreitung findet, solange es keine Möglichkeit gibt, die Arbeitnehmerseite, die von den höheren Renditeerwartungen profitiert, auch mit den zusätzlichen Risiken eines Pensionsfonds zu belasten.

#### *Mehr Wettbewerb auf europäischer Ebene*

**236.\*** Auf europäischer Ebene gibt es derzeit noch keinen funktionierenden Wettbewerb verschiedener Anbieter. Da das Versicherungsvertragsrecht in Deutschland zwingendes Recht ist – abweichende Abreden sind nur zugunsten des Versicherten zulässig – und auf grenzüberschreitende Verträge immer das Recht des Versicherungsnehmers anzuwenden ist, müssen Produkte ausländischer Versicherungsunternehmen immer auf die deutsche Rechtslage zugeschnitten werden. Dies erschwert den Markteintritt von Versicherungsunternehmen anderer EU-Staaten nicht unerheblich. Deshalb sollte ein optionales europäisches Versicherungsvertragsgesetz geschaffen werden, das – soweit von den Parteien gewählt – nationales Recht verdrängt. Dies würde es Versicherungsunternehmen anderer EU-Staaten erleichtern, als Anbieter auf dem deutschen Markt tätig zu werden.

## *VI. Entwicklung und Perspektiven des Wettbewerbs in der Elektrizitätsversorgung*

**237.\*** Im April diesen Jahres jährte sich zum sechsten Male die mit der Novellierung des Energiewirtschaftsgesetzes aus dem Jahr 1998 verbundene Marktöffnung im Bereich der leitungsgebundenen Elektrizitätsversorgung. Mit der im Rahmen dieser Novelle erfolgten Abschaffung der rechtlich geschlossenen Versorgungsgebiete und der Einführung eines speziellen Durchleitungstatbestandes war von Seiten des Gesetzgebers das Ziel einer stärkeren wettbewerblichen Ausrichtung des Elektrizitätswirtschaftlichen Ordnungsrahmens verbunden. Nicht nur in Deutschland sondern auch in anderen europäischen Ländern hatte sich zunehmend die Auffassung durchgesetzt, dass die traditionelle Organisation des Elektrizitätssektors in Form vertikal integrierter Gebietsmonopole wettbewerbspolitisch nicht länger zu rechtfertigen war und zumindest in den Bereichen der Stromerzeugung und des Stromhandels Wettbewerb grundsätzlich möglich ist. Wie internationale Erfahrungen belegen, lässt eine Intensivierung des Wettbewerbs durch die Stimulation von Innovationsprozessen insbesondere im Bereich der Stromerzeugung erhebliche Effizienzverbesserungen erwarten. Nach einer Phase intensiven Wettbewerbs in den ersten beiden Jahren nach der Liberalisierung ist mittlerweile jedoch eine deutliche Verringerung der Wettbewerbsintensität auf den Strommärkten festzustellen, deren Ursache sowohl in marktstrukturellen Fehlentwicklungen als auch in einer wenig wettbewerbskonformen Ausgestaltung des Elektrizitätswirtschaftlichen Ordnungsrahmens liegt.

**238.\*** Stromübertragung und Stromverteilung sind im Gegensatz zur Stromerzeugung und zum Stromhandel als nicht angreifbare natürliche Monopole zu klassifizieren. Die Eigenschaft des natürlichen Monopols geht bei der Stromübertragung vor allem auf die notwendigerweise zentral auszuübende Funktion des Systembetriebs zurück, bei der Stromverteilung resultiert sie aus den bei der Errichtung der Verteilnetze anfallenden hohen Kapitalkosten. Der Systembetrieb umfasst die Steuerung der Lastflüsse im Übertragungsnetz durch die kurzfristige technische Koordination des Kraftwerkseinsatzes zum Ausgleich ungeplanter Abweichungen zwischen Stromeinspeisungen und Stromentnahmen.

### *Gesetzlicher Rahmen und Regulierungspraxis*

**239.\*** Eine notwendige Voraussetzung für wettbewerbliche Aktivitäten auf der Erzeugungsebene und im Stromhandel ist der Zugang zu den Übertragungs- und Verteilnetzen sowie zu den Systemdienstleistungen der Übertragungsnetzbetreiber. Diese Möglichkeit wurde mit der Aufnahme eines speziellen energie- und kartellrechtlichen Durchleitungstatbestandes in das 1998 in Kraft getretene Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsgesetzes geschaffen. In die konkrete Ausgestaltung der Netzzugangsmodalitäten hat der Gesetzgeber dabei nicht eingegriffen, insbesondere wurde auf die Einrichtung einer sektorspezifischen Regulierungsbehörde zur Kontrolle der Netzentgelte verzichtet. Die energiewirtschaftlich einschlägigen Verbände haben in der Folgezeit die Rahmenbedingungen für den Netzzugang und die Kalkulation der Netznutzungsentgelte auf privatrechlichem Wege in Form der sog. Verbändevereinbarungen festgelegt.

**240.\*** Obwohl durch die mehrfach modifizierte Verbändevereinbarungen wettbewerbsbehindernde Regelungen für den Netzzugang und die grundsätzliche Struktur der Netznutzungsentgelte abgebaut wurden, sind weiterhin erhebliche Behinderungen beim Netzzugang in der Elektrizitätswirtschaft festzustellen, die auf das außerordentlich hohe Niveau der Netznutzungsentgelte in Deutschland zurückzuführen sind. Behinderungen des Netzzugangs können im Rahmen der Verbändevereinbarungen, die keine konkreten Preisvorgaben für den Netzzu-

gang, sondern lediglich allgemeine Kalkulationsprinzipien enthalten, nicht gelöst werden. Die Preisfindungsprinzipien der Verbändevereinbarung Strom II plus belässt den Netzbetreibern vielmehr erhebliche Spielräume bei der Festsetzung der Netzpreise. Daher kommt der Missbrauchsaufsicht des Bundeskartellamtes eine entscheidende Rolle für die Durchsetzung angemessener Netznutzungsentgelte zu.

**241.\*** Das Bundeskartellamt hatte sich in den letzten beiden Jahren vor allem mit Wettbewerbsbehinderungen durch überhöhte Netznutzungsentgelte auseinanderzusetzen. Zwei Missbrauchsverfahren, denen im Hinblick auf die Effektivität der im Rahmen des allgemeinen Wettbewerbsrechts erfolgenden Aufsicht über Netzmonopole in der Stromwirtschaft Modellcharakter zukommt, wurden mit einer förmlichen Verfügung abgeschlossen. Zu beiden Verfahren liegen auch schon Urteile des Oberlandesgerichts Düsseldorf vor. Den Nachweis des Preismissbrauchs führte das Bundeskartellamt im Fall der Thüringer Energie AG auf der Grundlage einer Kostenprüfung, im Fall der Stadtwerke Mainz wendete es das Vergleichsmarktkonzept an. In beiden Fällen hat es den betroffenen Unternehmen untersagt, Netznutzungsentgelte zu erheben, die eine bestimmte Erlösbergrenze überschreiten. Das Oberlandesgericht hat die Verfügungen in beiden Fällen aufgehoben und dies unter anderem damit begründet, dass für die in Frage stehenden Netznutzungsentgelte, die nach den Preisfindungskriterien der Verbändevereinbarung Strom II plus kalkuliert wurden, die Vermutung "guter fachlicher Praxis" streite. Der Vermutungstatbestand der "guten fachlichen Praxis" bei Kalkulation der Netzentgelte nach den Preisfindungskriterien der Verbändevereinbarung war mit der Novellierung vom Mai 2003 in das Energiewirtschaftsgesetz eingefügt worden. Darüber hinaus hält das Gericht die Verwendung der Gesamterlöse aus dem Netzbetrieb als Prüfungsmaßstab für den Nachweis des Preismissbrauchs, der sich auf eine Überprüfung der Einzelentgelte stützen müsse, für kartellrechtlich nicht zulässig. Diese Auffassung wird von der Monopolkommission, die die Verwendung der Gesamterlöse aus dem Netzbetrieb für eine grundsätzlich geeignete Vorgehensweise hält, um dem grundsätzlichen konzeptionellen Problem der Zuordnung von Fix- und Gemeinkosten auf die einzelnen Netzdienstleistungen Rechnung zu tragen, nicht geteilt. Nicht nachvollziehen kann die Monopolkommission den vom Gericht kritisierten fehlenden Zusammenhang zwischen missbräuchlich überhöhten Gesamterlösen und missbräuchlich überhöhten Einzelpreisen. Insgesamt wird die Missbrauchsaufsicht im Rahmen des allgemeinen Wettbewerbsrechts durch die Rechtsauffassung des Gerichts im Hinblick auf die Folgewirkungen der "Verrechtlichung" der Verbändevereinbarung geradezu ad absurdum geführt.

#### *Marktstruktur- und Wettbewerbsentwicklung*

**242.\*** Die Marktstruktur in der deutschen Elektrizitätswirtschaft war bereits vor der Liberalisierung durch einen hohen Grad horizontaler Konzentration auf der Erzeugungsebene sowie durch eine ausgeprägte vertikale Integration über alle Wertschöpfungsstufen gekennzeichnet. Durch die unmittelbar nach der Marktöffnung einsetzende intensive Fusionsaktivität hat die Konzentration durch horizontale und vertikale Zusammenschlüsse zusätzlich beträchtlich zugenommen. Der Markt wird dominiert von den vier Verbundunternehmen E.ON, RWE, Vattenfall Europe und EnBW, die über 80 % der inländischen Erzeugungskapazitäten und zahlreiche Beteiligungen an regionalen Weiterverteilern und Stadtwerken verfügen. Die Monopolkommission betrachtet die Entwicklung der Marktstrukturen in der Elektrizitätswirtschaft mit großer Sorge. Auf der Großhandelsebene haben die horizontalen Konzentrationsprozesse zu einem wettbewerbslosen Oligopol geführt. Durch die vertikalen Beteiligungen an Stadtwerken, die den Verbundunternehmen den Absatz sichern, werden die Strommärkte gegen den

Marktzutritt Dritter weiter abgeschottet. Die Stadtwerke fallen als unabhängige Nachfrager auf dem Großhandelsmarkt damit weitgehend aus. Dies ist im Hinblick auf die wettbewerbliche Entwicklung der Strommärkte umso gravierender, als der von Haushalts- und Kleinkunden ausgehende Wettbewerbsdruck, wie die geringen Wechselraten zeigen, als eher gering einzuschätzen ist.

**243.\*** Die Hoffnungen auf eine Belebung des Wettbewerbs durch neue Marktteilnehmer aus dem In- und Ausland haben sich nicht erfüllt. Die unmittelbar nach der Marktöffnung in den deutschen Strommarkt eingetretenen Stromhändler konnten ihre Marktposition nicht festigen und sind in großer Anzahl bereits wieder aus dem Markt ausgeschieden, da keine genügenden Geschäftsaussichten bestanden. Im Bereich der Stromerzeugung hat mit Ausnahme kleinerer, dezentraler Erzeugungsanlagen auf der Basis erneuerbarer Energien bzw. Kraft-Wärme-Kopplung kein Marktzutritt unabhängiger Erzeugungsunternehmen stattgefunden. Wettbewerbsimpulse könnten angesichts der hohen Konzentration auf der Erzeugungsebene im Inland am ehesten durch Importe ausländischer Anbieter gesetzt werden. Einer Ausdehnung des grenzüberschreitenden Stromhandels stehen derzeit allerdings die begrenzten Kapazitäten an den Kuppelstellen ins Ausland entgegen. Dementsprechend ist der Anteil der Stromimporte mit ca. 8 % an der inländischen Bruttostromerzeugung vergleichsweise gering.

**244.\*** Die Strompreise für Endverbraucher, die nach der Marktöffnung zunächst für alle Verbrauchergruppen deutlich gesunken sind, beginnen seit Mitte des Jahres 2000 zu steigen und haben für Haushaltskunden bereits wieder das Niveau vor der Marktöffnung erreicht. Der Anstieg der Endverbraucherpreise ist neben zusätzlichen Belastungen aus dem Erneuerbaren-Energien- und dem Kraft-Wärme-Kopplungs-Gesetz vor allem auf die deutlich angestiegenen Großhandelspreise zurückzuführen. Im europäischen Vergleich liegen die Nettostrompreise in Deutschland mittlerweile wieder an der Spitze.

**245.\*** Insgesamt ist auf den Strommärkten eine deutlich nachlassende Wettbewerbsintensität zu verzeichnen. Der zunächst zwischen den Verbundunternehmen einsetzende oligopolistische Preiswettbewerb stellte sich als Übergangsphänomen heraus, mit dem der drohende Marktzutritt und ein Abwandern der Stadtwerke verhindert werden sollte. Kurzfristiger Preiswettbewerb war zudem aufgrund der bestehenden Überkapazitäten zu erwarten, stellt aber im homogenen Oligopol nicht den Regelfall dar. Der annähernd gleichzeitig zu beobachtende Anstieg der Strompreise in Verbindung mit der Stilllegung von Erzeugungskapazitäten seit dem Jahr 2001 lässt vielmehr darauf schließen, dass die Phase kurzfristigen Preiswettbewerbs beendet und einem abgestimmten Verhalten zwischen den Oligopolmitgliedern gewichen ist. Für diese Einschätzung spricht auch, dass sich die Verbundunternehmen darauf beschränken, ihre traditionellen Absatzgebiete zu beliefern, und auf Wettbewerbsvorstöße in das Liefergebiet der jeweils anderen Verbundunternehmen verzichten. Parallel dazu haben sich die strukturellen Bedingungen für Wettbewerb in der Elektrizitätswirtschaft seit der Liberalisierung nachhaltig verschlechtert. Insbesondere die beiden führenden Oligopolmitglieder E.ON und RWE sind dabei, mittels geschickter Fusions- und Akquisitionspolitik ihre Marktmacht entlang der vertikalen Wertschöpfungskette auszudehnen. Die vertikalen Beteiligungen an Stadtwerken und lokalen Weiterverteilern substituieren langfristige Lieferverträge und dienen dazu, den Verbundunternehmen den Absatzmarkt für ihre Erzeugungskapazitäten zu erhalten. Damit zementiert das Oligopol seine marktbeherrschende Stellung auf dem Großhandelsmarkt, bevor es sich den Herausforderungen des Wettbewerbs überhaupt erst stellen muss. Im Ergebnis führt die Beteiligungspolitik der Verbundunternehmen zu Marktstrukturen, die den rechtlich abgeschotteten Gebietsmonopolen vor der Liberalisierung ähneln.

*Wettbewerbsprobleme beim Netzzugang*

**246.\*** Die Wettbewerbsprobleme in der deutschen Elektrizitätswirtschaft ergeben sich aus dem Zusammenwirken der natürlichen Monopole auf der Netzebene mit der vertikalen Integration und der horizontalen Marktmacht der vier großen Verbundunternehmen. Stromübertragungs- und -verteilnetze sind ökonomisch als nicht angreifbare natürliche Monopole zu klassifizieren. Es ist davon auszugehen, dass die aus den spezifischen Kostenstrukturen resultierende grundsätzliche Wettbewerbsresistenz des Betriebs von Stromnetzen auch langfristig bestehen bleiben wird. Stromnetze sind außerdem als wesentliche Einrichtungen anzusehen, da der Zugang Dritter zu den Leitungsnetzen eine notwendige Voraussetzung für den Wettbewerb auf den vor- und nachgelagerten Märkten der Stromerzeugung und des Stromeinzelhandels darstellt. Da monopolistische und vertikal integrierte Stromnetzbetreiber keinen Anreiz haben, ihre Dienstleistungen zu einem wettbewerbsanalogen Preis bereitzustellen oder Wettbewerbern den Netzzugang zu nicht diskriminierenden Bedingungen zu ermöglichen, sind die Netzzugangsentgelte einer Preisregulierung zu unterstellen.

**247.\*** Die Regulierung von Netznutzungsentgelten hat das Ziel, missbräuchlich hohe Netzentgelte zu verhindern und dem Netzbetreiber gleichzeitig ausreichende Erlöse zur Finanzierung der im Rahmen des Netzbetriebs anfallenden Betriebs- und Kapitalkosten zu ermöglichen. Die Regulierungsbehörde steht dabei vor einem grundsätzlichen Informationsproblem, das daraus resultiert, dass keine wettbewerblichen Vergleichsmaßstäbe zur Beurteilung der Netznutzungsentgelte zur Verfügung stehen und sie gezwungen ist, die Angemessenheit der Netzentgelte anhand der Kosten des Netzbetreibers zu überprüfen. In der Regel wird die Regulierungsbehörde aber nur begrenzt beurteilen können, inwieweit die vom Netzbetreiber vorgelegten Kosten unter Effizienzgesichtspunkten tatsächlich gerechtfertigt sind. Grundsätzliche konzeptionelle Probleme ergeben sich darüber hinaus aus dem Tatbestand, dass die Kostenstruktur von Leitungsnetzen in der Stromwirtschaft durch einen hohen Anteil von Fix- und Gemeinkosten gekennzeichnet ist, die den einzelnen Teilleistungen des Netzbetriebs zugerechnet werden müssen. Hierfür existieren keine allgemein gültigen ökonomischen Regeln. Vielmehr wurden verschiedene Zurechnungsverfahren entwickelt, die jeweils spezifische Vor- und Nachteile im Hinblick auf ihre Effizienzeigenschaften, auf ihre Praktikabilität bezüglich des Informationsbedarfs der Regulierungsinstanz sowie auf die verbleibenden Preissetzungsspielräume, die sie dem Netzbetreiber bei der Ausgestaltung von Einzelpreisen belassen, aufweisen. Die Abwägung zwischen den Vor- und Nachteilen alternativer Zurechnungsverfahren hängt von den Gegebenheiten des jeweiligen Sektors ab und kann sich im Zeitablauf ändern. Allzu vereinfachende pauschale Zuordnungsregeln für Fix- und Gemeinkosten sind der Komplexität des Problems in der Regel jedoch nicht angemessen und können zu ineffizienten Marktergebnissen führen.

**248.\*** Verfahren zur Regulierung von Netznutzungsentgelten lassen sich danach unterscheiden, in welchem Umfang sie bei der Preisfeststellung auf die tatsächlich entstandenen Kosten aus dem Netzbetrieb zurückgreifen. Bei der Kostenregulierung erfolgt die Preisbestimmung ex post auf der Grundlage der vom Netzbetreiber vorgelegten Kostenaufstellung. Dadurch können Abweichungen der Preise von den nachgewiesenen Gesamtkosten und somit Monopolgewinne vermieden werden. Problematisch ist jedoch, dass Kostenaufstellungen manipuliert werden können und mit einer Kostenregulierung keinerlei Anreize für eine effiziente Leistungsbereitstellung verbunden sind. Verfahren der Anreizregulierung zielen demgegenüber darauf ab, durch eine Entkopplung der regulatorisch festgelegten Preise von den in der Vergangenheit entstandenen Kosten des Netzbetriebs Anreize für eine effiziente Leistungsbereitstellung zu geben. International findet im Elektrizitätssektor vor allem die Variante einer



Erlösobergrenzenregulierung Anwendung, bei der die Entwicklung der dem Netzbetreiber erlaubten Gesamterlöse für einen bestimmten Zeitraum an die Entwicklung des Einzelhandelspreisindex (Retail Price Index) und eine von der Regulierungsbehörde ex ante geschätzte Produktivitätsfortschrittsrate, den sog. X-Faktor, gebunden wird. Die zulässige Erlösobergrenze wird einschliesslich der Produktivitätsfortschrittsrate in periodischen Abständen neu festgesetzt, wobei auch die Kosten- und Gewinnentwicklung des regulierten Netzbetreibers während der vergangenen Regulierungsperiode berücksichtigt wird. Mit einem solchen Regulierungsverfahren werden erhebliche Anreize zur effizienten Leistungsbereitstellung gegeben, da Kostenreduktionen, die über die geschätzten Produktivitätsfortschritte hinausgehen, vom Netzbetreiber als zusätzliche Gewinne einbehalten werden können.

**249.\*** Die grundlegende Idee von Benchmarkingverfahren besteht darin, durch einen Vergleich von Preisen, Erlösen oder Kosten mehrerer Unternehmen Hinweise auf die relative Effizienz eines Netzbetreibers zu gewinnen. Das im Rahmen der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht angewandte Vergleichsmarktkonzept stellt ein rudimentäres Benchmarkingverfahren dar. Aus ökonomischer Sicht ist die Aussagekraft des Vergleichsmarktkonzepts allerdings relativ gering, da es auf einen Vergleich der Preise bzw. Erlöse abstellt, die nur mangelhaft wettbewerblich beeinflusst sind und erhebliche Monopolrenten enthalten können. Das Problem eines Vergleichs von Monopolpreisen kann durch ein kostenorientiertes Benchmarkingverfahren vermieden werden, bei dem auf einen Vergleich der Kosten verschiedener Netzbetreiber abgestellt wird. Die Ergebnisse eines Kostenbenchmarkings können im Rahmen von Preisregulierungsverfahren eingesetzt werden, um einen gewissen Wettbewerb zwischen den Netzbetreibern zu simulieren. Dies geschieht derart, dass die Netzbetreiber mit vergleichsweise hohen Kosten strengere Vorgaben zur Kostensenkung erhalten als vergleichsweise effiziente Unternehmen. Damit werden Anreize geschaffen, die Kosten über den Branchendurchschnitt hinaus zu senken.

**250.\*** Die mit der Preisaufsicht über monopolistische Netzbetreiber verbundenen Informationsprobleme und konzeptionellen Schwierigkeiten bei der Kostenprüfung stellen sich grundsätzlich auch den Gerichten, sofern sich die gerichtliche Überprüfung von Entscheidungen der Regulierungsbehörde auch auf die materielle Prüfung der Netzentgelte erstreckt. Die Gerichte dürften aufgrund der Komplexität des Entscheidungsproblems mit dieser Aufgabe jedoch grundsätzlich überfordert sein. Die Monopolkommission spricht sich daher dafür aus, den mit der Überprüfung von Netznutzungsentgelten verbundenen konzeptionellen Problemen verfahrensmäßig durch ein mehrstufig aufgebautes System von Gesetzen, Verordnungsbestimmungen und von der Aufsichtsbehörde erlassenen Verfahrensgrundsätzen Rechnung zu tragen, wobei der Regulierungsbehörde die Wahl eines Preisregulierungsverfahrens grundsätzlich überlassen bleiben sollte. Die gerichtliche Überprüfung einer Regulierungsentscheidung sollte sich auf die Übereinstimmung der Einzelfallentscheidung mit den Verfahrensgrundsätzen der Regulierungsbehörde bzw. auf die Übereinstimmung der Verfahrensgrundsätze mit den übergeordneten Gesetzes- und Verordnungsvorschriften beschränken. Eine materiellrechtliche Überprüfung von Einzelentgelten durch die Gerichte entfielen. Die Monopolkommission spricht sich darüber hinaus für eine Ex-ante-Regulierung der Netzpreise aus, um die Anwendung anreizorientierter Regulierungsinstrumente möglich zu machen. Internationale Erfahrungen, beispielsweise aus England, verdeutlichen, dass mit einer anreizorientierten Regulierung erhebliche Effizienzsteigerungen erzielt werden können.

**251.\*** Das englisch-walisische Elektrizitätsversorgungssystem wurde 1990 grundlegend neu strukturiert. Die wettbewerblichen Reformen umfassten die eigentumsrechtliche Separierung des Übertragungsnetzes, das der National Grid Company übertragen wurde, von den Erzeu-

gungskapazitäten, die auf die drei neugegründeten Unternehmen PowerGen, National Power und Nuclear Electric aufgeteilt wurden. Für den Betrieb des Verteilnetzes und die Versorgung von Endkunden sind zwölf Regional Electricity Companies zuständig. Im Bereich der Versorgung von Endkunden wurde der Markt sukzessive dem Wettbewerb geöffnet. Haushaltskunden haben seit dem Jahr 1998 die Möglichkeit, ihren Anbieter zu wählen. Als sektorspezifische Regulierungsbehörde wurde das Office of Electricity Regulation gegründet, das im Jahr 1999 mit der Regulierungsbehörde für den Gassektor zum Office of Gas and Electricity Markets (Ofgem) verschmolzen wurde. Als natürliche Monopole wurden der Betrieb des Übertragungs- und der Verteilnetzes einer Ex-ante-Preisregulierung unterstellt. Die Übertragungs- und Verteilnetzentgelte werden mittels einer Erlösobergrenze mit jährlicher Anpassung auf der Grundlage des Einzelhandelspreisindex abzüglich den von der Regulierungsbehörde geschätzten Produktivitätsfortschritten reguliert (RPI minus X-Regulierung). Die für die erste Regulierungsperiode festgelegten Erlösobergrenzen erwiesen sich als äußerst großzügig und erlaubten den Unternehmen beträchtliche Gewinne. Die Regulierungsbehörde hat die erlaubte Erlösobergrenze in den beiden folgenden Regulierungsperioden daher beträchtlich reduziert, um das Niveau der Netzentgelte an die gesunkenen Kosten anzupassen. Mittels der in England praktizierten Anreizregulierung sind die Netzzugangsentgelte seit der Liberalisierung real um 50 % gefallen. Sowohl die National Grid Company als auch die Verteilnetzbetreiber konnten beträchtliche Produktivitätsfortschritte erzielen, die deutlich über das allgemeine Produktivitätswachstum in Großbritannien hinausgingen. Wie die regelmäßig von der Regulierungsbehörde veröffentlichten Berichte zum Stand der Versorgungssicherheit zeigen, sind die Kosteneinsparungen dabei nicht zulasten der Qualität erfolgt.

**252.\*** Entscheidend für die wettbewerbliche Entwicklung der Elektrizitätswirtschaft ist neben dem Netzzugang die wettbewerbliche Funktionsfähigkeit der Stromgroßhandelsmärkte. Im Stromgroßhandel lassen sich der eigentliche Großhandelsmarkt und der Markt für den Handel mit Regelenergie unterscheiden. Beide Märkte sind bei mangelnder Liquidität anfällig für das Ausüben horizontaler Marktmacht der Anbieter.

#### *Wettbewerbsprobleme auf den Großhandelsmärkten*

**253.\*** Regelenergie wird benötigt, um kurzfristige Schwankungen von Stromeinspeisungen und -entnahmen auszugleichen und die Netzfrequenz stabil zu halten. Differenzen zwischen den am Vortag angemeldeten Fahrplänen der Marktteilnehmer und dem tatsächlichen Verbrauch am Liefertag sind aufgrund kurzfristiger Veränderungen des Verbrauchs, unvorhergesehenen Kraftwerksausfällen und natürlichen Schwankungen der Windenergieeinspeisung unvermeidlich. Die Ausregelung von Einspeise- und Entnahmeschwankungen ist Teil der Systemsteuerungsfunktion und obliegt dem Übertragungsnetzbetreiber, in Deutschland mithin den vier Verbundunternehmen. Diese stellen in ihrer jeweiligen Regelzone den einzigen Nachfrager nach Regelenergie dar. Die Beschaffung von Regelenergie kann grundsätzlich auf wettbewerblichem Wege erfolgen. In Deutschland wurde die wettbewerbliche Öffnung der Regelenergiemärkte durch Auflagen des Bundeskartellamtes, die die Verbundunternehmen verpflichten, die in ihrer Regelzone jeweils benötigte Regelenergie durch Ausschreibungsverfahren zu beschaffen, durchgesetzt. Der Großteil der Regelenergiekosten von ca. 1 Mrd. € jährlich wird als nicht individualisierbare Systemdienstleistung den Netznutzern in Rechnung gestellt. Mit einem Anteil von über 40 % an den gesamten Übertragungsnetzentgelten stellen die Regelenergiekosten einen bedeutenden Kostenblock für die Nutzung des Höchstspannungsnetzes dar. Die wettbewerbliche Entwicklung auf den Regelenergiemärkten verläuft bisher wenig zufrieden stellend. Die Regelenergiekosten sind in den letzten Jahren beträchtlich gestiegen und waren nach Angaben der Verbundunternehmen die Ursache für die mehrfach

signifikant angehobenen Netznutzungsentgelte auf der Höchstspannungsebene. Einen Hinweis auf die bisher wenig effiziente Funktionsweise der Regelenergiemärkte liefern die deutlich höheren Preise für Regelenergie im Vergleich mit den Preisen des auf dem Spotmarkt am Tag zuvor gehandelten Stroms. Hohe Preisdifferenzen zwischen Regelenergie- und Spotmarktpreisen würden bei wettbewerblich funktionierenden Regelenergiemärkten zu einer Verlagerung des Angebots auf die Regelenergiemärkte und zu einer Annäherung der Regelenergiepreise an die Spotpreise führen. Längerfristig bestehende Preisdifferenzen lassen sich nur mit Marktzutrittsbarrieren auf den Regelenergiemärkten erklären.

**254.\*** Ein wesentliches Hindernis für die wettbewerbliche Entwicklung der Regelenergiemärkte besteht darin, dass die Verbundunternehmen die für die Teilnahme an den Ausschreibungsverfahren zu erfüllenden technischen Kriterien formulieren und auch die Details des Ausschreibungsverfahrens festlegen. Sie bestimmen somit in großem Umfang selbst die Marktregeln auf den Regelenergiemärkten. Da die Verbundunternehmen keine Anreize haben, die Wettbewerbsentwicklung auf den Regelenergiemärkten zu fördern und die Kosten der Beschaffung von Regelenergie, die auf die Übertragungsnetzentgelte umgelegt werden, zu verringern, ist nicht davon auszugehen, dass die Ausgestaltung der Marktregeln in wettbewerbsfördernder Weise erfolgt. Wettbewerbsbehindernd wirkt außerdem die gegenwärtig geringe Anzahl von Marktteilnehmern an den Ausschreibungsverfahren für Regelenergie. Der Großteil der Gebote in einer Regelzone entfällt darüber hinaus auf Kraftwerksgesellschaften, die mit dem jeweiligen Übertragungsnetzbetreiber im Konzern verbunden sind. Wettbewerbliche Vorstöße eines Verbundunternehmens in die Regelzone eines anderen Übertragungsnetzbetreibers finden nicht statt. Die geringe Liquidität auf den Regelenergiemärkten geht zum einen auf unangemessene technische Anforderungen seitens der Übertragungsnetzbetreiber, zum anderen auf den durch vier Regelzonen fragmentierten Markt zurück. Die Monopolkommission plädiert daher mit Nachdruck für eine Zusammenfassung der vier Regelzonen zu einem einheitlichen bundesweiten Markt für die Beschaffung von Regelenergie. Mit Bildung einer einheitlichen Regelzone würde sich die Anzahl der am Ausschreibungsprozess teilnehmenden Anbieter auf einen einzigen Markt konzentrieren. Darüber hinaus würde koordiniertes Verhalten der vier Verbundnetzbetreiber und eine stillschweigende Aufteilung des Gesamtmarktes entlang der Regelzonengrenzen erschwert. Schliesslich würde der Regelenergiebedarf deutlich gesenkt, da positive und negative Bilanzabweichungen regelzonenübergreifend ausgeglichen werden könnte.

In hohem Maße wettbewerbsbehindernd ist nach Auffassung der Monopolkommission darüber hinaus die sich aus dem vertikalen Verbund von Stromerzeugung/Stromhandel ergebende Interessenlage der Übertragungsnetzbetreiber. In ihrer Funktion als Systembetreiber erhalten die Verbundunternehmen notwendigerweise eine Fülle wettbewerbsrelevanter Informationen über die aktuelle Netzlast, Netzengpässe, die Verfügbarkeit von Erzeugungskapazitäten sowie die Angebotspreise der einzelnen Kraftwerksblöcke, die ihnen erhebliche strategische Vorteile gegenüber ihren Wettbewerbern im Erzeugungsbereich und im Stromhandel verschaffen. Das mit diesem Informationsmonopol verbundene Diskriminierungspotential kann nach Auffassung der Monopolkommission nur durch einen von Erzeugungs- und Handelsinteressen unabhängigen Systembetreiber wirksam beseitigt werden. Sie empfiehlt daher, die Führung einer deutschlandweiten Regelzone einem unabhängigen Systembetreiber zu übertragen, der weder direkt noch über konzernverbundene Gesellschaften im Erzeugungs- oder Handelsbereich tätig ist. Eine in Deutschland verfassungsrechtlich problematische Eigentumsübertragung wäre damit nicht verbunden, da das Netzeigentum bei den bisherigen Verbundunternehmen verbleiben könnte.

**255.\*** Wettbewerblich funktionsfähige Großhandelsmärkte übernehmen in liberalisierten Strommärkten zentrale ökonomische Funktionen. Sie sorgen kurzfristig für einen effizienten Kraftwerkseinsatz und stellen Preissignale für Investitionen in Erzeugungskapazitäten bereit. Darüber hinaus kommt den Großhandelsmärkten eine wichtige Bedeutung für das Risikomanagement der Marktteilnehmer zu. Sofern in liberalisierten Strommärkten langfristige Vollversorgungsverträge zumindest teilweise durch kurzfristige Handelsgeschäfte abgelöst werden, entsteht sowohl für Stromerzeuger als auch für Abnehmer der Bedarf, sich gegen schwankende Strompreise abzusichern. Hierfür werden auf den Großhandelsmärkten verschiedene Formen von Terminkontrakten als Absicherungsinstrumente zur Verfügung gestellt. Die Allokations- und Risikomanagementfunktion von Stromgroßhandelsmärkten, insbesondere Strombörsen, wird jedoch beeinträchtigt, wenn die Großhandelspreise durch marktmächtige Handelsteilnehmer manipuliert werden können. Stromgroßhandelsmärkte sind aufgrund der unelastischen Nachfrage sowie der in Spitzenlastzeiten ebenfalls geringen Angebotselastizität in besonderem Maße anfällig für strategisches Angebotsverhalten marktmächtiger Erzeugungsunternehmen. Selbst bei stark überhöhten Angebotspreisen muss weder mit einem großen Rückgang der nachgefragten Menge noch mit einem Verlust an Marktanteilen gerechnet werden. Daher haben in Spitzenlastzeiten selbst Anbieter mit vergleichsweise geringen Marktanteilen erhebliche Preissetzungsspielräume. Beispielsweise waren Preismanipulationen durch strategisches Angebotsverhalten zumindest teilweise mitverantwortlich für den exorbitanten Anstieg der Großhandelspreise und den darauf folgenden Zusammenbruch des kalifornischen Strommarktes im Jahr 2001. Die Preissteigerungen wurden zu einem beträchtlichen Teil durch eine künstliche Verknappung des Angebots herbeigeführt, indem Kraftwerke zu Wartungsarbeiten vom Netz genommen wurden. Hinweise auf Marktmachtprobleme und strategische Preismanipulationen auf den deutschen Stromgroßhandelsmärkten liefern die bisher allerdings nur vereinzelt aufgetretenen Preisspitzen an der deutschen Strombörse, die sich nach Ansicht von Marktteilnehmern nicht ausschließlich auf eine Änderung der Marktfundamentaldaten zurückführen lassen. Nach Einschätzung der Monopolkommission könnten sich die Wettbewerbsprobleme auf den Stromgroßhandelsmärkten durch den angekündigten Abbau von Erzeugungskapazitäten in Zukunft jedoch erheblich verschärfen. Um Marktmachtprobleme auf dem Stromgroßhandelsmarkt Rechnung zu tragen, wäre eine intensivere wettbewerbliche Aufsicht über die Stromgroßhandelsmärkte notwendig, die der zukünftigen Regulierungsbehörde für den Stromsektor übertragen werden könnte.

**256.\*** Die Spielräume für strategische Preismanipulationen werden durch eine mangelnde Preistransparenz und eine asymmetrische Informationsverteilung zwischen den Marktteilnehmern verschärft. In Deutschland sind die Verbundunternehmen sehr viel besser über geplante und tatsächliche Lastflüsse, die Verfügbarkeit eigener und fremder Kraftwerke, Netzengpässe und grenzüberschreitende Stromflüsse informiert als andere Marktteilnehmer. Wie internationale Erfahrungen belegen, haben besser informierte Marktteilnehmer vielfältige Möglichkeiten, durch überhöhte Preisgebote, die strategische Deklaration von Netzengpässen, ungeplante Kraftwerksrevisionen oder manipulative Handelspraktiken die Großhandelspreise zu beeinflussen. Die Verbundunternehmen sollten daher zumindest verpflichtet werden, preisrelevante Informationen über die geplante und tatsächliche Netzlast, geplante und ungeplante Kraftwerksrevisionen und die Belegung der Kuppelkapazitäten ins Ausland vorab oder in Echtzeit öffentlich zugänglich zu machen.

**257.\*** Marktmachteffekte auf Stromgroßhandelsmärkten können durch die Einführung eines Emissionszertifikatehandels, wie ab Januar 2005 in der Europäischen Union für CO<sub>2</sub>-Emissionen geplant, verstärkt werden. So waren die exorbitant steigenden Preise für SO<sub>2</sub>-Zertifikate mitursächlich für den Anstieg der Großhandelspreise während der kalifornischen Stromkrise. Steigende Großhandelspreise können sowohl auf bewusstes Zurückhalten oder Aufkaufen von

Zertifikaten durch marktmächtige Anbieter auf den Strommärkten als auch auf eine Verschiebung der Knappheitsverhältnisse auf dem Zertifikatemarkt zurückgehen. In Kalifornien beispielsweise bewirkte das wetterbedingte Ausfallen von Wasserkraft, dass der Bedarf an fossil erzeugtem Strom und damit der Bedarf an Emissionszertifikaten zunahm. In Spitzenlastzeiten, in denen Kapazitätsrestriktionen auf den Stromgroßhandelsmärkten wirksam werden und marktmächtige Anbieter erhebliche Preissetzungsspielräume besitzen, erschweren hohe Zertifikatspreise den Marktzutritt durch dritte Anbieter. Um zu verhindern, dass marktmächtige Stromerzeugungsunternehmen den Zertifikatehandel als zusätzlichen Hebel zur Vergrößerung ihrer Verhaltensspielräume nutzen, schlägt die Monopolkommission die Einführung eines flexiblen staatlichen Interventionssystems in Form einer Offen-Markt-Politik für Emissionsrechte vor, bei der unvorhergesehen starke Preissteigerungen auf den Zertifikatsmärkten durch den Verkauf zusätzlicher Zertifikate nivelliert würden.

**258.\*** Mehrjährige Erfahrungen mit Marktmachtproblemen auf den Stromgroßhandelsmärkten liegen auch aus England vor. In England wurde der Großhandel über den für alle Anbieter obligatorischen Electricity Pool of England and Wales abgewickelt. Aufgrund anhaltender Kritik über mangelnden Wettbewerb und die vielfältigen Missbrauchsmöglichkeiten marktmächtiger Anbieter, wurde der Pool im Jahr 2001 durch ein bilaterales Handelssystem abgelöst. Die Marktstruktur auf dem englisch-walisischen Großhandelsmarkt war nach der Privatisierung durch eine hohe Anbieterkonzentration gekennzeichnet. Die beiden Erzeugungsunternehmen National Power und PowerGen, die über 80 % der Erzeugungskapazitäten und vor allem über die poolpreissetzenden Spitzenlastkraftwerke verfügten, bildeten ein marktbeherrschendes Dyopol. Die Ausgestaltung der Poolregeln in Zusammenhang mit der durch zwei dominierende Anbieter gekennzeichneten Marktstruktur gab schon früh Anlass zu Bedenken im Hinblick auf die wettbewerbliche Entwicklung der Großhandelspreise und führte zu beinahe jährlichen Untersuchungen durch die Regulierungsbehörde. Dabei wurden wiederholt Preismanipulationen durch überhöhte Gebote und das strategische Zurückhalten von Kraftwerkskapazitäten festgestellt. Dies führte dazu, dass die Ausgestaltung der Preisfindungsregeln im Pool mehrfach modifiziert wurden. Darüber hinaus gelang es der Regulierungsbehörde die Anbieterkonzentration auf dem Großhandelsmarkt unter dem Druck einer drohenden Untersuchung durch die Monopolies and Mergers Commission sowie mittels Auflagen in Zusammenschlussfällen deutlich zu reduzieren. Zur Verringerung der Konzentration hat außerdem die große Anzahl neu in den Markt eingetretener Erzeugungsunternehmen beigetragen.

**259.\*** Die Erfolge der Liberalisierung der englischen Stromwirtschaft sind beachtlich. Im Erzeugungsbereich konnten durch die Stilllegung ineffizienter Altanlagen, durch umfangreiche Neuinvestitionen und durch Produktivitätssteigerungen erhebliche Effizienzgewinne erzielt werden. Die Kosten der Stromübertragung und -verteilung sind ebenso wie die im Rahmen des Systembetriebs anfallenden Kosten seit der Liberalisierung beträchtlich gesunken. Dabei gibt die Versorgungssicherheit weder hinsichtlich der Leitungskapazitäten noch hinsichtlich der Erzeugungskapazitäten Anlass zur Sorge. Die Wettbewerbsdynamik auf den Endkundenmärkten ist außerordentlich hoch. Sowohl Industrie- als auch Haushaltskunden konnten durch sinkende Strompreise von den Effizienzgewinnen im Stromsektor profitieren. Die Regulierungspolitik von Ofgem hat dabei entscheidend zu diesen Erfolgen beigetragen. Aufgrund ihrer weitreichenden Handlungsbefugnisse war es der britischen Regulierungsbehörde möglich, auf die Marktentwicklung im Großhandel in flexibler Weise zu reagieren und die Regulierung der natürlichen Monopole vor dem Hintergrund praktischer Erfahrungen weiterzuentwickeln.

*Reform des Regulierungsrahmens*

**260.\*** Demgegenüber sieht der vom Bundeswirtschaftsministerium vorgelegte Referentenentwurf für die Novellierung des Energiewirtschaftsgesetzes in Deutschland nur sehr begrenzte Handlungsspielräume für die zukünftige Regulierungsbehörde vor. Erwartungsgemäß hat sich das Ministerium gegen eine Ex-ante Regulierung der Netzentgelte entschieden. Ex ante festgelegt werden sollen nur die Methoden zur Bestimmung der Netzentgelte, die darüber hinaus durch den Erlass von Rechtsverordnungen weitgehend durch das Wirtschaftsministerium selbst festgelegt werden. Die vorliegenden ersten Entwürfe für eine Netzentgeltverordnung lassen eine umfassende Normierung von Kostenkalkulationsmethoden auf der Grundlage der Preisfindungsprinzipien der Verbändevereinbarung Strom II plus erwarten, die der Regulierungsbehörde nur wenig Spielräume zur Weiterentwicklung anreizorientierter Regulierungsverfahren einräumen. Als zentraler Prüfmaßstab zur Beurteilung der Angemessenheit der Netzentgelte ist der Begriff der elektrizitätswirtschaftlich rationellen Betriebsführung, der in einer Tradition kostenzuschlagsorientierter Preisregulierung auf der Basis vergangenheitsbezogener Ist-Kosten steht, aus Sicht der Monopolkommission wenig geeignet, den Erfordernissen einer effizienzorientierten Netzentgeltregulierung Rechnung zu tragen. Insofern vermag die Monopolkommission in dem vorgelegten Gesetzesentwurf keine substantielle Verbesserung der regulatorischen Rahmenbedingungen für den Elektrizitätssektor zu erkennen. Sie schlägt daher vor, zumindest den Begriff der elektrizitätswirtschaftlich rationellen Betriebsführung durch den auch im Bereich der Telekommunikationsregulierung verwendeten Begriff der effizienten Leistungsbereitstellung zu ersetzen sowie eine explizite Verpflichtung der Regulierungsbehörde zur Entwicklung anreizorientierter Preisregulierungsverfahren in das Gesetz aufzunehmen.