

STÄRKUNG DES WETTBEWERBS BEI HANDEL UND DIENSTLEISTUNGEN

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

– 2010/2011 –

Kurzfassung

Sperrfrist: Frei ab 6. Juli 2012, 13.00 Uhr

Inhaltsverzeichnis

Aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik.....	1*
• Wettbewerb auf Glücksspielmärkten	1*
• Wettbewerbsdefizite im deutschen Seelotswesen.....	3*
• Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung der Regulierung im Eisenbahnbereich.....	4*
• Novellierung des Postgesetzes.....	5*
• Stellungnahme zur geplanten Errichtung einer Markttransparenzstelle im Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 2. Mai 2012.....	6*
• Akteneinsichtsrecht der Monopolkommission.....	9*
• Die 8. GWB-Novelle.....	10*
I. Neuausrichtung der Konzentrationsberichterstattung.....	11*
II. Stand und Entwicklung der Konzentration von Großunternehmen (aggregierte Konzentration).....	13*
III. Internationale personelle Verflechtungen.....	16*
IV. Kartellrechtrechtliche Entscheidungspraxis.....	18*
V. Wettbewerb und Nachfragemacht im Lebensmitteleinzelhandel.....	31*
VI. Einfluss des Planungsrechts auf den Wettbewerb im (Lebensmittel-)Einzelhandel.....	36*

Aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik

◆ Wettbewerb auf Glücksspielmärkten

1.* Der Markt für Glücksspielwesen ist in Deutschland streng reglementiert, stark staatlich dominiert und bietet nur geringen Raum für Wettbewerb. Am 15. Dezember 2011 unterzeichneten die Ministerpräsidenten aller Bundesländer mit Ausnahme von Schleswig-Holstein den ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag, der am 1. Juli 2012 in Kraft treten und die bundeseinheitlichen Rahmenbedingungen für die Veranstaltung von Glücksspielen erneuern soll. Mit Schleswig-Holstein hat sich erstmals ein Bundesland nicht an einer einheitlichen Regelung des Glücksspiels beteiligt und stattdessen in einem eigenen Glücksspielgesetz abweichende Regelungen verfügt. Die strenge Reglementierung des deutschen Glücksspielsektors hat zu zahlreichen juristischen Auseinandersetzungen bei stetiger Anpassung der staatlichen Vorgaben geführt. Die jetzt in Kraft tretenden Einschränkungen der Glücksspielmärkte hat die Monopolkommission eingehend daraufhin überprüft, ob die gesellschaftlichen Ziele durch die vorgesehene Reglementierung in effizienter Weise erreicht werden. Dies ist nicht der Fall, die Monopolkommission hält vielmehr eine grundsätzliche Überarbeitung für notwendig.

2.* In der sozialen Marktwirtschaft muss sich die Regulierung der Glücksspielbranche daran messen lassen, inwiefern sie mögliche Fehler unregulierter Marktergebnisse effektiv und effizient begrenzen kann. Solche Fehler können vor allem in der Manipulation der Spiel-einrichtungen bestehen und durch die Gefahr der Spielsucht ausgelöst werden. Diverse Studien haben die kritischen Suchtfaktoren und ihre Gewichtung im Hinblick auf das Risiko spielsüchtig zu werden analysiert, wobei vor allem die Bedeutung einer hohen Ereignisfrequenz – auch im Rahmen multipler Spiel- und Einsatzmöglichkeiten – herausgestellt wird. Eine gesellschaftlich effiziente Regulierung des Glücksspiels muss konsequent daran ausgerichtet sein, diese risikoverstärkenden Merkmale effektiv und effizient zu reduzieren. Nicht in allen Bereichen des Glücksspiels sind die Risikofaktoren gleichermaßen ausgeprägt, sodass die verschiedenen Glücksspiele aufgrund ihrer Spieleigenschaften ein höheres bzw. niedrigeres Suchtrisiko aufweisen. Dies ist in einem gesellschaftlich effizienten Regulierungsrahmen zu berücksichtigen. Derweil deutet die Historie der wechselnden Glücksspielregulierung in Deutschland stark darauf hin, dass die gesellschaftliche Effizienz bei der Regulierung der Glücksspielmärkte nicht vorrangiges Ziel war. Eine Vielzahl der mit der Regulierung des Glücksspiels vorgenommenen Beschränkungen oder Liberalisierungen der Märkte lassen sich eher durch historische Rigiditäten und fiskalische Interessen als durch konsequente Verfolgung der gesellschaftlichen Ziele erklären.

3.* Mit dem jetzt in Kraft tretenden Glücksspieländerungsstaatsvertrag sind einige strukturelle Veränderungen des bisherigen Spielwesens in Deutschland vorgesehen. In einigen Bereichen wird das staatliche Monopol gesichert, im Sportwettenmarkt wird dieses durch die Vergabe von 20 Konzessionen auch an private Anbieter in Grenzen aufgelöst, während gewerbliche Spielangebote z.B. in Spielhallen stärker beschränkt werden als zuvor. Zudem werden mit dem neuen Staatsvertrag für staatliche Lotterien- und Wettanbieter Internetangebote prinzipiell ermöglicht und Werbemöglichkeiten ausgeweitet. Die Monopolkommission sieht jedoch erheblichen weiteren Anpassungsbedarf.

4.* Ein wachsendes Problem der Beschränkung verschiedener Formen des Glücksspiels zur Bekämpfung der Spielsucht liegt darin, dass durch die Zunahme der Online-Spielmöglichkeiten zuletzt viele Spielerinnen und Spieler auf illegale und nicht durch die Glücksspielaufsicht kontrollierte Angebote aus dem Ausland ausgewichen sind. Aufgrund der mangelnden

Wirksamkeit kann deshalb die staatliche Monopolisierung mancher Spielformen z.B. im Bereich der Sportwetten nicht mehr mit der effektiven Bekämpfung der Spielsucht gerechtfertigt werden. Vor diesem Hintergrund ist die neue Experimentierklausel zur Konzessionierung privater Sportwettenanbieter zu begrüßen, da so eine Kanalisierung des Sportwettenangebots aus den Graumärkten in die legalen und staatlich beaufsichtigten Märkte erreicht werden kann. Allerdings wurde dieser Ansatz nicht konsequent verfolgt. So sieht die Monopolkommission keinen Grund für die vorgesehene Beschränkung der Anzahl möglicher Konzessionen für Sportwettenanbieter, da das Risiko der Spielsucht nicht durch die Anzahl der Anbieter, sondern maßgeblich durch die Anzahl und Frequenz der Sportereignisse bestimmt wird. Vielmehr besteht die Gefahr, dass durch die Begrenzung die nicht kontrollierbaren Graumärkte gestärkt bleiben. Außerdem ist eine Besteuerung der konzessionierten Anbieter über die im neuen Staatsvertrag vorgesehene Spieleinsatzsteuer aus Sicht der Monopolkommission deutlich weniger geeignet, Anbieter auf Graumärkten in den legalen Markt zurückzuholen. Ein Besteuerungssystem, welches als Bemessungsgrundlage den Rohertrag wählt, wie es im Glücksspielgesetz des Bundeslandes Schleswig-Holstein vorgesehen ist, ist deshalb der im Glücksspieländerungsstaatsvertrag festgelegten Spieleinsatzsteuer vorzuziehen. Derweil sind für die Erteilung von Sportwettenkonzessionen zusätzliche auf diese Spielart angepasste Vorgaben zur Eindämmung der Spielsucht zu treffen.

5.* Eine zu den Sportwetten grundsätzlich vergleichbare Problematik wachsender Graumärkte besteht auch in bestimmten anderen Spielformen wie beim Online-Poker und bei Online-Casinospielen. Anknüpfend an die zuvor dargestellten Überlegungen zur Konzessionierung von Sportwettenanbieter sollte die Experimentierklausel auch auf solche vergleichbaren Spielformen ausgeweitet und mit entsprechenden Maßnahmen zur Bekämpfung der Spielsucht verbunden werden. Mit einem solchen Schritt könnte die Chance der Kanalisierung von Graumarktangeboten in den legalen Markt zudem auch bei Sportwetten ansteigen, da viele Anbieter auf beiden Märkten aktiv sind und damit die Konzessionierung und Legalisierung des gesamten Angebots möglich wäre.

6.* Eine andere Problematik besteht im Bereich der Lotterien. Gewerbliche Spielevermittler haben in der Vergangenheit immer wieder Wettbewerb zwischen den Landeslottogesellschaften ausgelöst, die ohne Berücksichtigung der Vermittlertätigkeit als Veranstalter von Lotterien wie „6 aus 49“ in ihren jeweiligen Ländern faktisch Gebietsmonopole besitzen. Durch zunehmende regulative Einschränkungen hat der Staat das Geschäftsfeld der Spielevermittler erheblich begrenzt und den entstehenden Wettbewerb der Landeslottogesellschaften um Vermittlungsprovisionen unterbunden. Der Monopolkommission erscheint dieser Wettbewerb um die Vermittlung von bundesweit akquirierten Spielscheinen allerdings nicht gesellschaftlich effizient zu sein. Demgegenüber sieht die Monopolkommission jedoch auch keinen hinreichenden Grund dafür gegeben, dass der Vertrieb von Lotterienprodukten nicht effizient auf privatwirtschaftlicher Ebene im Wettbewerb erfolgen kann. Staatliche Lotterieveranstalter sollten sich daher aus dem Vertrieb zurückziehen, private Vertriebsstellen sollten durch die Erteilung von Erlaubnissen von den Aufsichtsbehörden lediglich kontrolliert werden. Statt einer Vertriebsprovision sollten sämtliche Vertriebsstellen einen Vertriebsaufschlag in selbst gewählter Höhe festlegen.

7.* Der neue Staatsvertrag lockert auch die bisher restriktiven Beschränkungen für den Online-Vertrieb und bestimmte Werbemaßnahmen bei Lotterie- und Sportwettenangeboten. Der Zusammenhang dieses Kurswechsels mit Suchtpräventionsmaßnahmen ist jedoch nicht deutlich zu erkennen. Der Erlaubnisvorbehalt bezüglich Werbung und Online-Vertrieb für verschiedene Spielformen sollte deshalb an gemeinsame Richtlinien geknüpft werden, die kurz-

fristig an die Ergebnisse belastbarer Studien zur Suchtprävention angepasst werden können. Der Erlaubniserteilung im Bereich der Lotterien sollte dabei eine Suchtpräventionsstudie vorausgehen, durch die insbesondere Substitutions- und Komplementärwirkungen des Lottospiels untersucht werden.

8.* Grundsätzlich sollte die Regulierung unterschiedlicher Glücksspielformen daraufhin überprüft werden, welche spezifischen Beschränkungen des Wettbewerbs unter Berücksichtigung belastbarer Studien zur Suchtprävention tatsächlich erforderlich sind. Dabei ist auch die Verhältnismäßigkeit der Beschränkungen unterschiedlicher Spielformen zu betrachten. Zum Beispiel erscheint die unterschiedliche Behandlung, die etwa mit der beschränkten Zulassung der gewerblichen Automaten Spiele auf der einen Seite und einem staatlichen Monopol der Spielcasinos (mit wesentlich gelockerten Werberestriktionen) auf der anderen Seite erfolgt, mit dem Ziel der Eindämmung der Spielsucht nicht begründbar.

◆ Wettbewerbsdefizite im deutschen Seelotswesen

9.* Die Struktur des deutschen Seelotswesens ist geprägt von vielfältigen Marktzugangs- und Verhaltensvorschriften. Bei den Marktzugangsvorschriften finden sich Zulassungsvoraussetzungen (hierzu zählt auch die Beherrschung der deutschen Sprache in Wort und Schrift für Seelotsenanwärter), Zulassungsbeschränkungen in Abhängigkeit von Verkehrsaufkommen und bereits vorhandenen Revierlotsen sowie Pflichtmitgliedschaften in einer Lotsenbrüderschaft und der Bundeslotsenkammer als Voraussetzung für die Tätigkeit als Lotse. Zu den Verhaltensvorschriften zählen die Preisregulierung und der Kontrahierungszwang (Lotsenannahmepflicht). Des Weiteren zählt hierzu das System der Börtfolge, welches eine ständige Verfügbarkeit der Lotsen sicherstellen soll. Bei den Schiffslotsen fällt besonders auf, dass den Nachfragern aufgrund der Börtfolge die Möglichkeit genommen ist, einen Lotsen frei zu wählen. In Verbindung mit dem Kontrahierungszwang und den festgeschriebenen Preisen für die Dienstleistung wird dem Nachfrager jeder Handlungsspielraum genommen. Wettbewerb kommt allenfalls in Randbereichen, z.B. in Form der Ausschreibung des Versetzdienstes mit Helikoptern, vor.

10.* Der seitens der Aufsichtsbehörden geäußerten Ansicht, dass die Beratungstätigkeit des Lotsen eine hoheitliche Aufgabe darstelle, kann unter anderem aus dem Grund nicht gefolgt werden, da der Lotse lediglich Berater des Kapitäns ist und gemäß § 23 Abs. 1 Seelotsgesetz keine Weisungsbefugnis hat. Grundsätzlich müssen aber auch hoheitliche Aufgaben nicht zwangsläufig dem Wettbewerb verschlossen bleiben. So zeigt sich im Falle des Versetzwesens, dass die hoheitliche Aufgabe der Lotsenbeförderung durchaus in Form einer Ausschreibung an private Anbieter vergeben werden kann und der Staat insoweit lediglich die Aufgabenerfüllung garantiert (Idee des Gewährleistungsstaates).

11.* Für die Monopolkommission sind aus ökonomischer Sicht gravierende Informationsasymmetrien und damit die Gefahr einer Negativauslese nicht erkennbar. Das liegt zum einen daran, dass sich Lotse und Kapitän „auf Augenhöhe“ gegenüberstehen. Spezifische Revierkenntnisse des Lotsen können durch ein häufiges Befahren des Reviers durch den Kapitän nicht nur verringert, sondern sogar gänzlich aufgehoben werden. Zum anderen hat die Weiterentwicklung der Navigationstechnologie Unsicherheiten des Kapitäns bei der Steuerung eines Schiffes verringert. Mögliche gravierende negative Externalitäten, d.h. deutlich negative Auswirkungen auf unbeteiligte Dritte durch Fehler bei der Schiffsführung, mögen lediglich insoweit eine gewisse Rolle spielen, sofern sich Haftungsregeln nicht oder nicht vollständig durchsetzen lassen. Im Ergebnis zeigt sich, dass sich die strikte Regulierung des deutschen Lotswesens selbst aus Sicherheitsgründen kaum rechtfertigen lässt.

12.* Bei ihren Handlungsempfehlungen spricht sich die Monopolkommission dafür aus, die (erste) Reviersprache von Deutsch auf Englisch zu ändern. Dies ermöglicht bessere Markteintrittschancen für nicht deutsche Lotsenanwärter. Überdies können ausländische Kapitäne so leichter Freifahrerregelungen in Anspruch nehmen.

13.* Die Zulassungsbeschränkung für Lotsenanwärter erscheint als ein Mittel, um eine Aufteilung der Monopolrenten auf möglichst wenig Köpfe zu erreichen. Die Monopolkommission sieht eine faktische Regulierung der Anzahl von Lotsen im Markt – insbesondere in Verbindung mit einem fehlenden Preiswettbewerb – kritisch, da diese als Markteintrittsbarriere für Lotsenanwärter wirkt. Daher sollte die Beschränkung der Zulassung der Lotsen in Abhängigkeit von Personalstruktur und Verkehrsaufkommen in dem jeweiligen Revier aufgehoben werden und es sollte eine freie Lotsenwahl – abweichend von der Börtreihenfolge – ermöglicht werden, um so für mehr Wettbewerb zwischen den Lotsen zu sorgen.

14.* Die Monopolkommission hat auch festgestellt, dass die Verbindung aus Selbstverwaltung und Aufsicht des Bundes ein abgeschlossenes und relativ intransparentes System hervorgebracht hat, in dem Wettbewerb zugunsten scheinbarer Sicherheitsargumente ausgeschlossen wird. Daher empfiehlt sie mehr Transparenz bei der Selbstverwaltung sowie der Aufsicht des Bundes. Dies könnte durch eine regelmäßige Veröffentlichung von Parametern wie beispielsweise Gehaltszusammensetzung, Informationen über die Fortbildungsinhalte der Lotsen, Qualitätssicherungsmaßnahmen oder auch Unfallzahlen geschehen.

15.* Des Weiteren sollte nach Ansicht der Monopolkommission die derzeit festgeschriebene Organisationsform der Lotsenbrüderschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts überdacht werden. Die Monopolkommission sieht keinen Grund, das derzeitige System der Selbstverwaltung nicht auch für andere Gesellschaftsformen zu öffnen. Überdies konnten keine stichhaltigen Argumente gegen die Zulassung möglicher konkurrierender Lotsenbrüderschaften gefunden werden. Mittelfristig spräche nichts gegen die Einrichtung konkurrierender Lotsenbrüderschaften auf diesem Markt, insbesondere vor dem Hintergrund einer zukünftig möglicherweise höheren Anzahl an Zulassungen.

16.* Der Eingriff in die freie Preisfestsetzung ist besonders schwerwiegend und für das Lotswesen weder ökonomisch noch aus Sicherheitsgründen legitimiert. Daher sollte die Lotstarifverordnung nur dann Anwendung finden, sofern bei Vertragsschluss nichts anderes vereinbart wurde.

17.* Die Monopolkommission regt zudem eine Diskussion über eine Erweiterung der Befreiungsmöglichkeiten von der Lotsenannahmepflicht an. An dieser Stelle kann nicht abschließend eingeschätzt werden, welche expliziten Voraussetzungen für den Kapitän und das Schiff hinsichtlich einer Erweiterung der Befreiung von der Lotsenannahmepflicht gelten sollten. Die Monopolkommission spricht sich zur Verringerung möglicher Informationsasymmetrien auch für die Option der vertikalen Integration aus, bei der Lotsen auch bei Reedern angestellt werden können.

◆ **Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung der Regulierung im Eisenbahnbereich**

18.* Anfang des Jahres 2012 wurde vom Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung der Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung der Regulierung im Eisenbahnbereich vorgelegt. Die Monopolkommission setzt sich seit Langem für eine grundlegende Veränderung der gesetzlichen Rahmenbedingungen im Eisenbahnbereich ein und begrüßt vor diesem Hintergrund die geplante Novellierung der Regulierung im Eisenbahnbereich. Inge-

samt stellt der vorliegende Gesetzentwurf einen Schritt in die richtige Richtung dar. In einigen ganz wesentlichen Punkten besteht jedoch dringender Nachbesserungsbedarf.

19.* Im Gesetzentwurf sind die Zielsetzungen der Neugestaltung der Entgeltregulierung, die Stärkung der Bundesnetzagentur sowie die übersichtliche Zusammenführung aller relevanten Vorschriften aus dem Allgemeinen Eisenbahngesetz und der Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung prinzipiell positiv zu bewerten. Allerdings enthält der Gesetzentwurf im Detail zahlreiche Regelungen, die nicht der Stärkung des Wettbewerbs, der Steigerung der Effizienz und damit der gesellschaftlichen Wohlfahrt dienen. Dazu ist neben einigen abzulehnenden Neuerungen insbesondere die Beibehaltung vieler nicht zielführender Regelungen zu bemängeln. So werden im Gesetzentwurf keine weitergehenden Anforderungen an die rechtliche, organisatorische und entscheidungsbezogene Unabhängigkeit der Betreiber der Eisenbahninfrastruktur gestellt, obwohl eine strikte Trennung der Erbringung von Infrastruktur- und Transportleistungen aus gesamtgesellschaftlicher Perspektive klar vorzugswürdig ist. Im Rahmen der Neugestaltung der Vorschriften zur Entgeltregulierung ist die Neuausrichtung der Entgeltregulierung am Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung, die Einführung einer Ex-ante-Genehmigung der Entgelte und die Vorgabe einer Gesamtkapital- statt einer Eigenkapitalrendite als zulässige Verzinsung des eingesetzten Kapitals in Verbindung mit der Orientierung am Capital Asset Pricing Model zu begrüßen. Aufgrund der fehlenden Einführung der Anreizregulierung und der Herausnahme von Aufwendungen für Investitionen und Instandhaltung aus der Effizienzkontrolle werden die an sich wettbewerbsfördernden Effekte der geplanten Gesetzesnovelle allerdings deutlich geschwächt. Im Bereich der Zugangsregulierung sind einige begrüßenswerte Änderungen, wie die Anpassung der Regelungen für die Nutzung von Serviceeinrichtungen, vorgesehen. Darüber hinaus sieht die Monopolkommission jedoch weiteren Reformbedarf. Zur Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen sind insbesondere eine umfassende Reform der Rahmenvertragsregelungen und weitergehende Transparenzpflichten erforderlich.

20.* Die Monopolkommission sieht im Ergebnis dringenden konkreten Änderungsbedarf des vorliegenden Gesetzentwurfs. Eine aktive Wettbewerbsentwicklung im Eisenbahnsektor setzt eine effiziente Marktordnung voraus. Die gegenwärtigen Rahmenbedingungen weisen jedoch zahlreiche Schwachstellen auf, die mit dem vorliegenden Gesetzentwurf noch nicht ausreichend adressiert werden. Die Monopolkommission mahnt daher an, die grundlegende Neuordnung der Regulierung im Eisenbahnbereich dazu zu nutzen, bekannte Defizite der bestehenden Rahmenbedingungen ambitioniert und engagiert anzugehen und umfassend zu beheben. Nur dann kann wirksamer und unverfälschter Wettbewerb und damit ein attraktives Verkehrsangebot auf der Schiene erreicht werden.

◆ **Stellungnahme zu den Eckpunkten der Postgesetz-Novelle**

21.* Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie hat im März 2012 erste Vorschläge für eine Novellierung des Postgesetzes vorgelegt. Ziel der Novelle ist es, den Regulierungsrahmen zu verbessern sowie in den Märkten, in denen sich Wettbewerb entwickelt hat, die Regulierung abzubauen. Die Monopolkommission setzt sich seit Längerem für eine Veränderung des Postrechts ein und begrüßt darum die bevorstehende Novellierung des Postgesetzes. Die Eckpunkte für die Postgesetz-Novelle 2012 beinhalten einige positiv zu bewertende Änderungsvorschläge. Insgesamt sind die vorgeschlagenen Änderungen allerdings noch nicht weitgehend genug, sodass die Monopolkommission noch Nachbesserungsbedarf sieht.

22.* Zunächst begrüßt die Monopolkommission, dass sich das Bundeswirtschaftsministerium – in Übereinstimmung mit den Empfehlungen der Monopolkommission – ausdrücklich gegen eine Deregulierung der Ex-ante-Genehmigungspflicht für Briefentgelte mit einer Mindestlieferungsmenge von unter 50 Stück ausgesprochen hat. Eine wichtige Neuerung besteht in der geplanten Einführung einer Pflicht der Deutschen Post AG, die Entgelte für Massensendungen ab 50 Stück vor der geplanten Einführung der Bundesnetzagentur vorzulegen. Im Hinblick auf individuelle Verträge der Deutschen Post AG mit Großkunden, die regelmäßig Massensendungen betreffen, begrüßt die Monopolkommission diese Vorlagepflicht. Zurzeit hat die Bundesnetzagentur keine Möglichkeit, individuelle Großkundenverträge der Deutschen Post AG wirkungsvoll zu kontrollieren. Sie kann diese Verträge nicht aus eigener Initiative einsehen, ohne konkrete Hinweise aber auch kein Verfahren der nachträglichen Entgeltkontrolle einleiten. Die Monopolkommission hält allerdings aufgrund der sehr großen Bedeutung des Teilleistungszugangs für den Wettbewerb auf den Briefmärkten eine Ex-ante-Genehmigungspflicht von Teilleistungsentgelten, die in den allgemeinen Geschäftsbedingungen der Deutschen Post AG niedergelegt sind, für erforderlich. Zurzeit hat noch kein alternativer Briefdienstleister, auch nicht über eine Kooperation, ein eigenes, flächendeckendes Zustellnetz aufbauen können. Aus diesem Grund sowie aufgrund der stagnierenden Sendungsmengen im Briefbereich und der gestiegenen Menge der über den Teilleistungszugang eingelieferten Sendungen ist der Zugang zu Teilleistungen der marktbeherrschenden Deutschen Post AG als entscheidend für die zukünftige Entwicklung des Wettbewerbs anzusehen. Es ist zudem zu bemängeln, dass die Eckpunkte keine Änderungsvorschläge bezüglich der Vorschriften der Entgeltregulierung enthalten. Die Monopolkommission hält es für notwendig, § 20 Abs. 2 Satz 2 PostG sowie § 3 Abs. 4 Satz 3 PEntgV zu streichen, um sicherzustellen, dass zukünftig die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung der einzig relevante Maßstab der Entgeltregulierung sind.

23.* Positiv hervorzuheben ist des Weiteren, dass die Rechte Dritter gestärkt werden sollen. Diesen soll das Recht eingeräumt werden, einen Antrag auf Eröffnung eines Missbrauchsverfahrens zu stellen. Die Monopolkommission spricht sich allerdings dafür aus, Dritten auch ein Antragsrecht im Hinblick auf die Entgeltüberprüfung nach § 25 Abs. 1 PostG einzuräumen. Die vorgesehene Rückführung der Regulierung im Bereich der Postzustellungsaufträge beurteilt die Monopolkommission ebenfalls positiv. Es ist vorgesehen, die Ex-ante-Genehmigungspflicht auf die Entgelte des marktbeherrschenden Unternehmens zu beschränken, wobei von einer Veröffentlichung des genehmigten Entgelts abgesehen werden soll, da diese Dienstleistungen regelmäßig ausgeschrieben werden.

24.* Die vorgesehene Anpassung der Verweisungen des Postgesetzes auf das Telekommunikationsgesetz ist ebenfalls zu begrüßen, wobei die entsprechenden Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes direkt in das Postgesetz aufgenommen werden sollten. Die Monopolkommission möchte allerdings darauf hinweisen, dass in den Eckpunkten eine ausdrückliche Regelung des Akteneinsichtsrechts der Monopolkommission in die Akten der Bundesnetzagentur fehlt. Für eine tiefer gehende Umsetzung ihres Gutachtenauftrags ist sie jedoch auf diese Akteneinsicht angewiesen und fordert die explizite Aufnahme einer entsprechenden Norm in das Postgesetz.

◆ **Stellungnahme zur geplanten Errichtung einer Markttransparenzstelle im Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 2. Mai 2012**

25.* Die Vorschläge der Monopolkommission zur Errichtung einer Markttransparenzstelle für den Großhandel mit Strom und Gas sind nun zu einem Gesetzentwurf der Bundesregierung gediehen. Der danach in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen einzufügende neunte

Abschnitt (§ 47a bis k GWB-E) umfasst die Rechtsgrundlagen der Markttransparenzstelle für den Großhandel mit Strom und Gas sowie zusätzlich der Marktbeobachtung im Bereich Kraftstoffe. Angestrebt ist die Aufnahme der Tätigkeit der Markttransparenzstelle zum 1. Januar 2013.

26.* Die Aufgaben der Markttransparenzstelle nimmt das Bundeskartellamt unter Mitwirkung der Bundesnetzagentur wahr. Die Markttransparenzstelle soll als Plattform einer breiten Kooperation zwischen allen relevanten Landes- und Bundesbehörden dienen und insoweit einen Mehrwert gegenüber der durch die REMIT-Verordnung lediglich zwischen ACER (Agency for the Cooperation of Energy Regulators) und der Bundesnetzagentur vorgesehenen Kooperation schaffen. Die konkrete Verfolgung der Rechtsverstöße obliegt dabei weiterhin der jeweils zuständigen Behörde.

27.* Die Markttransparenzstelle soll den gesamten Großhandel mit Strom und Gas laufend beobachten – unabhängig davon, ob er auf physikalische oder finanzielle Erfüllung gerichtet ist. Auf diese Weise sollen Auffälligkeiten bei der Preisbildung aufgedeckt werden, die auf Missbrauch von Marktbeherrschung, Insiderinformationen oder Marktmanipulation beruhen. Neben der konkreten Aufdeckung von Verstößen wird erwartet, dass sich Transparenz in Form eines zeitnahen und kontinuierlichen Market-Monitorings disziplinierend auf die Marktteilnehmer auswirkt. Die Markttransparenzstelle soll im Wesentlichen die Erzeugung, den Kraftwerkseinsatz und die Vermarktung von Strom und Gas durch Erzeuger sowie die Vermarktung von Regelenergie beobachten. Den Mitteilungspflichten unterliegen dabei vor allem Großhändler, Energieversorgungsunternehmen, Betreiber von Energieanlagen und Handelsplattformen. Zu den allgemeinen Mitteilungspflichten gehören im Einzelnen durch die Markttransparenzstelle zu konkretisierende Handels-, Transport-, Kapazitäts-, Erzeugungs- und Verbrauchsdaten aus den Märkten.

28.* Die Monopolkommission befürwortet prinzipiell das Vorhaben der Einrichtung einer Markttransparenzstelle für den Großhandel mit Strom und Gas, wobei ihr auf den ersten Blick die hierfür vorgesehene Stellenanzahl aus festen Mitarbeitern hoch erscheint. Vor dem Hintergrund ihrer unübersichtlichen Preisbildungsmechanismen eignen sich Stromgroßhandelsmärkte insbesondere für eine intensiviertere behördliche Aufsicht. Insoweit erhofft sich die Monopolkommission erhebliche Fortschritte bei der Vereinheitlichung von Datenabfrage, -schnittstellen, -aufbereitung, -austausch und -auswertung sowie der Kooperation mit anderen Behörden und Aufsichtsstellen. Ebenfalls begrüßt sie die Abstufung der Definition der Berichtspflichten der Unternehmen: So sollen Mitteilungspflichten durch Rechtsverordnung, Festlegungen und Auskunftsanordnungen der Markttransparenzstelle konkretisiert werden. Auf diese Art wird eine dynamische Nachführung dieser Pflichten entsprechend Erkenntnisgewinnen und Methodenfortschritten ermöglicht, ohne das Gesetz anpassen zu müssen.

29.* Die Monopolkommission empfiehlt dringend, die geplante Markttransparenzstelle für den Großhandel mit Strom und Gas stärker, als im Regierungsentwurf vorgesehen, mit institutioneller Unabhängigkeit auszustatten. Dadurch würden Flexibilität und Dynamik, insbesondere bei der Fortentwicklung der Datenerfassung und -analyse, weitestmöglich gefördert. Auf diese Weise könnten gute Voraussetzungen dafür geschaffen werden, dass die Markttransparenzstelle tatsächlich als Kooperationsplattform zwischen den relevanten Landes- und Bundesbehörden dienen kann; denn vor allem dadurch kann sie einen deutlichen Mehrwert gegenüber der in der REMIT-Verordnung vorgesehenen Kooperation zwischen der Bundesnetzagentur und ACER leisten. Nach Ansicht der Monopolkommission könnte insoweit nicht zuletzt die Einbindung anerkannter externer Experten, insbesondere im Bereich der

automatisierten Datenerfassung, Ertrag bringend sein. Zielsetzung sollte eine effektive und effiziente Zusammenarbeit auf nationaler und internationaler Ebene sein.

30.* Die Monopolkommission weist ausdrücklich auf die zunehmend internationale Ausprägung insbesondere des Stromgroßhandelsmarktes hin. Dabei ist noch unklar, wieweit hier die (begrenzte) internationale Zuständigkeit der Markttransparenzstelle und Kooperationen mit ACER und den Regulierungsbehörden anderer EU-Mitgliedstaaten ausreichen. Auch insoweit könnte die Ausgestaltung der Markttransparenzstelle als Kooperationsplattform einen echten Mehrwert gegenüber ACER ermöglichen. Insgesamt sollte jedenfalls bei der Umsetzung der Datenerfassung durch die Markttransparenzstelle dem Aspekt grenzüberschreitender Effekte besondere Aufmerksamkeit gewidmet werden. Sollte die geplante Markttransparenzstelle im Bereich des Stromgroßhandels nur Daten über inländische Stromerzeuger und -nachfrager zur Verfügung stellen, so hält die Monopolkommission deren Tätigkeit für wenig Erfolg versprechend, da die Stromgroßhandelsmärkte zunehmend international agieren. Die Monopolkommission schlägt daher vor, die Tätigkeit der Markttransparenzstelle nach drei Jahren einer Evaluation zu unterziehen und nur im Falle einer positiven Evaluierung zu verlängern.

31.* Kraftstoffmärkte weisen eine Reihe von Strukturmerkmalen auf, die ein Parallelverhalten begünstigen. Das Markttransparenzstellengesetz soll – zusätzlich zu ihren Aufgaben im Strom- und Gasgroßhandel – gewisse Erleichterungen bei Missbrauchsverfahren im Bereich der Mineralölwirtschaft bewirken. Es sollen Informationsdefizite beseitigt werden, indem Preisveränderungen im Tankstellensektor eingehender betrachtet werden. Dabei soll die Datenerhebung nicht nur jede Änderung der Endverbraucherpreise an den öffentlichen Tankstellen, sondern auch die Abgabepreise der Mineralöllieferanten und Großhändler umfassen.

32.* Eine Marktbeobachtung des Kraftstoffmarktes mithilfe einer Markttransparenzstelle erscheint der Monopolkommission in der derzeitigen Konzeption des Regierungsentwurfs vom 2. Mai 2012 recht wirkungslos. Der Entwurfsbegründung zufolge soll eine fortlaufende Marktbeobachtung in Kooperation mit anderen Institutionen Lern- und Synergieeffekte bewirken, welche für Verfahren im Kraftstoffbereich im Falle des Verdachts von Preis-Kostenschere und Verstößen gegen das Verbot von Untereinstandspreisverkäufen nutzbar gemacht werden könnten. Zu diesen beiden Verboten hat sich die Monopolkommission jedoch bereits in der Vergangenheit kritisch geäußert, da diese mit einer Reihe von Problemen behaftet sind. Auch die wiederholt von der Monopolkommission geforderte Sektoruntersuchung der Raffinerieebene wäre lediglich zeitlich begrenzt und kann den für die laufende Marktbeobachtung im Rahmen der Markttransparenzstelle geplanten erheblichen Ressourcenaufwand nicht rechtfertigen.

33.* Im Regierungsentwurf ist ein Nutzbarmachen der in Echtzeit erhobenen Kraftstoffpreise an den Tankstellen für die Verbraucher nicht vorgesehen. Dabei könnte nach Ansicht der Monopolkommission insbesondere mit diesem Teil der Daten mittelfristig ein wirklicher Mehrwert für die Endkunden erzielt werden. Im Falle der Einrichtung einer Markttransparenzstelle im Bereich Kraftstoffe schlägt die Monopolkommission vor, Tankstellenbetreiber zu verpflichten, Preisänderungen für Superbenzin und Dieselkraftstoff in eine entsprechende Datenbank einzuspeisen, sodass den Verbrauchern in Deutschland ermöglicht wird, Preise in Echtzeit, beispielsweise mithilfe von Navigationsgeräten oder Smartphones, zu vergleichen. Hierdurch lässt sich ein erheblicher Mehrwert für die Endkunden schaffen. Die Aufgabe der Datensammlung könnte auch von Verbrauchereinrichtungen oder privaten Institutionen übernommen werden und bedarf insoweit nicht eigens einer Markttransparenzstelle.

34.* Für die Aufgabenwahrnehmung der Monopolkommission im Bereich der Wettbewerbspolitik und Regulierung ist ein Akteneinsichtsrecht bei der Markttransparenzstelle erforderlich. Dringend sollte daher in § 47c GWB-E in einem neuen Absatz 5 vorgesehen werden, dass die Markttransparenzstelle die jeweils aktuellen Marktdaten – ebenso wie dem Statistischen Bundesamt und dem Bundeswirtschaftsministerium – auch der Monopolkommission zur Verfügung stellt.

◆ **Akteneinsichtsrecht der Monopolkommission**

35.* Zu den im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vorgesehenen Kernaufgaben der Monopolkommission gehört die Untersuchung von Stand und Entwicklung der Unternehmenskonzentration, die Würdigung der Anwendung der Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle sowie die Stellungnahme zu sonstigen aktuellen wettbewerbspolitischen Fragen in den Zweijahresgutachten (§ 44 Abs. 1 Satz 1 GWB). Obligatorisch ist nach § 42 Abs. 4 Satz 2 GWB auch eine Stellungnahme der Monopolkommission, die der Bundeswirtschaftsminister in Fällen der Ministererlaubnis einzuholen hat. Die Bundesregierung kann die Kommission mit der Erstattung zusätzlicher Gutachten beauftragen (§ 44 Abs. 1 Satz 3 GWB). Neben diesen Pflichtgutachten gehört zum gesetzlichen Auftrag der Monopolkommission auch die Erstellung von Gutachten aus eigenem Ermessen (§ 44 Abs. 1 Satz 4 GWB).

36.* Seit Mitte der 1990er Jahre ist der gesetzliche Auftrag der Monopolkommission um zusätzliche Aufgaben erweitert worden, die in mehreren Wirtschaftsgesetzen für staatlich regulierte Sektoren mit Netzcharakter aufgeführt sind (Telekommunikationsgesetz, Postgesetz, Allgemeines Eisenbahngesetz, Energiewirtschaftsgesetz). Alle Gesetze sehen unter anderem vor, dass die Monopolkommission auch die Anwendung von Vorschriften würdigen soll, welche die Regulierung durch die Regulierungsbehörde betreffen.

37.* Die Monopolkommission kann ihren gesetzlichen Auftrag zur Würdigung der Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes und der Bundesnetzagentur nur sachgerecht erfüllen, wenn sie uneingeschränkt Einsicht in die Verfahrensakten der zu begutachtenden Fälle und Verfahren nehmen kann. Ansonsten würde der Berichtsumfang auf die lediglich allgemein zugänglichen Veröffentlichungen zu den Entscheidungen begrenzt. Mit der Verschwiegenheitspflicht, der die Mitglieder und Mitarbeiter der Monopolkommission nach § 46 Abs. 3 Satz 2 GWB unterliegen, ist ein vertraulicher Umgang mit Informationen sichergestellt, welche die Unternehmen für geheimhaltungsbedürftig halten.

38.* Im Zuge der 7. GWB-Novelle von 2005 wurde mit § 46 Abs. 2a eine Vorschrift neu aufgenommen, die den umfassenden Zugang der Monopolkommission zu den Akten der Kartellbehörde einschließlich Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse und personenbezogene Daten regelt. Die neue Vorschrift beschreibt die Grundlagen der bis dahin gängigen Praxis und enthält insoweit eine ausdrückliche Klarstellung des derzeitigen Rechtszustands.

39.* Die Erfordernisse eines Akteneinsichtsrechts stellen sich bei der Analyse der Regulierungspraxis durch die Bundesnetzagentur in gleicher Weise wie bei der Würdigung der kartellamtlichen Entscheidungen, weil sich die gesetzliche Aufgabenerteilung in allen Fällen eng an die entsprechenden kartellrechtlichen Vorschriften anlehnt und ein vergleichbares Vorgehen der Monopolkommission impliziert. Die Bundesnetzagentur sah sich jedoch ohne eigenständige gesetzliche Grundlage nicht in der Lage, der Monopolkommission vertrauliche Informationen zur behördlichen Regulierungspraxis zu überlassen, wie dies etwa in Verbindung mit § 46 Abs. 3 GWB (Verschwiegenheitspflicht) möglich und nach Meinung der Monopolkommission auch zulässig ist. Nach Auffassung der Bundesnetzagentur wäre dazu

hingegen jeweils eine eigene Vorschrift erforderlich, welche die Monopolkommission ermächtigt, im Zusammenhang mit der konkreten Aufgabenzuweisung durch das einzelne Gesetz Akteneinsicht bei der Bundesnetzagentur zu nehmen.

40.* Mit der Novelle von 2007 wurde im Telekommunikationsgesetz eine Vorschrift eingefügt, die in ihrem Wortlaut der Formulierung in § 46 Abs. 2a GWB entspricht. Auch im Falle des Energiewirtschaftsgesetzes ist der Zugang der Monopolkommission zu den entsprechenden Akten der Bundesnetzagentur geregelt worden. Für den vertraulichen Umgang wird ausdrücklich auf die entsprechende Geltung von § 46 Abs. 3 GWB abgestellt. Dagegen besteht im Falle der Pflicht-Sondergutachten zum Post- und zum Eisenbahnsektor weiterhin kein Akteneinsichtsrecht der Monopolkommission. Die Monopolkommission regt an, in die gegenwärtigen Vorschläge zur Novellierung des Eisenbahnrechts und des Postgesetzes ein solches Recht einzufügen.

41.* Bei der Vorbereitung dieses Gutachtens haben sich kurzfristig Probleme beim Zugang zu vertraulichen Daten des Bundeskartellamtes ergeben. Die Monopolkommission hatte beabsichtigt, beginnend mit diesem Hauptgutachten, ihre Analysen stärker empirisch zu unterlegen. Das betrifft einerseits die Würdigung der kartellrechtlichen Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes; zum anderen sollten auch aktuelle wettbewerbspolitische Fragen mit den im Bundeskartellamt verfügbaren Daten für das vorliegende Hauptgutachten analysiert werden. Dies betrifft sowohl die Mineralölwirtschaft als auch den Wassersektor.

Das Bundeskartellamt hat grundsätzliche Bedenken gegenüber einer Datenüberlassung an die Monopolkommission geäußert. Einerseits bedürfe es aus der Sicht des Amtes einer eingehenden Prüfung, ob in laufenden Verfahren eine erste Einsichtnahme durch Mitarbeiter der Monopolkommission möglich sei. Zum anderen befürchtet das Bundeskartellamt Rückwirkungen auf seine Ermittlungen, wenn der Kommission Daten „zur eigenen Nutzung“, also zu eigenständigen Analysen überlassen werden.

42.* Die Monopolkommission teilt die rechtlichen Bedenken des Bundeskartellamtes in der aktuellen Diskussion nicht. Das gilt sowohl für die Frage des Aktenzugangs im Falle laufender Verfahren als auch für die fallunabhängige Nutzung von Datensammlungen. Die Einschränkung der Nutzung von Daten, die das Bundeskartellamt im Rahmen der Entscheidungspraxis oder anlässlich von Sektorenuntersuchungen erhoben hat, berührt sowohl den gesetzlichen Auftrag als auch die Unabhängigkeit der Monopolkommission. Im Übrigen ist daran zu erinnern, dass mit der oben erwähnten Pflicht zur Verschwiegenheit nach § 46 Abs. 3 GWB hinreichende Vorkehrungen getroffen wurden, um schutzwürdige Interessen von Unternehmen angemessen zu berücksichtigen.

43.* Die Monopolkommission empfiehlt im Zuge der beabsichtigten Einrichtung einer Markttransparenzstelle beim Bundeskartellamt eine klarstellende Regelung des Sachverhalts durch den Gesetzgeber. Damit würde zugleich ein Signal gesetzt, dass ein breiteres wirtschaftspolitisches Interesse an unabhängigen empirischen Untersuchungen zu wichtigen wettbewerbspolitischen Fragestellungen auf der Grundlage von Daten besteht, die das Bundeskartellamt erhebt.

◆ Die 8. GWB-Novelle

44.* Im November 2011 hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie einen Referentenentwurf für die 8. GWB-Novelle vorgelegt. Die Bundesregierung hat den Gesetzentwurf im März 2012 beschlossen, im April 2012 legte das Bundesministerium der Justiz in Abstimmung mit dem Bundeswirtschaftsministerium einen Diskussionsentwurf zur Änderung

des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten vor, mit dem die Rechtsnachfolge im Bußgeldverfahren geregelt werden soll. Am 11. Mai 2012 folgte die Stellungnahme des Bundesrates zur 8. GWB-Novelle.

45.* Zentrale Anliegen der 8. GWB-Novelle betreffen die nationalen Fusionskontrollvorschriften, die allgemeine Missbrauchsaufsicht sowie das kartellrechtliche Verfahrens- und Ordnungswidrigkeitenrecht. Daneben stehen gewisse Änderungen der Pressefusionskontrolle sowie der besonderen Missbrauchsaufsicht in der Wasserwirtschaft und der Fernwärme zur Diskussion. Erörtert wird darüber hinaus eine erweiterte Anwendung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen auf die gesetzlichen Krankenkassen.

46.* Die Monopolkommission hat im Februar 2012 mit einem Sondergutachten zu mehreren wichtigen Vorschlägen des Referentenentwurfs Stellung genommen und darüber hinausgehenden Reformbedarf festgestellt. Sie empfiehlt in diesem Gutachten insbesondere die prinzipielle Anwendbarkeit des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen auf die gesetzlichen Krankenkassen in ihrem Verhältnis untereinander sowie im Verhältnis zu ihren Versicherten. Die Monopolkommission begrüßt daher nachdrücklich die von der Bundesregierung vorgeschlagenen Änderungen des Krankenversicherungsrechts als wichtigen Schritt in die richtige Richtung.

47.* Im Hinblick auf die sektorspezifische Missbrauchskontrolle in der Wasserwirtschaft sieht die Monopolkommission nach wie vor Verbesserungsbedarf. Es ist essenziell, dass derartige Regelungen sämtliche Wasserentgelte, also Preise und Gebühren, erfassen, da andernfalls eine Flucht ins Gebührenrecht zulasten der Verbraucher droht. Die Monopolkommission spricht sich erneut für die sektorspezifische Regulierung in der Trinkwasserversorgung aus.

48.* Die Monopolkommission bedauert die geplante Verlängerung der speziellen Missbrauchsaufsicht für die Energiemärkte gemäß § 29 GWB. Sie hat in der Vergangenheit wiederholt auf die Nachteile der Regelung hingewiesen und ihre Abschaffung gefordert. Die Monopolkommission rät entschieden von einer Erstreckung der Vorschrift auf den Markt für Fernwärme ab. Dieser sollte vielmehr einer sektorspezifischen Regulierung unterstellt werden.

49.* Die Vorschläge des Bundesjustizministeriums zur Änderung des Ordnungswidrigkeitenverfahrens sind zu begrüßen. Die Monopolkommission hatte die Einführung entsprechender Regelungen empfohlen, weil dadurch die Umgehung von Bußgeldern seitens betroffener Unternehmen erschwert werden dürfte.

Im Übrigen verweist die Monopolkommission noch einmal auf die Ausführungen in ihrem Sondergutachten.

I. Neuausrichtung der Konzentrationsberichterstattung

50.* Bereits in ihren letzten Hauptgutachten hat die Monopolkommission die konzeptionellen Schwächen ihrer klassischen Konzentrationsberichterstattung ausführlich thematisiert. So ist ein wesentlicher Problembereich, dass den ausgewiesenen Konzentrationsmaßen nach wie vor keine räumlich und sachlich adäquate Marktabgrenzung zugrunde liegt. Obwohl in der Vergangenheit zahlreiche Versuche unternommen wurden, dieser Problematik Rechnung zu tragen, konnten in der bisherigen Konzentrationsberichterstattung im Grunde keine wesentlichen Fortschritte erzielt werden.

51.* Zudem stellen klassische Konzentrationsmaße lediglich einen Indikator zur Messung von Wettbewerbsintensität in einem Markt dar. Weitere wichtige Einflussfaktoren, wie beispiels-

weise Markteintrittsbarrieren, die neuen Unternehmen den Marktzugang erschweren oder unmöglich machen, werden durch die klassischen Konzentrationsstatistiken nicht abgebildet. So ließen und lassen sich anhand der traditionellen Konzentrationsmaße keine belastbaren Schlussfolgerungen hinsichtlich Marktmacht ableiten. Eine sinnvolle Interpretation war in der Vergangenheit nicht möglich, sodass die Monopolkommission daher auf eine wettbewerbsökonomische Interpretation der Daten nahezu verzichtet hat.

52.* Daher hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie dem Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung (ZEW) in Mannheim einen Gutachtenauftrag erteilt, um die wirtschafts- und wettbewerbspolitische Relevanz der bisherigen Konzentrationsberichterstattung der Monopolkommission zu bewerten und Möglichkeiten zu erörtern, diese zeitgemäßer und nutzenorientierter zu gestalten. Das Projekt wurde Ende 2011 abgeschlossen. Die Kernaussage des Gutachtens ist, dass die bisherige Konzentrationsberichterstattung keine nützlichen Indikatoren für die wettbewerbspolitische Beurteilung von realen Markt- und Wettbewerbsverhältnissen liefert. Es konnten keine substantiellen Argumente für den Fortbestand der Konzentrationsberichterstattung identifiziert werden. Vielmehr rät das Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung, die wettbewerbspolitischen Analysen der Monopolkommission stärker evidenzbasiert durchzuführen und zukünftig keine Ressourcen mehr auf die Konzentrationsberichterstattung in ihrer klassischen Form zu verwenden.

53.* Die Neukonzeptionierung der Konzentrationsstatistik orientiert sich an den Überlegungen der Monopolkommission im vorherigen Hauptgutachten, deren Mehrwert im Rahmen des ZEW-Gutachtens verifiziert worden ist. Die Monopolkommission weist daher in ihrem aktuellen Hauptgutachten die „klassischen“ Konzentrationstabellen, welche in enger Zusammenarbeit mit dem Statistischen Bundesamt erstellt wurden, letztmalig aus. Die Monopolkommission plant, künftig frei werdende Ressourcen zur stärkeren Evidenzbasierung ihrer Analysen einzusetzen. Die Verwendung moderner empirischer Methoden eröffnet der Monopolkommission beispielsweise die Möglichkeit, ihre qualitativen Argumente der diskutierten Einzelthemen in den Haupt- und Sondergutachten zu validieren und zu quantifizieren.

54.* Der zweite Teil des ersten Kapitels enthält daher eine Sonderauswertung zum Thema Energie, in welcher die Einflussfaktoren auf die Vertriebsmarge von Grundversorgungsunternehmen im Stromendkundenmarkt untersucht werden. Gerade die Vertriebsmarge spielt im Wettbewerb um den Endkunden im Strommarkt eine wesentliche Rolle, da sie im Gegensatz zu den anderen Bestandteilen des Strompreises, wie z.B. Netznutzungsentgelte, Stromsteuer etc., für jedes Energieversorgungsunternehmen unterschiedlich ist und dementsprechend nicht – wie weitestgehend die anderen Preisbestandteile – als wettbewerbsneutral anzusehen ist. Vor allem eine nähere Betrachtung der Grundversorger ist dahin gehend interessant, da – obwohl der Vertragstyp der Grundversorgung nach wie vor eine vergleichsweise teure Art der Elektrizitätsversorgung darstellt – immer noch knapp die Hälfte aller Haushalte einen Grundversorgungsvertrag besitzen. Diese Endkunden haben bislang nicht von den Wechselmöglichkeiten Gebrauch gemacht, die der Wettbewerb im Zuge der Liberalisierung des Strommarktes geschaffen hat.

55.* Auf der Grundlage eines umfassenden Datensatzes, welcher Informationen zu Strompreisen, Netznutzungsentgelten, der Eigentümerstruktur der Grundversorger sowie weiteren strukturspezifischen Merkmalen enthält, konnte eine detaillierte Analyse durchgeführt werden. Die deskriptiven Auswertungen zeigen zunächst, dass diejenigen Grundversorgungsunternehmen, welche mehrheitlich durch eines der vier großen Energieversorgungsunternehmen kontrolliert werden, zwar den durchschnittlich höchsten Preis im Standardgrundver-

sorgungsvertrag aufweisen, die Vertriebsmarge jedoch im Durchschnitt bei den kommunalen Anbietern am höchsten ist. In einem nächsten Schritt wurden mittels eines ökonomischen Modells die Effekte möglicher Einflussfaktoren auf die Marge der Grundversorger untersucht. Es zeigt sich deutlich, dass eine steigende Wettbewerbsintensität zu einer sinkenden Vertriebsmarge der Grundversorger führt. Dieses Ergebnis lässt vermuten, dass auch nicht wechselfreudige Kunden von einer erhöhten Intensität des Wettbewerbs auf den Endkundenmärkten profitieren, da auch Grundversorger in diesem Fall geringere Margen erwirtschaften, was auf eine Senkung der Preise für den Grundversorgungstarif schließen lässt.

II. Stand und Entwicklung der Konzentration von Großunternehmen (aggregierte Konzentration)

56.* Die Untersuchungen der Monopolkommission zur Konzentration von Großunternehmen beleuchten den Stand und die Entwicklung der gesamtwirtschaftlichen Bedeutung und des Verflechtungsgrades der 100 größten Unternehmen der Bundesrepublik Deutschland. Mit der Berichterstattung über die aggregierte Konzentration folgt die Monopolkommission ihrem gesetzlichen Auftrag, die Entwicklung der Unternehmenskonzentration in der Bundesrepublik Deutschland regelmäßig zu begutachten (§ 44 Abs. 1 Satz 1 GWB). Die Analysen erlauben einen breiten Überblick über die größten Unternehmen in Deutschland und ihre wirtschaftliche Bedeutung im Zeitverlauf und dienen als Grundlage zur Identifikation externer und interner Wachstumsvorgänge sowie der Beurteilung von Verflechtungen zwischen einzelnen Akteuren.

57.* Die Erhebungen zur aggregierten Konzentration und Verflechtung von Großunternehmen basieren auf der Ermittlung der 100 größten Unternehmen aller Wirtschaftsbereiche nach dem Merkmal der inländischen Wertschöpfung. Ergänzend zu den inländischen Konzernbereichen betrachtet die Monopolkommission die weltweite Wertschöpfung der Großunternehmen. Zudem werden Verflechtungsbeziehungen zwischen den betrachteten Unternehmen im Hinblick auf Anteilsbesitz und personelle Verbindungen ausgewertet. Die Untersuchung der „100 Größten“ wird ergänzt durch die Analyse der Bedeutung von Großunternehmen in einzelnen Branchen auf der Grundlage des Umsatzes der größten Industrie-, Handels- und Dienstleistungsunternehmen, der Bilanzsumme der größten Kreditinstitute und der Bruttobeitragseinnahmen von Versicherungsunternehmen sowie der Ermittlung ihres Anteils am gesamten Geschäftsvolumen des jeweiligen Wirtschaftszweigs. Der Berichtsteil schließt mit der Ermittlung der Beteiligung der „100 Größten“ an den durch das Bundeskartellamt berichteten Unternehmenszusammenschlüssen.

58.* Im aktuellen Berichtsjahr 2010 erzielten die 100 größten Unternehmen eine gegenüber dem Jahr 2008 um 3,8 % gestiegene inländische Wertschöpfung von rund 273 Mrd. EUR. Im gleichen Zeitraum sank die gesamtwirtschaftliche Vergleichsgröße in Deutschland geringfügig um 0,5 % auf etwa 1.669 Mrd. EUR. In der Folge erhöhte sich der Anteil der betrachteten Großunternehmen an der Gesamtwertschöpfung aller Unternehmen im Jahr 2010 leicht auf 16,4 %, nachdem er im Jahr 2008 auf 15,7 % gesunken war.

Die zehn größten Unternehmen erhöhten ihren Anteil an der Wertschöpfung aller untersuchten Großunternehmen um 1,1 % auf 40,4 %. Dies entspricht einem Anteil von 6,6 % (2008: 6,2 %) an der gesamtwirtschaftlichen Nettowertschöpfung. Die Unternehmen auf den Rängen 1 bis 50 trugen mit einem Anteil von 81,8 % (2008: 81,5 %) zur Wertschöpfung der „100 Größten“ bei.

59.* Der Vergleich von inländischer und weltweiter Wertschöpfung dient zum einen dem Zweck, das tatsächliche wirtschaftliche Gewicht und die Größe der Gesamtkonzerne angemessen zu erfassen. Zum anderen liefert die Gegenüberstellung Hinweise darauf, inwieweit Teile der Wertschöpfungskette infolge von Offshoring- oder Outsourcingprozessen ins Ausland verlagert werden. Die 53 Unternehmen aus dem Untersuchungskreis, deren Konzernobergesellschaft im Inland ansässig war, die in beiden Berichtsperioden 2008 und 2010 dem Untersuchungskreis angehörten und deren Tätigkeitsschwerpunkte in den Wirtschaftsbereichen Produzierendes Gewerbe, Handel, Verkehr und Dienstleistungen lagen, reduzierten den Inlandsanteil von insgesamt 58,5 % in 2008 auf 55,6 % in 2010.

60.* Ergänzend wurde die Entwicklung der Großunternehmen auch hinsichtlich der Merkmale Anzahl der Beschäftigten, Sachanlagevermögen und Cashflow analysiert. In die ausbalancierte Untersuchung zu den Beschäftigtenzahlen wurden 92 Unternehmen einbezogen, die in den beiden Berichtsjahren 2008 und 2010 dem Untersuchungskreis angehörten. Der Anteil dieser 92 Unternehmen an der Gesamtzahl der sozialversicherungspflichtig Beschäftigten aller Unternehmen lag nahezu unverändert bei 12,4 % (2008: 12,6 %). Die durchschnittliche Wertschöpfung pro Arbeitnehmer in den 92 untersuchten Unternehmen im Jahr 2010 erhöhte sich infolge des Anstiegs der inländischen Wertschöpfung in Verbindung mit der leicht rückläufigen Beschäftigtenzahl um 4,1 % auf 85 Tsd. EUR (2008: 81 Tsd. EUR). Die gesamtwirtschaftliche Vergleichsgröße betrug 66 Tsd. EUR pro Kopf (2008: 67 Tsd. EUR).

61.* Seit dem Berichtsjahr 2006 untersucht die Monopolkommission ergänzend die 100 größten Unternehmen, gemessen an der Zahl der inländischen Beschäftigten. Im Berichtsjahr 2010 beschäftigten die 100 größten Arbeitgeber in Deutschland knapp 3,5 Mio. Personen und damit etwa 7 % mehr als die nach Wertschöpfung „100 Größten“. 76 Unternehmen zählten sowohl nach dem Merkmal Wertschöpfung als auch nach dem Merkmal Beschäftigte zum Kreis der 100 größten Unternehmen in Deutschland.

62.* Alternativ zur Analyse nach inländischer Wertschöpfung betrachtet die Monopolkommission branchenspezifische Merkmale zur Beurteilung der Unternehmensgröße, um die Bedeutung von Großunternehmen in einzelnen Wirtschaftsbereichen näher zu beleuchten. Die Umsatzerlöse der 50 größten Industrieunternehmen reduzierten sich wie auch das Geschäftsvolumen aller Unternehmen des Produzierenden Gewerbes im Vergleich zum Berichtsjahr 2008 nominal moderat um 1,7 % bzw. 2,6 %. Der Anteil der „50 Größten“ an der gesamtwirtschaftlichen Vergleichsgröße belief sich auf 31,9 % (2008: 31,6 %). Eine vergleichbare Entwicklung lässt sich auch für die Umsätze der zehn größten Handels- sowie der zehn größten Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen an den Umsätzen aller Unternehmen in der jeweiligen Branche beobachten (Anteile 2010: 10,0 % bzw. 13,1 %). Dagegen erhöhten die zehn größten bzw. alle Kreditinstitute die inländische unkonsolidierte Bilanzsumme sowie die zehn größten bzw. alle Versicherungskonzerne die nominalen unkonsolidierten Bruttobeitragseinnahmen. Infolge des relativ stärkeren Wachstums der jeweiligen gesamtwirtschaftlichen Vergleichsgröße sanken die Anteile gegenüber 2008 um 0,8 % auf 49,3 % bzw. um 3,0 % auf 59,6 %.

63.* Die Analyse der Anteilseigner der betrachteten Großunternehmen erfolgt zum einen im Hinblick auf die Anteilseignerstruktur der Unternehmen nach verschiedenen Gruppen von Eigenkapitalgebern, zum anderen werden die Kapitalverflechtungen innerhalb des Kreises der „100 Größten“ ausgewertet. Insgesamt veränderten sich die Besitzverhältnisse im Untersuchungszeitraum zumeist nur unwesentlich. Im Jahr 2010 wurden 26 Unternehmen mehrheitlich durch ausländischen Einzelbesitz kontrolliert, gefolgt von Unternehmen, die sich überwiegend in der Hand von Einzelpersonen, Familien oder Familienstiftungen bzw. über-

wiegend in Streubesitz befanden (jeweils 21 Fälle). 13 Großunternehmen wurden mehrheitlich durch die öffentliche Hand kontrolliert. In sieben Fällen (2008: zwölf) konnte das Eigenkapital nicht mehrheitlich einer Anteilseignerkategorie zugeordnet werden.

Eine alternative Einteilung der Anteilseignerstruktur verdeutlicht zudem, dass sich im Jahr 2010 mit 995 Mio. EUR je Unternehmen 36,4 % der durchschnittlich kontrollierten Wertschöpfung in Streubesitz befand. 16,7 % bzw. 13,4 % der mit der inländischen Wertschöpfung gewichteten Kapitalanteile wurden durch in- oder ausländische Unternehmen, die nicht schwerpunktmäßig dem Finanzdienstleistungsgewerbe zuzurechnen sind, bzw. die öffentliche Hand gehalten. Mit Anteilen von 4,1 % bzw. 3,2 % kontrollierten Banken und Versicherungen sowie Fondsgesellschaften einen vergleichsweise geringen Teil an der gewichteten Wertschöpfung der betrachteten Großunternehmen.

64.* Die seit dem Berichtsjahr 1996 zu beobachtende Tendenz zur Auflösung gegenseitiger Kapitalbeteiligungen setzte sich weiter fort. Gegenüber dem Berichtsjahr 2008 verringerte sich die Zahl der verflochtenen Unternehmen im Netzwerk von 37 auf 34. Ebenso sank die Gesamtzahl der Anteilseigner von 17 auf 15, die Anzahl der Beteiligungsunternehmen von 29 auf 22 sowie die Gesamtzahl der Beteiligungsfälle von 47 auf 37. In der Folge reduzierte sich der Interdependenzgrad als Maß für den Anteil der durch Kapitalbeteiligungen kontrollierten Wertschöpfung an der Gesamtwertschöpfung der „100 Größten“ erneut deutlich um drei Prozentpunkte von 8,1 % auf 5,1 %.

65.* Bei der Identifikation personeller Unternehmensverbindungen werden direkte personelle Verflechtungen betrachtet, bei denen eine oder mehrere Personen den Geschäftsführungs- oder Kontrollorganen von mindestens zwei Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ angehören. Im Berichtsjahr 2010 entsandten 27 Unternehmen (2008: 33 Unternehmen) mindestens ein Mitglied ihrer Geschäftsführung in die Kontrollorgane eines oder mehrerer Unternehmen aus dem Untersuchungskreis. Sie übten Mandate in den Kontrollorganen von 43 Unternehmen (2008: 43) aus dem Untersuchungskreis aus.

Die Gesamtzahl der Unternehmensverbindungen über Geschäftsführungsmitglieder reduzierte sich zwischen den Jahren 2008 und 2010 von 76 auf 62. Analog zur Auflösung von Kapitalverflechtungen lässt sich seit dem Berichtsjahr 1996 eine stetige Abnahme personeller Unternehmensverflechtungen beobachten. Beide Verflechtungsmuster sind allerdings nur schwach korreliert. Im Berichtsjahr 2010 waren nur 15 der 62 personellen Verflechtungen über Mitglieder der Geschäftsführung (24,2 %) von einer Kapitalbeteiligung abgedeckt. 68 Unternehmen waren 2010 über sonstige gemeinsame Träger von Kontrollmandaten verbunden. Die Gesamtzahl derartiger Verbindungen sank von 215 Fällen im Jahr 2008 auf 176 in 2010. Der Verflechtungsgrad, gemessen an der theoretisch höchstmöglichen Anzahl an Verflechtungen, sank im Zweijahreszeitraum um 0,8 Prozentpunkte von 4,3 % auf 3,6 %.

66.* Die Untersuchung der Zusammensetzung der Geschäftsführungs- und Kontrollorgane auf Personenebene zeigt, dass der Anteil externer Geschäftsführer an den 849 Anteilseignervertretern (2008: 868) in den Kontrollgremien der „100 Größten“ 8,4 % (2008: 9,2 %) betrug. Der Anteil der Anteilseignervertreter, die der Kategorie „Vertreter der öffentlichen Hand“ zuzurechnen sind, belief sich auf 11,3 % (2008: 10,7 %). Zumeist übten Vertreter dieser Gruppe Kontrollmandate zur Überwachung öffentlicher Kapitalbeteiligungen aus. 35 bzw. 36,5 % (2008: 39 bzw. 40,6 %) der Vorsitzenden des Kontrollgremiums übten mindestens ein weiteres Geschäftsführungs- bzw. Kontrollmandat in Unternehmen aus dem Untersuchungskreis aus. Die Ergebnisse legen zudem offen, dass der amtierende Vorsitzende des Kontrollgremiums in 33 Fällen bzw. 34,4 % der Fälle (2008: 37 bzw. 38,5 %) zuvor ein Geschäfts-führungsmandat im gleichen Unternehmen bekleidete.

67.* Mit der Untersuchung der Beteiligung der „100 Größten“ an den dem Bundeskartellamt nach § 39 GWB vor dem Vollzug anzumeldenden Unternehmenszusammenschlüssen und an der Zahl der Freigabeentscheidungen legt die Monopolkommission abschließend einen Schwerpunkt auf die wettbewerbspolitische Bedeutung externen Wachstums. Die Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ waren im Zeitraum 2010/11 mit 341 Fällen (2008/09: 483) bzw. einem Anteil von 16,3 % (2008/09: 18,1 %) an den insgesamt angemeldeten Zusammenschlüssen beteiligt. Zudem entfielen im Berichtszeitraum 14,9 % (2008/09: 16,5 %) aller Freigabeentscheidungen auf die „100 Größten“.

68.* In der Gesamtschau ist ein geringfügiger Anstieg des Anteils der Großunternehmen an der Gesamtwertschöpfung festzuhalten. Der Anteil an der gesamtwirtschaftlichen Vergleichsgröße liegt mit einem Wert von 16,4 % allerdings unverändert deutlich unter dem langjährigen Durchschnitt von 18,2 %. Der Anteil der Arbeitsplätze, der sich bei einem der 100 größten Unternehmen befindet, reduzierte sich seit dem Berichtsjahr 2004 stetig auf nunmehr 12,8 %. Hinsichtlich der verschiedenen untersuchten Größenmerkmale in einzelnen Wirtschaftsbereichen ergaben sich nur geringfügige Veränderungen der Konzentration gegenüber der Vorperiode. Einzig im Versicherungsgewerbe ist ein Rückgang der Konzentration um drei Prozentpunkte auf 59,6 % festzustellen. Die seit dem Berichtsjahr 1996 zu beobachtende Auflösung des Netzwerks aus wechselseitigen Beteiligungsverflechtungen und personellen Unternehmensverbindungen unter den „100 Größten“ setzte sich weiter fort. Zudem reduzierten sich die Zahl und der Anteil der Beteiligung der Großunternehmen an den beim Bundeskartellamt angemeldeten Zusammenschlüssen und an der Zahl der Freigabeentscheidungen.

III. Internationale personelle Unternehmensverflechtungen

69.* Vor dem Hintergrund der fortschreitenden Globalisierung und des Zusammenwachsens von Märkten legt die Monopolkommission für das Neunzehnte Hauptgutachten eine umfassende Sonderauswertung zum Stand und zur Entwicklung personeller Unternehmensverflechtungen über Mehrfachmandatsträger zwischen den sog. EU-15-Mitgliedstaaten zuzüglich Norwegen und der Schweiz im Rahmen ihrer Konzentrationsberichterstattung vor.

70.* Die Untersuchung stellt eine Erweiterung zu der traditionell im Rahmen von Kapitel II erfolgenden Analyse zum Stand und zur Bedeutung personeller Verflechtungen zwischen den 100 größten inländischen Unternehmen um eine internationale Perspektive dar. Infolge der zunehmenden internationalen Ausrichtung der Beschaffungs- und Absatzmärkte kann unterstellt werden, dass personelle Verbindungen zwischen Unternehmen über Landesgrenzen hinweg zunehmend an Bedeutung gewinnen. In der Vergangenheit konnte aufgrund der eingeschränkten Datenverfügbarkeit keine entsprechende systematische Analyse für eine größere Stichprobe von Unternehmen im Zeitablauf durchgeführt werden. Auf der Grundlage eines umfassenden Datensatzes zu 7.195 börsennotierten Unternehmen ist es erstmalig gelungen, die Intensität personeller Verflechtungen in und zwischen ausgewählten europäischen Staaten im Zeitraum 2006 zu 2010 zu erfassen, um die internationale Bedeutung personeller Verflechtungen zu veranschaulichen.

71.* Die Erhebungen verfolgen im Wesentlichen drei Untersuchungsschwerpunkte. Zunächst werden der Stand und die Entwicklung personeller Unternehmensverbindungen in den betrachteten EU-Staaten dargestellt, um die nationale und internationale Bedeutung entsprechender Verflechtungsbeziehungen aufzuzeigen und mögliche Trends aufzudecken. In einem nächsten Schritt werden nationale sowie internationale Verflechtungsbeziehungen auf

Branchenebene analysiert, um ihre Bedeutung in unterschiedlichen Wirtschaftsbereichen zu veranschaulichen. Abschließend erfolgt eine detaillierte Analyse für die Teilstichprobe deutscher Unternehmen hinsichtlich der Anzahl und Intensität von nationalen und internationalen personellen Verflechtungen in einzelnen Branchen.

72.* Die Fokussierung auf börsennotierte Großunternehmen begründet sich aus der vergleichsweise umfassenderen Datenverfügbarkeit infolge strengerer Offenlegungspflichten sowie der besseren Vergleichbarkeit der Struktur der obersten Geschäftsführungs- und Kontrollgremien, auf deren Basis die Verflechtungsinformationen erstellt werden. Es handelt sich damit nicht um eine repräsentative Auswahl aller Unternehmen in den betrachteten europäischen Ländern. Direkte Rückschlüsse auf den tatsächlichen nationalen personellen Verflechtungsgrad der Unternehmen in einem Land können aufgrund der vorgenommenen Auswahl nicht getroffen werden. Mit einem Anteil von 35 % an der Gesamtzahl aller Unternehmen in der Stichprobe liegt der Sitz der Konzernzentrale im Vereinigten Königreich. 16 % der betrachteten Unternehmen haben ihren Hauptsitz in Deutschland, gefolgt von Frankreich mit einem Anteil von knapp 13 %.

73.* Gegenüber dem Berichtsjahr 2006 erhöhte sich der Anteil personell verflochtener Unternehmen im Datensatz um 1,8 Prozentpunkte im Durchschnitt über alle Länder bis zum Berichtsjahr 2010 auf 72,9 %. Auf Länderebene zeigt sich ein gemischtes Bild. Während der Verflechtungsgrad in zwölf der betrachteten 17 Länder im Untersuchungszeitraum zunahm, sank er in fünf Fällen. Deutsche Unternehmen liegen im Jahr 2010 mit einem Anteil von 61,9 % deutlich unter dem internationalen Durchschnitt. Gemessen an der Zahl der möglichen Kontakte im Netzwerk weisen deutsche Unternehmen mit den erfassten Unternehmen aus Österreich und der Schweiz den höchsten Verflechtungsgrad auf. Die absolut höchste Zahl an Verflechtungen wird zwischen Unternehmen aus Deutschland und dem Vereinigten Königreich bzw. der Schweiz gemessen.

74.* Die Untersuchung personeller Unternehmensverbindungen auf Branchenebene verdeutlicht, dass in allen betrachteten Wirtschaftsbereichen über die Hälfte der erfassten Unternehmen mit mindestens einem weiteren Unternehmen personell verflochten sind. Im Falle von Konzernen, deren Geschäftstätigkeit sich in der Regel über mehrere Branchen erstreckt, erfolgt die Branchenzuordnung nach dem entsprechenden Tätigkeitsschwerpunkt. Der ungewichtete Mittelwert für die Unternehmen in der Stichprobe beläuft sich im Berichtsjahr 2010 auf 68,6 % gegenüber 68,4 % im Jahr 2006. Der Verflechtungsgrad ist überwiegend auf personelle Verflechtungen zwischen Unternehmen, deren Haupttätigkeiten in unterschiedlichen Wirtschaftsbereichen liegen, zurückzuführen. Im Jahr 2010 betrug der durchschnittliche Anteil dieser Inter-Branchenverflechtungen 62,4 % (2006: 62,7 %). Der Anteil derjenigen Unternehmen, die mit einem Unternehmen desselben Wirtschaftszweiges verflochten sind (Intra-Branchenverflechtungen), belief sich im Jahr 2010 durchschnittlich auf 31,0 % (2006: 30,2 %). Die Befunde deuten darauf hin, dass branchenübergreifende Unternehmensverbindungen für die Unternehmen in der Stichprobe eine attraktive Verflechtungsstrategie darstellen. Es ist anzunehmen, dass diese Verflechtungen häufig typische Zuliefer- bzw. Abnehmerbeziehungen zwischen einzelnen Wirtschaftszweigen widerspiegeln. In Übereinstimmung mit den vorherigen Befunden dominieren auch bei einer Unterscheidung von nationalen und internationalen Unternehmensverbindungen Inter-Branchenverflechtungen. Allerdings liegen die Anteile internationaler personeller Verflechtungen auf einem relativ niedrigeren Niveau. Während im Jahr 2010 im Mittel für 65,3 % der Unternehmen mindestens eine nationale Unternehmensverflechtung besteht (2006: 65,4 %), wurden nur für 24,0 % der Unternehmen internationale Verflechtungsbeziehungen festgestellt (2006: 22,7 %). Dieser Befund lässt sich unter anderem auf bestehende Unterschiede in der Arbeitssprache, kulturelle

Gegebenheiten oder auch die räumliche Distanz zwischen verschiedenen Unternehmen zurückführen. Zudem ist auch der Grad der Internationalisierung in einer Branche ausschlaggebend für den Aufbau nationaler oder länderübergreifender personeller Verflechtungen. Die Ergebnisse dokumentieren, dass die Intensität nationaler bzw. internationaler Verflechtungen deutlich zwischen den betrachteten Branchen variiert. Weitere Analysen zeigen, dass der Verflechtungsgrad auf Länderebene häufig zu einem nicht unerheblichen Teil durch die Einbeziehung von Finanzdienstleistungsunternehmen in die Untersuchung beeinflusst wird.

75.* Zusammenfassend verdeutlichen die deskriptiven Ergebnisse die hohe Relevanz von Mehrfachmandatsträgern als Instrument zum Aufbau von Verflechtungsbeziehungen zwischen Unternehmen. Die Untersuchung internationaler personeller Verflechtungen hat gezeigt, dass personelle Unternehmensverflechtungen kein deutsches Phänomen darstellen. Zwar sind personelle Verflechtungen überwiegend durch nationale Verbindungen geprägt, im Zuge der fortschreitenden Globalisierung der Wirtschaft ist jedoch von einem weiteren Anstieg internationaler Verflechtungen auszugehen. Die Ergebnisse deuten zumindest tendenziell auf eine zunehmende Bedeutung personeller Verflechtungen im internationalen Kontext hin, wengleich eine Interpretation der Ergebnisse aufgrund des kurzen Untersuchungszeitraums und konjunkturellen Einflussfaktoren nur eingeschränkt möglich ist.

76.* Mit dem Aufbau eines umfassenden Paneldatensatzes zu nationalen und internationalen personellen Unternehmensverflechtungen in ausgewählten europäischen Ländern konnte eine Grundlage für weiterführende empirische Analysen geschaffen werden. Wichtige Erweiterungen betreffen vorrangig die Fortschreibung sowie einen weiteren Ausbau und eine Verbesserung der Datenbasis, an die sich eine Ausweitung der Analysemethoden anschließt, um personelle Verflechtungen aus einer wettbewerbspolitischen Perspektive zukünftig besser analysieren zu können. In diesem Zusammenhang ist vorrangig der Abgleich mit detaillierten Bilanzdaten sowie die Identifikation der Eigentümerstruktur und die Erfassung paralleler kapitalmäßiger Unternehmensverflechtungen zu nennen.

77.* Eine um zusätzliche Variablen und Beobachtungen ergänzte Datenbasis stellt die Voraussetzung zur Ableitung belastbarer Schlussfolgerungen und Aussagen unter dem Einsatz empirischer Analysemethoden dar. Von besonderem Interesse wäre hierbei, unter Berücksichtigung der nationalen rechtlichen und strukturellen Rahmenbedingungen alle aktiven Unternehmen in ausgewählten Branchen zu erfassen, um sich einer eher marktbasierter Untersuchung anzunähern. Zudem wäre die zusätzliche Auswertung spezifischer personenbezogener Begleitmerkmale von besonderem Interesse, um die Funktion personeller Verbindungen zwischen Unternehmen besser qualifizieren zu können. Des Weiteren stellt der Einsatz netzwerkanalytischer Verfahren eine sinnvolle Ergänzung dar, um wichtige Schlüsselverbindungen oder spezielle Verflechtungsmuster nachzuweisen. Durch die Umsetzung einiger der genannten Punkte ist in zukünftigen Untersuchungen anzustreben, eine theoretische und qualitative Analyse der Motive für Unternehmensverflechtungen vorzunehmen und kausale Wirkungsbeziehungen kapitalmäßiger und personeller Unternehmensverflechtungen aufzudecken, die eine stärker wettbewerbsbezogene Analyse nationaler und internationaler Unternehmensverflechtungen erlauben.

IV. Kartellrechtliche Entscheidungspraxis

78.* Die besondere Situation der Wirtschafts- und Finanzkrise hat bislang nur in verfahrenstechnischer Hinsicht Anforderungen an das Bundeskartellamt gestellt, insbesondere durch eine Zunahme der Fusionskontrollverfahren mit Eilbedürftigkeit. Krisenbedingte Sanierungsfusionen waren nicht zu beobachten; nur in einzelnen Ausnahmefällen führte eine Insolvenz-

gefährdung von Bußgeldschuldern zu einer Anpassung des Bußgelds bzw. der Vollstreckung.

79.* Die Kartellrechtsanwendung in spezialgesetzlich überformten Wirtschaftsbereichen ist erneut Untersuchungsgegenstand des vorliegenden Hauptgutachtens; dabei weist die Monopolkommission wiederum auf den Einfluss vorrangiger Rechtsregeln und auf den begrenzten Ausnahmecharakter derartiger Bereiche hin. Insbesondere erscheint ihr eine gesetzliche Klarstellung der Anwendbarkeit des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen auf die gesetzlichen Krankenkassen weiterhin erforderlich. Allgemeiner empfiehlt die Monopolkommission dem Gesetzgeber, bei einer expliziten Einschränkung des Kartellrechts durch Sonderregelungen und Spezialgesetze eine zeitliche Befristung der Ausnahmeregelung vorzusehen, möglichst gepaart mit entsprechenden Evaluierungsvorgaben.

80.* Auch die Kartellrechtsanwendung im Grenzbereich hoheitlicher Tätigkeit wird von der Monopolkommission erneut untersucht. Dabei weist sie wiederum auf die Restriktionen hin, denen Einschränkungen des Kartellrechts auf hoheitlicher Grundlage vor dem Hintergrund allgemeiner Prinzipien und höherrangigen Rechts unterworfen bleiben. Zwei insoweit klarstellende Urteile des Bundesgerichtshofs werden gewürdigt, die sich auf die Fusion in öffentlicher Hand befindlicher Krankenhäuser und die Kartellrechtsgeltung für öffentlich-rechtliche Wasserversorger beziehen.

81.* Weiter wird die Anwendungspraxis des Bundeskartellamtes in Bezug auf die mit der 7. GWB-Novelle erstrebte Flexibilisierung der Kartellrechtsdurchsetzung analysiert. Dabei widmet sich die Monopolkommission zuoberst dem Aspekt der Kartellrechts-Compliance von Unternehmen. Derartige systematische Anstrengungen seitens eines Unternehmens, die im kartellrechtlichen Bereich auf die Vermeidung von Kartellrechtsverstößen zielen, werden im internationalen Vergleich vielfach durch Kartellbehörden gefördert; in Deutschland findet dieses zur Unterstützung der Kartellrechtsgeltung wertvolle Instrument keinerlei Unterstützung durch das Bundeskartellamt, was die Monopolkommission bedauert. Sie betont jedoch, dass eine Bußgeldhaftung Verantwortlicher in Unternehmen bereits dann begründet sein kann, wenn angemessene Vorkehrungen zur Vermeidung von Kartellrechtsverstößen unterlassen wurden. Insgesamt sind in dieser Hinsicht nach Auffassung der Monopolkommission eine Stärkung des Verständnisses der verantwortlich Handelnden für die Vorgaben des Kartellrechts und die Ziele des Wettbewerbsschutzes entscheidend; eine übermäßige Formalisierung von Compliance-Anstrengungen hingegen kann zu leerem Formalismus und organisierter Verantwortungslosigkeit in Unternehmen führen. Dabei kann unabhängig von der Größe und Branche des Unternehmens bereits die klare Positionierung der Unternehmensleitung im Sinne der Einhaltung kartellrechtlicher Vorschriften wirksame Grundlage einer Compliance-Kultur in Unternehmen sein.

82.* Die Befugnisse des Bundeskartellamtes zur Vorgabe positiver Maßnahmen und zur Verbindlicherklärung von Verpflichtungszusagen sind voll in der Praxis der Behörde etabliert und wirken häufig auch als Hintergrund in Verfahren mit, in denen die betroffenen Unternehmen ohne die Notwendigkeit einer formellen Entscheidung des Amtes kartellrechtswidriges Verhalten abstellen. Mit diesen Instrumenten lassen sich häufig Kartellrechtsverstöße effizient vermeiden. Allerdings empfiehlt die Monopolkommission, in Fällen, denen neue Rechtsfragen und/oder Sachverhalte mit großer Relevanz für weitere Marktteilnehmer zugrunde liegen, die Rechtslage verbindlich zu klären und einer gerichtlichen Überprüfung zuzuführen, um die Verhaltensregeln am Markt auch für am Verfahren Unbeteiligte klarzustellen.

83.* Gruppenfreistellungsverordnungen stellen alle grundsätzlich wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen vom Kartellverbot frei, die deren Voraussetzungen erfüllen. Da in diesen allgemeinen Verordnungen die Besonderheiten einzelner Märkte kaum abgebildet werden, hat das Bundeskartellamt wie die Europäische Kommission die Befugnis, deren Vorteile im Einzelnen zu entziehen, wenn in einem speziellen Fall die Marktstruktur dies rechtfertigt. Bislang sind die Erfahrungen der Kartellbehörden bei Anwendung dieser Befugnis noch sehr gering, was auch deren Praktikabilität negativ beeinflusst. Die Monopolkommission geht jedoch davon aus, dass sich in Zukunft die Notwendigkeit derartiger Entscheidungen erhöhen könnte.

84.* Das Instrument der Sektoruntersuchungen ist ebenfalls fest in der Amtspraxis etabliert; im Berichtszeitraum wurden Abschlussberichte von Sektoruntersuchungen in den Bereichen Stromerzeugung und Stromgroßhandel, Kraftstoffhandel und Milch veröffentlicht. Die Monopolkommission weist in diesem Zusammenhang insbesondere darauf hin, dass die Einbindung der Fachöffentlichkeit und externer Experten möglicherweise den Untersuchungsprozess und dessen Ergebnisse weiter verbessern könnten.

85.* Das Spektrum von Verlautbarungsformen des Amtes ist ebenfalls Gegenstand der Analysen der Monopolkommission. Neben Formularen und Mustertexten sind vor allem Bekanntmachungen, Mitteilungen, Merkblätter, Hinweise, Standards, Leitlinien und Leitfäden zu beobachten, die den Unternehmen die Zusammenarbeit mit der Behörde erleichtern, die Transparenz des behördlichen Handelns erhöhen und zur Effizienz der Kartellrechtsanwendung beitragen. Nicht zuletzt die – teilweise bereits praktizierte – Einbindung der interessierten Fachöffentlichkeit in die Erstellung derartiger Dokumente etwa im Rahmen einer Konsultation erscheint der Monopolkommission sinnvoll.

86.* Überblicksartig betrachtet die Monopolkommission die Entwicklung der Anwendung ökonomischer Begriffe, Theorien und Methoden in der Kartellrechtspraxis. Dabei wird unterschieden zwischen der klassischen ökonomischen Fundierung des Kartellrechts und der zunehmenden Bedeutung modernerer ökonomischer Theorien und Methoden, insbesondere quantitativer Analysen. Die Amtspraxis sowie die Veröffentlichung von „Standards“ in Bezug auf ökonomische Gutachten werden untersucht. Nicht zuletzt vor dem Hintergrund der zunehmenden Bedeutung derartiger Gutachten regt die Monopolkommission schließlich an zu erwägen, bei der Besetzung der Kartellgerichte auch ökonomische Experten mit einzubeziehen.

87.* Die Würdigung der Kartellverfolgung durch das Bundeskartellamt stellt einen Schwerpunkt dieses Hauptgutachtens dar. Nach der konzeptionellen Unterscheidung zwischen unerlaubten Kartellen und effizienten Kooperationen wird der institutionelle Rahmen der Kartellverfolgung beleuchtet, wobei die Monopolkommission derzeit keine Notwendigkeit einer grundlegenden Veränderung des Letzteren sieht. Die Prüfung von Gemeinschaftsunternehmen und allgemeiner koordinativer Auswirkungen von Zusammenschlussvorhaben im Rahmen einer Doppelkontrolle findet regelmäßig durch das Bundeskartellamt statt, was die Monopolkommission begrüßt. Eine besondere Würdigung erfährt die Kartellschwelle in Oligopolmärkten, nicht zuletzt vor dem Hintergrund der praktisch recht eingeschränkten Missbrauchsaufsicht in diesen Märkten. Der Zusammenhang zwischen dem durch ein Kartell verursachten individuellen und volkswirtschaftlichen Schaden, der Bußgeldhöhe und einer effizienten Abschreckungswirkung wird beleuchtet; auch auf dieser Grundlage sieht die Monopolkommission keinen begründeten Anlass, über eine Absenkung des Bußgeldniveaus nachzudenken. In diesem Zusammenhang wird auch untersucht, wie das Bundeskartellamt mit Zahlungsschwierigkeiten von Bußgeldschuldern umgeht. Im Hinblick auf eine in der Fach-

öffentlichkeit diskutierte Kriminalisierung von Kartellverstößen sieht die Monopolkommission weiteren Diskussionsbedarf und empfiehlt insoweit, zunächst die Auswirkungen strafrechtlicher Verfolgung der Teilnahme an Submissionskartellen weiter aufzuklären. Auch die aktuell wichtige Frage des Kartellschadensersatzes wird kurz diskutiert; abschließend ist ein Abschnitt dem kronzeugenähnlichen Bonusprogramm und der einverständlichen Verfahrensbeendigung („Settlement“) gewidmet.

88.* In diesem Zusammenhang wird eine Reihe von Kartellverfahren des Amtes eingehender erörtert und die Entscheidungspraxis anhand dieser bewertet. Ein typisches Hardcore-Kartell war ein Kartell von Feuerlöschfahrzeugherstellern, das bereits eine Reihe von Schadensersatzprozessen betroffener Kommunen nach sich gezogen hat und möglicherweise auch als Submissionskartell strafrechtlich relevant ist. Untersucht werden weiter verschiedene Verfahren mit Bezug zur Preisbindung zweiter Hand; dabei wird insbesondere auf die Unterscheidung zwischen zulässiger Empfehlung und unzulässiger Druckausübung eingegangen. Untersuchungsgegenstand sind auch Einschränkungen des Internetvertriebs, die Gegenstand mehrerer Verfahren des Bundeskartellamtes waren; dabei sind sowohl direkte als auch mittelbare Restriktionen problematisch. Die kartellrechtlichen Probleme des Informationsaustauschs zwischen Unternehmen und von Marktinformationssystemen sind ebenfalls Gegenstand der Untersuchung; insoweit werden die unterschiedlichen Wirkungen gesteigerter Transparenz nach horizontalen und vertikalen Beziehungen aufgezeigt und die Kriterien beleuchtet, die für deren Kartellrechtmäßigkeit maßgeblich sind. Weiter wird die Lösung kartellrechtlicher Bedenken durch das Design von Ausschreibungsmärkten analysiert, konkret an den Beispielen der Erfassung von Verpackungen im Rahmen des Dualen Systems Deutschland, der Vergabe von Kraftstoffbelieferungsrechten für Autobahntankstellen sowie der zentralen Ausschreibung der Fußballfernsehrechte. Abschließend wird ein Verfahren beleuchtet, in dem die Deutsche Bahn AG einem Wettbewerber Vorteile versprochen hatte, um die höchstgerichtliche Klärung von Vergaberechtsfragen zu vermeiden. Insgesamt kommt die Monopolkommission zu dem Schluss, dass einerseits das Kartellverbot in seiner Ausgestaltung durch die 7. GWB-Novelle effizient erscheint, andererseits dessen Durchsetzung vor allem in Graubereichen jedoch noch steigerungsfähig ist.

89.* Die Missbrauchsaufsicht auf Oligopolmärkten wird am Beispiel des Kraftstoffmarktes untersucht. Deren Reichweite erscheint begrenzt; dennoch stellt die Monopolkommission noch einige Untersuchungs- und Anwendungsdefizite in der diesbezüglichen Amtspraxis fest. Hinsichtlich der hoheitlichen Vorgabe von Preissetzungsregeln für diesen Markt ist die Monopolkommission skeptisch; dennoch könnten möglicherweise durch deren richtige Ausgestaltung negative Effekte für die Verbraucher vermieden werden. In dieser Hinsicht werden insbesondere auch wettbewerbssteigernde Informationsangebote analysiert.

90.* Im Bereich der Missbrauchsaufsicht als regulierungsähnlicher Marktaufsicht untersucht die Monopolkommission eine Reihe von Verfahren, in denen Kartellrecht an der Grenze zur förmlichen Regulierung angewandt wurde. So liegt aktuell – über zwölf Jahre nach Eröffnung des ersten Kartellamtsverfahrens – die Frage des Wettbewerberzugangs zum Fährhafen Puttgarden nunmehr erneut dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vor. Im Bereich der Entgelte für Fremdadhebungen an Geldautomaten hat das Amt bereits erste Teilerfolge erzielen können; weiteres kartellrechtliches Vorgehen könnte jedoch noch mit erheblichem Aufwand verbunden sein. Die Anwendung von Kartellrecht als Ersatz für fehlende vergaberechtliche Ausschreibungspflichten für Konzessionsneuvergaben begrüßt die Monopolkommission in ihrer Wirkung. Sie zeigt jedoch eine Diskrepanz der Rechtsanwendungspraxis im Vergleich zu Vergaben im Schienennah- und Busverkehr auf und regt erneut eine Klarstellung im Vergaberecht an.

91.* In verschiedenen Sektoren sind das Bundeskartellamt und die Landeskartellbehörden insbesondere im Rahmen von Preismisbrauchsverfahren gegen marktmächtige Versorgungsunternehmen vorgegangen. Die vorgenommene Missbrauchsaufsicht weist dabei erhebliche Parallelen zu einer Preisregulierung auf. Im Trinkwasserbereich zeigt die Monopolkommission verschiedene Schwierigkeiten im Rahmen dieses Vorgehens auf, die ihre wiederholte Forderung unterstreichen, den gesamten Sektor einer laufenden Regulierung durch die Bundesnetzagentur zu unterwerfen.

92.* Die Preismisbrauchsaufsicht im Energiesektor weist ebenfalls eine Reihe praktischer und konzeptioneller Probleme auf, die sich insbesondere in den Verfahren zur Kontrolle der Preise von Heizstromversorgern gezeigt haben. Methodische Kritikpunkte betreffen vor allem die Auswahl des Vergleichsmaßstabs, die Ermittlung einer Kostenunterdeckung sowie die Ermittlung von Erheblichkeitszuschlägen durch das Bundeskartellamt. Die Monopolkommission ist insgesamt skeptisch, ob die durchgeführten Verfahren in ihrer Gesamtwirkung eine Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen bewirkt haben und bedauert erneut, dass nicht stärker auf marktöffnende Abhilfemaßnahmen abgestellt wurde, die zudem mit geringerem Verfahrensaufwand hätten durchgesetzt werden können.

93.* Zusammenfassend stellt die Monopolkommission fest, dass die Grenzen zwischen Kartellrecht und Regulierung nicht immer klar zu ziehen sind, der kartellrechtlichen Preismisbrauchsaufsicht jedoch wohl neben der Regulierung ein eigenständiger Anwendungsbereich zukommt. In anderen Fällen ersetzt das Kartellrecht fehlende politische Entscheidungen zu konkreten Regulierungsmaßstäben, die bei entsprechenden politischen Mehrheiten möglicherweise effizienter, weitreichender und nachhaltiger das zugrunde liegende Problem adressieren könnten.

94.* Die Zahl der zur Fusionskontrolle angemeldeten Zusammenschlussvorhaben hat sich im Berichtszeitraum auf niedriger Basis stabilisiert; insoweit wirkt sich vor allem die Einführung einer zweiten Inlandsumsatzschwelle Mitte 2009 nachhaltig aus. Die Anzahl der im Hauptprüfverfahren untersuchten Fälle ist gegenüber dem vorigen Berichtszeitraum ebenso gefallen wie die der Freigaben mit Nebenbestimmungen und die der Untersagungen, die sich auf dem niedrigsten Stand seit Jahrzehnten bewegen.

95.* Die Monopolkommission begrüßt die Untermauerung des Vollzugsverbots durch dessen Durchsetzung auch in Bußgeldverfahren. Die Anwendung der Fusionskontrollvorschriften im internationalen Kontext wird anhand von drei Fällen beleuchtet, die die Bedeutung der Mitwirkung der Zusammenschlussbeteiligten in derartigen Situationen aufzeigen.

96.* Die Bedeutung der Marktabgrenzung wird in rechtlicher und heuristischer Hinsicht untersucht; dabei kommt die Monopolkommission zu dem Schluss, dass diese als wertvolles Instrument des Kartellrechts auch vor dem Hintergrund neuerer Methoden und Verfahren weiterhin in den meisten Fällen unverzichtbar ist. Daneben wird die sachliche Marktabgrenzung in zwei Zusammenschlussvorhaben zum einen zwischen Kabel-TV-Netzbetreibern („Gestattungsmärkte“) sowie zum anderen zwischen in der Schlachtung von Schweinen tätigen Unternehmen (nach Sauen und Schweinen getrennte Märkte) analysiert. Die Monopolkommission widmet sich auch eingehend den Problemen und Folgen der Abgrenzung von Endkundenmärkten im Strom- und Gassektor und fordert hier eine bessere Fundierung des Vorgehens durch das Bundeskartellamt. Weiter werden die Auswirkungen der Aufweichung der Pressegrasso-Gebietsmonopole durch zwei zivilgerichtliche Urteile auf die räumliche Marktabgrenzung in diesem Bereich beleuchtet. In diesem Zusammenhang rät die Monopolkommission dringend davon ab, die infrage stehenden Strukturen des Pressegrasso gesetzlich festzuschreiben und so dessen Reformfähigkeit zu gefährden.

97.* In Hinblick auf die Marktbeherrschung wird der diesbezügliche Leitfaden des Bundeskartellamtes von 2012 gewürdigt. Es werden zwei Gerichtsurteile zur oligopolistischen Marktbeherrschung untersucht, angesichts derer die Monopolkommission mit dem Bundesgerichtshof anmahnt, die Anforderungen an deren Nachweis nicht zu überziehen und nicht entscheidend auf einzelne Faktoren abzustellen. Insbesondere kommt es hier stets auf eine Gesamtbetrachtung der betroffenen Märkte und ihrer Struktur an.

98.* Mit Blick auf die Einbeziehung künftiger Marktveränderungen in Fusionskontrollentscheidungen analysiert die Monopolkommission die Freigabe der Fusion zweier Buchgroßhändler und rät, nicht zu großzügig von einer zukünftigen Belebung des infolge des Zusammenschlusses beeinträchtigten Wettbewerbs durch einzelne Maßnahmen einzelner Marktteilnehmer auszugehen.

99.* Der Bewertung potenziellen Wettbewerbs widmet die Monopolkommission einen eigenen Abschnitt, nicht zuletzt vor dem Hintergrund der besonderen Bedeutung dieser Rechtsfigur für Pressemärkte. Hier wird auch ein Verfahren untersucht, in dem das Bundeskartellamt untersagt hatte, da wesentlicher potenzieller Wettbewerb durch die Fusion verloren ginge, während das Oberlandesgericht dafür einen hohen Wahrscheinlichkeitsmaßstab anlegte, den es als nicht erfüllt ansah. Insoweit erinnert die Monopolkommission an die Funktion der Fusionskontrolle als Strukturkontrolle und die langfristige Wirkung struktureller Vielfalt und mahnt insoweit an, die Nachweisanforderungen nicht zu überziehen. Daneben wird untersucht, ob der Restwettbewerb in Märkten mit bestehenden Kooperationsvereinbarungen besonders schützenswert ist oder umgekehrt die strukturelle Verfestigung derartiger Vereinbarungen keine im Sinne der Fusionskontrolle wesentliche Wettbewerbsverschlechterung darstellt. In diesem Zusammenhang erscheint der Monopolkommission vor allem der Schutz verbliebenen potenziellen Wettbewerbs wichtig.

100.* Die Untersuchung von Abhilfemaßnahmen zur Kompensation fusionskontrollrechtlich relevanter Wettbewerbsverschlechterungen stellt wie stets einen Schwerpunkt der Untersuchungen der Monopolkommission dar. Dabei werden in diesem Gutachten zum einen Nebenbestimmungen beleuchtet, die auf ein bestimmtes Verhalten der Unternehmen abzielen, wie Lizenzierungsverpflichtungen an Software-Patenten, die Ausgestaltung einer Video-on-Demand-Plattform als Gemeinschaftsunternehmen der beiden größten Fernsehsendergruppen Deutschlands sowie der Verzicht auf Free-TV-Grundverschlüsselung in Kabelnetzen. Zum anderen werden marktöffnende Nebenbestimmungen, wie die Aufgabe von Exklusivitätsrechten und die Einräumung von Sonderkündigungsrechten im Kabel-TV-Gestattungsmarkt sowie die Freigabe von Mastkapazitäten analysiert. Insgesamt kommt die Monopolkommission zu dem Schluss, dass das Bundeskartellamt Zusammenschlussvorhaben zu Recht dann zu untersagen hat, wenn erhebliche Wettbewerbsbedenken nicht vollständig und nachhaltig ausgeräumt werden können, was teilweise an der Struktur des Marktes, teilweise auch an unzureichenden Zusagenangeboten der Beteiligten liegen kann.

101.* Die fusionskontrollrechtliche Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission stand im Berichtszeitraum 2010/2011 im Zeichen der Weiterentwicklung des SIEC-Tests, der seit der Reform der Fusionskontrollverordnung im Mai 2004 das maßgebende Untersagungskriterium bildet. Zusammenschlüsse werden danach beurteilt, ob sie zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führen. Die Begründung oder Verstärkung einer Marktbeherrschung bleibt als Regelbeispiel für eine erhebliche Wettbewerbsbehinderung relevant.

102.* Während des Berichtszeitraums hat die Untersagungsentscheidung Olympic/Aegean Airways besondere Aufmerksamkeit ausgelöst. Es handelt sich um die erste Verbotssentschei-

derung der Europäischen Kommission gemäß Art. 8 Abs. 3 FKVO seit gut drei Jahren. Noch in ihrem letzten Hauptgutachten hat die Monopolkommission die Auffassung vertreten, dass die Europäische Kommission dazu tendiere, selbst bei erheblichen Wettbewerbsbedenken eher Freigabeentscheidungen unter teilweise sehr umfangreichen Bedingungen und Auflagen zu treffen, als eine Verbotsverfügung zu erlassen. In Anbetracht der erwähnten Entscheidung und einer weiteren Untersagung im Februar 2012, als die Europäische Kommission den geplanten Zusammenschluss Deutsche Börse/NYSE Euronext untersagte, ist fraglich, ob diese Aussage aufrechterhalten werden kann. Festzuhalten ist allerdings, dass auch im vorliegenden Berichtszeitraum Zusammenschlüsse unter zum Teil sehr umfangreichen Abhilfemaßnahmen freigegeben worden sind. Für eine genauere Analyse muss daher die weitere Entwicklung der Entscheidungspraxis über einen längeren Zeitraum abgewartet werden.

103.* Unter dem SIEC-Test misst die Europäische Kommission den Prüfungskriterien Marktabgrenzung und Marktanteil prinzipiell geringere Bedeutung bei als unter dem Marktbeherrschungstest. Hierin kommt der Ansatz der Europäischen Kommission zum Ausdruck, im Rahmen des SIEC-Tests eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen, bei der andere Faktoren – z.B. das wettbewerbliche Näheverhältnis der Zusammenschlussparteien, die Kapazitätsauslastung und die Wechselmöglichkeiten der Abnehmer – stärker gewichtet werden. Die Europäische Kommission strebt an, die Effekte von Zusammenschlüssen direkt und nicht über den „Umweg“ der Marktabgrenzung und Marktanteilsberechnung zu ermitteln.

104.* Allerdings untersuchte die Europäische Kommission auch im gegenwärtigen Berichtszeitraum die Marktabgrenzung und den Marktanteil regelmäßig. Die Marktdefinition dient hierbei teilweise eher als qualitativer Filter für die Beschreibung des Marktgeschehens und für die Identifikation der möglichen Konkurrenten. Auch Marktanteile werden weiterhin für die Zwecke der Fusionskontrolle genutzt. Zum einen werden die in Unternehmen vorliegenden Informationen über Marktanteile als guter Ausgangspunkt für eine Analyse der Wettbewerbsbehörde angesehen, zum anderen lassen sie sich für bestimmte empirische Analysemethoden nutzen. Weitere Gründe dafür, dass die Europäische Kommission nicht vollständig auf die qualitative Ermittlung der Marktabgrenzung und der Marktanteile verzichtet, sieht die Monopolkommission darin, dass die angestrebte direkte, quantitative Analyse von Zusammenschlusseffekten in vielen Fällen mangels ausreichender Datenbasis nicht durchführbar ist. Zudem räumte die Europäische Kommission selbst mehrfach die begrenzte Aussagekraft solcher Analysen ein und betonte die Notwendigkeit einer Gesamtbetrachtung. Schließlich ist unsicher, ob der Europäische Gerichtshof eine Entscheidungspraxis billigen würde, bei der von einer Marktdefinition und Marktanteilsermittlung gänzlich abgesehen wird.

105.* Die Europäische Kommission ließ die Marktabgrenzung im Berichtszeitraum in mehreren Fällen offen, so beispielsweise im Fall CAT/MWM. Die Monopolkommission begrüßt dieses Vorgehen in Fällen, in denen eine vollständige Marktdefinition nicht erforderlich ist, um die Effekte der Fusion zu analysieren. In solchen Fällen sollten aus Effizienzgesichtspunkten lediglich die verschiedenen Möglichkeiten der Definition aufgezeigt sowie dargelegt werden, warum es für die weitere Analyse des Zusammenschlusses nicht auf die exakte Ermittlung der relevanten Märkte ankommt.

106.* In dem Fall DB/Arriva, der mehrere nationale Verkehrsmärkte betraf, ließ die Europäische Kommission ebenfalls viele Details hinsichtlich der Marktabgrenzung offen. Sofern die Europäische Kommission sich zur Marktdefinition äußerte, ist ein Aspekt besonders bemerkenswert. Auf dem deutschen Markt für Linienbusverkehr deutete sie zwei separate Märkte für kommunale Betreiber einerseits und private Betreiber andererseits an. Sie begründete dies damit, dass Aufgabenträger die Konzessionen nicht auf rein wirtschaftlicher

Basis, sondern politisch motiviert vergeben. Dies erinnert an die Argumentation des Bundeskartellamtes im Zusammenhang mit der Definition der Endkundenmärkte im Stromsektor. Das Bundeskartellamt unterscheidet hier zwischen prinzipiell wechselwilligen und grundsätzlich wechselunwilligen Nachfragern, obwohl es sich rein physisch bei beiden abgegrenzten Märkten um die Belieferung mit demselben homogenen Produkt Strom handelt. Beide Wettbewerbsbehörden stellen bei der Marktabgrenzung demnach zwar auf die Sicht des verständigen Verbrauchers ab (Bedarfsmarktkonzept). Sie sehen jedoch nicht die funktionale oder technische Substituierbarkeit als entscheidend an, sondern die in beiden Konstellationen vorliegende Wechselträchtigkeit der Nachfrager.

107.* Der SSNIP-Test stellt ein Konzept zur Marktdefinition dar, bei dem untersucht wird, ob es für einen hypothetischen monopolistischen Anbieter aller betrachteten Produkte profitabel wäre, eine kleine, aber signifikante und permanente Preiserhöhung vorzunehmen. Bei der Entscheidung Syngenta/Monsanto handelt sich um einen der ganz wenigen Fälle, in denen die Europäische Kommission den SSNIP-Test im Rahmen einer ökonomischen Analyse durchgeführt hat. Üblicherweise bleibt es bei einer Befragung der Marktteilnehmer, die einschätzen sollen, wie sie auf eine mögliche Preiserhöhung eines bestimmten Produkts reagieren und zu welchem anderen Produkt sie gegebenenfalls wechseln würden. Bezeichnend ist, dass die ökonomische Untersuchung der Marktabgrenzung im vorliegenden Fall im Zusammenhang mit einer ökonomischen Effektanalyse vorgenommen wurde. Im Rahmen dieser Analyse war es mit begrenztem zusätzlichem Aufwand möglich, einen quantitativen SSNIP-Test zu implementieren.

108.* Im Hinblick auf die wettbewerbliche Beurteilung ist der Fall Oracle/Sun Microsystems bemerkenswert. Die Europäische Kommission hat bei ihrer Prüfung – entgegen der Kritik der Zusammenschlussparteien – ausschließlich auf das Kriterium der erheblichen Wettbewerbsbehinderung abgestellt und ist auf die mögliche Entstehung oder Verstärkung von Marktbeherrschung nicht eingegangen. Die Monopolkommission stimmt der Europäischen Kommission darin zu, dass es zur Annahme einer erheblichen Wettbewerbsbehinderung unter dem SIEC-Test nicht erforderlich ist, die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung nachzuweisen. Es genügt nachzuweisen, dass Sun mit seiner Datenbank MySQL eine wichtige Wettbewerbskraft darstellt, die vor dem Zusammenschluss Wettbewerbsdruck ausgeübt hat, der nach dem Zusammenschluss beseitigt würde. Da die Analyse der Europäischen Kommission jedoch ergab, dass der von MySQL zurzeit ausgeübte Wettbewerbsdruck zeitnah und in ausreichendem Maß von anderen Open-Source-Datenbanken ersetzt werden könnte, folgerte sie, dass der Zusammenschluss nicht zu einer Wettbewerbsbehinderung auf dem Datenbankmarkt führe.

In diesem Zusammenhang ist auch das Verfahren T-Mobile/Orange zu nennen, in dem die Anwendung des SIEC-Tests die Entscheidungsfindung der Wettbewerbsbehörde ebenfalls erleichtert haben dürfte. Zumindest auf einem der beiden betroffenen Märkte wäre die Feststellung von Marktbeherrschung möglicherweise an den relativ geringen Marktanteilen der Fusionsparteien und den geringen Abständen zu den nachfolgenden Wettbewerbern gescheitert. Zudem hat die Europäische Kommission die beiden wettbewerbsbedenklichen Punkte separat und losgelöst von den zuvor definierten Märkten und festgestellten Marktanteilen geprüft. Unter dem Marktbeherrschungstest hätte sie diese Punkte für jeden betroffenen Markt erörtern müssen, sodass der SIEC-Test eine einfachere und praktischere Analyse der Wettbewerbsbedenken ermöglicht hat.

109.* Marktanteile bleiben zwar in der Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission regelmäßig ein wichtiger Anhaltspunkt. Auch die Rechtsprechung bekräftigte in dem Ver-

fahren Ryanair/Aer Lingus ihre Auffassung, wonach Marktanteile in Höhe von 50 % als solche den Beweis für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung liefern können. Allerdings liegt eine Reihe von Entscheidungen der Europäischen Kommission vor, in denen die Marktanteile aufgrund der besonderen Umstände im konkreten Fall relativiert wurden. In dem Verfahren BASF/Cognis führte dies zutreffenderweise dazu, dass trotz hoher gemeinsamer Marktanteile der Fusionsparteien keine Wettbewerbsbedenken geltend gemacht wurden. In dem Fall Oracle/Sun Microsystems ist der Europäischen Kommission darin zuzustimmen, dass die anhand des Umsatzes der jeweiligen Unternehmen ermittelten Marktanteile die Wettbewerbsposition eines Open-Source-Produktes nicht zutreffend wiedergeben. In der Entscheidung DB/Arriva ist die differenzierte Betrachtung der festgestellten Marktanteile durch die Europäische Kommission ebenfalls grundsätzlich positiv zu bewerten.

110.* Für die Beurteilung, ob ein Zusammenschluss negative Wettbewerbswirkungen auslösen wird, ist ein Vergleich zwischen der Situation vor und nach dem Zusammenschluss anzustellen. Die Frage nach dem richtigen Vergleichsmaßstab vor dem Zusammenschluss („counterfactual“), war in den fast gleichzeitig angemeldeten Zusammenschlussvorhaben Seagate/ Samsung und Western Digital/Viviti Technologies sowie in dem Fall SNCF/LCR/Eurostar von besonderer Relevanz. Die Fusionskontrollverordnung enthält keine gesetzliche Vorgabe, wie im Fall parallel angemeldeter Zusammenschlüsse zu verfahren ist. Prinzipiell stehen der Wettbewerbsbehörde daher zwei Optionen zur Verfügung. Sie kann nach dem Prioritätsprinzip vorgehen oder einen kombinierten Ansatz wählen. Da beide Möglichkeiten Vor- und Nachteile aufweisen, spricht sich die Monopolkommission dafür aus, die Entscheidung über die Anwendung des Prioritätsprinzips oder des kombinierten Ansatzes von den Umständen des konkreten Falles abhängig zu machen.

In dem Verfahren SNCF/LCR/Eurostar kritisiert die Monopolkommission den von der Europäischen Kommission herangezogenen Vergleichsmaßstab. Die Europäische Kommission hat ihrer Entscheidung die Situation vor dem Zusammenschluss als „counterfactual“ zugrunde gelegt, ohne zu beachten, dass sich die gesetzlichen Rahmenbedingungen im grenzüberschreitenden Schienenverkehr zwischen einer früheren Kooperationsvereinbarung der beteiligten Unternehmen und dem nun angestrebten Zusammenschluss wesentlich geändert haben. Dieser Umstand hätte nach Auffassung der Monopolkommission bei der Bestimmung des Vergleichsszenarios berücksichtigt werden müssen.

111.* Der verstärkte ökonomische Ansatz, den die Europäische Kommission seit einigen Jahren in der Entscheidungspraxis verfolgt, kam – wie im vorangegangenen Berichtzeitraum – auch in der Anwendung quantitativer Ermittlungsmethoden seitens der Wettbewerbsbehörde und der Verfahrensbeteiligten zum Ausdruck. Hervorzuheben ist insoweit der Zusammenschlussfall Unilever/Sara Lee, in dem die Europäische Kommission neben einer qualitativen Einschätzung auch quantitative Analysen bezüglich der Marktabgrenzung und der Fusions-effekte vornahm. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass die Europäische Kommission wiederholt auf die inhärenten Beschränkungen quantitativer Analysemethoden hingewiesen hat.

112.* Quantitative Ermittlungsmethoden können auch nach Auffassung der Monopolkommission dazu beitragen, die Intensität des Wettbewerbs zwischen den Zusammenschlussbeteiligten im Einzelfall präziser einzuschätzen. Sie können der Wettbewerbsbehörde ferner bei der Verifizierung und Interpretation qualitativer Daten und Bewertungen helfen und dazu beitragen, die Verlässlichkeit der Analyse sowie die Qualität der Entscheidungen zu erhöhen. Ob und welche quantitativen Ermittlungsmethoden im konkreten Fall angewendet werden, hängt maßgebend von der Verfügbarkeit der erforderlichen Daten ab. Oft sind entsprechende

Daten entweder gar nicht oder nicht in ausreichendem Umfang und/oder in der erforderlichen Qualität bzw. nicht innerhalb der Fusionskontrollfristen verfügbar. Schon aus diesem Grund kann die Europäische Kommission nicht in jedem Fusionsfall verpflichtet sein, umfassende quantitative Erhebungen anzustellen.

Die Monopolkommission gibt allerdings auch zu bedenken, dass die Durchführung quantitativer Analysen regelmäßig mit erheblichen Kosten – aufseiten der Wettbewerbsbehörde und der betroffenen Unternehmen – verbunden ist. Neben dem personellen Ressourceneinsatz ist der mit quantitativen Analysen häufig verbundene zeitliche Aufwand zu berücksichtigen, der gegebenenfalls zu einer Verlängerung des informellen Vorverfahrens und des Fusionskontrollverfahrens gemäß Art. 10 Abs. 3 FKVO führt.

113.* Vor diesem Hintergrund ist eine Ergänzung der qualitativen Bewertung insbesondere sinnvoll, wenn deren Ergebnisse wenig robust und nicht eindeutig erscheinen. In diesen Fällen kann die von den Annahmen der qualitativen Analyse vergleichsweise unabhängige quantitative Effektanalyse einen Beitrag zur Validierung liefern. Vonseiten der Europäischen Kommission wäre überdies zu überlegen, ihre Ressourcen auf solche Fälle zu konzentrieren, in denen ein erhebliches Marktvolumen betroffen ist; durch die Fokussierung auf derartige Fälle könnte der Nutzen der quantitativen Analyse erhöht werden.

114.* Stets zu beachten sind außerdem die inhärenten Defizite der jeweiligen Ermittlungsmethode und der zugrunde liegenden Modelle. Die Europäische Kommission hat selbst auf die Grenzen quantitativer Analysen hingewiesen und leitete daraus zutreffenderweise die Notwendigkeit ab, quantitative Ergebnisse stets mit qualitativen Einschätzungen in Bezug zu setzen. Sie folgte damit den Feststellungen des Gerichts der Europäischen Union im Verfahren Ryanair/Aer Lingus. Nach Auffassung des Gerichts ist es der Europäischen Kommission darüber hinaus erlaubt, im Rahmen der Gesamtbetrachtung bestimmte Umstände stärker und andere Faktoren schwächer zu gewichten. Daraus ergibt sich ein großer Spielraum der Europäischen Kommission bei der Einschätzung verschiedener qualitativer und quantitativer Faktoren. Besondere Bedeutung kommt daher der Transparenz der Entscheidungsgründe und der Ursachen für die unterschiedliche Wertung bestimmter Faktoren im konkreten Fall zu. Ausdrücklich zu begrüßen ist deshalb die Vorgehensweise der Europäischen Kommission in dem Verfahren Unilever/Sara Lee, die quantitativen Analysen sowohl in der Entscheidung selbst anzusprechen als auch im Anhang der Entscheidung ausführlich darzulegen.

115.* Im Oktober 2011 legte die Europäische Kommission eine Mitteilung zu bewährten Verfahrensweisen bei der Übermittlung von ökonomischem Beweismaterial vor, in der sie gewisse Mindestanforderungen an die Erstellung und Präsentation von entsprechenden Analysen sowie an die Übermittlung von Daten festlegte. Die Monopolkommission begrüßt die Vorlage dieser Best Practices durch die Europäische Kommission. Die aufgestellten Anforderungen werden voraussichtlich dazu beitragen, dass ein gewisser Mindeststandard bei der Durchführung und Präsentation quantitativer Analysen sowie bei der Übermittlung von Daten eingehalten wird. Dies dürfte die Nachvollziehbarkeit und Verwertung entsprechender Analysen und Informationen seitens der Europäischen Kommission wesentlich erleichtern und den Ressourceneinsatz optimieren. Vergleichbare positive Wirkungen dürften sich beim Europäischen Gerichtshof ergeben, soweit er sich mit von den Zusammenschlussparteien oder sonstigen Verfahrensbeteiligten übermittelten quantitativen Analysen zu befassen hat. Den betroffenen Unternehmen ist in ihrem eigenen Interesse zu empfehlen, dass sie künftig die in den bewährten Verfahrensweisen aufgestellten Anforderungen einhalten.

116.* Beachtlich ist, dass – soweit ersichtlich – in keinem der Fälle, die während des Berichtszeitraums nach Durchführung der Hauptprüfphase entschieden worden sind, Effizienzgewinne geltend gemacht wurden. Auch in den Entscheidungen, die in der Vorprüfphase unter Bedingungen und Auflagen freigegeben worden sind, finden sich keine Anhaltspunkte für einen Effizienzeinwand seitens der Fusionsparteien. Noch in den Jahren 2008/2009 hat sich die Europäische Kommission mehrfach mit vorgetragene Effizienzvorteilen auseinandergesetzt. Möglicherweise boten sich die Zusammenschlussvorhaben, über die im jetzigen Berichtszeitraum entschieden wurde, nicht für die Geltendmachung von Effizienzen an. Die Zurückhaltung der Unternehmen könnte aber auch darauf zurückzuführen sein, dass bislang in keinem einzigen Fall die Ergebnisse der Wettbewerbsanalyse aufgrund der geltend gemachten Effizienzen revidiert worden sind. Darüber hinaus ist nicht auszuschließen, dass betroffene Unternehmen auf den Vortrag von Effizienzgewinnen verzichten, um die Schlussfolgerung der Europäischen Kommission zu vermeiden, die Unternehmen gingen selbst von negativen Wettbewerbswirkungen ihres Zusammenschlussvorhabens aus.

117.* Die Europäische Kommission hat sich einerseits auch während des Berichtszeitraums 2010/2011 weiter um die Effektivität der von den Zusammenschlussparteien angebotenen Zusagen bemüht. In Zusammenschlussfällen, die wettbewerbsrechtlich problematisch waren, hat sie mehrheitlich Veräußerungszusagen auferlegt. Um die Wirksamkeit dieser Abhilfemaßnahmen zu erhöhen, nahm sie teilweise Zusagen an, die sich – auch – auf Märkte bezogen, die keine wettbewerblichen Probleme verursachten, etwa in den Fällen Kraft Foods/Cadbury, BASF/Cognis und Syngenta/Monsanto. Auf diese Weise sollte die Lebensfähigkeit des zu veräußernden Geschäftsbereichs sichergestellt werden. Als weitere Maßnahme zur Erhöhung der Wirksamkeit von Abhilfemaßnahmen erlegte die Europäische Kommission den Zusammenschlussparteien in den Fällen Western Digital/Viviti Technologies und Agilent/Varian Up-front-buyer-Zusagen auf.

118.* Andererseits entsteht der Eindruck, dass die Europäische Kommission Verhaltenszusagen etwas häufiger als im vorangegangenen Berichtszeitraum akzeptiert hat; so wurden mehrere Entscheidungen erlassen, in denen Verhaltenszusagen eines der Hauptelemente des Zusagenpakets bildeten. Generell hält die Monopolkommission Verhaltenszusagen für problematisch, die sehr komplex sind und eine langfristige und umfassende Kontrolle erfordern. Zudem wird mit Verhaltenszusagen das Verhalten der Unternehmen nur für eine gewisse Dauer festgelegt, nach Ablauf dieser Zeitspanne sind sie nicht mehr an ihre Verhaltenszusagen gebunden. Aus diesem Grund gaben die im Fall Intel/McAfee akzeptierten Verhaltenszusagen Anlass zu Kritik. Es handelte sich um reine Verhaltenszusagen, die keinerlei strukturelles Element enthielten. Zudem sind die Verhaltenszusagen lediglich auf fünf Jahre angelegt und helfen den Wettbewerbsbedenken der Europäischen Kommission nicht auf Dauer ab. Die in den Abhilfemaßnahmen festgelegten Verpflichtungen und Regelungen sind sehr komplex und umfangreich, wodurch es der Monopolkommission schwierig erscheint, diese verlässlich zu kontrollieren und zu überwachen.

Im Vergleich dazu wird die im Fall T-Mobile/Orange erlassene Verhaltenszusage von der Monopolkommission als weniger problematisch beurteilt. Die Zusammenschlussparteien hatten bereits vor der Freigabe des Zusammenschlusses eine Vereinbarung mit einem Wettbewerber unterschrieben, der die Wettbewerbsbedenken der Europäischen Kommission beseitigte. In die verbindlichen Abhilfemaßnahmen wurde aufgenommen, dass der Vertrag bereits geschlossen wurde. In diesem Vertrag ist zwar eine Klausel enthalten, die vorsieht, dass die Zusammenschlussparteien einen weiteren Vertrag bezüglich eines Netzwerkintegrationsplans schließen werden, sodass dieser zweite Vertragsschluss noch von einem Treuhänder überwacht werden muss. Insgesamt scheint der Monopolkommission diese Ver-

haltenszusage jedoch schnell umgesetzt und nicht mit einer übermäßig langen Kontrolle verbunden.

119.* Im Fall Oracle/Sun Microsystems hielt die Europäische Kommission öffentliche Ankündigungen von Oracle für ausreichend, ihre Wettbewerbsbedenken zu beseitigen bzw. erst gar nicht entstehen zu lassen; sie verzichtete auf Verpflichtungszusagen nach Art. 8 Abs. 2 FKVO. Die Europäische Kommission erläuterte, dass die öffentlichen Ankündigungen von Oracle sowie deren teilweise Umsetzung Fakten darstellten, die sie zusammen mit den weiteren Fakten des Falls bei der Bewertung der Frage, welche Auswirkungen das Zusammenschlussvorhaben habe, berücksichtigen müsse. Die Monopolkommission sieht die rechtliche Bewertung der öffentlichen Ankündigungen von Oracle durch die Europäische Kommission kritisch. Die Anerkennung einer öffentlichen Ankündigung als Änderung des Zusammenschlussvorhabens könnte dazu führen, dass die Unternehmen keine formellen Zusageangebote mehr vorlegen, sondern nur öffentliche Ankündigungen machen müssten. Dies würden dazu führen, dass die Wettbewerbsbedenken entfielen und keine Abhilfemaßnahmen auferlegt werden dürften. Im Ergebnis ist mit der von der Europäischen Kommission vorgenommenen Einschätzung von öffentlichen Ankündigungen eine Umgehung von formellen Zusageangeboten durch die Zusammenschlussparteien möglich.

120.* In dem Verfahren SNCF/LCR/Eurostar erwecken die auferlegten Abhilfemaßnahmen den Eindruck, dass die Europäische Kommission den Zusammenschluss zum Anlass nimmt, Mängel des Regulierungsrahmens für den grenzüberschreitenden Schienenverkehr bzw. der mitgliedstaatlichen Umsetzung der entsprechenden europäischen Richtlinien zu beheben. Dementsprechend lesen sich die Abhilfemaßnahmen wie Regulierungsvorschriften. So wird neben der Verpflichtung zu fairem und diskriminierungsfreiem Zugang die Erhebung kostenbasierter Preise verlangt. Außerdem sind die Abhilfemaßnahmen auf zehn Jahre angelegt. Kritisch anzumerken ist, dass die Probleme und die geringe Effizienz von Zugangsverpflichtungen in der fusionskontrollrechtlichen Praxis hinlänglich bekannt sind. Als Stichworte seien das Diskriminierungspotenzial des Zugangsverpflichteten, die Probleme bei der Kontrolle der Preisfestsetzung und die Schwierigkeiten einer Überwachung aufgrund der Langfristigkeit der Verpflichtungen genannt. In Anbetracht dieser Probleme ist fraglich, ob die getroffenen Zugangsverpflichtungen die von der Europäischen Kommission aufgezeigten Defizite des nationalen Regulierungsrechts beheben können. Erfolg versprechender erscheinen grundsätzliche Lösungsansätze, wie sie die Europäische Kommission mittlerweile auch verfolgt. So hat sie im September 2010 einen Gesetzgebungsvorschlag zur Neufassung des sog. ersten Eisenbahnpakets, das die genannte Richtlinie 2001/14/EG umfasst, vorgenommen. Darüber hinaus hat die Europäische Kommission wegen mangelhafter Umsetzung der Richtlinie 2001/14/EG ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Frankreich eingeleitet.

121.* In dem Verfahren Hoffmann-La Roche/Boehringer Mannheim hat die Europäische Kommission nachträglich auf die ursprünglich auferlegten Abhilfemaßnahmen verzichtet. Diese Entscheidung gibt Anlass, sich kritisch mit der Mitteilung der Europäischen Kommission zu Abhilfemaßnahmen auseinanderzusetzen. Als problematisch ist das hier festgelegte Erfordernis zu bewerten, dass zwischen Erlass der bedingten Freigabeentscheidung und dem Antrag der beteiligten Unternehmen auf Verzicht oder Änderung der Abhilfemaßnahmen eine „hinreichend lange Zeitspanne“ liegen muss, „in der Regel mindestens mehrere Jahre“. Diese Voraussetzung ist sehr vage formuliert und nicht näher erläutert, sodass für betroffene Unternehmen große Unsicherheiten verbleiben. Insbesondere ist darauf hinzuweisen, dass sich die Wettbewerbsverhältnisse auf dynamischen Märkten auch schon in wesentlich kürzerer Frist, etwa innerhalb von zwei Jahren, grundlegend ändern können. Sachgerechter wäre daher eine Beurteilung, die unabhängig von einer bestimmten Zeitspanne allein darauf abzielt, ob die

Zusagen ihren Zweck erreicht haben, nämlich die wirksame und dauerhafte Abhilfe der ursprünglichen Wettbewerbsbedenken.

Zudem wäre eine bessere Information der Öffentlichkeit über die nachträgliche Änderung von Zusagen, etwa in Form von ausführlichen Pressemitteilungen oder durch Veröffentlichung der diesbezüglichen Schreiben der Europäischen Kommission an die antragstellenden Unternehmen, wünschenswert. Auf diese Weise könnten auch die betroffenen Unternehmen umfassende Kenntnisse über die Beurteilungskriterien der Europäischen Kommission erlangen, was die Rechtsunsicherheit verringern und die Vorhersehbarkeit künftiger Entscheidungen erhöhen würde.

122.* Während des Berichtszeitraums sind zwei Urteile des Gerichts der Europäischen Union besonders hervorzuheben. Mit dem Urteil in dem Verfahren Ryanair/Europäische Kommission wurde die Verbotsentscheidung der Europäischen Kommission in dem Fall Ryanair/Aer Lingus vollumfänglich bestätigt. Von besonderem Interesse sind ferner die Ausführungen des Gerichts zum Stellenwert und Verhältnis der qualitativen und quantitativen Ermittlungsmethoden der Europäischen Kommission. Das Gericht wies einen Vorrang quantitativer Beweismittel vor der qualitativen Beurteilung ausdrücklich zurück. Vielmehr könnten ökonomische Untersuchungen die qualitative Analyse nur ergänzen, aber nicht ersetzen. Das Gericht stellte weiter fest, dass die Europäische Kommission das zur Beurteilung der Wettbewerbssituation herangezogene Indizienbündel insgesamt bewerten müsse und dabei bestimmte Umstände stärker und andere Faktoren schwächer gewichten dürfe. Darüber hinaus legte das Gericht die verfahrensrechtlichen Grenzen bei der Abgabe von Zusagenangeboten durch die Zusammenschlussparteien fest. Die Monopolkommission begrüßt, dass hiernach ein Zusagenangebot, das in einem weit fortgeschrittenen Verfahrensstadium vorgelegt wird, verbindlich sein und eine Beurteilung durch die Europäische Kommission gestatten muss, ohne dass diese eine erneute Marktbefragung durchführen muss.

123.* Das Urteil in dem Verfahren Aer Lingus/Europäische Kommission befasst sich mit Fragen zur Anwendbarkeit der Fusionskontrollverordnung auf Minderheitsbeteiligungen. Das Gericht bestätigte auch hier die vorangegangene Entscheidung der Europäischen Kommission, mit der diese die von Aer Lingus beantragte Entflechtung der Minderheitsbeteiligung von Ryanair an Aer Lingus abgelehnt hatte. Das Gericht erläuterte im Detail, unter welchen Voraussetzungen Minderheitsbeteiligungen, die keinen Kontrollerwerb vermitteln, den Vorschriften der Fusionskontrollverordnung unterliegen und warum im konkreten Fall eine Entflechtung nicht in Betracht kam. Die Monopolkommission setzt sich kritisch mit den Feststellungen des Gerichts auseinander.

124.* In den Jahren 2010/2011 sind keine legislativen Entwicklungen im Bereich der Fusionskontrollverordnung zu verzeichnen. Das erwähnte Urteil in dem Verfahren Aer Lingus/Europäische Kommission sowie das anschließende Aufgreifen der Minderheitsbeteiligung von Ryanair an Aer Lingus seitens der britischen Wettbewerbsbehörde stießen indes die Diskussion darüber an, ob und unter welchen Voraussetzungen Minderheitsbeteiligungen, mit denen kein Kontrollerwerb verbunden ist, in den Anwendungsbereich der Fusionskontrollverordnung aufgenommen werden sollten. Die Wettbewerbstheorie zeigt, dass Minderheitsbeteiligungen zwischen Konkurrenten und im Vertikalverhältnis das Potenzial für negative Wettbewerbswirkungen haben. Hierbei können sowohl nicht koordinierte als auch koordinierte Effekte auftreten. Allerdings folgen nicht aus jeder Minderheitsbeteiligung Wettbewerbsbeschränkungen. Der Umfang und die Wahrscheinlichkeit von negativen Wettbewerbswirkungen hängen vielmehr maßgeblich von einer ganzen Reihe von Faktoren ab, z.B. der Homogenität der betroffenen Produkte, dem Konzentrationsgrad auf dem relevanten

Markt, der Höhe der Minderheitsbeteiligung und ob ein besonders aggressiver Wettbewerber die Minderheitsbeteiligung hält.

125.* Nach Auffassung der Monopolkommission ist für die Beantwortung der Frage, ob der Anwendungsbereich der Fusionskontrollverordnung auf Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb auszudehnen ist, eine Nutzen-Kosten-Abwägung vorzunehmen. Der zu erwartende Nutzen einer solchen Ausdehnung liegt im Wesentlichen darin, dass das Auftreten negativer Wettbewerbseffekte verhindert wird; die Kosten ergeben sich in erster Linie aus der zusätzlichen bürokratischen Belastung der Unternehmen und der Wettbewerbsbehörde sowie aus der Gefahr der Überregulierung. Als entscheidend dürfte sich vor diesem Hintergrund die verfahrensrechtliche Ausgestaltung einer entsprechenden Regelung erweisen. Im Hinblick auf einen künftigen Aufgreifstatbestand ist zwischen der Einführung eines quantitativen Zusammenschlusstatbestands wie in § 37 Abs. 1 Nr. 3 lit. b GWB und eines qualitativen Tatbestands wie im US-amerikanischen und britischen Recht sowie in § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB abzuwägen. Eine dritte Möglichkeit besteht darin, beide Tatbestände – wie im deutschen Wettbewerbsrecht – zu kombinieren. Daneben könnten für die Prüfung von Minderheitsbeteiligungen bestimmte verfahrensrechtliche Modifikationen erwogen werden, z.B. eine Einschränkung oder Aufgabe der Anmeldepflicht, eine Verringerung von Informationspflichten im Rahmen der Anmeldung oder eine Begrenzung der Prüfpflicht seitens der Europäischen Kommission. Zudem sollte die Vorhersehbarkeit der Entscheidung der Europäischen Kommission mittels Leitlinien erhöht werden.

V. Wettbewerb und Nachfragemacht im Lebensmitteleinzelhandel

126.* Die in den vergangenen zwei Jahren sowohl im politischen Raum als auch in der Wissenschaft verstärkt geführte Diskussion um die Existenz von Nachfragemacht im Verhältnis der Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels und den Herstellern von Nahrungs- und Genussmitteln hat die Monopolkommission veranlasst, dieses Thema erneut aufzugreifen. Die Stellungnahme erfolgt auf der Grundlage einer aktuellen Einschätzung der Wettbewerbsintensität im Lebensmitteleinzelhandel. Sie kann allerdings nicht die Frage beantworten, ob, wo und in welchem Ausmaß es konkret Nachfragemacht im Lebensmitteleinzelhandel gibt. Stattdessen geht es darum, Ursachen und Wirkungen von Nachfragemacht im Rahmen der neueren ökonomischen Theorie zu analysieren, bereits vorhandene empirische Befunde darzustellen und Folgerungen für die Wettbewerbspolitik und die Kartellrechtsanwendung zu diskutieren.

127.* Wichtige Entwicklungen im deutschen Lebensmitteleinzelhandel sind die zunehmende Konzentration, die fortschreitende Zentralisierung der kooperativen Gruppen, ein anhaltender Wandel der Betriebsformen und dabei insbesondere die wachsende Bedeutung der Discounter sowie eine zunehmende Ausbreitung von Handelsmarken. Der Lebensmitteleinzelhandel in Deutschland wird im Wesentlichen von fünf Unternehmen bzw. Unternehmensgruppen (ALDI-, EDEKA-, die REWE- und Schwarz-Gruppen sowie die METRO AG) dominiert, die im Jahr 2010 einen gemeinsamen Marktanteil von etwa 73 % besaßen. Wird die Schwarz-Gruppe (LIDL, KAUFLAND) nicht als wettbewerbliche Einheit betrachtet, wie es ihr getrenntes und nicht koordiniertes Auftreten auf den Beschaffungs- und Absatzmärkten nahelegt, dann sinkt die Konzentration der führenden fünf Handelsunternehmen auf knapp 68 %. Treiber der Konzentration ist weiterhin vor allem das externe Unternehmenswachstum. Als einziges Unternehmen aus der Gruppe der führenden Handelsunternehmen im Inland wächst ALDI weiterhin ausschließlich intern.

128.* Trotz der zunehmenden Konzentration und lediglich geringer Aussichten, dass die verbliebenen kleineren Handelsunternehmen ihre Marktanteile ausbauen können, stellt die Monopolkommission kein spürbares Nachlassen der Wettbewerbsintensität auf der Absatzseite des Lebensmitteleinzelhandels fest. Für diesen Befund sprechen mehrere Argumente: Die Konzentration des Lebensmitteleinzelhandels wird in Deutschland, je nach Marktabgrenzung und Einordnung der Unternehmensgruppen als wettbewerbliche Einheit, zum Teil deutlich überschätzt. In vielen europäischen Ländern ist das Konzentrationsniveau höher als in Deutschland, ohne dass dort wettbewerbliche Verwerfungen erkennbar wären. Soweit die Konzentrationszunahme durch technologische Fortschritte – insbesondere in den Bereichen Informationstechnologie und Logistik – sowie Effizienzverbesserungen verursacht wird, ist sie aus ökonomischer Sicht ohnehin eher unproblematisch. Auch das relativ günstige Preisniveau, die vergleichsweise geringen Preiserhöhungen sowie die im internationalen Vergleich moderaten Margen der nationalen Handelsunternehmen sprechen für intensiven Wettbewerb im deutschen Lebensmitteleinzelhandel. Nicht zuletzt sind die Marktzutrittschürden im Lebensmitteleinzelhandel niedriger als oftmals angenommen. Dies gilt zwar nicht für die Neugründung von Handelsunternehmen, da hier erhebliche Betriebsgrößen erforderlich wären. Dies gilt aber für den Marktzutritt durch Unternehmensübernahmen. In den vergangenen Jahren hat es im deutschen Lebensmitteleinzelhandel immer wieder Marktzutritte ausländischer Großunternehmen gegeben. Dass diese Unternehmen den deutschen Markt zum Teil wieder verlassen haben, ist weniger auf das Bestehen von Zutrittschürden als auf die hohe Wettbewerbsintensität, die vergleichsweise geringen Margen sowie eine hohe Leistungsfähigkeit der inländischen Handelsunternehmen zurückzuführen.

129.* Deutlich problematischer können die Wettbewerbsverhältnisse bei der Betrachtung regionaler Märkte des Lebensmitteleinzelhandels sein. Die Prüfung der regionalen Wettbewerbsverhältnisse im Rahmen der Fusionskontrolle zeigt, dass einzelne Unternehmen bzw. Unternehmensgruppen über marktbeherrschende Stellungen verfügen oder solche durch Zusammenschlüsse erlangen können. Die kartellbehördliche Fusionskontrolle verhindert das Entstehen marktbeherrschender Stellungen, indem Zusammenschlüsse unter Beteiligung führender Handelsunternehmen oftmals nur unter der Bedingung oder mit der Auflage genehmigt werden, dass in den betroffenen Regionen Filialen veräußert werden. Erfolgt die Veräußerung an andere Unternehmen aus der Spitzengruppe des Lebensmitteleinzelhandels, bleibt der dekonzentrierte Effekt solcher Auflagen begrenzt. Bei zukünftigen Entscheidungen über Bedingungen und Auflagen bei Handelsfusionen sollte dieser Aspekt stärker als bisher beachtet werden.

130.* Bei der wettbewerblichen Beurteilung von Zusammenschlüssen geht das Bundeskartellamt von einem abgestuften Wettbewerbsverhältnis zwischen den führenden Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels aus. Nach diesem Konzept steht z.B. ALDI als sog. Hard-Discounter wegen der nahezu ausschließlichen Listung von Handelsmarken nur in einem geringen Maße mit den Vollsormentern und ebenfalls nur eingeschränkt mit den Soft-Discountern im Wettbewerb. Nach Auffassung der Monopolkommission ist dieses Konzept angreifbar, weil die Preissetzung bei den Handelsmarken indirekt auch Druck auf die Preissetzung bei den Herstellermarken bewirkt. Dies liegt daran, dass Discounter direkt mit den Handelsmarken konkurrieren, welche wiederum die Preissetzungsspielräume für die Herstellermarken begrenzen. Hinzu kommt, dass Discounter zwar eine deutlich eingeschränkte Sortimentsvielfalt haben, aber gleichwohl nahezu alle umsatzstarken Warenbereiche abdecken und daher auch Wettbewerbsdruck auf die vollsortimentierten Vertriebsformen ausüben.

131.* Auf den nach Produktgruppen abgegrenzten Beschaffungsmärkten des Lebensmitteleinzelhandels stehen sich eine konzentrierte Nachfrage und überwiegend mittelständisch strukturierte Anbieter gegenüber. Für einzelne Produktgruppen hat das Bundeskartellamt im Rahmen von Fusionskontrollverfahren Beschaffungsmarktanteile ermittelt, die auf das Bestehen marktbeherrschender Stellungen der führenden Handelsunternehmen hindeuten. Zudem wird die Konzentration der Nachfrage auf den Beschaffungsmärkten durch die Beteiligung führender Handelsunternehmen an Einkaufskooperationen verstärkt. Damit wächst zugleich die Verhandlungsmacht der führenden Handelsunternehmen.

132.* Die Monopolkommission untersucht die Ursachen und Wirkungen von Nachfragemacht im Rahmen der ökonomischen Theorie und im Lichte der vorhandenen empirischen Befunde. Dabei hat sich ergeben, dass sich Nachfragemacht adäquat im Rahmen der ökonomischen Verhandlungstheorie analysieren lässt. Nachfragemacht besteht in einer Situation, in der ein Handelsunternehmen auf den Beschaffungsmärkten Preise (und eventuell andere Konditionen) durchsetzen kann, die unter dem kompetitiven Niveau liegen oder aber – ohne Erbringung einer äquivalenten Gegenleistung – unter den Preisen eines vergleichbaren Wettbewerbers. Diese Definition stellt auf die Verhandlungsmacht im Rahmen von bilateralen Austauschbeziehungen ab. Die Verhandlungsergebnisse hängen von einer Vielzahl von Faktoren ab, insbesondere der Größe der beteiligten Akteure sowie der Häufigkeit und den Spezifika der Interaktionen, die sich in der Quantität und Qualität von Ausweichmöglichkeiten („outside options“) manifestieren.

133.* Festzustellen ist weiterhin, dass im deutschen Lebensmitteleinzelhandel viele Nachfragemacht begünstigende Faktoren und auch die Anreize zur Ausübung von Nachfragemacht tendenziell gegeben sind. Nachfragemacht von Handelsunternehmen dürfte damit durchaus vorhanden und mitunter sogar stark ausgeprägt sein. Damit ist aber noch nicht gesagt, ob und wie Nachfragemacht auch tatsächlich ausgeübt wird. Festzustellen ist nämlich auch, dass die Verhandlungsposition vieler Lieferanten bei einer ganzen Reihe von Produkten, insbesondere bei Markenartikeln, stark ist. Wegen der Existenz von Gegenmacht ist es daher denkbar, dass es zu einer gegenseitigen „Neutralisierung“ der Machtpositionen kommt, wodurch Marktergebnisse herbeigeführt werden können, die denen unter intensivem Wettbewerb nahekommen.

134.* Ebenfalls festzustellen ist, dass die in der ökonomischen Theorie diskutierten negativen Wettbewerbswirkungen von Nachfragemacht, wie der Wasserbett-, Verschließungs- und Spiraleffekt sowie die anreizmindernden Investitions-, Innovations- und Qualitätseffekte überwiegend nur unter speziellen Bedingungen eintreten und in der Realität nur selten nachweisbar sind. Die wenigen in Deutschland und anderen europäischen Ländern durchgeführten empirischen Untersuchungen zum Thema Nachfragemacht des Lebensmitteleinzelhandels können zwar teilweise die Existenz von Nachfragemacht nachweisen, Belege für damit verbundene negative Effekte wurden allerdings nicht gefunden. Vor dem Hintergrund insbesondere der empirischen Defizite begrüßt die Monopolkommission die gegenwärtig vom Bundeskartellamt durchgeführte Sektoruntersuchung, da damit die Chance verbunden ist, für den deutschen Markt fundierte empirische Aussagen über das Vorliegen und die eventuelle Ausübung von Nachfragemacht im Lebensmitteleinzelhandel zu erhalten.

135.* In Deutschland und auch auf der Ebene der Europäischen Union gibt es bereits seit längerer Zeit Diskussionen über die Möglichkeiten, Nachfragemacht insbesondere im Lebensmitteleinzelhandel wirksam zu kontrollieren. Vorgeschlagen werden Änderungen im Wettbewerbsrecht und die Einführung zusätzlicher Maßnahmen, etwa eines Verhaltenskodex, eines Ombudsmannes oder einer Transparenzstelle.

136.* Fraglich ist aber bereits, ob Nachfragemacht überhaupt ein Wettbewerbsproblem darstellt. Die Ausübung von Nachfragemacht kann die gesellschaftliche Wohlfahrt erhöhen, sie kann aber auch wettbewerbsverzerrend wirken. Die Wettbewerbswirkungen von Nachfragemacht unterscheiden sich von denen, die durch Marktmacht auf Absatzmärkten zu erwarten sind. Im Gegensatz zu der Marktmacht, die Anbieter gegenüber Konsumenten ausüben, impliziert Nachfragemacht nicht, dass es zu höheren Preisen, geringerer Konsumentenrente und geringerer gesellschaftlicher Wohlfahrt kommt. Werden die marktmachtbedingten Konditionenverbesserungen an die Kunden der Handelsunternehmen weitergegeben, was maßgeblich von der Intensität des Wettbewerbs auf der Handelsstufe abhängt, sind die Wohlfahrtswirkungen von Nachfragemacht gegebenenfalls eher positiv.

137.* In der kartellrechtlichen Praxis wird Nachfragemacht gegenwärtig im Rahmen der Fusionskontrolle, im Rahmen der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen und bei der kartellrechtlichen Bewertung von Einkaufskooperationen geprüft. Vorgeschlagen wird, das bestehende kartellrechtliche Instrumentarium zu erweitern bzw. vorgenommene Erweiterungen auf Dauer beizubehalten. So sollen etwa die im Jahr 2007 befristet bis Ende 2012 in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen aufgenommenen handelsspezifischen Vorgaben im Bereich der Missbrauchsaufsicht – Erweiterung des Schutzbereichs des § 20 Abs. 3 Satz 2 GWB auf große Unternehmen und das generelle Verbot des Verkaufs von Lebensmitteln unter Einstandspreis gemäß § 20 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 GWB – dauerhaft beibehalten werden. Letztere Vorschrift soll darüber hinaus durch eine genauere Definition des Einstandspreises leichter anwendbar und „gerichtsfest“ gemacht werden. Vorgeschlagen wird darüber hinaus, einen weitreichenden Auskunftsanspruch von Verbänden gegenüber Handelsunternehmen in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen einzuführen. Die Monopolkommission lehnt diese Vorschläge ab.

138.* Die im Jahr 2007 erfolgte Ausweitung des Schutzbereichs des § 20 Abs. 3 Satz 2 GWB auf große Hersteller ist überflüssig, weil diese regelmäßig eher als kleine und mittlere Produzenten in der Lage sind, sich gegen sachlich nicht gerechtfertigte Forderungen des Einzelhandels zu wehren. Sie können meist günstiger produzieren und besitzen häufig bessere Ausweichmöglichkeiten als ihre kleineren Wettbewerber. Auch sind sie wegen ihrer größeren finanziellen Ressourcen eher in der Lage, die mit einem Nachfragerwechsel auftretenden Kosten zu tragen. Eines besonderen Schutzes seitens des Kartellrechts und der Wettbewerbsbehörden bedarf es daher nicht. Die Bundesregierung beabsichtigt, die Ausweitung des Schutzbereichs des § 20 Abs. 3 Satz 2 GWB Ende des Jahres 2012 auslaufen zu lassen. Die Monopolkommission begrüßt dieses Vorhaben.

139.* Das Verbot von Verkäufen unter Einstandspreisen ist nicht geeignet, Lieferanten vor einer angeblichen Nachfragemacht des Handels zu schützen. Nach Auffassung der Monopolkommission gibt es vielmehr eine Reihe gerechtfertigter Argumente für den Verkauf von Produkten unter Einstandspreisen. Dazu gehört z.B. die Durchführung gezielter Marketingaktionen, bei denen Produkte, die besonders im Fokus der Verbraucher stehen, unter Einstandspreis angeboten werden. Eine solche Preispolitik hat auch nichts mit einer wettbewerbswidrigen Verdrängungsstrategie gemeinsam. Sie ist vielmehr Ausdruck von Wettbewerb, der darüber hinaus den Verbrauchern nützt, da diese von günstigen Preisen profitieren. Aus ökonomischer Sicht ist zudem unklar, auf welche Weise ein striktes Verbot von Untereinstandspreisverkäufen Herstellerunternehmen vor ungerechtfertigten Konditionenforderungen schützen sollte. Die Erwartung, dass ein solches Verbot nachfragemächtige Handelsunternehmen daran hindert, Druck auf die Hersteller auszuüben, ist wenig plausibel. Zu erwarten ist vielmehr, dass Handelsunternehmen ihre Verhandlungsmacht nutzen werden,

um die Einstandspreise gegebenenfalls weiter zu drücken, wenn sie ihre Endkundenpreise senken möchten oder bei sonstigen Kostensteigerungen nicht erhöhen wollen.

140.* Gegen das grundsätzliche Verbot bestimmter Einkaufspraktiken, unabhängig davon, ob sie gegenüber abhängigen Lieferanten praktiziert werden, spricht bereits, dass missbräuchliche Einkaufspraktiken gegenüber abhängigen Lieferanten nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen ohnehin unzulässig sind und dass unabhängige Lieferanten nicht geschützt werden müssen. Der problematischere Aspekt wäre allerdings, dass Unternehmen im Fall eines Verbots zu ineffizienten Umgehungsstrategien veranlasst werden. Nach Auffassung der Monopolkommission sollten grundsätzlich bedenkliche Einkaufspraktiken eher in Auslegungsgrundsätzen des Bundeskartellamtes aufgeführt werden. Es sollte aber dabei bleiben, die Missbräuchlichkeit solcher Praktiken nicht per se zu unterstellen, sondern im Einzelfall zu prüfen.

141.* Die Einführung eines weitreichenden Auskunftsanspruchs der Verbände gegenüber den Handelsunternehmen in § 33 GWB wäre nicht geeignet, die sog. Ross- und Reiter-Problematik abzumildern. Die Erfahrung zeigt, dass die Gewährleistung von Anonymität des Beschwerdeführers nicht ausreicht, um die betroffenen Unternehmen vor unerwünschten Reaktionen der Handelsunternehmen zu schützen. Hinzu kommt, dass ein derartiger Auskunftsanspruch von Verbänden in den Kern der Geschäftstätigkeit der Handelsunternehmen eingreifen würde. Die Gestaltung der Konditionen ist für Händler und Lieferanten ein zentraler Wettbewerbsparameter und gehört zu den am besten gehüteten Geheimnissen der Branche. Würden detaillierte Informationen über die Konditionengestaltung öffentlich bekannt gemacht oder an Verbandsmitglieder weitergegeben, könnte unter anderem kollusives Verhalten zwischen den Marktteilnehmern erheblich erleichtert werden.

142.* Die Monopolkommission steht auch den zusätzlich vorgeschlagenen Maßnahmen überwiegend eher kritisch gegenüber. Ein Verhaltenskodex, der Vorgaben hinsichtlich der Gestaltung von vertraglichen Beziehungen zwischen Handel und Industrie beinhaltet, könnte zwar grundsätzlich geeignet sein, die Verhandlungsstärke marktmächtiger Handelsunternehmen zu reduzieren. Der Erfolg eines solchen Kodex hinge aber maßgeblich davon ab, wie er ausgestaltet und durchsetzbar wäre. So dürfte ein unverbindlicher Verhaltenskodex weitgehend wirkungslos bleiben, während ein verpflichtender Kodex effektive Kontroll- und Sanktionsmechanismen verlangt. Ein Verhaltenskodex fördert zudem die Möglichkeit zur Kollusion unter den Händlern im Lebensmitteleinzelhandel, da durch den eingeschränkten Spielraum in der Vertragsgestaltung zwischen Herstellern und Händlern eine Tendenz zu einheitlichen Geschäftsbedingungen entstehen kann, wodurch der Wettbewerb auf der Handelsebene geschwächt wird. Zu berücksichtigen ist auch, dass die Frage nach optimalen Sanktionen im Falle der Nichteinhaltung des Verhaltenskodex vom gewählten Kontrollmechanismus abhängig ist. Die bisher gemachten Erfahrungen mit diesem Instrument, etwa mit dem in Großbritannien implementierten „supermarket code of practice“, zeigen, dass dieser weitgehend wirkungslos blieb. Nach Auffassung der Monopolkommission könnte aber die Veröffentlichung der Verstöße gegen den Verhaltenskodex – unter Benennung der aktiven Unternehmen – einen gewissen Abschreckungseffekt auf Handelsunternehmen entfalten, die ihre Nachfragemacht missbrauchen.

143.* Die Kontrolle des Verhaltenskodex könnte über einen Ombudsmann oder ein Compliance-Management-System in den Firmen erfolgen. Allerdings gibt es bisher wenig Erfahrung mit einem Ombudsmann, der sich mit Streitigkeiten zwischen Unternehmen beschäftigt („business-to-business“, B2B). Die Wirkung dieses Instruments ist daher schwer zu

prognostizieren. Insgesamt ist jedoch davon auszugehen, dass sie eher beschränkt bleibt, da die Verteilung der Verhandlungsmacht nicht strukturell berührt wird.

144.* Auch bei der auf europäischer Ebene diskutierten Einrichtung einer Transparenzstelle, die die Entwicklung von Preisen und gegebenenfalls anderen Vertragskonditionen beobachten und analysieren soll, ist Skepsis angebracht. Ihr Erfolg hinge wiederum entscheidend von der konkreten Ausgestaltung und zusätzlich von dem Aggregationsniveau der erhobenen Daten, der Datenfrequenz, der Anzahl der erhobenen Variablen und den Möglichkeiten des Zugangs zu den Daten ab. Die Aussagekraft von hoch aggregierten Daten dürfte eher gering sein. Die meisten Einblicke brächten hoch disaggregierte, aktuelle und detaillierte Daten. Ihre Erhebung wäre jedoch mit einem enormen bürokratischen Aufwand verbunden, der den möglichen Nutzen kaum würde rechtfertigen können.

VI. Einfluss des Planungsrechts auf den Wettbewerb im (Lebensmittel-)Einzelhandel

145.* Der Einfluss des öffentlichen Planungsrechts auf den Wettbewerb im (Lebensmittel-) Einzelhandel stellt einen weiteren Schwerpunkt der Analyse der Wettbewerbssituation im Lebensmitteleinzelhandel durch die Monopolkommission dar. Untersuchungsgegenstand sind die auf unterschiedlichen Regelungsebenen wirksamen planungsrechtlichen Bestimmungen, Verfahren und Genehmigungserfordernisse, die Entscheidungen über Neuansiedlungen oder Erweiterungen von (Lebensmittel-)Einzelhandelsbetrieben mitbestimmen. Die Analyse stützt sich neben umfangreichen eigenen Recherchen auch auf die Befragung einer Vielzahl von Ministerien, Verbänden, Sachverständigen und Marktteilnehmern.

146.* Zwischen vorausschauender hoheitlicher Planung einerseits und ergebnisoffenem Wettbewerb andererseits besteht ein nur teilweise auflösbares Spannungsverhältnis: Wettbewerb sorgt für einen Ausgleich der wirkenden Kräfte in spontaner Ordnung und ist notwendigerweise ein ergebnisoffener Prozess, während Raum- und Stadtplanung gerade vorausschauend zukünftige Entwicklungen leiten und gestalten soll. Das Raum- und Bauplanungsrecht sieht für Einzelhandelsstandorte besondere Regeln vor, was wiederum auf den Wettbewerb im Einzelhandel generell zurückwirkt. Dabei strukturieren bundes- und landesrechtliche Regelungen die planerischen Entscheidungen der Gemeinden vor. Diese Regelungslandschaft befindet sich in dauernder Veränderung, die einerseits höherrangigen Vorschriften und andererseits politisch als wünschenswert vorgegebenen Zielen Rechnung trägt. Unterhalb der formellen Regelungskaskade wird zunehmend auf sog. Innenstadt-, Zentren-, Einzelhandels- bzw. Märktekonzepte oder Masterpläne zurückgegriffen, die die (Einzelhandels-)Entwicklung im größeren Zusammenhang planbar machen und systematisieren sollen. Dabei spielt die direkte Beteiligung der Bürger und sonstigen Betroffenen an der Planung eine zunehmend wichtige Rolle.

147.* Das Planungsrecht wirkt über verschiedene Mechanismen auf eine abgestufte Zentralität von Einzelhandelsbetrieben hin, die sich vor allem in der Festsetzung und dem Schutz zentraler Versorgungsbereiche niederschlägt. Dazu sind etwa Festsetzungen von Verkaufsflächenobergrenzen, Sortimentsbeschränkungen und Ausschlussplanungen zu beobachten. Bedeutsam ist insoweit auch die sog. Großflächigkeitsschwelle, die eine erschwerte Zulässigkeit von Einzelhandelsstandorten mit mehr als 800 m² Verkaufsfläche bedeutet.

148.* Diese und weitere einzelhandelsrelevante Vorschriften können je nach Ausübung des planerischen Ermessens der Gemeinde und der konkreten Grundstückssituation an einzelnen

Standorten sehr unterschiedlich wirken. Die Untersuchung der Monopolkommission stellt jedoch deutliche Tendenzen fest. So bedeutet der planungsrechtliche Schutz bestehender Einzelhandelsstandorte eine Verstetigung bestehender Strukturen. Insbesondere soweit ein Unternehmen auf Verkaufsflächen mit mehr als 800 m² angewiesen ist, können planerische Vorgaben Markteintritte unmöglich machen. Insgesamt stellt die Monopolkommission eine Tendenz der einzelhandelsrelevanten Planungsvorschriften fest, die Konzentration im Einzelhandel weiter zu fördern.

149.* Das Bauplanungsrecht stellt auch in seiner einzelhandelsrelevanten Anwendung ein Gebiet der politischen Abwägung verschiedenster, vielfach nicht genau zu quantifizierender Zielsetzungen dar. Die so verfolgten Ziele stehen jedoch oftmals nicht zwangsläufig in Spannung zu funktionsfähigem Wettbewerb. Vielmehr lässt sich in vielen Planungssituationen der Wettbewerb ohne entscheidenden planerischen Steuerungsverlust fördern.

150.* Im Einzelnen kommt die Monopolkommission zu folgenden Empfehlungen:

- Die dynamischen Wettbewerbseffekte von einzelhandelsbezogener Planung sollten stärker in die Planungsentscheidung mit einbezogen werden.
- Insbesondere bei der Festsetzung zentraler Versorgungsbereiche sollten möglichst wettbewerbliche Spielräume für zukünftige Entwicklungen mit berücksichtigt werden.
- Städtebauliche Verträge und Fördermaßnahmen sollten möglichst wettbewerbsneutral ausgestaltet werden.
- Planerische Ziele sollten möglichst integriert und anreizkompatibel umgesetzt werden.

